

non seulement lorsqu'il connaît positivement l'obstacle qui s'oppose à ce qu'il devienne propriétaire, mais encore lorsque, d'après les circonstances, en se conformant aux principes de la loyauté commerciale et avec un degré d'attention convenable, il doit admettre que son acquisition est contraire au droit. En d'autres termes, la bonne foi est exclue quand l'acte d'acquisition repose sur une négligence grave et inexcusable, consistant, soit dans un manque d'attention extraordinaire, soit dans une insouciance coupable du droit d'autrui.

Si l'on applique ce criterium aux circonstances de la cause actuelle on acquiert la conviction que L. Hayoz n'a pas agi de bonne foi. Il soutient, il est vrai, que le prix du bétail acheté correspondait à la valeur réelle de celui-ci et devait, d'après ce que lui aurait dit Jemmy, servir à payer le bailleur.

Mais, sur ces deux points de fait, les instances cantonales se sont prononcées définitivement dans un sens opposé aux affirmations de Hayoz. En outre, même s'ils étaient établis et qu'on pût en conclure que Hayoz ne devait pas prévoir que la vente causerait un préjudice immédiat au bailleur, il n'en demeurerait pas moins certain — et cela suffit pour exclure sa bonne foi — qu'il a connu ou dû connaître le caractère clandestin du déplacement de bétail opéré par Jemmy. Il connaissait la situation obérée de celui-ci et spécialement sa situation vis-à-vis du bailleur, il savait que le bail avait encore une durée de plusieurs années, que Jemmy, en lui vendant huit vaches, se dessaisissait d'un seul coup de presque tout son bétail et serait dans l'impossibilité de continuer l'exploitation normale de sa ferme; il ne pouvait pas ignorer les objections que le bailleur aurait à faire à cette vente; tout cela devait lui faire considérer l'opération comme suspecte, faite en cachette du bailleur et en violation de son droit de rétention. Dans ces circonstances, L. Hayoz a tout au moins commis une négligence grave et inexcusable consistant dans une insouciance coupable du droit d'autrui. La bonne foi étant ainsi exclue et la clandestinité du déplacement établie, c'est avec raison que la Cour d'appel de Fribourg a confirmé le

jugement de première instance allouant à G. Pontet ses conclusions en réintégration du bétail vendu.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg, du 4 juin 1895, maintenu dans son entier quant au fond et quant aux dépens.

112. Urteil vom 22. Juli 1895 in Sachen
Stirnemann gegen Ackermann.

A. Durch Urteil vom 20. April 1895 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt: Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger 4260 Fr. 90 Cts. samt Zins zu 4 % seit 1. August 1891 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, es sei der Kläger mit seiner Klage des gänzlichen abzuweisen, und zwar sowohl aus formellen wie materiellen Gründen, eventuell sei die in der Antwort compensando vorgeschützte Konvention vom 14. Oktober zu schützen und die beklagte Abrechnung gutzuheissen; weiter eventuell, d. h. für den Fall der Abweisung dieses Berufungsbegehrens, seien dem Beklagten Stirnemann durch das Urteil des Bundesgerichts entweder in Form eines Dispositivs oder eventuell wenigstens in den Erwägungen alle Rückgriffsrechte auf die klägerischen Rechtsvorgänger, Gut und Staffelbach in Luzern, zu wahren.

Bei der heutigen Hauptverhandlung wiederholt der Anwalt des Berufungsklägers diese Anträge. Der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 25. April 1889 trat Schürch-Himmel dem Beklagten einen Kaufforderungstitel von 14,110 Fr. nebst Zins zu 4 %

seit 1. August 1888 um den Preis von 14,000 Fr. plus Zins ab, wobei vereinbart wurde, daß 10,000 Fr. und Zins in baar und 4000 Fr. am 1. August 1891 ohne Zins bezahlt werden sollten, gegen den Nachweis, daß die von Schürch gegenüber dem Schuldner des Forderungstitels übernommene Haftung für allfällige Geschäftsrisiken erloschen sei. Auf die vereinbarte Baarzahlung von 10,000 Fr. leistete Stirnemann jedoch nur 7974 Fr. 80 Cts. Schürch, der wegen des Rückstandes beunruhigt gewesen zu sein scheint, machte am 21. Mai 1889 beim Bezirksamt Aarau eine Strafanzeige wegen Unterschlagung, wobei er unrichtigerweise behauptete, er habe dem Stirnemann einen Werttitel von 68,000 Fr. übergeben und dafür eine Abtretungsurkunde mit der Bemerkung „Gegenwert erhalten“ unterzeichnet; Stirnemann habe nun den Titel veräußert, aber ihm den Gegenwert nicht abgeliefert. Wegen dieser unrichtigen Strafanzeige erhob Stirnemann gegen Schürch Straf- und Zivilklage, worauf das Obergericht des Kantons Aargau am 7. März 1890 erkannte:

1. Schürch-Himmel habe sich des Vergehens der falschen Anklage im Sinne des § 165 des Strafgesetzes, sowie des § 1 litt. a des Ergänzungsgesetzes betreffend die Strafrechtspflege von 1886 schuldig gemacht.

2. Derselbe werde dafür zu einer Gefängnisstrafe von 8 Tagen und zu einer Buße von 200 Fr. verurteilt.

3. Schürch-Himmel habe die Gerichtskosten zu tragen und dem Kläger Stirnemann dessen Parteikosten mit 62 Fr. 60 Cts. zu ersetzen.

4. Derselbe habe dem Stirnemann eine Aversalentschädigung von 1500 Fr. zu bezahlen.

5. Es sei dem Stirnemann gestattet, das Urteilsdispositiv in den beiden Tagesblättern von Aarau, „Aargauer Tagblatt“ und „Aargauer Nachrichten“, zu publizieren.

6. Die Kosten der Rekursinstanz seien unter den Parteien wettgeschlagen.

Die von Stirnemann gegen dieses Urteil ergriffene Berufung wurde durch Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juni 1890 unter Auflage der Kosten an Stirnemann, sowie einer Parteientschädigung von 150 Fr. zu Gunsten des Schürch, abgewiesen.

Am 14. Oktober 1890 schlossen sodann Schürch und Stirnemann in Luzern folgende Konvention bezüglich des obergerichtlichen Urteils vom 7. März gleichen Jahres ab:

1. Schürch zahlt dem Stirnemann für den Verzicht auf die Publikation und die Zustimmung zur Begnadigung 1500 Fr. Diese Summe wird mit dem Guthaben des H. Schürch an H. Stirnemann kompensiert.

2. Stirnemann verpflichtet sich, die Publikation des Urteils zu unterlassen und seine Zustimmung zu dem von Schürch an den Großen Rat des Kantons Aargau gerichteten Begnadigungsgesuch zu erteilen.

3. (Betrifft Vorbehalt der Rechte Stirnemanns gegen das Bezirksamt Aarau).

4. Sollte der Große Rat des Kantons Aargau die dem Schürch auferlegte Gefängnisstrafe nicht erlassen, so wird die Entschädigung auf 1000 Fr. reduziert. Die Bestimmung betreffend Verzicht auf die Publikation bleibt jedoch in Kraft.

In der Folge wurde nun das Begnadigungsgesuch von Schürch dem Großen Räte eingereicht, und Stirnemann richtete an den letztern eine Eingabe, in der er erklärte, daß er gegen den Erlaß der Gefängnisstrafe auf dem Gnadenwege nichts einzuwenden habe. In der Tat erließ der Große Rat dem Schürch die Gefängnisstrafe. Bald nachher gereute aber den Schürch die Konvention, und er stellte daher beim aargauischen Obergericht das Begehren, Stirnemann sei zu veranlassen, auf diese Konvention zu verzichten und überdies nach Maßgabe des Gesetzes über die Beaufsichtigung der Anwälte und Notare zu bestrafen. Das Obergericht beschloß jedoch, es sei auf die Beschwerde wegen mangelnder Kompetenz nicht einzutreten, da Stirnemann dabei als Privatmann und nicht als Notar gehandelt habe. Am 14. März 1891 geriet Schürch-Himmel in den Konkurs. In demselben machte der Beklagte eine Forderung von 100 Fr. für Prozeßkosten geltend mit dem Bemerkten, er sei früher mit dem Geltstager in einem Rechtsverhältnis gestanden, welches aber schon am 22. November 1890 seine endgültige Erledigung gefunden habe. Am 15. Oktober 1891 wurden auf ergangene Publikation im Konkurs Schürchs öffentlich versteigert „zwei im Streite lie-

gende Forderungen des Konkursiten“, worunter eine solche auf Notar Stirnemann von circa 1675 Fr. Diese Forderung ersteigerte für 10 Fr. J. Gut-Schnyder, Anteilhaber der Kollektivgesellschaft Gut und Staffelbach in Luzern. Am 18. Januar 1891 traten Gut und Staffelbach die ersteigerte Forderung an die Ehefrau Schürch-Himmel ab, und am 2. Juni 1892 cedierte diese die Forderung an den heutigen Kläger. In der Abtretungsurkunde ist gesagt, die Forderung betrage 4260 Fr. 90 Cts., eventuell 2760 Fr. 90 Cts. (eventuell ab 1500 Fr. Betrag der Konvention vom 14. Oktober 1890 mit Stirnemann), nebst Zinsen à 4 % seit 1. August 1891. Gestützt auf diese Abtretung stellte Ackermann mit Klageschrift vom 17. September 1892 beim Bezirksgericht Aarau gegen Stirnemann das Begehren, es sei derselbe zu verurteilen, ihm 4260 Fr. 90 Cts. samt Zins zu 4 % seit 1. August 1891 zu bezahlen. Dabei bemerkte Kläger, die Forderung Schürchs an den Beklagten betrage eigentlich 5172 Fr. 60 Cts., da jedoch dem Kläger nur 4260 Fr. 90 Cts. nebst Zins abgetreten seien, so klage er für einmal nur diesen Betrag ein, behalte sich jedoch vor, die Mehrforderung entweder selbständig geltend zu machen, oder bei allfälligen Verrechnungsversuchen des Beklagten zu kompensieren. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und führte dafür im wesentlichen an: Nach Abrechnung der vom Beklagten am 27. Mai 1889 während der Strafuntersuchung, jedoch unter Vorbehalt eines Retentionsrechts für die Schadenersatzforderung desselben deponierten 1955 Fr. habe er dem Schürch noch einen Saldo von 4000 Fr. nebst Zins zu 4 % seit 1. August 1891 geschuldet, sowie eine Prozeßentschädigung von 150 Fr. laut bundesgerichtlichem Urteil, welche aber bezahlt sei. Dagegen schulde ihm Schürch 62 Fr. 60 Cts. Gerichtskosten laut dem oben angeführten obergerichtlichen Urteil und 1500 Fr. Entschädigung laut dem gleichen Urteil. Der hienach zu Gunsten Schürchs sich ergebende Saldo von 2437 Fr. 40 Cts. sei getilgt durch die Konvention vom 14. Oktober 1890. Durch diese Konvention sei jede An- und Gegenforderung compensando ausgeglichen worden. Die ausstehenden 2437 Fr. 40 Cts. seien beim Abschluß jener Konvention auf rund 1500 Fr. gewerthet worden; daher rühre die Bestimmung der Konvention,

daß die Forderung Schürchs durch Verrechnung mit der Abfindungssumme von 1500 Fr. erloschen sei. Beklagter habe die durch die Konvention übernommenen Verpflichtungen erfüllt. Schürch sei also zur Zeit des Konkursausbruches nicht mehr Gläubiger des Beklagten gewesen. Im Konkursprotokoll sei auch eine Forderung Schürchs an ihn nicht vorgemerkt. Die Aktivlegitimation des Klägers werde bestritten; denn im Konkurse Schürchs haben nicht Gut und Staffelbach, sondern Gut-Schnyder die angebliche Forderung auf den Beklagten erworben. Eine Forderung von 4260 Fr. auf den Beklagten habe daher von Gut und Staffelbach gar nicht auf Frau Schürch und von letzterer an den Kläger übergehen können. Zudem sei eine Forderung nur dann vorhanden, wenn sie dem Betrage nach bestimmt sei; ebenso könne eine Abtretung nur für einen bestimmten Betrag erfolgen. Nun sei aber in der Abtretung vom 18. Januar 1891 an Frau Schürch kein Betrag ausgesetzt und in derjenigen an den Kläger schwanke derselbe zwischen 4260 Fr. und 2760 Fr. Die Gültigkeit der Abtretung werde daher auch aus diesem Grunde bestritten. Endlich machte der Beklagte noch geltend, er habe im Konkurse Schürchs das Geschäftsbureau Gut und Staffelbach beauftragt, ihm von den Konkurssteigerungen sofort Kenntnis zu geben. Diesen Auftrag haben Gut und Staffelbach angenommen, aber nicht erfüllt, er mache dieselben daher für allen Schaden verantwortlich, der ihm aus ihrem auftragswidrigen Verhalten erwachsen sei. In der Replik machte der Kläger geltend: Die 1955 Fr. können von der Forderung nicht in Abrechnung kommen, da die Deposition schuldiger Gelder keine Zahlung sei. Die Gültigkeit der Konvention vom 14. Oktober 1890 werde nicht anerkannt, da sich der Beklagte dabei des Wuchers schuldig gemacht habe, und weil überdies Schürch sich zur Zeit des Abschlusses derselben in einem derartig aufgeregten Zustande befunden habe, daß seine Willensfreiheit aufgehoben gewesen sei. Die vom Beklagten im Konkurse Schürch eingegebene Forderung werde bestritten. Die Abtretung der Forderung an Frau Schürch sei von Gut und Staffelbach im Auftrage Gut-Schnyders erfolgt. Die Summe, welche der Beklagte dem Schürch schuldet, betrage 5173 Fr. 60 Cts. Dieser Betrag sei dem Kläger abgetreten. Mit den

4260 Fr. 90 Cts. habe er also 920 Fr. zu wenig eingeklagt. Mit der Replik reichte der Kläger eine Bescheinigung von Gut-Schnyder und von Gut & Cie., Nachfolger von Gut und Staffelbach, ein, daß die im Konkurse des Schürch auf Stirnemann erworbene Forderung im Auftrage des Gut-Schnyder an Frau Schürch abgetreten worden sei, ferner eine Bescheinigung des Massaverwalters, daß das ganze Guthaben auf Stirnemann auf die Steigerung gebracht worden sei, aber nicht genau habe festgestellt werden können, wie hoch sich dasselbe belaufe, weshalb dasselbe mit circa 1675 Fr. benannt worden sei. In der Duplik hielt der Beklagte an seinem in der Antwort eingenommenen Standpunkte fest.

2. Daß die Klage gutheißende Urteil der Vorinstanz beruht im wesentlichen auf folgender Begründung: Die Aktivlegitimation des Klägers sei hergestellt. Abgesehen davon, daß der Beklagte auf Seite 195 der Prozedur den Übergang der Forderung von Gut-Schnyder an Gut und Staffelbach selbst zugebe, gehe aus der Darstellung der Klage in Verbindung mit dem oben angeführten Zeugnis hervor, daß Gut und Staffelbach Namens und für Gut-Schnyder die Forderung auf den Beklagten in durchaus rechtsgültiger Weise, an Frau Schürch abgetreten haben. Ebenso unbegründet sei die Einwendung des Beklagten, die Abtretung sei ungültig, weil die Forderung nicht dem Betrage nach bestimmt sei. Gerade bei Konkursen und solchen Steigerungen werden die dubiosen Forderungen ohne Angabe ihrer Höhe versteigert. In der Hauptsache ergebe sich aus den Akten, daß der Beklagte noch 5172 Fr. 60 Cts. schulde. Allerdings behaupte derselbe, die bundesgerichtliche Entschädigung von 150 Fr. an Schürch bezahlt zu haben; im übrigen wende er aber gegen die klägerische Aufstellung als solche nichts ein. Die Einrede, daß diese Schuld durch die Konvention vom 14. Oktober 1890 getilgt worden, sei nicht begründet. Durch diese Konvention sei nicht eine Ausrechnung über die sämtlichen gegenseitigen finanziellen Beziehungen abgeschlossen worden, sondern dieselbe beschränke sich auf die Feststellung des dem Beklagten zu leistenden Ersatzes für die Modifikation der Dispositive 2 und 5 des obergerichtlichen Urteils. Allein nicht einmal die Kompensation dieses Betrages von 1500 Fr. sei zulässig.

Abgesehen davon, daß die ausbedungene Zahlung von 1500 Fr. in keinem auch nur annähernd richtigen Verhältnis zu den Leistungen Stirnemanns stehe, sowie von der Frage, in welchem geistigen Zustande Schürch sich bei Abschluß der Konvention befunden habe, erweise sich der Inhalt derselben als ein unerlaubter, gegen die guten Sitten verstößender. Wenn dem Beklagten zur Wahrung seiner persönlichen Ehre gestattet worden sei, das Strafurteil gegen Schürch auf dessen Kosten zu veröffentlichen, so stehe es in seinem Belieben, davon Gebrauch zu machen oder nicht. Allein es widerspreche den guten Sitten, wenn sich der Beklagte, zu der Entschädigung von 1500 Fr. für tort moral und geschäftlichen Schaden, für die Unterlassung der Publikation weitere 1500 Fr. bezahlen lasse. In höherem Grade gelte dies bezüglich der Zustimmung zum Wagnadigungsgefuche des Schürch.

3. Was zunächst die Aktivlegitimation des Klägers anbetrifft, so ist sie als vorhanden anzusehen. Die Vorinstanz hat den Beweis als geleistet erklärt, daß Gut und Staffelbach im Auftrage des Gut-Schnyder die von letzterem im Konkurse Schürch erzielte Forderung an Frau Schürch abgetreten haben, und diese Annahme ist für das Bundesgericht verbindlich, da sie weder gegen Vorschriften des eidgenössischen Rechts noch gegen die Akten verstößt. Damit muß aber die Abtretung an Frau Schürch als gültig betrachtet werden; zur Abtretung dieser Forderung war keineswegs erforderlich, daß die Ermächtigung des Cedenten zur Verfügung über dieselbe aus der Abtretungsurkunde selbst ersichtlich sei; es genügte, daß die Vollmacht seitens des Forderungsberechtigten überhaupt eingeräumt war, und dies ist nach der Feststellung des kantonalen Urteils, wie bemerkt, der Fall.

4. Ebenso unbegründet, wie die Bestreitung der Aktivlegitimation des Klägers, ist die Behauptung des Beklagten, die Abtretung entbehre der rechtlichen Gültigkeit, weil eine Forderung nur dann vorhanden sei, wenn sie dem Betrage nach bestimmt sei, und eine Abtretung nur für einen bestimmten Betrag erfolgen könne. Die bestimmte Angabe des Inhalts und Umfangs der Verpflichtung ist nach Obligationenrecht, wie überhaupt nach modernem Recht nur beim Wechsel und ähnlichen Forderungspapieren erforderlich; sonst genügt die bloße Bestimmbarkeit des Inhalts und Betrages

der Verpflichtung. Ebenso ist für die Abtretung nicht durchaus notwendig, daß der Betrag der Forderung feststehe. Bei Schadenersatzforderungen wird in der Regel vor deren Feststellung durch Parteivereinbarung oder gerichtliches Urteil der Betrag unbestimmt sein, und doch kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch solche zweifelhafte oder bestrittene Forderungen vor ihrer gerichtlichen Feststellung abgetreten werden können; denn Art. 183 D.-R., welcher die Abtretbarkeit der Forderungen normiert, enthält keine Beschränkung in dieser Richtung. Zweifelhaftigkeit oder Bestrittenheit der Forderung ist sonach kein Hindernis der Cession. Es ist daher durchaus unerheblich, daß weder bei der konkursamtlichen Steigerung der streitigen Forderung, noch bei deren Abtretung an Frau Schürch und später an den Kläger deren Betrag nicht, resp. nicht genau, angegeben worden ist.

5. Die weitere Behauptung des Beklagten, die eingeklagte Forderung sei nicht unter die Konkursaktiven aufgenommen worden, wird widerlegt durch das bei den Akten befindliche Konkurssteigerungsprotokoll. Allerdings ist dieselbe in dem sogenannten Aufrechnungsprotokoll nicht enthalten, allein dies schließt nicht aus, daß sie nachträglich zu der Konkursmasse gezogen worden ist, und dies ist eben durch das Steigerungsprotokoll bewiesen.

6. Daß nun die Forderung des Schürch an den Beklagten, abgesehen von der Konvention vom 14. Oktober 1890, sich mindestens auf den eingeklagten Betrag von 4260 Fr. 90 Cts. beläuft, ist durch die Akten, insbesondere durch die eigene Aufstellung des Beklagten in den Akten der Strafuntersuchung gegen Schürch, vollständig bewiesen. Daß durch diese Konvention nicht etwa, wie der Beklagte behauptet, die ganze Forderung Schürchs getilgt worden ist, hat bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt. In dieser Konvention ist der Betrag dieser Forderung nicht angegeben, sondern einfach stipuliert, Schürch zahle dem Beklagten für den Verzicht auf die Publikation und die Zustimmung zur Begnadigung 1500 Fr., und diese Summe werde mit dem Guthaben des erstern kompensiert. Daß aber diese Bestimmung ihrem Wortlaute nach nicht anders verstanden werden kann, als daß die Summe von 1500 Fr. mit dem Guthaben Schürchs, so weit sie reiche, kompensiert werde, ist ohne weiteres klar. Auch die Behauptung des Beklagten, die Forderung Schürchs sei da-

mals bereits auf 2437 Fr. 40 Cts. reduziert gewesen, und diese Forderung sei bei Abschluß der Konvention auf 1500 Fr. gewertet worden, entbehrt jedes Beweises. Allerdings hat der Beklagte während der Strafuntersuchung gegen Schürch den Betrag von 1953 Fr. gerichtlich deponiert, sich aber dabei ausdrücklich ein Retentionsrecht an diesem Depostum für die ihm zuzusprechende Schadenersatzsumme vorbehalten, und gerade dieser Vorbehalt war der Grund, warum der Betrag nicht an Schürch bezahlt, sondern deponiert wurde; daß derselbe nachträglich dem Schürch zugekommen sei, ist nicht erwiesen, vielmehr nach den Akten die Annahme vollauf begründet, daß der Beklagte ihn selbst wieder zurückgezogen habe.

7. Fragt sich im weitern, ob in Folge der Konvention vom 14. Oktober 1890 die Forderung Schürchs an den Beklagten wenigstens teilweise, nämlich im Betrag von 1500 Fr., getilgt worden sei, so hängt dies davon ab, ob diese Konvention an einem Mangel leide, welcher dieselbe nichtig erscheinen läßt, oder doch den Schürch berechtigt, deren Verbindlichkeit abzulehnen. Was nun zunächst die Behauptung des Klägers anbetrifft, Schürch sei vom Beklagten durch Betrug zum Abschluß jener Konvention verleitet worden, und letzterer habe sich dabei auch des Buchers schuldig gemacht, so fällt dieselbe schon deswegen außer Betracht, weil der Kläger diese Einreden in keiner Weise substantiiert und unter Aufstellung bestimmter Beweisthemata zum Beweise verstellt hat. Schon die erste Instanz hat bezüglich derselben nicht auf Beweis erkannt und Kläger hat sich hierüber in der zweiten kantonalen Instanz nicht beschwert. Es bleibt daher nur zu prüfen, ob die Konvention wegen Unfittlichkeit des Geschäfts oder wegen Handlungsunfähigkeit Schürchs zur Zeit ihres Abschlusses unverbindlich sei. In ersterer Hinsicht ist klar, daß weder die vom Beklagten noch die von Schürch versprochenen Leistungen an sich unfittlich sind. Allein dies ist nicht entscheidend, um die Unfittlichkeit des Geschäfts zu verneinen; denn unfittlich sind nicht bloß diejenigen Geschäfte, in denen direkt Unfittliches versprochen, sondern auch solche, wo ein Vermögensvorteil zu dem Zwecke ausbedungen und gewährt wird, um Unfittliches hervorzurufen und u fördern. Insbesondere erscheinen auch solche Vereinbarungen als unfittlich, durch welche aus gewinnstüchtigen Motiven mittelst

Versprechens eines Lohnes Entschlüsse erwirkt werden sollen, die nur der Ausdruck eigener freier Überzeugung sein dürfen (Siehe Dernburg, Pandekten, II, S. 48, 4. Aufl.; Kohler, Archiv für bürgerliches Recht, V, S. 161 ff.; Bundesgerichtliche Entscheidungen, Amtliche Sammlung XX, S. 611, Erw. 5 f.). Dabei kann auch nichts darauf ankommen, von welcher Partei die Initiative zum Abschluß eines solchen Geschäftes ausgegangen ist. Fragt sich daher, ob die Leistungen, zu welchen sich der Beklagte durch die Konvention verpflichtet hat, nach den heutigen sittlichen Anschauungen nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäftes sein können, so trifft dies unbedingt bezüglich der Zustimmung zur Begnadigung zu. Es ist zwar selbstverständlich erlaubt, daß Jemand, z. B. ein Anwalt, gegen Bezahlung einem Verurteilten ein Begnadigungsgesuch anfertigt und in dessen Namen einreicht, allein unsittlich wäre offenbar ein Geschäft, durch welches ein Mitglied der zur Begnadigung zuständigen Behörde sich gegen Entgelt verpflichten würde, das Begnadigungsgesuch zu befürworten oder gar für dasselbe zu stimmen. Das Gleiche muß aber auch gesagt werden bezüglich Verträgen des Begnadigungs-petenten, durch welche dritte Personen demselben gegen Belohnung ihre Hilfe zur Erwirkung der Begnadigung versprechen, denn für den Entscheid über die Begnadigung soll ausschließlich die freie gewissenhafte Erwägung der Sachlage maßgebend sein. Nun ist klar, daß die Zustimmung des Beklagten zur Begnadigung, wenn sie auch ohne Zweifel kein Erfordernis derselben war, nur zu dem Zwecke dem Großen Räte erklärt werden sollte, um dadurch auf denselben einen Einfluß zu Gunsten des Petenten auszuüben. Es ist somit der Vorinstanz darin beizupflichten, daß dem Beklagten aus der Konvention vom 14. Oktober 1890, soweit er dadurch seine Zustimmung zur Begnadigung gegen Entgelt versprochen hat, keine Forderung erwachsen, sondern das Geschäft ein unsittliches und daher nichtig ist.

8. Die Frage, ob die Konvention auch insoweit nichtig sei, als dieselbe ein Entgelt für den Verzicht auf die Publikation des Urteils vom 7. März 1890 gewährte, hängt von dem rechtlichen Charakter der dem Beklagten durch jenes Urteil eingeräumten Publikationsbefugnis ab. Muß nämlich der Publikationsbefugnis der Charakter nicht einer Strafe, sondern einer Privatgenugtuung,

also eines civilrechtlichen Anspruches, beigezessen werden, so kann nicht gesagt werden, daß der entgeltliche Verzicht auf dieselbe ein unsittliches Geschäft sei. Daß ein solcher Verzicht nur der Ausdruck eigener freier Überzeugung sein und nicht durch Gewährung eines Entgelts bewirkt werden dürfe, ist eine unbegründete Annahme; denn es liegt durchaus kein Grund vor, den entgeltlichen Verzicht auf ein solches Recht anders zu behandeln, als den entgeltlichen Verzicht auf ein Klagrecht, insbesondere auf eine Strafklage, und nun kann ein begründeter Zweifel nicht obwalten, daß nach den Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes der Empfang eines sogenannten Schweigegeldes nicht als unsittlicher Erwerb gelten, sondern ein solches Geschäft nur nach Maßgabe von Art. 27 Abs. 2 D.-R. angefochten werden kann. Nun kann der dem Beklagten durch das obergerichtliche Urteil eingeräumten Publikationsbefugnis nach aargauischem Recht der Charakter einer Strafe nicht beigezessen werden. Gestützt auf welche Gesetzesbestimmung dieselbe ausgesprochen worden sei, geht aus dem Urteil nicht hervor; ohne Zweifel gilt aber auch im Kanton Aargau der Grundsatz, daß der Richter nur auf solche Strafen erkennen kann, welche das Gesetz für das betreffende Delikt ausdrücklich vorsieht und zulässig erklärt. Nun findet sich die Publikation des Strafurteils weder im peinlichen Strafgesetzbuch noch im Zuchtpolizeigesetz, noch in dem Ergänzungsgesetz dazu unter den zulässigen Strafen, und zwar weder im Kapitel über die Strafarten, noch im speziellen Teile bei irgend einem Verbrechen oder Vergehen, insbesondere nicht bei demjenigen der falschen Anklage. Dagegen enthalten beide Gesetze die Bestimmung, daß in dem Strafurteile nebst der Strafe auch über Genugtuung, Schadens- und Kostenersatz zu erkennen sei. Danach kann aber nach aargauischem Rechte die dem Verletzten eingeräumte Publikationsbefugnis nur als Privatgenugtuung betrachtet werden. Mit dieser Auffassung stimmt die Erwägung im obergerichtlichen Urteil vom 7. März 1890 überein, wo zur Begründung der Reduktion der Entschädigung von 5000 Fr. auf 1500 Fr. gesagt wird, den berechtigten Interessen des Stirnemann sei durch das Urteil, welches die nicht unempfindliche Bestrafung des Schürch und zugleich auch die Veröffentlichung des daherigen Erkenntnisses

verfüge, in einer Weise Rechnung getragen, welche dem Kläger eine größere Befriedigung gewähren müsse, als sie der Zuspruch einer Geldentschädigung gewähren könnte. Auch das Urteil vom 20. April 1895 kann zu keiner andern Auffassung führen; denn auch in diesem ist der Publikationsbefugnis in keiner Weise die Natur einer Strafe beigelegt. Hienach muß die Konvention, vorbehaltlich der in letzter Linie zu prüfenden Einrede der Handlungsunfähigkeit Schürchs, insoweit als gültig erklärt werden, als Schürch damit ein Entgelt für die Unterlassung der Publikation des Strafurteils versprach. Dieser Entgelt beträgt jedoch nach dem klaren Inhalt der Konvention nicht 1500 Fr., sondern bloß 1000 Fr.

9. Die Einrede, Schürch sei beim Abschluß der mehrerwähnten Konvention nicht handlungsfähig gewesen, wird vom Kläger damit substantiiert, daß er behauptet, Schürch habe sich zu jener Zeit in einem derart geistig aufgeregten Zustande befunden, daß seine Willensfreiheit in hohem Grade beschränkt, ja sogar aufgehoben gewesen sei. Nach Art. 31 D.-R. sind gänzlich vertragsunfähig diejenigen Personen, welche keinen bewußten Willen haben oder des Vernunftsgebrauchs beraubt sind, so lange dieser Zustand dauert. Wie nun aus dem vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „des Vernunftsgebrauchs beraubt“ hervorgeht, müssen die krankhaften Störungen der Geistestätigkeit, sowie die abnormen körperlichen Zustände in einem Grade vorhanden sein, wodurch die freie Willensbestimmung ausgeschlossen und nicht etwa bloß beschränkt ist. Daß aber beim Abschluß der Konvention die Geistestätigkeit Schürchs in einem solchen Grade gestört gewesen sei, kann nach den Akten nicht angenommen werden. Positive Tatsachen, die eine solche Annahme begründen würden, sind vom Kläger nicht angeführt worden; seine Behauptung hat denn auch offenbar nicht den Sinn, daß Schürch speziell am 14. Oktober 1890 im Zustande der Willensunfreiheit sich befunden habe, sondern er will dartun, daß dieser Zustand überhaupt zu jener Zeit, vor und nach jenem Tage allgemein bei Schürch vorhanden gewesen sei. Dies ergibt sich namentlich daraus, daß er sich auf das von Dr. Beyer in der Strafuntersuchung gegen Schürch abgegebene Zeugnis beruft, welches lediglich dahin geht, Schürch befände sich seit längerer Zeit in einem Zustande nervöser Erregung, einer Über-

reizung des Nervensystems infolge Anstrengung und vielfacher Unannehmlichkeiten, u. s. w. Schürch ist dann bekanntlich trotz dieses Zeugnisses der falschen Anklage schuldig erklärt worden. Dazu kommt, daß derselbe anlässlich seines dem Obergericht eingereichten Gesuches um Ungültigerklärung der Konvention seine Willensfreiheit und Handlungsfähigkeit gar nicht in Abrede stellte, während es doch auf der Hand gelegen hätte, diese Behauptung aufzustellen, wenn dieselbe wirklich tatsächlich begründet gewesen wäre. Schließlich geht aus den Akten hervor, daß Schürch bis zu seinem Konkursausbruche im Dezember 1890 seine Geschäfte fortwährend selbst besorgt hat, ohne daß auch nur der Versuch gemacht worden wäre, ihn zu bevormunden, während dies doch unzweifelhaft geschehen wäre, wenn er sich in einem länger dauernden Zustande der Willensunfreiheit befunden hätte. Alle diese Tatsachen ergeben zur Genüge, daß von einer derartigen Willensunfreiheit Schürchs, welche nach dem Gesetze die von ihm abgeschlossene Konvention als nichtig erscheinen ließe, nicht gesprochen werden kann. Kläger hat denn auch heute das Beweis-anerbieten nicht wiederholt, beziehungsweise keinen Antrag auf Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils gestellt.

Nach dem Gesagten erscheint die Klage begründet in dem geltend gemachten Betrage von 4260 Fr. 90 Cts., nebst Zins zu 4 % seit 1. August 1891, abzüglich eines Betrages von 1000 Fr., den der Rechtsvorgänger Schürch dem Beklagten auf Grund der Konvention vom 14. Oktober 1890 für den Verzicht auf die Publikation des Strafurteils wegen falscher Anklage schuldig geworden ist. Wenn klägerischerseits geltend gemacht worden ist, die Forderung an den Beklagten belaufe sich nicht bloß auf den eingeklagten Betrag von 4260 Fr. 90 Cts., sondern auf 920 Fr. mehr, als eingeklagt sei, und es werde eventuell die Kompensation mit diesem nicht eingeklagten Mehrbetrag verlangt, so mag dahin gestellt bleiben, ob das Guthaben Schürchs an den Beklagten mehr als die eingeklagte Summe betrage, und ob Frau Schürch, die Gedinin des Klägers, berechtigt wäre, den Mehrbetrag gegen den Beklagten geltend zu machen; denn dem Kläger ist nur der Betrag von 4260 Fr. 90 Cts. abgetreten worden, und zwar laut der Abtretungsurkunde mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß an dieser Summe eventuell der Be-

trag von 1500 Fr. laut Konvention vom 14. Oktober 1890 abzurechnen sei. Danach muß sich Kläger diese Abrechnung, soweit sie nach dem Gefagten zulässig ist, an dem eingeklagten Betrag gefallen lassen. Selbstverständlich bleibt dem Berechtigten vorbehalten, den Mehrbetrag selbständig gegen den Beklagten geltend zu machen.

10. Beklagter hat endlich eventuell noch das Begehren gestellt, daß ihm entweder in Form eines Dispositivs oder wenigstens in den Erwägungen alle Rückgriffsrechte auf die klägerischen Rechtsvorgänger Gut und Staffelbach in Luzern gewahrt werden; demselben kann jedoch schon aus dem formellen Grunde nicht entsprochen werden, weil es vor den kantonalen Gerichten nicht gestellt worden, und daher gemäß Art. 80 D.-G. in der bundesgerichtlichen Instanz ausgeschlossen ist. Beklagter hat lediglich in der Klagebeantwortung erklärt, er mache Gut und Staffelbach, gestützt auf Art. 392 ff. D.-R., für allen Schaden verantwortlich, der ihm aus der Nichtausführung des ihnen im Konkurse Schürch erteilten Auftrages erwachse. Bei dieser Erklärung hat es selbstverständlich sein Verbleiben, wie es sich ferner von selbst versteht, daß die Rechte des Beklagten an Gut und Staffelbach durch den Entscheid des gegenwärtigen Prozesses, an welchem letztere nicht als selbständige Partei teilgenommen haben, nicht berührt werden. Immerhin ist zu bemerken, daß sich der Beklagte in einem allfälligen selbständigen Prozeß gegenüber Gut und Staffelbach nicht darauf berufen könnte, daß er dem Schürch nichts mehr schuldig gewesen sei; alle Einwendungen gegen die Existenz der vom Kläger geltend gemachten Forderung hatte er in diesem Prozesse vorzubringen und wäre daher mit denselben in einem allfälligen gegen Gut und Staffelbach anzuhaltenden Prozesse ausgeschlossen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird teilweise als begründet erklärt, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau dahin abgeändert, daß der Beklagte verurteilt wird, dem Kläger 3260 Fr. 90 Cts. nebst Zins zu 4 % seit dem 1. August 1891 zu bezahlen.

113. Arrêt du 22 juillet 1895 dans la cause
Compagnie d'assurance « Le Soleil-Sécurité générale, »
contre Cosandey & consorts.

A. Le 9 janvier 1893, Daniel-Samuel Pidoux, à Treyco-vagnes, a fait à la Compagnie « Le Soleil » une proposition d'assurance individuelle contre les accidents, demandant entre autres qu'une indemnité de 5000 francs lui fût garantie en cas de décès, moyennant une prime annuelle de 50 francs. Cette proposition indique que Pidoux est marié et père de six enfants. Elle renferme la clause finale suivante : « La présente proposition, de même que ma déclaration, devant servir de base au contrat à intervenir, j'accepte avec connaissance de cause les conditions générales et particulières de la police. »

Sur la base de cette proposition, un contrat d'assurance fut effectivement conclu le même jour 9 janvier 1893.

Les conditions générales de ce contrat renferment entre autres les stipulations suivantes :

« Art. 2. La Compagnie garantit :

» 1° En cas de mort, un capital fixé aux conditions particulières, payable exclusivement au bénéficiaire désigné dans les dites conditions, ou, à défaut de bénéficiaire, à la veuve et aux enfants de l'assuré. »

« Art. 3. Dans les 48 heures qui suivront un accident, l'assuré ou les ayants-droit devront le faire constater par un médecin et aviser par lettre chargée la direction à Paris :

» Ils devront également :

» 1° Faire parvenir à leurs frais, dans le délai de 8 jours, au siège de l'agence, la déclaration signée et légalisée des témoins de l'accident, contenant les nom, prénom, âge et domicile du sinistré, les circonstances et le lieu de l'accident.

» 2° Transmettre également et dans le même délai au siège de l'agence, le certificat du médecin appelé, relatant les causes de l'accident et ses conséquences probables.