

57. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Oktober 1927

i. S. Schulthess gegen Schweiz. Bankverein.

Kontokorrentvertrag. Wesen (Erw. 2).

Verjährung vertraglicher und deliktischer Ersatzansprüche. Fristbeginn (Erw. 3).

A. — Der Schweizerische Bankverein stellte am 10. November 1915 dem Beklagten, L. Schulthess, mit dem er seit Jahren im Kontokorrentverkehr stand, einen Kreditbrief auf die Bank Knauth, Nachod und Kühne in New York aus, gestützt auf den Schulthess in der Zeit vom 17. Februar 1916 bis 4. Juni 1917 fünf Bezüge im Gesamtbetrag von 1000 Dollars = 5129 schw. Fr. machte. Mit Schreiben vom 15. November 1920 übermittelte ihm der Bankverein einen Kontoauszug, der mit Zins-, Zinseszins- und Kommissionsberechnung per 15. November 1920 einen Sollsaldo von 6643 Fr. auswies, und am 3. Februar 1921 stellte er ihm einen solchen per 31. Dezember 1920 mit einem Saldo von 6706 Fr. zu, wobei er jeweils um Bestätigung des Richtigbefundes ersuchte. Der Beklagte gab auf diese beiden Schreiben keine Antwort. Erst auf eine erneute Zuschrift vom 22. März 1921, worin die Bank ihrem Erstaunen über sein Stillschweigen Ausdruck gab, schrieb er am 2. April 1921 zurück, jene Briefe seien ihm zugekommen, er sei jedoch nicht im Falle, « auf das Materielle derselben einzutreten », bis die Angelegenheit betreffend die 10,000 M. Obligationen der Elberfelder Papierfabrik A.-G. erledigt sei.

Mit jenen Obligationen hatte es folgende Bewandnis: Ende Januar 1906 hatte der Bankverein dem Beklagten durch Zustellung eines vom 16. Januar 1906 datierten Prospektes Obligationen der Elberfelder Papierfabrik A.-G. offeriert, woraufhin Schulthess nach Rücksprache mit dem damaligen Direktor am Sitze in Zürich, Uehlinger, der ihm dieselben als gute Kapitalanlage empfahl,

für 10,000 M. Obligationen kaufte. Diese Papiere wurden im Sommer 1914 notleidend. Für die Jahre 1914/18 fiel die Verzinsung aus und für die folgenden zwei Jahre wurden nur 3% bezahlt. Nachher setzte die Inflation ein, die zur völligen Entwertung der Mark führte. Gemäss Darstellung des Beklagten ist nachträglich eine Aufwertung der Obligationen auf 15% ihres Nominalbetrages erfolgt.

B. — Mit im Februar 1926 angehobener Klage verlangte der Schweizerische Bankverein den Beklagten auf Zahlung des gestützt auf den Kreditbrief bezogenen Betrages von 5129 Fr. samt Zinsen und Kommissionen bis Ende Juni 1925 = total 9402 Fr. nebst 6½ % Zins und ¼ % Quartalkommission seit 1. Juli 1925.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er den ihm aus der Entwertung der Obligationen entstandenen Schaden zur Verrechnung verstellte, unter Vorbehalt der spätern Geltendmachung des Mehrbetrages. Zur Begründung seiner Ersatzforderung führte er aus: Er habe seit Mitte der neunziger Jahre beim Bankverein in Zürich ein offenes Depot und eine Kontokorrentrechnung gehabt. Vor Ankauf der ihm offerierten Obligationen habe er sich persönlich bei Direktor Uehlinger erkundigt, der ihm die Papiere angelegentlichst empfohlen habe. Hiebei handle es sich um den typischen Fall der Raterteilung innerhalb einer Geschäftsverbindung, für deren schädigende Folgen die Bank vertraglich hafte, da sie ihre Diligenzpflicht verletzt habe. Bereits am 24. Oktober 1905, sowie am 17. November 1905 und 20. Januar 1906 sei durch die « Frankfurter Zeitung » an der überhasteten Kapitalvermehrung der Elberfelder Papierfabrik scharfe Kritik geübt worden. Diese Artikel im ersten Handelsblatt Deutschlands habe die Direktion des Bankvereins in Zürich kennen müssen.

In der Replik machte der Kläger u. a. geltend: Die frühere, in Verbindung mit einem offenen Titeldepot geführte Kontokorrentrechnung sei seit 20. März 1920

liquidiert. Der eingeklagte Saldo rühre aus einem besondern, bei Ausstellung des Kreditbriefes begründeten Kontokorrentverhältnis her. Von den Auszahlungen der New Yorker Bank an den Beklagten habe der Bankverein wegen des Krieges erst im Mai 1920 Kenntnis erhalten, weshalb auch die Belastung erst auf November 1920 erfolgt sei, allerdings mit Zinsen und Kommissionen von den einzelnen Bezugstagen hinweg. Die seit 1920 halbjährlich zugestellten Rechnungsauszüge habe der Beklagte stillschweigend anerkannt.

Die zur Verrechnung verstellte Schadenersatzforderung werde grundsätzlich bestritten, eventuell wäre sie verjährt, und zwar sowohl bei vertraglicher, wie ausservertraglicher Haftung, da sie spätestens im Januar 1916 hätte geltend gemacht werden müssen, während die Kreditforderung erst am 17. Februar 1916 teilweise entstanden sei.

Demgegenüber wies der Beklagte in der Duplik darauf hin, dass er gegen die Belastung mit Zinsen, Zinseszinsen und Kommissionen am 26. Juli 1921 ausdrücklich Verwahrung eingelegt habe. Die Verjährung seiner Gegenforderung habe nicht 1906, sondern erst im Jahre 1914 zu laufen begonnen, da er erst durch das Zirkularschreiben des Klägers vom Dezember 1914 Kenntnis davon erhalten habe, dass die Elberfelder Papierfabrik ihren Verpflichtungen nicht weiter nachkommen könne. Auf jeden Fall aber wäre bei Annahme des früheren Verjährungsbeginnes die Forderung aus der Zahlung vom 17. Februar 1916 durch Verrechnung getilgt, da er die ihm Ende Januar 1906 offerierten Papiere erst einige Zeit später erworben habe. Weiter seien die Zinsen, Kommissionen und Auslagen aus der Zeit vor dem 1. September 1920 im Betrage von 1425 Fr. nach Art. 128 Ziff. 1 OR verjährt, nachdem der Friedensrichtervorstand erst am 1. September 1925 stattgefunden habe.

C. — Mit Urteil vom 22. April 1927 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Klage, in Bestätigung

des Entscheides des Bezirksgerichtes Lenzburg, geschützt.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Beklagten mit den Begehren um Abweisung der Klage im vollen Umfange, eventuell soweit sie 5129 Fr. nebst 5% Zins seit 1. September 1920 übersteige.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Streitwert.)

2. — In der Sache selbst ist vorab zu prüfen, inwieweit die Klageforderung begründet sei. Zwar wird vom Bankverein behauptet, der eingeklagte Saldo sei an sich nicht bestritten, es werde vom Beklagten bloss Tilgung durch Verrechnung geltend gemacht. Im bezirksgerichtlichen Urteil wird indessen ausdrücklich festgestellt, dass der Beklagte, nachdem er gemäss § 116 ZPO zur Aussprache über den zahlenmässigen Bestand der klägerischen Forderung verhalten worden sei, erklärt habe, « nur den Hauptbetrag von 5129 Fr. nebst Zins anzuerkennen. Zinseszins und Kommission, m. a. W. die Rechnungsweise des Kontokorrents bestreite er... » Die erste Instanz hat also die Bestreitung des Beklagten als rechtzeitig erfolgt angenommen und ist darauf eingetreten; sie hält dieselbe lediglich materiell nicht als gerechtfertigt.

Der Kläger begründet die von der Regel abweichende Berechnung der Zinse und Kosten mit dem Bestehen eines Kontokorrentvertrages, und zwar stellt er sich auf den Standpunkt, dass es sich um ein vom frühern, im März 1920 abgeschlossenen Kontokorrent unabhängiges, speziell zwecks Abwicklung der aus dem Kreditbrief entstandenen Rechtsbeziehungen eingegangenes Kontokorrentverhältnis handle. Nach herrschender Auffassung wird zum Bestande eines solchen vorausgesetzt eine Abmachung zwischen zwei in einem Rechtsverhältnis stehenden Personen, sich für eine bestimmte Rechnungsperiode oder bis zu einem gewissen Betrage derart Kredit zu gewähren, dass nur das Ergebnis der Abrechnung

(Saldo) eingefordert werden darf (OSER, N. 2 zu Art. 117 OR ; BGE 40 II 411). Ob eine solche Verabredung hier vorliege, — was schon deshalb als zweifelhaft erscheint, weil durch die Ausnützung des Kreditbriefes nicht wechselseitige Forderungen begründet worden sind, — kann dahingestellt bleiben, da die für den Kontokorrentvertrag charakteristische Stundungswirkung nicht in Frage steht. Streitig ist vielmehr, ob die seit der Kreditgewährung aufgelaufenen Zinsen bei Abschluss der einzelnen Rechnungsperioden jeweils durch Neuierung Kapital geworden seien, mit der Möglichkeit, neue Zinsen zu erzeugen. Diese Umwandlung aber ist keine direkte Wirkung des Kontokorrentverhältnisses, sondern die Folge eines Vorganges innerhalb desselben, nämlich einer besondern Willensäusserung, die in der Genehmigung des Saldos besteht. Erst mit der Saldoanerkennung tritt die Novation ein, d. h. die Umwandlung des alten Schuldverhältnisses in ein neues, dessen Verpflichtungsgrund in dem durch die Anerkennung ausgesprochenen abstrakten Schuldbekenntnis liegt. Eine solche Anerkennung ist jedoch vorliegend weder ausdrücklich, — was der Kläger selbst nicht behauptet, — noch stillschweigend erfolgt. Als der Bankverein mit Schreiben vom 22. März 1921 sich nach dem Grunde des Ausbleibens der Richtigbefundsanzeigen des Beklagten bezüglich der ihm am 15. November 1920 und 3. Februar 1921 zugestellten Rechnungsauszüge erkundigte, schrieb ihm Schulthess am 2. April 1921 zurück, er wolle sich über « das Materielle derselben » nicht aussprechen, ausser im Zusammenhange mit seiner Gegenforderung. Hierin lag die unzweideutige Verweigerung der Anerkennung der Abrechnungsergebnisse und es war damit die Gefahr beseitigt, dass im Stillschweigen eine Zustimmung durch konkludentes Verhalten erblickt werden konnte. Diese Ablehnung der Genehmigung bezog sich auch auf die dem Beklagten später übermittelten Auszüge. Der Bankverein durfte übrigens dem Stillschweigen des Empfängers

umsoweniger die Bedeutung einer zustimmenden Willenserklärung beimessen, als sich dieser mit Zuschrift vom 26. Juli 1921 gegen die Belastung mit den hohen, auf vier Jahre sich erstreckenden Zinsen und Zinseszinsen ausdrücklich verwahrt hatte.

Mangels einer Anerkennung der jeweiligen, kontokorrentmässig berechneten Saldoforderungen kann daher der Kläger gemäss Art. 314 OR Zinseszinse nicht beanspruchen. Da die Zinsen nicht Kapital geworden sind, gilt für sie die besondere kürzere Verjährung von fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 1 OR). Dass diese etwa durch die Zustellung der Rechnungsauszüge unterbrochen worden sei, behauptet der Kläger mit Recht selbst nicht. Denn darin lag nicht eine Mahnung, die Aufforderung zur Zahlung, sondern bloss die Aufforderung zur Anerkennung, die nicht geeignet war, die Verjährung zu unterbrechen; diese Wirkung hätte nach Art. 135 Ziff. 1 OR nur die Anerkennung selbst gehabt. Daraus folgt, dass der Bankverein Zinsen aus der Zeit vor dem 1. September 1920 nicht mehr geltend machen kann. Der Beklagte anerkennt die Verzinslichkeit der bezogenen Kreditsumme von 1000 Dollars = 5129 schw. Fr. von diesem Zeitpunkte hinweg mit 5%. Es ist indessen gerichtsnotorisch, dass der Bankzins für die in Betracht kommende Zeit höher war, so dass ein Satz von 6% als gerechtfertigt erscheint.

3. — Dieser Forderung stellt der Beklagte eine Schadenersatzforderung im gleichen Betrage zur Verrechnung gegenüber, die er aus einer unrichtigen Empfehlung, bzw. aus der Erteilung eines schlechten Rates durch Direktor Uehlinger bei Anlass des Kaufes von Obligationen der Elberfelder Papierfabrik A.-G. im Januar 1906 herleitet. Ob in dieser Raterteilung die Erfüllung einer vom Kläger übernommenen vertraglichen Verpflichtung oder aber ein ausservertragliches Handeln lag, für dessen schädigende Folgen eine Ersatzpflicht nur auf Grund von Art. 41 OR bestünde, kann uner-

örtert bleiben, da die vom Bankverein erhobene Verjährungseinrede im einen wie im andern Falle begründet ist.

a) Bei Annahme einer Haftung aus unerlaubter Handlung fällt entscheidend in Betracht, dass der Beklagte gemäss seiner eigenen Darstellung « Kenntnis vom Schaden », wie sie Art. 60 Abs. 1 OR zum Beginn der einjährigen Verjährung verlangt, durch das Zirkularschreiben des Bankvereins vom Dezember 1914 erhalten hat, worin ihm mitgeteilt worden ist, dass die Elberfelder Papierfabrik A.-G., welche die Obligationen bis August 1914 regelmässig verzinst hatte, ihren Verpflichtungen inskünftig nicht mehr nachkommen könne. Die Verjährung war somit am 17. Februar 1916, von welchem Zeitpunkt hinweg die Kreditforderung des Klägers auf Grund der damals einsetzenden Bezüge des Beklagten zur Entstehung gelangte, bereits eingetreten.

b) Geht man davon aus, die Bank habe sich vertraglich verpflichtet, Schulthess bezüglich der Anschaffung der Obligationen nach bestem Wissen Rat zu erteilen, so hat sie diese Vertragspflicht im Januar 1906 mit der Empfehlung der Papiere erfüllt, nach der Behauptung des Beklagten indessen ungehörig, weil der Rat schlecht war. Wie der Erfüllungsanspruch, so war in diesem Zeitpunkte auch der Ersatzanspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung fällig, da er lediglich ein Surrogat des erstern ist und daher dessen rechtliches Schicksal teilt, also insbesondere auch der gleichen Verjährung unterliegt; Schadenersatz kann mithin nur so lange verlangt werden als die Erfüllung selbst (vgl. OSER, Vorbem. zu Art. 97 ff. OR N. 4 b; BECKER, N. 3 zu Art. 97 OR; BGE 20 S. 1022 Erw. 4).

Im Unterschied zur ordentlichen Verjährung beginnt diejenige der Deliktsansprüche, wie erwähnt, nicht schon mit der Fälligkeit der Forderung, sondern gemäss Art. 60 Abs. 1 OR erst an dem Tage, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, wogegen die Ver-

jährungsfrist auf ein Jahr verkürzt ist. Diese von der Regel — wonach die Verjährung mit der unerlaubten Handlung selbst beginnen sollte — abweichende Spezialvorschrift darf jedoch wegen ihres Ausnahmecharakters nicht ausdehnend ausgelegt und auf die kontraktlichen Ersatzansprüche in der Weise zur Anwendung gebracht werden, dass die für diese geltende längere Frist von 10 Jahren mit dem für die kurze Verjährung der Deliktsansprüche festgelegten spätern Verjährungsbeginn kombiniert wird.

Hat darnach aber die Verjährung des vertraglichen Ersatzanspruches des Beklagten im Januar 1906 begonnen, so war die zehnjährige Frist bereits im Januar 1916 abgelaufen, d. h. bevor der Schadenersatzforderung eine kompensable Gegenforderung der Bank aus dem Kreditbrief gegenüberstand. Dass die Erhebung der Verjährungseinrede durch den Kläger nicht gegen Treu und Glauben verstösst, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Materiell müsste übrigens die Schadenersatzpflicht des Klägers, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, verneint werden, da Direktor Uehlinger ein auch nur leichtes Verschulden — das grundsätzlich zur Haftbarmachung der Bank für die schädigenden Folgen der Raterteilung aus Vertrag oder nach Art. 41 OR genügen würde (BGE 30 II 267 f.) — nicht zur Last gelegt werden kann. Die Verpflichtung des Bankvereins, dem Beklagten eine gute Kapitalanlage anzuraten, konnte nicht die Bedeutung haben, dass jener seinem Klienten etwa schlechthin für die unbedingte Sicherheit der empfohlenen Titel zu haften hätte, sondern erschöpfte sich darin, die von einem Sachverständigen zu erwartende Kenntnis und Sorgfalt aufzubieten. Und diese Diligenzpflicht hat Direktor Uehlinger nicht verletzt. Er durfte diese Industripapiere, mit denen erfahrungsgemäss erhöhte Risiken verbunden sind, — worüber sich auch der Beklagte klar sein musste — im Januar 1906 als

gute Anlage empfehlen: während acht Jahren sind dieselben regelmässig verzinst worden. Die erst im Jahre 1914 eingetretene ungünstige Wendung der Dinge war für ihn nicht voraussehbar.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In teilweiser Guttheissung der Berufung wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 22. April 1927 dahin abgeändert, dass die dem Kläger zugesprochene Summe auf 5129 Fr. nebst 6% Zins seit 1. September 1920 herabgesetzt wird.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

58. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 18 juillet 1927
dans la cause **Crédit Commercial de France**
contre **A. Natural, Lecoultré & C^{ie} en liquidation.**

Art. 56 O.J.F. Droit applicable en matière de cautionnement.
La contestation relève du droit applicable à l'obligation principale lorsqu'elle porte sur l'objet et l'étendue de la dette, et non point sur la responsabilité de la caution ou la validité du cautionnement.

Attendu que par lettre du 18 mai 1920, la Société A. Natural, Lecoultré & C^{ie}, à Genève, a offert en ces termes sa garantie au Crédit Commercial de France, pour une ouverture de crédit demandée par la Société A. Natural, Lecoultré & C^{ie}, à Paris:

« Nous référant à l'ouverture de crédit de 300 000 fr. argent français, que vous a demandée la S.A. A. Natural, Lecoultré & C^o (France) à Paris, 55, Boulevard Haussmann, pour ses trois sièges de Paris, Lyon et Marseille, à concurrence de 100 000 fr. argent français

» pour chacun d'eux, et que vous seriez disposés à lui
» accorder aux conditions que nous déclarons parfaitement connaître.

» Agissant en qualité d'administrateur de la S.A.
» A. Natural, Lecoultré & C^o, dont le siège est à Genève,
» nous venons vous donner, par la présente, à concurrence
» de 300 000 fr. français, la garantie de la Société anonyme A. Natural, Lecoultré & C^o à Genève, pour le
» remboursement en capital, intérêts, frais et accessoires, du découvert que la S.A. A. Natural, Lecoultré & C^o France utilisera chez vous à quelque moment,
» pour quelque cause, et sous quelque forme que ce soit,
» étant entendu que vous ne serez pas tenus de faire
» connaître à la S.A. A. Natural, Lecoultré & C^o, à
» Genève, les opérations successives et indéfiniment
» renouvelées qui constituent ledit découvert.

» Nous constituons, en conséquence, la S.A. A. Natural, Lecoultré & C^o caution de la S.A. A. Natural, Lecoultré & C^o (France), envers vous, et prenons
» en son nom l'engagement de vous rembourser toutes les
» sommes que vous devra ladite Société jusqu'à concurrence du montant de 300 000 fr. sus-indiqué, augmenté
» des intérêts, frais et accessoires, considérant, dans
» ces conditions, la dette de la Société anonyme A. Natural, Lecoultré & C^o (France) envers vous comme si
» elle était personnelle à la Société anonyme A. Natural, Lecoultré & C^o à Genève. »

Attendu que dans la suite la Société française Natural, Lecoultré & C^{ie} est entrée en liquidation judiciaire et le Crédit commercial de France admis à son passif pour une créance de 317 792, 20 fr. français;

que la Société genevoise Natural, Lecoultré & C^{ie} a été elle-même déclarée en faillite, et le Crédit commercial de France colloqué conditionnellement le 5 juillet 1923 pour une prétention de 300 000 fr. français;

que la Société Natural, Lecoultré & C^{ie}, de Genève, a obtenu un concordat d'après lequel elle payait à ses