

keines wegen seines Inhaltes gesetzlich verpönten Vertrages zu leisten. Dies muss in der Tat als erwiesen gelten, da kein anderes Motiv ersichtlich ist, wegen dessen er zu der fraglichen Zahlung als Teilleistung an einen Betrag sich hätte verstehen können, der nach seiner Höhe das dem Kläger von Rechtswegen zukommende Honorar weit überstieg (vergl. BGE i. S. Werthmüller, 40 II S. 253, Erw. 4, OSER, Kommentar, Art. 63 V, 4). Ein solcher Rechtsirrtum aber ist zur Begründung der Rückforderung aus Art. 63 geeignet (vergl. den genannten Bundesgerichtsentscheid). Sodann trifft auch keiner der in Abs. 2 des Artikels angeführten Ausschlussgründe der Rückforderung zu: Der Anspruch auf Rückerstattung ist nicht, wie der Kläger behauptet, verjährt, da ihn der Beklagte innerhalb eines Jahres, nachdem er davon Kenntnis erhielt, eingeklagt hat und da, wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich ausführt, durch die vom Kläger im Prozesse erklärte Reform die Rechtshängigkeit des Anspruches nicht aufgehoben und somit an der Unterbrechung der Verjährung nichts geändert wurde. Ebenso wenig hat der Kläger durch die Entrichtung der Teilzahlung « in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet ». Eine solche Pflicht erfüllt nicht, wer leistet, was nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht vertraglich Leistungsinhalt bilden darf — wie hier die Quote des Streitgegenstandes, — auch dann nicht, wenn er die Leistung auf Grund eines vorherigen — rechtlich ungültigen — Versprechens vollzieht. Dagegen lässt das Gesagte andererseits die Schuldpflicht des Beklagten soweit unberührt, als sie sich aus den Grundsätzen über die Honorierung der Anwaltsverrichtungen, im besondern den Tarifbestimmungen ergibt, und es bleiben in dieser Beziehung die Ansprüche des Klägers gewahrt.

Mit Unrecht endlich glaubt die Vorinstanz die Rückforderung auf Grund von Art. 66 OR abweisen zu sollen. Der Beklagte hat nicht « in der Absicht, einen

rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen », bezahlt, vielmehr in der irrthümlichen Meinung, einen rechtsgültigen und vom Gesetze als zulässig anerkannten Vertrag zu erfüllen. Aber auch insofern trifft die Bestimmung nicht zu, als die Rechtswidrigkeit und (allfällige) Unsittlichkeit des Erfolges nur besteht in Hinsicht auf die Person und die Gesinnung des Klägers als Empfängers, nicht des Beklagten als Gebers des Geldes und die gesetzliche Reprobation gerade den Interessen des Beklagten dienen soll. Der Grundsatz *in pari turpitudine melior est causa possidentis*, den die Vorinstanz unter Berufung auf den (anders gearteten) Fall Schmid-Zürrer gegen Zürrer (BGE 37 II S. 68) anführt, lässt sich also auf den vorliegenden Tatbestand nicht anwenden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Hauptberufung wird im Sinne des Berufungsantrages 3 gutgeheissen und demnach der Widerbeklagte verurteilt, dem Widerkläger 30,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 7. Oktober 1911 zu bezahlen.

61. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 3 juillet 1915
dans la cause Banque fédérale contre Laager.

Responsabilité à raison du dommage résultant de paiements faits sur le vu de chèques falsifiés. Clause contractuelle exonérant la banque de toute responsabilité. Validité de cette clause, sous réserve du cas de dol ou de faute lourde de la banque. Ne commet pas une faute lourde l'employé de banque qui néglige de vérifier soigneusement la signature du tireur, alors que le chèque est présenté par la femme même du tireur, mandataire habituelle de ce dernier dans ses relations avec la banque.

Henri Laager a épousé Rose Steiner le 23 mai 1908. Le mariage a été dissous par le divorce prononcé aux

torts de la femme par le tribunal de 1^{re} instance de Genève le 23 avril 1912.

Le 10 octobre 1907, alors qu'il était fiancé avec Rose Steiner, Laager a signé en sa faveur le « pouvoir » suivant : « Je soussigné Henri Laager donne, par la présente, pouvoir à Mademoiselle Rose Steiner, dont la signature est ci-dessous, d'accéder comme moi-même au coffre-fort compartiment n° 261, modèle ... que j'ai loué à la Banque fédérale S. A., de l'ouvrir, d'y prendre et d'y retirer tout ce qu'il contiendra, promettant de ratifier tout ce qu'elle aura fait en mon nom et pour mon compte. »

Dès cette époque, Laager a possédé à la Banque fédérale un compte de dépôt à somme fixe et un compte courant exploité par chèques. Les versements étaient généralement faits par dame Laager ; c'est elle aussi qui opérerait les prélèvements au moyen de chèques tirés à son ordre sur la Banque par H. Laager. Le 2 mars 1910 la Banque a envoyé à Laager un carnet de 25 chèques accompagné de l'accusé de réception suivant que Laager a signé et lui a retourné : « J'ai l'honneur de vous accuser réception d'un carnet de chèques renfermant 25 chèques n° 106 751 à n° 106 775 et je m'engage à le garder soigneusement, assumant d'ores et déjà la responsabilité des dommages qui pourraient résulter de leur usage abusif. » Au 25 juin 1910 le compte courant était épuisé. Dès cette date il présente le mouvement suivant : Au crédit, versement de 2262 fr. opéré le 19 décembre 1910 par dame Laager, 2 mai 1911 virement du compte de dépôts fixe de 2640 fr. 60, intérêt à 2 ½ % 18 fr. 40 : total 4921 fr. ; au débit 9 paiements de 4760 fr. au total faits à dame Laager du 30 décembre 1910 au 20 mai 1911 ; solde créancier au 30 juin 1911 161 fr.

Laager dit s'être aperçu en septembre 1911 que sa femme avait retiré la somme indiquée de 4760 fr. au moyen de chèques sur lesquels elle avait falsifié sa signa-

ture. Estimant que ces paiements ne lui étaient pas opposables il a réclamé de la Banque la restitution des sommes versées. La Banque s'y étant refusée, il lui a ouvert le 28 septembre 1911 la présente action par laquelle il conclut à ce que la Banque soit condamnée à lui payer 4921 fr. avec intérêts à 5 % dès le 30 juin 1911. Il soutient que la défenderesse a commis une faute lourde en payant sur le vu des chèques sans vérifier avec l'attention nécessaire la signature.

La Banque fédérale a reconnu devoir et a offert de payer un solde de 161 fr. ; pour le surplus elle a conclu à libération. Elle soutient que Laager a violé l'engagement pris par lui de conserver son carnet de chèques et qu'il est responsable de l'emploi abusif qui en a été fait par sa femme.

Le tribunal de 1^{re} instance a ordonné une expertise en écriture. Le rapport de l'expert se termine par la conclusion suivante : « Les 9 signatures « Henri Laager » apposées sur les chèques n°s 106 759, 106 760, 106 762, 106 763, 106 764, 106 765, 106 766, 106 767 et 106 768 sur la Banque fédérale à l'ordre de M^{me} Henri Laager sont toutes des faux. Aucun doute ne peut subsister. »

Par jugement du 21 novembre 1913, le tribunal de 1^{re} instance a débouté le demandeur de ses conclusions. Il estime que la Banque n'a pas commis de faute en payant à dame Laager sur le vu de chèques extraits du carnet de Laager et portant des signatures bien imitées et qu'en revanche le demandeur a commis une faute manifeste en laissant son épouse s'emparer de son carnet de chèques et qu'il est lié par l'engagement licite pris par lui envers la Banque de répondre des dommages résultant de l'usage abusif du carnet.

Sur appel du demandeur et après avoir ordonné la comparution personnelle des parties et de l'expert, la Cour de justice civile a, par arrêt du 23 avril 1915, réformé le jugement et condamné la Banque à payer à

Laager le solde reconnu de 161 fr. et le tiers de la somme versée sur le vu des chèques, soit 1586 fr. 65. La Cour a jugé que l'employé aurait dû être frappé par le caractère suspect des chèques, la signature qui y figurait étant (du moins sur certains d'entre eux) une copie grossière de celle de Laager et, contrairement à l'habitude de Laager, les autres mentions manuscrites n'étant pas de sa main ; cependant comme les chèques ont été présentés par la mandataire habituelle du demandeur qui pouvait jouir de la confiance des employés, la négligence commise est en partie excusable. D'autre part, Laager a commis une imprudence en laissant le carnet à la disposition d'un tiers et il a contrevenu à l'engagement pris envers la Banque. Il y a lieu de répartir la responsabilité proportionnellement à la gravité des fautes commises de part et d'autre.

La Banque fédérale a recouru en réforme contre cet arrêt en reprenant ses conclusions libératoires. Laager s'est joint au recours en concluant à ce que sa réclamation soit admise en entier.

Statuant sur ces faits et considérant

en droit :

Le demandeur réclame la restitution des fonds qu'il a déposés en mains de la Banque fédérale. La Banque lui oppose les paiements qu'elle a faits sur le vu de chèques portant sa signature. Or il est constant que les signatures étaient falsifiées et la question à résoudre est donc celle de savoir si c'est le client ou au contraire la Banque qui doit supporter la perte résultant du fait que des paiements ont été opérés sur le vu de chèques falsifiés. Il n'est pas nécessaire de rechercher si et à quelles conditions une telle responsabilité du client existe en l'absence d'une stipulation contractuelle expresse, si, même en pareil cas, la Banque peut se prévaloir de la faute commise par le client en ne conservant pas soigneusement le carnet de chèques, s'il s'agit d'une faute con-

tractuelle ou extra-contractuelle, si de son côté le client peut exciper de la faute concurrente de la banque, comment la responsabilité se répartit lorsqu'il y a faute des deux parties, ce qu'il en est lorsque ni l'une ni l'autre des parties n'a commis de faute, etc., etc. (voir sur ces différents points : MEYER, *Das Wertscheckrecht* I p. 289 et suiv. ; FICK, *Checkgesetzgebung* p. 435 ; CONRAD, *Deutsches Scheckrecht* p. 240 et suiv. ; KUHLENBECK, *Deutsches Scheckrecht* p. 90 et suiv. ; VIVANTE, *Diritto commerciale* IV/1 p. 284 et suiv. ; HALSBURY, *The Laws of England* I n°s 1246 et suiv., sub verbo *Bankers and Banking* ; NOUGUIER, *Des chèques*, n°s 107 et suiv. ; note de THALLER dans *Dalloz* 1896, 2 p. 401 et suiv. ; RO 24 II p. 584 et suiv.). Ces questions sont sans intérêt en l'espèce, car on se trouve en présence d'une stipulation contractuelle expresse par laquelle le demandeur s'est engagé à « garder soigneusement » le carnet de chèques délivré par la Banque et a assumé « la responsabilité des dommages qui pourraient résulter de leur usage abusif ». Qu'une telle stipulation soit licite, c'est ce qui n'est pas douteux ; il est beaucoup plus facile au client de prévenir les falsifications qu'à la banque de les découvrir, vu surtout le développement considérable qu'a pris la circulation des chèques et le temps forcément limité que les employés peuvent consacrer au contrôle des signatures, et il n'y a donc évidemment rien d'immoral à ce que la banque décline d'avance la responsabilité des erreurs qui pourraient être commises dans ce travail de contrôle sous la seule réserve (CO art. 100) qu'elle ne peut se décharger de son dol et de sa faute grave (voir dans ce sens : FICK p. 435-436, CONRAD p. 247-248 ; THALLER, note citée p. 405, RO 24 II p. 588). Ainsi donc, lorsqu'une stipulation semblable a été insérée au contrat, la perte résultant du paiement de chèques falsifiés tombe à la charge du client à moins qu'il ne prouve que, en payant, la banque a agi avec dol ou avec une extrême négligence.

C'est à la lumière de ce principe qu'il y a lieu de trancher le présent litige.

Ainsi que cela a été admis par l'instance cantonale, en confiant le carnet de chèques à sa femme ou en la laissant s'en emparer, en négligeant surtout pendant plusieurs mois de contrôler l'emploi qui en était fait, le demandeur a manqué à son obligation de « garder soigneusement » le carnet et l'usage que dame Laager en a fait a certainement été « abusif ». La clause du contrat reproduite ci-dessus est ainsi en principe applicable et il reste uniquement à rechercher si de son côté la Banque fédérale a commis une faute grave (le dol n'est pas même allégué). Le demandeur voit une première faute dans le fait que, le compte-courant étant épuisé, la Banque y a versé les fonds constituant le compte de dépôt fixe sur l'ordre de dame Laager et sans autorisation du mari. Mais ce grief n'est pas fondé. La Cour de justice constate que dame Laager avait déjà auparavant été chargée de faire des virements semblables et que de plus elle avait en mains le certificat de dépôt. C'était elle qui depuis plusieurs années représentait Laager dans ses relations avec la Banque, faisait les versements à son compte, accédait à son coffre-fort en vertu de pouvoirs exprès et non révoqués. Dans ces conditions on ne saurait imputer à faute à la Banque d'avoir exécuté l'ordre de virement de compte.

Ce que le demandeur reproche surtout à la Banque, c'est de n'avoir pas vérifié avec assez de soin la signature figurant sur les chèques présentés par dame Laager. A ce point de vue, la Cour de justice civile a estimé — contrairement à l'opinion du Tribunal de 1^{re} instance — que la signature apposée par le faussaire est une copie grossière de la signature du demandeur et que l'employé chargé de la vérification aurait dû concevoir des doutes sur son authenticité, d'autant plus que les autres mentions manuscrites, qui généralement étaient de la main

de Laager, étaient d'une main étrangère sur les 9 chèques en question. Mais ces constatations, à supposer même qu'on les considère comme de pures constatations de fait liant le Tribunal fédéral, ne sont pas suffisantes pour qu'on doive admettre qu'en payant sur le vu de chèques ainsi falsifiés la Banque a commis une faute grave. Si le contrôle de l'authenticité des signatures a été superficiel, la négligence commise par l'employé chargé de ce travail trouve son explication et, dans une large mesure, son excuse dans le fait que les chèques étaient présentés par dame Laager, qui était connue de la Banque comme jouissant de l'entière confiance du demandeur et qui, à de très nombreuses reprises déjà, avait encaissé des chèques souscrits à son ordre par son mari. Il est facilement compréhensible qu'il n'ait pas été pris à l'égard de la femme même du tireur les mêmes précautions qu'à l'égard d'un porteur inconnu. Alors que dame Laager versait au compte de son mari des sommes importantes, qu'elle accédait librement à son coffre-fort, qu'elle avait en mains ses certificats de dépôt et son carnet de compte-courant, il devait paraître hautement invraisemblable qu'elle recourût à des faux pour se procurer des fonds à l'insu du demandeur. C'est la confiance complète (et qui depuis s'est révélée excessive) témoignée par le demandeur lui-même à dame Laager qui a endormi la vigilance de la Banque et de ce fait la faute que celle-ci a pu commettre se trouve notablement atténuée. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé l'instance cantonale; mais tandis qu'elle n'a vu dans la légèreté de la faute de la défenderesse qu'un motif pour partager la responsabilité entre les deux parties, on doit, conformément à ce qui a été dit ci-dessus et en application de la clause contractuelle souscrite par le demandeur, libérer la Banque de toute responsabilité.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours par voie de jonction du demandeur est écarté.

Le recours principal est admis et l'arrêt attaqué est réformé dans le sens suivant : Il est donné acte au demandeur de l'offre de la banque défenderesse de lui payer la somme de 161 fr. ; cette somme porte intérêt à 2 ½ % du 30 juin 1911 au 28 septembre 1911 et à 5 % dès cette date ; pour le surplus, les conclusions du demandeur sont écartées.

62. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juli 1915

i. S. der Basler Droschkenanstalt Sattelen, Klägerin,
gegen Treu, Beklagter.

Art. 55 OR. Begriff des « Geschäftsherrn » : er umfasst nicht nur die einem Geschäftsbetriebe (in Handel, Industrie oder Gewerbe) vorstehenden Personen. Begriff des « Angestellten » : er setzt kein wirkliches Dienstvertragsverhältnis voraus. Die von einem Betriebsinhaber einem Privaten zur Verfügung gestellte Hilfsperson kann « Angestellter » des letztern sein. Schadensbemessung : Das Verschulden des Angestellten ist als Erhöhungsgrund zu berücksichtigen. Anwendbarkeit des Art. 43 OR.

1. — Der Beklagte, Kaufmann Ludwig Treu in Basel, ist Besitzer eines Automobils. Zu dessen Bedienung hat er seit Frühjahr 1912 häufig den 1895 geborenen Hermann Brunner verwendet, der als Automobilmechaniker bei den Gebrüdern Bader, Inhaber einer Auto-Garage und Reparaturwerkstätte, die Lehrzeit machte und von ihnen jeweilen dem Beklagten zur Verfügung gestellt wurde. Seit dem 7. Juni 1913 besass Brunner eine polizeiliche Fahrbewilligung zur Führung speziell des dem

Beklagten gehörenden Autos. Laut Feststellung der Vorinstanzen vertraute der Beklagte das Auto nicht oder nur selten Brunner allein an, sondern sass in der Regel, wenn Brunner lenkte, neben ihm.

Am 6. November 1913, abends zwischen 9 und 10 Uhr, liess der Beklagte einen Bekannten, Pfarrer Brefin, in Begleitung seines Bruders Erwin Treu durch Brunner als Chauffeur nach dem Bundesbahnhof Basel führen. Das Auto fuhr den Spalenring hinauf und holte einen in gleicher Richtung fahrenden Tram ein. Brunner wollte diesem links vorfahren, als ihm in entgegengesetzter Richtung ein anderer Tram und ein Omnibus des Hotels « Drei Könige », beide ungefähr in gleicher Entfernung, entgegenfuhren. Der Omnibus gehört der Klägerin, der Basler Droschkenanstalt und wurde von zwei ihrer Pferde gezogen. Als der Fuhrmann das Auto rasch auf sich zukommen sah, riss er die Pferde nach rechts herum, so dass das eine und der halbe Wagen auf das Trottoir zu stehen kamen. Brunner stoppte das Auto nicht rechtzeitig, sondern fuhr zu, indem er, wie die Vorinstanzen annehmen, entweder den Kopf verloren oder irrtümlicherweise geglaubt hatte, zwischen Tram und Omnibus hindurchgelangen zu können. Es kam zu einem Zusammenstoss, durch den das Sattelpferd tödlich verletzt und der Omnibus beschädigt wurde. In der Folge verurteilte das Polizeigericht Brunner wegen Verletzung der Fahrordnung zu 20 Fr. Busse.

Im vorliegenden Prozesse belangt die Klägerin den Beklagten auf Ersatz des erlittenen Schadens, den sie auf 2038 Fr. beziffert hat, wovon 1937 Fr. auf den Verlust des Pferdes samt tierärztlicher Behandlung und 51 Fr. auf die Beschädigung des Wagens entfallen. Vom eingeklagten Betrag fordert sie ferner Verzugszins zu 5 % seit dem 10. Februar 1914 (Betreibungsbegehren). In rechtlicher Beziehung hat sie zur Begründung der Klage auf den Art. 55 OR abgestellt.

Das Zivilgericht von Basel-Stadt hat die Klage am