

rend sie (die Erwerblerin) Anspruch auf hypothekensfreien Uebergang des Gebäudes sammt Grund und Boden besitze.

2. In erster Linie und von Amteswegen muß geprüft werden, ob das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent ist. Dies hängt von der Natur des sogenannten Bauvertrages ab, um dessen Vollziehung der Rechtsstreit sich dreht. Ist derselbe ganz, oder in einzelnen Theilen, als Werkvertrag zu betrachten, so sind insoweit die Bestimmungen der Art. 350 u. ff. O.-R. anwendbar und ist also das Bundesgericht kompetent; erscheint der Vertrag dagegen als Kaufvertrag, so ist das Bundesgericht nicht zuständig, da es sich alsdann natürlich um einen Liegenschaftskauf handelt, die Liegenschaftskäufe aber nach Art. 231 O.-R. in allen Beziehungen dem kantonalen Rechte unterstehen.

3. Die Bezeichnung „Bauvertrag,“ welche die Parteien dem Vertrage beilegen, deutet auf einen Werkvertrag hin; allein nicht diese Bezeichnung ist entscheidend, sondern vielmehr der Inhalt des Vertrages in seinem Verhältnisse zu den Bestimmungen des objektiven Rechts. Grundsätzlich nun ist der Werkvertrag Arbeitsvertrag, der Kaufvertrag Umsatzvertrag; dem Werkvertrag ist wesentlich die Verpflichtung des Unternehmers zu Herstellung eines Werkes (eines körperlichen Arbeitsproduktes) gegen einen Arbeitslohn, dem Kaufvertrage die Verpflichtung des Verkäufers zu Uebereignung einer (bestehenden oder zukünftigen) Sache gegen eine Kaufpreiszahlung. Allerdings kennt das Obligationenrecht (Art. 351), abweichend von dem gemeinen Rechte, auch Werkverträge, bei welchen der Unternehmer den Stoff zu liefern hat, und also gleichzeitig als Veräußerer erscheint. Allein im vorliegenden Falle hat nun nach dem Vertrage die Klägerin nicht nur ein Werk (einen Bau) auszuführen und das dazu nöthige Material zu liefern, sondern auch den Bauplatz zu übereignen, und zwar wird über beide Leistungen nur Ein Vertrag mit einem einheitlichen Preis abgeschlossen. Es wird nicht etwa Grund und Boden verkauft und übereignet und dabei gleichzeitig die Ausführung eines auf dem verkauften Platze auszuführenden Baues dem Verkäufer verbunden, so daß ein Kauf und ein Werkvertrag vorläge, sondern der Unternehmer hat den Bau auf seinem eigenen Grund und Boden auszuführen und hernach sammt Grund und Boden dem Besteller zu übereignen. Es ist klar, daß hier nicht von

einem Werkvertrage die Rede sein kann, bei welchem der Unternehmer blos den Stoff zu liefern hätte. Denn der Grund und Boden, auf welchem ein Bauwerk ausgeführt wird, ist so wenig der Stoff, aus welchem das Werk erstellt wird, daß ja umgekehrt letzteres rechtlich Bestandtheil des Grundstückes wird. Hiernach muß sich die rechtliche Natur des Vertrages bestimmen; derselbe ist auf eine Veräußerung von Grund und Boden, auf Uebereignung eines Grundstückes, gerichtet und erscheint daher wesentlich als Veräußerungs- d. h. als Kaufvertrag. Daß der Verkäufer das Grundstück vorerst mit einem Hause zu überbauen hat, ist nicht entscheidend; hiedurch wird lediglich die Beschaffenheit, in welcher die Kaufsache vom Verkäufer zu liefern und in welche sie daher vorher von demselben zu setzen ist, bestimmt. Denn rechtlich bildet ja das zu erstellende Gebäude, wie bemerkt, immer nur einen Bestandtheil des veräußerten Grundstückes; es kann also nicht etwa die Lieferung von Grund und Boden als blos nebensächliche Leistung neben der Erstellung des Baues, sondern es muß umgekehrt der zu erstellende Bau, als Bestandtheil des veräußerten Grundstückes und somit die Veredung, daß und wie derselbe zu erstellen sei, als eine Modalität des Verkaufes betrachtet werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung der Beklagten und Widerklägerin wird nicht eingetreten, und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Unterwalden mit dem Wald vom 4. Oktober 1889 sein Bewenden.

115. Urtheil vom 13. Dezember 1889 in Sachen  
Erben Kohn gegen Bank in Baden.

A. Durch Urtheil vom 7. September 1889 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt:

Die Klagepartei ist mit ihrer Appellation abgewiesen und verfällt, der Beklagten die Kosten der Appellationsinstanz mit 39 Fr. 40 Cts. zu vergüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Mit schriftlicher Eingabe vom 31. Oktober 1889 beantragen dieselben vorsorglich eine Aktenvervollständigung in folgenden Punkten:

a. Die Beklagte habe für ihre von den Klägern verneinte Behauptung den beantragten Beweis zu leisten, „daß alle von der Bank diskontirten Scherer'schen Wechsel der Bank direkte von Herr Kohn zutamen, begleitet von einem Bordereau Scherer's, und daß Herr Kohn oder sein Prokurist jeweilen auch von den die Wechsel begleitenden Bordereaux Scherer's Kenntniß erhalten habe oder Kenntniß nehmen konnte“ (siehe Seite 12-15 der Antwort), durch die dort genannten Zeugen und Erfüllungseid elective Haupteid (s. obergerichtliches Urtheil vom 27. April 1889);

b. Wenn erforderlich, sei der in Art. 7, 8 und 10 der Klage angerufene Beweis durch Sachverständige zu gestatten;

c. Eventuell sei auch der in Art. VIII der Replik beantragte Beweis durch Haupteid zu gestatten über die Thatsache, daß die Bank schon mehrere Jahre vor dem Ausbruch der Scherer'schen Katastrophe zur Erkenntniß des wahren Charakters der Scherer'schen Wechseloperationen gelangt sei.

In der Hauptsache beantragen die Kläger, das Bundesgericht wolle das Rechtsbegehren der Klage in vollem Umfange eventuell in einem vom Bundesgerichte nach freiem Ermessen festzusetzenden Betrage guthießen und den Klägern zusprechen, alles unter Kostenfolge.

C. Bei der heutigen Verhandlung hält der Anwalt der Kläger diese Anträge unter eingehender Begründung aufrecht.

Der Vertreter der Beklagten trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Thatsächlich ist durch die Vorinstanzen folgendes festgestellt: Joseph Scherer, der Schwager des klägerischen Erblassers Alois Kohn, betrieb in Ennetbaden eine Gerberei, mit welcher er auch die Riemenfabrikation und den Lederhandel verband. Seit dem Frühjahr 1877 pflegte Alois Kohn Tratten, welche Scherer an eigene Ordre ausgestellt und an ihn (Kohn) indossirt hatte, als

Indossant zu unterzeichnen, damit Scherer dieselben von der Bank in Baden diskontiren lassen und den Betrag in baar beziehen könne. Dieser Wechselverkehr erreichte bis zum Jahre 1885 die beträchtliche Höhe von 500,000 Fr. Von den Tratten wurde nur ein geringer Bruchtheil den Bezogenen zur Einlösung vorgelegt und von ihnen eingelöst; der größere Theil wurde von Scherer jeweilen einige Zeit vor Verfall zurückgezogen, theilweise bezahlt oder prolongirt, wesentlich aber durch neue, ebenfalls von Kohn girirte, Tratten ersetzt. Während der ganzen Dauer des Wechselverkehrs war nur ein einziges Mal, und zwar bereits im Jahre 1877, eine Tratte protestirt an den Indossanten Kohn zurückgelangt. Dieselbe wurde alsdann sofort von Scherer selbst eingelöst. Im Jahre 1885 wurde Scherer von einem Unfalle betroffen, der ihn hinderte, seinem Geschäfte weiter vorzustehen und nicht lange nachher seinen Tod herbeiführte. Dabei stellte sich heraus, daß die Bank in Baden noch 66 von Scherer ausgestellte und von Kohn girirte Wechsel im Werthe von 44,639 Fr. 55 Cts. im Portefeuille hatte. Als diese Tratten den Bezogenen vorgelegt wurden, verweigerten dieselben die Bezahlung und es ergab sich, daß sie nicht Schuldner des Scherer waren. Die Wechsel wurden hierauf von dem Indossanten Kohn eingelöst; es behielt sich aber dieser dabei das Recht vor, von der Bank in Baden Schadenersatz zu verlangen. Im Konkurse des Scherer erhielt Kohn Zahlungen im Betrage von 9114 Fr. 51 Cts., so daß sein Schaden sich auf 31,812 Fr. 91 Cts. belief. Diese Summe forderte nunmehr A. Kohn (resp. an dessen Stelle seine Erben) von der Bank in Baden durch Civillage zurück, behauptend: Die Bank in Baden habe schon lange die Gewißheit gehabt und haben müssen, daß der Wechselverkehr des Scherer kein reeller sei, sondern daß Scherer nur darauf ausgehe, sich auf unerlaubte Weise durch fiktive Traffirungen auf Leute, die ihm nichts schuldig seien, Geld zu verschaffen. Diesem verbrecherischen Treiben habe die Bank Vorschub geleistet, indem sie jeweilen den Rückzug der von Scherer ausgestellten Wechsel gestattet habe, ohne dem Kohn davon Anzeige zu machen. Letzterer habe geglaubt, es handle sich um Kundenwechsel, welche wirklich den Bezogenen zur Zahlung präsentirt werden, und habe, nachdem, mit der einzigen Ausnahme im Jahre 1877, niemals

ein Wechsel im Regreßwege an ihn zurückgelangt sei, annehmen dürfen, der ganze Wechselverkehr wicke sich ordnungsgemäß auf normaler Grundlage ab. Durch ihr Verhalten habe sich die Bank in Baden dem Kohn gegenüber gemäß Art. 50 D.-R. schadenersatzpflichtig gemacht; sie hafte, da sie mit Kohn in einem vertragsverhältnisse gestanden habe, übrigens auch nach Art. 113 D.-R. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, das Obergericht indes erst, nachdem von der Beklagten durch Zeugen bewiesen worden war, daß die Wechsel in der Regel von der Wohnung des Kohn aus, wohin sie von Angehörigen des Scherer zur Indossirung gebracht worden waren, der Bank (durch diese Angehörigen oder dritte Personen) überbracht wurden und daß denselben gewöhnlich ein in unverschlossenem Couvert befindliches Bordereau des Scherer beigefügt war, aus welchem sich die Art des Wechselverkehrs, der Rückzug und die Ersetzung der Wechsel u. vollständig ergab. Das Obergericht führt wesentlich aus: Civilrechtlich aufgefaßt erscheine das in dem Wechselverkehre zum Ausdruck gelangende Rechtsverhältnis als ein reines Kreditverhältnis zwischen Scherer und der Bank in Baden mit A. Kohn als Bürgen und Selbstzahler, ähnlich dem Kreditauftrage. Die Bank in Baden habe also dabei nicht nur ihr eigenes Interesse zu wahren gehabt, sondern sei auch verpflichtet gewesen, dem Kohn Anzeige zu machen, wenn Scherer ohne dessen Wissen den Wechselverkehr mißbräuchlich ausgebeutet habe. Nun habe der Bank die unreale Natur der Wechselmanipulationen des Scherer nicht entgehen können und es wäre daher dieselbe wegen unterlassener Mittheilung an Kohn nach Art. 50 D.-R. (allerdings mit Rücksicht auf das konkurrende Verschulden des Kohn nicht vollständig, wohl aber theilweise) schadenersatzpflichtig, wenn sie nicht zu der Annahme berechtigt gewesen wäre, die Art der Scherer'schen Wechselmanipulationen sei dem Kohn ohnedem bekannt. Zu dieser Annahme sei sie nun aber in der That befugt gewesen, da ihr die Wechsel direkt von dem Kohn'schen Hause her und in der Regel in Begleit eines Bordereau in unverschlossenem Couvert seien überbracht worden; denn sie habe bei diesem Verhältnisse doch annehmen dürfen, Kohn werde von dem Bordereau Kenntniß genommen haben und habe daraus den anormalen Charakter des Scherer'schen Wechselverkehrs ersehen.

2. Die Beklagte hat heute, wie vor den kantonalen Instanzen in erster Linie eingewendet, nachdem Kohn die Wechsel freiwillig eingelöst habe, könnte er das Bezahlte (gemäß Art. 72 D.-R.) nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermöchte, daß er sich über seine Schuldpflicht im Irrthum befunden habe; dies sei nun aber nicht der Fall. Diese Einwendung ist unbegründet. Die Klage ist, wie sich aus ihrer Begründung ergibt, keine *condictio indebiti*, sondern eine Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung (eine *actio doli*). Allerdings hätte nun A. Kohn bereits den Wechselorderungen des Beklagten gemäß Art. 811 D.-R., die Einrede der Arglist entgegensetzen können, und wenn er diese Forderungen vorbehaltlos bezahlt hätte, so könnte daher wohl gesagt werden, er habe auf die fragliche Einwendung verzichtet. Allein Kohn hat sich ja seine Rechte ausdrücklich gewahrt; er kann dieselben daher auch klageweise noch geltend machen; denn es stand nichts entgegen, daß er darauf verzichte, dieselben einredeweise im Wechselprozesse geltend zu machen, sich dagegen deren klageweise Verfolgung in besonderem Verfahren vorbehalte.

3. In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß zwischen den Klägern resp. deren Rechtsvorgänger A. Kohn und der beklagten Bank in der hier fraglichen Richtung lediglich ein wechselrechtliches Verhältniß bestand. Es liegt in der That nichts anderes vor, als daß die Bank in Baden die von Scherer ausgestellten und von Kohn girirten Wechsel diskontirt hat und dadurch als Wechselnehmer in den Wechselverband eingetreten ist. Wenn die Vorinstanz annimmt, es sei dies auf Grund eines dem Kreditauftrage ähnlichen Rechtsverhältnisses zwischen der Bank, Kohn und Scherer geschehen, so mangelt für diese Annahme jeder Anhaltspunkt in den Akten. Irgendwelche außerhalb der Wechselbegebung liegende Vereinbarung zwischen Kohn und der beklagten Bank, wonach ersterer die letztere beauftragt hätte, dem Scherer bis zu einem bestimmten Betrage, unter bestimmten Voraussetzungen u. dgl. zu kreditiren, liegt nicht vor. Kohn stand der Bank in Baden als Wechselnehmerin lediglich als Wechselgeber gegenüber; ein civilrechtliches Vertragsverhältniß, aus welchem die Bank in Baden dem Kohn zur Wahrung seiner Interessen verpflichtet gewesen wäre, bestand nicht.

4. Hievon ausgegangen erscheinen die Aktenvervollständigungs-

begehren der Kläger ohne weiters als unerheblich und deren Beschwerde als unbegründet. Der klägerische Anspruch könnte, nach dem Bemerkten, nur dann gutgeheißen werden, wenn die Bank in Baden bei Erwerbung ihrer wechselrechtlichen Ansprüche gegen Kohn arglistig (betrügerisch) gehandelt hätte. Dies ist aber nicht der Fall. Eine arglistige Handlungsweise der Bank läge dann vor, wenn Kohn zu Unterzeichnung der Wechsel von Scherer durch die betrügerische Vorgabe, dieselben seien Kundenwechsel, verleitet worden wäre und die Bank in Baden die Wechsel in Kenntniß des Betruges erworben hätte. Hieron ist nun aber keine Rede. In der That ist weder die Thatfache, daß Kohn zu Girung der Wechsel durch die gedachte betrügerische Vorgabe bestimmt worden sei, noch daß die Bank bei Erwerb der Wechsel von einem solchen Betrüge Kenntniß gehabt habe, bewiesen oder zum Beweise verstellt. Vielmehr ergibt sich, speziell in letzterer Beziehung, aus den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz klar das Gegentheil. Eine Haftung der Bank wegen Fahrlässigkeit kann, nachdem die Bank zu Wahrung der Interessen des Kohn rechtlich nicht verpflichtet war, sondern ausschließlich als Wechselgläubigerin in Betracht kommt, gar nicht in Frage kommen. Ob die Führung eines Wechselverkehrs wie des Scherer'schen durch ein Bankinstitut den Prinzipien gesunder Bankpolitik entspreche, ist für die Entscheidung der Streitfache gleichgültig, und es ist daher auf die hierauf bezüglichen Erörterungen der Kläger nicht weiter einzutreten.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Argau vom 7. September 1889 sein Bewenden.

116. Arrêt du 20 décembre 1889 dans la cause Gavard et consorts contre Goudard.

Par arrêt du 7 Octobre 1889, la Cour de Justice civile du canton de Genève a prononcé :

« La Cour admet à la forme l'appel principal interjeté contre le jugement du Tribunal civil du 18 Juin 1889. Dit que » l'appel incident interjeté par Girel est tardif et irrecevable. » Au fond, confirme le jugement dont est appel. Condamne » les appelants et Girel solidairement aux dépens d'appel à » l'égard de demoiselle Goudard. Laisse à la charge d'Odier » ses propres dépens. »

*Statuant et considérant :*

*En fait :*

1° La demoiselle Goudard, propriétaire, demeurant à Arbère (département de l'Ain), est créancière de Jean Girel pour la somme de 7532 fr. 50, en vertu d'un jugement du Tribunal civil de Genève du 28 Janvier 1888.

Le 3 Mars 1888, Girel ayant exposé en vente aux enchères publiques, par-devant le notaire Gampert, à Genève, les immeubles qu'il possédait dans les communes de Versoix et d'Annières, la demoiselle Goudard s'est rendue acquéreur pour le prix de 5120 fr. des immeubles, soit parcelles N°s 2123, 2193 sis en la commune de Versoix et 995 sis en la commune d'Annières.

Aux termes du cahier des charges de la dite vente, les adjudicataires étaient tenus de payer le prix de leur acquisition à qui de droit dans le délai de trois mois à partir du jour de l'adjudication avec intérêt au 4 1/2 % l'an dès le jour de leur entrée en jouissance. Ils pouvaient entrer en jouissance dans le terme d'un mois dès l'adjudication pour les bâtiments et dès le jour même de l'adjudication pour les terres.

Pour assurer le paiement du prix de vente, une inscription a été prise d'office au profit du vendeur Girel sur chacune de ces parcelles.

Les immeubles achetés par demoiselle Goudard étaient gre-