

welche die Beklagte der Bank Goldzieher & Penso seinerzeit eingeräumt hatte, und zwar so, mit allen rechtlichen Vorzügen und Einreden behaftet, wie sie im Verhältnis zwischen Schuldnerin und Zedentin bestanden haben.

Die Beklagte hat nun der Bank Goldzieher & Penso ein abstraktes Schuldversprechen gemäss Art. 17 OR gegeben. Die Besonderheit dieser Verpflichtung beruht nach schweizerischem Recht in blosser Beweisabstraktheit. Der Gläubiger braucht für die Geltendmachung seines Anspruches weder den Schuldgrund, noch andere als die im Verpflichtungsschreiben angeführten Voraussetzungen darzutun. Sache des Schuldners ist es, nachzuweisen, dass und warum er trotz der Schuldurkunde nichts schulde oder noch nicht zur Leistung verhalten werden könne. Ihm obliegt es, die causa, das dem abstrakten Schuldbekennnis unterliegende Grundverhältnis aufzudecken und nachzuweisen. Dieses Kausalverhältnis besteht hier in der Begründung eines Kreditverhältnisses. Die Beklagte hat die in den Verpflichtungsschreiben genannten Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin oder ihren Zessionaren übernommen in Verbindung mit der von der Versprechensempfängerin gleichzeitig schriftlich bestätigten Verpflichtung zur Leistung der Deckung für die Schuldbeträge je einen halben Monat vor Verfall. Es handelt sich also um einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag, von dem das schriftliche Schuldbekennnis nur die Verpflichtung der Beklagten aufführt. Der Schuldnerin steht das Recht zu, gegenüber dem Gläubiger u. a. den Einwand von Nebenabreden, wie aufschiebende Bedingungen und dergl. zu erheben, und damit auch die Einrede, dass der Partner seinerseits den Vertrag noch nicht oder nicht richtig erfüllt habe. Im Gegensatz zu den Wertpapieren, bei denen nur bestimmte Kategorien von Einreden zulässig sind, findet beim Schuldschein trotz seiner abstrakten Natur eine derartige Beschränkung nicht statt.

Daran ändert auch der Erwerb der Forderung durch einen Dritten auf Grund des schriftlichen Schuldbekenn-

nisses nichts. Gegenüber einem gutgläubigen Dritten sind nur zwei Einreden ausgeschlossen; nämlich gemäss Art. 18 Abs. 2 OR die Einrede der Simulation und gemäss Art. 164 Abs. 2 OR die Anrufung eines in der Urkunde nicht erwähnten vertraglichen Ausschlusses der Abtretbarkeit der verurkundeten Forderung. Im übrigen aber unterliegt auch die Zession einer abstrakten Forderung den gewöhnlichen Sukzessionsregeln und die vom Schuldner aus dem Grundverhältnis abzuleitenden Einreden können, im Gegensatz zum Fahrniserwerb, ohne Einschränkung auch gegenüber einem gutgläubigen Zessionar erhoben werden.

Hieraus folgt, dass die Beklagte sich mit Erfolg auf die Einrede der Vorausleistungspflicht ihrer Gegenpartei, der Bank Goldzieher & Penso berufen kann...

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In Abweisung der Berufung wird das Urteil des Kantonsgerichtes von Appenzell Innerrhoden vom 25. August 1938 bestätigt und die Klage im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

**14. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Mai 1939
i. S. Müller & Co. gegen Nüscherler.**

Negative Publizitätswirkung des Handelsregistereintrags, Art. 861 Abs. 3 aOR (933 Abs. 2 OR).

Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen, so kann sie einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass dieser sichere Kenntnis von der Tatsache hatte; der Beweis des Kennenmüssens genügt nicht.

Effet négatif de l'inscription au registre du commerce, art. 861 al. 3 CO anc. (933 al. 2 CO rev.).

Lorsqu'un fait dont l'inscription est requise n'a pas été inscrit, il ne peut être opposé aux tiers que s'il est établi que ces derniers en avaient une connaissance certaine; la preuve que les tiers auraient dû le connaître ne suffit pas.

Effetto negativo dell'iscrizione nel registro di commercio (art. 861 cp. 3 del vecchio CO, art. 933 cp. 2 del nuovo CO).

Se un fatto, di cui è prescritta l'iscrizione, non è stato iscritto, può essere opposto ai terzi soltanto qualora sia provato che essi ne avevano certa conoscenza; la prova che essi avrebbero dovuto conoscerlo non basta.

Aus dem Tatbestand :

Der Beklagte Dr. Nüscher war mit einem Gustav Maerki Teilhaber der am 3. Januar 1931 ins Handelsregister Zürich eingetragenen Kollektivgesellschaft Martin & Co., die sich mit dem Handel in Möbeln befasste. Da sich die Geschäfte von Anfang an ungünstig entwickelten, wurde der Betrieb im Sommer 1932 eingestellt und das Geschäftslokal auf den 30. September 1932 gekündigt. Die Gesellschaft löste sich auf den 31. Dezember 1932 auf und trat in Liquidation; diese wurde von Maerki besorgt. Die Auflösung der Gesellschaft wurde indessen beim Handelsregister nicht angemeldet.

Am 26. September 1934 nahm Maerki bei der Firma Müller & Co., der heutigen Klägerin, ein Darlehen von Fr. 50,000.— auf für die Firma Martin & Co., für die Maerki Einzelunterschrift führte. Am 17. Mai 1935 geriet die Firma Martin & Co. in Konkurs, weshalb sie am 13. Juni 1935 im Handelsregister gelöscht wurde.

Darauf verlangte die Klägerin mit der vorliegenden Klage von Dr. Nüscher die Rückzahlung des Darlehens von Fr. 50,000.—. Das Kantonsgericht von Graubünden hat die Klage abgewiesen; das Bundesgericht hat sie geschützt.

Aus den Erwägungen :

Die Vorinstanz hat die Frage, ob Maerki durch Aufnahme des Darlehens die Firma Martin & Co. gültig verpflichtet konnte, verneint. Ende des Jahres 1932 sei die Kollektivgesellschaft in Liquidation getreten und der Geschäftsführer Maerki Liquidator geworden. Daher sei er nicht befugt gewesen, zur Eingehung eines neuen, nicht der Liquidation dienenden Geschäftes, als welches die Auf-

nahme des Darlehens zu betrachten sei (Art. 582 Abs. 2 aOR; BGE 25 II S. 394).

Ob die Aufnahme des Darlehens ein liquidationswidriges Geschäft war, kann dahingestellt bleiben. Denn es fragt sich vorerst, ob der Beklagte der Klägerin den Eintritt der Liquidation und die damit verbundene Beschränkung der Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters Maerki entgegenhalten kann, obschon die Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister nicht eingetragen wurde.

Die Vorinstanz bejahte dies in der Annahme, die Klägerin habe von der Liquidation Kenntnis haben müssen. Die Gewährung eines Darlehens von Fr. 50,000.— sei für die Klägerin ein nicht alltägliches Geschäft gewesen. Wenn sie dabei in durchaus unkaufmännischer Weise geglaubt hätte, auf Erkundigungen über die Darlehensnehmerin verzichten zu können, so hätte sie die Folgen dieses ihres Verhaltens zu tragen und könnte sich nicht auf die Unkenntnis der Liquidation berufen. Doch könne schlechterdings nicht angenommen werden, dass sich die Klägerin nicht erkundigt habe. Denn sie behaupte selbst, dass die Darlehensgewährung auf einer sachlichen Prüfung der Kreditwürdigkeit der Gesellschafter Maerki und Dr. Nüscher beruhe, gebe also zu, die Verhältnisse bei der Firma Martin & Co. nach allen Seiten geprüft zu haben. « Demnach musste die Klägerin im Hinblick auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 3 Abs. 2 ZGB) von der Liquidation der Kollektivgesellschaft Kenntnis haben ».

Die Vorinstanz stellt sich also auf den Standpunkt, die Klägerin könne sich auf die Nichteintragung der Liquidation im Handelsregister deshalb nicht berufen, weil sie bei der im Verkehr üblichen und ihr zumutbaren Aufmerksamkeit vom Eintritt der Liquidation Kenntnis haben musste. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden. Das Bundesgericht hatte sich bereits im (nicht veröffentlichten) Entscheid vom 30. November 1937 i. S.

Etablissements Hartley et Pons S. A. gegen Gonser mit dieser Frage zu befassen und führte dazu aus: « Die Unterlassung einer Handelsregistereintragung hat gemäss Art. 861 Abs. 3 OR für den Eintragungspflichtigen nur dann keine besonderen Folgen, wenn der Dritte auch ohne die Eintragung *sichere* Kenntnis von der eintragungspflichtigen Tatsache hat. Selbst schuldhaft, fahrlässige Unkenntnis oder der Beweis des Kennenmüssens genügt nicht ». An dieser Auslegung von Art. 861 Abs. 3 aOR, die mit Theorie und Praxis zu dem entsprechenden § 15 des deutschen HGB übereinstimmt, ist festzuhalten. Sie muss auch für Art. 933 Abs. 2 rev. OR gelten. Sowohl das alte wie das revidierte OR lassen Dritten gegenüber nur den Beweis zu, dass diesen eine nicht eingetragene Tatsache « bekannt war »; würde der Beweis des « Kennenmüssens » oder des fehlenden guten Glaubens im Sinne von Art. 3 ZGB genügen, so wäre dies im Gesetz ausdrücklich erwähnt. Dritte dürfen sich demnach darauf verlassen, dass die Einträge im Handelsregister mit den wirklichen Verhältnissen übereinstimmen, und haben keine weitere Erkundigungspflicht; nur wenn nachgewiesen ist, dass sie sichere Kenntnis haben von einer eintragungspflichtigen, aber nicht eingetragenen Tatsache, so müssen sie diese gegen sich gelten lassen; blosses Kennenmüssen genügt nicht.

Dieses Ergebnis ist im vorliegenden Falle auch keineswegs stossend. Der Beklagte war nach Art. 579 aOR (574 Abs. 2 OR) nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Auflösung der Kollektivgesellschaft im Handelsregister eintragen zu lassen. Durch die Unterlassung des Eintrags hat er mit bewirkt, dass im Rechtsverkehr irrige Auffassungen über das Weiterbestehen der Gesellschaft und über die Vertretungsmacht des Gesellschafters Maerki bestanden. Er hat daher die Folgen dieser Pflichtverletzung zu tragen.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

15. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 31 mai 1939 dans la cause Fontannaz c. Communauté héréditaire de Judith Fumeaux.

Recours en réforme, art. 59 OJ. Calcul de la *valeur litigieuse* lorsqu'une communauté héréditaire attaque la vente d'un bien par le de cujus à un héritier.

Berufung, Art. 59 OG. Berechnung des *Streitwertes* bei der Klage einer Erbengemeinschaft auf Ungültigerklärung eines Liegenschaftsverkaufs durch den Erblasser an einen Erben.

Appello, art. 59 OGF. Calcolo del *valore litigioso* in una causa nella quale una comunione ereditaria impugna la vendita di un immobile fatta dal de cujus ad un erede.

Le 31 janvier 1936, V^{ve} Judith Fumeaux, mère de six enfants, passait avec sa fille Marie Fontannaz un acte authentique par lequel elle lui vendait une vigne pour le prix de 4416 fr., dont 4000 étaient indiqués comme payés comptant, le solde étant payable de 20 février.

Le même jour, Dame Fumeaux passait avec une autre de ses filles, Mathilde Sauthier, un acte de vente authentique ayant pour objet une maison d'habitation, grange, places, vergers, que la mère déclarait vendre pour le prix de 5000 fr., dont 4200 étaient dits payés comptant, le solde devant être acquitté le 20 février.

Le 11 mars 1936, Judith Fumeaux est décédée dans sa maison à l'âge de 76 ans. A l'inventaire figurent des meubles pour environ 7000 fr. Et on retrouva un livre d'épargne de quelques cents francs.

Estimant que les ventes étaient simulées, la communauté héréditaire de Judith Fumeaux intenta deux procès le 20 août 1937, l'un contre Marie Fontannaz, l'autre contre Mathilde Sauthier pour faire déclarer nuls les actes passés le 31 janvier 1936, et subsidiairement pour faire verser à la masse successorale le prix de vente réel de la vigne.