

2. — Ob der Beklagte schon von Gesetzes wegen, als Mitglied die Firma Guggenheim & C^{ie} in Basel, hatte, fällt für die bundesgerichtliche Beurteilung als gegenstandslos ausser Betracht. Müsste man nämlich mit dem Beklagten eine solche Haftbarkeit verneinen, so würde eben die Zahlungspflicht des Beklagten dennoch bestehen kraft der dem angefochtenen Entscheid zu Grunde gelegten Schuldübernahme, die genügt, um den Vorentscheid zu stützen und in welcher Beziehung dieser nach dem Gesagten einer Nachprüfung und Abänderung nicht zugänglich ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

102. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Dezember 1916
i. S. Schuler, Kläger und Berufungskläger
gegen Borle, Beklagter und Berufungsbeklagter.

Anschlussberufung gegen die Abweisung einer Einrede bei Abweisung auch der Klageforderung. — Legalisation der gefälschten Unterschrift eines Bürgers durch einen Notar. — Schadenersatzklage des Mitbürgen gegen den Notar, weil der Kläger den Anteil des scheinbaren Mitbürgen bezahlt habe und ihm aus dessen Belangung Kosten entstanden seien. Begründung der Ersatzforderung teils als persönliche, teils als solche aus einer Abtretungserklärung nach Art. 505 OR. — Anwendbares Recht. Einrede der Verjährung. — Kausalzusammenhang zwischen Legalisation und Schaden. — Verschuldensfrage. Adäquate Verursachung. — Rechts- oder Thatsachenirrtum bei der Zahlung?

1. — Am 19. April 1905 hat Samuel Schaffner, damals Pfarrer in Kerzers, zu Gunsten der Spar- und Hülfskasse Madretsch einen Schuldschein von 5000 Fr. aus Darlehen

ausgestellt. Laut den auf der Urkunde befindlichen Unterschriften verpflichteten sich für diese Schuld als Solidarbürgen der Bruder des Hauptschuldners, Arnold Schaffner in Schöffland, Rudolf Notz in Kerzers und der Kläger, Sekundarlehrer Adolf Schuler in Kirchberg. Alle drei Unterschriften sind von dem Beklagten, Notar Borle in Bern, als echt bekundet. In Wirklichkeit ist die des Arnold Schaffner vom Hauptschuldner Samuel Schaffner gefälscht, der später, am 28. August 1912, wegen dieser und anderer Fälschungen vom freiburgischen Schwurgerichte mit Strafe belegt wurde. Wie die Vorinstanz annimmt, hat der Beklagte die gefälschte Unterschrift auf die Erklärung des angeblichen Bürgen Arnold Schaffner hin beglaubigt, die (bereits auf dem Schriftstück befindliche) Unterschrift sei die seinige.

Im Jahre 1911 wurde über den Hauptschuldner der Konkurs erkannt und die Gläubigerin erlitt auf ihrer noch für einen Restanzbetrag von 3840 Fr. « bestehenden Forderung einen Ausfall von 3571 Fr. » In Voraussicht dieses Verlustes hatte der Kläger schon vorher, im August 1911, den auf ihn entfallenden Drittel der Restschuld mit 1280 Fr. bezahlt, wogegen ihm die Gläubigerin ihre Rechte gegen den Hauptschuldner abtrat. Der Bürge Notz bezahlte auf Rechnung seines Drittels 1095 Fr.; für den Rest von 185 Fr. nebst 114 Fr. 80 Cts. Zinsen, zusammen 299 Fr. 80 Cts. erhielt die Gläubigerin einen Verlustschein auf ihn ausgestellt. Arnold Schaffner, als Bürge angesucht, verweigerte im August 1911 die Zahlung mit der Begründung, er habe sich für die fragliche Schuld nicht verbürgt, seine Unterschrift sei gefälscht. Darauf forderte die Gläubigerin vom Kläger die Schuldrestanz ein und dieser entsprach der Aufforderung, indem er am 1. Oktober 1914 der Gläubigerin sowohl die von Notz nicht entrichteten 299 Fr. 80 Cts als den Anteil des Arnold Schaffner von 1280 Fr., nebst 210 Fr. zugehörigen Zinsen und Kosten, bezahlte. Am gleichen Tage stellte die Gläubigerin dem Kläger die Erklärung aus, dass er

für die Hälfte der genannten 299 Fr. 80 Cts., die genannten 1280 Fr. und 210 Fr., zusammen für 1639 Fr. 90 Cts., rückgriffsberechtigt sei und dass « ihm alle gläubigerischen Rechte hiemit förmlich abgetreten werden ».

In der Folge belangte der Kläger den Arnold Schaffner im Regresswege auf Bezahlung der 1639 Fr. 90 Cts., wurde aber (im Aberkennungsprozess) durch Urteil des Bezirksgerichts Kulm vom 22. Juni 1915 abgewiesen, weil die Unterschrift des Aberkennungsklägers Schaffner auf dem Bürgschaftsakte gefälscht sei und dieser daher nicht als Bürge hafte. Infolge dieses Verfahrens hatte der Kläger Schuler 634 Fr. 45 Cts. Kosten zu bezahlen gehabt.

Im nunmehrigen Prozesse, der Anfang Januar 1915 durch Aussöhnungsversuch eingeleitet wurde, verlangt der Kläger vom Beklagten Bezahlung von 2375 Fr. (als aufgerundete Summe der beiden Beträge von 1639 Fr. 90 Cts. und 634 Fr. 45 Cts. nebst weiteren 100 Fr. Auslagen für persönliche Bemühungen und Anwaltskosten), samt Zinsen und Verzugszinsen. Eventuell beantragt er Bezahlung einer vom Gericht zu bemessenden Summe. Die Klageforderung wird damit begründet, dass die unrichtige Legalisierung der Unterschrift Arnold Schaffners ein Verschulden des Beklagten bei der Ausübung seiner Berufstätigkeit als Notar darstelle, dass der Kläger im Vertrauen auf jene Legalisation vorgegangen sei und der Beklagte ihm daher den erlittenen Schaden ersetzen müsse.

Der Beklagte hält der Klage in erster Linie die Einrede der Verjährung entgegen, indem er, unter Berufung auf die mit dem Kläger gewechselte Korrespondenz und die strafgerichtliche Verurteilung des Hauptschuldners geltend macht, der Kläger habe die Unechtheit der Unterschrift Arnold Schaffners schon seit länger als Jahresfrist vor der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche gekannt. In der Sache selbst bestreitet er, dass ihn ein Verschulden treffe und allfällig, dass er den angeblichen Schaden verursacht habe.

Die Vorinstanz hat durch Urteil vom 28. September

1916 die Verjährungseinrede und das Klagebegehren abgewiesen.

2. — Die **B e r u f u n g** ist zulässig. Dabei ist über die Frage des **a n z u w e n d e n d e n R e c h t s** zu bemerken: Die Legalisation der Unterschrift, aus der als schuldhafter Handlung der Kläger seine Ersatzansprüche ableitet, wurde im April 1905, also unter der Herrschaft des alten OR, vorgenommen. Dessen Art. 64 besagt, dass Bundes- oder Kantonalgesetze vom OR abweichende Bestimmungen über die Ersatzpflicht für Schaden aufstellen können, welchen öffentlich Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen. Ob Notare als solche anzusehen sind, hängt vom jeweiligen kantonalen Recht ab. (Vergl. für Basel-Stadt BGE 27 II S. 298 f. Erw. 2.). Aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheides muss man nun schliessen, dass der Kanton Bern über die Ersatzpflicht der **N o t a r e** keine solchen vom OR abweichenden und damit dessen Anwendbarkeit ausschliessenden Vorschriften erlassen hat. Die Vorinstanz geht bei der Beurteilung des Falles freilich von der Anwendung des bernischen Notariatsrechtes aus, indem sie erklärt, dieses gebiete dem Notar, nur sinnlich wahrgenommene Tatsachen, die sich vor ihm abgespielt haben, zu verurkunden, und gegen dieses Verbot habe der Beklagte verstossen, indem er die Unterschrift des Arnold Schaffner beglaubigt habe, die ihm der Träger zwar als die seinige bezeichnet habe, die er ihn aber nicht habe hinsetzen sehen. Insoweit kann das Bundesgericht den Vorentscheid auf seine Richtigkeit nicht nachprüfen, und zwar nicht nur, was die angewendeten kantonalen Rechtsnormen anlangt, sondern auch in Hinsicht auf die Behauptung des Klägers, die Annahme der Vorinstanz, Arnold Schaffner habe die gefälschte Unterschrift gegenüber dem Beklagten als die seinige bezeichnet, sei aktenwidrig (BGE 39 II S. 550 f.) Nun gründet aber die Vorinstanz die Folgerung, die sie aus dem Bestande des genannten Verbotes und der Tat-

sache seiner Uebertretung durch den Beklagten zieht, dass nämlich der Beklagte « aus dieser Widerhandlung dem Geschädigten zum Ersatze verpflichtet » sei, nicht auf die bernische Notariatsgesetzgebung, sondern auf das OR, indem sie dessen « Art. 51 » als anwendbar erklärt. Hienach hat also das Bundesgericht einerseits als feststehend anzunehmen, dass der Beklagte durch die Legalisation der gefälschten Unterschrift im Sinne von Art. 50 OR « widerrechtlich » gehandelt habe, anderseits aber kann es selbständig prüfen, ob und inwieweit sein Handeln ein schuldhaftes gewesen sei (vergl. BGE 41 II S. 66 Erw. 5) — wobei keine im kantonalen Rechte beruhenden besondern Gründe ersichtlich sind, die die Verschuldensfrage beeinflussen würden — und ob ferner sein Handeln zu Ungunsten des Klägers schädigend gewirkt habe.

3. — Die Anschlussberufung, wodurch der Beklagte die von ihm erhobene Verjährungseinrede der bundesgerichtlichen Entscheidung unterbreiten will, ist mangels eines Interesses an der Ergreifung dieses Rechtsmittels als prozessualisch unzulässig anzusehen. Der angefochtene Entscheid weist die Klage als sachlich unbegründet ab. Die Rechtsstellung des Beklagten wird also durch diesen Entscheid, mindestens theoretisch, noch besser gewahrt, als bei Zuspreehung des Anschlussberufungsantrages, der auf Abweisung der Klage wegen Verjährung lautet, in welchem Falle das richterliche Urteil lediglich ausspräche, dass die eingeklagten Ersatzansprüche nicht zu erfüllen seien, weil ihnen die Verjährungseinrede hemmend entgegenstehe. Der Beklagte erklärt denn auch selbst, dass er sich bei dem angefochtenen Urteil natürlich beruhigen könne und die Anschlussberufung nur vorsorglicher Weise ergreife, nämlich damit das Bundesgericht gegebenenfalls die Verjährungseinrede überhaupt prüfen könne. Die Nachprüfung dieser Einrede ist aber vorzunehmen, ohne dass es eines besondern Begehrens bedarf. Denn der bundesgerichtlichen Beurteilung unterliegen das materielle

Streitverhältnis und das Prozessverhältnis in ihrer Gesamtheit, soweit eine Verletzung von Bundesrecht in Frage steht, und daher kann das Bundesgericht eine von der Vorinstanz abgewiesene Forderung nur dann ganz oder teilweise zusprechen, wenn es auch die ihr entgegengehaltenen Einreden geprüft und als unbegründet befunden hat. Nun kommt allerdings im vorliegenden Falle noch der vom Beklagten hervorgehobene Umstand hinzu, dass die Vorinstanz über die Verjährungseinrede in Form eines besondern, die Einrede abweisenden Dispositivs entschieden hat. Ob sich aber in solchen Fällen eine andere Behandlung der Frage rechtfertige, kann unerörtert bleiben in Hinsicht auf die spätern Ausführungen über die Verjährungseinrede, die diesen Punkt unberührt lassen.

4. — Auf die sachliche Beurteilung des Streitfalles eintretend ist vorerst der Auffassung des Vorderrichters beizustimmen, dass nach der dem aOR durch die Rechtssprechung gegebenen Auslegung der Bürge nicht einzustehen hat für den Anteil der verbürgten Schuld, der auf eine andere als Bürge betrachtete Person entfallen wäre, deren Haftung sich nachträglich als nicht bestehend herausstellt, dass vielmehr der Nichtbestand dieser Haftung an sich nur dem Gläubiger zum Nachteil gereicht, indem dessen Forderung für die entsprechende Quote nicht verbürgt ist (vergl. BGE 21 S. 802 f. Zeitschr. d. bern. Juristenvereins 36 S. 272 und 41 S. 150). Durch die Legalisation der gefälschten Unterschrift des Arnold Schaffner ist also der Kläger für sich allein noch nicht geschädigt worden; im Gegenteil hat er sich dadurch insofern rechtlich besser gestellt, als im Falle der Echtheit der Unterschrift, wie er sie bei der Verbürgung irrtümlich voraussetzte, seine Haftung sich, im Sinne eines Einstehens für den dritten Mitbürgen, auf den ganzen Schuldbetrag erstreckt hätte. Damit also der Kläger durch das Verhalten des Beklagten geschädigt sein kann, muss dieses Verhalten mit anderweitigen Umständen, die erst den Schaden herbeigeführt haben, zu-

sammenhangen und in dieser Weise mittelbar kausal auf den Schadenseintritt eingewirkt haben. Als solche Umstände nennt der Kläger einerseits seine Zahlung vom 1. Oktober 1914 an die Gläubigerin und sodann die Tatsache, dass ihm aus dem gegen Arnold Schaffner ergebnislos geführten Prozesse Kosten entstanden sind. Beide Schadensgründe sind, weil in ihrer Bedeutung verschieden, besonders zu betrachten.

5. — Was die Zahlung vom 1. Oktober 1914 anlangt, so fällt zunächst der Teilbetrag von 299 Fr. 80 Cts., den der Kläger zur Hälfte von 149 Fr. 90 Cts. durch den Beklagten ersetzt wissen will, ausser Betracht. Er bezieht sich auf die Zahlung, die der Kläger an den Anteil des Mitbürgen Notz geleistet hat, und diese hat mit der Legalisation der gefälschten Unterschrift des angeblichen Bürgen Arnold Schaffner nichts zu tun.

Von Bedeutung kann die Zahlung vom 1. Oktober 1914 nur für den verbleibenden Betrag sein, also soweit damit der Hauptschuldner den Restanzanteil, der auf Arnold Schaffner als Bürgen entfallen wäre, 1280 Fr., nebst dem zugehörigen Zins und Kostenbetrag von 210 Fr. erhalten hat.

a) In dieser Beziehung ist die Klageforderung zunächst insofern unbegründet, als der Kläger sie aus abgeleiteter Rechte, aus der Abtretungserklärung der Gläubigerin vom 1. Oktober 1914 herleitet, mit der Behauptung, durch die Abtretung sei die Schadenersatzforderung, die auch die Gläubigerin gegenüber dem Beklagten aus der unrichtigen Legalisation erlangt habe, auf ihn übergegangen. Wie die Vorinstanz mit Recht annimmt, kann die Abtretungserklärung nur als eine solche im Sinne von Art. 505 OR aufgefasst werden, also als eine Beurkundung der durch den Bürgen geleisteten Zahlung und des damit gesetzlich verbundenen Uebergangs der Gläubigerrechte. Nach dem Inhalte der Erklärung und den Umständen des Falles hat der Kläger offenbar als Bürge, in der Meinung, für einen auf Arnold

Schaffner entfallenden Anteil mitzuhafte, bezahlen wollen und die Gläubigerin die Zahlung als Bürgschaftsgläubigerin des Klägers angenommen. Alsdann aber kann in der Abtretungserklärung nicht auch die Erklärung enthalten sein, dass der erwähnte Schadenersatzanspruch als Nebenrecht mitabzutreten sei. Dieser Anspruch setzt eben voraus, dass Arnold Schaffner hinsichtlich des für ihn vorgesehenen Anteils nicht als Bürge verpflichtet worden sei, in dieser Beziehung also auch keine Mitverpflichtung des Klägers als Bürge bestehe und dass die Gläubigerin gegenüber dem Beklagten eine Schadenersatzforderung deshalb besitze, weil durch sein schuldhaftes Verhalten die Hauptschuld zu einem Drittel ohne Bürgschaftsdeckung geblieben sei. Hätte die Gläubigerin diese Schadenersatzforderung dem Kläger abtreten wollen, so würde dies andererseits den Willen, eine Abtretung nach Art. 505 vorzunehmen, ausschliessen. Sie hätte sich dann nicht dahin ausgedrückt, dass sie dem Kläger « alle gläubigerischen Rechte hiemit förmlich abtrete », sondern als abzutretendes Recht lediglich diese Schadenersatzforderung bezeichnet. Der Kläger andererseits hätte nicht als Mitbürge Arnold Schaffners bezahlt, sondern im Bewusstsein und in der Meinung, für Arnold Schaffner nicht mitzuhafte und den ungedeckten Drittel freiwillig, ohne rechtliche Verpflichtung dazu, gegen Abtretung des Schadenersatzanspruches der Gläubigerin zu leisten. Wie so er aber zu einer solchen Zahlung aus freien Stücken hätte kommen sollen, ist nicht zu ersehen.

Kann somit der Kläger seine Klagebegehren nicht auf eine Abtretung der fraglichen Schadenersatzforderung stützen, so erübrigt sich eine Prüfung der Frage, ob diese Forderung verjährt sei, eine Frage, deren Beantwortung eine genauere Untersuchung der Beziehungen zwischen der Gläubigerin und dem Beklagten in Hinsicht auf die unrichtige Legalisation der Unterschrift Arnold Schaffners und die nachherigen Verhandlungen dieser Parteien voraussetzen würde.

b) Soweit sodann der Kläger aus eigenem Rechte, im Sinne eines persönlichen Schadenersatzanspruches, den Beklagten belangt, ist die dem Anspruche entgegengehaltene Verjährungseinrede mit der Vorinstanz abzuweisen. Wenn auch das dem Beklagten zum Vorwurf gemachte rechtswidrige Verhalten auf das Jahr 1905 zurückreicht, zu welcher Zeit er die Unterschrift Arnold Schaffners legalisierte, so ist doch der Kläger, wie schon oben in Erwägung 4 bemerkt, erst durch die Zahlung vom 1. Oktober 1914 geschädigt worden. Erst von da an hat also die Verjährungsfrist zu laufen begonnen und da der vorliegende Prozess Anfang 1915 durch Friedensrichtervorstand eingeleitet wurde, ist nach den Art. 60 und 135² OR die Verjährung nicht eingetreten. Aus den Akten ergibt sich ferner, dass die Verjährung durch einen neuen Friedensrichtervorstand vom 21. Oktober 1915 vor der Klageeinreichung vom 1. Februar 1916 im Sinne von Art. 138 OR unterbrochen wurde.

In der Sache selbst kommt die Vorinstanz in diesem Punkte zur Abweisung der Klage mit der Begründung: Der Schade des Klägers stehe nicht in unmittelbarem ursächlichem Zusammenhange mit der Beglaubigung der Unterschrift, sondern habe seinen eigentlichen Grund im Rechtsirrtum des Klägers, der sich zur Zahlung des Anteils des dritten Bürgen verpflichtet geglaubt habe, während er es in Wirklichkeit nicht gewesen sei.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass für die Schadenshaftung des Beklagten ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang nicht erforderlich ist, namentlich auch nicht in der Meinung, dass die vom Beklagten (allfällig) gesetzte Ursache die einzige und allein ausschlaggebende für den eingetretenen schädigenden Erfolg sein müsste. Nach dem von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung befolgten Grundsatz der *ad aq uaten Verursachung* (vergl. BGE 41 II S. 88 und 94) können vielmehr verschiedene Momente als rechtlich für die

Frage der Ersatzpflicht wesentliche Ursachen in Betracht kommen und daher kann eine der Bedeutung dieser Ursachen entsprechende Teilung der Schadenshaftung zwischen mehreren Personen eintreten. Und ebenso kann eine bloss mittelbare Ursache einen ihrer Bedeutung entsprechenden Ersatzgrund abgeben (vergl. z. B. BGE 38 II S. 474).

Ferner fällt die Ersatzpflicht des Beklagten auch nicht etwa von selbst dann weg, wenn man mit der Vorinstanz den Irrtum, in dem sich der Kläger bei der Zahlung befunden hat, als *Rechtsirrtum* ansieht. Auch dann kann eine Pflicht des Beklagten, den Schaden mittragen zu helfen, bestehen, falls nämlich ein Verschulden des Beklagten mitgewirkt hat, um den Rechtsirrtum im Kläger zu erregen. In dieser Hinsicht aber ist zu bemerken: Die Frage, ob der Kläger auch für jenen Anteil der Hauptschuld als Bürge aufzukommen habe, für den keine Haftung des nicht Bürge gewordenen Arnold Schaffner besteht, ist eine zweifelhafte Rechtsfrage, hinsichtlich der dem Kläger als Laien ein zuverlässiges Urteil nicht zuzumuten war. Er muss sich daher allerdings zum Verschulden anrechnen lassen, dass er gezahlt hat, ohne sich vorher über die Frage seiner Zahlungspflicht zuverlässig zu erkundigen. Insoweit hat er also auf seine Gefahr hin bezahlt, wobei immerhin in etwelchem Mass als Entlastungsmoment gelten darf, dass die Gläubigerin, die ihn zur Zahlung aufforderte, eine Bank war, von der er eine bessere Kenntnis der in Betracht kommenden rechtlichen Verhältnisse voraussetzen durfte und annehmen mochte, sie halte sich an ihn als wirklich Verpflichteten. Namentlich aber war auch dem Beklagten als Notar ein zutreffenderes Urteil über die Zahlungspflicht des Klägers zuzumuten. Bei ihm fällt sodann im besondern noch in Betracht, dass ihm gegenüber dem Kläger eine gewisse Aufklärungspflicht oblag, um diesen vor einer solchen ungerechtfertigten Zahlung zu bewahren. Sobald nämlich der Beklagte ernstlich Anlass hatte, die Echtheit

der Unterschrift zu bezweifeln — und es muss dies nach seiner eigenen Darstellung der Verhältnisse schon lange vor der Zahlung vom 1. Oktober 1914 der Fall gewesen sein — hatte er sich zu fragen, welche Folgen die von ihm zu Unrecht ausgestellte Legalisation für die Interessen der Beteiligten haben könne, und er musste diese vorsorglicher Weise auf die wahrscheinliche Unrichtigkeit der Legalisationserklärung aufmerksam machen. Dem Kläger im besondern hätte er also mitteilen sollen, dass Arnold Schaffner in Wirklichkeit oder wahrscheinlich nicht Mitbürge sei und ihm zugleich nahelegen sollen, dass er sich die Bedeutung dieses Umstandes bei einer allfälligen Zahlungsaufforderung der Gläubigerin überlege. In der Unterlassung dessen liegt eine in der Ausübung seiner beruflichen Verpflichtungen unterlaufene Fahrlässigkeit, die, neben der dem Kläger selbst anzurechnenden, bei der Zahlung vom 1. Oktober 1914 mitverursachend gewirkt hat.

Nun kommt aber noch dazu, dass die Auffassung der Vorinstanz, der Irrtum des Klägers sei ein reiner Rechtsirrtum gewesen, den Verhältnissen nicht entspricht. Die fragliche Zahlung beruht vielmehr auf einer *tatsächlich unrichtigen Würdigung* der Sachlage, insofern der Kläger aus Verschulden des Beklagten sich nicht voll bewusst gewesen war, dass die Unterschrift Arnold Schaffners falsch sei.

Die Vorinstanz beruft sich hier für ihren gegenteiligen Standpunkt zunächst auf einen Brief des Klägers vom 10. August 1911 an den Beklagten, in welchem jener den Beklagten als zur Deckung der verbürgten Schuld verpflichtet angesehen wissen will und dabei erklärt, Arnold Schaffner bestreite, Mitbürge zu sein, und der Kläger habe wirklich durch die Besichtigung der Schuldurkunde « den Eindruck bekommen », die Unterschrift des Arnold Schaffner (und die des Bürgen Notz) seien gefälscht. In dieser Hinsicht ist aber noch auf die — von der Vorinstanz nicht erwähnte — Antwort des Beklagten vom

16. August 1911 auf den genannten Brief zu verweisen, worin der Beklagte die « Vermutung » des Klägers als unrichtig bezeichnet und erklärt, bestätigen zu können, dass die beiden Unterschriften echt seien. In einem spätern Schreiben vom 7. Juli 1912 an den Beklagten äussert sich der Kläger dahin, dass der Beklagte die Echtheit der Unterschrift Arnold Schaffners behaupte, während der letztere erkläre, fest von deren Unechtheit überzeugt zu sein; nach der Ansicht des Klägers sei zunächst das Ergebnis des Strafprozesses gegen Samuel Schaffner abzuwarten, was die Situation bedeutend abklären und das weitere Vorgehen vereinfachen werde. Auf dies antwortet der Beklagte am 13. Juli 1912 in dem Sinne, dass er die Möglichkeit einer Fälschung der Unterschrift nicht schlechthin ablehnt, sondern dazu Stellung nimmt, aber immerhin die Unechtheit der Unterschrift neuerdings bestreitet.

Aus diesen gegenseitigen brieflichen Aeusserungen ist zu ersehen, dass der Kläger, veranlasst durch die Angaben Arnold Schaffners, ernstliche Zweifel an der Echtheit von dessen Unterschrift gehabt, der Beklagte aber diese Zweifel zu zerstreuen versucht hat, letzteres immerhin anfänglich entschiedener als später. Freilich hat diese psychische Beeinflussung des Klägers durch den Beklagten nicht vermocht, jenen wieder zur vollen Ueberzeugung von der Echtheit der Unterschrift zu bringen. Dem steht namentlich auch der weitere Umstand entgegen, dass noch vor der Zahlung vom 1. Oktober 1914 der Hauptschuldner Schaffner wegen verschiedener Urkundenfälschungen verurteilt wurde, und dass diese Verurteilung nach der aktengemässen Feststellung der Vorinstanz dem Kläger bekannt geworden und geeignet war, im Kläger neuerdings ernstliche Bedenken an der Echtheit der Unterschrift wachzurufen. Trotzdem aber musste der Umstand, dass der Notar, der die Unterschrift legalisiert hatte, an deren Echtheit festhielt, auf den Kläger einen gewissen andauernden Eindruck machen, die Erlangung

der vollen Ueberzeugung von der Unechtheit ausschliessen und bei der Bildung des Willensentschlusses, die Zahlung zu leisten, als treibendes Motiv mitwirken.

Nach dem allem ist für die Schädigung, die der Kläger durch die Zahlung vom 1. Oktober erlitten hat, ein Verschulden des Klägers sowohl als des Beklagten kausal gewesen. Jenes liegt darin, dass der Kläger, von der Bank zur Zahlung aufgefordert, diese leistete, ohne sich klar zu machen, wie es sich eigentlich mit seiner Zahlungspflicht verhalte. Der Beklagte seinerseits muss es sich zum Verschulden anrechnen lassen, dass er nicht nur den Kläger über die Frage der Zahlungspflicht in keiner Weise aufgeklärt, sondern sogar versucht hat, ihn glauben zu lassen die Unterschrift sei echt und der Kläger deshalb zur Zahlung gehalten. Insoweit ist sein Verhalten für die Willensentschliessung des Klägers mitbestimmend gewesen. Bei dieser können, da sie auf einer unklaren Ueberlegung beruhte, sich widersprechende, aber auf das gleiche Ziel gerichtete Beweggründe mitgewirkt haben, wie sie einerseits in dem erwähnten Rechtsirrtum und anderseits in der Vorstellung der möglichen Echtheit der Unterschrift gegeben sind. Das beiderseitige Verschulden der Parteien darf nach seiner Schwere ungefähr als gleichwertig betrachtet werden und es rechtfertigt sich so, den Beklagten für rund die Hälfte des bezahlten Betrages, 820 Fr., gegenüber dem Kläger als erstattungspflichtig zu erklären. Zinsen und Verzugszinsen sind vom Zeitpunkt der Zahlung (1. Oktober 1914) an zu 5% geschuldet (BGE 41 II S. 259 unten).

Nach dem unter Erwägung 4 Gesagten hat der Kläger dadurch, dass er der Gläubigerin den für Arnold Schaffner als Bürgen vorgesehenen Anteil mit 1280 Fr. und 210 Fr. vergütete, eine Nichtschuld bezahlt und es steht ihm deshalb, sofern alle erforderlichen Voraussetzungen hiezu vorhanden sind, ein Rückforderungsrecht zu und zwar nach der bundesgerichtlichen Rechtssprechung (BGE 40 II S. 254 ff. Erw. 5) auch soweit, als seine Zahlung

auf einem Rechtsirrtum beruht. Muss nun der Beklagte dem Kläger einen Teil der bezahlten Summe entrichten, so verlangt anderseits eine gerechte Ausgleichung der in Betracht kommenden Interessen, für diesen Teil den Rückforderungsanspruch kraft des vorliegenden Urteils auf ihn übergehen zu lassen (vergl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Eidenbenz gegen Dr. Camp, vom 2. Juni 1916, Erw. 5), wobei natürlich der Gläubigerin für den Fall, dass der Beklagte den übergegangenen Anspruch gegen sie geltend macht, auch alle Einwendungen vorbehalten bleiben, die ihr gegenüber ihm persönlich zustehen mögen.

6. — Soweit endlich mit der Klage Ersatz der Prozess- und anderweitigen Kosten von zusammen 734 Fr. 45 Cts. verlangt wird, die der Kläger infolge der Belangung des Arnold Schaffner bezahlen musste, ist seine Forderung als unbegründet abzuweisen. Bevor der Kläger seinen angeblichen Rückgriffsanspruch gegen Schaffner gerichtlich geltend machte, musste er sich hinreichend über die Frage Rechenschaft geben, ob er mit seinem Standpunkte durchdringen werde, dass die Unterschrift Arnold Schaffners echt sei, welche Annahme die Voraussetzung für die Zusprechung seiner Klage bildete, deren Richtigkeit aber Schaffner schon vor seiner Belangung entschieden in Abrede gestellt hatte. Eine solche Prüfung aber hätte, wenn mit der zuzumutenden Sorgfalt vorgenommen und so, wie sich die Sachlage bereits abgeklärt hatte (namentlich durch das Strafverfahren gegen Samuel Schaffner), schon bei der Einleitung des Prozesses zu der Ueberzeugung führen müssen, dass dieser aussichtslos sei. Wenn daher der Kläger ihn dennoch anstrebte und es bis zum Urteil kommen liess, so hat er den ihm daraus entstandenen Vermögensschaden an sich selbst zu tragen. In seiner Antwort auf die Streitverkündigung vom 31. Dezember 1914 hat zudem der Beklagte die Echtheit der Unterschrift nicht mehr ausdrücklich behauptet. Der Kläger hätte denn auch, nachdem der Beklagte den Eintritt in den Prozess abgelehnt

hatte, ohne irgend welchen prozessualischen Nachteil den Abstand erklären können (s. § 41 der aargauischen ZPO).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass der Beklagte dem Kläger 280 Fr. zu bezahlen hat.

V. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

103. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Dezember 1916

i. S. Gesellschaft für Chemische Industrie,
Klägerin und Berufungsklägerin, gegen Schaffhauser,
Beklagten und Berufungsbeklagten.

Klage wegen Markenrechtsverletzung und zugleich wegen unlautern Wettbewerbes. Stellung der « einzigen kantonalen Instanz » des Art. 29 MSchG. — Auslegung des Klage- und des Berufungsbegehrens. — Gemischte Marke « Basolin », gleichzeitig als reine Wortmarke gebraucht. Frage der Aehnlichkeit mit der reinen Wortmarke « Bursolin ».

1. — Die Klägerin, die Gesellschaft für chemische Industrie in Basel, hat am 22. Juni 1912 beim schweizerischen Amt für geistiges Eigentum unter Nr. 31550 die Wortmarke « BURSOLIN » « für chemisch-technische Produkte jeder Art » hinterlegt.

Am 25. Januar 1913 hat der Beklagte, Anton Schaffhauser in Basel, die gemischte Marke N° 32984 eintragen lassen. Ihr Wortbestandteil bildet das Wort « BASOLIN ».

Es wird zweimal verwendet und zwar so, dass es einerseits horizontal von links nach rechts geschrieben ist, und andererseits vertikal von oben nach unten, wobei hier die Buchstaben senkrecht unter einander gelagert sind. Die beiden Worte haben das im Mittelpunkt stehende « O » gemeinsam und bilden so zusammen ein Kreuz. Dieses ist von zwei konzentrischen Kreisen umgeben. Laut der Eintragung dient die Marke für « Wachswaren, Schuhcremes, Tinten, Lacke, Schwärzen, Oele, Fette, Farben und Seifen aller Art, Sattelpaste, Metallputzmittel, Holzglasuren, Lederkitt, Gummilösung, kosmetische und pharmazeutische Fabrikate. »

Im nunmehrigen Prozesse hat die Klägerin das Begehren gestellt: « Dem Beklagten sei gerichtlich zu verbieten, die Bezeichnung « Basolin » für Produkte zur Behandlung von Leder sowohl als Handelsmarke zu verwenden, als auch auf Anpreisungen, Fakturen, Preislisten und dergleichen zu gebrauchen. Der Beklagte sei zu verurteilen, innert kurzer richterlich zu bestimmender Zeit die Anmeldung beim schweiz. Amt für geistiges Eigentum dahin abzuändern, dass das Warenverzeichnis der Eintragung N° 32984 jede Verwendung dieser Marke « Basolin » für Produkte zur Behandlung von Leder ausschliesst. Kommt der Beklagte dieser Verpflichtung zur Beschränkung der Marke nicht oder nicht in richtiger Weise nach, so sei auf Löschung der Marke N° 32984 zu erkennen. » Die Klägerin macht geltend, sie bringe unter ihrer Wortmarke « Bursolin » ein Fischöl enthaltendes Präparat in den Handel, das zur Behandlung von Leder diene. Der Beklagte erstelle ein Konkurrenzprodukt und habe dafür mit der Absicht, Verwechslungen hervorzurufen, die Marke « Basolin » gewählt. Abgesehen von jeder Täuschungsabsicht des Beklagten unterscheide sich objektiv dessen Marke von jener der Klägerin nicht genügend. Sodann verwende der Kläger das Wort « Basolin » auch für sich allein als gewerbliche Benennung auf Verpackungen, Fakturen, Produkten u. s. w., was ebenfalls