

hatte nun über diesen Punkt ausdrücklich ausgeführt, der Kreditvertrag, der zwischen dem Beklagten und dem Konkursiten Walthier abgeschlossen worden sei, qualifiziere sich als ein dem kantonalen Recht (OR 337) unterstehender hypothekarisch versicherter Darlehensvertrag. Da jedoch das baselstädtische Recht keine Bestimmungen über dieses Rechtsverhältnis aufweise, sei subsidiär das Obligationenrecht (Titel X) anwendbar. Die II. Instanz weist diese Auffassung nicht zurück, sondern billigt sie stillschweigend, indem sie direkt auf die Bestimmungen des Obligationenrechts eingeht und an Hand dieser Bestimmungen das Streitverhältnis beurteilt. Es erhellt daraus, daß die Vorinstanz das eidgenössische Obligationenrecht qua kantonales Recht angewendet hat, und es fragt sich nun, ob in der Tat auf das ganze Streitverhältnis kantonales Recht Anwendung finde, die Bestimmungen des Obligationenrechts nur als Kraft kantonalen Rechts anwendbar zu erklären seien, oder ob gegenteils diese Bestimmungen direkt, als Bestimmungen des eidgenössischen Rechts, auf den Streit Anwendung zu finden haben. Diese Frage ist im ersteren Sinne zu lösen. Art. 337 OR, der am Schlusse des Titels über den Darlehensvertrag steht, behält ganz allgemein für grundversicherte Darlehen das kantonale Recht vor, und dieser allgemeine Vorbehalt sowie auch der Umstand, daß er am Schlusse des betreffenden Titels gemacht ist, zeigt schon zur Genüge, daß das grundversicherte Darlehen in allen seinen Beziehungen vom kantonalen und nicht vom eidgenössischen Recht beherrscht sein soll. Das muß aber auch aus dem engen Zusammenhang des grundversicherten Darlehens mit dem kantonalen Hypothekarrecht gefolgert werden; und da das Bundesgericht das (obligatorische) Pfandversprechen über Liegenschaften als dem kantonalen Recht unterstehend erklärt hat (MS 16 S. 399 Erm. 3), so muß das kantonale Recht a fortiori Anwendung finden auf den grundversicherten Darlehensvertrag, und zwar in allen seinen Beziehungen. Das ist denn wohl auch die Meinung des Bundesgerichts im eben zitierten Urteile, wie denn überhaupt das Bundesgericht stets davon ausgegangen ist, daß da, wo der Vorbehalt des Gesetzes zu Gunsten des kantonalen Rechts allgemein lautet (z. B. Art. 231, 76), das ganze Institut dem kantonalen Recht überlassen sei. Auch Soldan, Le Code fédéral

des Obligations et le droit cantonal, S. 189, steht auf diesem Boden. (A. A. Hafner, wenigstens in der 1. Auflage seines Kommentars.) Speziell die hier den Rechtsstreit entscheidende Frage des Einflusses des Konkurses des Borgers auf das Darlehensversprechen, die in Art. 332 OR geregelt ist, wird ebenfalls vom kantonalen Recht ergriffen. Auf die Berufung ist daher wegen Inkompetenz des Bundesgerichts nicht einzutreten; —

erkannt:

Auf die Berufung wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichts nicht eingetreten.

**87. Urteil vom 2. November 1905 in Sachen
Gumert, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Heri, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Haftung des Tierhalters, Art. 65 OR. — Automobilunfall, herbeigeführt durch das Anspringen eines Hundes gegen ein Automobil. Tatbestandfeststellung; Aktenwidrigkeit? Art. 81 Abs. 1 OG. Kausalzusammenhang zwischen dem Tun des Hundes und dem Unfall.

A. Durch Urteil vom 28. Juni 1906 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

Der Kläger ist mit seinem Klagebegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit der er beantragt:

In Abänderung des angefochtenen Urteils sei zu erkennen:

Der Beklagte Heri sei gehalten, dem Kläger zu bezahlen 2066 Fr. 75 Cts. und Zins davon à 5 % seit Anhebung der Klage (22. November 1904), eventuell einen nach Ermessen des Gerichts reduzierten Betrag.

C. Der Beklagte hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger leitet seine Klage aus einem Automobilunfall her, der ihn Sonntags den 5. Juni 1904 getroffen hat. Er hatte an diesem Tage mit seiner Frau und seinem Sohne eine Auto-

mobilsfahrt unternommen, in einem zirka 630 Kg. schweren, sog. Vis-à-vis-Wagen; der Kläger, als Leiter des Automobils, saß auf der rechten Seite mit Front gegen die Fahrtrichtung, seine Frau neben ihm, während sein Sohn gegenüber der letztern mit dem Rücken gegen die Fahrtrichtung Platz genommen hatte. Auf dem Rückweg von Solothurn nach Bern, abends zirka 5 Uhr, passierte der Kläger nach Verlassen des Dorfes Viberist, das auf der nördlichen — von Viberist aus rechten — Seite der Landstraße Viberist-Ammanegg gelegene Heimwesen des Beklagten. Auf dem Vorplatz vor dem Hause des Beklagten befanden sich zwei leere Wagen. Unter dem vordern dieser Wagen schlief der Haushund des Beklagten, der nicht angebunden war. Beim Herannahen des Automobils stürzte sich dieser Hund plötzlich gegen es; das Automobil machte eine plötzliche Kurve nach rechts, gegen das Haus zu, so daß die metallene Felge des rechten Vorderrades an die Deichsel des zweiten Wagens gedrückt und gekrümmt wurde und das Automobil nach links umfiel. Der Sohn des Klägers konnte aus dem Wagen springen; der Kläger und seine Frau kamen mit dem Automobil zu Falle. Das Automobil wurde stark beschädigt, der Kläger will Querschungen und eine namhafte Verletzung des untern Teils der Wirbelsäule erlitten haben, die Frau des Klägers eine leichte Gehirnerschütterung und mehrere Querschungen. Für allen daraus erwachsenen Schaden — den er auf den eingeklagten Betrag beziffert, wovon 1016 Fr. 75 Cts. Kosten der Reparatur des Automobils umfassen — macht der Kläger mit der vorliegenden Klage den Beklagten als Halter des Hundes im Sinne des Art. 65 OR verantwortlich.

2. Daß der Beklagte der Halter des Hundes ist, der gegen das Automobil des Klägers gesprungen, ist unbestritten. Streitig ist dagegen, ob die Tätigkeit des Hundes als Ursache des Unfalles angesehen werden könne, und im einzelnen, wie der Unfall sich zugetragen hat. Der Kläger hat vor den kantonalen Instanzen den Hergang des Unfalles wie folgt dargestellt: Er sei mit einer Geschwindigkeit von 12 Km. und in der Mitte der Straße gefahren; Hornsignale habe er keine gegeben, da dazu keine Veranlassung gewesen sei; er habe daher auch den Hund des Beklagten nicht durch Signale erschreckt. Der Hund sei in der Nähe des

Hauses plötzlich gegen das Automobil gerannt und an das rechte Vorderrad gesprungen, von dem er dann überfahren worden sei; die Folge sei die gewesen, daß das nach rechts abbiegende Automobil umgekippt sei. Demgegenüber hat der Beklagte folgende Darstellung gegeben: Der Kläger sei in äußerst schnellem Tempo dahergefahren. Auf der Straße vor seinem Hause hätten Kinder gespielt, was den Leiter des Automobils veranlaßt habe, Signale zu geben, das aber erst, als das Automobil bereits auf der Höhe des Hauses angekommen sei. Infolge dieser Signale sei der Hund, aus seinem Schlafe emporgeschreckt, gegen das Automobil gesprungen, aber ohne die Maschine irgendwie zu berühren. Dagegen habe nun der Kläger, jedenfalls aus Angst, ein in einiger Entfernung befindliches Kind zu überfahren, das Automobil auf das Haus des Beklagten zugelenkt und dadurch den Anprall mit dem Wagen herbeigeführt. Die Vorinstanzen haben über diese Tatfrage des Herganges des Unfalles Beweis durch Augenschein, Zeugen und Expertise geführt, wobei jede Instanz zwei Experten einvernommen hat, die alle von einander abweichende Vermutungen aufgestellt haben. Als Ergebnis der Beweisführung stellt die II. Instanz fest: Der Vorfall sei unabhklärt; ein direkter Augenzeuge sei nicht vorhanden. Der 77jährige Johann Luterbacher, der einige Angaben zu Gunsten des Beklagten gemacht, sei schon seines Alters wegen und dann, weil seine Aussagen teilweise im Widerspruch mit der Darstellung des Beklagten stünden, nicht sehr glaubwürdig. Es stehe nun zunächst fest, daß der Kläger auf der breiten Landstraße in der Mitte gefahren sei und zwar bis ungefähr einen Meter vor dem beim Hause stehenden Wagen. Das Tempo sei ein äußerst schnelles gewesen, auf alle Fälle ein bedeutend rascheres, als der Kläger behaupte. Ob der Hund mit dem Automobil in Berührung gekommen sei, sei nicht zu ermitteln gewesen; unbestritten sei, daß er keine Verletzungen aufgewiesen habe. Festgestellt sei sodann, daß der Kläger auf der Höhe des Heimwesens des Beklagten Hornsignale gegeben habe, und daß in diesem Augenblick auf der Straße, zirka 35—40 M. vom Automobil entfernt, sich ein Kind befunden habe, das dann von der Zeugin Emma Schaad geholt worden sei. Aus den widersprechenden Expertenaussführungen könne nicht der Schluß gezogen werden, daß der Hund mit dem Automobil

in Berührung gekommen sei; die Meinung, daß der Hund unter die Räder des Automobils gekommen sei, erscheine gegenteils als die wahrscheinlichere. Endlich sei zwar möglich, daß der Hund des Beklagten indirekt den Unfall verursacht habe, indem er den Kläger zur Ablenkung veranlaßt habe; allein diese bloße Möglichkeit genüge nicht zur Herstellung des dem Kläger obliegenden Beweises des Kausalzusammenhanges. Es sei leicht möglich, daß der Führer aus Angst, das auf der Straße befindliche Kind zu überfahren, oder auch sonstwie, aus bloßer Unvorsichtigkeit, falsch gesteuert habe. Die Vorinstanz hat, gestützt auf diese Ausführungen, die Klage mangels Beweises des Kausalzusammenhanges zwischen dem Tun des Hundes und dem Unfall abgewiesen.

3. In seiner Berufungsbegründung sichts nun der Kläger in erster Linie die Feststellung der Vorinstanz, die klägerische Darstellung, wonach der Hund des Beklagten mit dem Automobil in Berührung gekommen sein soll, sei nicht erwiesen, als aktenwidrig an. Auf die beiden erstinstanzlichen Experten könne, nachdem das Obergericht eine Oberexpertise angeordnet habe, überhaupt nicht mehr abgestellt werden; von den beiden obergerichtlichen Experten aber gehe der dem Kläger ungünstige — Vogel — von der falschen Voraussetzung aus, der Kläger sei nahe am rechtsseitigen Straßenrand gefahren; dieses Gutachten könne daher keine Berücksichtigung beanspruchen. Dagegen sei nun auf das Gutachten Hamberger abzustellen, das in ausführlicher, überzeugender und schlüssiger Weise zu den Schlußfolgerungen komme: 1. Es sei absolut ausgeschlossen, daß der dem Kläger zugestoßene Unfall anders als durch eine äußere Einwirkung auf das Automobil hervorgerufen worden sein könne; 2. die Darstellung, welche der Kläger vom Unfälle gebe, scheine in allen Teilen richtig zu sein; als direkter Beweis dafür, daß der Hund des Beklagten mit dem Automobil in Berührung gekommen sein müsse, sei der Umstand zu betrachten, daß die Steuerung verbogen war, was sich in keiner andern Weise erklären lasse. Dieser ganze Berufungsangriff des Klägers geht von einer unrichtigen Auffassung des Begriffes der Aktenwidrigkeit und der Stellung des Bundesgerichts zur Beweiswürdigung aus. Bei der Frage, wie sich der Unfall zugetragen habe, handelt es sich um eine Tatfrage, die bei der widerstreitenden

Darstellung der Parteien durch das Beweisverfahren klarzustellen war; hiebei ist die Würdigung der einzelnen Beweismittel auf ihre Glaubwürdigkeit, Schlüssigkeit und Überzeugungskraft Sache des kantonalen Richters, und zwar ausschließlich, da dieser die Tatfrage grundsätzlich endgültig zu beurteilen hat und eben gerade die Beweiswürdigung der Lösung der Tatfrage dient. Das trifft auch auf das Beweismittel der Expertise zu; bei sich widersprechenden Expertisen ist es zunächst ausschließlich Sache des kantonalen Richters, die einzelnen Expertisen auf ihre Schlüssigkeit und Überzeugungskraft zu prüfen, und dem Bundesgericht steht eine Nachprüfung, abgesehen von Rechtsfragen und Rechtsauffassungen, die eine Expertise beherrschen können, nur zu hinsichtlich der Aktenwidrigkeit einer Expertise, die von der Vorinstanz als ausschlaggebend angenommen wird. (Vgl. dazu BGE 31 II S. 593; 32 II S. 17 f. Erw. 4; S. 26 ff. Erw. 2.) Aktenwidrigkeit aber kann nur dann vorliegen, wenn Feststellungen bestimmten Aktenstücken, die ihrerseits durch keine andern Aktenstücke entkräftet sind, widersprechen. Das ist nun hier bei den Annahmen der Vorinstanz in keiner Weise der Fall. Das Gutachten Hamberger, auf das der Kläger als entscheidend abstellen will, ist seinerseits nur ein Moment im Gliede der Beweiswürdigung, dem an sich keine größere Bedeutung zukommen vermag als den andern Gutachten; ob übrigens die Vorinstanz auch die erstinstanzlichen Gutachten in den Kreis ihrer Beweiswürdigung einbeziehen durfte, nachdem sie einmal eine Oberexpertise angeordnet hatte, ist eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes und also vom Bundesgericht nicht nachzuprüfen. Auch das Gutachten Hamberger geht von bloßen Vermutungen aus; ein Widerspruch mit solchen kann aber nie eine Aktenwidrigkeit in sich schließen. Es handelt sich danach bei der Feststellung der Vorinstanz nicht um eine aktenwidrige Feststellung, sondern um eine, im Rahmen der dem kantonalen Richter über die Tatfrage eingeräumten Kognitionsbefugnis ergangene Beweiswürdigung, an die das Bundesgericht gemäß Art. 81 OG gebunden ist. Die Rechtsfrage der Verteilung der Beweislast sodann ist, wie der Kläger selber mit Recht nicht bestreitet, von der Vorinstanz richtig gelöst.

4. Ist sonach mit der Vorinstanz davon auszugehen, daß die

Darstellung des Klägers, wonach der Hund des Beklagten mit dem Automobil in Berührung gekommen sein soll, nicht erwiesen ist, so folgt daraus, daß der Hund den Unfall nicht direkt verursacht hat. Mit Recht nimmt jedoch die Vorinstanz — im Gegensatz zur I. Instanz — an, damit sei die Frage des Kausalzusammenhanges einer Tätigkeit des Hundes mit dem Unfall noch nicht überhaupt verneint; es könne auch eine indirekte Verursachung des Unfalles durch den Hund in Frage kommen und eine solche würde zur Haftbarmachung des Beklagten genügen. (Vgl. BGE 26 II S. 570 G. 2.) Auch hier ist nun die Feststellung der Vorinstanz, daß eine bloße Möglichkeit indirekter Verursachung in der vom Kläger eventuell angenommenen Art vorliege, nicht aktenwidrig; denn die Akten stehen der Annahme der Vorinstanz über die Möglichkeit anderer Ursachen nicht entgegen. Dagegen verletzt diese Entscheidung der Vorinstanz die materiellen Grundsätze über die dem Kläger obliegende Beweislast. Denn der Kläger hat nicht den Beweis zu leisten, daß jede andere Erklärung des Unfalles als die seinige ausgeschlossen sei, sondern er genügt seiner Beweislast, wenn er seine Darstellung so wahrscheinlich macht, daß daneben eine andere Möglichkeit vernünftiger- oder normalerweise nicht mehr in Betracht kommen kann. Im vorliegenden Falle ist nun das Zusammentreffen der falschen Steuerung mit dem Hervorstürzen des Hundes so frappant, daß alle Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines Kausalzusammenhanges zwischen beiden Ereignissen spricht; und diese Annahme wird auch durch die von der Vorinstanz hervorgehobene Möglichkeit, daß der Führer wegen des auf der Straße befindlichen Kindes in Sorge gewesen sei, nicht aufgehoben, indem beide Momente zugleich eine momentane Verwirrung hervorrufen konnten. Es kann daher nicht in Abrede gestellt werden, daß das Auftreten des Hundes wenigstens eine der mehreren Ursachen des Unfalles gebildet, den Unfall sonach mitverursacht hat. Allein trotzdem ist der Beklagte, obgleich er Halter des Hundes ist, für dieses Ereignis nicht haftbar. Denn das Hervorspringen von Hunden gegen fahrende Automobile liegt derart in der Natur dieser Tiere begründet, daß es jedem Automobilfahrer bekannt sein muß; es bildet eine der Automobilfahrt inhärente Gefahr, auf die jeder Lenker des Automobils stetsfort gefaßt sein muß. Läßt er sich durch das Hervorspringen und Anspringen des Hundes aus

dem Gleichgewicht und der Fassung bringen, so fällt ihm Verschulden zur Last, und die schuldhaftige Tätigkeit des Lenkers — die falsche Steuerung — überwiegt alsdann die verursachende Tätigkeit des Hundes so sehr, daß von einer Haftbarkeit des Hundehalters keine Rede sein kann; der Automobilfahrer hat vielmehr den so entstandenen Schaden an sich zu tragen und kann ihn nicht auf den Hundehalter ablenken. So lagen aber hier, nach dieser zweiten Annahme, die Verumständungen.

5. Endlich müßte auch gesagt werden, daß der Beklagte dem ihm obliegenden Entlastungsbeweis erbracht hätte: Durch mehrere Zeugen ist die Behauptung des Klägers zurückgewiesen, daß der Hund des Beklagten bössartig sei, und dargetan, daß er in der Regel Passanten unbehelligt ließ. Dem Beklagten lag daher keine besondere Überwachungspflicht ob; insbesondere konnte ihm nicht zugemutet werden, den Hund wegen etwa vorbeifahrender Automobile anzubinden; das hieße vom Beklagten eine Sorgfalt zu Gunsten der Automobilfahrer verlangen, die über das Maß der Billigkeit hinausgehen würde.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 28. Juni 1906 in allen Teilen bestätigt.

88. Urteil vom 10. November 1906 in Sachen
Leihkasse Sorgen, Kl. u. Ber.=Kl., gegen Gebrüder Dietrich,
Bekl. u. Ber.=Bekl.

Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages, der gerichtet ist auf die Verpflichtung, bei der Versteigerung eines der Klägerin als Unterpand haftenden Grundstückes bis zu einem gewissen Betrage zu bieten. — Eidgenössisches und kantonales Recht. — Abschluss des behaupteten Vertrages. — Urkundeninterpretation.

A. Durch Urteil vom 16. Juni 1906 hat das Obergericht des Kantons Zürich (zweite Appellationskammer) die Klage abgewiesen. Das Rechtsbegehren der Klage hatte gelautet: Es seien