

zum Ausdruck gebracht ist. Ebensowenig würde es den Beklagten nützen, wenn sie dartun könnten, dass der Testator die Ersatzverfügung unterlassen habe in der irrthümlichen Meinung, dass beim Vorversterben des eingesetzten Erben gleich wie bei der gesetzlichen Erbfolge ohne weiteres die Nachkommen an dessen Stelle nachrücken würden. Unter Berufung auf den Willensmangel kann nur die in erbrechtlich genügender Form vorhandene Verfügung richtiggestellt, nicht aber eine fehlende Erklärung nachgeholt werden (Art. 469 ZGB ; BGE 50 II 337). Dies gilt auch für den von den Beklagten in der Berufungsverhandlung vorgebrachten neuen Rechtsstandpunkt, dass die Verfügung insoweit einen Irrtum in der Bezeichnung der begünstigten Person enthalte, als der Testator nicht nur seine Schwester persönlich, sondern auch deren Familie, also die Beklagten als deren Nachkommen, habe begünstigen wollen, weil er seine Fürsorge und Pflege, für die er sich habe erkenntlich zeigen wollen, von der ganzen Familie seiner Schwester Emma erhalten habe. Dass die Einsetzung der Schwester Emma als Alleinerbin ernst gemeint und nicht irrthümlich ist, können die Beklagten nicht bestreiten. Was sie darüber hinaus verlangen, ist nicht die Richtigstellung einer an sich unklaren oder unrichtigen Verfügung, sondern eine Ergänzung derselben für den vom Erblasser selbst nicht geregelten Fall des Vorversterbens seiner Alleinerbin. Hiezu bietet Art. 469 Abs. 3 keine Handhabe.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 19. November 1937 bestätigt.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 33. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. April 1938 i. S. Solothurnische Leihkasse gegen Mühlebach.

Bürgschaft. Befreiung des Bürgen gemäss Art. 503 OR, wenn der Gläubiger den Rechtsweg gegen den Schuldner nicht ohne erhebliche Unterbrechung fortsetzt.

A. — Die beklagte Bank gewährte im Juni 1932 dem Buchdruckereihinhaber Zepfel in Solothurn einen Kontokorrent-Kredit von Fr. 20,000.—. Der Kredit wurde grundpfändlich sichergestellt ; ausserdem verpflichteten sich der Sohn des Schuldners als Solidarbürge und der Kläger als Nachbürge.

Am 21. Oktober 1933 ersuchte der Kläger die Beklagte unter Hinweis auf Art. 503 OR um Entlassung aus der Bürgschaft. Die Beklagte hob gegen den Schuldner Betreibung auf Grundpfandverwertung an und stellte, nachdem sie dem Schuldner im Einverständnis mit dem Kläger verschiedentlich Aufschub gewährt hatte, am 10. August 1934 das Verwertungsbegehren. Kurz darauf erwirkte der Schuldner eine Nachlassstundung, die am 24. Januar 1935 mit der Bestätigung des Nachlassvertrages endigte. Die Grundpfandbetreibung blieb indessen liegen bis zum Sommer 1935 ; am 16. August stellte die Beklagte ein neues Verwertungsbegehren.

In der Folge wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet, in welchem die Beklagte mit ihrer Forderung zu Verlust kam. Ebenso erhielt die Beklagte in der gegen den Solidarbürgen eingeleiteten Betreibung einen Verlustschein.

B. — Sie belangte daher den Beklagten als Nachbürgen, der seine Zahlungspflicht bestritt mit der Begründung,

die Beklagte habe die ihr nach Art. 503 OR obliegende Verpflichtung, den Rechtsweg gegen den Schuldner ohne erhebliche Unterbrechung fortzusetzen, nicht erfüllt und die Bürgschaft sei infolgedessen dahingefallen. Er schlug gegen den Zahlungsbefehl Recht vor und erhob, als der Beklagten die provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, vorliegende Aberkennungsklage.

Die Klage ist vom Bezirksgericht Brugg durch Urteil vom 17. September 1937 und vom Obergericht des Kantons Aargau durch Urteil vom 4. Februar 1938 gutgeheissen worden.

C. — Die Beklagte hat die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Nach Ziff. 5 des Kontokorrentvertrages hatte die Beklagte das Recht, den Schuldbetrag vom Schuldner jederzeit einzufordern. Zur Anwendung kommt daher Art. 503 Abs. 1 OR : der Kläger war als Nachbürge befugt, von der Beklagten zu verlangen, dass sie die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner binnen vier Wochen aufnehme und sie ohne erhebliche Unterbrechung fortsetze. Er hat davon in der Weise Gebrauch gemacht, dass er der Beklagten am 21. Oktober 1933 schrieb, er stelle « hiermit das Entlassungsgesuch gemäss Art. 503 OR ». Das war insofern unzutreffend ausgedrückt, als der Bürge nach Art. 503 nicht die Entlassung aus der Bürgschaft, sondern lediglich die Liquidation der Hauptschuld verlangen kann, woraus sich dann je nachdem seine Zahlungspflicht oder seine Befreiung ergibt. Ein blosses Entlassungsgesuch wäre daher ebensowenig wie eine « Kündigung » der Bürgschaft als Aufforderung im Sinne von Art. 503 OR zu behandeln (BGE 20 S. 179 Erw. 7, 39 II 262 Erw. 3, 43 II 515 Erw. 2 ; BECKER, Art. 503 N. 1). Der Kläger hat aber ausdrücklich auf Art. 503 hingewiesen und damit kundgetan, dass sein Begehren im Sinne dieser Vorschrift gemeint sei, was genügte ; der Inhalt der Vorschrift brauchte nicht auch noch wiedergegeben zu werden.

2. — Es ist nicht streitig, dass die Beklagte auf das Begehren des Klägers hin die Forderung rechtzeitig geltend gemacht hat. Zwar stellte der Kläger das Begehren schon am 21. Oktober 1933, doch stimmte er nachträglich einer « Verlängerung » der Bürgschaft bis Ende Dezember 1933 zu, worauf dann die Klägerin Anfang Januar 1934, also innert der vierwöchigen Frist des Art. 503 OR, Grundpfandbetreibung anhub.

Der Kläger will von der Bürgschaft befreit worden sein, weil die Beklagte den Rechtsweg gegen den Schuldner nicht gemäss Art. 503 ohne erhebliche Unterbrechung fortgesetzt habe.

Dabei trifft die Beklagte jedenfalls kein Vorwurf für den Stillstand, welchen die Rechtsverfolgung von der Einleitung der Betreibung an bis zur Bestätigung des schuldnerischen Nachlassvertrages erlitten hat. Der Kläger hatte sich mit den von der Beklagten dem Schuldner bis Anfang August 1934 gewährten Fristerstreckungen ausdrücklich abgefunden und erklärte noch am 10. August 1934 sein Einverständnis, dass mit der Fortsetzung der Betreibung um weitere acht Tage zugewartet werde. Während der Nachlassstundung sodann, welche der Schuldner unmittelbar darauf, am 23. August 1934, erwirkte und welche nach wiederholter Verlängerung bis zu der am 24. Januar 1935 erfolgten Bestätigung des Nachlassvertrages dauerte, blieb die Betreibung von Gesetzes wegen eingestellt (Art. 297 SchKG).

3. — Der Kläger legt der Beklagten denn auch nur zur Last, dass sie nach der Bestätigung des Nachlassvertrages die Betreibung zunächst weiter ruhen liess und erst am 16. August 1935 das Verwertungsbegehren stellte bzw. erneuerte.

Dass eine solche, über sechs Monate dauernde Unterbrechung des Rechtsweges, rein zeitlich betrachtet, eine wesentliche ist im Sinne von Art. 503 OR, liegt auf der Hand. Das ergibt sich klar aus der vierwöchigen Frist, welche für die Aufnahme der Rechtsverfolgung vorgesehen ist. Wenn daraus auch nicht in schematischer Weise

abgeleitet werden kann, dass jede spätere Rechtsvorkehrer jeweils innerhalb der gleichen Frist zu treffen sei, so gibt die Vorschrift doch einigermaßen die Beschleunigung an, mit welcher der Gläubiger die ganze Rechtsverfolgung durchzuführen hat; denn es wäre widersinnig, für die erste Rechtsvorkehrer eine Frist von vier Wochen vorzuschreiben, wenn mit den spätern Vorkehrern zehn, zwanzig und mehr Wochen zugewartet werden könnte.

4. — Fraglich bleibt somit bloss, ob der Beklagten die erwähnte Unterbrechung deswegen nicht als eine erhebliche gemäss Art. 503 OR angerechnet werden darf, weil sie durch besondere Umstände gerechtfertigt war.

Der Begriff der erheblichen Unterbrechung ist in dieser Hinsicht verschiedener Auslegung fähig. Die eine Lehrmeinung will dem Gläubiger eine weitgehende Rücksichtnahme auf die konkreten Umstände und namentlich auf die Verhältnisse des Schuldners einräumen, sofern er dabei nur die gesetzlichen Mittel zur Rechtsverfolgung nicht verkümmern lasse (so OSER, Art. 502, N. 4, der seinerseits auf HAFNER, Art. 502 N. 6, und ROSSEL, 1. Aufl., S. 644 f. verweist). Eine andere Auslegung stellt mehr auf die Interessen des Bürgen ab und beurteilt demgemäss das Vorgehen des Gläubigers nach einem strengern Massstabe (BECKER, Art. 502 N. 6, ROSSEL, 4. Aufl. N. 898, spez. S. 588). Diese zweite Auffassung erscheint als die zutreffendere. Das Gesetz gibt dem Bürgen in Art. 503 die Möglichkeit, die Hauptschuld zur Liquidation und damit seine eigene, unbefristete Verpflichtung zur Abklärung und zur Erledigung zu bringen. Es handelt sich also um eine ausgesprochene Schutzbestimmung zu Gunsten des Bürgen (vgl. auch BGE 54 II 293/94, ferner BECKER, Art. 503 N. 3). Dieser Charakter der Vorschrift muss wegleitend sein bei ihrer Auslegung und insbesondere bei der Entscheidung darüber, welche Unterbrechung des Rechtsweges dem Gläubiger mit Rücksicht auf die Umstände als unerheblich zuzubilligen sind.

a) Die Beklagte macht zu ihrer Entlastung im wesent-

lichen geltend, dass sie am 10. August 1934 das Verwertungsbegehren gestellt und damit ihre Obliegenheit erfüllt habe; sie könne nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass das Betreibungsamt nach Abschluss des Nachlassverfahrens nicht pflichtgemäss zur Verwertung geschritten sei.

In der Tat wäre es Pflicht des Betreibungsbeamten gewesen, nach Ablauf der dem Schuldner gewährten Nachlassstundung die Verwertung ohne weiteres durchzuführen. Die Betreuung war, da sie auf Pfandverwertung ging, durch den Nachlassvertrag nicht dahingefallen (Art. 311/12 SchKG; BGE 34 II 780 und 59 III 198), und es hätte daher dem Verwertungsbegehren Folge gegeben werden müssen, sobald die Stundung nicht mehr entgegenstand. Allein die Beklagte wird dadurch gegenüber dem Kläger nicht entlastet. Wie die Vorinstanz mit Recht ausführt, wäre es Sache der Beklagten gewesen, den Betreibungsbeamten zur Vornahme der Verwertung zu mahnen und nötigenfalls Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu erheben. Der Gläubiger hat gemäss Art. 503 OR im Interesse des Bürgen dafür besorgt zu sein, dass der Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortgesetzt werde; er darf deshalb der Untätigkeit der angegangenen Amtsstelle nicht ebenfalls untätig zusehen, sondern hat alle Schritte zu unternehmen, die notwendig sind, um die gesetzliche Amtshandlung zu veranlassen.

b) Ob der Kläger Kenntnis davon hatte, dass die Betreuung nach Ablauf der Stundung liegen blieb, ist unerheblich. Aus seinem Stillschweigen durfte die Beklagte keinesfalls schliessen, dass er das weitere Zuwarten billige. Zwar hatte er vorher wiederholt Fristerstreckungen zugestimmt und damit gegenüber dem Schuldner eine bedeutende Nachsicht an den Tag gelegt. Anlässlich der letzten Fristerstreckung vom 10. August 1934 schrieb er aber der Beklagten in kategorischer Weise, dass nach Ablauf der neuen achtzügigen Frist die Betreuung « ohne weiteres ihre Fortsetzung nehmen » solle. Darnach konnte

die Beklagte über die Willensmeinung des Klägers, keinen weitem Aufschub hinzunehmen, nicht mehr im Zweifel sein. Die Betreibung wurde dann durch die Stundung stillgelegt, von Seite des Klägers trat jedoch nichts ein, was die Beklagte zur Annahme berechtigt hätte, er habe seinen Entschluss nachträglich geändert. Im Gegenteil, als die Beklagte ihn im Herbst 1934 zur Schuldübernahme oder zur Eingehung einer Solidarbürgerschaft bewegen wollte, um das Unternehmen des Hauptschuldners Zepfel zu erhalten, lehnte der Kläger in seinen Schreiben vom 15. und 23. November 1934 nicht nur dieses Ansinnen ab, sondern verlangte neuerdings ausdrücklich, dass die Pfandverwertung durchgeführt werde. Die Beklagte antwortete darauf am 10. Dezember 1934, die Betreibung sei durch das Nachlassverfahren vorläufig gehindert, doch werde sie nach der behördlichen Bestätigung des Nachlassvertrages « auf die Position zurückkommen ». Das hätte sie, wie bereits dargelegt wurde, durch entsprechende Vorkehren beim Betreibungsamt bzw. bei der Aufsichtsbehörde auch wirklich tun müssen, und zwar ohne einen neuen Anstoss seitens des Klägers abzuwarten. Für den Kläger, der seinen Willen, die Betreibung so bald als möglich zum Abschluss bringen zu lassen, genügend kundgegeben hatte, bestand keine Verpflichtung, die Beklagte bei der Erfüllung ihrer Aufgabe zu überwachen, dies ebensowenig, als er andererseits befugt war, selber in die Betreibung einzugreifen oder von der Beklagten während des Verfahrens Rechenschaft darüber zu verlangen. Wenn die Beklagte die Betreibung bis zum August 1935 einfach ruhen liess, so tat sie es demnach auf ihr eigenes Risiko und wurde dem Kläger dafür nach Massgabe von Art. 503 OR verantwortlich.

c) Eine Minderheit im Schosse des kantonalen Gerichtes hat die Ansicht vertreten, die Berufung des Klägers auf Art. 503 verstosse gegen Treu und Glauben. Es sei der Beklagten nicht zuzumuten gewesen, dass sie nach Abschluss des Nachlassverfahrens, rigoros von ihrem Rechte Gebrauch machend, sofort die Grundpfandverwertung

verlange und damit das Sanierungswerk und die geschäftliche Existenz des Schuldners vernichte.

Hiezu ist in erster Linie zu bemerken, dass der Kläger das Begehren um Liquidation der Forderung schon im Oktober 1933, also fast ein Jahr vor Beginn des Nachlassverfahrens, gestellt hatte und in der Folge dem Schuldner immer wieder Fristerstreckungen gewähren liess, bis dann im August 1934 die Stundung dazwischen kam und eine neue, mehrmonatige Unterbrechung der Betreibung brachte. Unter diesen Umständen kann von Rücksichtslosigkeit des Klägers nicht die Rede sein, wenn er schliesslich nach Ablauf der Stundung den Rechtsweg ohne weitere Verzögerung fortgesetzt wissen wollte. Zudem hat tatsächlich auch das Zuwarten der Beklagten bis zum August 1935 den Schuldner nicht vor dem Konkurs zu retten vermocht, was beweist, dass die Sanierung seines Unternehmens durch den Nachlassvertrag ohnehin nur eine scheinbare war. Vor allem aber fasst die Minderheit des Obergerichtes mit ihrer Betrachtungsweise zu sehr nur die Interessen des Schuldners ins Auge und übersieht dabei die Interessen des Bürgen, deren Schutz Art. 503 OR zum Zwecke hat. Wollte man in dieser Weise die Rücksichtnahme auf den Schuldner voranstellen, so würde die Vorschrift ihren Wert für den Bürgen praktisch zu einem erheblichen Teile wieder einbüssen.

d) Keine Rolle spielt, ob ohne die Unterbrechung das Ergebnis der Betreibung für den Gläubiger und damit für den Bürgen das gleiche gewesen wäre wie mit der Unterbrechung. Art. 503 setzt für die Befreiung des Bürgen nicht den Nachweis eines Schadens voraus, welcher Nachweis der Natur der Sache nach in den meisten Fällen schwer zu erbringen wäre, sondern stellt allein auf die Tatsache der erheblichen Unterbrechung als solche ab (vgl. hierzu BECKER, Art. 502 N. 8).

5. — Eine solche Unterbrechung des Rechtsweges liegt demnach vor, woraus folgt, dass die Beklagte ihre Rechte aus der Bürgschaft verwirkt hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 4. Februar 1938 bestätigt.

**34. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Mai 1938 i. S. Ehrlich und Konsorten gegen Grandhôtel und Kurhaus Seelisberg (Sonnenberg) A.-G.**

**Werkhaftung, Art. 58 OR. Mangelhafte Anlage eines Schwimmbassins, darin bestehend, dass ein plötzliches Abfallen des anfänglich auf eine Strecke von 20 m sich langsam senkenden Bassinbodens in keiner Weise markiert ist. Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Mangel und dem Ertrinken eines des Schwimmens unkundigen Benützers. Mitverschulden desselben.**

1. — Die Badeanlage stellt, wie auch die Beklagte selber nicht bezweifelt, ein Werk im Sinne von Art. 58 OR dar. Die Beklagte als Eigentümerin haftet somit nach den strengen Grundsätzen der Verursachungshaftung für Schäden, die auf eine fehlerhafte Anlage oder Unterhaltung des Werkes zurückzuführen sind.

Da der Verunfallte nach der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz ertrunken ist, weil er auf dem steilabfallenden Teilstück des Bassinbodens ausglitt, so fragt sich, ob diese Gestaltung des Bassins zusammen mit der gesamten übrigen Anlage als fehlerhaft bezeichnet werden muss.

Diese Frage ist mit den beiden Vorinstanzen zu bejahen. Durch das unvermutete, dem Auge nicht erkennbare Abfallen des glatten, nur ungenügende Adhäsion bietenden Bodens wurde ein Gefahrmoment geschaffen für alle des Schwimmens unkundigen Benützer der Badeanlage. Mit solchen musste die Beklagte aber rechnen, da sie die Anlage allen ihren Kurgästen ohne Unterschied zur Verfügung stellt. Gegen die in dieser Beschaffenheit des Bodens liegende Gefahr hätten daher irgendwelche Vor-

kehren getroffen werden müssen, durch welche die Badenden aufmerksam gemacht worden wären. Dies hätte geschehen können durch eine feste Abschränkung beim Beginn des Steilabfalles, durch schwimmende Boien oder endlich durch das Anbringen von Warnungstafeln an der Wand des Bassins. Das Fehlen jeglicher derartiger Schutzvorkehrungen stellt einen Mangel in der Anlage dar. Die längs des Bassins an der Wand angebrachte Haltestange, auf welche die Beklagte hinweist, bedeutete nur eine ungenügende Sicherheitsvorkehrung. Erfahrungsgemäss gehen die meisten Badenden in der Mitte des Bassins vorwärts. Sie werden hiezu vor allem auch dadurch veranlasst, dass der Durchgang vom Planschbecken zum andern Abteil sich nicht etwa auf der Seite, sondern in der Mitte der Abgrenzung befindet.

Da das Ertrinken eines des Schwimmens unkundigen Benützers der Badeanlage infolge der mangelhaften Ausführung derselben ein Ereignis war, das auch von den Organen der Beklagten als möglich vorausgesehen werden konnte, so ist auch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel und dem Unfall zu bejahen. Die Haftbarkeit der Beklagten auf Grund von Art. 58 OR ist daher grundsätzlich gegeben.

2. — Die Ersatzpflicht der Beklagten wird jedoch etwas gemildert durch das dem Verunfallten zur Last fallende eigene Verschulden. Da er die Badeanlage nicht kannte, so wäre es für ihn ein Gebot der Vorsicht gewesen, sich in der Reichweite der Haltestange zu halten, als er beim Weiterschreiten das stetige Zunehmen der Tiefe feststellen musste und ihm das Wasser schon bis an den Hals ging. Dies war nämlich schon bei einer Tiefe von 1,40 m, also bedeutend vor dem Beginn des Steilabfalles, tatsächlich der Fall, da Ehrlich 1,71 m gross war. Dagegen wiegt dieses Mitverschulden doch nicht derart schwer, dass die Ersatzpflicht der Beklagten deswegen zu verneinen wäre. Es rechtfertigt sich lediglich, eine Kürzung der Ersatzansprüche der Kläger um 20 % eintreten zu lassen.