

Die Ablösung einer Dienstbarkeit erfordert in erster Linie eine Entscheidung darüber, ob das Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung sei, und wenn, wie es vorgeschrieben ist, die Ablösung nur durch den Richter verfügt werden kann, so darf ihm nicht die Entscheidung über diese Hauptfrage entzogen bleiben. Nach dem Ausgeführten kann aber nichts anderes gelten für die uneigentliche Ablösung ohne Entschädigung, die Löschung einer Dienstbarkeit, die für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat: Nur der Richter kann sie verfügen auf Grund seiner Entscheidung über die eingetretene Interesselosigkeit.

Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben, weil die angerufenen Behörden von Bundesrechts wegen sachlich nicht zu einer solchen Entscheidung zuständig sind. Dass hiegegen nichts aus der Genehmigung des kantonalen EG zum ZGB durch den Bundesrat hergeleitet werden kann, die bloss zum Zwecke der Vermeidung von in die Augen springender Bundesrechtswidrigkeit gefordert werden konnte, ist schon vielfach entschieden worden. Würde doch das Gegenteil im vorliegenden Falle geradezu auf eine Änderung der Bundesgesetzgebung durch die Art. 194 und 195 des st. gallischen EG zum ZGB für das Gebiet dieses Kantons hinauslaufen, wovon nicht die Rede sein darf.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird begründet erklärt und der angefochtene Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 16. Februar 1937 aufgehoben.

Vgl. auch Nr. 61. — Voir aussi n° 61.

II. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

61. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Juni 1937 i. S. Martin-Bonvin und Bonvin gegen Hahnloser.

1. Bergwerke, Art. 664 u. 655 ZGB.
Abgrenzung eidgenössischen und kantonalen Rechts. Kauf einer Bergwerkskonzession. Erw. 1.
2. Haftung gemäss Art. 623 Abs. 2 OR.
 - a) Handelnde im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur die unmittelbar am Vertragsschluss beteiligten Personen, sondern auch diejenigen, mit deren Wissen und Willen diese das Geschäft namens der Gesellschaft abgeschlossen haben.
Erw. 2 a.
 - b) Verjährung. Erw. 2 b.

Die Mutter der Klägerinnen, Frau E. Bonvin-Chappuis, war Inhaberin einer staatlichen Konzession zur Ausbeutung des kohlenhaltigen Gebietes von Salins bei Sitten. Der Beklagte und Ingenieur Böhler fassten 1916 den Plan, eine Aktiengesellschaft unter dem Namen « L'Anthracite du Valais S. A. » zu gründen; die von Frau Bonvin-Chappuis die Konzession erwerben sollte.

Am 26. Juli 1916 fand die konstituierende Generalversammlung der Gesellschaft statt. Am gleichen Tag schloss Böhler als « administrateur délégué de la Société Anonyme L'Anthracite du Valais » und « en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par les statuts de la dite société et le protocole de l'assemblée constituante de celle-ci... » mit Frau Bonvin-Chappuis den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über die Konzession Salins ab. Der Kaufpreis wurde auf Fr. 70,000.— festgesetzt, wovon Fr. 30,000.— sofort zahlbar waren, der Rest in Raten. Der Staatsrat des Kantons Wallis genehmigte gemäss dem kantonalen Gesetz über die Bergwerke und Steinbrüche

die Übertragung der Konzession, jedoch — aus unbekanntem Gründen — nicht auf die Aktiengesellschaft, sondern auf Büchler persönlich. Dagegen wurde der Vertrag im Grundprotokoll von Sitten auf den Namen der Aktiengesellschaft eingetragen.

Die Aktiengesellschaft gelangte indessen nicht zur Eintragung ins Handelsregister, vielmehr verzichteten der Beklagte und Büchler in der Folge endgültig auf die Gründung. Im Auseinandersetzungsvertrag mit Büchler übernahm der Beklagte die Konzession als « alleiniger Eigentümer ».

Die Kaufpreisrestanz von Fr. 30,000.— für die Konzession blieb unbezahlt. Daher belangten die Klägerinnen als Erben der inzwischen verstorbenen Frau Bonvin-Chappuis den Beklagten für diesen Betrag, indem sie Haftung nach Art. 623 Abs. 2, eventuell Schuldübernahme geltend machten.

Das Bundesgericht hat in Übereinstimmung mit dem Obergericht des Kantons Zürich die Klage grundsätzlich geschützt.

Aus den Erwägungen :

1. — Nach Art. 56 und 57 Abs. 1 OG ist die Berufung an das Bundesgericht zulässig in Zivilstreitigkeiten eidgenössischen Rechts.

Die Klägerinnen machen gegen den Beklagten eine Forderung von Fr. 30,000.— aus dem am 26. Juli 1916 zwischen ihrer Rechtsvorgängerin einerseits und Ingenieur Büchler namens der Anthracite du Valais S. A. andererseits abgeschlossenen Kaufvertrag geltend. Streitig ist in erster Linie die Passivlegitimation des Beklagten und sodann die Forderung selber.

Für die Passivlegitimation des Beklagten berufen sich die Klägerinnen auf Art. 623 Abs. 2 OR — Haftung desjenigen, der für eine noch nicht im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft handelt —, eventuell auf Schuldübernahme gemäss Art. 175 ff. OR. Dabei geht

es also um Anwendung eidgenössischen Rechts, sodass jedenfalls insoweit auf die Berufung einzutreten ist.

Was die Forderung an sich betrifft, so hatte der Kaufvertrag, aus dem sie hergeleitet wird, die Bergwerkskonzession Salins zum Gegenstand. Nun behält Art. 664 ZGB für die herrenlosen und öffentlichen Sachen das kantonale Recht vor. Zu diesen Sachen gehören, wie in BGE 44 I 167 ff. einlässlich dargetan worden ist, auch die Objekte des Bergbaus, d. h. die nutzbaren Mineralien und Fossilien im Erdinnern, die demnach sowohl in öffentlichrechtlicher wie in privatrechtlicher Hinsicht der kantonalen Gesetzgebung überlassen sind. Dabei besteht aber gemäss Art. 655 ZGB die Einschränkung, dass die Bergwerke als « Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes » zu gelten haben. Damit sind die Bergwerke den bundesrechtlichen Vorschriften über den Grundstücksverkehr unterworfen. Das kantonale Recht bestimmt den Inhalt der Bergbauberechtigung, es entscheidet auch über die Zulässigkeit der Veräusserung und Belastung (so kann es z. B. dafür die staatliche Genehmigung vorbehalten); insoweit aber die Bergwerke tatsächlich zum Rechtsverkehr zugelassen sind, richtet sich dieser nach dem vom Bundesrecht für die Veräusserung und Belastung von Grundstücken aufgestellten Normen, womit gleichzeitig die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung von Verträgen gegeben ist. Vgl. hiezu HAAB, Kommentar, N. 26 und 27 zu Art. 655; LEEMANN, Kommentar, 2. Aufl. N. 3 und 32 zu Art. 655; COUCHEPIN, Le droit minier en Suisse dans les rapports avec le Code civil, Diss. 1921, S. 77 und 124 ff.; SCHMID, Das Bergrecht in der Schweiz, Schweiz. Juristenzeitung 17 S. 63 Ziff. 6; HESS, Das Bergrecht des Kantons Zürich, Beiträge zur schweiz. Verwaltungskunde, Heft 25, S. 23 ff.

Die eingeklagte Forderung ist darnach wie hinsichtlich der Passivlegitimation des Beklagten so auch nach ihrer sachlichen Seite vom Bundesrecht beherrscht. Eine Aus-

nahme besteht einzig hinsichtlich der Frage, ob der Kaufvertrag deswegen nichtig sei, weil der Walliser Staatsrat die gesetzlich vorgesehene Genehmigung nicht auf den Namen der kaufenden Aktiengesellschaft, sondern auf den Namen von Ingenieur Büchler persönlich aussprach. Diese Frage ist kantonales Recht und kann daher vom Bundesgericht nicht überprüft werden; es muss bei der Entscheidung der Vorinstanz, dass der Vertrag trotzdem gültig sei, sein Bewenden haben. Im übrigen jedoch unterliegt der Rechtsstreit über die Forderung in vollem Umfange der Kognition der Berufungsinstanz.

2. — Nach Art. 623 Abs. 2 OR haften, wenn vor der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister namens der Gesellschaft gehandelt worden ist, die Handelnden persönlich und solidarisch.

a) Der Kaufvertrag vom 26. Juli 1916 über die Konzession Salins wurde auf der Käuferseite namens der « Anthracite du Valais S. A. » abgeschlossen, die noch nicht im Handelsregister eingetragen war und deren Eintragung in der Folge auch endgültig unterblieben ist. Damit steht die Haftung derjenigen, die im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, nach Massgabe von Art. 623 Abs. 2 OR fest. Das führt zur Frage, was unter den Handelnden im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist und ob die Merkmale auf den Beklagten zutreffen.

Nach dem gewöhnlichen rechtlichen Sprachgebrauch ist Handelnder derjenige, der nach aussen rechtsgeschäftlich auftritt, der also das Rechtsgeschäft abschliesst. Hätte der Ausdruck auch in Art. 623 Abs. 2 diese Bedeutung, so würde der Beklagte davon nicht betroffen. Denn den Vertrag mit Frau Bonvin-Chappuis hat Büchler allein abgeschlossen als « administrateur délégué » der Gesellschaft; der Beklagte war jedenfalls am Vertragsschluss selber nicht beteiligt. Der Begriff des Handelnden ist jedoch in Art. 623 Abs. 2 umfassender als gewöhnlich. Die Vorschrift bezweckt den Schutz der Vertragsgegners, der auch für den Fall, dass die Aktiengesellschaft nicht zur

Entstehung gelangt, sich mit seinen Ansprüchen an jemand soll halten können. Dieser Zweck würde nur unvollkommen erreicht, wenn die Haftung auf die beim Vertragsschluss namens der Gesellschaft tätigen Personen beschränkt bliebe, während andere frei ausgingen, die zwar äusserlich nicht hervorgetreten sind, tatsächlich aber in vielleicht entscheidender Weise den Abschluss des Geschäftes im Namen der Gesellschaft veranlasst haben. So hätten die für die Gesellschaft massgebenden Kreise — Gründer, Aktienzeichner und bereits bestellte Organe — geradezu ein Interesse daran, für derartige Geschäftsabschlüsse nach Möglichkeit ihre unbemittelteren Leute vorzuschicken, mit deren persönlicher Haftbarkeit praktisch nichts oder wenig riskiert würde. Sollten die Ansprüche des Vertragsgegners die dem Grundgedanken von Art. 623 Abs. 2 entsprechende Sicherung finden, so müssen daher zu den Handelnden im Sinne dieser Vorschrift ausser den unmittelbar am Vertragsschluss beteiligten Personen auch diejenigen gerechnet werden, mit deren Wissen und Willen jene das Geschäft namens der Gesellschaft abgeschlossen haben.

Zum gleichen Ergebnis sind Lehre und Rechtsprechung schon in ihren bisherigen, allerdings sehr spärlichen Erörterungen gelangt; so HAFNER, OR, Anm. 4 zu Art. 623, und auf ihn bezugnehmend das zürcherische Obergericht in einem Urteil vom 2. Mai 1903, abgedruckt in den Blättern für zürcherische Rechtsprechung 1903 S. 166; WEITH, Les contrats conclus au nom d'une société anonyme en formation, Diss. 1935, S. 156. HAFNER und das Zürcher Obergericht begründen dabei die Haftung derjenigen, der dem andern den Abschluss des Geschäftes für die Gesellschaft aufträgt, mit den Grundsätzen über die Stellvertretung. Insoweit kann ihnen nicht beigespflichtet werden. Der Beauftragte ist, obschon er im Auftrage seines Hintermannes handelt, nicht sein Stellvertreter gemäss Art. 32 ff. OR; denn er handelt nicht in seinem Namen und auf seine Rechnung, sondern im Namen und

auf Rechnung der zu gründenden Aktiengesellschaft. Daher wird der Auftraggeber dem Vertragsgegner auch nicht nach den Regeln über die Stellvertretung haftbar, vielmehr ergibt sich seine Haftung einzig aus der Vorschrift des Art. 623 Abs. 2 selber, die nach dem oben Gesagten in diesem Sinne ausgelegt werden muss, wenn sie ihren Zweck in befriedigender Weise erfüllen soll.

Die Auffassung, dass die persönliche Haftung nach Art. 623 Abs. 2 sich sowohl auf die direkt als die indirekt Handelnden erstreckt, scheint im übrigen auch bei der Revision der Titel 24-33 des Obligationenrechts vorgeherrscht zu haben. Der Entwurf von 1919 sah unter Art. 643 eine gemeinsame Bestimmung für die Handelsgesellschaften mit Persönlichkeit vor, wonach vor der Eintragung in das Handelsregister die Handlungen der Gründer, der bereits als Organe bezeichneten Personen und der Versammlung der Beteiligten in bezug auf Wirkungen und Haftungsverhältnisse nach den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft zu beurteilen seien. Hiezu hiess es im Bericht von 1920, S. 50, dass nach der bisherigen Ordnung zweifelhaft gewesen sei, wer als Handelnder (im Sinne von Art. 623 Abs. 2) zu gelten habe, ob nur allfällige Kontrahenten oder auch solche Personen, die zu den vorgenommenen Handlungen Auftrag gegeben haben. Diese Frage sei nunmehr durch den Entwurf in der Weise beantwortet, dass die Handelnden wie Mitglieder einer einfachen Gesellschaft beurteilt würden. Dadurch würden mit den Handelnden auch diejenigen Mitglieder zur Verantwortung und Haftbarkeit herangezogen, die nicht direkt gehandelt haben. Die Entwürfe von 1923 und 1928 enthielten jedoch die angeführte Bestimmung nicht mehr, sondern nahmen lediglich die Vorschrift des heutigen Art. 623 Abs. 2 wieder auf, und diese ist dann auch, mit einer unbedeutenden formellen Änderung (« Ist vor der Eintragung... gehandelt worden... », statt wie bisher: « Wenn vor erfolgter Eintragung... gehandelt worden ist... »), als neuer Artikel 645 Abs. 1 in die Gesetzesfassung vom 18. Dezember 1936 eingegangen, die auf den 1. Juli nächsthin in Kraft

treten wird. Der Grund, warum die im Entwurf von 1919 unter Art. 643 vorgesehene Bestimmung fallen gelassen wurde, ist nach den Gesetzesmaterialien in der Erwägung zu suchen, dass die Aktiengesellschaft bis zur Eintragung im Handelsregister ohnehin als einfache Gesellschaft zu behandeln sei, weshalb eine entsprechende Haftungsbestimmung nicht ausdrücklich aufgestellt zu werden brauche (vgl. den Bericht zum Entwurf von 1923, Art. 660 S. 39, die Botschaft zum Entwurf von 1928, BBl. 1928 I S. 231, ferner die Ausführungen des französischen Berichterstatters im Nationalrat, Sten. Bulletin 1934 S. 266). Da aber der Entwurf von 1919 mit seinem Artikel 643 nach dem Bericht von 1920 im wesentlichen darauf abzielte, die Haftung der bloss mittelbar handelnden Personen klarzustellen, so lässt der erwähnte Verlauf der Gesetzesberatung auch darauf schliessen, dass auf diese Haftung keineswegs verzichtet werden wollte, sondern dass man gegenteils davon ausging, dieselbe ergebe sich schon aus der Fassung des bisherigen Art. 623 Abs. 2.

Art. 623 Abs. 2 OR ist im übrigen dem § 200 des deutschen Handelsgesetzbuches nachgebildet, der folgendermassen lautet: « Wird vorher (d. h. vor der Eintragung in das Handelsregister) im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner ». Die Frage, wer zu den « Handelnden » gehöre, hat sich daher in gleicher Weise auch bei § 200 HGB gestellt und ist dort von Wissenschaft und Praxis in einlässlicher Stellungnahme ebenfalls in dem Sinne gelöst worden, dass der Kreis sowohl diejenigen Personen umfasse, die das Geschäft namens der Gesellschaft tätigen, wie diejenigen, die dafür nach innen verantwortlich oder mitverantwortlich sind; siehe insbesondere die Kommentare STAUB, 12. und 13. Auflage, Anm. 13 zu § 200, DÜRINGER-HACHENBURG, 3. Auflage, Anm. 23 zu § 200.

Nach dem Urteil der Vorinstanz, hat Bächler den Kaufvertrag über die Konzession Salins mit Zustimmung und im Auftrag des Beklagten abgeschlossen. Insoweit da-

runter ein Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR verstanden sein sollte, hätte man es mit einer rechtlichen Würdigung zu tun. Auf jeden Fall enthält aber die Erwägung in erster Linie die tatsächliche Feststellung, dass Bächler mit Zustimmung und auf Geheiss des Beklagten gehandelt hat. Diese Feststellung ist gemäss Art. 81 OG für das Bundesgericht verbindlich und entspricht übrigens auch unverkennbar dem wirklichen Sachverhalt. Der Beklagte war der massgebende Gründer der Aktiengesellschaft, die die Konzession erwerben sollte, er schoss die für die Finanzierung des Unternehmens nötigen Mittel vor, beteiligte sich selber an Ort und Stelle an den Vorbereitungen für die Gesellschaftsgründung und den Kaufabschluss, nahm an der Gründungsversammlung teil und unterzeichnete das Gründungsprotokoll und die Statuten, die zwar nicht mehr auffindbar sind, beim Abschluss des Kaufvertrages jedoch vorgelegen und für Bächler die Vollmacht zum Erwerb der Konzession im Namen der Gesellschaft enthalten haben, wie der verurkundende Notar im Kaufvertrag selber ausdrücklich feststellt und im Prozess als Zeuge bestätigte.

Hat also Bächler den Kaufvertrag mit Zustimmung und Vollmacht des Beklagten abgeschlossen, so haftet der Beklagte, gleichviel unter welche rechtliche Kategorie seine Anweisungen zu subsumieren sind, gemäss Art. 623 Abs. 2 OR persönlich für die zu Lasten der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten.

b) Die Vorinstanz hat die Verjährungseinrede des Beklagten verworfen, mit dem einfachen Hinweis darauf, dass er für seine Verpflichtungen aus dem Kaufgeschäft vom 26. Juli 1916 bereits am 8. Mai 1926 auf dem Wege der Schuldbetreibung in Anspruch genommen worden sei. Sie geht also von der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR aus.

Ob das richtig ist, hängt von der Natur der Forderung ab. Würde die Forderung auf einem Delikt oder Quasidelikt beruhen, so käme Art. 60 OR mit der einjährigen

Verjährung zur Anwendung. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall. Wer namens einer noch nicht im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abschliesst, begeht weder eine unerlaubte noch eine deliktsähnliche Handlung, die ihn zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichten würde. Er haftet gemäss der besondern gesetzlichen Vorschrift des Art. 623 Abs. 2 für die auf den Namen der Aktiengesellschaft begründeten Verpflichtungen als solche; er schuldet Erfüllung des Vertrages in gleicher Weise, wie die Aktiengesellschaft Erfüllung schulden würde, wenn sie in das Handelsregister eingetragen worden wäre und gemäss Art. 623 Abs. 3 die Verpflichtungen übernommen hätte. Vgl. BGE 49 II 193; VON TUHR I § 45 Note 44; BACHMANN, Anm. 5 zu Art. 623; WEITH, a.a.O. S. 159. Damit gilt für die Haftung aus Art. 623 Abs. 2 auch die Verjährung, die das Gesetz für die Forderung als solche vorsieht (übereinstimmend für das deutsche Recht: STAUB, Anm. 13 zu § 200). Das ist im vorliegenden Falle, wo es sich um eine Kaufpreisforderung handelt, die zehnjährige Verjährung des Art. 127 OR.

Demnach hat die Vorinstanz die Verjährungseinrede mit Recht abgewiesen.

62. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. September 1937
i. S. Société pour l'Exportation des sucres S. A.
gegen Schweizerische Kreditanstalt.

Bürgschaft, Einfluss von Clearingvorschriften.

Bestimmung des anwendbaren Rechtes bei der Bürgschaft. Der schweizerische Solidarbürge kann sich darauf berufen, dass der Hauptschuldner infolge clearingvertraglicher, die direkte Zahlung verbietender Vorschriften an die Clearingstelle seines Landes bezahlt habe.