

auf der dem kantonalen Richter zustehenden freien Beweiswürdigung, die der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist. Andererseits hat das Bundesgericht als Berufungsgericht aber auch nicht darüber zu entscheiden, ob und inwieweit die Vorinstanz gemäss Art. 167 der thurgauischen Zivilprozessordnung auf das Zeugnis Fitzli abstellen durfte.

3. — Es fragt sich daher, ob auf Grund des von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Tatbestandes ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist. Diese Frage ist zu verneinen. Die Stellung des Grundbuchbeamten bei der Unterzeichnung war diejenige eines Vertreters, der die Erklärung jeder Partei zu Handen der andern entgegennimmt. Für die Perfektion des im Streite liegenden Liegenschaftentauschvertrages war daher in erster Linie erforderlich, dass der Beklagte dem Grundbucheamten eine Erklärung abgab, die für den Kläger bestimmt war. Nun hat der Beklagte dem Grundbuchverwalter erklärt, er unterzeichne den Vertrag nur zu seiner, des Grundbuchverwalters Deckung und nur unter der Voraussetzung, dass das Vertragsverhältnis mit dem Kläger dadurch nicht berührt werde. Der Beklagte hat also lediglich eine für den Grundbuchbeamten persönlich und nicht eine für den Kläger bestimmte Erklärung abgegeben. Unter diesen Umständen muss die Klage, ohne dass dem Rückweisungsantrag des Klägers Folge zu geben ist, abgewiesen werden, weil keine gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung der Parteien, und somit kein verbindlicher Vertrag vorliegt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 3. Februar 1914 bestätigt.

44. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. April 1914 i. S.

Werthmüller, Kläger, gegen Spar- und Kreditkasse Burgdorf A.-G., Beklagte.

Verbürgung eines Kredites «bis zum Kreditbetrage von 60,000 Fr. nebst allen ausstehenden Zinsen, inbegriffen Zinseszinsen, Provisionen und Folgen». Abwicklung des Kreditvertrages in Form eines Kontokorrentverhältnisses. Novationswirkung der Rechnungsabschlüsse hinsichtlich der genannten Nebenansprüche im Sinne ihrer Einbeziehung in die Kapitalsumme. Bezahlung einer den verbürgten Höchstbetrag übersteigenden Summe durch den Bürgen wegen Unkenntnis jener Novationswirkung. Der unterlaufene Irrtum ist ein Rechtsirrtum. Der letztere ist geeignet zur Begründung der *condictio indebiti* des Art. 72 a und 63 rev. OR.

1. — Am 24./30. September 1903 hat die Beklagte, die Spar- und Kreditkasse Burgdorf, dem Rudolf Bieri, damals Müller in Hindelbank, einen Kredit von 60,000 Fr. eröffnet. Laut dem hierüber ausgestellten Schadlos- und Kreditbrief anerkannte Bieri diejenige Summe, die er direkt oder durch Wechsel, Anweisungen oder sonstige Verfügungen von der Beklagten beziehen werde, ihr auf Rechnung dieses Kredites schuldig zu sein, und er verpflichtete sich, «den daherigen Schuldbetrag nach dem jeweiligen von der gläubigerischen Kasse festgesetzten Zinsfuss zu verzinsen», «ferner die bestimmten Provisionen und Auslagen für Porti, Stempel, Ausfertigung von Akten usw. zu berichtigen» und der Beklagten «allen Schaden und Nachteil zu ersetzen, der ihr aus der Eröffnung dieses Kredites jemals vom Kreditnehmer zuwachsen könnte». Der Kredit wurde auf verschiedenen Liegenschaften des Kreditnehmers hypothekarisch versichert und ferner durch den Kläger Johann Werthmüller und zwei andere Personen — Ernst Küng und Niklaus Glauser — verbürgt. Laut der Bürgschaftserklärung traten diese Drei «den oben angegebenen Verbindlichkeiten des Kreditschuldners gegen die Spar-

und Kreditkasse Burgdorf solidarisch sowohl unter sich als mit dem Hauptschuldner als Bürgen bei und verpflichteten sich, für die von dem Kreditnehmer der gläubigerischen Kasse schuldig werdenden Summen bis zum Kreditbetrage von Franken sechzigtausend, 60,000 Fr., nebst allen ausstehenden Zinsen, inbegriffen Zinseszinsen, Provisionen und Folgen zu haften. . . . »

Der Kreditvertrag wickelte sich in Form eines Kontokorrentverhältnisses ab. Die Beklagte übermachte jeweilen dem Bieri und später dessen Vormund Rechnungsauszüge auf den 31. Dezember und den 30. Juni mit Saldovortrag und erhielt stets die beigegebene Richtigbefundsanzeige unterzeichnet zurück. Von 1907 an überschritten die Guthabenssaldi der Beklagten 60,000 Fr. Der Auszug auf 31. Dezember 1908 erzeugte eine Saldoforderung von 68,166 Fr. 70 Cts. Diese Forderung samt den seither erwachsenen Zinsen und Provisionsansprüchen meldete die Beklagte im Konkurse, der bald nachher, am 15. Februar 1909, über Bieri eröffnet wurde, an. Auf Grund der Verteilungsliste und Schlussrechnung erhielt sie am 2./3. September 1909 aus dem Pfanderlös eine Dividende von 62,947 Fr. ausbezahlt. Für den Rest ihrer Forderung, die mit den erlaufenen Zinsen, auf den 30. Oktober berechnet, 70,540 Fr. 25 Cts. betrug, also für 7593 Fr. 25 Cts. blieb die Beklagte ohne Deckung.

Diese Verlustsumme forderte sie wiederholt mündlich und schriftlich vom Kläger als Bürgen ein, worauf der Kläger sie am 30. Oktober ohne Vorbehalt bezahlte. Nachdem dieser die Sache drei Jahre lang auf sich hatte beruhen lassen, beauftragte er im November 1912 seinen Anwalt, die Frage zu prüfen, inwieweit ihm gegen die Mitbürgen Rückgriffsrechte zuständen. In seinem Berichte vom 4. Januar 1913 setzte der Anwalt auseinander, dass nach seiner Meinung der Kläger der Beklagten überhaupt nichts zu bezahlen gehabt hätte: Die Haftung der Bürgen habe sich auf das Kreditkapital von 60,000 Fr. und die seit dem letzten Kontokorrentabschluss erwachsenen

Zinse und Provisionsansprüche erstreckt, auf zusammen 61,450 Fr. 50 Cts. Die früheren Zinse und Provisionen aber seien Bestandteil des Kapitals geworden. Mit der Konkursdividende von 62,947 Fr. habe also die Beklagte schon mehr als den verbürgten Maximalbetrag erhalten.

Auf dies hin erhob der Kläger nach erfolgloser Zahlungsaufforderung gegen die Beklagte Klage mit dem Begehren auf Rückzahlung der 7593 Fr. 25 Cts. und Bezahlung von 5 % Zinsen hievon seit dem 30. Oktober 1909. . . .

Vom bernischen Appellationshof mit Urteil vom 28. Januar 1914 abgewiesen hat der Kläger sein Klagebegehren vor dem Bundesgericht als Berufungsinstanz erneuert.

2. — Von den Erfordernissen der *condictio indebiti* des Art. 72 aOR ist zunächst zweifellos das der Bereicherung vorhanden. Die Beklagte hat an den ihr übergebenen Geldstücken Eigentum erworben und ihr Vermögen um den bezahlten Betrag vermehrt.

3. — Sodann hat man es auch mit der Bezahlung einer Nichtschuld zu tun, indem der Kläger zu keiner Leistung als Bürge mehr verpflichtet war, nachdem die Beklagte aus dem Konkurse des Hauptschuldners an dessen Schuld 62,947 Fr. als Dividende bezahlt erhalten hatte. Hierüber ist des nähern zu bemerken:

Die vom Kläger verbürgte Hauptschuld umfasst den ganzen von der Beklagten im Konkurse eingegebenen Betrag (68,166 Fr. 70 Cts. val. 1. Januar 1909 mit seitherigen Zinsen und Provisionen). Denn nach der Schuldurkunde verpflichtete sich Bieri, diejenige Summe, die er von der Beklagten auf Rechnung des Kredites von 60,000 Fr. beziehen werde, samt Zinsen, Provisionen und Auslagen wieder zurückzuzahlen, und es ist unbestritten, dass die angemeldete Konkursforderung sich aus Kreditbezügen — in einem Umfange, der, wie es scheint, das anfängliche Kreditmaximum überschreitet — und aus den seit der Kreditgewährung aufgelaufenen Zinsen, Provisionen und Auslagen zusammensetzt. Auch ihrer Höhe nach sind die

einzelnen Posten unangefochten. Zudem haben Bieri oder sein Vormund die jeweiligen Rechnungsauszüge, mit Einschluss des letzten auf den 31. Dezember 1908, als richtig anerkannt.

Was sodann die Bürgschaftsschuld anlangt, so verpflichteten sich die Bürgen, « für die vom Kredit-schuldner der gläubigerischen Kasse schuldig werdenden Summen bis zum Kreditbetrage von 60,000 Fr. nebst allen ausstehenden Zinsen, Provisionen und Folgen zu haften ». . . . Hier nun fällt im Sinne einer Beschränkung der Bürgschaftshaftung in Betracht, dass der Kreditvertrag die Kreditgewährung in Form eines Kontokorrentverkehrs vorsieht und dass er auch in dieser Form vollzogen wurde. Ob man es dabei mit einem eigentlichen Kontokorrentverhältnis zu tun habe, bei dem die Einzahlungen und Bezüge als Rechnungsposten behandelt werden und nur eine Forderung auf den Saldo besteht, oder mit einem Rechnungsverhältnis ohne diese besonderen Wirkungen, mag dahingestellt bleiben. In beiden Fällen ist zu sagen, dass die während einer Rechnungsperiode erwachsenen Zins-, Provisions- und sonstigen Nebenansprüche nach Abschluss der Rechnungsperiode zum Kapital geschlagen werden und damit als solche durch Novation untergehen (vergl. BE 29 II S. 335 ff. Erwägungen 5 und 6). Laut der Bürgschaftsverpflichtung erstreckt sich aber die Haftung des Klägers, was das Kapital anlangt, « bis zum Kreditbetrage von 60,000 Fr. ». Insgesamt hatte er demnach, als die Beklagte am 2./3. September 1909 an die Hauptschuld 62,947 Fr. bezahlt erhielt, für 60,000 Fr. nebst den seit dem letzten Rechnungsabschlusse vom 31. Dezember 1908 erwachsenen Zinsen und sonstigen Nebenansprüchen einzustehen, was laut unbestrittener Feststellung der Vorinstanz zusammen 62,500 Fr. ausmacht. Mithin hat die Beklagte an die Hauptschuld, die am 31. Dezember 1908 auf 68,166 Fr. 70 Cts. aufgelaufen war, mehr erhalten als den verbürgten Höchstbetrag und die

Bürgschaft ist daher mit der Bezahlung vom 2./3. September 1909 erloschen.

Mit Unrecht glaubt die Beklagte eine Haftung der Bürgen für den vollen Betrag der Hauptschuld daraus ableiten zu können, dass laut dem Kreditbrief der Hauptschuldner ihr allen Schaden und Nachteil zu ersetzen hat, der ihr aus der Krediteröffnung erwachsen könnte, und dass in der Bürgschaftsurkunde die Bürgen erklären, solidarisch unter sich und mit dem Hauptschuldner « den oben angegebenen Verbindlichkeiten des Kreditschuldners » beizutreten. Letzteres kann sich nicht auch auf jene allgemeine Verpflichtung des Schuldners zum Schadenersatz beziehen, jedenfalls nicht, soweit es sich um die hier streitige Frage handelt, für welchen Höchstbetrag an Kapital die Bürgen haften. Diese Frage wird in der Bürgschaftsakte ausdrücklich im Sinne der oben erörterten Beschränkung der Haftung auf einen Kapitalbetrag von 60,000 Fr. geregelt und demgemäss kehrt denn auch in diesem Akte jener in die Schuldurkunde aufgenommene Passus nicht wieder.

4. — In dritter Linie muss als dargetan gelten, dass sich der Kläger bei seiner Zahlung über seine Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat. Irgend ein anderer Grund, wegen dessen er dazu gekommen wäre, eine Nichtschuld zu zahlen, ist weder zu ersehen, noch von der Beklagten behauptet worden. Unter solchen Umständen aber muss der Irrtum als ausgewiesen gelten (vergl. OSER, Kommentar zum OR, Art. 63, V, 4).

Mit der Vorinstanz und auf Grund ihrer tatsächlichen Würdigung der Verhältnisse ist dieser dem Kläger unterlaufene Irrtum als Rechtsirrtum zu qualifizieren: Der Kläger hat seine Zahlung in der Annahme gemacht, dass alle seit der Krediteröffnung erwachsenen Zins- und sonstigen Nebenansprüche als solche weiter beständen und dass daher alle noch zu den « ausstehenden » Zinsen und Provisionen gehörten, für die ihn der Bürgschaftsakt haften lässt, während sich doch nach dem oben Gesagten

seine Haftbarkeit bloss auf die vom 1. Januar 1909 an entstandenen Nebenansprüche erstreckte, die frühern aber im Kapitalbetrag aufgegangen waren. Jene unrichtige Annahme beruht auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung der den jeweiligen Rechnungsabschlüssen zukommenden Bedeutung, nämlich auf einer Verkennung der Novationswirkung, die mit ihnen (mindestens) hinsichtlich der Nebenansprüche verbunden war. Ein Irrtum darüber aber, inwiefern tatsächlich solche Rechnungsabschlüsse stattgefunden und auf welche Posten sie sich tatsächlich bezogen haben, hat beim Kläger nicht obgewaltet.

5. — Die Vorinstanz stellt nun darauf ab, dass ein Rechtsirrtum zur Begründung der *condictio indebiti* des Art. 72 aOR nicht genüge und kommt aus diesem Grunde zur Abweisung der Klage. Für ihren Rechtsstandpunkt beruft sie sich auf das bundesgerichtliche Urteil vom 9. Juni 1905 i. S. Träubler gegen Bank in Wil (BE 31 II S. 294 f. Erwägung 3) und erklärt, durch die damit inaugurierte Praxis des Bundesgerichts gebunden zu sein.

Nun hat in der Tat das Bundesgericht im genannten Urteil den Rechtsirrtum wenigstens für den damals zu prüfenden Fall — es handelte sich um einen Irrtum über die Gültigkeit eines Wechselprotestes — als zur Anstellung der Rückforderungsklage aus Art. 72 OR ungeeignet bezeichnet, und in zwei spätern Entscheidungen (BE 34 II S. 329 und S. 514) hat es unter Verweisung auf jenes Urteil und ohne dessen Begründung etwas beizufügen, diese Unerheblichkeit des Rechtsirrtums allgemeiner ausgesprochen. Mag aber auch damit eine Praxis in diesem Sinne sich gebildet haben, so liegen doch hinreichende Gründe zu einer erneuten Prüfung der Frage vor: Einmal nämlich erörtert jenes einzige Urteil des Bundesgerichts, das sich sachlich mit ihr beschäftigt, sie nicht allseitig und erschöpfend, während doch früher schon das Bundesgericht selbst den Rechtsirrtum ohne weiteres als zur Begründung der *condictio indebiti* genügend angesehen hatte (vergl. z. B. BE 25 II S. 873, ebenfalls einen Irrtum über

die Gültigkeit eines Wechselprotestes betreffend). Sodann hat sich vielfach die kantonale, namentlich die zürcherische Rechtssprechung und fast allgemein die Literatur ausdrücklich für die Berücksichtigung des Rechtsirrtums ausgesprochen, und zwar auch noch nach jenem Bundesgerichtsentscheide von 1905 und auch in Hinsicht auf das rev. OR (vergl. Schweizerische Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 8 S. 357, 10 S. 38, 18 S. 131, Blätter für zürcher. Rechtssprechung 3 N° 173, 7 N° 23; VOGT, Leichtfassliche Anleitung zum OR, S. 56, SCHNEIDER UND FICK, Kommentar, 2. Auflage, Art. 72 Note 7, HABERSTICH, Handbuch I S. 193, HAFNER, Kommentar, 2. Auflage, Art. 72 Note 6, ROSSEL, Manuel, I. Auflage, S. 92, II. Auflage, S. 102; von den Kommentaren des rev. OR: FICK, Art. 63, Noten 17 und 20, und OSER, Art. 63, Noten III, 3 a und b, BECKER, Art. 63, Noten 10 und 11, der den unwesentlichen Irrtum im Sinne des Art. 24 und damit *implicite* den Rechtsirrtum für genügend erklärt; sodann die Kritiken des Entscheides Stäubler von WÄCHTER in den Blättern für zürcherische Rechtssprechung, 4 S. 293 und von STÜCKELBERG in der schweizerischen Juristenzeitung 5 S. 169; besonders endlich den die Frage eingehender behandelnden Aufsatz NÄGELIS in der schweizerischen Juristenzeitung 5 S. 386 ff.).

In erster Linie nun vermag jedenfalls der Wortlaut des Art. 72 aOR und des Art. 63 rev. OR die Annahme der Unerheblichkeit des Rechtsirrtums nicht zu rechtfertigen. Die beiden Bestimmungen sprechen schlechthin von einem « Irrtum », in dem sich der Zurückfordernde befunden haben müsse, und machen also keine auf die Beschaffenheit dieses Irrtums abstellende Unterscheidung. Die Auffassung, dass ein Rechtsirrtum nicht genüge, beruht daher auf einer dem Wortlaut widersprechenden, einschränkenden Auslegung, die der Rechtfertigung durch bestimmte Gründe bedarf.

Solche lassen sich zunächst nicht aus der Entstehungsgeschichte der beiden Bestimmungen herleiten.

Von den verschiedenen Gesetzen, die bei der Ausarbeitung des OR hauptsächlich mitberücksichtigt wurden, hat freilich das zürcherische Privatrecht in § 1221 den Rechtsirrtum bei der *condictio indebiti* soweit ausgeschlossen, als nicht besondere Gründe seine Entschuldbarkeit ergeben. Die andern dieser Gesetze dagegen, mit Ausnahme des *Code civil*, erklären im Gegenteil den Rechtsirrtum ausdrücklich als geeignete Voraussetzung für die Rückforderungsklage, so das österreichische BGB in § 1431, das sächsische BGB in § 1519 und der Dresdener Entwurf im Art. 976; und was den die Klage regelnden Art. 1377 c. c. anlangt, so spricht er, gleich dem OR, kurzweg von Irrtum (« *erreur* ») und eine ständige Gerichtspraxis hatte ihn schon damals im Sinne auch der Zulassung des Rechtsirrtums ausgelegt (vergl. DALLOZ, *Codes annotés*, T III N° 165 *ad art.* 1377; SIREY, *Codes annotés*, IV éd, N° 3 *ad art.* 1235). Wenn unter solchen Umständen die Entwürfe und der endgültige Text des aOR den Rechtsirrtum nicht besonders erwähnen, so gestattet das einen Wahrscheinlichkeitsschluss nicht für, sondern gegen seine Ausschliessung. Dem lässt sich zur Bestärkung noch beifügen, dass der FICK'sche Entwurf von 1875 in Art. 103, ohne zwar den Rechtsirrtum als solchen zu erwähnen, sich doch zum zürcherischen Privatrecht damit in Gegensatz stellt, dass er auch den unentschuldbaren Irrtum berücksichtigt wissen will. Und endlich verweisen die Motive von WYSS noch besonders auf die genannten Bestimmungen des *Code civil*, des sächsischen Gesetzes und des Dresdener Entwurfes und wenden sich zugleich gegen die « gemeinrechtliche Kasuistik bezüglich des Irrtums (Entschuldbarkeit, Rechtsirrtum) », während der Bundesgerichtsentscheid i. S. Träubler zu seiner Begründung gerade das Pandektenrecht glaubt beiziehen zu können (vergl. im übrigen die nähern Angaben bei NÄGELI, a. a. O unter Ziffer 2 und 3). Was sodann das rev. OR betrifft, so hat die Expertenkommission einen Antrag, die Frage im Gesetze zu lösen, abgelehnt (Protokoll vom

8. Mai 1908 S. 40). Da nun die in Betracht kommenden Textworte (..... « sich im Irrtum befunden ».....) unverändert geblieben sind, so müssen für das alte und das revidierte Gesetz in allen Beziehungen die nämlichen Erwägungen zutreffen.

Um die sachliche Berechtigung der Nichtbeachtung des Rechtsirrtums darzutun, macht der Bundesgerichtsentscheid i. S. Träubler zunächst geltend, die Rechtsordnung lasse im allgemeinen den Rechtsirrtum unberücksichtigt; es spreche dies eher dagegen, ihm ausnahmsweise bei der Bereicherungsklage Berücksichtigung zuzugestehen. Demgegenüber ist zu bemerken, dass das OR einen allgemeinen Satz im Sinne der römischen Parömie « *error juris nocet* » nicht enthält (vergl. OSER, Kommentar, Art. 26 II 1). Für die Behandlung des Rechtsirrtums sind daher jedenfalls zunächst die besonderen Verhältnisse und Bedürfnisse bei den einzelnen Rechtsinstituten in Betracht zu ziehen. Fragen liesse sich höchstens, ob nicht die Bestimmungen, die das Gesetz über den Irrtum im Vertragsverhältnis in den Art. 23 ff. aufstellt, — die einzigen, die sich über den Irrtum näher aussprechen, — analog auf das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung und im besondern auf die Klage des Art. 63 anzuwenden seien. Alsdann müsste bei der *condictio indebiti* der Rechtsirrtum regelmässig als unerheblich gelten; denn im Vertragsverhältnis fällt er, als Unkenntnis oder falsche Auffassung über die den Vertragstatbestand beherrschenden Rechtsnormen, im allgemeinen unter den Irrtum im Beweggrund des Art. 24² (vergl. OSER, Kommentar, Art. 24. IV 3 und VIII, 2 c) und ein derartiger Irrtum vermag die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages nicht zu beeinträchtigen. Allein einer solchen analogen Anwendung des Art. 24² steht entgegen, dass die Art. 24 und 63 auf ganz verschiedener Grundlage beruhen. Dort ist die Frage zu regeln, von welcher Bedeutung der beim Vertragsabschluss unterlaufene Irrtum sein müsse, um die Verbindlichkeit des

Vertrages zu beeinflussen, und es führt dies zu der Unterscheidung zwischen dem wesentlichen und unwesentlichen Irrtum. Bei Art. 63 OR aber handelt es sich um eine andere Frage: Der darin genannte Irrtum betrifft nicht das Zahlungsgeschäft, durch das sich die ungerechtfertigte Bereicherung vollzogen hatte und auf das freilich hinsichtlich allfälliger Willensmängel die Art. 23 ff. und zwar unmittelbar Anwendung finden, soweit die Zahlung überhaupt rechtsgeschäftlicher Natur ist (vergl. hierüber OSER, S. 263 Ziffer 3). Vielmehr liegt hier der Irrtum in der unrichtigen Annahme einer Zahlungspflicht, welche Annahme das Motiv der Zahlung bildet; und der Gesetzgeber hat hier die Frage zu ordnen, ob ein solcher Irrtum es rechtfertigt, durch Einräumung eines Rückforderungsanspruches eine Korrektur der gesetzlichen Rechtswirkung der Zahlung deshalb eintreten zu lassen, weil die durch sie geschaffene Rechtslage dem Endziel der Rechtsordnung, der materiellen Gerechtigkeit, nicht entspricht (vergl. OSER, S. 250, Bemerkung II). Nach diesem den Bereicherungsansprüchen allgemein und der *condictio indebiti* im besonderen zu Grunde liegenden Gedanken führt nicht sowohl der der Leistung anhaftende Willensmangel als vielmehr ihre Grundlosigkeit zur Gewährung des Rückforderungsanspruches (vergl. auch NÄGELI a. a. O., Ziffer 4, und JACCOTET, *Droit des obligations*, p. 56). Nach all dem aber kann auf die irrtümliche Bezahlung einer Nichtschuld jene Unterscheidung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrtum nicht passen, da sie den besonderen Verhältnissen des Vertragsrechts entnommen ist und weil überhaupt der Irrtum bei der Bezahlung einer Nichtschuld stets ein solcher im Beweggrund ist und daher nie ein wesentlicher im Sinne des Art. 24 sein kann. Statt dass zu einer analogen Gesetzesanwendung im genannten Sinne ein Anlass vorläge, ist vielmehr nach dem Gesagten anzunehmen, die besondere Natur und der Zweck der *condictio indebiti* erfordere die Berücksichtigung auch des Rechtsirrtums. Für diese Lösung

lässt sich übrigens auch auf die ausländische Gesetzgebung verweisen (vergl. die schon angegebenen Gesetzesbestimmungen, ferner § 814 des DBGB, dazu OERTMANN, Kommentar, Note 1,6; *art. 1146 Codice civ. ital.* und Kommentar von BORSARI dazu (1877), II B § 3040).

Sofern also überhaupt der Art. 63 (a. 72) OR in dem Sinne einschränkend auszulegen wäre, dass er sich nicht auf alle Irrtumsfälle beziehe, kann doch das Unterscheidungsmerkmal nicht in dem Gegensatz von Rechts- und Tatirrtum gefunden werden, sondern man hätte allenfalls darauf abzustellen, ob der unterlaufene (Tat- oder Rechts-) Irrtum entschuldbar sei oder nicht. Dieser Punkt braucht indessen nicht geprüft zu werden, da der Rechtsirrtum, in dem sich der Kläger bei der Zahlung vom 30. Oktober 1909 befunden hatte, zweifellos ein entschuldbarer wäre. Jene Rechtsfragen (betreffend die Auslegung des Schuld- und des Bürgschaftsaktes und die Novationswirkung der Saldoziehung), die der Kläger damals unrichtig aufgefasst hat und die ihn zu seinem Irrtum über die Schuldpflicht geführt haben, konnten selbst von Rechtskundigen verschieden beurteilt werden; vertritt doch heute noch der Anwalt der Beklagten die Meinung, der Kläger habe die geleistete Zahlung wirklich geschuldet. Wenn der Entscheid i. S. Träubler im weiteren die Gefährdung der Rechtssicherheit und die Gefahr endloser Prozesse als Grund für die Verweigerung der Rückforderungsklage angibt, so kann das in Hinsicht auf den erwähnten Zweck der Klage nicht ausschlaggebend sein und übrigens würden die befürchteten Nachteile, mindestens in gewissem Umfange, auch beim Tatirrtum bestehen. Wieso endlich die Geltendmachung des dem Kläger zustehenden Rückforderungsanspruches gegen Treu und Glauben verstossen solle, ist in keiner Weise ersichtlich.

Die Zinsforderung hat der Kläger weder an sich noch ihrer Höhe nach bestritten, und ihre grundsätzliche Berechtigung ergibt sich auch aus Art. 64 OR, da die

Beklagte ihrerseits aus dem bezahlten Betrag Zinsen bezogen hat (vergl. Entscheid des Bundesgerichts vom 6. März 1914 i. S. Specht und Haase g. Vollert, Erwägung 8 a. E.).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger 7593 Fr. 25 Cts. samt Zins zu 5 % seit dem 30. Oktober 1909 zu bezahlen.

45. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. April 1914 i. S. Meyer, Beklagter, gegen Bigler und Egger, Kläger.

Haftung des Tierhalters aus Art. 65 a OR: Natur der Haftung. Diligenzpflicht des Pferdehalters. Verschulden des Getöteten. Tod der entschädigungsberechtigten Witwe.

A. — Durch Urteil vom 31. Oktober 1913 hat die II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern über die Klagebegehren:

- » 1. Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin den ihr infolge des Todes ihres Ehemannes Friedrich Bigler erwachsenen Schaden zu ersetzen.
- » 2. Es sei der Betrag der Entschädigung gerichtlich zu bestimmen und vom 19. August 1911 hinweg zu 5 % verzinsbar zu erklären »

erkannt:

- » 1. (Abweisung von Beweisanträgen.)
- » 2. Der Klägerin sind ihre Klagsbegehren zugesprochen und es hat ihr der Beklagte einen Entschädigungsbetrag von 1200 Fr. nebst Zins davon à 5 % seit 19. August 1911 zu bezahlen.»

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Aufhebung und auf gänzliche Abweisung der Klage.

C. — Die Klägerin hat sich der Berufung angeschlossen und beantragt, es sei die vom Beklagten zu zahlende Schadenersatzsumme nach richterlicher Bestimmung angemessen zu erhöhen.

D. — Am 19. März 1914 teilte Fürsprecher S. mit, dass die Klägerin nach Fällung des obergerichtlichen Urteils gestorben sei und dass sie als Noterben drei Kinder hinterlassen habe, welche die Erbschaft angetreten haben und den Prozess weiterführen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Der Beklagte ist Fuhrhalter in Bern. Seine Stalungen befinden sich an der Sandrainstrasse. Am 19. August 1911 hatte er seinen Karrer Friedrich Beck, der seit Jahren Fuhrknecht und seit einigen Monaten bei ihm angestellt war, mit der Besorgung von Führungen für die Bauunternehmer Merz & Cie. betraut. Von diesen erhielt Beck, als er nachmittags zwischen 4 und 5 Uhr auf ihrem an der Konsumstrasse im Mattenhof gelegenen Werkplatz anlangte, den Auftrag, einen auf dem Kirchenfeld stehenden, mit Holz beladenen Wagen abzuholen. Beck spannte daher die beiden Pferde, von denen das eine 4-, das andere 6-jährig war, aus und führte sie geschirrt, aber etwas weit zusammengesperrt, durch die Sulgeneckstrasse in die Marzilistrasse, um von da auf das Kirchenfeld zu gelangen. Bei der Mündung in die Marzilistrasse drängten die Pferde rechts dem nahen Stalle zu und wurden störrisch. Beck, welcher das eine Pferd am Zügel führte, musste einen Augenblick die beiden Pferde freigeben und diese liefen eine kurze Strecke gegen den Stall zurück. In der Nähe war der städtische Wegknecht Friedrich Bigler mit Strassenreinigungsarbeiten beschäftigt. Er hielt die Pferde auf und übergab sie dem Beck wieder. Dieser brachte sie aber neuerdings nicht recht vorwärts. Das « Vonderhand » pferd blieb stehen und sodann auch das « Zurhand » pferd. Bigler war