

a. Es wird gerichtlich festgestellt, dass sich die Beklagte durch die in den Motiven des nähern bezeichneten Reklameäusserungen, in welchen sie auf die Klägerinnen, bezw. deren Waschpulver « Vim » Bezug genommen, des unlauteren Wettbewerbes schuldig gemacht hat.

b. Der Beklagten wird die Fortsetzung dieses Geschäftsgebarens untersagt.

c. Die Beklagte wird schuldig erklärt, den Klägerinnen 1000 Fr. Schadenersatz zu bezahlen.

d. Die Klägerinnen werden berechtigt erklärt, das Urteil im Dispositiv nach ihrer Wahl in vier Tageszeitungen je einmal auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.

5. Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. Januar 1933

i. S. Schweiz. Volksbank gegen Dr. Cloetta u. Erben Romedi.

Interzession der Ehefrau. Es ist eine Frage des kantonalen Rechtes, ob die zur Genehmigung nach Art. 177 Abs. 3 ZGB zuständige Behörde ein Einzel- oder Kollektivorgan sei.

Haftung des Mitbürgen. Bei Anwendung des Art. 497 Abs. 3 OR ist die Ungültigkeit der Bürgschaft der Ehefrau dem tatsächlichen Fehlen der Bürgschaft gleichzustellen. Der Mitbürge ist legitimiert, sich auf die Ungültigkeit zu berufen, auch wenn der Gläubiger in der vorangegangenen Betreuung gegen die Ehefrau des Schuldners teilweise befriedigt worden ist. Die Rechtsfolge der Ungültigkeit ist vollständige Befreiung des Mitbürgen. Entstehungsgeschichte des Art. 497 Abs. 3.

A. — Am 1. November 1926 eröffnete die Schweizerische Volksbank, Filiale St. Moritz, dem Albert Meyer-Schaffner Antiquar daselbst, gegen Sicherstellung einen Konto-Korrent-Kredit bis zum Betrage von 10,000 Fr. Die Sicherheit sollte bestehen im Pfandrecht an zwei Anteilsscheinen der Schweizerischen Volksbank zu je 1000 Fr. und in einer Solidarbürgschaft im Maximalbetrag von 12,000 Fr. der Ehefrau des Schuldners, Frau Aline Meyer-Schaffner, und des Dr. Viktor Cloetta, Advokat in

St. Moritz. Der Schuld- und Bürgschaftsschein trägt die amtliche Beglaubigung der Unterschriften des Schuldners und der Bürgen und ausserdem den Vermerk: « Genehmigt: p. Vormundschaftsbehörde des Kreises Oberengadin: Dr. Romedi, Pres. Madulein 5. Nov. 1926. »

Am 12. Mai 1928 fiel Albert Meyer-Schaffner in Konkurs. Auf Rechnung des kollozierten Betrages von 10,322 Fr. 30 Cts. erhielt die Schweizerische Volksbank eine Dividende von 2058 Fr. 10 Cts. Für den Ausfall von 8264 Fr. 20 Cts., sowie 6 $\frac{1}{4}$ % Zins seit 29. Mai 1928 und $\frac{1}{4}$ % Provision für drei Monate belangte sie im Einverständnis mit Dr. Cloetta die Ehefrau des Konkursiten. Diese erhob gegenüber dem Zahlungsbefehl vom 8. März 1929 keinen Rechtsvorschlag, und der Gläubigerin wurde in der Betreuung ein Verwertungserlös von 4543 Fr. 30 Cts. ausbezahlt, während sie sich für den Rest ihrer Forderung mit einem Verlustschein in der Höhe von 4712 Fr. 70 Cts. begnügen musste. Schon am 11. Dezember 1929, als ihr erst 2556 Fr. 80 Cts. aus der Betreuung gegen die Bürgin zugegangen waren, hatte die Bank sodann dem Dr. Cloetta mitgeteilt, dass ihr ein Saldo von 6817 Fr. per 31. Dezember 1929 zustehe und dass sie ihn um Tilgung bis Ende 1929 ersuche. Dr. Cloetta antwortete jedoch am 20. Februar 1930, dass er seine Bürgschaftsschuld bestreiten müsse, denn es habe sich inzwischen herausgestellt, dass die Voraussetzungen des Art. 177 Abs. 3 ZGB für eine gültige Interzession der Ehefrau des Schuldners nicht vorlägen. Im Juni 1930, nach Empfang eines Konto-Auszuges mit einem Saldo zugunsten der Bank von noch 5200 Fr. per 30. Juni 1930 beharrte Dr. Cloetta auf seiner Erfüllungsverweigerung. Am 24. Juni 1930 leitete darauf die Schweizerische Volksbank gegen Dr. Cloetta Betreuung für die Summe von 5283 Fr. nebst 6 % Zins seit 30. Juni 1930 ein. Der Rechtsvorschlag des Betriebenen wurde durch Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung seitens des Einzelrichters des Kreises Oberengadin am 5. August 1930 beseitigt.

B. — Am 9. August 1930 hat Dr. Viktor Cloetta gegen die Schweizerische Volksbank, Filiale St. Moritz, Klage auf Ungültigerklärung der Bürgschaftsverpflichtung und Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung erhoben.

C. — ...

D. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und dem Dr. Romedi in Madulein den Streit verkündet. Dieser hat die Intervention erklärt, und nach seinem Tod sind seine Erben als Intervenienten an seine Stelle getreten.

E. — Beide kantonalen Gerichte haben die Aberkennungsklage gutgeheissen, das Bezirksgericht Maloja mit Urteil vom 20. Januar 1932, das Kantonsgericht von Graubünden nach Appellation der Beklagten mit Entscheid vom 19./20. Juli 1932.

F. — Gegen das Erkenntnis der zweiten Instanz hat die Beklagte rechtzeitig und in der gesetzlichen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und Abweisung der Klage beantragt.

G. — ...

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. u. 2. — (Formelles).

3. — In der Sache selbst steht ausser Zweifel, dass Frau A. Meyer-Schaffner mit ihrem Rechtsgeschäft eine Verpflichtung gegenüber einem Dritten zugunsten ihres Ehemannes eingehen wollte und dass daher zu seiner Gültigkeit die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich war (ZGB Art. 177 Abs. 3). Die Frage, ob die für diese Zustimmung örtlich zuständige Behörde, die Vormundschaftsbehörde des Kreises Oberengadin, eine Einzelbehörde, versehen durch Präsident Dr. Romedi in Madulein, war, oder ob die Behörde als Collegialbehörde organisiert war und ausser aus dem Genannten auch noch aus den Herren Anton Willi und Gian Saratz bestand, wird ausschliesslich durch das kantonale Recht beherrscht, und der Entscheid des Kantonsgerichtes, dass es eine

Collegialbehörde war, und dass der Präsident, Dr. Romedi, für sich allein die streitige Zuständigkeit nicht besass, ist für das Bundesgericht massgebend. Beide kantonalen Gerichte haben sodann übereinstimmend festgestellt, dass die zuständige Vormundschaftsbehörde als solche die Bürgschaftsverpflichtung der Frau Meyer-Schaffner vom 1. November 1926 nie genehmigt hat, weder vor noch nach dem 5. November 1926, mit dem Dr. Romedi seine eigenmächtige Genehmigung datiert hat. Diese Feststellung ist tatsächlicher Art und für das Bundesgericht verbindlich, da sie nicht als aktenwidrig angefochten worden ist (OG Art. 81). und auch nicht als aktenwidrig angefochten werden konnte. Die Frage stellt sich deshalb nicht, ob eine nachträgliche Genehmigung durch die Collegialbehörde überhaupt rechtswirksam gewesen wäre und ob diese Frage nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht zu beurteilen ist.

4. — Es kann nun nicht mehr als bestritten gelten, dass der Kläger die Bürgschaft unter der der Beklagten erkennbaren Voraussetzung eingegangen ist, dass sich die Ehefrau des Schuldners neben ihm für dieselbe Hauptschuld als Bürgin verpflichten werde. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt; die Bürgschaft der Frau Meyer-Schaffner ist ungültig, denn die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zur Interzession der Ehefrau ist Gültigkeitserfordernis. Eine ungültige, d. h. rechtlich nicht vorhandene Bürgschaft muss aber der tatsächlich fehlenden Verpflichtung des vorausgesetzten Mitbürgen bei Anwendung des Art. 497 Abs. 3 OR gleichgestellt werden (BGE 21 S. 802 ff.; OSER, Kommentar, I. Aufl. S. 867 f.; LARDELLI, Beiträge zum Bürgschaftsrecht S. 45 N. 6; vgl. auch das bei WEISS, Entscheidungen, unter Nr. 5867 zitierte kantonale Urteil).

Die Berufungsklägerin hätte nicht geltend machen können, der Kläger sei nicht legitimiert, sich auf des Fehlen der vormundschaftlichen Genehmigung zu berufen. Das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft der Ehefrau

zugunsten des Ehemannes ist beim Mangel der Genehmigung nicht nur anfechtbar, sondern nichtig, wie das Bundesgericht am 14. Juli 1914 in Sachen Willmann gegen Felder erkannt hat (BGE 40 II S. 318 ff.; vgl. auch GMÜR, Kommentar N. 26a zu Art. 177 ZGB). Auf die Nichtigkeit einer Verpflichtung können sich aber nicht nur die Kontrahenten und ihre Rechtsnachfolger berufen, sondern jedermann, der ein Interesse daran hat (VON TUHR OR I S. 201). Es ist klar, dass ein solches Interesse dem Kläger im vorliegenden Fall nicht abgeht, hängt doch gemäss Art. 497 Abs. 3 OR die Gültigkeit auch seiner Verpflichtung als Bürge von der Annahme der Nichtigkeit oder Gültigkeit der Bürgschaft der Frau Meyer-Schaffner ab.

Nach der Auffassung der Berufungsklägerin kann sich der Kläger aber deshalb nicht auf Ungültigkeit seiner Verpflichtung im Sinne des Art. 497 Abs. 3 OR stützen, weil die Mitbürgerin die Nichtigkeit ihrer Bürgschaft nicht geltend gemacht, sondern die Anhebung und Fortsetzung der Betreibung bis zur Verteilung geduldet hat, ohne Recht vorzuschlagen oder die Rückforderungsklage zu erheben. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beige-pflichtet werden. Die gegen Frau Meyer-Schaffner durchgeführte Vollstreckung würde die Befreiung des Klägers gemäss Art. 497 Abs. 3 nur dann hindern, wenn sie die Nichtigkeit der Verpflichtung der Frau Meyer beseitigt hätte. Davon kann jedoch keine Rede sein. Selbst die freiwillige Erfüllung einer Verpflichtung hebt deren Ungültigkeit nicht auf, sondern die Vertragsparteien haben einen neuen Vertrag einzugehen, wenn sie die ungültige Obligation heilen wollen (VON TUHR OR I S. 203/04). Allerdings kann bei formlosen Verträgen in der Erfüllung die Eingehung des neuen Vertrages liegen. Allein hier handelt es sich um einen der Schriftform bedürftigen Vertrag (OR Art. 493). Ausserdem hat Frau Meyer-Schaffner überhaupt nicht freiwillig erfüllt, sondern auf Betreibung hin. Sodann ist nicht dargetan, dass Frau

Meyer gewusst habe, dass die Genehmigung der zuständigen Vormundschaftsbehörde mangelte. Vor allen Dingen wäre noch zu entscheiden gewesen, ob Frau Meyer zur teilweisen Erfüllung ihrer Bürgschaftsverpflichtung der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht mehr bedurft hätte — eine Frage, die hier offen gelassen werden kann —, und es ist auch nicht dargetan, dass die Vormundschaftsbehörde des Kreises Oberengadin die Teilerfüllung genehmigt hätte, wenn eine solche Genehmigung noch notwendig gewesen wäre. Endlich darf nicht vergessen werden, dass der Bürge, der gegenüber dem Gläubiger die Einwendung des Art. 177 Abs. 3 nicht erhoben hat, frei bleibt, diese Einrede im Prozess über den Regress gegenüber dem Mitbürgen zu erheben, der mehr als seinen Anteil bezahlt hat (OR Art. 497 Abs. 2).

5. — Unter der Herrschaft des alten Obligationenrechtes hatte das Bundesgesetz seit dem Urteil vom 5. Juli 1895 in Sachen Lötscher gegen Ganz (BGE 21 S. 794 ff.) wiederholt entschieden, dass der Bürge, der sich unter der Voraussetzung verpflichtet hat, es würde noch ein anderer neben ihm für dieselbe Schuld bürgen, bei Ausbleiben dieser Voraussetzung nur für den Teil der Schuld haftbar sei, der ihn auch bei Vorhandensein einer gültigen Bürgschaft des Mitbürgen getroffen hätte (BGE 22 S. 105; 23 S. 757). In der vom Bundesrat bestellten Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechtes, die anno 1908 zur Beratung über den revidierten Entwurf vom 3. März 1905 einberufen worden war, hatte dann Jäger beantragt, die Gerichtspraxis zu kodifizieren und dem Art. 1553 des Entwurfes folgenden dritten Absatz beizufügen: « Hat ein Bürge in der dem Gläubiger erkennbaren Voraussetzung die Bürgschaft eingegangen, dass neben ihm für die gleiche Hauptschuld noch andere Bürgen eintreten, so kann er, wenn diese Voraussetzung sich nicht verwirklicht, eine verhältnismässige Reduktion seiner Bürgschaftsverpflichtung verlangen ». Ein anderes Mitglied des Ausschusses, Bühlmann, beantragte jedoch,

weiterzugehen und die gänzliche Befreiung des Bürgen anzuordnen, denn dies sei die einzig richtige Lösung in den Fällen, in denen sich jemand mit Rücksicht auf die Person des Mitbürgen verpflichtet habe, der dann nachträglich doch die Bürgschaft nicht eingegangen sei. In einer Eventual- und einer Hauptabstimmung siegte der Antrag Bühlmann gegenüber dem Antrag Jäger und gegenüber dem Entwurf. Einem Rückkommensantrag Rossel wurde schliesslich mit Einverständnis des Antragstellers keine Folge gegeben, da der gefasste Beschluss Rechtssicherheit schaffe (Protokoll der Sitzung vom 20. Oktober 1908). In den eidgenössischen Räten stiess der neue Absatz 3 des Art. 1553 auf keinen Widerstand. Im Nationalrat machte der deutsche Referent, Huber, zur Begründung geltend, bei richtiger Auslegung hätte die Lösung Bühlmann schon aus dem alten Obligationenrecht abgeleitet werden können, während der französische Referent, Ruty, die neue Lösung als klar begrüsst (Sten. Bull. NR XIX S. 710, 718). Im Ständerat führte der einzige Referent, Hoffmann, unter Hinweis auf die Praxis des Bundesgerichtes aus: « Der Entwurf sieht eine andere Lösung vor. Er sieht die gänzliche Befreiung vor, hauptsächlich in Würdigung derjenigen Fälle, wo sich der Bürge nur mit Rücksicht auf die Person eines Mitbürgen verpflichtet hat. Die Lösung mag etwas schroff sein, aber sie hat den Vorzug, Rechtssicherheit zu schaffen. »

Daraus geht in eindeutiger Weise hervor, dass es nicht richtig ist, wenn die Beklagte dem Gesetzgeber den Willen unterschiebt, er habe mit Art. 497 Abs. 3 den Zweck verfolgt, zu verhindern, dass ein Bürge durch die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Verpflichtung eines Mitbürgen in eine schlechtere Lage gebracht werde, als bei Gültigkeit; Art. 497 Abs. 3 wolle also nur verhindern, dass er effektiv intensiver hafte, als es eigentlich sein Wille war, und der Zweck sei erreicht, wenn verhindert werde, dass er durch Verlust der Rückgriffsrechte schlechter stehe. Wenn dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre,

hätte es genügt, den Antrag Jäger anzunehmen; der Gesetzgeber wollte aber ausdrücklich weitergehen, und das Bundesgericht kann der Auffassung der Berufungsklägerin schon mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut des Art. 497 Abs. 3 nicht beistimmen. Es ist übrigens nicht ausgeschlossen, dass der Kläger seine Bürgschaft gerade mit Rücksicht auf die Person der Mitbürgin einging, denn vielleicht stellte er sich vor, dass der Schuldner, Albert Meyer-Schaffner, zahlungsfähig sein müsse, wenn die Vormundschaftsbehörde der Bürgschaft seiner Ehefrau ihre Zustimmung gebe.

6. — Die teilweise Erfüllung der Bürgschaft durch Frau Meyer-Schaffner hätte den Kläger nur dann gleich gestellt, wie bei Gültigkeit der Bürgschaft der Frau Meyer, wenn Frau Meyer die Hälfte oder mehr der Schuld bezahlt hätte; im umgekehrten Fall hätte der Kläger keinen Rückgriff gegen Frau Meyer für den Überschuss über die Hälfte, den er bezahlt hat, während er diesen Rückgriff bei Gültigkeit der Mitbürgschaft allerdings besässe. Ausserdem ist zu beachten, dass der Mitbürge, dessen Bürgschaft ungültig ist, bei Erfüllung grundsätzlich die *condictio indebiti* erheben kann und dass dann der unterliegende Gläubiger für den Ausfall wiederum doch den andern Solidarbürgen belangen könnte, wenn dessen Bürgschaft gültig wäre. Wenn also im vorliegenden die Beklagte verpflichtet werden müsste, der Frau Meyer die zu Unrecht bezogenen 4712 Fr. 70 Cts. zurückzuerstatten, könnte auch nicht verhindert werden, dass die Beklagte sich für diesen Betrag an den Kläger halten würde, wenn dessen Bürgschaft als gültig betrachtet werden müsste. Die Frage der Verjährung der Klage der Frau Meyer auf Grund von Art. 86 SchKG kann hier offen bleiben, zumal Frau Meyer nicht Partei in diesem Prozess ist.

Wenn die teilweise Erfüllung durch den Mitbürgen, dessen Bürgschaft ungültig ist, genügen würde, um dem andern Bürgen das Recht aus Art. 497 Abs. 3 auf gänzliche Befreiung zu entziehen, könnte dieses Recht überhaupt

gänzlich illusorisch gemacht werden. Der Gläubiger brauchte dann nur vom andern Bürgen nur die Hälfte zu verlangen und auf jede weitere Forderung gegen die Bürgen zu verzichten, d. h. selbst den Anteil des Bürgen zu übernehmen, dessen Bürgschaft ungültig ist (LARBELLI, a.a.O. S. 45 f.). Auf diese Weise wäre man wieder bei der Praxis wie unter dem alten Obligationenrecht angelangt, welche der Gesetzgeber verlassen wollte.

7. — Die Berufungsklägerin hat sich noch auf Art. 25 Abs. 2 OR berufen, wonach der Irrrende den Vertrag geltend lassen muss, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hiezu bereit erklärt. Der Kläger mache in Wirklichkeit einen Irrtum über eine solche Voraussetzung geltend, nämlich über die Voraussetzung, dass Frau Meyer-Schaffner mithafte; der Kläger habe den Vertrag so verstanden: dass er gegen aussen solidarisch hafte, sich intern aber für die Hälfte an Frau Meyer-Schaffner schadlos halten könne, diese Schadloshaltung sei aber bereits eingetreten. Allein Art. 497 Abs. 3 kann nicht mit Art. 23 ff. OR kombiniert werden. Der Irrtum über die hier streitige Voraussetzung ist kein wesentlicher im Sinne der Art. 23 ff. OR, und bei Art. 497 Abs. 3 handelt es sich um eine Spezialbestimmung, welche auch die Folgen beim Fehlen der Voraussetzung abschliessend regelt.

8. — Die Berufungsklägerin hat ferner geltend gemacht, die Berufung des Klägers auf Art. 497 Abs. 3 verstosse gegen den Art. 2 ZGB. Allein wenn die Berufung des Klägers auf Art. 497 Abs. 3 gegen Treu und Glauben verstossen würde, so müsste dasselbe von der Berufung desjenigen Bürgen auf Art. 497 Abs. 3 gesagt werden, der von dem Gläubiger nur für den Teil belangt wird, den er auch bei Eintreffen der Voraussetzung hätte an sich tragen müssen. Damit würde man dem Willen des Gesetzgebers aber wiederum nicht gerecht. Aus den Akten ergeben sich übrigens keine Umstände: welche die Einwendung des Klägers als ganz besonders anstössig erscheinen liessen. Es ist namentlich nicht bewiesen, dass der

Kläger vom Fehlen der vormundschaftlichen Genehmigung wusste, als er sein Einverständnis erklärte, dass die Bank zuerst gegen Frau Meyer-Schaffner vorgehe, und ausserdem fügte der Kläger der Beklagten keinen Schaden zu, indem er sie veranlasste, zuerst die Betreuung gegen Frau Meyer einzuleiten und durchzuführen.

Das nicht in allen Teilen befriedigende Ergebnis dieses Prozesses ist daher auf den kategorischen Wortlaut und Sinn des Art. 497 Abs. 3 zurückzuführen (vgl. dazu auch OSER, Kommentar, 1. Aufl. S. 867).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann, und das Urteil des Kantonsgerichtes von Graubünden vom 19./20. Juli 1932 wird bestätigt.

6. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 31 janvier 1933
dans la cause **Veuve Pauchard contre Demoiselle Lévy.**

Responsabilité extra-contractuelle de la masseuse qui traite un malade sans tenir compte de symptômes suspects et persiste dans les massages malgré l'absence d'amélioration (consid. 2).
Motifs de réduction des dommages-intérêts. Faute concomitante d'un tiers (consid. 3).

A. — Au mois de juin 1925, Denise Lévy, âgée alors d'environ neuf ans, fit une chute au Salève. Quelques jours plus tard, elle ressentit des douleurs à la cheville gauche et se mit à boiter. Après un certain temps, les parents consultèrent un médecin. Le 15 juillet 1925, le Dr Colomb prescrivit des compresses et du repos. L'enflure et les douleurs disparurent au bout de quelques semaines, mais une marche un peu longue les fit réapparaître en automne. Le 12 octobre, le Dr Colomb plaça la jambe dans un plâtre pour trois semaines; l'enflure se dissipa puis reparut. Au mois de novembre, le Dr Machard, appelé en consultation, appliqua un second plâtre et,