

mise sous tutelle et que la sauvegarde de ses intérêts pécuniaires exigeait l'intervention des époux Altorfer. Mais, d'abord, il n'appartenait pas à la demanderesse et à son mari de décider si leur mère et belle-mère devait être pourvue d'un tuteur et encore moins de prendre eux-mêmes, à son insu, des mesures restreignant son pouvoir de disposer. Ensuite — comme l'a relevé la Cour — ces mesures vont si loin, par leur objet et leur durée, qu'elles équivalent à des mesures de déchéance ; celles-ci peuvent bien être prises contre le gré ou dans l'ignorance de l'intéressé, mais elles ne peuvent l'être que par les autorités compétentes avec toutes les garanties légales. La demanderesse voulait certes « éviter l'interdiction » ; mais elle l'a fait en instituant sur sa mère une sorte de tutelle privée en marge de la loi et sans le concours de l'autorité. A cet égard, la convention conclue avec Chappuis est en effet illicite comme violant des règles de droit strict (art. 19 CO). A vrai dire, il peut y avoir des cas où l'état mental d'une personne ou sa sénilité exige une intervention immédiate et, par exemple, une entente avec son homme d'affaires pour qu'il ne se dessaisisse plus d'aucuns fonds. Mais il s'agira de mesures tout à fait provisoires, prises pour sauvegarder une situation jusqu'à l'intervention de l'autorité, qui devra être requise sans retard. En l'espèce, les parties voulaient au contraire exclure des mesures officielles et organiser d'une autre façon la mise sous contrôle de l'intéressée.

39. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juli 1943
i. S. Sterchi gegen Gewerbekasse in Bern.

Art. 26 Abs. 1 OR. Wenn der Vertragsgegner des Irrenden den Irrtum kannte oder hätte kennen sollen, so entsteht die Ersatzpflicht des Irrenden gar nicht. Eine blosser Ermässigung im Sinne von Art. 44 OR ist daher ausgeschlossen.

Art. 26 al. 1 CO. Lorsqu'un contractant connaît ou devrait connaître l'erreur dans laquelle s'est trouvée l'autre partie, celle-ci ne saurait être tenue de réparer le dommage. La réduction des dommages-intérêts en vertu de l'art. 44 CO est exclue.

Art. 26 cp. 1 CO. Quando un contraente conosce o dovrebbe conoscere l'errore in cui versava l'altra parte, quest'ultima non può essere tenuta a risarcire il danno. La riduzione del risarcimento del danno in virtù dell'art. 44 CO è esclusa.

A. — Die Gewerbekasse in Bern wurde im Dezember 1937 von einem « Werner Sterchi, Bürkiweg 6, Bern » schriftlich angefragt, ob sie ihm einen Konto-Korrent-Kredit von Fr. 20,000.— gewähre. Als Bürgen würden einstehen « Frl. Anna Sterchi, Bürkiweg 6, Bern » und Frau Zihler-Michel in Bern. Sterchi gab weiter an, er verfüge über einen Schuldbrief von Fr. 8000.—.

Die Gewerbekasse antwortete Sterchi, er möge ihr zunächst den Schuldbrief zur Einsicht einsenden. Sterchi tat dies. Der Schuldbrief blieb von da an bei der Bank. Es handelte sich um einen Titel, den Albert Strobel in Biel im Jahre 1923 auf seinen Namen als Eigentümerschuldbrief errichtet und am 26. November 1924 mit folgendem Vermerk übertragen hatte : « Begeben an die Kinder Werner Jakob und Anny Elisabeth Sterchi, in Biel ». Strobel blieb stets Schuldner des Titels.

Mit Schreiben vom 23. Januar 1938 teilte die Gewerbekasse Sterchi mit, sie bewillige ihm einen Kredit von Fr. 10,000.— gegen Solidarbürgschaft von « Fräulein Anna Sterchi, Bürkiweg 6, Bern » und von Frau Zihler, sowie gegen Pfanddargabe des Schuldbriefes Strobel von Fr. 8000.—, « lautend zu Ihren Gunsten und zu Gunsten der einen Bürgin Fräulein Sterchi, vorgenannt... »

Am 15. Februar 1938 sprachen Werner Sterchi, Anna Sterchi und Frau Zihler auf der Gewerbekasse vor. Ein Prokurist der Bank unterbreitete ihnen den vorgedruckten, mit Maschinenschrift ergänzten « Krediteröffungsvertrag mit Bürgschaftsverpflichtung und Pfandbestellung » zur Unterzeichnung. Ohne dass das Geschäft weiter erörtert wurde, unterschrieb Werner Sterchi als « Kreditnehmer und Pfandgeber » ; Anna Sterchi unterschrieb nach Anweisung des Prokuristen an zwei Stellen, unter dem Titel « Die Bürgen » und unter einem besondern Titel « Die Mit-

pfandgeberin » ; nach ihr unterzeichnete Frau Zihler unter dem Titel « Die Bürgen ». Im Vertrag waren Werner Sterchi und « Fräulein Anna Sterchi, vorgeannt » als Pfandgeber angeführt.

B. — Am 14. Oktober 1941 fiel Werner Sterchi in Konkurs. Die Gewerbekasse hatte von ihm in diesem Zeitpunkt aus dem Konto-Korrent-Vertrag Fr. 10,579.— zu fordern. Sie kündigte den Bürgen diese Forderung. Nun stellte sich folgendes heraus :

Die Gewerbekasse erfuhr erst jetzt, dass die Bürgin Anna Sterchi gar nicht Mitgläubigerin des verpfändeten Schuldbriefes war. Die auf dem Titel angeführte « Anny Elisabeth Sterchi » war eine Schwester des Werner Sterchi. Sie war zur Zeit der Pfandbestellung als Frau Müller in Andermatt verheiratet und hatte von der Verpfändung gar nichts erfahren.

Die Bürgin Anna Sterchi war eine Tante des Werner Sterchi, die sich erst jetzt bewusst wurde, dass sie nicht nur als Bürge unterschrieben hatte. Sie hatte der zweiten Unterschrift als « Mitpfandgläubigerin » keine besondere Bedeutung beigemessen und war der Meinung gewesen, diese Unterschrift sei einfach für die Bürgschaft notwendig. Anna Sterchi hatte weder in den Briefwechsel zwischen Werner Sterchi und der Gewerbekasse Einblick erhalten, noch hatte sie je den verpfändeten Schuldbrief gesehen. Sie hatte auch nicht genau gewusst, wer Gläubiger dieses Titels war. Es war ihr nur bekannt gewesen, dass Sterchi als Sicherheit für den Kredit von Fr. 10,000.— einen Werttitel von Fr. 8000.— hinterlege und dass Frau Zihler und sie als Bürgen mit einem Risiko von Fr. 2000.— zu rechnen hatten.

Auf Grund dieses Sachverhaltes beriefen sich beide Bürgen auf Art. 24 Ziff. 4 OR und bestritten die Forderung der Gewerbekasse.

In der Folge zahlte Strobel Fr. 4000.— ab. Diesen Betrag erhielt die Gewerbekasse auf Rechnung ihres Guthabens. Sodann zahlten ihr die Bürgen zusammen Fr. 2000.—

nebst Zinsen und Kosten. Für den Rest der Forderung von Fr. 4000.— klagte die Gewerbekasse Anna Sterchi ein.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

C. — Der Appellationshof des Kantons Bern kam in seinem Urteil vom 7. April 1943 zum Schluss, beide Parteien treffe für den vorgekommenen Irrtum ein Verschulden, die Klägerin jedoch überwiegend. Er verurteilte die Beklagte zur Zahlung von Fr. 1600.— ; im übrigen wies er die Klage ab.

D. — Gegen dieses Urteil reichte die Beklagte Berufung ein mit dem Antrag, die Klage sei ganz abzuweisen.

Die Klägerin reichte Anschlussberufung ein mit dem Antrag, die Klage sei im vollen Umfang zuzusprechen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

I. — Als sich die Beklagte der Klägerin für Fr. 10,000.— als Bürge verpflichtete, glaubten beide Teile, die verbürgte Schuld werde gleichzeitig durch einen guten Titel im Werte von Fr. 8000.— sichergestellt. Bei dieser Sachlage durfte die Beklagte damit rechnen, ihre Inanspruchnahme als Bürgin werde einen Kapitalbetrag von Fr. 2000.— nicht übersteigen. Nur unter dieser Voraussetzung hat sie sich zum Bürgen entschlossen. Die Bestellung des Pfandes von Fr. 8000.— stellte für sie nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Bürgschaftsvertrages dar. Da nun die Pfandbestellung ohne ihr Wissen mangelhaft war, verpflichtete sie sich in Wirklichkeit für einen Kredit, der, wenn nicht ganz, so doch für einen Betrag von Fr. 6000.— nur durch ihre Bürgschaft und jene der Frau Zihler gesichert war. Sie befand sich somit beim Vertragsabschluss in einem nach Art. 24 Ziff. 4 OR wesentlichen Irrtum. Der Bürgschaftsvertrag, den sie nach Entdeckung des Irrtums rechtzeitig anfocht, ist daher dahingefallen.

Die Klägerin anerkennt, dass sich die Beklagte in einem wesentlichen Irrtum befand. Im Berufungsverfahren bringt sie auch nicht mehr vor, die Beklagte könne den Irrtum

nach Treu und Glauben nicht geltend machen. Dieser Einwand war in der Tat nicht berechtigt, nachdem die Bürgen der Klägerin soviel gezahlt haben, als sie im Falle einer gültigen Pfandbestellung voraussichtlich hätten leisten müssen.

Die Klägerin verlangt somit den eingeklagten Betrag, der dem nicht bezahlten Teil der verbürgten Forderung entspricht, nicht als Vertragsleistung, sondern als Schadenersatz gestützt auf Art. 26 OR.

2. — Für den aus dem Dahinfallen des Bürgschaftsvertrages erwachsenen Schaden haftet die Beklagte, wenn sie ihren Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat. Diese erste Voraussetzung des Art. 26 trifft bei ihr zu. Die Beklagte hatte zwar an sich mit der Pfandbestellung nichts zu tun. Sie wurde von der Klägerin ohne ihr Zutun und Wissen als Mitgläubigerin des Schuldbriefes angesehen. Allein sie hätte die fehlerhafte Pfandbestellung nicht nur erkennen, sondern sogar verhüten können, wenn sie nur die ihr als *Bürgin* obliegende Sorgfaltspflicht erfüllt hätte. Denn die Bürgschaft und die Pfandbestellung wurden im gleichen Akt verurkundet. Beim nur oberflächlichen Durchlesen dieser Urkunde hätte der Beklagten auffallen müssen, dass darin ihr Name, im Gegensatz zu dem der Mitbürgin Frau Zihler, zweimal aufgeführt war und dass sie an der zweiten Stelle zusammen mit Werner Sterchi als Gläubigerin des Faustpfandtitels bezeichnet war. Die Beklagte hat aber, wie sie zugibt, die Urkunde überhaupt nicht gelesen. Das ist nicht zu entschuldigen. Zwar hatte sie keinen Anlass, den der Bank mit Bezug auf ihre Person unterlaufenen Irrtum auch nur zu ahnen. Es ist ihr auch zugute zu halten, dass die Klägerin die Unterzeichnung der Urkunde wie eine Formsache behandelte und weder durch Erklärungen noch durch Fragen auf das Geschäft einging. Wer mit einer Bank verkehrt, darf zudem erwarten, dass diese das Geschäft sorgfältig und ordnungsgemäss vorbereitet. Alle diese Umstände befreien aber die Beklagte nicht von jedem Vorwurf. Es hat doch als Regel zu gelten,

dass derjenige nachlässig handelt, der eine Urkunde, zumal eine Bürgschaftsverpflichtung, ungelesen unterschreibt. Bei der Beklagten handelte es sich überdies um eine Person, die zwar zum ersten Mal in ihrem Leben eine Bürgschaft unterschrieb, aber als Leiterin einer Verkaufsfiliale in geschäftlichen Dingen einige Erfahrung besass und u. a. auch schon mehrfach Wechsel unterzeichnet hatte. Einer solchen Person ist zuzumuten, dass sie bei einem ungewohnten Geschäft vorsichtig ist und sich nicht einfach auf die Gegenpartei verlässt. Dazu kommt der für die Beklagte erschwerende Umstand, dass sie die Urkunde — im Gegensatz zu den gleichzeitig unterzeichnenden zwei andern Beteiligten — zweimal unterschreiben musste, und zwar das zweite Mal unter dem Titel « Die Mitpfandgeberein », der mit einer Bürgschaft schon dem Worte nach nichts zu tun hat. Zum mindesten dieser, von ihr sicher nicht erwartete Umstand hätte die Beklagte zu einer Frage veranlassen sollen. Schon eine Frage hätte aber allem Anschein nach genügt, um den wirklichen Sachverhalt aufzudecken.

Bei Anwendung von Art. 26 Abs. 1 OR ist das Verhalten des Irrenden übrigens mit einer gewissen Strenge zu beurteilen, da Art. 26 den Irrenden an sich schon günstig behandelt. Andere Gesetze, so das deutsche Recht (§ 122 BGB), verpflichten den Irrenden selbst dann zu Schadenersatz, wenn ihn kein Verschulden trifft.

3. — Der fahrlässig Irrende haftet aber nur dann, wenn auch die zweite Voraussetzung des Art. 26 zutrifft und der Vertragsgegner den Irrtum nicht kannte oder hätte kennen sollen. Letzteres nahm die Vorinstanz von der Klägerin an. Dennoch wies sie die Klage nicht ab, sondern verglich das Verschulden beider Teile miteinander und ermässigte dementsprechend die Ersatzpflicht der Beklagten. Dieses Vorgehen, das die Vorinstanz nicht begründet, findet im Gesetz keinen Halt. Die Haftung des irrenden Vertragsteils bildet nicht einen Sonderfall der Haftung aus unerlaubter Handlung, bei der das Mitverschulden des Geschädigten gemäss Art. 44 OR einen Herabsetzungsgrund darstellt, sondern

eine Haftung eigener Art, deren Voraussetzungen Art. 26 OR selbständig umschreibt. Wer auf den Bestand eines Vertrages vertraut, soll entschädigt werden, wenn der Vertrag wegen eines fahrlässigen Irrtums des andern Teils dahinfällt. Dieser innere Grund für die Haftung des Irrenden fehlt aber, wenn der Vertragsgegner den Mangel des Vertrages kannte oder bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte kennen sollen und demnach mit dem Bestand des Vertrages überhaupt nicht rechnen konnte. Der Schadenersatzanspruch des Vertragsgegners entsteht daher gemäss Art. 26 OR gar nicht, wenn dieser den Irrtum kannte oder hätte kennen sollen. Dies nimmt auch das Schrifttum fast allgemein an (OSER-SCHÖNENBERGER, Note 7 zu Art. 26, VON TUHR, 2. Aufl. S. 281, TOBLER in Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 8 S. 365, RABEL in Zeitschrift für Schweiz. Recht, N. F. 27, S. 306; anderer Meinung, aber ohne Begründung, BECKER 2. Aufl. Note 4 zu Art. 26). § 122 Abs. 2 BGB enthält die gleiche Regelung. Bei den deutschen Autoren herrscht kein Zweifel darüber, dass ein Abwägen der beiderseitigen Anteile am Verschulden im Sinne von § 254 BGB, der dem Art. 44 OR entspricht, selbst bei grober Fahrlässigkeit des Irrenden nicht in Frage kommt (so folgende Kommentare zum BGB: OERTMANN, 3. Aufl. Note 4 a zu § 122; STAUDINGER, 10. Aufl. Note 6 zu § 122; WARNEYER, 2. Aufl., § 122 Ziff. III).

Hält man sich an den klaren Wortlaut des Gesetzes, so kann von einer Haftung der Beklagten keine Rede sein. Zwar kannte die Klägerin den Irrtum der Beklagten nicht. Sie befand sich vielmehr im gleichen Irrtum und meinte ebenfalls, die Pfandbestellung sei gültig. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte die Klägerin aber den Irrtum erkannt. Es lag an ihr, sich das Pfand gültig bestellen zu lassen. Sie nahm denn auch den Pfandtitel von Anfang an zu ihren Händen und fasste den Pfandbestellungsvertrag ab. Zu dessen richtiger Vorbereitung gehörte vor allem, dass sie sich über die Personalien der Mitpfandgläubigerin Gewissheit verschaffte. Das unterliess

die Klägerin. Sie verglich einfach den Schuldbrief und das Gesuch des Werner Sterchi und sah daraus, dass die Mitgläubigerin und eine der vorgeschlagenen Bürgen den gleichen Familiennamen und fast den gleichen Vornamen trugen. Einzig dieser Umstand, nicht eine Täuschung von dritter Seite, verleitete sie zur Annahme, es handle sich dabei um die gleiche Person. Diese Annahme war voreilig. Die Klägerin war aber dazu noch so unvorsichtig, ihre Annahme auch nicht im geringsten nachzuprüfen, obwohl eine Rückfrage leicht gewesen wäre und nahegelegen hätte. Denn der Übertragungsvermerk auf dem Schuldbrief stammte immerhin aus dem Jahre 1924. Die Gläubiger waren darin als « Kinder » und mit einem andern Wohnort aufgeführt. Dazu waren die Vornamen nicht ganz gleich angegeben wie auf dem Gesuch des Werner Sterchi.

Der Irrtum der Klägerin, der schon aus ihrem Schreiben vom 22. Januar 1942 an Werner Sterchi hervorging, wäre allerdings aufgeklärt worden, wenn ihn Sterchi pflichtgemäss richtiggestellt hätte. Da aber die Beklagte von diesem Schreiben keine Kenntnis hatte und die Klägerin auch nicht erwarten konnte, dass sie es lese, ist dieser Umstand im Verhältnis zwischen den Parteien bedeutungslos. Die Klägerin konnte übrigens nicht einmal annehmen, dass ihr Sterchi, der an der Gewährung des Kredites interessiert war, einen allfälligen Irrtum sicher mitteilen werde. Die gegen alle Vorsicht versäumte Prüfung der Personalien wurde von der Klägerin auch bei der Unterzeichnung des Vertrages nicht nachgeholt. Ihr Prokurist stellte keine einzige Frage und legte auch den zu verpfändenden Schuldbrief nicht vor. Dass diese Art der Geschäftserledigung unsorgfältig war, zeigt der Umstand, dass der Klägerin noch ein weiterer Fehler unterlief, der Frau Zihler betraf. Diese wurde im Bürgschaftsvertrag als « Frau Zihler-Michel, geschieden von August » aufgeführt, obwohl sie nicht geschieden war.

Die Klägerin bestreitet in der Anschlussberufung den Zusammenhang ihres Irrtums über die Person der Pfand-

gläubigerin mit dem Hinfall des Bürgschaftsvertrages. Diesen habe die Beklagte durch die falsche Unterzeichnung als Mitpfandgläubigerin selbständig verursacht. Eine solche Betrachtungsweise geht fehl. Es trifft zwar zu, dass die Klägerin in ihrem Irrtum über die Person der Gläubigerin durch das Verhalten des Werner Sterchi und der Beklagten bestärkt wurde. Richtig ist auch, wie schon dargelegt wurde, dass sich die Beklagte nicht über die Gültigkeit der Pfanddargabe geirrt haben würde, ja die mangelhafte Pfandbestellung hätte verhindern können, wenn sie nicht nachlässig gehandelt hätte. Aber von der Klägerin gilt das Gleiche. Es kam nur deshalb zur mangelhaften Pfandbestellung und zum gemeinsamen Irrtum über deren Gültigkeit, damit aber auch zur Anfechtbarkeit des Bürgschaftsvertrages, weil die Fehler beider Parteien zusammenwirkten. Hätte nur eine Partei mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt, so wäre der Mangel an den Tag getreten. Dazu kommt aber noch, dass die Unachtsamkeit der Beklagten bei der Unterzeichnung überhaupt nur darum Folgen haben konnte, weil die Klägerin vorher durch ihr eigenes fehlerhaftes Verhalten eine entsprechende Verumständung herbeigeführt hatte. Am Anfang der Verwirrung, die mit der Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrages endete, stand nicht die mangelnde Vorsicht der Beklagten, sondern der Irrtum der Klägerin über die Person der Gläubigerin, den die Klägerin ausschliesslich ihrem eigenen Fehler zuschreiben muss. Wer aber auf diese Weise den Fehler eines Vertragsschlusses mitverursacht, muss die sich daraus für ihn ergebenden Folgen selbst tragen. Art. 26 OR will nur denjenigen schützen, den am Mangel eines Vertrages keine Schuld trifft.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Gutheissung der Berufung und Abweisung der Anschlussberufung wird das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 7. April 1943 aufgehoben und die Klage ganz abgewiesen.

40. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Juni 1943
i. S. Louis Willen A.-G. gegen RURO A.-G.

Positive Vertragsverletzung beim zweiseitigen Vertrag.

Die vor der Fälligkeit ihrer Verpflichtung von einer Partei abgegebene Erklärung, sie werde den Vertrag nicht erfüllen, stellt eine positive Vertragsverletzung dar, auf Grund deren der Gegenpartei die Rechte aus Art. 107 ff. OR analog zustehen. Anforderungen an die Unverzüglichkeit der Wahlerklärung.

Violation positive d'un contrat bilatéral.

La partie qui déclare avant l'exigibilité de son obligation qu'elle ne l'exécutera point, viole positivement le contrat et permet à la partie adverse d'agir analogiquement selon les art. 107 et sv. CO. Exigence du choix immédiat.

Violazione positiva d'un contratto bilaterale.

La parte che, prima dell'esigibilità della sua obbligazione, dichiara che non l'adempirà, viola positivamente il contratto e dà alla controparte il diritto di agire analogicamente secondo gli art. 107 e seg. CO. Necessità della scelta immediata.

Aus dem Tatbestand :

Die Firma Louis Willen A.-G. verpflichtete sich, von der Firma RURO A.-G. während bestimmter Zeit jährlich 200 Stück eines Spezialapparates für Schönheitspflege zu beziehen. Sie nahm jedoch schon im ersten Jahr nur einen Teil ab mit der Begründung, der Apparat sei mangelhaft, und wenn die Lieferantin die Mängel nicht behebe, werde sie den Vertrieb einstellen und bei gerichtlichem Vorgehen der Lieferantin gegen sie Widerklage auf Ersatz ihrer Aufwendungen erheben. Die RURO A.-G. setzte der Willen A.-G. Nachfrist zur Abnahme an, nach deren Ablauf sie unter Berufung auf Art. 107 ff. OR vom Vertrage zurücktrat und Klage auf Ersatz des entgangenen Gewinnes erhob. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise Ersatz ihrer Aufwendungen für Reklame und Propaganda, sowie des entgangenen Gewinns.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, da die Beklagte wegen Mangelhaftigkeit des Apparates zu weiterer Abnahme nicht verpflichtet gewesen sei, und schützte die Widerklage grundsätzlich. Auf Berufung der Klägerin hin bestätigte das Obergericht Zürich das Urteil hinsichtlich der Hauptklage, wies aber die Widerklage ebenfalls ab.