

nur die Fälle von Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1. Dagegen kann nicht angenommen werden, der Vertrag vom 3. Dezember 1928 wäre auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden. Die Nichtigkeit betrifft keineswegs nur einen Nebenpunkt, bei dessen Wegfall der Überrest des Vertrages sich den Parteien als wünschenswertes Minus dargestellt hätte (VON TUHR OR I S. 201 ff.), sondern die Hauptsache, die Übertragung von Grundeigentum verbunden mit der Mitübernahme von Grundpfandschulden. Zum mindesten kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, mit welchem Inhalt der Vertrag ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre; in einem solchen Fall ist er aber als in vollem Umfang nichtig zu behandeln (VON TUHR OR I S. 202).

21. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. April 1934 i. S. Hefti gegen Steffan.

Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven durch Gründung einer Kollektivgesellschaft mit Übernahme des bisher von einem Gesellschafter geführten Geschäftes, Art. 182 Absatz 2 OR.

Der nach Auflösung der Kollektivgesellschaft für eine Schuld der früheren Einzelfirma belangte Teilhaber kann sich, entgegen der Regelung bei der Übernahme einer einzelnen Schuld, auf die Unverbindlichkeit des Gesellschafts- und Übernahmevertrages berufen. (Erw. 1-3), zum mindesten, wenn der Gläubiger die Mangelhaftigkeit desselben kannte (Erw. 4).

Beitritt eines neuen Gesellschafters zu einer bestehenden Kollektivgesellschaft, 565 OR: Der Beitretende kann zwar nicht dem gutgläubigen, wohl aber dem bösgläubigen Gläubiger die Mangelhaftigkeit des Beitritts entgegenhalten (Erw. 5).

Schuldübernahme von Grundpfandschulden, 832/846 ZGB: Der Übernehmer kann dem Gläubiger die Mangelhaftigkeit des Grundgeschäftes entgegenhalten, zum mindesten aber die Übernahme wegen Willensmängeln anfechten (Erw. 6).

A. — Der Kläger, der Holzhändler in Männedorf ist, stand mit einem Heinrich Lüscher, Inhaber einer mecha-

nischen Schreinerei und Glaserei in Bassersdorf, in geschäftlichen Beziehungen, aus welchen er am 1. Januar 1928 ein Guthaben von 14,290 Fr. 30 Cts. hatte. Am 11. Januar 1928 nahm Lüscher bei der Bankgesellschaft in Rapperswil ein Darlehen von 14,000 Fr. auf; diesen Betrag verwendete er zur Bezahlung seiner Schuld an den Kläger. Dies ging in der Weise vor sich, dass der Darlehensbetrag dem Lüscher nicht effektiv ausgehändigt, sondern von der Bank dem Kläger gutgeschrieben und dem Lüscher belastet wurde. Als Sicherheit für das Darlehen hinterlegte Lüscher einen Schuldbrief von 20,000 Fr., lastend im IV. Rang auf seinen Liegenschaften in Bassersdorf. Dieser Schuldbrief hatte sich zuvor in den Händen des Klägers befunden als Sicherheit für seine Ansprüche aus Warenlieferung. Als weitere Sicherheit für das dem Lüscher gewährte Darlehen diente der Bank die ebenfalls am 11. Januar 1928 vom Kläger eingegangene Solidarbürgschaft für den Betrag von 14,000 Fr.

Mit einem vom 15. Januar 1928 datierten Vertrag vereinigte sich der Beklagte, der von Beruf Bodenleger ist, mit Lüscher zu einer Kollektivgesellschaft zum Zwecke des Fortbetriebes der bis anhin von Lüscher allein geführten Schreinerei und Glaserei in Bassersdorf. Die Gesellschaft sollte mit dem Datum des Vertragsschlusses ihren Anfang nehmen. Die Übernahme von Aktiven und Passiven des früheren Geschäftes erfolgte auf Grund einer Bilanz per 15. Januar 1928, welche bei Aktiven von 131,361 Fr. 25 Cts. und Passiven von 90,944 Fr. 20 Cts. einen Aktivsaldo von 40,417 Fr. 05 Cts. erzeugte. Diese Bilanz wurde von den Gesellschaftern am 20. Januar 1928 geprüft und unterschriftlich als richtig anerkannt. In dieser Aufstellung ist unter der Rubrik « laufende Schulden » ein Guthaben des Klägers mit 14,247 Fr. 70 Cts. aufgeführt. Eine Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister wurde nicht vorgenommen, dagegen wurden gemäss den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages am 30. Januar 1928 die bisher im alleinigen Eigentum des

Lüscher gewesenen Liegenschaften ins Gesamteigentum der beiden Gesellschafter übergeführt; unter den Grundpfandschulden, für die sich die beiden Gesellschafter im Eigentumsänderungsvertrag ausdrücklich als Solidarschuldner bekannten, befand sich auch der Schuldbrief von 20,000 Fr., den Lüscher der Bank als Faustpfand für das ihm gewährte Darlehen übergeben hatte.

Am 7. März 1928 kam zwischen Lüscher und dem Beklagten eine schriftliche Vereinbarung zustande, laut welcher der Gesellschaftsvertrag vom 15. Januar 1928 für beide als von Anfang an unverbindlich und in allen Teilen als aufgehoben betrachtet werden sollte. Lüscher anerkannte, dass der Beklagte niemals als Kollektivgesellschafter in sein Geschäft habe eingetreten, sondern lediglich ein Anstellungsverhältnis mit einer Interesseneinlage von 10,000 Fr. habe eingehen wollen und dass die anders lautende Abfassung des Gesellschaftsvertrages infolge eines Missverständnisses über die Art der Beteiligung des Beklagten unterzeichnet worden sei. Auf Grund dessen sollten nach der Vereinbarung sämtliche Rechtsgeschäfte, die in Vollzug des Gesellschaftsvertrages bereits vorgenommen worden waren, rückgängig gemacht werden und insbesondere sollte die von Lüscher eingebrachte Liegenschaft in sein Alleineigentum zurückgeführt werden. Diese letztere Massnahme wurde noch am selben Tage beim Grundbuchamt Bassersdorf angemeldet und im Grundbuch eingetragen. Die darin liegende Übernahme der Schuld der Kollektivgesellschaft durch Lüscher wurde vom Grundbuchverwalter am 9. März 1928 der Bankgesellschaft Rapperswil als Faustpfandgläubigerin des Schuldbriefes von 20,000 Fr. angezeigt.

Der Kläger wurde in der Folge aus seiner Solidarschaft für Lüscher von der Bank belangt und bezahlte bis Ende Mai 1928 an diese insgesamt 14,347 Fr., wogegen er den von Lüscher als Faustpfand hinterlegten Schuldbrief über 20,000 Fr. ausgehändigt erhielt. Lüscher geriet am 2. August 1928 in Konkurs. Der Kläger meldete in diesem

eine Forderung von 14,557 Fr. 60 Cts. nebst 6 % Zins seit 9. Juni 1928 an, mit der Bemerkung, dass die Schuld durch den erwähnten Schuldbrief grundpfändlich sichergestellt sei. Im Konkurs kam der Schuldbrief gänzlich zu Verlust und wurde vom Konkursamt vernichtet. Von der Forderung des Klägers wurde ein Betrag von 15,142 Fr. 30 Cts. in der V. Klasse zugelassen. Die Konkursdividende belief sich auf 4,85 %, also 734 Fr. 40 Cts., so dass der Kläger mit 14,407 Fr. 90 Cts. zu Verlust kam.

Als Rechtsnachfolger der Bankgesellschaft in Rapperswil aus dem Schuldbrief von 20,000 Fr. gab der Kläger mit Bezug auf die Schuldübernahmemitteilung vom 9. März 1928 am 15. Dezember 1928 dem Beklagten die Erklärung ab, dass er ihn als Schuldner behalten wolle.

B. — Mit Klage vom 10. August 1929 hat der Kläger den Beklagten auf Bezahlung von 14,407 Fr. 90 Cts. nebst 5 % Zins seit 2. August 1928, sowie der Betreibungskosten belangt, mit der Begründung, der Beklagte hafte ihm sowohl als Kollektivgesellschafter der Firma Lüscher & Steffan, wie auch als Solidarschuldner aus dem Schuldbrief von 20,000 Fr. Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

C. — Sowohl das Bezirksgericht Horgen, als auch das Obergericht des Kantons Zürich, letzteres mit Urteil vom 14. November 1933, zugestellt am 6. Dezember 1933, haben die Klage abgewiesen.

D. — Hiegegen hat der Kläger rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

E. — An der heutigen Verhandlung hat er seinen Berufungsantrag wiederholt, während der Beklagte auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen hat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Bildung einer Kollektivgesellschaft zum Zweck der Übernahme und Weiterführung des bisher durch einen

der Gesellschafter als Einzelhaber geführten Geschäftes, wie dies im vorliegenden Fall durch den Vertrag vom 15. Januar 1928 zwischen dem Beklagten und Lüscher vereinbart wurde, stellt gemäss Art. 182 Abs. 2 OR einen Fall von Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven im Sinne von Art. 181 OR dar. Die Geschäftsschulden, die der frühere Einzelhaber begründet hatte, gehen demnach mit der Mitteilung von der Übernahme an die Gläubiger oder mit der Auskündung der Übernahme in öffentlichen Blättern auf die neugegründete Firma über und werden zu Gesellschaftsschulden.

Im vorliegenden Fall ist nun nicht bestritten, dass der Kläger aus einer am 11. Januar 1928 zugunsten Lüschers gegenüber der Bankgesellschaft in Rapperswil eingegangenen Solidarbürgschaft für ein Darlehen von 14,000 Fr. belangt wurde und insgesamt 14,347 Fr. bezahlt hat, sowie dass er für seine Regressforderung gegenüber Lüscher in dessen Konkurs mit 14,407 Fr. 90 Cts. zu Verlust gekommen ist. Da dieser Regressanspruch, wenn auch nur bedingt, von der Eingehung der Bürgschaft am 11. Januar 1928 an bestand, so handelt es sich bei ihr um eine vor der Gründung der Kollektivgesellschaft zwischen Lüscher und dem Beklagten entstandene Geschäftsschuld Lüschers, die somit auf die Gesellschaft überging. Zwar bestimmt Art. 9 des Gesellschaftsvertrages, dass die neue Gesellschaft nur die inventierten Schulden übernehme, und in der Bilanz, auf Grund deren die Übernahme erfolgte, ist nicht das vom Kläger verbürgte Guthaben der Bankgesellschaft in Rapperswil aufgeführt, sondern die ursprüngliche Forderung des Klägers aus Warenlieferung, die mit dem genannten Darlehen getilgt worden war. Dieser Umstand hinderte jedoch den Übergang der Schuld auf die Gesellschaft nicht. Eine Beschränkung der Übernahme auf die inventierten Schulden ist an sich zwar zulässig, wirkt aber nur im internen Verhältnis. Nach aussen, dem Gläubiger gegenüber erstreckt sich jedoch die Haftung auf die sämtlichen Verbindlichkeiten, sogar auf die dem Über-

nehmer nicht bekannten, und eine Ausnahme besteht nur für diejenigen Schulden, deren Übernahme in der Mitteilung an den Gläubiger oder der Auskündung ausdrücklich abgelehnt worden ist (v. TUHR, OR Band II S. 781; OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 15 zu Art. 181 OR; FICK, Schweiz. Juristenzeitung 20, S. 221 ff., spez. S. 225). Ausserdem weist die 1. Instanz mit Recht darauf hin, dass es sich im Grunde genommen nur um eine falsche Gläubigerbezeichnung handle, da die betreffende Schuld, wenn auch in etwas anderer Form, tatsächlich doch bestand. Die für den Übergang erforderliche Kenntnissgabe an den Gläubiger durch Auskündung oder Mitteilung liegt ebenfalls unzweifelhaft vor, da doch der Beklagte selber ausführt, dass der Kläger über die Angelegenheit auf dem Laufenden gewesen sei, indem er auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrages hingearbeitet und sich immer wieder telephonisch erkundigt habe, ob der Vertrag zustande gekommen sei. Ferner hat die Vorinstanz mit Recht aus der Tatsache der engen geschäftlichen Beziehungen des Klägers mit Lüscher auf das Vorliegen der erforderlichen Kundgabe geschlossen.

2. — War aber die Schuld Lüschers gegenüber dem Kläger zur Gesellschaftsschuld geworden, so trat gemäss Art. 564 OR eine persönliche Haftbarkeit des Beklagten ein, auf Grund deren er nach der Auflösung der Gesellschaft belangt werden konnte. Daran vermochte nichts zu ändern, dass der Beklagte und Lüscher am 7. März 1928 einen Vertrag abschlossen, nach welchem der Gesellschaftsvertrag als nicht zustande gekommen betrachtet werden sollte; denn auch diesem Vertrag konnte hinsichtlich der Haftung des Beklagten nur eine Wirksamkeit im internen Verhältnis zwischen Lüscher und dem Beklagten zukommen. Nach aussen war er nur insofern von Bedeutung, als durch ihn die Voraussetzung für die persönliche Belangung des Beklagten, nämlich die Auflösung der Kollektivgesellschaft, geschaffen wurde.

3. — Der Übernahmevertrag vom 15. Januar 1928 war nun aber in seiner Gesamtheit für den Beklagten wegen

absichtlicher Täuschung durch Lüscher unverbindlich, wie die beiden Vorinstanzen mit einlässlicher Begründung dargetan haben und wie der Kläger selber heute nicht mehr ernsthaft in Abrede stellt.

Damit fragt es sich im weitern, ob der Beklagte, wie dies dem Wesen der einseitigen Unverbindlichkeit als einer Art der Nichtigkeit entspricht, diese gegenüber dem Kläger als Gläubiger, also aus einem an dem unverbindlichen Vertrag nicht beteiligten Dritten, geltendmachen könne, wie er behauptet, der Beklagte aber bestreitet. Die beiden Vorinstanzen haben diese Frage unter dem Gesichtspunkt des Art. 565 OR untersucht und sind zu ihrer Bejahung gelangt. Nun trifft aber Art. 565 OR auf den vorliegenden Fall nicht zu; er hat lediglich den Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine schon bestehende Kollektivgesellschaft im Auge, und bestimmt für diesen Fall, dass der neue Gesellschafter auch für die vor seinem Beitritt eingegangenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch hafte. Die Gründung einer Kollektivgesellschaft unter Übernahme des von einem der Gesellschafter als Einzelinhaber geführten Geschäftes aber beurteilt sich, wie bereits Eingangs erwähnt wurde, nach der speziell hierfür aufgestellten Bestimmung von Art. 182 Abs. 2 OR, und ausschliesslich nach dieser. (ZELLER im Kommentar Fick, Anm. 1 zu Art. 565 OR; OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 3 letzter Absatz zu Art. 182 OR, ist offenbar auch dieser Ansicht, wenn er bemerkt, dass beim Beitritt eines neuen Gesellschafters zu einer bestehenden Gesellschaft die besonderen Vorschriften des Gesellschaftsrechtes, Art. 565 OR, gelten.)

Geht man aber von dieser Seite an die zu entscheidende Frage heran, so ergibt sich zunächst, dass Art. 181 OR über die Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven, nach deren Grundsätzen gemäss Art. 182 Absatz 2 zu entscheiden ist, seinerseits in Absatz 3 auf die Regeln der Schuldübernahme, Art. 175 ff. OR, verweist. Nach Art. 179 Absatz 3 OR kann nun allerdings der Übernehmer

die Einreden, die ihm gegen den Altschuldner aus dem der Übernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zustehen, also z. B. gerade die Einrede der Täuschung, gegen den Gläubiger nicht geltend machen, und der Kläger hat sich denn auch schon vor den kantonalen Instanzen auf diese Bestimmung berufen (vgl. Obergerichtliches Protokoll S. 6). Allein diese Bestimmung kann auf die Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven nicht im vollen Umfang zur Anwendung kommen. Bei der Übernahme einer einzelnen Schuld hat sie ihre Berechtigung deshalb, weil nach der dem OR zu Grunde liegenden sog. Vertragstheorie die Schuldübernahme ein Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger mit einer Wirkung zu Gunsten des Altschuldners ist (v. TUHR, OR Band II S. 766/67; OSER-SCHÖNENBERGER, Vorbem. 9 zu Art. 175-183 OR). Nach dieser Konstruktion ist das Verhältnis zwischen Altschuldner und Übernehmer, das durch den internen und der eigentlichen Schuldübernahme vorangehenden Vertrag geregelt wird, lediglich ein ausserhalb des Vertrages mit dem Gläubiger liegendes Motiv auf Seiten des Übernehmers, das grundsätzlich unerheblich sein muss (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 10 zu Art. 179 OR). Bei der Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven dagegen steht das Gesetz nicht auf dem Boden dieser Vertragstheorie; hier erfolgt der Schuldübergang nicht durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer, sondern kraft Gesetzes, infolge der Mitteilung von der zwischen dem Altschuldner und dem Übernehmer vereinbarten Übernahme. Der Übergang ist also lediglich eine Auswirkung dieses Vertrages, und wenn dieser, sei es wegen eines Willensmangels, sei es aus sonst einem Grunde, nicht gültig zustande gekommen ist, so kann auch kein Recht des Gläubigers gegen den Übernehmer entstehen, so dass also dieser dem ihn belangenden Gläubiger die Einrede der Täuschung mit Erfolg entgegenhalten kann, und Art. 179 Absatz 3 nur mit dieser Einschränkung anwendbar ist (v. TUHR OR Band II S. 780;

OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 18 zu Art. 181 OR). Demnach muss auch im vorliegenden Fall mit Rücksicht auf die dem Beklagten zustehende Einrede der Täuschung die auf der Schuldübernahme durch ihn beruhende Klage ohne weiteres abgewiesen werden.

Eine Unbilligkeit gegenüber dem Gläubiger liegt in dieser Lösung keineswegs: Er verliert nur einen Vorteil, der ihm ohne sein Zutun aus der Schuldübernahme erwachsen wäre, und befindet sich nun in derjenigen Lage, in der er sich ohne diese Schuldübernahme stets befunden hätte.

4. — Wollte man aber nicht so weit gehen, so müsste doch, wie das Bundesgericht in einem frühern Entscheide (BGE 58 II S. 18 ff., insbes. S. 21) ausgesprochen hat, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einem Gläubiger, der von der Mangelhaftigkeit des Grundgeschäftes Kenntnis hat, also bösgläubig ist, oder doch zum mindesten dem Gläubiger, der in unredlicher Absicht den Übernehmer direkt zum Abschluss des Grundgeschäftes veranlasst hat, die Berufung auf Art. 179 Abs. 3 OR versagt bleiben, weil ihr die Einrede der Arglist entgegenstünde. Dies müsste im vorliegenden Fall wiederum zur Abweisung der Klage führen; denn wie die Vorinstanz festgestellt hat, war dem Kläger die verzweifelte finanzielle Lage des Lüscher zur Zeit des Vertragsschlusses mit dem Beklagten, sowie die von Lüscher begangene Täuschung des Beklagten bekannt. Diese Feststellung ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht eine unzutreffende rechtliche Würdigung, sondern sie ist tatsächlicher Natur und daher, da sie der Kläger in der Berufungserklärung nicht als aktenwidrig angefochten hat, für das Bundesgericht verbindlich. Aus dieser Feststellung folgt ohne weiteres, dass der Kläger bösgläubig war, was nach dem oben Gesagten die Einrede der Arglist als begründet erscheinen lässt. Abgesehen hievon ist zudem mit der Vorinstanz zu sagen, dass der Kläger sich in dieser Angelegenheit in einer Art und Weise verhalten hat, die geradezu als stillschweigende Mitwirkung bei der Täuschung

des Beklagten durch Lüscher zu qualifizieren ist: Der Kläger, der aus seinen Geschäftsbeziehungen zu Lüscher dessen prekäre Lage zur Genüge kannte und auch sonst mit Lüscher in engen Beziehungen stand, war es vor allem, der den Abschluss des Gesellschaftsvertrages und der Geschäftsübernahme betrieb, wie daraus zu entnehmen ist, dass er den Vertragsparteien den Bücherexperten Burkhart, seinen langjährigen Vertrauten, zur Aufstellung der Bilanz zuführte und dass ausgerechnet sein Anwalt es war, der den Gesellschaftsvertrag redigierte.

Der Kläger macht nun geltend, dass er nicht aus eigenem Rechte klage sondern aus demjenigen der Bankgesellschaft in Rapperswil, deren Rechte gemäss Art. 505 Absatz 1 OR auf ihn als den zahlenden Bürgen übergegangen seien, und dass ihm daher der Beklagte nur die Einreden entgegenhalten könne, die er auch gegen die Bank hätte erheben können. Diese Berufung des Klägers auf den guten Glauben seiner Rechtsvorgängerin ist aber mit der 1. Instanz als missbräuchlich zurückzuweisen. Wirtschaftlich betrachtet war stets der Kläger der Gläubiger Lüschers gewesen, zuerst aus der Lieferung von Waren, dann, nach der Tilgung dieser Forderung vermittelt des vom Kläger verbürgten Darlehens, als Bürge. Gerade diese Umgestaltung des Rechtsverhältnisses, die entgegen der vom Kläger auch heute wieder vertretenen Ansicht gewiss etwas Aussergewöhnliches an sich hatte, da der Kläger durch sie wirtschaftlich in keiner Weise besser gestellt wurde, legt nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz den Verdacht nahe, dass auf diese Weise dem Beklagten die Einrede des mangelnden guten Glaubens abgeschnitten werden sollte.

5. — Aber auch die Beurteilung des Falles unter dem Gesichtspunkte des von den Vorinstanzen herangezogenen Art. 565 OR führt zum selben Resultate, und zwar, entgegen der im angefochtenen Entscheid geäusserten Auffassung, ohne dass damit ein Widerspruch zu der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes geschaffen würde. Wohl hat

das Bundesgericht von jeher den Standpunkt eingenommen, dass ein Kollektiv- oder Kommanditgesellschaftler sich den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nicht darauf berufen könne, dass der Beitritt zur Kollektivgesellschaft für ihn wegen absichtlicher Täuschung durch einen Mitgesellschafter unverbindlich sei (BGE vom 19. Juli 1901 in Blätter f. zürcher. Rechtsprechung I S. 71. BGE 29 II S. 668). Dies deshalb, weil der Prozessgegner des Anfechtenden, d.h. der Gesellschaftsgläubiger, nicht Kontrahent bei dem Gesellschaftsvertrage war und weil, soweit die von ihm geltendgemachten Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag durch Täuschung des beitretenden Gesellschafters begründet worden waren, die Täuschung nicht durch ihn, sondern durch einen Dritten, den Mitgesellschafter, begangen worden war. Und zwar gilt dieser Ausschluss der Berufungsmöglichkeit auf Willensmängel in gleicher Weise für die nach dem Beitritt des getäuschten Gesellschafters eingegangenen Verbindlichkeiten, wie für die in jenem Zeitpunkt schon bestehenden (BGE 29 II S. 668). Allein in allen bisher entschiedenen Fällen befand sich, im Gegensatz zu der heute gegebenen Sachlage, der Gläubiger stets im guten Glauben, und dieses Vorliegen des guten Glaubens wurde ausdrücklich zur Voraussetzung für die Haftbarkeit des getäuschten Gesellschafters gemacht, indem stets darauf hingewiesen wurde, dass der belangte Gesellschafter von der Haftbarkeit nur dann befreit werden könne, wenn, wie im analogen Fall der Unverbindlichkeit eines Vertrages wegen Täuschung durch einen Dritten (Art. 28 OR, bzw. 25 a OR), der Gläubiger die durch den Mitgesellschafter begangene Täuschung kannte oder hätte kennen müssen (vgl. die oben zitierten Entscheide, sowie BGE 31 II S. 71 ; 34 II S. 312). An diesem Erfordernis des guten Glaubens auf Seiten des Gläubigers fehlt es aber im vorliegenden Fall, wie oben dargelegt worden ist. Ist aber der Gläubiger bösgläubig oder, wie hier, sogar an der Täuschung direkt mitbeteiligt, so kann nicht mehr davon die Rede sein,

dass seine Ansprüche um der Rechtssicherheit willen den Interessen des getäuschten Gesellschafters voranzustellen seien.

6. — Neben der Haftbarkeit des Beklagten auf Grund von Art. 182/564 OR macht der Kläger ferner eine solche aus dem Inhaberschuldbrief von 20,000 Fr. geltend. Nun ist allerdings der Kläger Gläubiger aus diesem Schuldbrief, und der Beklagte hat sich im Eigentumsänderungsvertrag vom 30. Januar 1928 als Solidarschuldner dieser Verpflichtung bekannt ; ferner hat der Kläger auf die Anzeige des Grundbuchamtes Bassersdorf vom 9. März 1928, dass durch Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses die Liegenschaft wieder im Alleineigentum Lüschers stehe, gemäss Art. 832 und 846 ZGB innert der gesetzlichen Jahresfrist erklärt, dass er den Beklagten als Schuldner beibehalte. Diese Schuldübernahme für Grundpfandschulden kommt jedoch in gleicher Weise zustande, wie diejenige bei der Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven : Hier wie dort erfolgt der Schuldübergang nicht auf Grund eines Vertrages zwischen Gläubiger und Übernehmer, sondern er ist eine von Gesetzes wegen eintretende Folge der Vereinbarung zwischen altem und neuem Schuldner, die allerdings der ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung des Gläubigers bedarf. Daher ist auch hier für das Zustandekommen der Schuldübernahme das Vorliegen einer gültigen Vereinbarung zwischen altem und neuem Schuldner Voraussetzung (v. TUHR, OR Band II S. 785). Diese Voraussetzung fehlt jedoch im vorliegenden Fall ; denn mit dem Dahinfallen des Gesellschafts- und Geschäftsübernahmevertrages wurden logischerweise auch die Eigentumsübertragung und die damit verbundene Schuldübernahme für die Grundpfandschulden durch den Beklagten unwirksam, weil es sich bei diesen Geschäften um blosse Ausführungsmassnahmen des Gesellschaftsvertrages handelte.

Aber auch wenn man davon ausgehen wollte, dass der Übergang der Grundpfandschulden auf den Erwerber

eines Grundstückes durch Vertrag zwischen diesem und dem Gläubiger zustandekomme (so OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 3 zu Art. 183 OR, S. 777 oben ; LEMANN, Anm. 17 ff. zu Art. 832 ZGB), und also eine selbständige Verpflichtung des Beklagten gegenüber der Bank in Rapperswil als Schuldbriefgläubigerin, bezw. gegenüber dem Kläger als deren Rechtsnachfolger entstanden sei, so wäre doch dieser Vertrag, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, wegen absichtlicher Täuschung, eventuell wegen wesentlichen Irrtums des Beklagten, unverbindlich, da die Täuschung, bezw. der Irrtum über die Geschäftsgrundlage nicht nur für die Eingehung des Gesellschaftsvertrages, sondern auch für die sich hieran anknüpfende solidarische Schuldübernahme für die Grundpfandschulden kausal war.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 14. November 1933 wird bestätigt.

**22. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Mai 1934
i. S. Katholische Kirchgemeinde Balgach gegen Zünd.**

Haftung des Dienstherrn für Schutzmassnahmen, Art. 339 OR.

Eidgenössisches Zivilrecht, nicht kantonales öffentliches Recht anwendbar auf das Verhältnis der Beklagten zu dem mit dem sog. Prozessionschiessen betrauten Kläger, der nicht die Stellung eines Beamten hat (Erw. 1).

Dienstvertrag, nicht Auftrag, ist auf Grund der konkreten Umstände anzunehmen. (Erw. 2).

Die Instruktions- und Schutzpflicht des Dienstherrn nach Art. 339 OR erstreckt sich nicht auf offensichtliche Gefahren und selbstverständliche Schutzmassnahmen. Nichtbeachtung solcher durch den Dienstpflichtigen fällt ihm als Selbstverschulden zur Last (Erw. 3).

A. — In der katholischen Kirchgemeinde Balgach besteht, wie dies auch andernorts der Fall ist, die Übung, am Fronleichnamfest zur Erhöhung der Feierlichkeit mit Mörsern zu schiessen. Mit der Durchführung des Schiessens betraute der Kirchenpfleger als hiezu zuständiges Organ der Beklagten seit ungefähr 8 Jahren jeweils den Kläger, der von Beruf Landwirt ist, nebst einem zweiten Mann als Gehülfen. Ein besonderes Schiessreglement bestand nicht, und ebenso wurden den sogenannten Prozessionsschiessern von den Organen der Beklagten keine näheren Instruktionen erteilt ; die Schützen wurden lediglich jeweilen, bevor sie ihre Funktionen zum ersten Mal ausübten, von ihren Vorgängern in der Handhabung der Mörser unterwiesen. Dagegen hat die Beklagte die Prozessionsschiesser neben ihrem übrigen Personal (Messmer, Läuter) gegen Betriebsunfälle bei der « Zürich-Unfall » versichert. Die Unfallversicherung ist mit einer Haftpflichtversicherung in der Weise kombiniert, dass die Versicherungsleistungen in erster Linie zur Deckung von Verpflichtungen der Beklagten aus Haftpflicht dienen sollen. Die Versicherungssumme beträgt für die Prozessionsschiesser 6000 Fr. bei Todesfall und Ganzinvalidität ; ferner kommt die Versicherung für die Heilungskosten und ein Taggeld von 6 Fr. für die Dauer der ärztlichen Behandlung bei allen Betriebsunfällen auf.

Anlässlich des Fronleichnamsschiessens vom 4. Juni 1931 verunfallte der Kläger in der folgenden Weise : Nachdem er, nach seiner eigenen Darstellung neben dem Mörser sitzend, die ca. 10 cm lange Zündschnur mit seiner Zigarre in Brand gesetzt hatte, erhob er sich, um in dem durch den benachbarten Weg gebildeten Geländeeinschnitt Dekkung zu suchen. Er glitt jedoch auf dem etwas abschüssigen Gelände, auf dem der Mörser aufgestellt war, aus und kam vor diesem zu Fall. Unmittelbar darauf erfolgte die Entladung, der Kläger wurde getroffen und es wurde ihm der rechte Unterschenkel zertrümmert, der ihm in der Folge im Kantonsspital St. Gallen etwa