

daß die Voraussetzungen der *exceptio doli* oder der Mangel guten Glaubens beim Gegner vorliegt. Es berücksichtigt also, entgegen den einseitigen Interessen der Verkehrssicherheit, auch die Interessen des Schuldners und findet den Ausgleich nicht in einer Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit, sondern in der Schadenersatzpflicht des Art. 23. Einzig die Einschränkung ist zu machen: Wenn der Erklärende auch keine Kenntnis vom Inhalt des Erklärten hat, jedoch sich im Bewußtsein der Unkenntnis des Inhalts, in Unterwerfung unter Alles, was der Gegner will, erklärt, so ist die Anfechtung ausgeschlossen. Es kann in solchen Fälle nicht nur die Existenz einer Erklärung, wie oben ausgeführt, nicht bezweifelt werden, sondern es ist auch keine Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums möglich. (Vergl. RG 62 S. 205; Seuffert, Archiv 37 Nr. 288.) Die Anfechtung ist daher trotz dieser Bedenken zuzulassen.

8. Auf die Anfechtung des Vertrages wegen Betruges braucht unter den gegebenen Umständen nicht mehr eingetreten zu werden. Der behauptete Betrug würde sich ja auf einen Irrtum in der Erklärung beziehen, da die Klägerin behauptet, durch den Betrug sei sie veranlaßt worden, etwas anderes zu erklären, als ihr Wille war; eine solche wesentliche Divergenz zwischen Wille und Erklärung hindert aber die Verbindlichkeit an sich schon, ganz abgesehen davon, ob sie durch Betrug veranlaßt wurde oder nicht. Endemann, Einführung ins BR, I S. 313, sagt mit Recht, beim Betrug in der Erklärung überwiege die Irrtumsanfechtung und greife die besondere Betrugsanfechtung gar nicht Platz. Oben- so können die weiteren eventuellen Standpunkte der Klägerin unerörtert bleiben.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 10. April 1908 in allen Teilen bestätigt.

60. Urteil vom 19. September 1908

in Sachen „Urbaine“, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Zuberbühler,
Kl. u. Ber.-Bekl.

Lebensversicherung. Verwirkung der Versicherungssumme (Ungültigkeit der Versicherung) wegen unwahrer Angaben beim Vertragsabschluss (über durchgemachte Krankheiten und frühere Versicherungen, Abweisung von Versicherungsanträgen) im Antragsformular und gegenüber dem Arzt. Bedeutung der Verwirkungsklausel. Einfluss der Kenntnis des Agenten von der Unwahrheit; Stellung des Agenten. Veranlassung zur unwahren Angabe durch den Agenten? Relevanz der Veranlassung?

A. Durch Urteil vom 23. Oktober 1907 hatte das Bezirksgericht Zofingen in Gutheißung der Klage erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin die Summe von 40,000 Fr. samt Zins zu 5% seit 10. Mai 1906 zu bezahlen.

Die von der Beklagten gegen dieses Urteil ergriffene Appellation ist vom Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 10. April 1908 abgewiesen worden.

B. Gegen das obergerichtliche Urteil hat die Beklagte nunmehr rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage:

Die Klage sei abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten seinen Berufungsantrag wiederholt.

Der Vertreter der Klägerin hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Ehemann der Klägerin ließ sich am 25. Mai 1905 bei der Beklagten alternativ auf den Todesfall oder auf 20 Jahre für die Summe von 40,000 Fr. versichern, zu Gunsten seiner selbst oder seiner gesetzlichen Erben. Die erste Prämie wurde mit 2066 Fr. bezahlt. Am 9. Mai 1906 starb der Ehemann der Klägerin, und diese klagt nunmehr die Versicherungssumme ein, nachdem die vorher von ihrem Ehemann testamentarisch begün-

stigten Erben zu ihren, der Klägerin, Gunsten auf die Forderung aus der Police verzichtet haben. Die Beklagte verweigert die Auszahlung der Versicherungssumme mit der Begründung, der Versicherungsanspruch sei wegen unwahrer Angaben seitens des Versicherten beim Vertragsabschluß verwirkt.

2. In dieser Beziehung steht tatsächlich folgendes fest: Dem Versicherungsnehmer vom Generalagenten der Beklagten in Zürich, Karl Denner, ein gedrucktes Antragsformular vorgelegt, in dem folgende „Erklärungen“ gedruckt sind: „daß ich „mit keiner gefährlichen Krankheit oder schwerem Gebrechen be- „haftet bin“; — daneben: „im entgegengesetzten Fall, die Krank- „heit oder das Gebrechen näher bezeichnen“; weiter: „daß ich bei „keiner andern Lebensversicherungs-Gesellschaft versichert war, noch „bin“ und daneben: „im entgegengesetzten Fall die schon ver- „sicherten Summen und die Namen der Gesellschaften angeben“; endlich: „daß niemals in Folge einer ärztlichen Untersuchung „meine Versicherung unterblieben ist“ und daneben: „im entgegen- „gesetzten Fall angeben, wann das geschehen und von welcher „Gesellschaft“. Das Formular enthält am Fuße den gedruckten Vermerk: „Da der gegenwärtige Antrag ausgefertigt worden ist, „um als Grundlage der Versicherungspolice zu dienen, so würde „letzterer ungültig und wertlos sein, wenn die obigen Erklärungen „nicht vollständig der Wahrheit entsprechen“. Im Formular ist nun unter die Erklärung betreffend Krankheit zc. ein Strich gesetzt; unter derjenigen betreffend andern Versicherungen ist bemerkt: „Norwich, vers.“ und „Basler Antrag gestellt“; der Platz unter der Erklärung betreffend Unterbleiben von Versicherungen endlich ist offen gelassen. Der ganze Antrag ist vom Versicherungsnehmer unterzeichnet; ausgefüllt wurde das Formular von Karl Denner. Dem Gesellschaftsarzt, Dr. Zimmermann, gegenüber hatte der Versicherungsnehmer am 20. Mai 1905 auf Frage 6: „welche „Krankheiten haben Sie durchgemacht?“ geantwortet: „keine“; er verneinte Frage 6 A. 4, lautend, ob er Kurorte oder See- bäder besucht habe; und auf Frage 8: „Ist jemals nach erfolgter „ärztlicher Untersuchung Ihre bei irgend einer Anstalt beantragte „Versicherung unterblieben resp. abgelehnt oder auf einen fernern „Termin hinausgeschoben worden?“ antwortete er: „Auf zwei

„Jahre zurückgestellt bei der „Alten Leipziger“; Frage 10: „Er- „klären Sie, nichts zu verheimlichen, was auf die Entscheidung „der Gesellschaft in Bezug auf die von Ihnen beantragte Ver- „sicherung Einfluß haben könnte?“ hatte er mit „Ja“ beant- wortet. Der Arzt seinerseits bezeichnete das Risiko als „gut“; die an ihn gerichtete Frage 11: „Kann man hinterlassene Spuren „entdecken, welche von der Lebensweise oder den Gewohnheiten „oder irgend einer Art Ausschweifung, besonders was den Miß- „brauch von geistigen Getränken anbelangt, herrühren?“ verneinte er. Den schriftlichen Angaben gegenüber steht fest, daß ein An- trag des Versicherten von der Karlsruher Lebensversicherung im November 1904 abgelehnt worden war, nachdem sich aus dem Antrag und der ärztlichen Untersuchung ergeben hatte, daß der Versicherte starken Alkoholmißbrauch getrieben hatte, und die Ge- sellschaft annahm, Rückfälle in dem Alkoholmißbrauch seien nicht ausgeschlossen. Ferner hatte die „Concordia“ in Köln im Oktober 1904 einen Antrag abgelehnt. Die „Karlsruher“ wurde im Januar 1905 von der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, im März 1905 von der „Alten Leipziger“ und im August 1905 von der „Germania“ in Stettin angefragt; die „Germania“ hat einen Antrag vom 10. Juli 1905 abgelehnt, die „Leipziger“ hat den Antrag nach der Erkundigung bei der „Karlsruher“ zurückgestellt. Im Juli und August 1904 war der Versicherungsnehmer in einer Trinkerheilanstalt in Bonn unter- gebracht. Dagegen hatte die „Norwich“ den Zuberbühler im November 1904 für 20,000 Fr. versichert; der Anspruch der Klägerin gegen diese Gesellschaft ist aber durch rechtskräftig ge- wordenes Urteil des Bezirksgerichts Zofingen vom 13. Oktober 1907 abgewiesen worden, da der Versicherte im Antrag verneint hatte, daß ein Antrag an eine andere Gesellschaft je abgelehnt oder zurückgestellt worden sei. Die Beklagte erblickt unwahre An- gaben in der Erklärung betreffend Nichtvorhandensein von Krank- heit, indem Alkoholmißbrauch als solche zu gelten habe, und in der Verschweigung der Ablehnungen. Die Klägerin, welche die Tatsache der unrichtigen Angabe betreffend frühere Versicherungen anerkennt, macht als Gründe des Ausschlusses der Verwirkungs- folgen geltend: der Versicherer habe die verschwiegenen Tatsachen

gekant, da die Kenntnis des Agenten Denner ihm zuzurechnen sei; ferner treffe den Versicherten kein Verschulden, da er durch den Agenten Denner an der wahren Erklärung verhindert worden sei. Wesentlich in Aufnahme dieser beiden Gründe sind die Vorinstanzen zur Abweisung der Verwirkungseinrede und zur Gutheißung der Klage gelangt.

3. In rechtlicher Beziehung ist zunächst zu bemerken, daß, da von keiner Partei behauptet worden ist, die Police (die nicht vorgelegt worden ist) enthalte etwas von der Verwirkungsklausel des Antrages, auf welche die Beklagte ihre Verwirkungseinrede stützt, abweichendes, anzunehmen ist, jene Antragsklausel sei zum Vertragsinhalt geworden. Danach ist der Vertrag „ungültig“, wenn die Erklärungen des Antrages nicht vollständig der Wahrheit entsprechen. Dagegen fehlt es hinsichtlich der Erklärungen gegenüber dem Arzte, auf welche die Beklagte ihre Einrede ebenfalls stützt, an einer Vertragsbestimmung, die als Folge der unwahren Erklärung Ungültigkeit des Vertrages festsetzt, und es könnte sich daher nur fragen, ob eine solche Rechtsfolge sich aus allgemeinen versicherungrechtlichen Grundsätzen oder aus der Irrtumslehre des OR ergebe. Nun hat aber das Bundesgericht schon mehrfach entschieden, daß der Versicherungsnehmer wegen Verletzung der Anzeigepflichten seines Anspruches nur dann verlustig gehe, wenn das durch ausdrückliche Vertragsbestimmung festgelegt sei, da andernfalls ein Verzicht des Versicherers auf die Verwirkung zu folgern sei (vergl. BGE 21 S. 265 Erw. 6). Eine Anfechtung wegen Irrtums aber ist aus dem Grunde ausgeschlossen, weil es sich höchstens um einen Irrtum im Motiv handeln würde. Für die Frage der Verwirkung ist danach ausschließlich auf die Erklärungen im Antragsformular abzustellen, nicht auf diejenigen im Arziformular. Dagegen können letztere allerdings im Rahmen der Erklärungen des Antragsformulars zu deren Erläuterung herangezogen werden. Die Erklärungen des Antragsformulars hat der Versicherte sodann als die seinigen zu vertreten, trotzdem das Formular nach seinen Angaben vom Agenten ausgefüllt wurde; denn der Agent konnte die erklärten Tatsachen nur aus den Mitteilungen des Versicherten kennen und es handelt sich nicht um den Fall, da der Versicherungsnehmer dem Agenten die Aus-

füllung des Formulars selbständig überläßt, indem er en blanc unterzeichnet. (Vergl. Ehrenberg, Verf.-R. I S. 241 sub III und den vom Vertreter der Klägerin zu Unrecht hier angerufenen Fall in Seufferts Arch. N° 9 Nr. 135.) Nach der Darstellung der Klägerin handelte es sich auch nicht etwa um ein Versehen des Agenten in der Ausfüllung des Antrages, sondern um einen Verzicht desselben auf die Entgegennahme der im Antrage formulierten Erklärung; inwieweit das aber der Verwirkung entgegensteht, ist unten zu erörtern; hier ist vorläufig nur so viel festzustellen, daß die Erklärungen als solche des Versicherungsnehmers zu gelten haben. Ganz irrelevant ist dabei, ob die freigelassenen Stellen des Formulars durchstrichen sind oder nicht; denn es handelt sich ja nicht (im Gegensatz zu den sonst üblichen Antragsformularen) um Frage und Antwort, sondern es sind positive Erklärungen gedruckt, bei denen Abweichendes hineinzuschreiben wäre.

4. Von den beiden dem Versicherten vorgeworfenen unwahren Angaben fällt nach dem Gesagten die nach durchgemachten früheren Krankheiten schon deshalb außer Betracht, weil sie nur dem Arzte gegenüber, nicht im Antragsformular abgegeben wurde. Zudem aber könnte hierin ein Verschulden des Versicherten — und nur eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht kann nach der bundesgerichtlichen Praxis die Verwirkungsfolgen nach sich ziehen; vergl. Samml. des Verf.-Amtes Nr. 86, 87, 89 — nicht erblickt werden; denn der Alkoholismus wird, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, im landläufigen Sinn nicht als „Krankheit“ betrachtet, wie denn auch die Beklagte selbst durch Nr. 11 der Fragen an den Arzt zu erkennen gibt, daß sie ihn selbst nicht zu den Krankheiten rechnet; ebenso wird eine Trinkerheilanstalt gemeinlich nicht als „Kurort“ betrachtet. Dagegen ist die weitere Erklärung, daß niemals infolge ärztlicher Untersuchung eine Ver sicherung unterblieben sei, zunächst objektiv unrichtig; denn die Zurückweisung durch die „Karlsruher“ war nach ärztlicher Untersuchung und ganz offenbar infolge dieser erfolgt. Die dadurch verschwiegene Gefährstatsache ist eine erhebliche, d. h. eine solche, die geeignet war, auf den Entschluß des Versicherers einzuwirken; das ergibt sich schon aus der Aufnahme im Antragsformular, ist

aber auch sonst einleuchtend; nicht in Betracht fällt für die Erheblichkeit, ob die verschwiegene Tatsache sich nachher als kausal zum Schaden, resp. zum eingetretenen Tod erwiesen hat (BGE 22 S. 807 ff. Erw. 2). Daß sodann die verschwiegene Tatsache dem Versicherungsnehmer bekannt war, bedarf keines Wortes der Ausführung. Dagegen ist nunmehr auf die beiden der Wirkungseinrede von der Klägerin entgegengehaltenen Replikten (s. oben Erw. 2) einzutreten.

5. Daß der Versicherer die unwahre Erklärung nicht als Bewirkungsgrund anrufen kann, wenn er bei Entgegennahme der Erklärung die Wahrheit schon kannte, ergibt sich ohne weiteres aus der Bedeutung der Anzeigepflicht, die den Versicherer über ihm nicht bekanntes Material zur Beurteilung des Risikos unterrichten soll; auch würde der Geltendmachung der Bewirkungsklausel die exceptio doli entgegenstehen. (Vergl. auch VerfGes. Art. 8 Ziff. 4.) Dagegen beurteilt sich die hier streitige Frage, ob die Kenntnis des Agenten derjenigen des Versicherers gleichstehe, nach der Vollmacht des Agenten. Im vorliegenden Falle sind die Agenten Denner weder als bloße Makler anzusehen, die die Parteien bloß zusammenzuführen hatten, noch als zum Vertragsabschluß selbst, als Stellvertreter der Beklagten, bevollmächtigte Agenten. Bei Beurteilung der Vollmacht der Agenten ist darauf abzustellen, wie der Agent nach außen austritt, und es darf der in Art. 34 des VerfGes. enthaltene Satz, wonach für die Vollmacht maßgebend ist, was die Berrichtungen von Agenten gewöhnlich mit sich bringen, schon als Satz des geltenden Rechtes bezeichnet werden. (Vergl. auch Sammlung des Verf.-Amtes Nr. 224 ff.) Es ist daher Sache des Versicherungsnehmers, der die Kenntnis des Versicherers zu beweisen hat, nachzuweisen, daß Erklärungen, wie die vorliegende, gewöhnlich mündlich einem Agenten gegenüber abgegeben zu werden pflegen. Ein solcher Beweis ist nun aber nicht geleistet. Gegenteils ergibt sich aus der Vorlegung eines Formulars mit Aufforderung zur Unterschrift, daß der Versicherer eine schriftliche Erklärung des Versicherungsnehmers selbst erhalten will; ganz besonders kann nicht anerkannt werden, daß der Agent bevollmächtigt sei, Erklärungen entgegenzunehmen, die den dem gedruckten Normalfall entgegen-

gesetzten Inhalt haben. (Vergl. Ehrenberg, a. a. O., S. 238.) Die Kenntnis des Agenten kann daher dem Versicherer in diesem Falle nicht zugerechnet werden. (So auch Seufferts Archiv 25 Nr. 73; anders lag der von der Klägerin angerufene Fall 24 Nr. 31.) Es kann auch im vorliegenden Falle, falls man das Kennenmüssen dem Kennen gleichstellen will (vergl. Art. 8 Ziff. 4 VerfGes.), nicht gesagt werden, daß sich die Beklagte fahrlässig einer Kenntnis, die sich ihr aufdrängte, verschlossen habe; denn die einzig hiefür geltend gemachte Tatsache: die Zurückstellung durch die „Leipziger“, vermag ein Kennenmüssen nicht zu begründen.

6. Auch von einer Veranlassung zu der unrichtigen Deklaration und daraus folgendem Nichtverschulden des Versicherungsnehmers kann hier nicht gesprochen werden. Denn nach dieser Richtung steht, nach der für das Bundesgericht verbindlichen Beweiskwürdigung der Vorinstanz (die Beklagte geht fehl, wenn sie diese Beweiskwürdigung vor Bundesgericht anfechten will), nur fest, daß einer der Agenten, Casar Denner, dem Versicherungsnehmer versicherte, er werde trotz der Abweisung bei andern Gesellschaften bei der Beklagten doch aufgenommen werden, wenn er ein ärztliches Zeugnis beibringe, da seine Lebensverhältnisse andere geworden seien. Diese Äußerung erfolgte aber bei Beginn der Unterhandlungen, nicht bei Redigierung des Antragsformulars; sie kann auch unmöglich als Aufforderung zu wahrheitswidriger Erklärung angesehen werden. Und abgesehen hievon könnte der Versicherungsnehmer sich nur auf die Zusicherungen eines Bevollmächtigten des Versicherers berufen, um sein Verschulden zu entkräften. Nachdem der Versicherer ihn zu einer bestimmten Erklärung aufgefordert, durfte er nicht auf den Rat eines Dritten hören, und zu einem Verzicht auf die Erklärung war der Agent nach dem in Erw. 5 gesagten nicht befugt. Noch weniger geht es an, daß der Versicherungsnehmer dem Versicherer eine Erklärung abgibt, und das Gegenteil davon dem zur Entgegennahme der Erklärung nicht bevollmächtigten Agenten mitteilt; die Schriftlichkeit der Erklärung will gerade solchen Unsicherheiten, wie sie durch das Zusammenwirken mehrerer Personen entstehen können, vorbeugen. Der Versicherungsnehmer konnte übrigens auch aus der

verlangten detaillierten Erklärung sehen, daß seine mündliche Erklärung an den Agenten nicht genügte. Auch diese Replik der Klägerin trifft sonach nicht zu.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als begründet erklärt und somit, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 10. April 1908, die Klage abgewiesen.

61. Urteil vom 26. September 1908

in Sachen **Bockhorn und Genossen**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen
Gemeinde Albisrieden, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Ausschluss von Rechtsschriften im mündlichen Berufungsverfahren.
— Amtsbürgschaft. Abgrenzung von eidgenössischem und kantonalem Recht. Mangelhafte Kontrolle der Aufsichtsorgane?*

A. Durch Urteil vom 17. März 1908 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

„Sind die Beklagten als Amtsbürgen des gewesenen Gemeindefschreibers der Gemeinde Albisrieden, Adolf Tobler, solidarisch verpflichtet, an die Klägerin 8000 Fr. nebst Zins zu 5% seit „4. November 1904 zu bezahlen?“

erkannt:

Die Beklagten sind verpflichtet, an die Klägerin unter gegenseitiger Solidarität 8000 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 10. Mai 1905 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil haben sowohl die Beklagten Hauser und Aberli gemeinsam, als auch der Beklagte Bockhorn rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Der Berufungsantrag der erstgenannten Beklagten geht auf Abweisung der Klage.

Das Berufsungsbegehren des Beklagten Bockhorn lautet:

Die Klage sei abzuweisen, eventuell nur in einem nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrage gutzuheißen.

C. Zur heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten Bockhorn eine schriftliche Berufungsbegründung eingesandt.

Der Vertreter der Beklagten Aberli und Hauser hat seine Berufung in mündlichem Vortrage begründet.

Der Vertreter der Klägerin hat beantragt, die Berufungen seien abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In prozessualer Hinsicht ist vorab zu bemerken, daß auf die schriftliche Berufungsbegründung des Beklagten Bockhorn nicht Rücksicht zu nehmen ist, da das Verfahren mündlich ist, übrigens neue Behauptungen, soweit solche aufgestellt werden wollten, ausgeschlossen sind und den Parteien aus dem Nichterscheinen ein Rechtsnachteil nicht erwächst.

2. Die Grundlage und der gegenwärtige Stand des Prozesses sind folgende: Am 21. August 1901 haben die Beklagten Gottlieb Hauser und Fritz Bockhorn sich „solidarisch als Bürgen und „Selbstzahler haftbar“ erklärt bis auf den Betrag von 8000 Fr. „für allen Schaden, welchen der am 12. Juni 1901 auf die gesetzliche Amtsdauer zum Gemeinderatschreiber [scil. von Albisrieden] gewählte Herr Albert Tobler während seiner ganzen „Amtsdauer verursacht haben wird und für welchen er verantwortlich gemacht werden kann (§§ 7 und 8 des Gesetzes betr. „die Amtskauttionen vom 31. Mai 1896).“ Am 26. März 1903 haben Gottlieb Hauser und Heinrich Aberli einen gleich lautenden Bürgschaftsschein unterzeichnet; die Echtheit der Unterschrift des Aberli ist von Bockhorn, als Gemeindeammann, bezeugt. Tobler, der sich im Juni 1904 flüchtig gemacht hatte, ist von der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter dem 9. Februar 1905 auf Grund seines Geständnisses der fortgesetzten Unterschlagung im Betrage von 17,171 Fr. 95 Cts. und der vorfälligen Dienstpflichtverletzung schuldig erklärt und zu vier Jahren Arbeitshaus verurteilt worden. Laut der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft hat Tobler „in der Zeit vom 23. Mai „1903 bis zum 21. Juni 1904 folgende Summen, welche ihm „in seiner Eigenschaft als Gemeindefschreiber von Albisrieden zu- „gekommen sind, sich rechtswidrig zugeeignet, indem er dieselben „für sich verwandte: 1. 5694 Fr. 90 Cts. Staatssteuern;