

sonst keine Anhaltspunkte für die ganz unwahrscheinliche Annahme, dass die Klägerin auf Ersatz des Erfüllungsisinteresses habe verzichtet und sich mit dem — im Falle des Rücktrittes allein zu vergütenden — negativen Vertragsinteresse habe begnügen wollen.

58. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Juli 1928

i. S. Guggenheim und Genossen gegen Leih- und Sparkasse Diessenhofen in Liq.

Aufwertung eines einer schweiz. Bank gewährten Darlehens in Mark :

1. Örtliche Rechtsanwendung (Erw. 2).
2. Lücke im Vertrag, die vom Richter in analoger Anwendung des deutschen Aufwertungsrechtes als *lex contractus* zu ergänzen ist (Erw. 3).
3. Ausschluss der Aufwertung nach Massgabe der das sog. Bankprivileg statuierenden Ausnahmevorschrift von § 66 Abs. 1 deutsch. Aufw.-Ges. (Erw. 4).
4. Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien (Erw. 5).

A. — Die Kläger erwarben am 4. Februar 1911 von der Leih- und Sparkasse Diessenhofen — einer im Jahre 1865 gegründeten Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 750,000 Fr. — als Gesamthänder 15 Inhaberoobligationen im Nominalbetrage von total 100,000 Mk. und verpfändeten dieselben der Bank als weitere Sicherheit neben der geleisteten Solidarbürgschaft für ihr abgetretene und vermittelte Hypotheken in Bayern.

Die Beklagte machte vor dem Kriege ihre Aktivgeschäfte zu zirka $\frac{3}{4}$ in Mark und zu $\frac{1}{4}$ in Franken, während sich die Passivgeschäfte im umgekehrten Verhältnis vollzogen. Zufolge des deutschen Währungszerfalles musste sie Ende September 1919 ihre Zahlungen einstellen. Laut Bilanz per 30. September 1919 beliefen sich die Mark-Aktiven auf 5,638,238 Mk., denen 1,079,620 Markschulden gegenüberstanden, während die Franken-Passiven 6,689,221 Fr. 35 Cts. betrugten, bei bloss

1,138,273 Fr. 85 Cts. Aktiven. Am 30. Oktober 1920 schloss die Beklagte mit ihren Gläubigern einen von der Nachlassbehörde bestätigten Nachlassvertrag ab, mit einer Stundung der Forderungen für fünf Jahre, bei einer Verzinsung zu 2%, die durch den Kanton Thurgau und die Thurgauische Kantonalbank garantiert wurde. Als in der Folge, statt der erhofften Besserung, der gänzliche Zerfall der Markwährung eintrat, wurde nach Ablauf der Stundung im Oktober 1924 die Liquidation des Unternehmens beschlossen. Dabei nahmen die Liquidatoren den Standpunkt ein, dass den Markgläubigern keine Liquidationsdividende gebühre, weil die Mark wertlos geworden sei.

B. — Mit der vorliegenden, gestützt auf Art. 52 Ziff. 1 OG direkt beim Bundesgericht eingereichten Klage verlangen die Kläger Aufwertung ihrer Markforderung von 100,000 Mk. auf 40% Goldmarkwert = 40,000 RM., oder umgerechnet zum Kurse von 1,233 = 49,320 schw. Franken, und Ausrichtung der den andern Kurrentgläubigern zukommenden Liquidationsdividende auf diesem Aufwertungs-betrage nebst 5% Zins seit 1. März 1925 für eine — den Frankengläubigern bereits bezahlte — Teildividende von 10%.

Diesen Aufwertungsanspruch begründen sie im wesentlichen unter Berufung auf die im bundesgerichtlichen Urteil i. S. Hinrichsen & C^{ie} c. Brann A.-G. vom 3. Juni 1925 (BGE 51 II 303) festgelegten Grundsätze. Hier wie dort handle es sich um ein Markdarlehen, das angesichts der völligen Entwertung der Papiermark nach richterlichem Ermessen — unter Heranziehung der deutschen Aufwertungsgesetzgebung als *lex contractus* — aufzuwerten sei. Nachdem das Bundesgericht in jenem Falle, wo das Darlehen in bereits erheblich entwerteter Mark (zirka 53% Goldmarkwert) begründet wurde, eine Aufwertung der Darlehensforderung auf 30% Goldmarkwert bewilligt habe, erscheine vorliegend ein Aufwertungssatz von 40% als gerechtfertigt, da die Obligationen von den

Klägern im Jahre 1911 um 100,000 vollwertige Mark erworben worden seien. Nach dem deutschen Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 treffe es für Obligationen 15% (§ 33) und ein Genussrecht von 10% (§ 37).

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Eine Aufwertungspflicht bestehe für sie weder nach schweizerischem Recht, noch nach dem deutschen Aufwertungsgesetz. Letzteres schliesse in § 66 die Aufwertung von Bankdarlehen ausdrücklich aus. Die Anwendung der von den Klägern angerufenen §§ 33 ff. Aufw.-Ges. komme hier nicht in Frage, weil es sich bei den streitigen Obligationen nicht um Schuldverschreibungen im Sinne jener Bestimmungen handle.

Aus der Aufwertung ihrer Markhypotheken resultiere für die Beklagte ein Betrag von 142,900.97 RM., der jedoch erst von 1932 an zahlbar sei, so dass bei sofortiger Diskontierung ein Barergebnis von zirka 120,000 RM. zu erzielen sei. Dazu komme der Erlös aus dem im November/Dezember 1926 erfolgten Verkaufe der aufgewerteten Pfandbriefe von 79,653 Fr. 35 Cts. = 64,000 RM., also total 184,000 RM., welche Summe zirka 3% der durch den Status per 10. September 1920 ausgewiesenen Mark-Aktiven von insgesamt 5,765,062.35 Mk. ausmache. Bei einer eventuellen Aufwertung der klägerischen Forderung könnte daher über diese 3% nicht hinausgegangen werden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Kompetenz.)

2. — Hinsichtlich der Frage des örtlich anwendbaren Rechts nehmen beide Parteien zutreffend an, dass ihre Rechtsbeziehungen grundsätzlich vom schweizerischen Recht beherrscht werden. In Betracht kommt, dass das zwischen ihnen im Februar 1911 durch Hingabe von 100,000 Mk. gegen Ausstellung von 15 Inhaberobligationen der Beklagten begründete Darlehensverhältnis seinen Sitz in der Schweiz hat, wo auch der Darlehens-

vertrag mit dem hier domizilierten Borger, auf dessen Verpflichtungen es ankommt, und dessen natürliches Recht das einheimische ist, abgeschlossen wurde.

3. — In der Sache selbst sind die Parteien darüber einig, dass es sich bei der streitigen Darlehensforderung der Kläger um eine gewöhnliche, dem Währungszerfall ausgesetzte Markforderung handelt. Die Kläger verlangen denn auch nicht etwa Rückerstattung der Darlehensvaluta im Goldwertbetrage, wie er hingegeben worden ist, sondern lediglich einen Ausgleich für den ihnen aus der Markentwertung erwachsenen Nachteil.

In dem von ihnen angerufenen Entscheide i. S. Hinrichsen & C^{te} c. Brann A.-G. (BGE 51 II 303) hat das Bundesgericht ausgeführt, dass hinsichtlich der Frage, in welchem Betrage ein von der Währungsentwertung betroffenes Markdarlehen zurückzuzahlen sei, auf den Parteiwillen abgestellt werden müsse, der bei Vorhandensein einer in der Nichtvoraussehbarkeit des gänzlichen Währungszerfalles begründeten Vertragslücke vom Richter so zu ergänzen sei, wie die Parteien die fehlende Regelung vernünftigerweise getroffen haben würden, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge vorausgesehen hätten. Dabei sei im Zweifel davon auszugehen, dass, wenn die Parteien die Schuld in einer fremden Währung ausgedrückt haben, sie in dieser Hinsicht auf das Währungsrecht des betreffenden Staates als *lex contractus* insoweit abstellen wollten, als sich darnach bestimmen solle, was begrifflich unter dem Leistungsgegenstand zu verstehen sei. Der in Papiermark kontrahierende Darlehensgeber habe zwar wohl in gewissem Umfange mit Kursschwankungen, insbesondere im Sinne einer Kaufkraftverminderung der Papiermark gegenüber der Goldmark, wie sie teils natürliche, teils zufällige Faktoren (Verteuerung der Sachwerte, Zerstörung von Gütern, allgemeine Verarmung etc.) zur Folge haben können, rechnen müssen, nicht aber mit einer völligen Währungsentwertung, wie sie künstlich durch die über-

triebene Schaffung von Papiergeld bewirkt wurde. Nachdem das deutsche Reich die durch diese Papiergeldinflation verursachten, unhaltbaren Wirtschafterscheinungen für gewisse Gebiete des privatrechtlichen Verkehrs durch die Aufwertungsgesetzgebung zurückgebildet habe, könne in der Parteiverweisung auf das deutsche Währungsrecht, als Vertragsrecht, bei Auslegung nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) auch eine Beziehung auf das in dasselbe eingreifende Aufwertungsrecht gefunden werden, die es dem schweizerischen Richter gestatte, das letztere aus dem Gesichtspunkte der *lex contractus* heranzuziehen.

An diesen Erwägungen ist auch im vorliegenden Falle festzuhalten. Die Anwendung des deutschen Aufwertungsrechtes als eines (ergänzenden) Vertragsbestandteiles drängt sich hier umso mehr auf, als die Beklagte als Grenzbank $\frac{3}{4}$ ihrer Aktivgeschäfte in Deutschland machte, wo auch die Kläger domiziliert sind, so dass unbedenklich zu unterstellen ist, dass die Parteien sich bezüglich der in deutscher Währung begründeten und nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten auch in solcher zu tilgenden Schuld dem deutschen Währungsrecht und dem es in seinen Wirkungen modifizierenden Aufwertungsrecht unterwerfen wollten. Der Natur der Sache nach kann es sich dabei aber für den schweizerischen Richter nur um eine analoge Anwendung des letztern handeln, wobei im Zweifel der internationalrechtlich massgebende Grundsatz der Gegenseitigkeit eine einschränkende Auslegung erfordert. Denn der deutsche Markgläubiger darf einer Schweizerbank gegenüber, zumal wenn diese, wie hier, in ähnlicher Weise wie ein deutsches Institut von der Währungsentwertung betroffen worden ist, nicht günstiger gestellt werden als der schweizerische Markgläubiger einer deutschen Bank gegenüber.

4. — Die Kläger stellen für die Aufwertung ihrer Inhaberoobligationen nach dem deutschen Aufwertungs-

gesetz vom 16. Juli 1925 auf § 33 ab, der bestimmt: « Ansprüche aus verzinlichen..... Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar sind, und die von natürlichen Personen, Personenvereinigungen oder juristischen Personen des Privatrechts ausgegeben sind, werden ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Hypothek gesichert sind, auf 15 vom Hundert des Goldmarkbetrages aufgewertet. » Den sog. « Altbesitzern », die solche Schuldverschreibungen vor dem 1. Juli 1920 erworben haben, gewährt § 37 ferner ab 1. Juli 1925 neben der Aufwertung einen Anspruch auf Beteiligung am Reingewinne des Schuldners und am Liquidationserlös nach Massgabe der §§ 40-42 (sog. Genussrecht); dieser Beteiligung werden 10% des Goldmarkbetrages der Schuldverschreibung als Nennwert des Genussrechtes zugrundegelegt. Demgegenüber beruft sich die Beklagte behufs Befreiung von jeder Aufwertungspflicht auf die das sog. Bankprivileg statuierende Ausnahmenvorschrift des § 66 Abs. 1, welche lautet: « Ansprüche aus einem Darlehen oder einem Verwahrungsvertrage der im § 700 des Bürgerlichen Gesetzbuches bezeichneten Art werden ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Hypothek gesichert sind, unbeschadet anderweitiger Vereinbarungen, nicht aufgewertet, wenn sie sich gegen ein Unternehmen richten, dessen Geschäftsbetrieb der Anschaffung und Darlehnung von Geld dient, und nicht der Schuldner das Geld vereinbarungsgemäss in wertbeständigen oder aufgewerteten Vermögensgegenständen anzulegen hat. » Diese Bestimmung enthält klar erkennbar eine einseitige Begünstigung der Kreditbanken, bei denen Geld als Ware angeschafft und veräussert wird, und die gerade wegen dieser Eigenart ihres Geschäftsbetriebes von den Folgen des Währungszufalles in besonders starkem Masse betroffen wurden, indem die Zinssätze nicht ausreichten, um die zwischen Hingabe und Rückzahlung des Kredites eingetretene Geldentwertung auszugleichen,

so dass das Eigenkapital zum grossen Teil eingebüsst wurde. Dieser Umstand veranlasste den deutschen Gesetzgeber, die Banken im Hinblick auf ihre allgemein volkswirtschaftliche Bedeutung als Träger der Geldwirtschaft dadurch zu schützen, dass er ihre Verpflichtungen aus der Anschaffung fremden Geldes für den Bankbetrieb, ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers, in weitestem Umfange von der Aufwertung ausnahm (vgl. RGE 118 S. 210 ; 119 S. 291 ; 120 S. 345). Im vorliegenden Falle nun kann nicht zweifelhaft sein, dass die von der Beklagten eingegangene Schuldverbindlichkeit unter den Rechtsbegriff des Darlehens fällt, sowie auch, dass die Beklagte ein Unternehmen ist, dessen Geschäftsbetrieb gemäss den Statuten (§ 1) der Anschaffung und Darleihung von Geld dient. Freilich kennt der deutsche Bankverkehr Obligationen der in Frage stehenden Art mit regelmässig mehrjähriger Anlagezeit, die es hier der Beklagten ermöglichte, das fremde Geld wertbeständig anzulegen und so den Wirkungen des Währungszerfalles zu entziehen, nicht, oder jedenfalls spielen dieselben nur eine untergeordnete Rolle. Allein nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung findet § 66 Abs. 1, der sich — als Ergänzung des die Aufwertung von in laufender Rechnung entstandenen Bankschulden ausschliessenden § 65 — gerade auf die sog. festen, d. h. auf längere Zeit bei einer Bank angelegten Gelder bezieht, auf alle Bankdarlehen Anwendung, gleichgültig, ob die Bedingungen über die Kündbarkeit im Einzelfalle von den für gewöhnliche Depositen üblichen erheblich abweichen oder nicht (vgl. WARNEYER und KOPPE, Aufwertungsrecht, Anm. 1 zu § 66 ; RGE 118 S. 215 ; 119 S. 84). So wurde § 66 insbesondere auch auf langfristige, beispielsweise auf zehn Jahre unkündbar einer Bank gewährte Darlehen als anwendbar erklärt, auf Grund der Erwägung, dass es belanglos sei, ob die Hingabe des Geldes für den Darleiher eine Vermögensanlage bedeute oder nicht, ent-

scheidend sei einzig, ob das Geld für den eigentlichen Bankbetrieb aufgenommen und verwendet worden sei (vgl. RGE 114 S. 354 ; 119 S. 289). Diese Voraussetzung trifft hier zu. Denn unbestrittenermassen hat sich die Beklagte das Geld seinerzeit zur Vermehrung ihrer Betriebsmittel beschafft, und es liegt nichts dafür vor, dass sie es ausserbankmässigen Zwecken dienstbar gemacht habe. Nach Auffassung des Reichsgerichtes kommt namentlich auch nichts darauf an, ob die Bank die Darlehensvaluta tatsächlich in wertbeständigen Vermögensgegenständen angelegt habe, oder doch vermöge der ihr vom Gläubiger gewährten langen Rückzahlungsfristen dazu in der Lage war, sofern nicht durch Parteivereinbarung die Pflicht zur wertbeständigen Anlegung des Geldes begründet worden ist. Dabei wird indessen die Langfristigkeit der Darlehensgewährung für sich allein als ausreichendes Indiz für eine stillschweigende Parteiabrede dieser Art nicht anerkannt (vgl. SEUFFERT A. 82 S. 234). Andere Anhaltspunkte für eine solche Vereinbarung aber, deren Zustandekommen von den Klägern übrigens nicht behauptet wird, sind vorliegend nicht gegeben. Da auch von den in Abs. 2 und 3 des § 66 vorgesehenen Ausnahmen vom Aufwertungsausschluss (Einlagen des Arbeitnehmers bei seinem Arbeitgeber, Ansprüche der in § 63 Abs. 2 bezeichneten Art und Darlehensansprüche, die aus einer ehemaligen Geschäftsbeteiligung entstanden sind) hier keine zutrifft, so ist in der Tat den klägerischen Ansprüchen aus den Inhaberoobligationen die Aufwertung auf Grund des — als Ausnahmebestimmung den §§ 33 ff. Aufw.-Ges. vorgehenden — § 66 zu versagen. Übrigens beziehen sich die §§ 33 ff., wie sich aus der Abschnittsüberschrift « Aufwertung von Industrieobligationen und verwandten Schuldverschreibungen » ergibt, auf Forderungen aus Wertpapieren, deren Valuta in Sachwerten angelegt worden ist, die der Einwirkung des Währungszerfalles in weitestem Umfange entzogen blieben.

5. — Abgesehen von diesen deutschen Aufwertungsbestimmungen könnte übrigens die Klage auch aus Billigkeitsgründen nicht geschützt werden. Unter dem Gesichtspunkte einer billigen Abwägung der Interessen beider Parteien kommt in Betracht, dass die Beklagte als Grenzbank ihre Aktivgeschäfte zur Hauptsache in deutscher Währung gemacht und zufolge der Markentwertung ihre Mittel zum grössten Teil verloren hat, so dass sie zur Einstellung und Liquidation ihres Betriebes gezwungen war. Hierin liegt u. a. ein durchgreifender Unterschied zum erwähnten Falle Hinrichsen c. Brann, wo der Borger das Geld in seinem Warenumsatzgeschäft gewinnbringend verwendet und sich dessen Wert, wenn auch nicht voll, so doch zu einem erheblichen Teil erhalten hatte, sowie namentlich auch zum Falle der Basler Lebensversicherungsgesellschaft c. Pfenninger (BGE 53 II 76), wo der Schuldner nur einen relativ geringen Teil seines Vermögens in deutschen Werten angelegt hatte und daher durch die aus der Währungsentwertung erlittene Einbusse in seiner wirtschaftlichen Existenz nicht gefährdet worden war. In Ansehung des Umstandes, dass hier die Beklagte allerdings durch die ihr zuteilgewordene Aufwertung ihrer deutschen Hypotheken und Pfandbriefe zirka 3% ihrer Verluste auf den Mark-Aktiven wieder einbringt, liesse sich vom Billigkeitsstandpunkte aus an sich höchstens eine Aufwertung zu diesem Prozentsatz rechtfertigen. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass die Kläger die Gefahr der Entwertung ihres Guthabens umsomehr auf sich genommen haben, als sie nach eingetretener Verschlechterung der Markwährung nicht die Umwandlung ihrer Markanlagen in eine wertbeständigere Währung verlangten, sondern es, in der Hoffnung auf eine Besserung des Kurses, bei ihrer Papiermarkforderung bewenden liessen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.

59. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juli 1928

i. S. **Bosshart** gegen **E. Näf's Erben.**

1. Art. 216 OR. Vorkaufs- oder Kaufsrecht? Begriffliche Abgrenzung. Auslegung einer Vertragsklausel. Berücksichtigung der Interessenlage des Berechtigten und des von ihm mit der Vereinbarung verfolgten Zweckes (Erw. 1—3).
2. Konversion der mangels der gesetzlichen Form ungültigen Verabredung eines Kaufsrechtes in einen — schon privatschriftlich gültigen — Vorkaufsvertrag? (Erw. 4).
3. Die Berufung auf die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Formmangels verstösst grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, dagegen kann sie nach den besonderen Umständen des Falles als missbräuchlich erscheinen (Erw. 5).

A. — Durch schriftlichen Vertrag vom 11. Juni 1926 vermietete der seither verstorbene Emil Näf, Baumeister in Oerlikon, dem Kläger von seinem Grundstücke Kat. Nr. 1091, in Oerlikon, eine Parzelle von 5000 m² zur Benützung als Lagerplatz und zur Aufstellung eines Lagerschuppens, zu einem jährlichen Zinse von 1200 Fr. für die Dauer vom 1. Juni 1926 bis 1. November 1927, mit nachheriger, jedem Teil freistehender Kündigung auf fünf Monate. Ziffer 4 des Vertrages bestimmt: « Dem Mieter steht während der Dauer des Mietvertrages das Recht zu, den Lagerplatz zum Preise 23,000 Fr. zu erwerben. Bei eventuellem Kauf des Lagerplatzes durch den Mieter hat die kanzl. Fertigung innerhalb 30 Tagen nach Kaufabschluss stattzufinden. Der Kaufpreis ist am Fertigungstag in bar zu entrichten. Durch den eventuellen Kauf des Mietobjektes gehen alle Rechte und Pflichten des Grundstückes auf den Erwerber über. »

Am 23. Juni 1926 gab Emil Näf seine Zustimmung zu dem vom Kläger dem Gemeinderat Oerlikon eingereichten Projekte für die Erstellung eines Lagerschuppens und am 11. November 1926 erklärte er sich auch mit einem Schuppenanbau einverstanden. Die beiden in der Folge errichteten Bauten wurden von der kantonalen Brandversicherungsanstalt auf 18,000 Fr. geschätzt.