

so ist er daher zum Gegenbeweis für diese Behauptung zuzulassen.

5. — Entgegen der Auffassung des Vertreters der Berufungskläger hat nun die Vorinstanz den Umstand, dass der Kläger seine Stelle nach dem Unfall behalten hat, und einstweilen den vollen Lohn weiterbezieht, bei Festsetzung der Entschädigung berücksichtigt; denn sie hat gerade im Hinblick auf diesen Umstand, sowie aus der weiteren, naheliegenden Erwägung, dass der Lohn des Klägers mit der Abnahme der Teuerung sinken werde, die Gesamtentschädigung, welche unter Zugrundelegung einer dauernden Verminderung der Arbeitsfähigkeit um 10% und eines monatlichen Einkommens von 550 Fr. rund 10,000 Fr. erreichen würde, um volle 3000 Fr. herabgesetzt. Wenn die Vorinstanz dabei in Betracht gezogen hat, dass es einzig vom Willen des Arbeitsgebers abhängt, ob und wann der Lohn des Klägers reduziert werde, und dass dessen Schlechterstellung auf dem Arbeitsmarkte sich zeigen werde, wenn er in den Fall komme, eine andere Stelle zu suchen, womit gerechnet werden müsse, so lässt sich gegen diese Erwägungen nichts einwenden, da sie der Vernunft und der Lebenserfahrung entsprechen, und gemäss Art. 42 Abs. 2 OR bei Abschätzung des nicht ziffermässig nachweisbaren Schadens auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen ist. Ein Grund zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinne einer weiteren Ermässigung liegt umso weniger vor, als die Vorinstanz die an sich durchaus gerechtfertigte Kapitalisierung der dem Kläger gebührenden Rente zu dem verhältnismässig hohen Zinsfusse von 5% vorgenommen hat.

■ *Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. November 1922 bestätigt.

**25. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. April 1923**  
i. S. **Schweiz. Genossenschaftsbank gegen Strub und Genossen.**

**Bürgschaft.** Gültigkeit wegen Bestehens einer Hauptschuld (Darlehensschuld aus Krediteröffnung). Anfechtung wegen wesentlichen Irrtums: Irrige Meinung, eine Grundpfandverschreibung statt einer Solidarbürgschaft zu unterschreiben. Zulässigkeit dieser Anfechtung; Begründetheit.

A. — In Anbetracht der damals herrschenden Wohnungsnot, und im Hinblick auf finanzielle Unterstützungen des Bundes, des Kantons und eventuell der Gemeinde bildete sich am 6. August 1919 in Brig die Genossenschaft «Wohnungsfürsorge», welche sich den Zweck setzte, den Bau von Eigenheimen zu fördern und zu unterstützen. Aus den Statuten ist hervorzuheben:

Art. 1. ....Die Genossenschaft ist gemäss Art. (recte Titel) 27 OR konstituiert und im Handelsregister eingetragen. Sie sucht keinen Gewinn zu erzielen. Jeder Übernehmer eines Eigenheimes ist für die aus dieser Übernahme entstehenden finanziellen Verpflichtungen selbst haftbar.....

Art. 2. Die rechtsverbindliche Unterschrift führen der Präsident und der Sekretär des Verwaltungsrates kollektiv.

Art. 3. Die Genossenschaft besteht aus zwei Kategorien von Mitgliedern:

a) Mitgliedern, die, ohne Bauinteressenten zu sein, die Genossenschaft in ihren Bestrebungen unterstützen;

b) Bauinteressenten.

Die Mitgliedschaft wird erworben auf Grund einer schriftlichen Anmeldung und der Bezahlung eines Eintrittsgeldes von 10 Fr.....

Art. 4. Finanzielle Verpflichtungen der Bauinteressenten: Jeder Übernehmer einer Wohnung hat mindestens 5% des Anlagewertes bei Antritt der Wohnung bar einzuzahlen. Die Amortisationssumme beträgt jährlich

mindestens 5 % des Anlagewertes, und ist der Rest der Kaufsumme vom Übernehmer eines Objekts der Genossenschaft hypothekarisch sicherzustellen.

Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft als solcher haftet nur deren Vermögen. Jede persönliche Haftbarkeit ist ausgeschlossen.

Art. 5. Die Organe der Genossenschaft sind : 1. die Generalversammlung ; 2. der Verwaltungsrat ; 3. der Vorstand ; 4. die Rechnungsrevisoren.

.....Der Verwaltungsrat besteht aus neun Mitgliedern. Diese sind in erster Linie aus den Garanten des der Genossenschaft zur Verfügung gestellten Baugrundes zu wählen.... Er hat die Oberaufsicht über alle Geschäfte und vertritt die Genossenschaft nach aussen.

Der Vorstand besteht aus fünf Mitgliedern.... Er hat sämtliche internen Geschäfte zu besorgen.

Am 2. Februar 1920 fand die Eintragung in das Handelsregister statt ; als Präsident des Verwaltungsrates wurde Dr. Bürcher, Arzt in Brig, und als Sekretär Alb. Flückiger angeben.

B. — Bei der Gründung der Genossenschaft, an welcher vierundvierzig Personen teilnahmen, verlas der Präsident ein Schreiben der Beklagten, Filiale Brig der Schweizer. Genossenschaftsbank, worin diese erklärte, die Finanzierung des Unternehmens bis zu 90 % besorgen zu wollen ; er teilte auch mit, dass « bereits zehn Kommissionsmitglieder den Landankauf unter persönlicher Haftung eingegangen seien. »

Mit Kaufvertrag vom 25. Juli 1919 hatte nämlich Advokat Dr. Petrig eine für die Erstellung der Eigenheime in Aussicht genommene, 4625 m<sup>2</sup> haltende Wiese im Höllmattengebiet bei Brig an Dr. Bürcher und Genossen verkauft ; diese traten mit Kaufvertrag vom 1. Februar 1920 hievon 517 m<sup>2</sup> an den Kläger Strub ab.

In einer an den Hauptsitz der Beklagten in St. Gallen gerichteten Zuschrift vom 3. Januar 1920 bemerkte der Leiter der Filiale Brig über die Kreditgewährung an die

Genossenschaft « Wohnungsfürsorge » : « Eine Ablehnung des Kredits für Wohnungsbau wird wohl nicht gut möglich sein, nachdem bekannt ist, dass wir den Eisenbahnern einen gleichen Kredit gewährten. Wohl aber liessen sich die Bedingungen so stellen, dass wir zu einer Mehrdeckung kämen. Ich denke hier an eine Hereinnahme von Hypotheken auf Güter von den Interessenten. »

Am 20. Februar 1920 beschloss dann der Verwaltungsrat der Beklagten, der Genossenschaft unter Vorbehalt einen Baukredit von 330,000 Fr. zu gewähren.

Am 24. Januar 1920 verpflichteten sich die Bauinteressenten, worunter die heutigen Kläger, der Beklagten gegenüber zur Bezahlung der « an Stelle der Gemeinde übernommenen » 7 1/2 % Subvention zur Förderung des gemeinsamen Wohnungsbaues.

Am 23. März 1920 schrieb die Beklagte an Dr. Bürcher als Präsidenten der Genossenschaft, sie wünsche eine Bestätigung der Walliser Regierung, dass die Subvention von 6 % der Bausumme bzw. eine erste Quote von 2 % bei Erreichung der Kellerhöhe ausgerichtet werde ; ferner solle er dafür besorgt sein, dass die « Grundpfandverschreibung für die Grundstücke für den total bewilligten Baukredit erstellt werde. »

Das Departement des Innern des Kantons Wallis teilte hierauf der Genossenschaft am 31. März mit, dass ihr Anteil am Bundesbeitrag sich auf 60,000 Fr., und die kantonale Subvention auf 24,000 Fr. belaufe.

Am 4. April 1920 schrieb die Genossenschaft der Beklagten, sie nehme gerne an, dass nunmehr, nach Einreichung der verlangten Vorlagen, der Eröffnung des ihr zugesprochenen Kredits nichts mehr im Wege stehe : « Die Erstellung der Grundpfandverschreibung wurde uns durch Ihren Herrn Direktor Pfammatter, in Fertigung durch Herrn von Sepibus in Mörel, in Aussicht gestellt, und wollen Sie uns den Zeitpunkt bestimmen, wann der betreffende Akt zur Unterzeichnung unsererseits bereit ist..... »

C. — Am 13. April 1920 errichtete nun Notar A. von Sepibus in Mörel eine als « Kontokorrent-Kreditakt mit Grundpfandversicherung » betitelte, auf zwei Doppelbogen sieben Folioseiten umfassende, notarielle Urkunde, in welcher es heisst :

« Erscheint Herr Joseph Riklin.... Direktor der Schweizer. Genossenschaftsbank in St. Gallen, für ihre Filiale in Brig einerseits, welcher mit den Herren Dr. Eugen Bürcher.... und Robert Messmer.... wohnhaft in Brig, handelnd hier und sich stark tragend für die Genossenschaft für Wohnungsfürsorge Brig und Umgebung, nachfolgenden Kreditakt vereinbaren :

1. Die Schweiz. Gen.-Bank in St. Gallen eröffnet durch ihre Zweigniederlassung in Brig den obgenannten Herren Dr. Bürcher und Messmer, Handelsmann, einen Kredit in laufender Rechnung bis zum Betrage von 330,000 Fr. Demzufolge erklären sich die Herren Dr. Bürcher und Messmer obgenannt, sich von jetzt an als Schuldner der Schweiz. Gen.-Bank sich zu stellen aller derjenigen Summen, die (sie) auf Rechnung dieses Kredites, sei's direkt durch Bezüge bei der Bank, sei's mittelst Barsendungen derselben, oder aber in Tratten, Mandate(n) oder andern Anweisungen auf die Kreditgeberin, welche von dieser bezahlt werden, beziehen werden. 2. Die Kreditnehmer obgenannt verpflichten sich namentlich : a) von denjenigen Summen, die sie kraft dieses Kredites direkt beziehen oder über die sie verfügen werden, den von der Bank festgesetzten Zins.... zu bezahlen.... (b) 3. und 4. (Weitere Verpflichtungen der Kreditnehmer). 5. Da der eröffnete Kredit ein(en) Baukredit (bildet), so kommen die Parteien überein, dass die Kreditsumme je nur im Verhältnis der ausgeführten Bauten für Wohnungsfürsorge Brig und Umgebung ausbezahlt werde....

Erscheinen zu diesen noch Herr Dr. Bürcher...., Robert Messmer....., hier handelnd und sich stark tragend für die Fa. Behlès & C<sup>ie</sup>, Flückiger Albert...., vertreten

durch Dr. Bürcher, Domig Oskar...., Hauri Hermann...., Clausen Joseph Marie...., Emil Biderbost...., Strub Daniel (?). ...., Zenklusen Leopold...., Brechbühl Fritz...., Färber Fritz...., welche erklären, sich als Solidarbürgen zu stellen für die obgenannte Forderung von 330,000 Fr. Zur Sicherstellung des vorstehenden Kredites von 330,000 Fr. nebst Zinsen und Anhang wird in Hypothek gegeben : (folgt die detaillierte Bezeichnung der den 11 Bauinteressenten in der Höllmatte gehörenden Einzelgrundstücke nebst darauf stehenden Neubauten) ; mehr wird von den 10 (recte 11) obgenannten Herren in Hypothek gegeben ihr gemeinsames Eigentum Grundstück in der Höllmatte.... Der Schweiz. Gen.-Bank als Gläubigerin wird das Nachrückungsrecht hiemit erteilt.

Also geschehen am obgenannten Orte und Datum, Parteien vorgelesen in Gegenwart der HH. Salzgeber.... und Koller.... Zeugen, welche mit den Parteien und mir Notaren unterzeichnen.

Gez. Joseph Riklin, Bankdirektor, Dr. Bürcher, pp. Behlès & C<sup>ie</sup> R. Messmer, Fritz Färber, F. Brechbühl-Götz, Leopold Zenklusen, Strub Theod., E. Biderbost, Clausen Jos. Marie, Hermann Hauri, für H. Flückiger in V. Dr. Bürcher, Domig Oscar, M. Salzgeber, A. Koller, Alphons v. Sepibus Notar. »

In Wirklichkeit hatten von sämtlichen 11 Bauinteressenten nur Dr. Bürcher und Messmer der Aufnahme der Urkunde beigewohnt. Auch die angegebenen Zeugen waren bei der Niederschrift nicht anwesend, sondern nur beim Vorlesen des Aktes. Über dessen Zustandekommen gibt der Notar in seiner Einvernahme folgende Schilderung :

« Ich wurde auf das oberhalb der Bankschalter befindliche Bureau berufen. Hier teilte mir Herr Direktor » Riklin die Bedingungen, wie sie zwischen der Bank » und der Genossenschaft vereinbart worden, mit ; auch » Herr Pfammatter war anwesend. Ich brachte sie zu » Papier, richtete hin und wieder Fragen an sie, um über

» die eine oder andere Sache näheren Aufschluss zu erhalten, und so kam der Inhalt zu Stande. Der Akt wurde fortlaufend geschrieben, wie mir der Direktor oder die Parteien den Willen mitteilten.... Nach Beendigung wurde die Urkunde in üblicher Weise vorgelesen und von den Anwesenden unterzeichnet. Die Zeugen und ich unterschrieben, nachdem die Urkunde von den Parteien unterzeichnet war. Direktor Riklin sagte dann, ich solle den Akt da lassen und eines andern Tages zurückkommen, um die fehlenden Unterschriften beisetzen zu lassen.... »

Die übrigen 9 Bauinteressenten wurden erst tags darauf (am 14. April) von Messmer namens der Baukommission der Genossenschaft eingeladen, « morgen auf der Genossenschaftsbank vorzusprechen zwecks Unterzeichnung des Hypothekaraktes. » Es wurde ihnen dann am Schalter die Urkunde, ohne Erläuterung ihres Inhalts, zur Kenntnisnahme und Unterzeichnung vorgelegt, und sie unterzeichneten dieselbe dort.

D. — Am 13. Dezember 1921 betrieb die Beklagte die Genossenschaft für eine Forderung von 333,799 Fr. 40 Cts. nebst 6 % Zins seit 30. November 1921 auf Grundpfandverwertung, wobei sie als Grund der Forderung « Kreditgewährung » angab. Die Genossenschaft erhob nicht Rechtsvorschlag. Am 13. Februar 1922 erteilte sie der Beklagten Richtigbefundsanzeige ihres Rechnungsauszeuges mit einem Saldo von 335,602 Fr. 05 Cts. per 31. Dezember 1921.

E. — Die Beklagte erhob am 13. Dezember 1921 auch gegen die Bauinteressenten persönlich ordentliche Beitreibung auf Pfändung oder Konkurs je für den nämlichen Betrag von 333,799 Fr. 40 Cts., nebst Zinsen, aus « Bürgschaft zu Gunsten der Genossenschaft Wohnungsfürsorge Brig. » Abgesehen von Behlès & C<sup>ie</sup>, Zenklusen und Dr. Bürcher schlugen alle Recht vor. Die Beklagte verlangte und erhielt am 13. Februar 1922 provisorische Rechtsöffnung.

Inzwischen, am 9. Februar 1922, hatte sich Biderbost von Dr. Bürcher folgende Rückbürgschaftserklärung ausstellen lassen: « Der Unterzeichnete Herr Dr. Bürcher, Arzt, wohnhaft in Brig, anerkennt, dass Herr Biderbost Emil, Sous-Chef, wohnhaft in Brig, bei der Schweiz. Genossenschaftsbank in Brig sich für 330,000 Fr. gemäss Akt vom 13. April 1920, Alphons von Sepibus Notar...., als Solidarbürge gestellt. Er erklärt hiemit, sich gegenüber Herrn Biderbost als Rückbürge zu stellen, und für eventuelle Verantwortlichkeit haftbar zu sein.

Gez. Dr. Bürcher.

Gez. E. Biderbost. »

Strub, Domig und Hauri fragten ihrerseits bei der Beklagten an, ob nicht die Solidarbürgschaft aufgehoben werde, wenn die Beteiligten ihren Anteil zahlen, oder wenigstens sicherstellen.

Zudem beanspruchte Hauri bei seiner Steuererklärung pro 1922 den Schuldenabzug für den Betrag von 330,000 Fr.

F. — Am 24. Februar und 8. März 1922 erhoben Strub, Brechbühl, Domig, Biderbost, Clausen und Hauri die vorliegende Aberkennungsklage, mit den Rechtsbegehren:

1. Die Aberkennungsklage auf den Rechtsöffnungsentscheid vom 13. Februar 1922 für die Summe von 333,799 Fr. 40 Cts. nebst Zinsen sei als begründet zu erklären.

2. Die Solidarbürgschaft sei zu annullieren und die Kläger seien von dieser Solidarbürgschaft enthoben.

3. Die Hypothekbestellung sei nichtig und zu annullieren.

G. — Die Beklagte beantragte Abweisung sämtlicher Klagebegehren, wobei sie in Bezug auf Rechtsbegehren 3 behauptete, es liege eine nach kantonalem Prozessrecht unzulässige Klageänderung vor.

Subsidiär stellte die Beklagte auf dem Weg der Widerklage den Antrag, Theodor Strub und Genossen seien ihr gegenüber zur solidarischen Zahlung einer « Ent-

schädigung » im Betrag von 333,799 Fr. 40 Cts. nebst « Zins » zu verurteilen ; zur Begründung machte sie geltend, die Kläger und Widerbeklagten haften ihr nach Art. 26 OR für den vollen Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens.

H. — Aus den Aussagen der einvernommenen Hauptzeugen ist folgendes Wesentliche hervorzuheben :

a) Dr. B ü r c h e r :

Beim « Akt » handelte Messmer als Bevollmächtigter des Flückiger, damaligen Sekretärs.

Einige Interessenten waren beruflich am Erscheinen verhindert ; Messmer wurde dann beauftragt, die Fehlenden zur Unterzeichnung des Aktes einzuladen, von dem sie bereits — wenigstens dem Inhalt nach — Kenntnis hatten, und bei Unterzeichnung Kenntnis nehmen sollten.

Wir fassten es in dem Sinne auf, dass mit « Hypothekarakt » auch die Solidarbürgschaft gemeint sei, so wie die Bank es verlangt hat.

Pfammatter, der damalige Verwalter der Filiale Brig der Genossenschaftsbank, welcher unsern Sitzungen beigewohnt hat, eröffnete « uns » die Bedingungen des Anleihsens. Es geschah in den Anfangs-Sitzungen in Anwesenheit der Bauinteressenten. Diese Kenntnissgabe erfolgte mündlich ; doch glaube ich, dass sie später schriftlich bestätigt wurde.

Die Erklärung der Kläger, sie hätten nicht gewusst, dass sie auch Solidarbürgschaft zu leisten haben, kann m. A. n. nicht stimmen, weil die Sache unter uns allgemein bekannt war.

Die Summe von 333,799 Fr. 40 Cts. wurde uns ausbezahlt.

b) P f a m m a t t e r :

Ich erinnere mich, dass ich ein erstes Mal in einer « ihrer » Versammlungen — ob es eine Generalversammlung war, weiss ich nicht — « ihnen » mitteilte, die Genossenschaftsbank verlange weitere Garantien, und zwar insbesondere

Bürgschaft — ich brauchte diesen allgemeinen Ausdruck. Etwas später erhielt ich von St. Gallen die Mitteilung, es werde Solidarbürgschaft durch sämtliche Bauinteressenten verlangt ; ich machte alsdann hievon « ihnen » — ob nur dem Verwaltungsrat oder der Generalversammlung, erinnere ich mich nicht mehr — Mitteilung. Die Angelegenheit fällt in die Zeit, in der ich an Gedächtnisschwäche litt.

Dass es sich hier um Solidarbürgschaft der Interessenten gehandelt, dürfte diesen bekannt gewesen sein, da ich ihnen « oder dem Verwaltungsrat » diese Vorbedingung des Hauptsitzes mitgeteilt.

An die Details (der Mitteilung der Bedingungen) erinnere ich mich nicht, glaube aber, annehmen zu können, dass ich dem Verwaltungsrat Mitteilung gemacht, und voraussetzte, dieser werde darüber an die Generalversammlung weiter berichten.

Ich erinnere mich nicht, ob die Bauinteressenten auf die « fragliche Bestimmung » aufmerksam gemacht wurden ; sicher ist, dass ihnen bei der Unterzeichnung der Akt in seinem ganzen Inhalt zur Einsicht vorgelegt wurde. Direktor Riklin hat uns vielleicht dutzendmal gesagt, wir sollten bei Aktverschreibungen die Parteien auf Inhalt und Bedeutung jeder einzelnen Bestimmung aufmerksam machen. Ich habe im vorliegenden Falle dem Schalterpersonal keine spezielle Weisung erteilt ; der Akt wird « in üblicher Weise » vorgelegen haben. Ich glaube, in jener Zeit habe R. Salzgeber den Schalterdienst versehen, und er hätte dann den Akt vorgelegt.

c) M e s s m e r :

Die Einladung vom 14. April 1920 an die Bauinteressenten zur Unterzeichnung des Aktes vom 13. April erfolgte auf Weisung des Dr. Bürcher und auch der Genossenschaftsbank.

Die Interessenten waren darüber einberichtet, dass die Genossenschaftsbank das Geld nur gebe unter der Bedingung, dass Baute und Boden in Hypothek gegeben,

und dazu Bürgschaft geleistet werde. Die betreffende Aufklärung wurde im Bahnhofbuffet II. Klasse « vorangehend » erteilt, und zwar sämtlichen Interessenten und in Anwesenheit Pfammatters. Am 17. April 1920 wurde ihnen dann das Zustandekommen des Kreditaktes zur Kenntnis gebracht. Die Bürgschaft war nur verlangt bis zur Erstellung der Hypothekartitel; laut Statuten sollte jeder Häuserbesitzer bei Fertigerstellung die Bürgschaft ablösen « durch Hypothezierung des Baues oder seines Hauses, und so die Bürgschaft in Wegfall kommen. »

Die Protokolle wurden regelmässig geführt, in der nachfolgenden Sitzung vorgelesen und genehmigt.

Einzelne Bauinteressenten, wie Biderbost und Hauri, sollen den Vertrag in aller Musse durchstudiert haben vor Unterzeichnung.

#### d) Salzgeber :

Es mag stimmen, dass damals am Bankschalter reger Verkehr war. Biderbost hat in Gegenwart eines andern Bauinteressenten, Domig oder Hauri, den Akt wohl eine Viertelstunde lang durchstudiert. Den Interessenten wurden immer beide Bogen zur Einsicht unterbreitet. Der eine oder andere äusserte auch seine Bedenken vor Hinsetzung der Unterschrift.

Die Kläger wussten um die Solidarbürgschaft sehr wohl, was ich auch aus den geäusserten Bedenken schliesse, die sich nur auf dieselbe beziehen konnten. Auch die gesamten Verhandlungen wickelten sich nur unter dieser Voraussetzung ab.

J. — Die Kläger wurden darüber, ob sie nicht durch Bankdirektor Pfammatter in einer Sitzung der Genossenschaft erfahren haben, dass die Beklagte von den Bauinteressenten ausser der Verpfändung ihrer Grundstücke noch eine Solidarbürgschaft (für den gesamten, der Genossenschaft zu gewährenden Baukredit) verlange, persönlich befragt. In dieser Einvernahme erklärten sie alle übereinstimmend, dass sie einer Sitzung, in welcher ein

solches Begehren eröffnet worden sei, nicht beigewohnt, und überhaupt nichts davon gewusst haben, dass neben der Verpfändung noch eine Solidarbürgschaft von ihnen gefordert werde. Brechbühl sagte aus, er sei anwesend gewesen, als Messmer erklärt habe, der Baukredit von 330,000 Fr. sei sichergestellt oder gewährt; er erinnere sich aber nicht, dass von den Darlehensbedingungen im einzelnen die Rede gewesen sei, und habe insbesondere nicht gehört, dass eine Solidarbürgschaft in Betracht komme. Ferner erklärten sämtliche Kläger (mit einziger Ausnahme Domigs, welcher sich hieran nicht erinnern konnte), dass ihnen am Bankschalter nur ein Bogen vorgelegt worden sei, auf dem von Flächen und Grenzen die Rede gewesen sei, dass sie nur diese Angaben durchgelesen, und eine Aufklärung weder verlangt, noch erhalten haben. Hauri fügte bei : er habe von der Solidarbürgschaft erstmals vernommen, als er am 14. Dezember 1921 zu Notar von Sepibus nach Mörel gegangen sei, um Kenntnis vom Vertragsinhalt zu erhalten; Biderbost : er sei erst durch die Betreibung zu näheren Erkundigungen veranlasst worden und habe alsdann den wirklichen Sachverhalt, von dem er vorher nichts gewusst habe, erfahren, worauf er Sicherung durch Rückbürgschaft gesucht habe.

K. — Nachdem die Kläger in der Hauptverhandlung noch eine Reihe weiterer, nicht in Betracht kommender Eventualanträge gestellt hatten, hat das Kantonsgericht Wallis durch Urteil vom 14. Dezember 1922 erkannt :

1. Die Aberkennungsklage auf den Rechtsöffnungsentscheid vom 13. Februar 1922 für die Summe von 333,799 Fr. 40 Cts. nebst Zinsen wird als begründet erklärt.

2. Das Recht auf Anhebung der Bereicherungsklage wird der Schweiz. Genossenschaftsbank gewährleistet.

L. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte und Widerklägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen :

1. Die Aberkennungsklage sei als unbegründet abzuweisen.

2. Subsidiär : Die Kläger und Widerbeklagten zahlen, « weil ungerechtfertigt bereichert », der Beklagten und Widerklägerin folgende Entschädigungen :

a) Theodor Strub	Fr.	39,936.90
b) Fritz Brechbühl	»	27,172.85
c) Oskar Domig	»	38,916.05
d) Emil Biderbost	»	53,772.—
e) Joseph Marie Clausen	»	27,176.30
f) Hermann Hauri	»	26,965.45

alles unter Solidarhaftung mit 5% Zins seit Klageanhebung.

Die Widerklägerin führt aus, sie stelle in Bezug auf den Umfang des Bereicherungsanspruchs auf das Ergebnis der Prüfung der Bauabrechnungen durch die Schweiz. Treuhandgesellschaft ab.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Gegenstand der Aberkennungsklage bildet lediglich die Feststellung über den Bestand oder Nichtbestand der Forderung, für welche der Aberkennungsbeklagten Rechtsöffnung erteilt worden ist. Diese Forderung konnte im Rechtsöffnungsverfahren nur auf eine Schuldanerkennung der Kläger gegründet werden. Da die Beklagte als solche die Bürgschaftserklärung vom 13. April 1920 geltend machte, erschöpft sich also der Gegenstand der Aberkennungsklage in der Frage, ob und eventuell in welchem Umfange diese Bürgschaftsforderung zu Recht bestehe ?

Soweit die Beklagte aus anderen Rechtstiteln Ansprüche gegen die Kläger herleiten will, muss sie speziell hierauf klagen : sie darf nicht dem in der Betreuung geltend gemachten Schuldgrund, zum Zwecke der Abweisung der Aberkennungsklage, einen andern Schuldgrund substituieren. Auf die Behauptung, die Kläger seien ungerechtfertigterweise aus ihrem Vermögen be-

reichert, ist daher bei der Beurteilung der Aberkennungsklage nicht einzutreten. Einen solchen Bereicherungsanspruch hat die Beklagte nun freilich ausdrücklich auch im Wege der Widerklage erhoben. Allein da die Vorinstanz den damit geltend gemachten Anspruch auf ein besonderes Verfahren verwiesen hat, und in dieser Entscheidung kein Haupturteil im Sinn von Art. 58 OG liegt, kann das Bundesgericht auf diesen Teil des angefochtenen Urteils nicht eintreten.

2. — Die Kläger bestreiten nicht, den von der Beklagten angerufenen Bürgschaftsakt unterzeichnet zu haben. Sie haben damit eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben, die an sich geeignet ist, die Rechtswirkungen herbeizuführen, welche die Beklagte ihnen gegenüber geltend macht. Obschon nämlich, rein äusserlich betrachtet, jene Urkunde sich als eine Beweisurkunde darstellt (— es wird notarialisch eine Reihe angeblich abgegebener Erklärungen protokolliert, und die Unterschrift unter dieselben bedeutet zunächst nur, dass die Protokollierung richtig sei —), so besteht kein Zweifel darüber, dass die Urkunde von den an ihrem Inhalt Beteiligten, indem sie sie unterzeichneten, zugleich als Dispositivurkunde behandelt worden ist, in dem Sinne, dass sie mit ihrer Unterschrift kundgaben, sich zu dem schriftlich zu verpflichten, was ihnen in derselben als ihre, vor dem Notar abgegebene Erklärung in den Mund gelegt wird. Mit Recht hat daher die Vorinstanz angenommen, dass mit der gedachten Urkunde eine Bürgschaftserklärung nach den Vorschriften des OR abgegeben worden sei.

Die von den Klägern erhobene Einwendung, dass die die Bürgschaft betreffende Klausel auf dem ersten Doppelbogen der Urkunde stehe, während sie nur den zweiten, auf dem von der Verpfändung ihrer Liegenschaften die Rede ist, unterzeichnet haben, welcher ihnen allein zur Unterschrift vorgelegt worden sei, kann nicht gehört werden ; denn wenn auch in der Urkunde

mehrere selbständige Rechtsgeschäfte verschiedener Parteien behandelt sind (Krediteröffnungsvertrag, Schuldübernahmevertrag von Dr. Bürcher und Messmer, Bürgschaft, Hypothekarbestellung), so bildet sie doch, schon rein äusserlich, eine Einheit. Der zweite Bogen hat keine selbständige Bedeutung; er beginnt mitten im Zusammenhang des einen der verschiedenen Rechtsgeschäfte, sogar mitten in einem Satz, sodass die Unterzeichner, selbst wenn sie bloss den zweiten Bogen vor sich hatten, unmöglich der Ansicht sein konnten, dass dieser die ganze Urkunde bilde. Auch der Umstand, dass die Urkunde in ihrem Titel die Bürgschaft nicht erwähnt, vermag daran, dass die Kläger mit ihrer Unterzeichnung auch die darin enthaltene Bürgschaft erklärt haben, nichts zu ändern.

3. — Die Kläger machen nun aber geltend, der Inhalt ihrer Bürgschaftserklärung stimme nicht überein mit dem Inhalt, den sie ihrer Erklärung haben geben wollen. Sie fechten m. a. W. ihre Willenserklärung wegen Irrtums an, indem sie denjenigen Fall wesentlichen Irrtums anrufen, wo der Irrende einen anderen Vertrag abschliessen wollte, als denjenigen, für den er seine Zustimmung gegeben hat (Art. 24 Ziff. 1 OR). Freilich behaupten sie nicht, dass sie anstatt der Bürgschaft eine andere Verpflichtung haben eingehen wollen, aber sie machen geltend, ihre Vertragsmeinung sei gewesen, dass sie für die Kreditschuld der Genossenschaft nur mit ihren Grundstücken (mit Einschluss der darauf errichteten Bauten) durch Verpfändung derselben eintreten, während die irrümliche Willenserklärung dahin gehe, dass sie mit diesem Immobiliareigentum, und dazu mit ihrem ganzen übrigen Vermögen, durch Solidarbürgschaft, für jene Schuld haften. Auch dieser Fall gehört unter Art. 24 Ziff. 1 OR, denn es handelt sich nicht um eine Anfechtung des Vertrags wegen irriger Motive des Vertragswillens, sondern wegen irriger Abgabe der Erklärung desselben.

4. — Die Vorinstanz ist auf diese Anfechtung des Vertrages nicht eingetreten, weil sie bereits aus einem andern Rechtsgrund zur Gutheissung der Aberkennungsklage gelangt war, nämlich deshalb, weil die von den Klägern verbürgte Hauptschuld nicht bestehe. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigegeben werden. Mag man annehmen, die in dem Akt vom 13. April 1920 enthaltene Bürgschaft beziehe sich auf eine Verpflichtung der Genossenschaft «Wohnungsfürsorge», oder auf eine solche der beiden Kontrahenten Dr. Bürcher und Messmer, — in beiden Fällen ist klar, dass eine Hauptschuld gegenüber der Beklagten nicht schon durch den am 13. April abgeschlossenen Krediteröffnungsvertrag begründet wurde, sondern erst durch die Ausführung desselben seitens der Beklagten, d. h. durch die tatsächliche Kreditgewährung. Die Bürgschaft bildet also kein Akzessorium zu dem Krediteröffnungsvertrag, sondern zu den Verpflichtungen, die den Kreditnehmern durch die Entgegennahme von Geldern der Beklagten dieser gegenüber erwachsen, und es ist klar, dass die Bürgschaft nur die Meinung haben konnte, dass die Bürgen der Beklagten für die Erfüllung der Verpflichtungen der Kreditnehmer aus dem Empfang von Geldern haften. Die verbürgte Hauptschuld ist somit als zu Recht bestehend zu betrachten, denn sie ist in der Höhe von 335,602 Fr. 05 Cts. durch Unterzeichnung der Richtigbefundsanzeige per 31. Dezember 1921 seitens der Genossenschaft anerkannt worden.

5. — Ist demgemäss auf die Anfechtung der Bürgschaft wegen Irrtums einzutreten, so erhebt sich die Frage, ob diese Anfechtung nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil die Kläger in der Lage gewesen wären, sich von der ihnen zugemuteten Bürgschaftsverpflichtung dadurch Rechenschaft zu geben, dass sie die Urkunde vor ihrer Unterzeichnung genau durchlasen, und weil aus dem Umstand, dass sie den Akt vorbehaltlos unterzeichnet haben, zu schliessen sei, sie bekennen sich schlechthin zu dessen

Inhalt. Das Bundesgericht hat zu der Auffassung, wie sie in der deutschen Rechtsprechung, insbesondere vor dem Inkrafttreten des BGB zum Ausdruck gekommen ist (vergl. LEIST, Einschränkung der Irrtums- und Täuschungsanfechtung in Arch. Ziv. Pr. 102 S. 244 ff. und die dort zitierten Urteile), dass wer eine Willenserklärung in dem Bewusstsein abgibt, ihren Inhalt nicht zu kennen, nicht irre, und die Sicherheit des Verkehrs die Einwendung, dass er den Inhalt nicht gelesen habe, ausschliesse, im Urteil vom 16. Juli 1908 i. S. Barbezat gegen Schenker (BGE 34 II 531 f.) Stellung genommen. In diesem Urteil hat es jene Auffassung als mit dem SOR nicht im Einklang stehend abgelehnt, und ausgeführt, dasselbe gestatte die Relevierung des von der Erklärung differierenden Willens, wenn die Diskrepanz wesentlich sei, ohne Rücksicht auf die Erkennbarkeit der Differenz, und ohne dass die Voraussetzungen der *exceptio doli* oder der Mangel guten Glaubens beim Gegner vorliegen. Ausgeschlossen sei die Anfechtung nur dann, wenn ersichtlich sei, dass der Erklärende im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des Erklärten sich allem, was der Gegner wolle, unterwerfe. Auch die deutsche Rechtswissenschaft hat inzwischen der Irrtumsanfechtung auf Grund der Fassung des § 119 BGB einen breiteren Raum gewährt (vergl. v. TUHR, Allg. Teil d. deutsch. bürg. R. II<sup>1</sup> 571; DÜRINGER-HACHENBURG, HGB II 39 ff.; SIEGEL, Privatr. Funktion der Urkunde in Arch. Ziv. Pr. 111 S. 80 ff., insbes. 92). Es fragt sich somit, ob die Kläger sich darauf berufen können, dass ihnen bei Unterzeichnung des Aktes vom 13. April 1920 der Satz betreffend Leistung der Solidarbürgschaft entgangen sei, und dass sie überhaupt keine Kenntnis davon gehabt haben, dass die Beklagte beabsichtigt habe, in denselben eine solche Verpflichtung aufzunehmen: wenn sich diese Einwendung erweist, so ist dargetan, dass sie einen andern Vertrag eingehen wollten, als wie sie durch ihre Unterschrift erklärt haben,

nämlich bloss eine Hypothekarverschreibung, und nicht daneben noch eine Solidarbürgschaft für den gesamten, der Genossenschaft von der Bank zu gewährenden Kredit von über 300,000 Fr.

6. — Da die Vorinstanz über die genannte Tatsache eine Feststellung nicht vorgenommen hat, so bedarf der Tatbestand der Vervollständigung, und es fragt sich in erster Linie, ob die vorliegenden Akten eine Feststellung in der angegebenen Richtung ohne Rückweisung an die Vorinstanz im Sinn von Art. 82 Abs. 1 OG gestatten.

Hiebei ist von den Umständen auszugehen, welche den Akt vom 13. April 1920 veranlasst haben: Die Genossenschaft hatte sich gebildet, um einfachen Leuten billige Wohnungen zu verschaffen; Genossenschafter, die sich als Bauinteressenten meldeten, sollten von der Genossenschaft Baugrund und auf demselben von ihr zu erstellende Wohnhäuser erwerben. Ihre Verpflichtungen beschränkten sich nach den Statuten auf die Bezahlung des Eintrittsgeldes, sowie der Erstellungskosten des für sie bestimmten Wohnhauses, während eine persönliche Haftbarkeit für die finanziellen Verpflichtungen des ganzen Unternehmens ausgeschlossen war; eine solche Haftung wäre übrigens mit dem Genossenschaftszweck im Widerspruch gestanden, und auch der Bundes- und der Kantonsbeitrag wären wohl kaum bewilligt worden, wenn jedem Übernehmer eines Wohnhauses die Verpflichtung überbunden worden wäre, für die ganze Unternehmung solidarisch zu haften. Wohl aber konnte den Bauinteressenten zugemutet werden, die zu übernehmende Liegenschaft in Pfand zu geben, zur Sicherung der ihnen aus der Übernahme gegenüber der Genossenschaft erwachsenen Verpflichtungen, was denn auch die Beklagte laut dem Schreiben der Filiale an den Hauptsitz vom 3. Januar 1920 von der Genossenschaft zu verlangen beabsichtigte.

An eine Inanspruchnahme der Bauinteressenten als Solidarschuldner für den ganzen zu gewährenden Bau-

kredit war also nach verständiger Würdigung der Umstände gerechter und billiger Weise nicht zu denken. Es war auch nach solcher Würdigung von vornherein klar, dass die Bauinteressenten sich einem Ansinnen dieser Art nicht unterworfen haben würden, da sie ja alle, mit Ausnahme Dr. Bürchers, bei weitem nicht im Stande gewesen wären, eine solche Verpflichtung zu erfüllen. Bei der Frage, ob die Beklagte, oder die Leitung der Genossenschaft dennoch ein derartiges Ansinnen gestellt haben, bevor sie den Akt unterschrieben, muss daher ein strenger Beweis verlangt werden.

Nun ist eine dahingehende schriftliche Mitteilung der Beklagten nicht bei den Akten, und auch nicht behauptet, dass eine solche erfolgt sei. Vielmehr ist in der Korrespondenz, die in der massgebenden Zeit zwischen der Beklagten und den Organen der Genossenschaft gewechselt wurde, sogar noch in der Zuschrift derselben vom 4. April 1920, nur von der Verpfändung der Grundstücke, nirgends aber von persönlicher Haftung, oder gar Solidarbürgschaft der Bauinteressenten für den ganzen Baukredit die Rede. Auch ist kein Protokoll vorhanden, welches dartäte, dass in irgend einer Versammlung oder Sitzung, sei es der Genossenschaft, sei es des Vorstandes, eine solche Bedingung der Beklagten erwähnt worden wäre. Ebenso wenig geben die Zeugenaussagen einen, auch nur einigermaßen sicheren Anhaltspunkt dafür, dass wirklich und wann, und in welcher Weise die Bedingung gegenüber den Bauinteressenten gestellt worden sei, für den vollen zu gewährenden Baukredit Solidarbürgschaft zu leisten. Die Aussagen Pfammatters im besonderen, welcher zur massgebenden Zeit die Briger Filiale der Beklagten verwaltete, und anfänglich auch der Genossenschaft angehörte, lauten sehr unbestimmt. Dass auch den Bauinteressenten selbst mitgeteilt worden sei, die Beklagte verlange als Garantie für den Baukredit ausser der Grundpfandverschreibung eine Bürgschaft, hat positiv eigentlich nur Messmer ausgesagt;

allein gerade dieser Zeuge behauptet, dass die Bürgschaft nur bis zur Erstellung der Hypothekartitel gefordert worden sei, indem « jeder Häuserbesitzer die Bürgschaft durch Hypothekierung des Baues ablösen und so die Bürgschaft in Wegfall kommen » sollte. Dass aber eine derart eingeschränkte Haftung etwas ganz anderes darstellt, als die von der Beklagten behauptete *Solidarbürgschaft* für die volle Bauschuld der Genossenschaft, bedarf keiner näheren Erörterung.

Auch in Bezug auf die Art und Weise, wie der Akt vom 13. April 1920 zu stande gekommen ist, und von den Beteiligten unterzeichnet wurde, hat sich die Darstellung der Kläger in der Hauptsache als richtig herausgestellt. Nicht nur hat die Beweisführung ergeben, dass der Inhalt der Urkunde, in Abwesenheit der Kläger, dem Notar von Sepibus im Wesentlichen durch den Vertreter der Beklagten, Direktor Riklin, diktiert wurde, sondern dass die Kläger erst am darauffolgenden Tage zur Mitwirkung beim Vertrag eingeladen wurden, und zwar in der Weise, dass Messmer namens der Baukommission der Genossenschaft sie aufforderte, « zwecks Unterzeichnung des Hypothekaraktes » bei der Beklagten vorzusprechen. Hiedurch wurden die Kläger in dem irrthümlichen Glauben bestärkt, dass es sich einzig um Unterzeichnung der Verpfändungsurkunde handle; sie hatten nur die Hypothekarverschreibung im Auge, und konnten umsoweniger darauf gefasst sein, dass in der zu unterschreibenden Urkunde ein weiteres Rechtsgeschäft stipuliert sei, durch das ihnen die Übernahme einer solidarischen Haftbarkeit für den ganzen, der Genossenschaft gewährten Baukredit zugemutet werde, als eine solche Verpflichtung, wie bereits ausgeführt, in einem offenbaren Missverhältnis zu ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit und zu dem wirtschaftlichen Vorteil gestanden wäre, den das Unternehmen jedem Einzelnen von ihnen bot. Die Umstände sodann, unter denen den Klägern die Unterzeichnung des Aktes auf der Bank zugemutet

wurde, waren geeignet, das genaue Studium desselben und die Beurteilung der Tragweite der zu übernehmenden Verpflichtungen zum mindesten erheblich zu erschweren; das fällt umso schwerer ins Gewicht, als man es bei der Mehrzahl der Beteiligten wohl nicht mit besonders geschäftsgewandten Personen zu tun hat, und überdies die Bürgschaft in dem zwei Doppelbogen umfassenden, von Anfang bis Ende fortlaufend von Hand geschriebenen, nicht sehr leicht leserlichen Akt äusserlich in keiner Weise hervortritt, sondern mitten in dem grossen Umfang der Urkunde, welche eine Menge, die einzelnen Verpflichteten nicht direkt interessierender Einzelheiten enthält, in einem Nebensatz ausgedrückt, so zu sagen versteckt ist. Bei dieser Sachlage hätten Treu und Glauben es verlangt, dass die Kläger auf die in die Urkunde aufgenommene Bürgschaftsklausel aufmerksam gemacht und über die Tragweite der aus der Solidarbürgschaft sich ergebenden Verpflichtungen aufgeklärt worden wären, oder aber die Urkunde ihnen wenigstens zum eingehenden Studium aushingegen worden wäre. Weder das eine, noch das andere ist geschehen; auch wurden die Bauinteressenten nicht etwa an der für die Unterschrift bestimmten Stelle auf ihre Eigenschaft als Bürgen hingewiesen, so wenig als in der Überschrift des Aktes die Bürgschaft erwähnt ist.

Diese Umstände sprechen mit solcher Wahrscheinlichkeit für die klägerische Darstellung, dass es Sache der Beklagten gewesen wäre, dem gegenüber ihrerseits darzutun, dass sie wirklich den Klägern von den Bedingungen der Solidarbürgschaft Kenntnis gegeben habe. Sie hat diesen Beweis nicht geleistet. Der Hinweis auf die vom Kläger Biderbost erwirkte Rückbürgschaft Dr. Bürchers, sowie auf die Anstrengungen einzelner Bauinteressenten, sich durch Zahlung ihres Anteils von der Solidarbürgschaft zu befreien, ist deshalb unbehelflich, weil die Kläger inzwischen, durch die am 13. Dezember 1921 angehobene Betreibung, von der Geltendmachung

der Solidarbürgschaft durch die Beklagte Kenntnis erhalten hatten. So erklärt es sich auch, dass Hauri bei seiner Steuerdeklaration pro 1922 den Schuldenabzug für volle 330,000 Fr. beansprucht hat.

7. — Danach kann nicht angenommen werden, dass die Kläger sich etwa den Zumutungen der Beklagten, im Bewusstsein der Unkenntnis derselben, blindlings unterwerfen wollten, sondern es drängt sich der Schluss auf, dass sie bei Unterzeichnung des Aktes vom 13. April 1920 tatsächlich in dem geltend gemachten Irrtum befangen waren, sodass die Anfechtung der Solidarbürgschaft nach Art. 24 Ziff. 1 OR als begründet erscheint.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

1. Bezüglich der Widerklage wird auf die Berufung nicht eingetreten.

2. In Bezug auf die Aberkennungsklage wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 14. Dezember 1922 bestätigt.

## 26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. April 1923

### i. S. Kunz gegen Baumann & Vogt.

**Aktienrecht:** Voraussetzungen der persönlichen Haftbarkeit der vor Eintragung der Aktiengesellschaft Handelnden. Natur des Anspruches aus Art. 623 Abs. 2 OR. Berücksichtigung des Parteiwillens.

A. — Der Kläger Kunz beteiligte sich im Jahre 1919 an einem von einem gewissen Schwab in Biel betriebenen Fabrikationsgeschäft chem.-tech. Produkte durch Gewährung finanzieller Hilfe. In der Folge wurde dieses Geschäft unter Ausscheidung des Schwab vom Kläger gemeinsam mit den Beklagten Vogt und Baumann in Form einer einfachen Gesellschaft weiterbetrieben. Be-