auf die Rückzahlung geklagt werden, in welcher die Anfechtung als Motiv enthalten ist. Für die Frage der Entschuldigbarkeit sodann kommt es hier nur auf die Kenntnis der Generalversammlung von Umständen, welche der Beschlussfassung entgegenstehen, an; der Verwaltungsrat wurde selber wie der Beklagte durch den Zantiemeanspruch begünstigt; die Ausschüttung der Zantieme war eine von beiden, Direktor und Verwaltungsrat, ausgehende die Gesellschaft benachteiligende Handlung, und in solchem Falle kann die Genehmigung des einen der Begünstigten die Handlung des andern nicht decken (so auch Staub, eod., S. 737 Anm. 21). Die Generalversammlung konnte aus der Bilanz und der Rechnungsstellung nicht ersehen, wie die finanziellen Verhältnisse in Wirklichkeit waren. Die Bilanzgenehmigung erfolgte also in entschuldbarem Irrtum. Ist nun hinterher dieser Irrtum aufgedeckt, so kann der Genehmigungsbeschluss der Rückforderung der Zantieme nicht entgegengehalten werden, während es sich allerdings für die erhaltene Dividende gemäß positiver Gesetzesbestimmung (Art. 632 OR) anders verhält.

58. Urteil vom 15. Juli 1908 in Sachen

Seligmann, Kl. u. Ber.=Kl., gegen Giovanoli, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Art. 62 OR, Haft des Geschäftsherrn. — (Unfall bei einer Fahrt mit einer Lohnkutsche.) — **Verursachung des Schadens durch den Angestellten. Eigene Tatbestandsfeststellung des Bundesgerichts gemäss Art. 82 Abs. 1 OG.** — **Sog. Entlastungsbeweis.** — **Art. 65 OR.** — **Beurteilung der Klage als Vertragsklage, Art. 110 und 115 OR.**

A. Durch Urteil vom 19. Februar 1908 hat das Kantonsgericht von Graubünden erkannt:

Die klägerische Appellation wird abgewiesen und das erstinstanzliche Urteil im ganzen Umfange seines Dispositivs bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger E. Seligmann rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage: es aufzuheben und Pietro Giovanoli pflichtig zu erklären, an E. Seligmann einen Schadenersatz von 5000 Fr. zu leisten.

C. In der heutigen Hauptverhandlung hat der Vertreter der Kläger den Berufungsantrag erneuert, der des Beklagten auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger, der Advokat E. Seligmann in Paris und seine Ehefrau geb. Drenfus, weilten im August 1905 im Hôtel Maloja Palace in Maloja. Am 10. August bestellten sie im Hotel einen Wagen zu einer Ausfahrt nach Val Fex. Der Portier bemerkte, daß alle Hotelwagen schon vermietet seien, daß er aber trachten werde, im Dorfe ein Fuhrwerk zu finden. Es fand sich dann beim Beklagten, Lohnkutscher P. Giovanoli ein Einspanner, dem zur Bedienung der beim Beklagten mit Sattlerarbeiten beschäftigte Melchior Conrad beigegeben wurde. Auf der Fahrt nach Sils, in Plaun da Lej, begegnete der Einspanner dem vom St. Moritz herkommenden Omnibus, wobei weder dem Postillon noch dem Kondukteur dieses Gefährtes am andern Fuhrwerke irgend etwas aufgefallen ist. Kurz nach dieser Begegnung wollte das Pferd des Einspanners nicht mehr recht vorwärts. Conrad sprang vom Bock und hielt es am Kopf. Unterdessen kippte der Hinterrwagen in die Wiese rechts der Straße um und Herr und Frau Seligmann fielen heraus. Die Ausfagen der Kläger einerseits und des Kutschers anderseits über den Unfallshergang weichen voneinander ab. Der Kutscher behauptet: Der Postillon des erwähnten Omnibus habe drei Mal mit der Peitsche stark geknallt, weshalb sein Pferd etwas erschreckt sei, nicht mehr habe vorwärts gehen wollen und angefangen habe, den Wagen gegen die Wiese hin zurückzustossen; als er, Conrad, dann gesehen habe, daß er das Pferd unmöglich mehr vorwärts bringen könne und daß das rechte hintere Wagenrad über die Straßenböschung hinausgestoßen werde, sei er vom Wagen gesprungen. Demgegenüber machten die Kläger geltend: Das Pferd habe nicht zurückgestoßen, sondern nach vorn gehend rechts in die Wiese eingereut, da es wahrscheinlich habe umkehren wollen. Eine Kutsche, die unmittelbar nach dem Unfälle vorbeikam, führte die Eheleute Seligmann nach Maloja zurück, während Conrad mit Pferd und Wagen nach St. Moritz fuhr.

Seligmann war vier Tage bettlägerig, trug aber keine weitem

Nachteile von dem Unfall davon. Wohl aber erlitt Frau Seligmann eine Schulterverrenkung, die erst später erkannt und beseitigt wurde; sie stand infolgedessen längere Zeit in ärztlicher Behandlung.

Eine Strafflage wegen fahrlässiger Körperverletzung, die der Kläger Seligmann gegen den Kutscher Conrad beim Kreisamt Oberengadin am 22. August 1905 anstrebte, führte am 11. September 1907 zu einem freisprechenden Urteil. Unterdessen hatten die Eheleute Seligmann am 7. August 1906 beim Bezirksgericht Maloja die vorliegende Zivilklage gegen Giovanoli mit dem Begehren um Zuspruch einer Schadenersatzforderung von 5000 Fr. angehoben. Sie stützten diese Klage auf Art. 62 OR unter folgender Begründung: Schuld am Unfall trage Conrad, der von Beruf nicht Kutscher sondern Sattler und unfähig gewesen sei, das Pferd zu leiten, da sonst der Unfall bei dem geringen Widerstande des Pferdes auf ebener Straße nicht hätte stattfinden können. Statt das Pferd, als es stehen blieb, in die Zügel zu nehmen sei er einfach abgestiegen und habe es ohne Führung gelassen und so den Unfall verursacht. Mit der Ungeschicklichkeit und Unkenntnis des Kutschers in der Pferdeführung komme noch die Unvertrautheit des Pferdes als mitwirkende Ursache in Betracht. Conrad habe sich selbst und dem Pferde nicht getraut, da er vor dem Unfälle jedes Mal, wenn er einem andern Fuhrwerk begegnet sei, still gehalten und es vorbeigelassen habe. Der Schaden sei von ihm als Angestellten des Beklagten in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen verursacht worden; der Exculpationsbeweis des Art. 62 treffe den Beklagten.

Die beiden kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen.

2. Beurteilt man den Fall, entsprechend der Klagebegründung, nach Art. 62 OR, so liegt zunächst den Klägern der Nachweis ob, daß der Unfall durch Conrad „in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen verursacht“ worden ist. Die Vorinstanz hält diesen Kausalzusammenhang nicht für nachgewiesen und gelangt schon deshalb zur Abweisung der Klage. Hierzu ist vorerst zu bemerken, daß über den Hergang des Unfalls, der von den Klägern einerseits und dem Kutscher Conrad andererseits verschieden dargestellt wird, eine genaue tatsächliche Feststellung im Vorentscheide fehlt, und daß die Vorinstanz erklärt, die Zeugenaussage,

die Frau Seligmann im Strafprozesse über den Unfallshergang gemacht hatte, habe im nunmehrigen Zivilprozesse, worin sie als Klägerin auftritt, die Bedeutung einer bloßen Parteibehauptung ohne Beweiskraft. Im letztern Punkte handelt es sich um eine Frage des kantonalen Beweisrechtes, deren Lösung das Bundesgericht nicht nachzuprüfen hat. Damit und da unbestrittenemassen auch die Aussage des Ehemannes Seligmann als Kläger beweiskräftig ist, muß als unerwiesen gelten, daß der Unfall sich in der von den Klägern behaupteten Weise zugetragen habe, d. h. indem das Pferd nach vorn in die Wiese abgeschwenkt sei. Als einziges Beweismaterial für eine mögliche Feststellung des Unfallsherganges (Art. 82 OG) zur Ermittlung der Unfallursache — und damit für die Begründung einer allfälligen Haftbarkeit des Beklagten — bleibt also die Darstellung des Conrad, wonach das Pferd angefangen habe, den Wagen in die Wiese hinein zurückzustößen, eine Darstellung, für deren Richtigkeit übrigens auch die Zeugenaussage einen Anhaltspunkt bietet, die der Wirt del Curto im Strafprozesse abgegeben hatte und wonach ihm Gäste den Vorfall in der vorerwähnten Weise erzählt hätten. Nimmt man nun den Tatbestand derart als gegeben an, so ist zunächst zu sagen, daß, sofern die Unfallursache im Verhalten Conrads zu suchen ist, sie jedenfalls nicht zeitlich vor dem Zurückweichen des Pferdes liegt, da jeder artenmäßige Anhaltspunkt für ein derartiges kausales Einwirken Conrads fehlt. Die Kläger selbst suchen denn auch die behauptete Verursachung nach dem Störrißwerden des Pferdes und wollen sie darin gefunden haben, daß Conrad statt auf dem Bocke zu bleiben und von da aus das Pferd mit den Zügeln und der Peitsche wieder in den ordentlichen Gang zu bringen, vom Bocke abgesprungen sei und es so im kritischen Augenblicke führerlos gelassen habe. Demgegenüber ist aber der gegenteiligen Auffassung der Vorinstanz beizutreten, es sei nicht anzunehmen, daß das Umfallen des Wagens hätte verhütet werden können, wenn Conrad angesichts der durch das Pferd bewirkten Situation sich anders benommen hätte, namentlich in der von den Klägern bezeichneten Weise. Diese Auffassung der Vorinstanz, wonach also der von den Klägern darzutunende Kausalzusammenhang als nicht erwiesen betrachtet wird, würdigt die über den

Unfallsbergang zu Gebote stehenden tatsächlichen Momente richtig und der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechend. Auf Grund der obigen Tatbestandsfeststellung darf man selbst noch positiver als die Vorinstanz sich dahin ausdrücken, daß, wenn Conrad dem Zurückgehen des Pferdes zu begegnen hatte, dasjenige Benehmen, das noch zuerst hätte Erfolg haben können, das von ihm gewählt war: vom Bock herabzuspringen, um das Pferd durch sofortiges Anfassen beim Kopfe zum Stillstande zu bringen. Vom Bocke aus dagegen wäre das Anhalten des Pferdes (wenn überhaupt rechtzeitig noch erreichbar) wohl nicht mit der gleichen Raschheit und Sicherheit möglich gewesen. Nur dann hätte sich das Verbleiben auf dem Bocke empfohlen — und könnte also das gegenteilige Verhalten Conrads als Unfallursache (mit oder ohne Verschulden herbeigeführt) gelten —, wenn man, was laut dem gefagten ausgeschlossen ist, anzunehmen hätte, das Pferd sei gegen vorn zu vom Wege abgewichen. Nach all dem ist also davon auszugehen, daß der den Klägern obliegende Nachweis, Conrad habe den Unfall verursacht, fehlt, indem die Unfallursache im Abweichen des Pferdes vom Wege liegen muß, sofern nicht Conrad dieses Verhalten des Pferdes durch ein den drohenden Unfall abwendendes Vorgehen im gegenteiligen Sinne rechtzeitig paralytischen können, welche Möglichkeit durch das vorhandene Beweismaterial nicht erstellt ist.

3. Wollte man aber auch den Unfall als von Conrad verursacht ansehen, so wäre wiederum mit der Vorinstanz zu sagen, daß dem Beklagten der durch den Art. 62 OR vorgesehene Entlastungsbeweis gelungen ist, er habe „alle erforderliche Sorgfalt angewendet, um einen solchen Schaden zu verhüten“. Dies selbst dann, wenn man — die hierüber bestehende Streitfrage (siehe z. B. US 32 II S. 510 Erw. 2) offen lassend — annimmt, die Haftbarkeit des Geschäftsherrn nach Art. 62 bestehe auch im Falle, wo den Angestellten, der den Schaden verursacht hat, kein Verschulden trifft.

Alle erforderliche Sorgfalt hatte hier der Beklagte darin anzuwenden, daß er die Fahrt durch einen fachkundigen und gewissenhaften Kutscher, mit einem vertrauten Pferde und einem soliden Wagen ausführen ließ.

Der letzte Punkt fällt zum vornherein außer Betracht, da die

Kläger nicht behaupten und auch nichts dafür vorliegt, daß der verwendete Wagen irgend einen Mangel aufgewiesen und noch weniger, daß ein solcher Mangel auf den Eintritt des Unfalls eingewirkt habe.

Was den als Kutscher verwendeten Angestellten Conrad betrifft, so hat der Beklagte dargetan, daß er es an der erforderlichen Sorgfalt nicht habe fehlen lassen, als er Conrad mit der Beforgung dieser Wagenfahrt betraute, indem er ihn nämlich mit Fug als einen fachkundigen und zuverlässigen Fuhrmann hat betrachten können. Letzteres ist aus der tatsächlichen, für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz über die Fähigkeiten des Conrad als Kutscher, übereinstimmend mit einer größern Anzahl Zeugenaussagen zu schließen. Aus letztern geht namentlich hervor: daß Conrad nach dem Unfall mit dem gleichen Pferde und dem gleichen Wagen vor dem Kläger Seligmann und auf dessen Verlangen eine Probefahrt zu machen hatte und sie richtig und ohne daß der Kläger etwas aussetzte, bestand; daß er noch am Unfallstage mit seinem Gefährten den Zeugen Segantini von St. Moritz nach Maloja zurückführte und daß Segantini, dem er schon früher Kutscherdienste geleistet hatte und der selbst desfahrens kundig ist, erklärt: Conrad habe mit dem Pferde gut umgehen können und er sei mit ihm zufrieden gewesen; daß Conrad schon in den Siebenziger Jahren oft zu fahren hatte usw. Unerheblich ist es, wenn die Kläger geltend machen, Conrad sei von Beruf nicht Kutscher, sondern Sattler; denn nur darauf kommt es an, ob er desfahrens genügend kundig und zuverlässig sei oder nicht. Aus den Akten ergibt sich übrigens, daß im Engadin die Pferdehalter allgemein die in ihrem Dienste stehenden Sattler aushülfsweise zum Fahren verwenden, wenn sie dazu fähig sind.

Die Vertrautheit des Pferdes endlich wird von den Klägern nicht bestimmt und mit näherer Begründung in Abrede gestellt. Sie gehen eher davon aus, Conrad hätte, wenn er fachkundig gewesen wäre, das Pferd mit Leichtigkeit beherrschen können. Zudem wäre auch hier der Exculpationsbeweis geleistet, namentlich durch das Ergebnis der Probefahrt und die Aussage Segantinis, das Pferd sei bei der Rückfahrt nach Maloja ganz gut gefahren. Nach allem ist anzunehmen, daß man es beim Unfälle mit einem ausnahmsweisen und nicht voraussehbaren Verhalten des Pferdes zu

tun hatte, wie ein solches bei einem jeden Pferde, auch dem zuverlässigsten, etwa vorkommen kann, einem Verhalten, das aus einer dem Fahrverkehr naturgemäß innewohnenden Gefahrmöglichkeit, mit der jeder Passagier rechnen muß, entspringt und vom Betriebsinhaber nicht zu verantworten ist.

4. Ob der Art. 65 OR, auf den die Klage nachträglich, erst in der Berufungsinstanz, in eventueller Weise gestützt worden ist, vom Bundesgerichte bei der Beurteilung des Falles noch berücksichtigt werden könne und ob er auf den vorliegenden Tatbestand passe oder nicht (vergl. im gegenteiligen Sinne US 24 II S. 869), kann unerörtert bleiben. Denn aus den obigen Ausführungen erhellt, daß die Klage auch aus Art. 65 nicht zugesprochen werden könnte, weil der Beklagte gemäß diesem Artikel bewiesen hätte, daß „er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Aufsichtigung (— des Pferdes —) angewendet habe“.

5. Endlich braucht auch nicht näher untersucht zu werden, ob nicht richtiger Weise die Klage statt als Quasidelikt- als Kontraktklage hätte begründet werden sollen (in der Meinung, daß mit der Bestellung des Wagens durch den Hotelportier zwischen den Klägern und dem Beklagten ein Vertrag zu Stande gekommen ist) und ob der Richter von sich aus das Klagebegehren unter diesem rechtlichen Gesichtspunkte prüfen dürfe. Bei Bejahung dieser Fragen müßte man nämlich ebenfalls zur Abweisung der Klage kommen, weil der Beklagte im Sinne der Art. 110 und 115 OR den Beweis erbracht hätte, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt an der ungenügenden Vertragserfüllung, die in der Beforgung des übernommenen Personentransports insofern liegt, als für die Reisenden damit ein Unfall verbunden war. Nach den frühern Darlegungen hätte er in der Tat dargetan, daß er einen geeigneten Kutscher, ein vertrautes Pferd und einen tauglichen Wagen gestellt und hierdurch alles ihm Obliegende getan habe, um eine gefahrlose Ausführung der Fahrt zu sichern.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Kantonsgerichtes Graubünden in allen Teilen bestätigt.

59. Urteil vom 16. Juli 1908 in Sachen

Barbezat, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Schenker**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Schuldübernahme; Anfechtung wegen Irrtums. Abschluss bei Vermittlung der beidseitigen Willenserklärung durch einen Boten; Bedeutung der Unterzeichnung eines Schriftstückes, das der Unterzeichnende nicht versteht. — Irrtum nach Art. 19 Ziff. 1 OR.

A. Durch Urteil vom 10. April 1908 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

Die Klage ist gutgeheißen. Danach ist festgestellt, daß dem Beklagten die Forderung, für die er laut Zahlungsbefehl Nr. 12,720 vom 25. September 1906 gegen die Klägerin Betreibung angehoben hat, und für welche ihm mit Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 13. November 1906 die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, im Betrage von 4743 Fr. 20 Cts. und Folgen, nicht zusteht.

B. Der Beklagte hat gegen dieses Urteil rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten seinen Berufungsantrag erneuert.

Der Vertreter der Klägerin hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte Barbezat hatte seinem Freunde Ernst Hofmann in La Chaux-de-Fonds in den Jahren 1904/1905 Geld im Gesamtbetrag von 4670 Fr. geliehen. Er ließ ihm im August 1905 für diese Forderung pfänden und sich am 17. Oktober 1905 mit Einwilligung des Betreibungsamtes die Pfändungsobjekte aus freier Hand um den Betrag der betriebenen Forderung von 4686 Fr. 95 Cts. übertragen (gemäß Art. 130 Ziff. 1 SchRG). Die so erworbenen Pfändungsobjekte überließ der Beklagte dem Hofmann gemäß schriftlichem Mietvertrag vom 12. Dezember 1905 zur Miete. Laut diesem Vertrage wurde ein Mietzins von 225 Fr. p. a., monatlich mit 18 Fr. 75 Cts. zahlbar, und eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vereinbart. Verzug in der Zah-