

101. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. November 1914

i. S. Spar- und Leihkasse Murten, Klägerin,
gegen Schaffner, Beklagten.

Liegt darin, dass jemand, dessen Unterschrift von einem Schuldner in Fälschungsabsicht auf eine Bürgschaftserklärung gesetzt worden ist, den Gläubiger nicht benachrichtigt, nachdem er von der Fälschung Kenntnis erhalten hat, eine unerlaubte Handlung?

A. — Die Klägerin eröffnete dem Samuel Schaffner, Pfarrer in Kerzers, am 12. Januar 1904 einen Kredit bis zum Betrage von 8000 Fr. Für die auf Grund dieses Kredites entstehenden Schulden des Schaffner verbürgten sich Elisabeth Gutknecht in Kerzers und J. Weber in Galmitz. Ausserdem war im « Kredit- und Bürgschaftsakt vom 12. Januar 1904 » eine Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten, eines Bruders des Schuldners, vorgesehen und dessen Name befindet sich denn auch auf der Urkunde unter den Unterschriften der Bürgen. In den Jahren 1907, 1908 und 1910 (am 18. Februar) schrieb die Klägerin dem Beklagten eine Reihe von Briefen, worin sie sich auf die Bürgschaftsurkunde stützte und den Beklagten zur Zahlung von Beträgen aufforderte, um die der Kredit überschritten worden war. Sie erhielt jedoch vom Beklagten nie irgendwelche Antwort; sondern der Schuldner Samuel Schaffner ordnete die Sache jeweilen mit der Klägerin. Erst nachdem diese am 15. März 1911 Zahlung ihrer Forderung verlangt, am 31. März 1911 gegen den Beklagten die Betreibung angehoben, auf den 5. Juli 1911 ihn vor den Friedensrichter geladen hatte und Samuel Schaffner am 31. Juli in Konkurs geraten war, schrieb der Beklagte der Klägerin am 4. August 1911, er erinnere sich nicht, jemals für Schulden seines Bruders ihr gegenüber Bürgschaft geleistet zu haben, seine Unterschrift auf der

Urkunde vom 12. Januar 1904 könne daher nicht echt sein.

B. — Die Klägerin klagte nun gegen den Beklagten vor Bezirksgericht Zofingen am 14. August 1911 auf Anerkennung der « Mitschuldnerschaft und Zahlungspflicht für 8930 Fr. 70 Cts. nebst Zins zu 5 ½ % seit 1. Januar 1911 und 6 Fr. Kassakosten, abzüglich der im Zahlungsbefehl vom 21. Mai 1911 notierten Zahlungen. »

Sie behauptete, dass die Unterschrift des Beklagten auf der Urkunde vom 12. Januar 1904 echt sei, dass im Stillschweigen auf die Briefe aus den Jahren 1907 bis 1911 eine Anerkennung der Echtheit der Unterschrift oder des Bestandes der Bürgschaftsverpflichtung liege, und dass, selbst wenn die Unterschrift gefälscht sein sollte, der Beklagte doch durch sein arglistiges Stillschweigen, seine Unterstützung und Begünstigung des von Samuel Schaffner verübten Betruges, die Klägerin geschädigt habe, weil diese bis zum Jahre 1910 sich noch hätte decken können, wenn der Beklagte seinerzeit die behauptete Bürgschaftsverpflichtung und die Echtheit seiner Unterschrift bestritten hätte.

Der Beklagte hielt im Prozesse an der Bestreitung der Echtheit der Unterschrift fest und erklärte: Er erinnere sich nicht, die Briefe der Klägerin erhalten zu haben. Wenn er sie aber auch bekommen habe, so habe er jeweilen nicht gewusst, ob er sich der Klägerin gegenüber verbürgt habe; denn er habe einigen andern Banken gegenüber für seinen Bruder wirklich Bürgschaft geleistet. Er oder seine Frau hätten jeweilen diese Briefe wie diejenigen von andern Banken dem Samuel Schaffner geschickt. Er habe vor der Betreibung nicht gewusst, dass sein Bruder der Klägerin gegenüber eine Fälschung begangen habe.

Während des Prozesses wurde gegen Samuel Schaffner eine Strafuntersuchung wegen Urkundenfälschung durchgeführt. Er wurde sodann im Zivilprozesse als Zeuge abgehört und erklärte, dass er die Unterschrift des Beklag

ten auf den «Kredit- und Bürgschaftsakt» hingesezt und dass ihm sein Bruder zuweilen Briefe der Klägerin zugeschickt habe, ohne sie vorher zu öffnen.

Das Bezirksgericht Zofingen wies die Klage am 22. Dezember 1913 ab.

C. — Durch Urteil vom 25. September 1914 hat das Obergericht des Kantons Aargau das erstinstanzliche Urteil in Beziehung auf die Abweisung der Klage bestätigt.

Das Obergericht stellt auf Grund der Aussage Samuel Schaffners und einer Schriftexpertise fest, dass die Unterschrift des Beklagten auf dem Kredit- und Bürgschaftsakt von seinem Bruder herrühre. Die Frage, ob der Beklagte die Briefe der Klägerin aus den Jahren 1907 bis 1911 erhalten habe, lässt das Obergericht offen. Dagegen erklärt es, durch Bescheinigungen des Grundbuchverwalters von Murten über das unbewegliche Vermögen der Bürgen Gutknecht und Weber sei wahrscheinlich gemacht, dass die Klägerin sich bei diesen hätte Deckung verschaffen können, sofern sie vor dem Jahre 1910 von der Fälschung Kenntnis erhalten hätte. Über die Frage, ob der Beklagte beim allfälligen Empfang von Briefen der Klägerin gewusst habe, dass er ihr nicht Bürgschaft geleistet habe und dass der Anspruch der Klägerin auf einer Fälschung seines Bruders beruhe, spricht sich das Obergericht nicht aus. Im bezirksgerichtlichen Urteil steht hierüber der Satz: «Demgegenüber steht nun fest, dass der Beklagte, als ihm sein Bruder im Jahre 1909 seine Fälschungen eingestand, Pfarrer Schaffner auf das strafbare Handeln aufmerksam gemacht und ihn dringend gebeten hat, solches Tun einzustellen.»

D. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Anträgen:

«1. Der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und es sei die Klage auf Bezahlung von 8930 Fr. 70 Cts. nebst

5 ½ % Zins seit 1. Januar 1911, abzüglich 381 Fr. 40 Cts., 240 Fr. und 438 Fr. 25 Cts. gutzuheissen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Die tatsächliche Feststellung des Obergerichts, dass die Unterschrift des Beklagten auf dem Kredit- und Bürgschaftsakt nicht von ihm, sondern von seinem Bruder herrühre, ist nicht aktenwidrig und daher für das Bundesgericht verbindlich. Die Klägerin hat übrigens die erwähnte Feststellung nicht angefochten. Demnach ist durch den Kredit- und Bürgschaftsakt vom 12. Januar 1904 eine Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten nicht entstanden.

2. — Eine stillschweigende Anerkennung einer solchen Verpflichtung sodann, wie sie die Klägerin geltend macht, wäre ungültig, weil die Bürgschaft nach Art. 491 aOR der schriftlichen Vertragsform bedarf.

3. — Dagegen fragt es sich, ob in dem Verhalten des Beklagten eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 50 aOR liege, die ihn der Klägerin gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet. Diese Frage ist durch das Urteil des Bundesgerichts i. S. Gewerbekasse Bern gegen Schaffner vom 2. Mai 1914 nicht präjudiziert, indem in jenem Falle die kantonale Instanz festgestellt hatte, ein Aufdecken der Fälschung durch den angeblichen Bürgen hätte den dadurch verursachten Schaden nicht mehr abwenden können. Die Frage ist daher selbständig zu lösen.

a) Eine Begünstigung in strafrechtlichem Sinne, d. h. eine Handlung, die darauf gerichtet wäre, den Samuel Schaffner der Bestrafung zu entziehen (vgl. aarg. peinl. StG § 30 [deutsches StGB § 257]) liegt nicht vor. In der Unterlassung, ein Verbrechen anzuzeigen, könnte sie nur gefunden werden, wenn eine Anzeigepflicht bestünde. Dies ist aber im allgemeinen nicht der Fall (vgl. aarg. StPO § 123); insbesondere wäre der Beklagte nicht ver-

pflichtet gewesen, das Verbrechen seines Bruders den Behörden anzuzeigen (vgl. aarg. peinl. StG § 31 [DStGB § 257 Abs. 2]).

b) In Betracht kommt vielmehr nur eine *actio doli* im Sinne eines Anspruchs aus absichtlicher widerrechtlicher Vermögensschädigung. Nach der Behauptung der Klägerin läge sie darin, dass der Beklagte es unterliess, nach Empfang ihrer Briefe die Bürgschaftsverpflichtung und die Echtheit seiner Unterschrift zu bestreiten, und dass dadurch die Klägerin davon abgehalten wurde, sich rechtzeitig anderweitig für ihre Forderung zu decken. Nun steht nach dem Urteil der Vorinstanz nicht fest, ob der Beklagte die Briefe der Klägerin erhalten und geöffnet habe oder nicht. Hierüber müsste eventuell noch eine Feststellung erfolgen. Geht man aber von der Voraussetzung aus, der Beklagte habe von den Briefen Kenntnis erhalten, so ist zu sagen:

Das Bundesgericht hat sich über die Frage, welche Wirkungen im geschäftlichen Verkehr dem Stillschweigen auf eine Mitteilung beizumessen seien, wiederholt ausgesprochen (vgl. AS 21 S. 443 ff., 23 S. 232 ff., 25 II S. 33, 26 II S. 773 ff., 30 II S. 301 ff., 32 II S. 204 ff., Erw. 4, 38 II S. 519 Erw. 3, S. 587 ff. Erw. 3, S. 625 ff. Erw. 2). Im allgemeinen gilt Schweigen nur dann als rechtswidrig und verpflichtet zum Schadenersatz, wenn es sich als Verhalten wider Treu und Glauben darstellt, wenn der Empfänger der Mitteilung wusste oder nach den Umständen wissen musste, dass der Andere durch sein Schweigen irregeführt werden und ihm dadurch Nachteil erwachsen könne. Ob dies zutrefte, ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um Mahnungen der Klägerin an den Beklagten, eine Bürgschaftsschuld zu bezahlen. Der Schuldner bzw. Bürge ist jedoch keineswegs verpflichtet, dem Gläubiger ausdrücklich zu erklären, er wolle nicht zahlen und aus welchem Grunde nicht. Es müssten also besondere Verumständungen vor-

liegen, welche dem Beklagten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu reden geboten. Solche Verumständungen fehlten, falls anzunehmen wäre, der Beklagte habe zur Zeit des Empfangs der Briefe der Klägerin von den Fälschungen seines Bruders und speziell davon, dass dieser seine Unterschrift als Bürgen gegenüber der Klägerin gefälscht hatte, nichts gewusst. Dann war es begreiflich, dass er es einfach seinem Bruder überliess, sich mit der Klägerin zu verständigen; denn der Beklagte hatte sich gegenüber verschiedenen Banken für seinen Bruder verbürgt und glaubte sich eine nähere Prüfung der Mahnung der Klägerin ersparen zu dürfen. Zweifelhafter liegt die Sache, wenn der Beklagte sich bewusst war, der Klägerin keine Bürgschaft geleistet zu haben, oder wenn er sogar von der Fälschung der Unterschrift durch seinen Bruder Kenntnis hatte. Nun hat zwar der Beklagte förmlich bestritten, von der Fälschung vor dem Jahr 1911 gewusst zu haben, und ein Beweis für etwas mehreres ist in diesem Prozesse nicht geleistet worden. Allein die erste Instanz nimmt als feststehend an, dass Samuel Schaffner dem Beklagten im Jahre 1909 seine Fälschungen eingestanden habe, und schliesst daraus, der Beklagte habe auch die Fälschung der Bürgschaft zu Gunsten der Klägerin gekannt. E mag nun dahingestellt bleiben, ob das Bundesgericht an diese Feststellung gebunden sei. Denn auch wenn die der Fall ist, bestund für den Beklagten keine Rechtspflicht, den Sachverhalt der Klägerin mitzuteilen und seinen Bruder zu verraten. In dem Gewissenskonflikt, in welchen der Beklagte geriet, wog die nahe Verwandtschaft zu dem Bruder schwerer als das Interesse der Klägerin. Das letzte Bedenken an der Richtigkeit dieser Lösung schwindet bei der Erwägung, dass der Beklagte in guten Treuen annehmen durfte, sein Bruder würde die Sache definitiv ordnen, wie sie provisorisch jeweilen geordnet wurde, und durch sein Verhalten würde die Klägerin nicht zu Schaden kommen, während anderseits

die Enthüllung der Wahrheit die Katastrophe sofort herbeigeführt hätte.

Es ist daher ein rechtswidriges Verhalten des Beklagten zu verneinen.

c) Die Ursache des Schadens, den die Klägerin erlitten hat, liegt danach einzig in der strafbaren Fälschung der Unterschrift des Beklagten durch Samuel Schaffner. Die Klägerin hätte zudem durch Beobachtung grösserer Vorsicht den Schaden abwenden können. Es musste der Klägerin auffallen, auf ihre Mahnungen von dem Beklagten keine Antwort zu erhalten, und wenn ihr Verhalten sich auch dadurch erklärt, dass der Schuldner Samuel Schaffner jeweilen auf die Mahnungen hin neue Versprechungen machte oder eine kleine Zahlung leistete, so kann sie doch die Folgen ihrer Sorglosigkeit nicht auf den Bürgen abwälzen. Dem Gläubiger darf bei der Überwachung der Forderung und ihrer Sicherheiten ungleich mehr Diligenz zugemutet werden als dem Bürgen, der für eine fremde Schuld haftet und nur das Interesse hat, nicht dafür bezahlen zu müssen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 25. September 1914 in allen Teilen bestätigt.

102. Arrêt de la I^{re} section civile du 4 décembre 1914 dans la cause Berthet contre Ellès.

CO art. 16 al. 2, art. 13 à 15. L'emploi de la forme écrite n'est exigée pour les modifications apportées postérieurement à un contrat passé par écrit que si l'observation de cette forme était nécessaire pour la conclusion du contrat primitif.

A. — Par contrat du 27 septembre 1913, le défendeur et intimé Edouard Ellès, propriétaire d'hôtel à Genève, a

engagé comme directeur de restaurant le demandeur et recourant Joseph Berthet, à Genève, à raison de 400 fr. par mois, plus « 2 % sur la recette journalière, tronc et cigares ». L'ouverture du restaurant était fixée au commencement de mai, et le contrat devait avoir une durée de six mois, soit jusqu'à la fin d'octobre 1914. Le 1^{er} septembre 1914, Ellès congédiait le recourant sans avertissement préalable.

Le 5 du même mois, le recourant réclamait à Ellès, par lettre de l'avocat Haissly, une indemnité de 1650 fr. Cette somme représentait 1200 fr. de traitement pour trois mois et 450 fr. pour droits sur la recette journalière. Ellès a contesté le bien fondé de cette réclamation...

B. — Berthet a alors assigné Ellès devant le Tribunal des prud'hommes de Genève et lui a réclamé une somme de 2000 fr. de dommages-intérêts... Par jugement du 18 septembre 1914, le Tribunal de première instance a débouté le demandeur de toutes ses conclusions en admettant que le contrat primitif du 1^{er} août avait été annulé et remplacé par un nouveau contrat sans rétribution et résiliable en tout temps sans préavis ou indemnité. Sur appel de Berthet, la Chambre d'appel a, par arrêt du 2/6 octobre 1914, confirmé la décision de première instance et débouté Berthet de toutes ses conclusions.

C. — Recours de Berthet au Tribunal fédéral...

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

1. — Le recourant allègue tout d'abord que le contrat du 27 septembre 1913 ayant été passé en la forme écrite, les modifications postérieures auraient dû revêtir la même forme à teneur de l'art. 12 CO. Cette manière de voir est erronée; sans doute la disposition légale invoquée par le recourant exige l'emploi de la forme écrite pour toutes les modifications apportées aux contrats au sujet desquels la loi exige l'emploi de cette forme; mais tel n'est pas le cas du contrat de travail, dont les règles sont applicables