

zu betrachten (BGE 30 II 301, 38 II 587, 40 II 138, welche Entscheide die Vorinstanz in Verkennung ihrer Tragweite lediglich dafür anruft, dass das Unterbleiben eines Widerspruchs gegen ein Bestätigungsschreiben ein starkes Indiz für dessen Richtigkeit, also für die Übereinstimmung seines Inhalts mit der mündlichen Vereinbarung, bilde; vgl. ferner SCHLÄPFER, die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsschluss nach schweiz. Recht, S. 73 ff.; gleich für das deutsche Recht DÜRINGER/HACHENBURG, Komm. zum HGB 3. Aufl. Band 4 S. 399 ff.; RGZ 129 S. 347 ff.).

Diese Grundsätze über die Folgen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben gelten nun aber nur unter der Voraussetzung, dass Treu und Glauben, Verkehrssicherheit, Handelsübung sie rechtfertigen. Dies trifft nur zu, wenn der Absender der ehrlichen Überzeugung ist, in seinem Bestätigungsschreiben lediglich das zusammengefasst zu haben, was tatsächlich bereits mündlich vereinbart war. Das kommt in den oben erwähnten Entscheiden des Bundesgerichtes, abgesehen vielleicht von demjenigen in Band 30 II 301, nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit zum Ausdruck und ist deshalb hier nachdrücklich hervorzuheben. Bestätigt der Absender *bewusst* etwas von der mündlichen Vereinbarung Abweichendes oder stellt er *bewusst* eine Vereinbarung fest, die in Wirklichkeit gar nicht stattgefunden hat, so hat man es mit der arglistigen Erschleichung eines Vertragsschlusses zu tun, die keinen Schutz verdient. Solche Bestätigungsschreiben kann der Empfänger ohne Schaden unbeantwortet lassen (vgl. RGZ 129 S. 347; DÜRINGER/HACHENBURG sowie SCHLÄPFER a.a.O.).

3. — Die Betrachtung des vorliegenden Falles im Lichte dieser Erwägungen führt zu folgendem Ergebnis:

Das Stillschweigen der Beklagten auf das Schreiben vom 7. März 1944, das ihr unbestrittenermassen zugekommen ist, begründet gemäss Art. 6 OR die Vermutung, dass ein Vertrag zustandegekommen sei, dessen Inhalt sich aus dem sog. Bestätigungsschreiben ergibt. Die Beklagte, die

es nicht für nötig fand, der Klägerin mitzuteilen, dass sie mit dem Inhalt des Schreibens nicht einig gehe, trifft nun die volle Beweislast dafür, dass der Inhalt der sog. Bestätigung der am 7. März getroffenen Abmachungen tatsächlich nicht entspreche, und darüber hinaus, dass sich die Klägerin dieser Diskrepanz bewusst war.

50. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1945 i. S. Schweizer gegen Staat Zürich.

*Beamtenhaftpflicht; Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen.*

Haftung des kantonalen Beamten gegenüber dem Staat für Schäden aus Dienstpflichtverletzungen und unerlaubter Handlung; anwendbares Recht, Zulässigkeit der Berufung. Art. 362, 41 ff. OR, Art. 60 Abs. 1 lit. c OG (Erw. 1).

Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen, Voraussetzungen. Art. 54 Abs. 1 OR (Erw. 3-6, 8).

*Responsabilité du fonctionnaire cantonal envers l'Etat en raison du dommage résultant de la violation des devoirs de la charge et de la commission d'actes illicites, droit applicable, art. 362 et 41 sv. CO. — Recevabilité du recours en réforme, art. 60 al. 1<sup>er</sup>, lettre c OJ (consid. 1).*

*Responsabilité par motif d'équité d'une personne privée de discernement; conditions, art. 54 al. 1<sup>er</sup> CO (consid. 3 à 6 et 8).*

*Responsabilità del funzionario cantonale verso lo Stato a motivo del danno risultante dalla violazione dei doveri di servizio e da atti illeciti; art. 362 e 41 seg. CO. Diritto applicabile, ricevibilità del ricorso per riforma, art. 60, cp. 1, lett. c, OGF (consid. 1).*

*Responsabilità, per motivi d'equità, d'una persona incapace di discernimento; condizioni; art. 54 cp. 1 CO (consid. 3-6 e 8).*

*Aus dem Tatbestand:*

Notar Schweizer in Zürich unterschlug aus seiner Amtskasse einen Betrag von ca. Fr. 40,000.—, den er im wesentlichen zur Gewährung von Darlehen an Dritte verwendete. Ferner verpfändete er einen Schuldbrief, der zu der Erbschaft Neyroud gehörte, als deren amtlicher Erbschaftsverwalter er bestellt worden war, und hob vom Postcheckkonto der Erbschaft Geld ab, das er für sich verwendete.

Das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren wurde wegen Urteilsunfähigkeit des Angeschuldigten eingestellt. Dagegen wurde er seines Amtes enthoben. Mit Rücksicht auf

seine Urteilsunfähigkeit wurde ihm jedoch für die Dauer von 3 Jahren eine Rente wegen unverschuldeter Entlassung gewährt, doch behielt sich der Staat Zürich die Verrechnung mit allfälligen Schadenersatzansprüchen vor.

Vom Gesamtschaden von ca. Fr. 50,000.— konnte ein Teil wieder erhältlich gemacht werden durch Rückforderung der von Schweizer gemachten Darlehen, ein anderer Teil wurde gedeckt durch Verrechnung mit Gehalts- und Rentenansprüchen Schweizers. Für den ungedeckten Schaden von rund Fr. 26,000.— belangte der Staat Zürich Schweizer.

Das Obergericht Zürich verpflichtete den Beklagten auf Grund von Art. 54 Abs. 1 OR zur Bezahlung von Fr. 12,000.—.

Auf Berufung Schweizers hin hebt das Bundesgericht dieses Urteil auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück.

*Aus den Erwägungen :*

1. — Gemäss Art. 362 Abs. 1 OR stehen die öffentlichen Beamten und Angestellten unter dem öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone. Ihr Dienstverhältnis wird im vollen Umfang, auch hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit daraus gegenüber dem Staat, vom einschlägigen öffentlichen Recht beherrscht. Wie im angefochtenen Entscheid ausgeführt wird, fehlen nun aber im öffentlichen Recht des Kantons Zürich Bestimmungen über die Schadenersatzpflicht der Beamten gegenüber dem Staat, und die Vorinstanz hat aus diesem Grunde Art. 328 OR über die Verantwortlichkeit des Dienstpflichtigen beim Dienstvertrag als anwendbar erklärt. Sofern das dahin zu verstehen sein sollte, dass das Bundeszivilrecht als solches direkt Anwendung finde, kann der Vorinstanz jedoch nicht beigegeben werden. Art. 362 OR, der in Bezug auf die Dienstverhältnisse kantonaler Beamter eine blosse Anwendungsnorm des in Art. 6 Abs. 1 ZGB ausgesprochenen Vorbehalts zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechts

darstellt, schliesst eine direkte Anwendbarkeit des eidgenössischen Zivilrechts schlechthin aus. Es verhält sich nicht etwa so wie bei Art. 61 OR, wonach die Vorschriften von Art. 41 ff. OR grundsätzlich auch auf die Haftung öffentlicher Beamter für den in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachten Schaden Anwendung finden und der Bund oder die Kantone lediglich die Möglichkeit haben, eine anderweitige Regelung zu treffen. Beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung der Haftung des Beamten aus dem Dienstverhältnis gegenüber dem Staat kann Art. 328 OR vielmehr höchstens als subsidiäres kantonales Recht in Betracht kommen, das vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht überprüft werden kann.

Würde sich im vorliegenden Falle die Verurteilung Schweizers durch die Vorinstanz wegen Unterschlagung von Staatsgeldern auf dessen Haftung aus dem Dienstverhältnis stützen, so wäre die Berufung daher insoweit nicht zulässig. Die Vorinstanz hat jedoch Schweizer unter dem Gesichtspunkt der in der Unterschlagung von Staatsgeldern liegenden unerlaubten Handlung, also auf Grund von Art. 41 ff. OR, ersatzpflichtig erklärt.

Mit dem vertragsähnlichen Anspruch aus dem Dienstverhältnis kann in der Tat ein solcher aus Delikt konkurrieren (BGE 50 II 378 f.). Dass die Unterschlagung von Staatsgeldern grundsätzlich eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR darstellt, liegt auf der Hand. Art. 41 OR konnte nun, im Gegensatz zu Art. 328 OR, von der Vorinstanz nicht als subsidiäres kantonales Recht angewendet werden, sondern nur als Bundesrecht. Denn die Deliktshaftung des Beamten gegenüber dem Gemeinwesen bestimmt sich ausschliesslich und zwingend nach dem Bundeszivilrecht. Art. 362 OR bezieht sich, wie schon aus seiner Stellung im Gesetz — im Titel über den Dienstvertrag — hervorgeht, ausschliesslich auf die im Dienstverhältnis des Beamten verwurzelten vertragsähnlichen Ansprüche. Eine Befugnis des Gemeinwesens, über die Deliktshaftung seiner Beamten ihm gegenüber vom Bundes-

zivilrecht abweichende Vorschriften zu erlassen, kann auch nicht etwa aus Art. 61 OR abgeleitet werden. Diese Bestimmung betrifft nur das Verhältnis des Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten (BGE 45 I 73). Sie bezweckt, dem Gemeinwesen die Möglichkeit einzuräumen, seine Beamten davor zu schützen, dass sie für jedes leichte Verschulden vom Dritten zur Rechenschaft gezogen werden können. Dieser Grund entfällt für das interne Verhältnis des Beamten zum Staat.

Soweit die Vorinstanz den Beklagten Schweizer wegen Veruntreuung von Staatsgeldern in Anwendung von Art. 41 ff. OR zu Schadenersatzleistung verurteilt hat, unterliegt ihr Entscheid daher der Berufung an das Bundesgericht.

Schweizer hat nun aber nicht nur dem Staat Gelder veruntreut, sondern sich auch Werte angeeignet, die zu der ihm als amtlichem Erbschaftsverwalter anvertrauten Erbschaft Neyroud gehörten. Dadurch wurde primär nicht der Staat, sondern die Erbengemeinschaft Neyroud geschädigt. Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung steht daher lediglich der letzteren zu, nicht dagegen auch dem Staate. Der von diesem mit der vorliegenden Klage erhobene Anspruch kann vielmehr nur den Charakter einer Regressforderung auf Grund allfälliger Bestimmungen des Beamtenverhältnisses Schweizern zum Staat Zürich haben. Es handelt sich dabei also um eine Forderung auf Grund kantonalen Rechtes. Indem die Vorinstanz den Beklagten Schweizer auch für diese Forderung unter dem Gesichtspunkt von Art. 41 ff. OR ersatzpflichtig erklärt, hat sie somit zu Unrecht eidgenössisches Zivilrecht angewendet und dieses dadurch verletzt. Ihr Entscheid muss daher insoweit gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. c OG aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung auf Grund des anwendbaren kantonalen öffentlichen Rechts an sie zurückgewiesen werden.

Nach dem Wortlaut der genannten Bestimmung des OG wäre die Rückweisung allerdings nur zulässig, wenn die

ganz oder teilweise nach eidgenössischem Recht entschiedene Sache *ausschliesslich* nach kantonalem Recht zu beurteilen ist. Allein es ist nicht einzusehen, weshalb ein Urteil, in dem die Vorinstanz auf einen Teil der Streitsache zu Recht, auf einen andern aber zu Unrecht ein eidgenössisches Gesetz angewendet hat, hinsichtlich des letzteren Teiles nicht ebenfalls zurückzuweisen sein sollte, damit auch nach dieser Richtung die allein zuständige Vorinstanz den Fall unter dem Gesichtspunkt des massgebenden kantonalen Rechtes überprüfe.

2. — Im vorliegenden Fall umfasst der Betrag von Fr. 12,000.—, zu dessen Bezahlung die Vorinstanz den Beklagten Schweizer verurteilt hat, sowohl den Ersatz des Schadens, der dem Staate aus der Unterschlagung von Staatsgeldern direkt, wie desjenigen, der ihm nur indirekt, infolge der Veruntreuung von Mitteln der Erbschaft Neyroud, erwachsen ist. Welcher Teil der Ersatzsumme auf jeden der beiden Ansprüche entfalle, kann dem angefochtenen Urteil nicht entnommen werden. Das Bundesgericht ist daher nicht in der Lage, heute schon ein abschliessendes Urteil zu fällen über die Höhe des Ersatzes wegen Veruntreuung von Staatsgeldern, in welchem Punkte allein ihm nach den eingangs gemachten Ausführungen eine Überprüfungsbefugnis zusteht. Doch kann immerhin die grundsätzliche Frage erörtert werden, ob die Voraussetzungen für eine Haftung Schweizern aus Art. 41 ff. OR erfüllt seien.

3. — Bei der Beurteilung der Frage nach der Haftung des Beklagten Schweizer auf Grund von Art. 41 ff. OR ist davon auszugehen, dass Schweizer im Moment der Begehung der unerlaubten Handlungen unzurechnungsfähig war, wie die Vorinstanz auf Grund einer psychiatrischen Expertise ohne Verletzung von Bundesrecht angenommen hat. Als Rechtsgrundlage für seine Belangbarkeit kann daher von vorneherein nur Art. 54 OR in Betracht kommen. Danach kann der Richter aus Billigkeit auch eine nicht urteilsfähige Person, die Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatze verurteilen.

Der Beklagte Schweizer macht geltend, eine Billigkeitshaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR komme bei ihm schon mit Rücksicht auf die gegenseitigen Vermögensverhältnisse nicht in Betracht; denn während der Kläger ein finanzkräftiges Staatswesen sei, verfüge er über keinerlei Vermögen und habe für sich und seine Familie, die aus der Frau und zwei minderjährigen Kindern besteht, nur das verhältnismässig bescheidene Einkommen von Fr. 8000.— im Jahr.

Nun ist allerdings richtig, dass bei der Handhabung des richterlichen Ermessens im Rahmen von Art. 54 OR vor allem die gegenseitigen Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen sind (BGE 26 II 327), die hier in der Tat eher gegen eine Verurteilung Schweizers zu Schadenersatz sprechen. Allein die Vermögensverhältnisse sind nicht der einzige Umstand, der in Betracht kommen kann, zumal wenn, wie hier, der Geschädigte ein Gemeinwesen ist, das als Verwalter öffentlicher Mittel eines erhöhten Schutzes bedarf.

4. — Einen Umstand, der für die Annahme einer Billigkeitshaftung Schweizers spreche, erblickt die Vorinstanz vor allem darin, dass seine Unzurechnungsfähigkeit zur Zeit, als er die in Frage stehenden Handlungen beging, nicht ganz unzweideutig feststehe, in diesem Sinn also ein Grenzfall von Unzurechnungsfähigkeit vorliege. Diese Feststellung wird vom Beklagten Schweizer zu Unrecht als aktenwidrig angefochten. Im Rahmen der ihr zustehenden freien Würdigung der ärztlichen Expertise war die Vorinstanz zu den von ihr gezogenen Schlüssen berechtigt. Im Vorliegen eines derartigen Grenzfalles von Unzurechnungsfähigkeit kann nun in der Tat ein Umstand erblickt werden, dem der Richter im Anwendungsgebiet von Art. 54 OR unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit Rechnung tragen darf. Einen Geisteszustand, der noch fast an den normalen grenzt, völlig gleich zu behandeln wie denjenigen einer unzweifelhaften Unzurechnungsfähigkeit höchsten Grades, kann unter Umständen überaus

unbillig wirken (vgl. denn auch ZBJV 53 S. 236). Auf diesem Standpunkt steht auch das deutsche Recht (vgl. STAUDINGER, Komm. zum BGB, 9. Auflage § 829 Ziff. 3 lit. d, sowie PLANCK, Komm. zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage Band II 2 S. 1773 Ziff. 2 lit. d). Immerhin ist in der Verwendung dieses Gesichtspunktes grösste Zurückhaltung geboten, da sonst die Gefahr besteht, dass auf diesem Umwege der Urteilsunfähige praktisch doch für seine Handlungen verantwortlich gemacht würde.

5. — Unter dem Gesichtspunkte der Billigkeit berücksichtigt die Vorinstanz weiter den Umstand, dass der Beklagte Schweizer beim Staat Zürich, dem er so grosse Beträge unterschlagen hat, wieder eine Anstellung gefunden habe, indem er beim Notariat Affoltern a. A. als Kanzlist 1. Klasse angestellt worden sei.

In diesem Zusammenhang erhebt sich zunächst die Vorfrage, ob bei der Prüfung der Umstände unter dem Gesichtspunkt der Billigkeitshaftung auf die Zeit der schädigenden Handlungen oder diejenige des Urteils abzustellen sei. Es liegt auf der Hand, dass eine Lösung im letzteren Sinne dem Richter grössere Freiheit einräumt und ihn damit in den Stand setzt, der Billigkeit in erhöhtem Masse zum Durchbruch zu verhelfen. Daher ist auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung abzustellen, wie dies denn beispielsweise auch die herrschende deutsche Auffassung tut (vgl. darüber etwa Komm. der Reichsgerichtsräte zum BGB, 8. Aufl., § 829 Ziff. 5, OERTMANN, Komm. zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., § 829 Ziff. 2 b, sowie PLANCK a.a.O.). Es steht deshalb nichts im Wege, das Entgegenkommen, das im vorliegenden Fall der Geschädigte dem Schädiger durch dessen Wiederbeschäftigung erwiesen hat, als Billigkeitsgrund im Sinne des Art. 54 OR wenigstens in gewissem Umfang mit zu berücksichtigen.

6. — Die Vorinstanz hat ferner in Betracht gezogen, dass der Kläger von den Empfängern des von Schweizer vertretene Geldes nur zu einem kleinen Teil etwas erhältlich

machen könne. Auch das darf entgegen der Ansicht des Beklagten als Billigkeitsmoment gewürdigt werden. Es lässt sich nicht bestreiten, dass in Fällen, wo der Schaden durch Zahlungen Dritter zum grossen Teil gedeckt werden kann, das Bedürfnis nach der Zusprechung eines Ersatzes auf Grund von Art. 54 Abs. 1 OR gering ist. Dann ist es aber auch gegeben, das Fehlen einer solchen anderweitigen Schadensdeckung als Grund gelten zu lassen, der die Verpflichtung zur Bezahlung eines Ersatzes aus Billigkeitsgründen nahe legen kann. Nicht angängig ist es dagegen, etwa unter diesem Gesichtspunkt auch das Bestehen einer Bürgschaft zu berücksichtigen und eine erhöhte Ersatzpflicht des Unzurechnungsfähigen anzunehmen mit der Begründung, nicht er, sondern der Bürge müsse ja bezahlen; denn da diesem ein Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner zusteht, ist es letzten Endes doch er, der belastet wird.

7. — . . . . .

8. — Es liegen somit verschiedene Momente vor, die eine Verurteilung Schweizers zu einer gewissen Entschädigung zu rechtfertigen vermögen, obschon er, gemessen an den Verhältnissen des Kantons Zürich, der viel weniger zahlungskräftige Teil ist. Immerhin sind die für eine Ersatzpflicht sprechenden Billigkeitsgründe nicht derart, dass es am Platze wäre, Schweizer auf unabsehbare Zeiten hinaus finanziell schwer zu belasten. Das wäre aber der Fall, wenn er verurteilt würde, über den Betrag von rund Fr. 8200.— hinaus, den er bereits durch Verrechnung mit Besoldungsansprüchen für 1942 und durch Freigabe von Rentenansprüchen geleistet hat, weitere Fr. 12,000.— zu bezahlen. Das müsste dazu führen, dass er mit seiner Familie auf unverhältnismässig lange Zeit auf das Existenzminimum gesetzt wäre. Eine solche Belastung wäre jedoch zweifellos unbillig, wenn man in Betracht zieht, dass Schweizer zur Zeit der Begehung der Tat unzurechnungsfähig war und darum grundsätzlich für deren Folgen nicht haftbar gemacht werden kann. Er hat vielmehr Anspruch

darauf, dass ihm und seiner Familie ein wenigstens annähernd standesgemässes Auskommen nicht auf allzulange Zeit entzogen bleibt (vgl. in diesem Sinne auch § 829 BGB, der die Belassung dieses Minimums in Fällen von Billigkeitshaftung generell vorschreibt). Dies erscheint umso mehr geboten, als Schweizer nicht mehr pensionsberechtigt ist und die Gefahr eines Rückfalles in seine Krankheit nicht ausserhalb des Bereiches der Möglichkeit liegt.

51. *Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 23 octobre 1945 dans la cause Lavanchy c. Vontobel.*

*Concurrence déloyale* (art. 48 CO). Sur le marché libre, celui qui vend à bas prix et porte ainsi préjudice aux concurrents ne commet un acte illicite que s'il use de procédés contraires aux règles de la bonne foi, par ex. s'il se procure à bon marché par des moyens frauduleux la marchandise qu'il vend.

*Unlauterer Wettbewerb*, Art. 48 OR. Wer im freien Handel zu niedrigem Preis verkauft und dadurch die Konkurrenz schädigt, macht sich keines unlauteren Wettbewerbs schuldig, es sei denn, er wende gegen Treu und Glauben verstossende Mittel an, indem er sich z. B. die Ware auf betrügerische Weise billig verschafft.

*Concorrenza sleale* (art. 48 CO). Chi, sul mercato libero, vende a prezzo basso e porta così pregiudizio ai concorrenti, commette un atto illecito soltanto se fa uso di procedimenti contrari alla buona fede, p. es. se si procura a buon mercato, mediante mezzi fraudolenti, la merce che vende.

A. — Charles Vontobel est fleuriste en gros et au détail, André Lavanchy, seulement fleuriste en gros, sur la place de Genève. Ils sont concurrents. Au cours de l'hiver 1940-1941, Vontobel remarqua que Lavanchy vendait à des détaillants des fleurs provenant de l'étranger, notamment de France, à des prix plus bas qu'il ne pouvait le faire lui-même. Soupçonnant des actes irréguliers, il provoqua une enquête. Elle révéla que Lavanchy payait à Annemasse et Moillesulaz (France) en argent français exporté hors clearing la marchandise achetée dans le Midi de la France. De cette manière, il l'avait à bon compte et pouvait la revendre à bas prix. Le Tribunal de police de Genève condamna Lavanchy à deux mille