Urteilskopf

105 II 28

Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Januar 1979 i.S. Banque de crédit international Genève in Nachlassliquidation gegen Seattle-First National Bank (Switzerland) Zürich (Berufung)
Regeste (de):
Sicherstellung der Gegenleistung gemäss Art. 83 OR.

1. Im Gesuch um Bankenstundung gemäss Art. 29 BankG liegt das Eingeständnis der Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 83 Abs. 1 OR (E. 1).

2. Verhältnis zwischen Art. 82 und Art. 83 OR. Sicherstellung gemäss Art. 83 OR auch bei Verträgen, die Zug um Zug zu erfüllen sind? (E. 2).

3. Fristansetzung gemäss Art. 83 Abs. 2 OR. Bemessung der Frist nach den Regeln von Art. 107 Abs. 1 OR (E. 3a). Vorgehen des Schuldners bei zu kurz bemessener Frist (E. 3b).

Regeste (fr):
Garantie à fournir pour l'exécution de la contre-prestation selon l'art. 83 CO.

1. Le dépôt d'une requête de sursis bancaire selon l'art. 29 LB constitue une reconnaissance d'insolvabilité au sens de l'art. 83 al. 1 CO (consid. 1).

2. Rapport entre les art. 82 et 83 CO. Application de l'art. 83 CO aux contrats dans lesquels prestation et contre-prestation doivent être exécutées simultanément? (consid. 2).

3. Fixation d'un délai selon l'art. 83 al. 2 CO. Application des règles de l'art. 107 al. 1 CO à la fixation du délai (consid. 3a). Attitude à adopter par le débiteur auquel le créancier impartit un délai insuffisant (consid. 3b).

Regesto (it):
Garanzia per l'adempimento della controprestazione secondo l'art. 83 CO.

1. La domanda di moratoria bancaria giusta l'art. 29 LBCR costituisce un riconoscimento d'insolvenza ai sensi dell'art. 83 cpv. 1 CO (consid. 1).

2. Relazione tra l'art. 82 e l'art. 83 CO. Garanzia secondo l'art. 83 CO anche nel caso di contratti da adempiere simultaneamente? (consid. 2).

3. Fissazione di un termine secondo l'art. 83 cpv. 2 CO. Fissazione del termine secondo la disciplina di cui all'art. 107 cpv. 1 CO (consid. 3a). Attitudine del debitore in caso di fissazione di un termine troppo breve (consid. 3b).

Sachverhalt ab Seite 28

A.- Die Banque de crédit international Genève (BCI) und die Seattle-First National Bank (Switzerland) Zürich vereinbarten am 13. November 1973 ein Devisentermingeschäft. Danach verkaufte erstere der letzteren 10 Millionen US-Dollar zu einem Kurs von Fr. 3.1138. Leistung und Gegenleistung waren am 15. Oktober 1974 zu erbringen, diejenige der Verkäuferin bei der Bankers Trust Company in New York, diejenige der Käuferin bei der Schweizerischen Kreditanstalt in Genf.

Sechs Tage vor dem Erfüllungstag, am 9. Oktober 1974, ersuchte die BCI das zuständige Gericht um Gewährung einer Stundung im Sinne der Art. 29 ff. BankG und schloss ihre Schalter. Die Seattle-First National Bank (Switzerland) Zürich erfuhr das tags darauf durch die Presse und setzte sich unverzüglich mit der BCI in Verbindung. Noch am gleichen Tage, um 14.35 Uhr, übermittelte sie der BCI ein Fernschreiben, in dem sie dieser unter Hinweis auf Art. 83 Abs. 2 und Art. 107 OR eine Frist bis Freitag, den 11. Oktober 1974, 10.00 Uhr, setzte, "um uns die noetigen sicherheiten zur abwicklung" des im November 1973 geschlossenen Devisentermingeschäftes zu geben. Da die Franken in der Schweiz bezahlt werden müssten, "benoetigen wir ausreichende garantien ihrerseits, dass die von uns gekauften dollars angeschafft werden". Auf diese Fristansetzung reagierte die BCI nicht, so dass die Seattle-First National Bank (Switzerland) Zürich am 11. Oktober 1974, 15.25 Uhr, fernschriftlich den Rücktritt vom Vertrage erklärte. Der Kurs des Dollars belief sich am 15. Oktober 1974 auf Fr. 2'925.-. Am 25. November 1979 wurde der BCI die Stundung gemäss Art. 29 BankG bewilligt, später wurde das Nachlassverfahren über sie eröffnet.

B.- Im November 1976 erhob die Banque de crédit internationl Genève in Nachlassliquidation gegen die Seattle-First National Bank (Switzerland) Zürich Klage auf Zahlung von Fr. 1'930'000.- nebst Zins; Damit forderte sie die Erstattung des aus dem Dahinfallen des seinerzeit vereinbarten Devisentermingeschäftes entstandenen Schadens, den sie auf Fr. 1'930'000.- veranschlagte. Mit Urteil vom 8. März 1978 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage ab.

C.- Die Klägerin hat die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Sie stellt den Antrag, dass die Klage im Betrage von Fr. 1'888'000.- nebst Zins zu 6% seit dem 15. Oktober 1974 gutzuheissen sie. Demgegenüber schliesst die Beklagte auf Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie habe am 11. Oktober 1974 vom Vertrage mit der BCI zurücktreten dürfen, weil diese ihre Gegenleistung binnen der ihr auf Grund von Art. 83 OR gesetzten Frist nicht sichergestellt habe. Zu Recht bestreitet die Klägerin vor Bundesgericht nicht, dass

die BCI im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zahlungsunfähig war, als seitens der Beklagten die erwähnte

Aufforderung an sie erging. Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 83 SchKG setzt nicht den Konkurs oder die fruchtlose Pfändung des Schuldners voraus, sondern ist schon dann erstellt, wenn der Schuldner für absehbare Zeit nicht mehr über die notwendigen Mittel verfügt, um seine Gläubiger zu befriedigen (BGE 68 II 177 mit Hinweisen). Das traf für die BCI am 10. Oktober 1974, als sie von der Beklagten um Sicherstellung ersucht wurde, zu, hatte sie doch bereits tags zuvor ihre Schalter geschlossen und das Gesuch um Bankenstundung gestellt, was nach Art. 29 BankG voraussetzt, dass die Bank "sich ausserstande sieht, ihre Verbindlichkeiten zeitgerecht zu erfüllen". In einem solchen Gesuch liegt das Eingeständnis der Zahlungsunfähigkeit (vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum BankG, Zürich 1976, N. 1 zu Art. 29-35).

2. a) Nach dem Vertrag hätte die Beklage ihre Leistung in Schweizer Franken am 15. Oktober 1974 in Genf erbringen müssen, während die BCI die verkauften 10 Millionen Dollar der Beklagten am gleichen Tage in New York zur Verfügung zu stellen gehabt hätte. Beides hätte mangels einer besonderen Abrede während der gewöhnlichen Geschäftszeit geschehen müssen (Art. 79 OR). Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nun, dass der Geschäftsschluss in Genf um 16.30 Uhr Ortszeit war, derjenige in New York aber - der Zeitverschiebung wegen - fünf Stunden später. Die Beklagte hätte somit ihre Leistung bis 16.30 Uhr Genfer Zeit erbringen müssen, während die BCI mit der Gegenleistung fünf Stunden länger, bis zum New York Geschäftsschluss, hätte zuwarten können. Die Klägerin hält nun dafür, dass trotzdem dergestalt ein Vertrag vereinbart gewesen sei, der von der Parteien Zug um Zug hätte erfüllt werden müssen. Für die Anwendung des Art. 83 OR bleibe somit kein Raum mehr, da diese Bestimmung auf Verträge zugeschnitten sei, bei denen die eine Partei vorleistungspflichtig sei. Anwendbar sei in diesen Fällen allein Art. 82 OR. b) Sind bei einem zweiseitigen Vertrag beide Leistungen gleichzeitig zu erbringen, so kann nach Art. 82 OR nur derjenige den andern zur Erfüllung anhalten, der seinerseits geleistet oder doch die Leistung angeboten hat. Schon nach seinem Wortlaut kann Art. 82 OR von einer Partei, die zur Vorleistung

verpflichtet ist, nicht angerufen werden, steht doch eine solche Vertragspflicht der Einrede des nicht erfüllten Vertrages von vornherein entgegen. Von andern Voraussetzungen geht demgegenüber Art. 83 OR aus, der für den Fall, dass ein Vertragspartner nach Vertragsschluss zahlungsunfähig wird, der andern Partei einen besonderen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, der wesentlich einschneidender ist als die Einrede nach Art. 82 OR (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, S. 65). Gemäss Art. 83 OR kann nämlich diejenige Partei, deren Anspruch durch die Verschlechterung der Vermögenslage des andern gefährdet wird, Sicherstellung verlangen und - wenn diese nicht binnen angemessener Frist geleistet wird - vom Vertrage zurücktreten. Damit gibt Art. 83 OR der sich vor veränderte Verhältnisse gestellt sehenden Vertragspartei die Möglichkeit, die aus der Verschlechterung der Vermögenslage des Vertragsgegners folgende Gefährdung ihres Anspruches abzuwenden. Während die Art. 107 ff. OR den Rücktritt vom Vertrage für den Fall regeln, dass eine fällige Verbindlichkeit aussteht, kann über Art. 83 OR der Vertrag schon aufgelöst werden, wenn noch keine Vertragsleistung fällig ist. Wenn diese Bestimmung dem Gläubiger das Recht einräumt, seine eigene Leistung "zurückzuhalten", heisst das nur, dass der Vertragsgegner unter den Voraussetzungen des Art. 83 OR selbst eine fällige Leistung des Gläubigers nicht einfordern kann. Aus dem Wortlaut von Art. 83 OR lässt sich insbesondere nicht ableiten, dass der Gläubiger die Frist zur Sicherstellung nur dann und erst dann ansetzen dürfe, wenn wenigstens seine Leistung fällig ist. Voraussetzung für das Vorgehen nach Art. 83 OR bildet vielmehr der Umstand, dass durch die Verschlechterung der Vermögenslage des Vertragsgegners der Anspruch des Gläubigers als gefährdet erscheint. Das kann durchaus auch dann der Fall sein, wenn dieser nicht vorleistungspflichtig ist. Der Hinweis der Klägerin auf § 321 des deutschen BGB hilft nichts. Zwar trifft es zu, dass § 321 BGB und Art. 83 OR dieselben Grundlagen haben (vgl. BGE 49 II 463). Im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber hat der schweizerische die Einschränkung aber gerade nicht in das Gesetz aufgenommen, dass der in Frage stehende Rechtsbehelf nur dann zum Zuge kommen könne, wenn der Gläubiger vorleistungspflichtig sei. Genügt somit für die Fristansetzung nach Art. 83 OR, dass durch die nach

Vertragsschluss eingetretene

BGE 105 II 28 S. 32

Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Anspruch des Gläubigers gefährdet wird, so kann die nach dieser Bestimmung anzusetzende "angemessene Frist" durchaus schon abgelaufen sein, bevor eine der Parteien nach Vertrag hätte erfüllen müssen. Dergestalt vermag sich der von der Zahlungsunfähigkeit des Vertragsgegners überraschte Gläubiger frühzeitig Klarheit darüber zu verschaffen, ob mit der vertragsgemässen Abwicklung des Geschäftes noch zu rechnen ist (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 67). Freilich kommt die Regelung des Art. 83 OR in erster Linie dem vorleistungspflichtigen Gläubiger zugute, indem er ihn bei Vorliegen veränderter Umstände von der Pflicht entbindet, selber leisten zu müssen, ohne dabei die Gewissheit zu haben, dass der Schuldner die Gegenleistung ebenfalls erbringen werde (vgl. BGE 64 II 265 E. 1, BGE 49 II 460 E. 2). Sind dagegen Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu erbringen, so steht dem Gläubiger mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR ein Rechtsbehelf zur Verfügung, der in sehr vielen Fällen zu genügen vermag. Jedenfalls braucht er nicht zu leisten, ohne seinerseits die Gegenleistung zu empfangen. Nach Art. 83 OR hat der Gläubiger aber das Recht auf Sicherstellung, sobald sein Anspruch durch die Verschlechterung der Vermögenslage des Vertragsgegners als gefährdet erscheint. Dieser Anspruch kann durchaus auch derjenige auf Schadenersatz sein, der entstehen kann, wenn der Schuldner nicht vertragsgemäss erfüllen sollte. In dieser Hinsicht bietet Art. 82 OR dem Gläubiger keinen Schutz: erfüllt der Schuldner im verabredeten Zeitpunkte nicht, so kann der Gläubiger zwar auf Grund dieser Bestimmung seine Leistung verweigern und gestützt auf Art. 107 OR Schadenersatz verlangen, was ihm bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aber unter Umständen nichts mehr hilft. Demgegenüber erlaubt Art. 83 OR dem Gläubiger, wie dargelegt, sich über die Abwicklung des Vertrages frühzeitig Klarheit zu verschaffen. Leistet der Schuldner keine Sicherheit, so kann sich der Gläubiger vom Vertrage lossagen und so den Eintritt eines Schadens abwenden oder ihn doch geringer halten, indem er z.B. einen entsprechenden Vertrag mit einem Dritten eingeht oder auf weitere Vorbereitungshandlungen für die Abwicklung des nunmehr aufgelösten Vertrages verzichtet. Für die Anwendung des Art. 83 OR kommt somit es nicht darauf an, ob die Vertragsparteien gleichzeitig zu erfüllen haben oder nicht

BGE 105 II 28 S. 33

(vgl. BECKER, N. 6 zu Art. 83 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 67; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 470); vielmehr ist nach dem Gesagten allein entscheidend, ob durch die Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners Ansprüche des Gläubigers gefährdet sind. Das kann aber selbst dann der Fall sein, wenn der Gläubiger seine Leistung an sich gestützt auf Art. 82 OR verweigern könnte. Es ist somit auch im vorliegenden Fall nicht zu prüfen, ob die Leistung gleichzeitig hätten erbracht werden müssen oder nicht.
c) Die Vorinstanz hält fest, dass das in Frage stehende Devisentermingeschäft, "zweifellose nur ein Glied in der Kette von Devisentransaktionen darstellte". Dieser sowie den weiteren Erwägungen des Handelsgerichts, dem fachkundige Richter angehören, wonach es für eine kleine Bank wie die Beklagte sehr schwierig sei, kurzfristig 10 Millionen Dollar aufzutreiben, so dass sie für den Fall der Nichterfüllung durch die BCI Gefahr gelaufen wäre, ihren weiteren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen zu können, widerspricht die Berufung nicht. Aus diesen Darlegungen folgt zwingend, dass der Beklagten erhebliche Schadenersatzansprüche gegen die BCI hätten erwachsen können, wenn diese nicht vertragsgemäss erfüllt hätte. Mit letzterem war infolge ihrer Zahlungsunfähigkeit zu rechnen; aus gleichem Grunde erschienen aber auch die für diesen Fall zu erwarten gewesenen Schadenersatzansprüche der Beklagten als gefährdet. Somit war diese befugt, die BCI gestützt auf

Art. 83 OR zur Sicherstellung der Gegenleistung anzuhalten.

3. a) Die vom Gläubiger zur Leistung der Sicherstellung anzusetzende Frist hat angemessen zu sein (Art. 83 Abs. 2 OR). Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach denselben Grundsätzen wie die Frage, ob eine Frist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR angemessen sei (Becker, N. 10 zu Art. 83 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 12 zu Art. 83 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 67 Anm. 67). Das hängt von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung ab. Je grösser dieses Interesse und je leichter die Leistung zu erbringen ist, desto kürzer darf die Frist bemessen sein (BGE 103 II 106 E. 1b mit Hinweisen). b) In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil, dass die Beklagte die BCI am Donnerstag, dem

10. Oktober 1974, um 14.35 Uhr, zur Sicherstellung anhielt und ihr dabei eine Frist bis Freitag, den 11. Oktober, 10.00 Uhr, setzte, was 4 1/2 Stunden Geschäftszeit ausmachte. Auch bei gutem Willen wäre es der BCI sodann nach Auffassung der fachkundigen Vorinstanz nicht möglich gewesen, der Beklagten fristgemäss die verlangte Sicherstellung anzubieten. Auch wenn einzuräumen ist, dass der Beklagten nicht mehr viel Zeit zur Verfügung stand, um die 10 Millionen Dollar gegebenenfalls selber aufzutreiben, sind umgekehrt keine Umstände ersichtlich, dass ihr das nicht möglich gewesen wäre, wenn sie der BCI nicht doch eine etwas längere Frist gesetzt hätte. Aus diesen Gegebenheiten ergibt sich, dass die angesetzte Frist an sich zu kurz bemessen war. Allein, das heisst nicht, dass die BCI sie schlechthin nicht zu beachten hatte. Nach Rechtsprechung und Lehre hat sich der Schuldner, dem eine zu kurze Frist angesetzt wird, hiergegen beim Vertragsgegner zu verwahren und ihn um eine Verlängerung der Frist anzugehen; tut er das nicht, so ist anzunehmen, er sei mit der ihm gesetzten Frist einverstanden (BGE 46 II 251 E. 3, BGE 15, 868; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 150; Becker, N. 25 zu Art. 107 OR, OSER/SCHÖNENBERGER, N. 15 zu Art. 107 OR). Unbehelflich ist es, wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang auf den einen gegenteiligen Standpunkt einnehmenden BGE 32 II 726 verweist, setzt sich doch dieses Urteil mit dem älteren BGE 15, 868 nicht auseinander und ist es zudem durch die spätere Rechtsprechung überholt. Nach Rechtsprechung und Lehre ist zwar unter Umständen eine zu kurz bemessene Frist in eine angemessenen Frist umzudeuten. Praktische Bedeutung haben kann das aber nur dann, wenn der Schuldner innerhalb der angemessenen Frist seinen Verpflichtungen tatsächlich nachkommt (vgl. BGE 91 II 351 E. 3b mit Hinweisen). Das entfällt hier aber von vornherein, da die BCI auf die Fristansetzung der Beklagten hin nicht reagierte: weder ersuchte sie um Verlängerung der Frist, noch leistete sie Sicherheit, noch bot sie gar die Erfüllung des Vertrages an. Die Berufung macht zwar geltend, die BCI habe auf die Fristansetzung der Beklagten nicht reagieren müssen, ergebe sich doch aus deren Fernschreiben vom 10. Oktober 1974, dass sie "nicht weiter mit sich reden lassen werde". Die Klägerin leitet das aus der Drohung der Beklagen im erwähnten Fernschreiben ab, wonach diese sich "im markte zurückdecken" werde, wenn "die verlangten sicherheiten bis zum gesetzten

termin nicht vorliegen". Nach Auffassung der Berufung liegt damit der gleiche Sachverhalt vor wir in BGE 103 II 106 E. 1b, wo das Bundesgericht erklärte, es sei zulässig, wenn der Gläubiger die Fristansetzung nach Art. 107 Abs. 1 OR mit der Erklärung verbinde, dass er auf die Erfüllung des Vertrages verzichten und Schadenersatz verlangen werde, falls der Schuldner die Frist nicht einhalten sollte. Auf eine einmal gesetzte Frist kann der Gläubiger nach dem oben Ausgeführten indes jederzeit in dem Sinne wieder zurückkommen, dass er

sie auf Begehren des Schuldners hin verlängert, wozu er unter Umständen sogar verpflichtet ist. Daran ändert auch nichts, dass der Gläubiger sich bereits mit der ersten Fristansetzung darauf festgelegt hat, wie er vorgehen will, wenn der Schuldner die Frist nicht einhalten sollte. Bei der von der Beklagten mit dem Fernschreiben vom 10. Oktober 1974 angesetzten Frist muss es somit sein Bewenden haben, wenn sich nicht ergibt, dass die Fristansetzung als solche rechtsmissbräuchlich war. c) (Das Bundesgericht verneint, dass die Fristansetzung durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich war.)

4. Hatte sich die BCI somit die ihr von der Beklagten gesetzte Frist entgegenhalten zu lassen, so konnte die Beklagte nach deren Ablauf den Vertrag gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR auflösen. Das tat sie denn auch mit ihrem Fernschreiben vom 11. Oktober 1974, 15.25 Uhr. Der Schadenersatzforderung der Klägerin ist damit der Boden entzogen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 8. März 1978 bestätigt.