

ist die Auffassung, im Sinne des Art. 75 (und Art. 17) D.-R. sei der Erfolg einer Handlung nur dann ein unsittlicher zu nennen, wenn derselbe in objektiver Hinsicht gegen das Sittengesetz verstoße. Ein unsittlicher Erfolg im Sinne der vorerwähnten Gesetzesstelle kann auch in der Herbeiführung einer an sich durchaus erlaubten Handlung liegen, so z. B. wenn einem Beamten eine Belohnung dafür versprochen wird, daß er seine Pflicht tue (s. Regelsberger, Pandekten I, § 153). So enthält auch der vorliegende Vertrag eine Verletzung des sittlichen Wesens der Ehe, nicht deswegen, weil die beabsichtigte Scheidung an sich etwas Unsittliches wäre, sondern weil die Anwendung gewinnfüchtiger Motive zur Herbeiführung der Einwilligung hiezu eine Mißachtung der sittlichen Grundlage der Ehe in sich schließt (vgl. Seufferts Archiv VIII, Nr. 25; Ullmer, Kommentar zum zürcherischen Priv.-G.-B., Nr. 1910). Die moralische Verwerflichkeit einer solchen Handlung erscheint noch erhöht, wo, wie hier, der eine Teil seine bessere ökonomische Stellung dazu benützt, um sich eines Verhältnisses zu entledigen, dessen einseitige Lösung ihm nach bestehendem Rechte sonst unmöglich wäre.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird für begründet erklärt und es wird in Abänderung des angefochtenen Urteils der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes die Klage abgewiesen.

99. Urteil vom 21. September 1894 in Sachen Hofftetter gegen Baumeler.

A. Mit Urteil vom 5. Mai 1894 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: Beklagter sei gehalten, den Betrag von 5093 Fr. nebst gesetzlichem Zins zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei dasselbe dahin abzuändern, daß Kläger mit seiner Forderung von 5093 Fr.

nebst gesetzlichem Zins gegenüber dem Beklagten gänzlich abzuweisen sei.

Bei der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten diesen Antrag. Der Anwalt des Klägers, welcher im Begleit seines Klienten erschienen ist, beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Jahre 1883 eröffnete die Eidgenössische Bank in Luzern dem Peter Baumeler in Wohlhusen einen Kontokorrentkredit bis zum Betrage von 25,000 Fr. Für diesen Kredit leisteten am 28. September 1883 der Gläubigerin folgende sieben Personen Bürg- und Zahlerschaft: Der Kläger J. Hofftetter, der Beklagte Chr. Baumeler, Joh. Baumeler, Gotthard und Joh. Waltert in Willisau, Joh. Rüng in Schöb und A. Siegrist in Menznau.

Am 5. Oktober 1883 leisteten der Beklagte Christian Baumeler und Johann Baumeler dem Kläger für seine Bürgschaft Rückbürgschaft; der Rückbürgschein lautet im Kontext wörtlich: „Die Unterzeichneten, Gebrüder Johann Baumeler im Oberebnet zu Uffhusen und Christian Baumeler im Lindenhof zu Ebikon verpflichten sich hiemit dem Herrn Jakob Hofftetter, Richter in Doppleschwand, persönlich als Bürgen und Zahler zu haften für die seinerseits für Herrn Großrat Peter Baumeler in Wohlhusen bei der Eidgenössischen Bank in Luzern unterm 28. September 1883 mit uns eingegangenen Kontokorrentbürgschaft im Betrag von 25,000 Fr., schreibe fünfundzwanzig tausend Franken, falls Herr Hofftetter infolge obiger Kontokorrentbürgschaft etwas zahlen müßte, und verpflichten uns, ihn, Herrn Hofftetter diesbezüglich in jeder Beziehung schadlos zu halten.“

Am 3. Februar 1883 wurde der Eidgenössischen Bank „für alle Forderungen, welche dieselbe auf Herrn Großrat Peter Baumeler in Wohlhusen besitzt oder besitzen wird, bis zum Betrage von 25,000 Fr.“ nebst Zinsen und Folgen ein neuer Bürgschaftszakt ausgestellt. Unterzeichnet wurde derselbe von den bisherigen Bürgen Hofftetter, Chr. Baumeler, Joh. Baumeler, A. Siegrist. Die Bürgen Gotthard und Johann Waltert, sowie Joh. Rüng haben diesen Bürgschein nicht mehr unterschrieben, dagegen sind neu hinzugekommen J. Rüng in Schöb und Bezirks-

richter Siegrist in Großwangen. Am 6. November 1890 fiel der Hauptschuldner Peter Baumeler in Konkurs. Die Eidgenössische Bank meldete ihre Kontokorrentforderung an, und regressierte für den verbürgten Betrag von 25,000 Fr. nebst Folgen die im Bürgschaftsakt vom 3. Februar 1885 genannten Bürgen, welche dann am 10. November 1890 an die Bank 25,451 Fr. 40 Cts. bezahlten. Gemäß einer unter den Bürgen getroffenen Vereinbarung übernahm und zahlte der Kläger Hoffstetter für seinen Teil 5093 Fr. Gestützt auf den Rückbürgschaftsakt vom 5. Oktober 1883 forderte er in der Folge vom heutigen Beklagten die Rückvergütung dieses Betrages.

2. Der Beklagte bestritt die Schuldpflicht. Er behauptete, die Rückbürgschaft sei erloschen und führte hiefür an: Das im Jahr 1883 erhobene Anleihen sei im Jahr 1885 bei Anlaß der Eingehung der neuen Bürgschaft getilgt worden und dadurch Bürgschaft und Rückbürgschaft untergegangen. Eventuell sei die Bürgschaft vom 28. September 1883 dadurch untergegangen, daß am 3. Februar 1885 eine neue Bürgschaft begründet worden sei, und damit sei auch die Rückbürgschaft, die sich nur auf die erstere bezogen habe, dahingefallen. Die Eidgenössische Bank habe denn auch im Konkurs des Peter Baumeler nur die Bürgschaft vom Jahre 1885 angemeldet, und die Zahlung der Bürgen ausdrücklich unter Verweisung auf diese letztere quittiert. Weiter eventuell folge die Erlösung der Rückbürgschaft daraus, daß Kläger die Rückbürgen zum Konkurs des Hauptschuldners nicht nachgeladen habe, und schließlich habe Kläger seinen Verzicht auf die Geltendmachung der Rückbürgschaft dadurch kundgegeben, daß er seinen Anteil von 5093 Fr., gemäß der Verabredung unter den Bürgen à fonds perdu bezahlt habe.

In der Replik bemerkte der Kläger: Im Jahr 1885 sei kein neues Anleihen bei der Eidgenössischen Bank kontrahiert worden, vielmehr habe die ursprüngliche Schuld immer fortbestanden. Damals sei nur ein neuer Bürgschaftsakt geschrieben worden, lediglich aus dem Grunde, weil der frühere Bürge Gemeindeammann Waltert in Wohlhufen in Konkurs geraten sei. Verneint werde, daß die Bürgen ihre Beiträge bei der Zahlung der Bürgschaft à fonds perdu geleistet haben. Eine Nachladung der Rückbürgen zum Kon-

kurs des Hauptschuldners sei zur Wahrung seiner Regressrechte nicht nötig gewesen.

3. Die erste Instanz hat die Klage abgewiesen, indem sie annahm, die Bürgschaft vom Jahr 1883 sei durch die Ausstellung eines neuen Bürgschaftsaktes vom 3. Februar 1885 erloschen und damit auch die Rückbürgschaft des Beklagten dahingefallen. Die zweite Instanz hat dagegen gefunden, eine Kraftloserklärung der Bürgschaft von 1883 sei nicht erfolgt. Nach Lage der Sache sei vielmehr anzunehmen, daß die im Jahre 1885 neu hinzutretenden Bürgen einfach an Stelle der abtretenden getreten seien, und zwar in der Form der expromissio, ohne daß die ursprüngliche Bürgschaft annulliert worden wäre. Die Personaländerung und die Ausstellung eines neuen Bürgschaftsaktes sei keineswegs etwa auf Grund erfolgter Bezahlung der durch die Bürgschaft von 1883 gesicherten Hauptschuld erfolgt, und es sei im Weiteren weder behauptet noch bewiesen worden, daß durch den Eintritt neuer Personen die Bürgschaft für die verbleibenden Bürgen sich zu einer schwereren Verpflichtung gestaltet habe.

4. In formeller Beziehung muß bemerkt werden, daß die in Art. 68 des Organisationsgesetzes betreffend die Bundesrechtspflege vorgeschriebene Kenntnizgabe der Berufung an den Kläger seitens der kantonalen Instanz nicht erfolgt ist. Da jedoch der Kläger und Berufungsbeklagte sich hierüber nicht beschwert und einfach Bestätigung des für ihn obliegenden kantonalen Urteils beantragt hat, so ist diese Unterlassung ohne weitere prozessuale Folgen geblieben.

5. In der Sache selbst erscheint zunächst die Behauptung des Beklagten, es sei die im Jahr 1883 eingegangene Bürgschaft und damit auch die Rückbürgschaft dadurch erloschen, daß das im Jahr 1883 vom Hauptschuldner erhobene Anleihen bei Eingehung der neuen Bürgschaft getilgt worden sei, als unbegründet und mit den Akten und der Feststellung der kantonalen Gerichte im Widerspruch stehend. Durch die Bürgschaft vom Jahre 1883 wurde nämlich nicht etwa für ein festes Anleihen, sondern für einen Kreditöffnungsvertrag Sicherheit geleistet. Daß nun der dem Hauptschuldner eröffnete Kredit im Jahre 1885, oder überhaupt je bis zum Konkurs desselben aufgehoben worden sei, hat

Beklagter nicht behauptet; derselbe bestand bis zu diesem Zeitpunkt unverändert und unabhängig von dem Stand des jeweiligen Kontokorrentsalbos fort. Vom Untergang der Bürgschaft und Rückbürgschaft wegen erloschener Hauptschuld kann somit keine Rede sein.

6. Es bleibt hienach die weitere Frage, ob die Rückbürgschaft aus dem Grunde erloschen sei, weil durch Errichtung eines neuen Bürgschaftsaktes im Jahre 1885 die ursprüngliche Bürgschaft, deren Accessorium sie bildete, aufgehoben und durch eine neue Verpflichtung ersetzt worden sei. Der Vertreter des Beklagten hat heute in dieser Richtung ausgeführt, die Bürgschaft sei ein formales Rechtsgeschäft, woraus folge, daß die Errichtung eines neuen Bürgschaftsaktes schon an sich die Begründung einer neuen Bürgschaft, unter Aufhebung der frühern, enthalte. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Die Bürgschaft ist gesetzlich nur insoweit an eine Form geknüpft, als zu ihrer Begründung die schriftliche Abfassung vorgeschrieben ist. Im Ubrigen ist aber die Existenz der Obligation von der schriftlichen Beurkundung durchaus unabhängig, sie ist nicht in dem Bürgschaftsakt selbst verkörpert. Die Errichtung eines neuen Bürgscheines schließt daher nicht ohne weiteres die Begründung einer neuen Obligation in sich, hiezu ist vielmehr erforderlich, daß die Errichtung des neuen Aktes in der Absicht geschehen sei, ein neues Rechtsverhältniß zu schaffen, d. h. es muß der animus novandi vorhanden sein. Derselbe braucht nun allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden; dagegen darf er nicht präsumiert werden, er muß aus dem Rechtsgeschäfte klar hervorgehen (Art. 143 D.-R.).

7. Aus der bloßen Tatsache, daß der ursprüngliche Bürgschein durch einen neuen ersetzt worden ist, kann jedenfalls der Neuerungs-wille nicht ohne weiteres geschlossen werden. Wie bereits bemerkt, war in dem Verhältniß des Hauptschuldners zum Gläubiger keine Änderung eingetreten. Es sollte nicht eine neue Schuld verbürgt werden, sondern es traten einfach an die Stelle dreier wegfallender Bürgen zwei andere; an der Verpflichtung der verbleibenden Bürgen wurde materiell nichts geändert. Jeder von ihnen hatte sich solidarisch für das Ganze verbürgt, und die Tatsache, daß sämtliche Bürgschaftsverpflichtungen auf das gleiche Ziel gerichtet waren, konnte an dem Charakter jeder einzelnen, als selbständiger Obligation, nichts ändern; es konnte daher auch der Wegfall

einzelner Mitbürgen keinen Einfluß auf ihren Fortbestand haben. Demnach wäre es durchaus zulässig gewesen, unbeschadet der bestehenden Bürgschaftsverpflichtungen, einfach auf den bisherigen Bürgschein die wegfallenden Bürgen zu streichen und dagegen die Unterschriften der neu eintretenden hinzusetzen zu lassen; daß bei diesem Verfahren von einer Novation hinsichtlich der bisherigen Bürgen nicht die Rede sein könnte, liegt auf der Hand; das selbe unterscheidet sich aber rechtlich in nichts von dem vorliegend gewählten, das wohl lediglich durch den Geschäftsgebrauch des kreditierenden Bankinstitutes veranlaßt worden war.

8. Der Wechsel in der Person von Mitbürgen ist allerdings für die übrigen Bürgen und die Rückbürgen insofern nicht bedeutungslos, als dadurch ihre Verpflichtung erschwert werden kann, wenn solvente Mitbürgen ausscheiden und kein genügender Ersatz eintritt. Allein dieser Nachteil hebt die Verpflichtung der Mitbürgen nicht auf; es steht denselben gegenüber dem Gläubiger lediglich die Einrede zu, daß er durch Entlassung von bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen Sicherheiten ihre Regreßrechte geschmälert habe (Art. 508 D.-R.). Dieselbe Einrede hat natürlich auch der Rückbürge gegenüber dem Hauptbürgen, welcher eine solche Sicherheit in schuldhafter Weise hat dahinfallen lassen. Nun ist aber eine derartige Einrede vom Beklagten gar nicht gestellt worden, und es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob die Verpflichtung des Klägers und damit diejenige seiner Mitbürgen durch den im Jahr 1885 stattgefundenen Wechsel in der Person einzelner Mitbürgen erschwert worden sei oder nicht. Ubrigens hat der Beklagte selbst diesen Wechsel genehmigt, indem er ohne Vorbehalt den neuen Bürgschein als Mitbürge unterzeichnete.

9. Weitere Argumente für die Annahme des animus novandi als die bereits angeführten, hat der Beklagte nicht vorgebracht. Es ist in der That auch nicht abzusehen, wodurch der Kläger möchte veranlaßt worden sein, eine neue Bürgschaft an Stelle der bestehenden einzugehen; dadurch hätte er ja nur seine Rückbürgschaft preisgegeben. Daß er auf diese nicht hat verzichten wollen, ergibt sich daraus, daß er den Rückbürgschein nicht zurückgegeben hat; da er diesen in Händen behielt, brauchte er bei Unterzeichnung des neuen Bürgscheines die Rückbürgschaft nicht ausdrücklich

vorzubehalten; Sache der Rückbürgen wäre es gewesen, diesen Schein zurückzufordern, wenn sie im Glauben standen, die ursprüngliche Bürgschaft sei aufgehoben worden. Die Unterlassung der Rückforderung legt daher den Schluß nahe, daß auch sie an eine Neuerung der Bürgschaft nicht gedacht haben.

10. Rechtlich durchaus unerheblich ist die Tatsache, daß die Eidgenössische Bank in ihrer Forderungsanmeldung im Konkurse des Hauptschuldners ausschließlich auf den Bürgschein vom Jahre 1885 Bezug genommen hat; sie konnte selbstverständlich nur auf dieses Beweismittel Bezug nehmen, welches an Stelle des frühern getreten war.

11. Was sodann die Einrede der Verwirkung wegen unterlassener Nachladung des Beklagten zum Konkurs des Hauptschuldners betrifft, so ist dieselbe bereits durch die Vorinstanz durch den Hinweis darauf widerlegt worden, daß eine solche Regreßanzeige nach dem eidgenössischen Obligationenrecht nicht erforderlich war.

12. Bezüglich der weitem Einrede, dahin gehend, der Kläger habe anlässlich der Festsetzung des von jedem einzelnen Bürgen zu zahlenden Betrages auf die Geltendmachung der Rückbürgschaft verzichtet, stellt die Vorinstanz fest, daß eine solche Verzichtleistung nicht nachgewiesen sei. Etwas Weiteres hat der Beklagte in dieser Richtung nicht geltend gemacht, als daß die bezüglichen Summen von den Bürgen, und so auch vom Kläger à fonds perdu bezahlt worden seien. Daß er hiebei die Meinung gehabt habe, der Kläger verzichte damit auch auf sein Rückgriffsrecht gegenüber dem Rückbürgen, ist vom Beklagten in keiner Weise glaubhaft gemacht worden und darf daher, da Verzichte nicht zu vermuten sind, nicht angenommen werden. Aus dem letztern Grunde erscheint im weitem auch völlig unerheblich, daß Kläger mit der Geltendmachung der Rückbürgschaft etwas lange zugewartet hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 5. Mai 1894 in allen Teilen bestätigt.

100. Urteil vom 22. September 1894 in Sachen
Weißer gegen Kund.

A. Durch Urteil vom 25. Juni 1894 hat das Appellationsgericht von Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Das erstinstanzliche Urteil lautete: Es wird die Forderung des Beklagten an den Kläger gemäß Betreibung Nr. 12,182 vom 23. Februar 1894, soweit sie 2611 Fr. 07 Cts. und Zins zu 5 % seit 1. Januar 1894 übersteigt, aberkannt. — Das weitere Rechtsbegehren des Klägers wird abgewiesen.

B. Gegen ersteres Urteil erklärte der Kläger die Berufung an das Bundesgericht, indem er beantragte, es sei der Beklagte prinzipiell für den Schaden haftbar zu erklären, welcher dem Kläger infolge Lieferung von Lampen an seine Konkurrenz seit 26. November 1892, eventuell seit 1. Juni 1893 bis zur Zeit der Anhebung der Klage, 24. März 1894, entstanden sei. Ferner sei den vom Kläger behufs Feststellung dieses Schadens gestellten Beweisansträgen gemäß Art. 82 D.-G. Folge zu geben, und die zuzusprechende Schadenersatzsumme mit der anerkannten Forderung von 2711 Fr. 07 Cts. samt Zins zu verrechnen, letztere demgemäß ganz oder teilweise abzuerkennen.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im November 1892 übertrug die Firma Welsbach & Williams in Wien, welche damals das Patent des Dr. C. Auer für Gasglühlicht exploitierte, den Alleinverkauf ihrer Artikel bis auf weiteres dem heutigen Kläger B. Weißer in Basel, wogegen dieser sich verpflichtete, alle auf das Gasglühlicht bezüglichen Artikel und Glaswaren von der genannten Firma zu beziehen und außerhalb Basels nichts zu verkaufen. Laut Circular vom Juni 1893 ging dann die Firma Welsbach & Williams mit allen Aktiven in das Eigentum der neugegründeten „Österreichischen Gasglühlicht-Aktiengesellschaft“ über. Letztere errichtete darauf unterm 1. Juli gleichen Jahres in Zürich eine Centralstelle für den Betrieb ihrer Fabrikate und ernannte den heutigen Beklagten B. Kund zu ihrem dortigen Generalrepräsentanten, der alle ge-