

**51. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juni 1925**

**i. S. Döttling gegen Kantonalbank von Bern.**

Art. 90, 849 ff. OR. Kraftloserklärung von Sparkassaeften mit Legitimationsklausel. Sie unterliegt nicht den für die Kraftloserklärung von Inhaberpapieren geltenden Vorschriften, sondern dem Privatentkräftungsverfahren von Art. 90 Abs. 1, das aber durch Parteiabrede ausgestaltet werden kann (z. B. öffentlicher Aufruf mit Ansetzung einer kurzen Frist).

A. — Die in Burgdorf wohnende Beschwerdeführerin hatte bei der dortigen Filiale der Kantonalbank von Bern Spareinlagen gemacht, wofür ihr ein auf ihren Namen lautender « Einlageschein » Nr. 204,478 in Form eines Sparheftes nach dem bei dem genannten Bankinstitut üblichen Muster ausgestellt wurde. In den auf dem Einlageschein abgedruckten Bedingungen ist u. a. gesagt: « Die Kantonalbank von Bern nimmt an den Kassen ihrer sämtlichen Bankstellen Gelddepositen gegen Einlagescheine (Sparhefte) zu folgenden Bedingungen entgegen:

Art. 4. Der Einleger erhält bei der ersten Einzahlung einen auf seinen Namen lautenden Einlageschein (Sparheft), auf welchem für sämtliche Einlagen quittiert wird und Rückbezüge eingetragen werden.

Die Rechnung des Einlegers wird bei derjenigen Bankstelle geführt, wo die erste Einzahlung erfolgte; es können jedoch Einzahlungen oder Rückbezüge unter jeweiliger Vorweisung des Einlagescheines auch bei den andern Bankstellen vorgenommen werden.....

Art. 5. Die Bank ist berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, an jeden Vorweiser des Einlagescheines Zahlung zu leisten, ohne zu prüfen, ob er der wirkliche Gläubiger ist. Sie behält sich vor, wenn es ihr beliebt, die Berechtigung des Vorweisers zu prüfen. Sie lehnt jede Verantwortlichkeit ab für Missbräuche, die in der Verwendung des Einlagescheines vorkommen.

Art. 7. Wird der Einlageschein vermisst, so hat der Berechtigte sofort der Kantonalbank Anzeige zu machen und den Schein gerichtlich zu amortisieren. Die Auskündigungsfrist wird auf sechs Monate verkürzt.

**Notiz:**

Der Einlageschein ist sowohl bei Einzahlungen als bei Rückbezügen an der Kasse vorzuweisen.....

Beim Rückbezug des ganzen Guthabens ist der Einlageschein zu quittieren.»

B. — Der Einlageschein Nr. 204,478 ist der Beschwerdeführerin abhanden gekommen. Sie ersuchte die Kantonalbank um Auszahlung ihres damals 250 Fr. betragenden Guthabens, indem sie sich bereit erklärte, den Einlageschein gemäss Art. 90 Abs. 1 OR zu entkräften.

Die Bank verlangte aber, unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 1923 i. S. Mathis gegen Obergericht Zürich (BGE 49 II 352 ff.), dass der Schein gemäss Ziff. 7 der Einlagebedingungen gerichtlich amortisiert werde, da es sich um ein Wertpapier handle.

Darauf stellte die Beschwerdeführerin am 23. März 1925 gestützt auf Art. 2 des bernischen EG z. ZGB beim Gerichtspräsidenten von Burgdorf das Gesuch, « der Einlageschein Nr. 204,478 auf die Kantonalbankfiliale Burgdorf mit einem Guthaben von 250 Fr. sei im Sinne der erwähnten Bestimmungen (Art. 849 ff. OR) zu amortisieren. »

C. — Mit Verfügung vom 1. April 1925 wies der Gerichtspräsident von Burgdorf das Gesuch ab und verwies die Gesuchstellerin auf « das Verfahren des Art. 90 Abs. 1 OR ». Aus der Begründung ist hervorzuheben:

Das alte Obligationenrecht habe keine besonderen Bestimmungen über die Wertpapiere, insbesondere nicht über Namenpapiere enthalten. Bei Abhandenkommen eines solchen sei der Gläubiger auf das Entkräftungsverfahren des Art. 105 aOR angewiesen gewesen, und es habe demgemäss das Bundesgericht die gerichtliche

Amortisation von Namenpapieren stets abgelehnt. Im Revisionsentwurf vom Jahre 1905 seien dann die Namenpapiere, mit Einschluss der sog. hinkenden Inhaberpapiere, in denen sich der Schuldner vorbehalte, jedem Inhaber als dem berechtigten Gläubiger rechtsgültig leisten zu dürfen, als Wertpapiere bezeichnet und für deren Amortisation die Vorschriften über Kraftloserklärung der Inhaberpapiere als massgebend erklärt worden. Dieser Abschnitt des Revisionsentwurfes sei aber nicht Gesetz geworden, sodass hinsichtlich der Entkräftung der Namenpapiere nach wie vor Art. 90 OR zu Recht bestehe. Allerdings habe das Bundesgericht in dem von der Kantonalbank angerufenen Entscheid vom 10. Oktober 1923 angenommen, dass für abhanden gekommene Namenaktien das Amortisationsverfahren nach Art. 849 ff. OR durchzuführen sei. Bei den hinkenden Inhaberpapieren habe man es jedoch mit wesentlich verschiedenen Verhältnissen zu tun. Das für die wirklichen Inhaberpapiere vorgeschriebene Amortisationsverfahren mit dem öffentlichen Aufruf des Richters, der 3-jährigen Anmeldefrist, der nachherigen richterlichen Entkräftungsverfügung und der Veröffentlichung derselben sei wohl da begründet, wo der Schuldner dem Inhaber zu leisten verpflichtet sei; wo er aber nur berechtigt sei, dem Vorweiser gültig zu zahlen, fallen Interessen gutgläubiger Dritter nicht in Betracht. Es würde für das ganze Sparkassageschäft als unerträgliche Belästigung empfunden, ohne Not ein so kompliziertes Verfahren vorzuschreiben, dessen Kosten in vielen Fällen grösser wären, als das in Frage stehende Guthaben.

D. — Da die Kantonalbank indessen neuerdings erklärte, sie könne sich mit einer Kraftloserklärung nach Art. 90 Abs. 1 OR nicht begnügen, sondern lege Wert darauf, die Frage, ob solche Einlagescheine gerichtlich amortisiert werden können und müssen, durch das Bundesgericht entscheiden zu lassen, erhob die

Beschwerdeführerin gegen die Verfügung des Gerichtspräsidenten von Burgdorf beim Bundesgericht zivilrechtliche Beschwerde im Sinne von Art. 86 Ziff. 4 OG, mit dem Antrag, die gedachte Verfügung sei aufzuheben und « der Richter anzuweisen, das Amortisationsverfahren einzuleiten und durchzuführen ». Zur Begründung macht sie geltend, die angefochtene Verfügung könne nach Art. 335 und 336 der bern. ZPO an keine obere kantonale Instanz weitergezogen werden; es liege also ein endgültiger kantonaler Entscheid vor. Dieser verletze insofern Bundesrecht, als durch das Urteil des Bundesgerichts i. S. Mathis festgestellt worden sei, dass Wertpapiere, auch wenn sie auf den Namen lauten, wie Inhaberpapiere amortisiert werden müssen; es unterliege keinem Zweifel, dass die sog. hinkenden Inhaberpapiere, wie der in Frage stehende Einlageschein, Wertpapiere seien.

E. — Die Kantonalbank von Bern hat in der Antwort auf die Beschwerde bestätigt, dass sie der Beschwerdeführerin die Rückzahlung ihres Sparheftguthabens ohne Vorlage des bezüglichen Einlagescheins verweigert und von ihr verlangt habe, dass derselbe gerichtlich amortisiert werde. Dieser qualifiziere sich als hinkendes Inhaberpapier und sei als Wertpapier zu betrachten. Sie sei deshalb nicht verpflichtet, gegen eine blosser Entkräftungserklärung nach Art. 90 Abs. 1 OR Zahlung zu leisten, sondern es seien die Amortisationsbestimmungen für Inhaberpapiere anwendbar.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Voraussetzungen der zivilrechtlichen Beschwerde nach Art. 86 Ziff. 4 OG sind gegeben, indem eine Verletzung von Bundesrecht darin erblickt wird, dass der Gerichtspräsident von Burgdorf entschieden hat, die Bestimmungen über die Kraftloserklärung von Inhaberpapieren (Art. 849 ff. OR) seien auf das Sparkassaheft der Beschwerdeführerin nicht anwendbar,

und dieser Entscheid einer Weiterziehung nach kantonalem Recht nicht fähig ist.

2. — Dass ein Sparheft der vorliegenden Art in Anwendung von Art. 90 Abs. 2 OR nach den Vorschriften über die Kraftloserklärung von Inhaberpapieren zu amortisieren sei, kann von vornherein höchstens dann in Frage kommen, wenn man ihm Wertpapiercharakter beilegt. Während unter der Herrschaft des früheren OR das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung nur die Inhaber- und Ordrepapiere als Wertpapiere anerkannt hatte (vgl. BGE 10 281 ff.; 23 I 173 f., 787; 23 II 1650; 25 II 330; 27 II 195 f.), wurden in den Revisionsentwürfen von 1904 und 1905 auch die Namenpapiere und die sog. Legitimationspapiere als Wertpapiere behandelt. Trotzdem dann aber von einer Revision des handelsrechtlichen Teiles des OR einstweilen Umgang genommen wurde, so sind doch nunmehr, wie das Bundesgericht mit Urteil vom 10. Oktober 1923 i. S. Mathis gegen Obergericht Zürich (BGE 49 II 352 ff.) ausgesprochen hat, auch die Namenpapiere als Wertpapiere zu betrachten, weil die in den Revisionsentwürfen aufgestellten Begriffsbestimmungen dem rev. OR zu Grunde gelegt worden sind, indem in Art. 90 und 114 OR, wo früher nur von Wechseln, Ordre- und Inhaberpapieren die Rede war, jetzt der zusammenfassende Begriff « Wertpapiere » gebraucht wird, ferner Art. 482 OR ausdrücklich die Dreiteilung der Wertpapiere in Namen-, Ordre- und Inhaberpapiere enthält und diese Einteilung auch der Regelung des Grundpfand- und des Forderungspfandrechts (Art. 870 und 901 Abs. 2 ZGB) zu Grunde liegt. Darüber, wie es mit den sog. qualifizierten Legitimations- oder hinkenden Namenpapieren — bei denen der Schuldner sich, trotz persönlicher Bezeichnung des Gläubigers, das Recht vorbehalten hat, den Vorweiser der Urkunde als zur Zahlungserhebung legitimiert zu betrachten, wobei es ihm freisteht, dessen Legitimation zu prüfen —, insbesondere mit den, mit einer Legiti-

mationsklausel versehenen Sparkassaheften nach dem rev. OR zu halten sei, hatte das Bundesgericht bisher zu entscheiden keinen Anlass (mit Ausnahme von BGE 41 II 40, wo in allgemeiner Beziehung ausgeführt wurde, dass als Wertpapiere nur solche Urkunden in Betracht kommen, die das in ihnen verurkundete Recht verkörpern und daher als eigentliche Träger dieses Rechts erscheinen, und dass Namenpapiere mit der Klausel, der Schuldner könne rechtsgiltig an den Inhaber der Urkunde zahlen, nicht als Wert-, sondern als Legitimationspapiere anzusehen seien). Diese Frage kann auch heute offen bleiben; denn selbst wenn man sie bejaht, so wäre damit die Streitfrage noch nicht im Sinne der Anwendbarkeit der Amortisationsbestimmungen der Art. 849 ff. OR gelöst.

3. — Wenn Art. 90 Abs. 2 OR im Anschluss an die in Abs. 1 geordnete Entkräftung von Beweisurkunden (Privatamortisation oder Mortifikation) die Bestimmungen über Kraftloserklärung von Wertpapieren vorbehält, so ist damit nur zum Ausdruck gebracht, dass insoweit das Gesetz besondere, von Art. 90 Abs. 1 OR abweichende Bestimmungen über die Amortisation von Wertpapieren enthalte, diese Vorschriften zu gelten haben. Das trifft aber nur für die Wechsel und anderen Ordrepapiere einerseits und für die Inhaberpapiere andererseits zu. Zwar hat das Bundesgericht im Falle Mathis aus dem Mangel an Spezialbestimmungen über die Kraftloserklärung von Namenpapieren den Schluss gezogen, es liege eine Lücke im Gesetz vor, die im Wege der richterlichen Rechtsfindung nach dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Papiere in dem Sinne zu ergänzen sei, dass die Vorschriften über die Amortisation der Inhaberpapiere (Art. 849 ff. OR) analog auf die Namenpapiere, insbesondere auf Namenaktien, um die es sich in jenem Falle handelte, anzuwenden seien. Allein, wie das Bundesgericht schon unter dem alten Obligationenrecht in mehreren Entscheidungen aus-

geführt hat (vgl. BGE 23 I 174, 787; 35 II 621), würde eine solche Lösung dem Wesen und der Eigenart der mit einer Legitimationsklausel versehenen Sparkassenbücher nicht gerecht. Da diese nicht zur Zirkulation bestimmt sind, der Schuldner nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, an den Inhaber der Urkunde zu leisten, und die Forderung aus dem Einlageschein nur nach den Regeln über die Zession, nicht durch blosse Übergabe der Urkunde übertragbar ist, besteht ein Bedürfnis nach einer gegen Dritte wirksamen, gerichtlichen Amortisationsverfügung, welche die Rückgabe der abhanden gekommenen Urkunde ersetzt, und ein praktischer Grund für die Anwendung der Amortisationsvorschriften der Art. 849 ff. OR auf solche Einlage- oder Depotscheine nicht. Die Unterwerfung unter diese komplizierten Bestimmungen wäre für den Sparkassaverkehr mit schweren Unzukömmlichkeiten verbunden, die namentlich in Bezug auf die ausserordentlich zahlreichen kleineren Einlagen als überaus lästig empfunden werden müssten; die durch das Verfahren nach Art. 849 ff. OR verursachten Auslagen, insbesondere diejenigen der öffentlichen Bekanntmachungen, stünden in keinem Verhältnis zu den auf dem Spiele stehenden Interessen, und würden mitunter sogar den Betrag der gesamten Spareinlage übersteigen. Ferner wäre den Einlegern während der ganzen Sperrfrist die Verfügung über ihre Sparguthaben entzogen, was umso schwerer ins Gewicht fiel, als die Sperrfrist nach Art. 851 OR mindestens 3 Jahre zu betragen hat und eine Abkürzung durch Parteiabrede (entgegen der Ansicht OSERS, Komm. Anm. 4 zu Art. 90 OR i. f.) kaum zulässig ist, da das gerichtliche Amortisationsverfahren nicht nur den Interessen der Parteien, sondern namentlich auch der Wahrung allfälliger Rechte von Drittinhabern der Urkunde dienen soll und deshalb als zwingenden Rechts erscheint. Auch das deutsche Recht, das zwar in § 808 BGB die gerichtliche Amortisation, unter Vorbehalt anderweitiger Vereinbarung,

ausdrücklich auf die Legitimationspapiere ausdehnt, hat aus praktischen Rücksichten das Entkräftungsverfahren für diese Papiere einfacher gestaltet und bestimmt, dass die Landesgesetze in Bezug auf die Veröffentlichungen und die Aufgebotsfrist abweichende Vorschriften erlassen können (vgl. § 1023 d. ZPO, sowie STAUDINGER, Anm. II 4 zu § 808 BGB).

4. — Dass nach dem geltenden Rechte die mit der Legitimationsklausel ausgerüsteten Sparkassenhefte nicht den Vorschriften über die Kraftloserklärung der Inhaberpapiere unterstehen, nehmen übrigens, wie aus dem Bericht zum Entwurf vom Dezember 1923 über die Revision der Titel 24 ff. des OR hervorgeht, die letzten Revisionsentwürfe selbst an. Der Entwurf vom Dezember 1919 hatte nämlich speziell mit Rücksicht auf die Sparkassenhefte, bei denen es sich oft um kleine Beträge handle, und auf die für die Gläubiger mit der Durchführung eines förmlichen Kraftloserklärungsverfahrens verbundenen Kosten und Umtriebe der aus den früheren Entwürfen herübergenommenen Bestimmung, dass die Kraftloserklärung der Namenpapiere, wo keine besonderen Vorschriften aufgestellt seien, nach den Amortisationsvorschriften für die Inhaberpapiere erfolge, in Art. 854 Abs. 2 den Zusatz beigefügt, der Schuldner des Namenpapieres könne in der Urkunde sich das Recht vorbehalten, auch ohne Vorweisung derselben und ohne Kraftloserklärung gültig zu leisten, wenn der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde ausspreche (vgl. Motivenbericht vom März 1920 S. 189/90). Diesen Zusatz hat der letzte Entwurf vom Dezember 1923 ebenfalls aufgenommen, mit der Begründung, der Motivenbericht hebe mit Recht hervor, dass die private Entkräftung von besonderer Bedeutung für das Verhältnis der Sparkassen zu ihren Einlegern sei (Art. 960 Abs. 2). Der erläuternde Bericht führt weiterhin (auf S. 145) bezüglich einer An-

regung einer Handelskammer zur Aufnahme einer Übergangsbestimmung, in der ausdrücklich gesagt würde, dass für die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts ausgestellten Namenpapiere Art. 90 OR weiter zu Recht bestehen solle, aus, die Erleichterung im Entkräftungsverfahren sollte auch für diejenigen Namenpapiere beibehalten werden, die vor Inkrafttreten des Gesetzes ausgestellt worden seien und die einen Vorbehalt, wie ihn Art. 960 Abs. 2 vorschreibe, nicht enthalten, « weil er bisher nicht nötig war »; es empfehle sich, allfällige Zweifel durch eine Übergangsbestimmung zu beseitigen, derzufolge die altrechtlichen Namenpapiere auch dann der Bestimmung von Art. 90 OR unterstellt seien, wenn der Schuldner keinen Vorbehalt in der Urkunde gemacht habe.

5. — Danach ist die Auffassung, dass die Sparkassenhefte, soweit sie in Form von Legitimationspapieren ausgestellt sind, der Kraftloserklärung nach den für die Inhaberpapiere bestehenden Vorschriften unterliegen, in Übereinstimmung mit der erstinstanzlichen Entscheidung abzulehnen (während es hinsichtlich der Namenaktien bei der vom Bundesgericht im Falle Mathis getroffenen Entscheidung sein Bewenden hat). Hingegen ist damit nicht zugleich auch ausgesprochen, dass das Privatentkräftungsverfahren für solche Sparkassenhefte sich unter allen Umständen auf die in Art. 90 Abs. 1 OR vorgesehenen Massnahmen des Gläubigers zu beschränken habe, und es den Sparkassen verwehrt sei, sich gutfindendenfalls eine Ergänzung in dem Sinne auszubedingen, dass durch eine den Verhältnissen angepasste Publikation allfälligen gutgläubigen Drittinhabern des Sparheftes Gelegenheit zur Geltendmachung etwaiger Ansprüche innert kürzerer Frist zu geben sei, mit der Massgabe, dass bei unbenutztem Fristablauf das Sparheft nach Art. 90 Abs. 1 OR als kraftlos erklärt und der Betrag der Einlage an den darin genannten Gläubiger ausbezahlt, oder diesem an Stelle des ver-

loren gegangenen Sparheftes eine neues ausgestellt würde. Gegen eine derartige, auf die Eigenart des Sparkassenverkehrs zugeschnittene, etwelche Erweiterung des Privatamortisationsverfahrens, die in der Praxis vielfach gehandhabt und (nach den unter A oben wiedergegebenen Einlagebedingungen zu schliessen) offenbar auch von der Beschwerdebeklagten angestrebt wird, liesse sich, da sie nicht geeignet sein dürfte, die Interessen der Beteiligten nach irgendwelcher Richtung zu beeinträchtigen, vom bundesrechtlichen Standpunkt aus nichts einwenden (vergl. BECKER, Komm. Anm. 4 zu Art. 90 OR).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**52. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. September 1925**

**i. S. Demierre & C<sup>ie</sup> gegen A. G. für Erz- u. Metallhandel.**

Art. 107 O. R. Nachfrist. Vertragserfüllung liegt nicht vor, wenn die Ware innert der gewöhnlichen Geschäftszeit dem Käufer nicht zur Verfügung stand, auch wenn die Überschreitung der Nachfrist nur einige Stunden beträgt. — Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit der Nachfristsetzung.

A. — Gemäss Bestätigungsschreiben vom 20. Februar 1924 verkaufte die Klägerin der Beklagten « 50 T Blei, Marke Penarroya, zum Preise von 86 Fr. 50 Cts. pro 100 kg. franko Basel, unverzollt, zahlbar netto innert 15 Tagen nach Spedition der Ware ab Strassburg, Lieferfrist: 10. April 1924 in Basel, Unvorhergesehenes vorbehalten. » Am 7. März 1924 verlangte die Klägerin Versandsinstruktionen, worauf ihr die Beklagte am 10. März mitteilte, dass die 50 T Penarroyaable an die Basler Lagerhausgesellschaft, Basel, Station E.L.B., zu spedieren seien. Am 9. April 1924 schrieb die Verkäu-