

6. **Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 30 mars 1938**
 dans la cause **Fonjallaz contre Nicole,**
Union de presse socialiste des cantons de Genève et Vaud,
Imprimeries populaires de Lausanne et Genève
et Choux dit Sarrol.

Atteinte aux intérêts personnels, par la voie de la presse (art. 49 CO). Responsabilité de l'éditeur et de l'imprimeur (art. 55 CC et 50 CO).

Responsabilité de l'Union de presse socialiste et des Imprimeries populaires.

La première de ces sociétés est l'éditeur du journal « Le Travail ». La seconde en est l'imprimeur.... Aux termes de l'art. 55 CC, ces sociétés sont responsables, sans disculpation possible, de la faute de leurs organes. Elles ne contestent d'ailleurs pas leur qualité pour défendre.

Cela avec raison. Il est en effet certain que les organes de ces deux sociétés ne pouvaient pas ne pas voir, en tout cas après le premier article paru dans « Le Travail », que ce journal s'engageait dans une campagne qui porterait gravement atteinte aux intérêts personnels du demandeur, que les sources d'information du « Travail » étaient loin d'être sûres et qu'ainsi il y avait pour elles urgence à arrêter la campagne, si elles ne voulaient pas se rendre complices de cette atteinte illicite. Les deux sociétés défenderesses n'établissent pas qu'elles aient tenté quoi que ce soit dans ce sens.

Leur faute est d'autant plus grave qu'il ne s'agit pas d'un article isolé, qui aurait pu échapper à la vigilance de l'éditeur et de l'imprimeur et dont on ne saurait leur tenir rigueur (ainsi que cela a été le cas pour la Société « Sonor » dans l'affaire Fabre c. Imprimeries populaires jugée le 23 mars 1938, RO 64 II p. 14). La campagne a duré plus de deux mois, et, dès le premier jour, elle apparaissait à tout homme sensé, sinon comme entièrement de mauvaise foi, du moins comme des plus imprudentes.

D'autre part, les deux sociétés défenderesses ne pouvaient pas ignorer non plus que « Le Travail » n'en était pas à sa première diffamation. Le demandeur a énuméré dans ses mémoires toutes les condamnations de Nicole de ce chef, et ses allégations n'ont pas été contestées par les défendeurs... Les sociétés défenderesses ne pouvaient pas l'ignorer. En n'intervenant pas pour arrêter la campagne diffamatoire contre le demandeur — éventuellement, pour l'imprimeur, en ne se réservant pas un droit de veto à l'égard d'un journal tel que « Le Travail » —, elles ont commis une faute grave qui engage leur responsabilité.

La responsabilité des quatre défendeurs étant engagée en raison d'une faute, soit d'une faute personnelle, soit d'une faute de leurs organes, il est inutile d'examiner si l'art. 55 CO est applicable. Par leur faute commune, ils ont causé ensemble un dommage à autrui. Il est indifférent que ce soit intentionnellement ou par négligence et qu'il s'agisse simplement, de la part de certains d'entre eux, d'une complicité au sens civil du mot. Ils sont ainsi *solidairement* responsables en vertu de l'art. 50 CO (BECKER, art. 50/6 d ; VON TUHR, § 51 ; RO 25 II 823).

7. **Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. März 1938**
 i. S. Scherer gegen **Aktienmühle Basel.**

Bürgschaft. Befreiung des Bürgen wegen Verminderung der Sicherheiten (Verzicht auf Grundpfandrechte ohne Zustimmung des Bürgen) verneint, da der Gläubiger nachweist, dass die Pfänder ohnehin keine Deckung geboten hätten. Art. 509/10 OR.

A. — Die Klägerin Frau Scherer ist am 9. Juni 1933 für zwei von der Beklagten dem Fritz Krattiger gewährte Darlehen von total Fr. 10,000.— eine Solidarbürgschaft eingegangen, zusammen mit zwei andern Bürgen. Der Schuldner leistete für dieses Kapital ausserdem Sicherheit durch zwei Grundpfandverschreibungen im III. und

IV. Rang auf seinem Haus Baselstrasse 56, in welchem er eine Bäckerei mit Tearoom betrieb. Diese Pfandtitel hatten einen Vorgang von Fr. 104,000.— im ersten und Fr. 65,000.— im zweiten Rang.

Der Schuldner war nicht in der Lage, die auf 1. Februar 1935 gekündeten Darlehen zurückzubezahlen.

Mit Zustimmung der Beklagten verkaufte er am 19. Juli 1935 die Liegenschaft weiter zum Preise von Fr. 160,000.— einschliesslich Inventar. Mit Einwilligung der Beklagten wurden sodann die als Sicherheit bestellten Hypotheken am 1. August 1935 im Grundbuch gelöscht. Weder für den Verkauf der Liegenschaft, noch für die Löschung der Grundpfandrechte hat die Beklagte die Zustimmung der Klägerin eingeholt.

Nach Auspändung des Schuldners Krattiger verlangte die Beklagte von der Klägerin Bezahlung des Ausfallanteils von Fr. 5379.90. Auf Betreibung hin erhob die Klägerin Rechtsvorschlag, worauf die Beklagte die provisorische Rechtsöffnung erwirkte.

B. — Am 19. März 1936 reichte Frau Scherer Klage ein auf Aberkennung der Forderung der Beklagten nebst Zins und Kosten. Zur Begründung stellt sie im wesentlichen darauf ab, dass die Beklagte ohne ihre Zustimmung auf die Sicherheiten verzichtet habe. Die Beklagte sei nicht mehr in der Lage, ihrer Verpflichtung zur Übergabe der Sicherheiten an die Klägerin nachzukommen. Diese verschuldete Unmöglichkeit sei der Verweigerung im Sinne des Art. 510 Abs. 2 OR gleichzustellen. Die Haftung des Bürgen sei damit dahingefallen. Eventuell sei der Klägerin durch den eigenmächtigen Verzicht der Beklagten Schaden in der Höhe der streitigen Forderung entstanden, womit die Befreiung des Bürgen gemäss Art. 509 OR eingetreten sei.

Die Beklagte will grundsätzlich nur die Möglichkeit einer Verpflichtung zu Schadenersatz nach Art. 509 OR anerkennen. Ein Schaden sei der Klägerin jedoch nicht entstanden, da der Verkehrswert der Liegenschaft nicht einmal die Vorgänge von Fr. 169,000.— erreicht habe.

C. — Durch Urteil des Zivilgerichtes Basel-Stadt vom 25. März 1937 ist die Aberkennungsklage gutgeheissen, durch Urteil des Appellationsgerichtes vom 29. Juni 1937 jedoch abgewiesen worden.

D. — Gegen das Urteil des Appellationsgerichts hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem erneuten Antrag auf Gutheissung ihrer Aberkennungsklage....

Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — An sich ist die Haftung der Klägerin als Bürge aus der Verpflichtung vom 9. Juni 1933, sowie rein rechnerisch die von der Beklagten geltend gemachte Forderung nicht bestritten.

2. — In ihrer Berufungsbegründung hält die Klägerin an ihrem ersten Standpunkt fest, dass ihre Bürgenhaftung gemäss Art. 510 Abs. 2 OR dahingefallen sei.

Der Vorinstanz ist indes zuzustimmen, dass der Sachverhalt dieser Bestimmung nicht vorliegt.

Gemäss Art. 508 OR hat der Gläubiger dem Bürgen, der ihn befriedigt, die bei ihm hinterlegten Pfänder herauszugeben und bei Grundpfandrechten die für den Übergang des Pfandrechtes erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Die Erfüllung dieser Pflicht durch den Gläubiger hat, abweichende Abmachungen vorbehalten, Zug um Zug mit der an ihn erfolgenden Zahlung zu geschehen. Die Art. 509 und 510 OR regeln nun die beiden Fälle, dass die Sicherheiten in diesem Zeitpunkt nicht oder nicht mehr intakt vorhanden sind, oder dass sie noch vorhanden sind, aber dass ihre Herausgabe vom Gläubiger verweigert wird. Die Verweigerung bedeutet in jedem Falle eine Verletzung der dem Gläubiger dem Bürgen gegenüber obliegenden Treupflicht, weshalb als Folge schlechtweg der Hinfall der Bürgenhaftung vorgesehen ist (Art. 510 OR). Der Verlust oder die Verminderung der Sicherheiten (Art. 509)

aber beruht nicht notwendigerweise auf einem Treuebruch, sondern kann die Folge einer blossen Fahrlässigkeit des Gläubigers sein. Die Folge ist hier nach der unmissverständlichen Regelung in Art. 509 nur eine Schadenersatzpflicht des Gläubigers. Ob immerhin aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht eine Gleichstellung mit Art. 510 OR dann gerechtfertigt erschiene, wenn der Gläubiger in *doloser* Weise sich der Sicherheiten entäussert oder sie geschmälert hat, braucht nicht entschieden zu werden. Für eine solche Handlungsweise liegt nach dem von der Vorinstanz festgestellten Beweisergebnis nichts vor. Für die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe geheime Abmachungen mit den Käufern geschlossen und sich für die Aufgabe der Sicherheiten einen anderweitigen Vorteil einräumen lassen, fehlt jeder Anhaltspunkt. Den Feststellungen der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass die Beklagte sich zur Aufgabe der Sicherheiten erst entschlossen hat, als sie nach sachlicher Überprüfung der Verhältnisse erkannte, dass die Titel dritten und vierten Ranges effektiv keine Sicherheit boten. Der Haftbetreibungsgrund des Art. 510 OR liegt nicht vor.

3. — Aus Art. 509 und 505 OR ergibt sich die auftragsähnliche Verpflichtung des Gläubigers, für die Erhaltung der ihm übergebenen Sicherheiten besorgt zu sein (BECKER N. 11 zu Art. 509 OR). Er hat demnach für diejenigen Minderungen der Sicherheit einzustehen, welche mit einer Verletzung dieser Diligenzpflicht zusammenhängen. Seine Haftung beruht auf dem Verschuldensprinzip.

Eine Minderung zum Nachteil des Bürgen ist dann gegeben, wenn sich die Sicherheiten während der Zeit, da sie sich in Verwahrung des Gläubigers befanden, verändert haben und nunmehr dem Bürgen nicht mehr die gleichen Möglichkeiten verschaffen, für die von ihm verlangte Zahlung Deckung zu erhalten.

Dem Bürgen obliegt der Nachweis einer Verletzung der Aufsichtspflicht und des dadurch entstehenden Deckungsausfalles. Dem Gläubiger ist der Beweis eingeräumt, dass

ihn kein Verschulden trifft (BGE 33 II 148, BECKER Note 17 zu Art. 509 OR sowie STAUFFER S. 118 a).

Entsprechend der von der Vorinstanz durchgeführten Untersuchung ist in erster Linie zu prüfen, ob überhaupt eine Minderung der Sicherheit zum Nachteil des Bürgen eingetreten ist. Die Frage ist Tatfrage, die Feststellung der Vorinstanz demnach für das Bundesgericht verbindlich.

Auf Grund der gerichtlichen Expertise hat die Vorinstanz den Verkehrswert des Unterpandes Anfang August 1935 auf Fr. 161,000.— bestimmt und weiter festgestellt, dass die Beklagte, bevor sie ihre Zustimmung zum freihändigen Verkauf gegeben hat, die Liegenschaft in verschiedenen Zeitungen — auch in einer Fachzeitung — angeboten hat. Die mit den Interessenten auf Grund eines höheren Preises gepflogenen Verhandlungen seien jedoch erfolglos geblieben. Der Preis von Fr. 160,000.— sei der höchste gewesen und es dürfe als ausgeschlossen gelten, dass eine öffentliche Steigerung mehr eingetragen hätte, weil sich der Liegenschaftsmarkt im Jahre 1935 zusehends verschlechtert habe, und es gerichtskundig sei, dass bei öffentlichen Ganten nicht bessere Preise erzielt werden als im freien Verkauf....

Die Klägerin wendet nun ein, durch Unterlassung des öffentlichen Verkaufs sei ihr die Möglichkeit entzogen worden, die Liegenschaft selber zu erwerben. Nach den Darlegungen der Vorinstanz fehlen jedoch sichere Anhaltspunkte dafür, dass es der Klägerin bei einem Selbsterwerb möglich gewesen wäre, aus dem Ertrag der Liegenschaft etwas an den Verlust einzubringen. Die Berechnungen der Experten lassen eine solche Annahme nicht zu. Die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und den Aufhaftungen I. und II. Ranges ist so bedeutend — Fr. 9000.— ohne rückständige Zinse — dass nur eine ganz wesentliche Verbesserung der Lage auf dem Liegenschaftsmarkt der Klägerin eine solche Chance geboten hätte. Ob in absehbarer Zeit mit einer wesentlichen Besserung zu rechnen ist,

liegt ganz im Ungewissen. Je länger der Zeitablauf bis zu einer Besserung, desto fragwürdiger ist aber eine Möglichkeit der Erholung. Zudem fehlen nach der Aktenlage alle Unterlagen für eine Annahme, dass die Klägerin überhaupt die Mittel zu einem Erwerb aufgebracht hätte.

Ist somit eine Minderung der Sicherheiten durch die Löschung der Grundpfandrechte III. und IV. Ranges zum Nachteil der Klägerin zu verneinen, so erweist sich auch ein Schadenersatzanspruch als unbegründet. Die Aberkennungsklage ist daher abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 9. Juni 1937 bestätigt.

8. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. April 1938 i. S. Meyerhof gegen Obergericht Zürich.

Wertpapierrecht. Verfahren bei Verlust von Obligationencoupons, die mit dem Titel abhanden gekommen und nachträglich von diesem abgetrennt worden sind: Vereinfachtes Verfahren gemäss Art. 851 Abs. 3/857 a. OR, 982 Abs. 2/987 rev. OR.

Intertemporales Recht: Massgebend ist das Recht, das im Zeitpunkt galt, in welchem der erstinstanzliche Richter die Verfügung traf.

A. — Der Beschwerdeführer Felix Meyerhof in Amsterdam bezog s. Zt. vom Schweizerischen Bankverein Zürich 11 Inhaberoobligationen des Bankvereins zu je Fr. 1000.—. Hievon sind 9 Stück datiert vom 11. April 1929, mit Semesterzinscoupons bis zum Verfall (11. April 1934); 2 Stück sind datiert vom 30. Juli 1929, ebenfalls mit Semestercoupons bis zum Verfall (30. Juli 1934). Diese Obligationen lagen zunächst für Meyerhof im Depot des Bankvereins Zürich. Zuletzt wurden die Coupons per

15. Juli 1931 eingelöst und zwar aus dem besagten Depot und durch Gutschrift für Meyerhof.

B. — Im Juli 1933 will der Beschwerdeführer vor seiner Abreise von Berlin die Titel einem Max Ginsberg als Treuhänder übergeben haben. Bei der Rückkehr des Beschwerdeführers im Herbst 1933 hatte Ginsberg Deutschland verlassen und war nicht mehr auffindbar. Über das Schicksal der anvertrauten Wertpapiere war nichts in Erfahrung zu bringen.

Gestützt hierauf wurde das Verfahren auf Kraftloserklärung der genannten 11 Titel samt Semestercoupons ab 15. Januar 1932 bis 11. April bzw. 30. Juli 1934 eingeleitet und bewilligt und am 2. Juli 1934 das Aufrufverfahren gemäss Art. 849 ff. OR angeordnet (Publikation im Handelsamtsblatt 6. Juli 1934, ebenso im deutschen Reichsanzeiger 19. Juli 1934).

C. — Im Juli 1937 wurden die sämtlichen vorgenannten Obligationen samt Coupons bis und mit 15. Januar 1932 (aber nicht die später fällig gewordenen Coupons) dem Gericht vorgelegt und zwar seitens der Dresdener Bank Berlin, welche erklärte, diese Obligationen vom « Herrn Reichsminister der Finanzen » erhalten zu haben.

Der Beschwerdeführer nahm darauf den Standpunkt ein, dass es aussichtslos wäre gegen das (offenbar als gutgläubiger Erwerber zu betrachtende) Finanzministerium den Vindikationsprozess gemäss Art. 853 alt OR bzw. Art. 985 rev. OR zu führen. Er zog daher am 31. Juli 1937 das Amortisationsgesuch bezüglich Titel und Coupons per 15. Januar 1932 zurück, hielt es aber hinsichtlich der nicht vorgelegten Zinscoupons aufrecht. Im September 1937 stellte sich dann weiter heraus, dass bereits im April 1937 alle Halbjahrescoupons ab 15. Januar 1932 bis und mit April bzw. Juli 1934 durch die Schweizerische Kreditanstalt beim Bankverein zur Zahlung vorgewiesen, versehentlich auch eingelöst, aber auf Ersuchen des Bankvereins gegen Rückerstattung der Coupons wieder zurückvergütet worden waren. Die vorliegende Bank hatte s. Zt.