

Gewiss ist nach Art. 52 und 53 lit. c des eidg. Stempelsteuergesetzes strafbar, wer der Pflicht zur Leistung der schuldigen Stempelabgabe nicht nachkommt oder wer durch Überlassung der Beteiligungsrechte an einer tatsächlich liquidierten Gesellschaft oder Genossenschaft zur Umgehung der in Art. 21 Abs. 2 festgestellten Abgabepflichten Beihilfe leistet (Art. 21 Abs. 2 statuiert die Abgabepflicht auf Kapitaleinbringungen, wenn eine Unternehmung unter Benutzung des Gesellschaftsmantels die Form einer A.-G. oder Genossenschaft annimmt, ohne dass eine Gründung und eine Kapitaleinbringung zur Eintragung gelangen).

Der streitige Mantelkauf hat aber bis heute eine solche Steuerpflicht nicht ausgelöst und war unter diesem Gesichtspunkt nicht widerrechtlich. Denn tatsächlich wurde der Mantel gar nicht im Sinne von Art. 21 II St.StG verwendet, was allein die Steuerpflicht auslösen würde. Überdies liegt gar kein Fall der Überlassung von Beteiligungsrechten an einer tatsächlich liquidierten Gesellschaft (Art. 53 lit. c) vor.

Von all dem abgesehen, muss es abgelehnt werden, als Folge einer allfälligen Zuwiderhandlung gegen stempelsteuerrechtliche Bestimmungen die zivilrechtliche Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes anzunehmen. Man mag Geschäfte, welche mit dem Steuerrecht in Widerspruch stehen oder vielleicht einmal eine Steuerumgehung ermöglichen, für strafbar erklären. Davon die grundsätzliche zivilrechtliche Ungültigkeit des Geschäftes daraus abzuleiten, war auch nie die Rede, als man (nach Erlass des St.StG) anlässlich der Revision des OR, die Frage eines Verbotes von Mantelkauf und Mantelverwertung liquidierten Gesellschaften diskutierte. Auch unter diesem letzten Gesichtspunkt ist daher der streitige Mantelverkauf als gültig zu erklären.

62. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. November 1938 i. S. Kretz gegen Schiess.

Tierhalterhaftung, Art. 56 OR.

Voraussetzung: Handeln des Tieres aus eigenem Antrieb: Reizung schliesst solches nicht aus.

Haltereigenschaft: Voraussetzung ist Gewaltverhältnis über das Tier. Daher bleibt bei Verkauf der Verkäufer Halter bis zur Übergabe.

Übergabe ist vollzogen mit der Herstellung des Gewaltverhältnisses.

Entlastungsbeweis des Halters: Verhalten seines Angestellten ist ihm zuzurechnen.

Mitverschulden des Geschädigten.

A. — Der Arbeitgeber des Klägers Schiess, Metzgermeister Schmid in Oberbüren, hatte von den Beklagten, den Brüdern Kretz, einen 542 Pfund schweren Eber zum Schlachten gekauft. Der Kläger erhielt am 21. Mai 1935 den Auftrag, diesen abzuholen in der Käserei Lenggenwil, welche die Beklagten durch ihren Bruder Alois Kretz als Angestellten betreiben lassen. Um das Tier zu verladen, stellten Alois Kretz und der Kläger den von diesem mitgebrachten Transportgatter vor das Waagegitter, in welches der Eber zunächst verbracht worden war. Der Zwischenraum zwischen Waagegitter und Transportgatter wurde auf der einen Seite durch die geöffnete Türe des Waagegitters, auf der andern Seite durch ein anderes Gitter abgeschrankt, ohne dass jedoch eine feste Verbindung mit einem Seil, durch Bolzen oder dergl. hergestellt wurde. Als der Kläger und Alois Kretz den Eber von der Waage in den Transportgatter treiben wollten, wurde er unruhig, stiess den Transportgatter weg, drückte die Türe des Waagegitters nach aussen und biss den Kläger, der sich gegen diese stemmte, ins linke Knie. Diese Verletzung, die infolge Wundinfektion eine mehrmonatige Spitalbehandlung und eine Operation notwendig machte, führte zu einem bleibenden Nachteil in Gestalt einer Versteifung des linken Knies im Winkel von 160°.

B. — Der Kläger belangte die Beklagten als Tierhalter auf Bezahlung von Fr. 24,260.50 nebst 5% Zins seit 21. Mai 1935 als Ersatz der Arzt- und Heilungskosten, sowie des Schadens aus Lohnausfall und wegen dauernder Verminderung der Erwerbsfähigkeit um 33 $\frac{1}{3}$ %.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, im wesentlichen mit der Begründung, dass sie nach dem Verkauf des Tieres nicht mehr Halter gewesen seien und dass der Unfall ausschliesslich auf das eigne Verschulden des Klägers zurückzuführen sei.

C. — Das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen schützte die Klage im Betrage von Fr. 8790.20 nebst 5% Zins seit 1. Januar 1936 und wies sie für den darüber hinausgehenden Betrag ab. Das Kantonsgericht bejahte grundsätzlich die Haftbarkeit der Beklagten in ihrer Eigenschaft als Tierhalter, nahm jedoch ein erhebliches eigenes Verschulden des Klägers an, das eine Reduktion seiner Schadenersatzansprüche um 60% rechtfertige; den gesamten Schaden aus Arzt- und Heilungskosten, Lohnausfall sowie Verminderung der Erwerbsfähigkeit um 33 $\frac{1}{3}$ % veranschlagte es auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens auf Fr. 21,975.55.

D. — Gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 8. Juli 1938 ergriffen die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht, mit dem Antrag, es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage im vollen Umfang abzuweisen, eventuell sei der zugesprochene Betrag erheblich zu reduzieren wegen weitergehenden Verschuldens des Klägers, als das Kantonsgericht angenommen habe.

Der Kläger hat um Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides ersucht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Beklagten haben in der heutigen Verhandlung bestritten, dass eine Tierhalterhaftung überhaupt in Frage komme, da der Eber den Kläger nicht aus eigenem Antrieb, sondern infolge der Beeinflussung durch den

Kläger selber und Alois Kretz angegriffen habe; dass der Kläger verletzt wurde, sei nur möglich gewesen wegen der von ihm selber und Alois Kretz getroffenen fehlerhaften Massnahmen.

Dieser Einwand ist jedoch unstichhaltig. Wohl greift die Haftungsbestimmung des Art. 56 OR nur dort Platz, wo das Tier nicht als willenloses Werkzeug in der Hand des Menschen, sondern als ein aus eigenem Antrieb handelndes Lebewesen einen Schaden herbeigeführt hat; aber eine Beeinflussung durch den Menschen, die das Tier nicht zum blossen Werkzeug macht, sondern seinem eigenen Willen und seiner tierischen Eigenart noch Raum lässt, schliesst die Anwendbarkeit der Tierhalterhaftung noch nicht aus (OSER-SCHÖNENBERGER N. 7 zu Art. 56 OR). Mit einem Fall der letzteren Art hat man es hier aber zu tun: der Eber war nicht blosses Werkzeug, wie es z. B. ein vom Fuhrmann beherrschtes Pferd gespannt ist, sondern er griff den Kläger aus eigenem Antrieb an, nachdem er vorerst durch den Versuch des Klägers und des Alois Kretz, ihn in den Transportgatter zu treiben, gereizt worden war. Dass das Tier zu diesem Angriff nur Gelegenheit hatte, weil die von den beteiligten Menschen getroffenen Dispositionen fehlerhaft waren, berührt die grundsätzliche Frage der Tierhalterhaftung nicht.

2. — Die Beklagten bestreiten weiter, im Zeitpunkt des Unfalles Halter des in Frage stehenden Ebers gewesen zu sein. Sie machen geltend, Halter eines Tieres sei nach Literatur und Judikatur, wer den Nutzen davon habe; das sei hier der Käufer Schmid gewesen, auf den nach Art. 185 Abs. 1 OR mit dem Kaufabschluss Nutzen und Gefahr übergegangen seien.

Auch dieser Auffassung kann jedoch in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht beigeplichtet werden.

Die Haftung des Tierhalters ist eine Haftung auf Grund von gesetzlich überbundenen Sorgfaltspflichten. Sie setzt daher das Bestehen eines Gewaltverhältnisses

über das Tier voraus; denn zur Beobachtung einer bestimmten Sorgfalt kann nur verhalten werden, wer die Möglichkeit hat, die hiezu erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Durch den Kaufabschluss wird nun dem Erwerber eines Tieres trotz dem nach Art. 185 Abs. 1 OR eintretenden Übergang von Nutzen und Gefahr keinerlei Gewalt über das Tier verschafft. Er hat lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Tier gegen den Verkäufer, in dessen Gewalt das Tier auch weiterhin bleibt und der darum bis zur Übergabe auch als dessen Halter zu betrachten ist (vgl. v. TUHR, OR S. 358: Halter ist der Eigentümer, der das Tier verkauft hat).

Zu Unrecht glauben die Beklagten sich demgegenüber darauf berufen zu können, dass es nach der in der Literatur aufgestellten und auch vom Bundesgericht schon verwendeten Umschreibung des Tierhalterbegriffes wesentlich darauf ankommt, wer den Nutzen von einem Tier habe (OSER-SCHÖNENBERGER, N. 9, BECKER, N. 4 zu Art. 56 OR, BGE 58 II 374). Bei der Aufstellung dieser Definition hatte man diejenigen Fälle im Auge, bei denen, wie z. B. im Verhältnis des Dienstherrn und des Knechtes, die Gewalt über ein Tier in der Weise geteilt ist, dass der eine die rechtliche Verfügungsbefugnis über das Tier hat, während die faktische Gewalt, der Gewahrsam, vom andern ausgeübt wird. Auf Grund der Überlegung, dass der Dienstherr in erster Linie an der Existenz des Tieres interessiert sei, weil er den Nutzen von ihm ziehe, wurde unter solchen Umständen die Haltereigenschaft ihm zuerkannt. Dagegen ist wesentlich und darf nicht aus den Augen verloren werden, dass es sich im Gegensatz zu dem hier in Frage stehenden Verhältnis des Verkäufers und des Käufers um die Abgrenzung zwischen zwei Beteiligten handelt, die beide über das Tier eine Gewalt ausüben und daher an sich auch beide als Halter in Betracht kommen könnten.

3. — Waren somit die Beklagten bis zur Übergabe des

Tieres dessen Halter, so fragt sich im weiteren, in welchem Moment die Übergabe vollendet war. Bei der Entscheidung dieser Frage ist davon auszugehen, dass wegen der Eigenart des Tieres die Übergabe nicht einfach dadurch vollzogen werden konnte, dass der Verkäufer dem Käufer das Tier im Stall oder unter der Stalltüre an die Hand gab, sondern dass spezielle Vorkehrungen für die Überleitung des Tieres in den Gewahrsam des Erwerbers nötig waren: Das Tier musste in den vom Käufer, bzw. vom Kläger als dessen Stellvertreter, mitgebrachten Transportgatter verbracht werden. Der Gewahrsam des Käufers war in dem Zeitpunkt erstellt, in welchem das Tier auf den Transportgatter verladen war. Damit war das Gewaltverhältnis zwischen dem Tier und dem Kläger, auf das es hier ankommt, hergestellt.

Dass die Übergabe schon vollzogen gewesen sei mit der Verbringung des Tieres in das Waagegitter und dem Abschluss von dessen Türe, wie die Beklagten behaupten, trifft nicht zu. Das im Waagegitter befindliche Tier befand sich weder im Gewahrsam des Käufers, noch waren ihm damit im Sinne von Art. 922 ZGB die Mittel übergeben, die ihm die Herrschaft über das Tier verschafften. Hievon könnte allenfalls dann gesprochen werden, wenn das Tier, sei es im Stall, sei es auf der Waage, in einen beweglichen Käfig oder dergl. gebracht worden wäre, der dann vom Kläger, wenn auch mit Hilfe eines Angestellten der Beklagten, auf seinen Wagen hätte verladen werden können. Wieso mit der Verbringung des Tieres in das auf der Waage verbleibende Waagegitter dem Kläger die Mittel zur Ausübung der Herrschaft übergeben sein sollten, ist nicht einzusehen.

Da der Kläger von dem Eber gebissen wurde, bevor sich dieser im Transportgatter befand, also vor vollzogener Übergabe, so waren die Beklagten im Zeitpunkt des Unfalls noch Tierhalter, wie die Vorinstanz zutreffend angenommen hat.

4. — Als Tierhalter sind die Beklagten grundsätzlich

schadenersatzpflichtig, sofern sie nicht den in Art. 56 OR vorgesehenen Entlastungsbeweis zu erbringen vermögen, dass sie alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet haben.

Die Vorinstanz hat erklärt, dass sich die Prüfung dieser Frage erübrige, da die Beklagten gar nicht behauptet hätten, irgendwelche Anordnungen über die Wartung des Tieres oder Weisungen für dessen Verlad gegeben zu haben. Mit der Feststellung, dass die Beklagten persönlich nichts vorgekehrt haben, erledigt sich indessen entgegen der Meinung der Vorinstanz die Frage des Entlastungsbeweises noch nicht. Sofern ihr Angestellter Alois Kretz, zu dessen dienstlichen Obliegenheiten auch die Mithilfe beim Verlad des verkauften Ebers gehörte, das Erforderliche vorgekehrt hätte, so könnten sie sich zu ihrer Entlastung darauf berufen. Sie behaupten denn auch, die getroffenen Vorkehrungen seien die üblichen gewesen und hätten zur Verhütung eines Schadens genügt; wenn der Kläger trotzdem von dem Tiere gebissen worden sei, so habe er dies ausschliesslich seinem eigenen Verschulden zuzuschreiben.

Auf Grund der von der Vorinstanz in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Prüfung der Frage des eigenen Verschuldens des Klägers, getroffenen tatsächlichen Feststellungen ergibt sich jedoch, dass die von Alois Kretz getroffenen Massnahmen mit Rücksicht auf die Umstände unzureichend waren, sodass der Entlastungsbeweis als gescheitert bezeichnet werden muss. Wie die Vorinstanz feststellt, ist der Eber ein nicht ungefährliches Tier, das in seinen Hauern eine Waffe besitzt, mit der es einem Menschen schwere Verletzungen beizubringen vermag. Ein Eber ist daher, insbesondere wenn er sich störrisch zeigt, mit Vorsicht zu behandeln, da er in störrischem Zustand auch den Menschen angreift. Diese Tatsachen erforderten bei der Überleitung des Tieres von der Waage in den Transportgatter Vorkehrungen, welche ein Ausbrechen

des schweren und kräftigen Tieres und einen Angriff auf die am Verladen Beteiligten unmöglich machten. Auf jeden Fall war besondere Vorsicht am Platze, als das Tier sich beim ersten Versuch, es von der Waage weiterzutreiben, aufgeregt zeigte. Unter diesen Umständen ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass sich eine feste Verbindung der Waagetüre mit dem Transportgatter, sei es mit einem Seil, sei es mit einem Holzpflock, aufgedrängt hätte, da doch damit gerechnet werden musste, dass das schwere Tier den Transportgatter ohne weiteres wegstossen können und die Kraft eines Mannes nicht ausreichen werde, einen ernstlichen Ausbruchversuch abzuwehren.

5. — Die Haftung der Beklagten wird jedoch gemildert durch das Selbstverschulden des Klägers, der für die fehlerhaften und unzureichenden Anordnungen mitverantwortlich ist, da er nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz als Metzgerknecht im Verlad und Transport solcher Tiere Erfahrung hatte, und zwar die grössere Erfahrung als der Angestellte der Beklagten, der sich mehr auf die Schweinemast als die Schweinezucht verstand. Er hätte sich daher besser als Alois Kretz darüber Rechenschaft geben können, dass eine feste Verbindung in der oben geschilderten Art notwendig sei.

Entgegen der Meinung der Vorinstanz kann dem Kläger dagegen nicht auch zum Verschulden angerechnet werden, dass er sich gegen die vom Eber zurückgedrückte Waagetüre stemmte, wobei er mit dem Knie etwas über die Türe hinaus geriet und so in den Bereich der Hauer des Ebers gelangte. Es ist nämlich in Betracht zu ziehen, dass das Anstemmen des Klägers gegen die Türe lediglich einen Versuch darstellte, den Eber am Ausbrechen zu hindern und so die Folgen der Unterlassung der Vorsichtsmassnahmen abzuwenden. Hiebei hatte der Kläger einen schweren Stand und konnte seine Stellung nicht mehr frei wählen.

Wegen des eigenen Verschuldens des Klägers hat die

Vorinstanz eine Reduktion der Ersatzpflicht der Beklagten um 60% eintreten lassen, und der Kläger hat durch Unterlassung der Berufung diesen Abzug als gerechtfertigt anerkannt. Die Beklagten sind der Auffassung, dass das Verschulden des Klägers die gänzliche Abweisung der Klage, zum mindesten aber eine 60% übersteigende Reduktion der Ersatzpflicht rechtfertige. Das Verschulden des Klägers ist allerdings erheblich; es ist jedoch nicht derart schwerwiegend, dass es die grundsätzliche kausale Haftbarkeit der Beklagten völlig auszuschalten vermöchte. In welchem Umfange die Reduktion zu erfolgen habe, ist eine Ermessensfrage, in der das Bundesgericht keinen Anlass hat, von der Lösung der Vorinstanz abzuweichen, welche die Verhältnisse an Ort und Stelle geprüft hat und daher eher in der Lage war, die einzelnen Faktoren in ihrer Bedeutung für den ganzen Hergang abzuwägen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 8. Juli 1938 wird bestätigt.

63. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 16 novembre 1938 dans la cause Mariéthod contre Banque de Sion, de Kalbermatten & C^{ie}.

Cautionnement. Validité de la clause aux termes de laquelle la caution déclare renoncer au bénéfice de l'art. 503 CO.

Résumé des faits et extrait des motifs :

Isaac Mariéthod, préposé à l'office des poursuites de Sion, a été actionné en exécution d'un cautionnement contenant une clause aux termes de laquelle il déclarait renoncer au bénéfice des art. 500, 503 CO et 303 LP. Il n'a pas excipé de la nullité de cette clause, mais le TF a jugé devoir soulever cette question d'office. L'arrêt contient sur ce point les développements suivants :

L'acte de crédit de 1929 contient, comme on l'a dit, une clause aux termes de laquelle les cautions « déclarent renoncer au bénéfice des art. 500, 503 CO et 303 LP ». Bien que le demandeur n'ait pas excipé dans sa procédure de la nullité de cette disposition, il y a lieu pour le Tribunal fédéral d'examiner d'office la question (RO 45 II p. 551).

Cette question se ramène en réalité au point de savoir si une renonciation par la caution aux droits que lui confère l'art. 503 CO doit être considérée comme contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux droits attachés à la personnalité au sens de l'art. 19 al. 2 CO.

Il est clair tout d'abord que l'ordre public n'est pas intéressé à la réglementation de l'art. 503 CO. Tout au plus pourrait-on se demander si les dispositions de cet article ne doivent pas être tenues pour des règles de droit impératif, en raison de la nature des avantages qu'elles assurent à la caution. Il en serait sans doute ainsi si elles avaient été édictées en vue d'empêcher l'exploitation de l'une des parties par l'autre — exploitation que faciliterait une différence de leurs conditions économiques — ou, plus généralement encore, de prévenir l'aliénation de droits considérés comme inhérents à la personnalité (cf. RO 53 II 320 et 63 II 410). Mais tel n'est en réalité pas le cas. Une simple renonciation aux droits conférés par l'art. 503 CO n'a pas pour conséquence de mettre la caution à la merci du créancier, et si ce dernier en est avantagé, ce n'est toutefois pas au point de choquer le sentiment de la justice. Il en résulte tout simplement en effet que la caution accepte de rester tenue aussi longtemps que le débiteur principal, et il n'y a rien là qui puisse être considéré comme une atteinte aux droits de la personnalité. Aussi bien la loi réglemente, elle-même, les engagements solidaires; elle admet parfaitement que deux personnes signent comme codébiteurs solidaires, tout en convenant entre elles qu'il n'y a que l'une d'elles qui est la véritable débitrice et que l'autre