

## VI. OBLIGATIONENRECHT

## DROIT DES OBLIGATIONS

6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Januar 1915

i. S. von Muralt Kläger,  
gegen Gewerbekasse Bern, Beklagte.

Der Art. 2 Schl. T. z. ZGB bezieht sich nicht auf die Vorschriften über die Vertragsanfechtung wegen absichtlicher Täuschung. — Betrügerische Verleitung des Bürgen durch den Hauptschuldner zur Eingehung des Bürgschaftsvertrages: Dieser ist ordentlicher Weise nur nach Art. 25 a OR anfechtbar. Prüfung ob die Voraussetzungen dieser Bestimmung vorliegen, im besondern, ob der Bürge einen «Betrug verübt» habe.

1. — Der frühere Pfarrer von Kerzers, Samuel Schaffner, hatte der Beklagten, der Gewerbekasse in Bern, seinerzeit drei Eigenwechsel, von 5000 Fr., 3000 Fr. und 2450 Fr., ausgestellt, worauf die Unterschriften seines Bruders Arnold Schaffner und auf zweien auch die eines Johann Weber als Wechselbürgen sich befanden. Diese Unterschriften sind vom Wechselschuldner Samuel Schaffner gefälscht. Als Schaffner auf Verfall nicht zahlte und die belangten Bürgen Rechtsvorschlag erhoben, forderte der Direktor der Beklagten, Hürzeler, den Schuldner auf, in kürzester Frist Ersatzbürgen beizubringen. Samuel Schaffner wusste nun den Kläger Dr. von Muralt-Simrock, sowie Hotelier Lang und Notar Bertschi in Bern zur Eingehung der Bürgschaft für die drei Wechsel zu bestimmen. Am 23. oder 26. Mai 1911 begaben sich der Kläger und Lang mit Schaffner zu Direktor Hürzeler auf die Gewerbekasse und unterzeichneten die Wechsel, was nachträglich auch Notar Bertschi tat. Später wurden die drei Wechsel in einen einzigen von 10,450 Fr. 85 Cts. vom

1. Juli 1911 zusammengefasst, den die genannten drei Bürgen wiederum unterzeichneten. Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Frutigen vom 16/18. April 1912 hob die Beklagte für den Wechselbetrag samt Spesen, zusammen 10,485 Fr. 85 Cts., nebst Zins zu 6% seit dem 15. Februar 1912, — auf welchen Tag der neue Wechsel prolongiert worden war, — gegen den Kläger Betreibung an. Dieser erklärte Rechtsvorschlag und es kam zur nunmehrigen Aberkennungsklage, womit der Kläger beantragt: es sei unter Kostenfolge für die Beklagte zu erkennen, dass die in Betreibung gesetzte Forderung und der zugehörige Anspruch für Betreibungskosten von 1 Fr. 80 Cts. nicht zu Recht bestehen.

Der Kläger beruft sich auf die Fälschung der Unterschriften jener angeblichen frühern Bürgen und macht geltend: Direktor Hürzeler habe diese Fälschungen schon bei der Unterzeichnung der drei Wechsel durch den Kläger gekannt und also auch gewusst oder doch wissen müssen, dass Schaffner die Bürgen durch Täuschung über den wahren Sachverhalt beigebracht habe. Er wäre daher verpflichtet gewesen, durch eine Anfrage sich zu vergewissern, ob Lang und der Kläger wüssten, um was es sich handle. Die Unterlassung dessen stelle sich als eine betrügerische Verleitung zur Eingehung der Bürgschaft dar und da der Wechsel vom 1. Juli 1911 lediglich eine Erneuerung der drei frühern bilde, sei die Unterzeichnung durch den Kläger für ihn nach Art. 28 Abs. 2 OR unverbindlich.

Die Vorinstanz hat die Bürgschaftshaftung des Klägers grundsätzlich bejaht, ihn aber immerhin (aus nicht mehr zu erörternden Gründen) nur für einen Teilbetrag von 5775 Fr. 17 Cts. als zahlungspflichtig erklärt. Der Kläger verlangt demgegenüber gänzliche Aberkennung der Bürgschaftsforderung.

2. — Anzuwenden ist auf den Fall nicht das rev., sondern das aOR. Unter der Herrschaft des letztern hat sich der Kläger sowohl für die frühern Wechsel, als auch für

den an deren Stelle getretenen Ersatzwechsel verbürgt. Somit beurteilen sich die rechtlichen Wirkungen dieser Bürgschaftserklärungen laut Art. 1 SchlT ZGB nach dem frühern OR. Dies gilt auch soweit es sich um deren Anfechtung wegen Betruges handelt: Das angefochtene Geschäft ist nicht schlechthin nichtig, sondern konvalesziert durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Anfechtungsberechtigten. Die Vorschriften über die Anfechtung sind danach nicht im Sinne von Art. 2 SchlT «um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt» und daher steht auch unter diesem Gesichtspunkte der Anwendung des alten Rechtes nichts entgegen.

3. — In der Sache selbst ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Bürgschaftsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossen wird, der Hauptschuldner aber dabei nicht Vertragspartei ist (Art. 489 aOR und HAFNER, Komm. Note 2 dazu). Geht somit die Täuschung, durch die sich der Bürge zur Eingehung der Bürgschaft verleiten lässt, vom Hauptschuldner aus, so ist der Bürgschaftsvertrag nur nach Art. 25 aOR wegen Betruges anfechtbar, also nur unter den Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger als Vertragspartei den Betrug, den der Hauptschuldner als Dritter im Sinne dieser Bestimmung verübt hat, gegen sich gelten lassen muss. Anders kann es sich freilich verhalten, wenn der Gläubiger — wozu er als solcher nicht verpflichtet ist und was nicht aus seiner Rechtsstellung im Bürgschaftsvertrage folgt — bei der dem Hauptschuldner obliegenden Beibringung des Bürgen sich beteiligt, namentlich als Beauftragter des Schuldners tätig wird (wie dies in dem vom Kläger angerufenen Falle Bank in Zofingen gegen Stierlin, BGE 38 II Nr. 95, geschah; vgl. auch 25 II S. 575). Mit einem solchen Tatbestande hat man es aber hier nicht zu tun. Nichts in den Akten spricht dafür und es ist auch nicht behauptet worden, dass sich die Beklagte irgendwie unmittelbar oder mittel-

bar darum bemüht habe, eine Bürgschaftserklärung des Klägers zu erwirken. Zum Vorwurf macht ihr dieser lediglich ihr passives Verhalten, dass sie nämlich, als er sich ihr als Bürge verpflichtete, über die ihr angeblich bekannten Unterschriftenfälschungen Stillschweigen bewahrt habe, statt ihn darüber aufzuklären.

Nach Art. 25 aOR setzt nun die Anfechtbarkeit voraus, dass die Beklagte den von Schaffner «verübten Betrug gekannt hat oder hätte kennen sollen».

Nun hat zunächst Schaffner gegenüber dem Kläger einen Betrug in diesem Sinne nicht schon dadurch «verübt», dass er auf den frühern Wechseln falsche Unterschriften angeblicher Bürgen anbrachte, sondern er muss im weitern noch, als er nachher den Kläger als Bürgen zu gewinnen suchte, ihm jene Fälschungen verheimlicht und ihn durch diese Verheimlichung im Sinne von Art. 24 aOR zur Eingehung der Bürgschaft «verleitet» haben. Bereits in dieser Beziehung fehlt es aber nach der Aktenlage an der erforderlichen tatbeständlichen Grundlage für die Anfechtbarkeit aus Art. 25. Es ist zwar möglich und mag sogar als wahrscheinlich gelten, dass der Kläger, falls ihm die ebenso rechtswidrigen als sittlich verwerflichen Machenschaften Schaffners bekannt gewesen wären, sich nicht dazu herbeigelassen hätte, ihm als Bürge beizustehen. Aber anderseits verbleibt auch für die gegenteilige Möglichkeit Raum, dass er Schaffner seinen Beistand gerade deshalb geliehen habe, um ihn vor den drohenden kriminellen Folgen zu bewahren und ihm den Weg zur Besserung zu eröffnen. Die Vorinstanz erklärt diese Möglichkeit, für die übrigens der bittende Brief Schaffners an den Kläger vom 25. Mai 1911 einigermassen zu sprechen scheint, als nicht ausgeschlossen und gegen diese tatsächliche Würdigung lässt sich bundesrechtlich nichts einwenden.

Nicht anders verhält es sich mit dem weitern Erfordernis, wonach die Beklagte den behaupteten Betrug Schaffners hat kennen müssen oder hätte kennen sollen.

Hieran fehlt es nach dem gesagten notwendigerweise schon insoweit, als das Kennen oder Kennensollen einer betrügerischen Verleitung des Klägers zum Vertragsabschlusse dargetan sein müsste. Was sodann die Kenntnis lediglich der Tatsache jener Unterschriftenfälschungen anlangt, so beruft sich zwar der Kläger auf das Zeugnis des Hauptschuldners Schaffner; allein die Vorinstanz trägt wegen der kriminellen Verurteilung dieses Zeugen Bedenken, seiner Aussage Beweiskraft beizulegen und sonstige sie unterstützende Beweise von Erheblichkeit enthalten die Akten nicht. Auch in diesem Punkte mangelt es also an der erforderlichen tatsächlichen Grundlage. Die Frage, ob die Beklagte von den Fälschungen gewusst habe, kann übrigens ungelöst bleiben, da, wie ausgeführt, die Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit sowie so nicht vollständig vorlägen. Das Gleiche gilt, soweit auf ein blosses Wissenssollen der Beklagten abgestellt wird. Zudem fehlen hier genügende Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bei Anwendung der ihr zuzumutenden Aufmerksamkeit den Fälschungen vor der Verbürgung des Klägers hätte auf die Spur kommen sollen. Im übrigen war es nach der bisherigen Rechtsprechung (vergl. z. B. die angegebene Stelle im Band 25 II) zunächst Sache nicht der Beklagten als Gläubigerin, sondern des Klägers als Bürgen, die nötigen Erkundigungen über den Hauptschuldner einzuziehen und sich über dessen Vertrauenswürdigkeit zu vergewissern.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 13. Oktober 1914 bestätigt.

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Januar 1915 i. S.  
Kofmehl, Kläger, gegen Kanton Solothurn, Beklagter.

Ein die Einlassungspflicht des Beklagten verneinendes Urteil ist ein Haupturteil. Haftbarkeit des Kantons für durch seine Beamten zugefügten Schaden. Der Vorbehalt, den Art. 59 ZGB für die öffentlich rechtlichen Körperschaften macht, gilt auch für die Haftung dieser gegenüber Dritten, soweit es sich wenigstens um öffentlichrechtliche Funktionen handelt. Verhältnis des genannten Artikels zu Art. 61 Abs. 1 OR (Art. 64 Abs. 1 aOR).

A. — Am 2. August 1910 beschloss der Regierungsrat des Kantons Solothurn die Versetzung des Adolf Kofmehl in die Zwangsarbeitsanstalt Schachen für die Dauer von 6 Monaten. Der Beschluss wurde am 7. August vollzogen. Am 30. August 1910 beschloss der Regierungsrat: Der weitere Vollzug der Detentionsstrafe werde sistiert, Kofmehl habe aber die Strafe wieder anzutreten, sobald er seinen Verpflichtungen gegenüber seiner Familie neuerdings nicht nachkomme.

B. — Am 5. Oktober 1912 erhob Kofmehl beim Richteramt Solothurn-Lebern gegen den Staat des Kantons Solothurn Klage mit dem Rechtsbegehren, das Gericht solle erkennen:

a) Die Beklagtenschaft sei gehalten, an den Kläger eine Entschädigungssumme in der Höhe von 10,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 17. August 1910 und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen.

b) Die Regierungsratsbeschlüsse betreffend den Kläger vom 2. und 30. August 1910 seien aufgehoben.

Unter Kostenfolge.

Zur Begründung der Klage machte er geltend: Das Vorgehen des Regierungsrates gegen ihn sei ungesetzlich und seine Versetzung in die Zwangsarbeitsanstalt ungerichtlich gewesen. Der Staat habe den Kläger für erlittene Unbill, für ernstliche Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen, für den materiellen Nachteil