

s'y produire. Son devoir était donc d'adopter un système de signaux susceptibles d'être facilement entendus des personnes arrivant à proximité de la voie par le chemin du Bachet de Pesay, ou de prescrire à son personnel des trains, à supposer que le règlement général de police fût insuffisant ou trop peu explicite à cet égard, de marcher à une allure qui permit d'éviter les collisions même dans les cas où les signaux n'auraient pas été entendus. Si des mesures de ce genre étaient irréalisables, par exemple en raison de la nécessité de donner au train une certaine vitesse pour franchir une rampe, la Compagnie devait alors en adopter d'autres, telles que l'établissement d'un service de garde-barrière ou une modification de l'état des lieux propre à assurer la vue en ligne oblique du chemin du Bachet de Pesay sur la voie ferrée et vice versa jusqu'à une distance convenable du point de jonction.

Or la Compagnie n'a pris aucune de ces mesures. Elle n'a pas même allégué qu'elle eût prescrit à son personnel des trains une marche particulièrement prudente à l'endroit dangereux en question. Si de telles prescriptions ont été ordonnées, elles n'ont en tout cas pas été observées le 20 octobre 1897. Il est en effet hors de doute que la vitesse, de 12 km. à l'heure environ, à laquelle marchait le train au moment de la collision avec l'équipage de Degrange est encore beaucoup trop considérable, eu égard aux dangers de l'endroit en question, pour empêcher que des accidents ne se produisent même sans aucune faute de la part des personnes qu'ils peuvent atteindre.

La Compagnie est donc en faute pour avoir négligé de prendre des mesures, commandées par les circonstances, qui auraient été de nature à prévenir l'accident du 20 octobre 1897.

D'autre part il a été reconnu plus haut que le domestique Guyot a contribué également par son imprudence à amener cet accident.

La faute commise de part et d'autre apparaît comme ayant une importance égale et dès lors la responsabilité de la

Compagnie ne doit s'étendre qu'à la moitié du dommage causé par l'accident, Degrange ne pouvant, pour le surplus, s'en prendre qu'à son domestique.

5. — Les instances cantonales ne s'étant pas prononcées sur l'importance du dommage causé au demandeur, le Tribunal fédéral n'est pas en mesure de fixer le montant de l'indemnité due à ce dernier. Il y a lieu par conséquent, aux termes de l'art. 82 OJF., d'annuler l'arrêt dont est recours et de renvoyer la cause à l'instance cantonale pour compléter les constatations de fait et juger à nouveau.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'arrêt de la Cour de Justice de Genève, du 24 juin 1899, est annulé et la cause renvoyée à la dite Cour pour compléter les faits et statuer à nouveau.

## II. Obligationenrecht. — Code des obligations.

71. Urteil vom 1. Juli 1899 in Sachen  
Wirz-Schwarz gegen Panchaud.

*Bürgerschaft für ein Darlehen. Irrtum des Bürgen? Art. 19 Ziff. 1 O.-R. Irrtum im Beweggrund, Art. 21 u. 24 O.-R. Betrug. Eine rechtliche Pflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, diesem die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners auseinanderzusetzen, besteht nicht; nur bei täuschender Absicht des Gläubigers liegt Rechtswidrigkeit vor.*

A. Am 25. April 1892 wurde zwischen Witwe Panchaud in Basel, als Gläubigerin, und Robert Wirz-Eb. in Basel, als Schuldner, ein Darlehensvertrag abgeschlossen, welcher folgendermaßen lautet:

„Frau Witwe E. Panchaud... übermacht mit heutigem Tage dem Hrn. Robert Wirz-Eb. ein Darlehen von 10,000 Fr.  
„Robert Wirz hat das Kapital zu 5% zu verzinsen und zwar

„vierteljährlich. Frau Panchaud läßt das Kapital vorläufig auf die Dauer von fünf Jahren im Geschäfte des Hrn. Wirz. Sollte nach Ablauf dieser Frist Frau Panchaud ihr Kapital wieder zurückziehen wünschen, so hat Hr. Wirz dasselbe in vier Raten, d. h. in vierteljährlichen Summen von je 2500 Fr. zurückzahlen. Als Bürgen nennt Hr. Wirz seinen Bruder Hrn. Eduard Wirz-Löw..., ferner seinen Vater Hrn. Christian Wirz-Schwarz in Wenslingen, und seinen Schwiegervater Hrn. E. Löw-Völliger, Statthalter in Arlesheim.“

Der Vertrag trägt die Unterschriften der Gläubigerin, des Schuldners und der drei darin als Bürgen genannten Personen.

Am Tage der Unterzeichnung des Darlehensvertrages schrieb Robert Wirz an Witwe Panchaud: „Hiedurch bestätige Ihnen, daß ich außer dem Zins 5 % für ihre Kapitaleinlage 10,000 Fr. (laut unserem Darlehensvertrage) noch von meinem Geschäftsumsatz (Fakturenbetrag)  $\frac{1}{2}$  % vergüte und zwar so lange, als Ihr Kapital 10,000 Fr. in meinem Geschäfte ist. Sie erhalten z. B. bei einem Fakturenbetrag von 100,000 Fr. jährlich 500 Fr.“

„Dieser  $\frac{1}{2}$  % wird jeweilen am 30. April ausbezahlt.“

Am 8. September 1894 geriet der Hauptschuldner Robert Wirz in Konkurs. In diesem meldete die Gläubigerin ein Guthaben an:

a) an Kapital . . . . .	Fr. 10,000 —
b) an Zinsen . . . . .	„ 311 30

zusammen Fr. 10,311 30

worauf sie 575 Fr. 40 Cts. erhielt, so daß sie mit 9735 Fr. 90 Cts. zu Verlust geriet. In dem im gleichen Jahre ausgebrochenen Konkurse des Bürgen Eduard Wirz-Löw erhielt Witwe Panchaud auf ihre Forderung 33 Fr. 10 Cts., so daß ihre Forderung sich auf 9702 Fr. 80 Cts. reduzierte. Witwe Panchaud belangte nun die beiden aufrecht stehenden Bürgen Christian Wirz und Emanuel Löw-Völliger je auf die Hälfte des Betrages und zwar in zwei getrennten Prozessen. Die Klage gegen den Bürgen Löw-Völliger wurde vom Bezirksgericht Arlesheim und vom Obergerichte des Kantons Basellandschaft bis zum Betrage von 4851 Fr. 40 Cts. nebst 5 % Zins seit 25. Juli 1896 gut-

geheßen, und auf die gegen das obergerichtliche Urteil vom Beklagten ergriffene Berufung an das Bundesgericht trat dieses gemäß Entscheidung vom 21. April 1899 wegen mangelnder Form der Berufungserklärung nicht ein, so daß das obergerichtliche Urteil in Rechtskraft erwachsen ist.

Im gegenwärtigen Prozesse ist von dem beklagten Bürgen Christian Wirz-Schwarz, dem sich der Bürge Löw-Völliger als dritte Partei angeschlossen hat, im wesentlichen geltend gemacht worden: Der Bürgschaftsvertrag sei für ihn wegen wesentlichen Irrtums und Betrugs unverbindlich. Er habe bei dessen Eingehung geglaubt, für ein gewöhnliches Darlehen Bürgschaft zu leisten, während sich nun ergebe, daß die von der Gläubigerin dargeliehenen 10,000 Fr. eine Kommanditeinlage gewesen seien; für eine solche sich zu verbürgen, sei aber nicht der Wille der Bürgen gewesen. Die Abmachung, daß die Gläubigerin außer dem Zins noch  $\frac{1}{2}$  % vom Geschäftsumsatz erhalten solle, sei den Bürgen verschwiegen worden, und zwar zu dem Zwecke, um ihre Unterschrift als Bürgen zu erhalten, die sie bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nie gegeben hätten. Darin liege ein Betrug. Endlich qualifiziere sich die Zusicherung von  $\frac{1}{2}$  % vom Umsatz neben den 5 % Zins als Wucher, und sei aus diesem Grunde der ganze Vertrag und mit diesem auch die Bürgschaftsverpflichtung für die Bürgen unverbindlich. Die Klägerin bestritt dem gegenüber, daß ein Irrtum, eventuell ein wesentlicher Irrtum vorliege, sowie daß das Nebenabkommen wegen der Gewinnbeteiligung den Bürgen arglistig verschwiegen worden sei; es fehle auch jeder Nachweis, daß die Bürgen durch dieses Nebenabkommen, aus welchem sie übrigens gar nicht belangt werden, geschädigt worden seien. Wucher liege nicht vor. Das Obergericht des Kantons Basellandschaft hat, in wesentlicher Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Gelterkinden, durch Urteil vom 24. März 1899 die Klage im Betrage von 4788 Fr. 90 Cts. (nämlich 4851 Fr. 40 Cts. abzüglich der Hälfte einer am 25. Juli 1894 erhaltenen Zinszahlung) samt Zins à 5 % seit 25. Juli 1896 gutgeheßen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte Christian Wirz-Schwarz rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem

Begehren, es sei die Klage gänzlich abzuweisen, und es hat sich die dritte Partei, Statthalter Löw-Völgler, der Berufung angegeschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die materiellen und formellen Voraussetzungen des Rechtsmittels der Berufung sind gegeben. Immerhin ist zu bemerken, daß das Bundesgericht zur Überprüfung der vorinstanzlichen Entscheidung insoweit nicht kompetent ist, als es sich um die Einrede des Wuchers handelt; denn insofern ist nicht eidgenössisches sondern kantonales Recht maßgebend, wie dies das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung Lawinsky gegen Schneebeli vom 15. Dezember 1894 (Amtl. Samml., Bd. XX, S. 1087, Erw. 6) ausgeführt hat. Das Bundesgericht hat also nicht zu überprüfen, ob die Annahme der Vorinstanz, die Einrede des Wuchers falle für den vorliegenden Fall deshalb außer Betracht, weil jedenfalls nur das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner getroffene (unverbürgte) Nebenabkommen, nicht aber der verbürgte Darlehensvertrag als wucherlich aufgehoben werden könnte, richtig sei oder nicht. In dieser Beziehung ist vielmehr das Bundesgericht an die Entscheidung der Vorinstanz gebunden; während es dagegen im übrigen allerdings, wie bemerkt, zur Überprüfung der angefochtenen Entscheidung befugt ist.

2. In erster Linie nun hat der Beklagte der Klage die Einrede des wesentlichen Irrtums entgegengehalten, und zwar will er, wie es scheint, einen Irrtum im Sinne des Art. 19 Abs. 1 D.-R., einen Irrtum in negotio behaupten. Er behauptet, der Hauptvertrag, dem er als Bürge accessorisch beigetreten sei, sei ein anderer Vertrag gewesen, als derjenige, für den er sich habe verbürgen wollen. Nun wird zuzugeben sein, daß der Bürge, welcher sich für eine konkrete, dem Schuldgrunde nach bestimmte Schuld verbürgt, sich auf wesentlichen Irrtum berufen kann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die causa der verbürgten Schuld eine ganz andere ist, als der Bürge nach den ihm gemachten Angaben glaubte; z. B. wird, wenigstens regelmäßig, der Bürge, welcher nach dem Inhalte des Bürgscheins glaubte, sich für eine Kaufpreisschuld zu verbürgen, seine Verpflichtung wegen wesentlichen Irrtums bestreiten können, wenn sich ergibt,

daß die Schuld gar nicht aus Kauf, sondern aus Darlehen herrührt u. dergl. Denn in derartigen Fällen ist allerdings, weil der Hauptvertrag ein anderer ist, als derjenige, dem der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft beitreten will, auch der accessorische Bürgschaftsvertrag ein anderer, als derjenige, den der Bürge abschließen wollte (vergl. Urteil des Appellations- und Kassationshofs des Kantons Bern vom 11. Dezember 1886, Zeitschr. des bern. Juristenvereins, Bd. XXIII, S. 241 ff.). Ein Fall dieser Art liegt nun aber in concreto nicht vor. Der Beklagte behauptet zwar, er habe sich für eine reine Darlehensschuld verbürgen wollen, während sich nun aus dem ihm bei Eingehung der Bürgschaft unbekanntem Nebenvertrag zwischen Gläubigerin und Hauptschuldner ergeben, daß das Schuldverhältnis zwischen Gläubigerin und Hauptschuldner gar nicht ein Darlehens-, sondern vielmehr ein Kommanditgesellschafts-Verhältnis gewesen sei. Allein dies ist nicht richtig. Davon, daß wegen des Nebenvertrages zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner ein Gesellschafts- und nicht ein Darlehensverhältnis bestanden habe, kann gar keine Rede sein. Die Klägerin wurde am Geschäfte des Hauptschuldners in keiner Weise gesellschaftlich beteiligt; sie war weder am Verluste, noch auch nur (wie die Vorinstanz unrichtig annimmt) am Gewinne beteiligt. Denn die vom Hauptschuldner versprochene Abgabe von  $\frac{1}{2}$  % des Geschäftsumsatzes stellt, da sie vom Umsatze schlechtthin, ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäft mit Gewinn oder Verlust arbeitet, geschuldet wird, keine Gewinnbeteiligung dar; sie ist vielmehr einfach eine für das dem Hauptschuldner gegebene Darlehen neben dem festen Zins versprochene veränderliche, nach dem Geschäftsumsatze sich richtende Mehrleistung. Das Nebenabkommen zwischen Klägerin und Hauptschuldner ist also in keiner Weise geeignet, zu beweisen, daß zwischen Hauptschuldner und Gläubigerin nicht ein Darlehens-, sondern ein Gesellschaftsvertrag bestanden habe.

3. Die Behauptung des Beklagten, daß er sich für einen andern Vertrag verbürgt habe, als er sich habe verbürgen wollen, ist also unbegründet und ein wesentlicher Irrtum im Sinne des Art. 19 Ziff. 1 D.-R. liegt nicht vor. Der Sachverhalt ist vielmehr in That und Wahrheit folgender: Der Bürge hat sich

für ein verzinsliches Darlehen verbürgen wollen und auch thatsächlich, innerhalb der von ihm gewollten Schranken, verbürgt. Willen und Erklärung decken sich also vollständig. Dagegen macht nun der Bürge geltend, die Hauptschuld sei infolge des zwischen Gläubigerin und Hauptschuldner getroffenen Nebenabkommens größer, für den Hauptschuldner lästiger gewesen, als er bei Eingehung der Bürgschaft angenommen habe, m. a. W. er macht geltend, neben dem verbürgten Teile der Hauptschuld habe noch ein weiterer ihm unbekannter unverbürgter Teil derselben, noch eine weitere ihm unbekanntere Verpflichtung des Hauptschuldners bestanden, und da er, wenn er von dieser weiteren Verpflichtung Kenntnis gehabt hätte, die Bürgschaft überhaupt nicht eingegangen wäre, sei diese für ihn unverbindlich. Der Irrtum, auf welchen der Bürge sich bei dieser Einrede beruft, sein Nichtwissen um die unverbürgte vom Hauptschuldner mit Bezug auf das verbürgte Darlehen durch den Nebenvertrag übernommene weitere Verpflichtung, ist kein wesentlicher, sondern ein bloßer Irrtum im Beweggrunde; er bezieht sich nicht auf den Inhalt oder Umfang der Rechte und Pflichten aus dem Bürgschaftsvertrage, sondern auf einen außerhalb dieses Vertrages liegenden Umstand, das Bestehen einer, durch den Bürgschaftsvertrag nicht betroffenen, wenn auch auf das gleiche Geschäft, wie dieser, bezüglichen vermögensrechtlichen Verpflichtung des Hauptschuldners. Gemäß Art. 21 und 24 D.-R. macht derselbe also den Bürgschaftsvertrag nur dann für den Bürgen unverbindlich, wenn er durch betrügerische, vom Gläubiger zu vertretende Handlungen ist herbeigeführt worden.

4. Dies wird denn auch in der That in zweiter Linie vom Beklagten geltend gemacht. Hierüber ist zu bemerken: Nach den Entscheidungsgründen des obergerichtlichen Urteils ist wohl (was das erstinstanzliche Urteil nicht als erwiesen betrachtet hatte) als feststehend anzunehmen, daß der belangte Bürge von dem Nebenabkommen zwischen Hauptschuldner und Gläubigerin nicht nur von letzterer, sondern auch vom Hauptschuldner nicht war unterrichtet worden, sondern von demselben überhaupt keine Kenntnis hatte. Rechtlich nun aber ist festzuhalten, daß dem Gläubiger im allgemeinen eine rechtliche Pflicht, den Bürgen beim Vertragsschlusse über die ihm bekannten finanziellen Verhältnisse des

Hauptschuldners, und zwar über dessen Schulden an ihn sowohl, wie an andere Gläubiger, zu unterrichten, durchaus nicht obliegt. Es ist vielmehr Sache des Bürgen, sich hierüber selbst zu erkundigen, wie ja auch regelmäßig die Eingehung einer Bürgschaft auf einem Vertrauensverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner beruht. Darin also, daß der Gläubiger dem Bürgen beim Abschluß der Bürgschaft nicht von sich aus mitteilt, daß der Schuldner neben der Schuld, für welche die Bürgschaft verlangt wird, noch andere Schulden ihm gegenüber besitzt oder eingehen wird, liegt eine rechtswidrige Handlung an sich durchaus nicht. Der Gläubiger ist eben nicht verpflichtet, für die Interessen des Bürgen zu sorgen, er darf dies vielmehr dem Bürgen überlassen, der dann selbst die ihm nötig scheinenden Erkundigungen beim Hauptschuldner oder anderweitig, auch z. B. durch positives Befragen des Gläubigers einzuziehen hat. Nur dann liegt eine unerlaubte Handlung, ein Betrug des Gläubigers allerdings vor, wenn dieser in täuschender Absicht dahin wirkt, oder dazu mitwirkt, den Bürgen durch Verheimlichung oder Entstellung erheblicher Umstände zur Eingehung der Bürgschaft, die er ohne diese Täuschung nicht eingehen würde, zu verleiten. Wenn nun, wie im vorliegenden Falle, vom Hauptschuldner neben der in der Bürgschaftsurkunde erwähnten und verbürgten Verpflichtung gleichzeitig und mit Rücksicht auf das gleiche Geschäft, durch eine dem Bürgen nicht mitgeteilte Nebenabrede, noch weitere unverbürgte Verpflichtungen übernommen werden, so liegt der Thatbestand eines vom Gläubiger begangenen Betruges dann vor, wenn dieser im Bewußtsein, daß der Bürge, bei Kenntnis des wahren Sachverhalts und des danach dem vom Hauptschuldner abgeschlossenen Geschäftes zukommenden Charakters, eine Bürgschaft überhaupt nicht eingehen würde, in täuschender Absicht, d. h. in der Absicht gehandelt hat, in dem Bürgen die Meinung hervorzurufen, die diesem einzig vorgelegte Urkunde fixiere die Verpflichtung des Hauptschuldners in ihrem ganzen Umfange, gebe den vollständigen Sachverhalt wieder. In diesem Falle liegt allerdings ein durch Unterdrückung wahrer Thatfachen begangener Betrug vor. Der Beklagte behauptet nun auch wirklich, dieser Thatbestand sei im vorliegenden Falle gegeben. Allein dies trifft nun aber, nach den

thatfächlichen Feststellungen der Vorinstanzen, nicht zu. Denn diese stellen ausdrücklich fest, daß die Gläubigerin bei Eingehung des Nebenvertrages und dessen Nichtmitteilung an die Bürgen eine arglistige täuschende Absicht nicht gehegt habe, daß ihr eine absichtliche Verheimlichung nicht zur Last falle, sie sich vielmehr darauf verlassen haben, der Hauptschuldner, welcher den Verkehr mit den Bürgen und die Redaktion der Vertragsurkunde besorgt habe, werde den Bürgen das Erforderliche mitteilen, oder es sei eine Mitteilung des Separatabkommens an die Bürgen nicht nötig, weil dieses für sie ohne Bedeutung sei. Diese Feststellungen der Vorinstanzen sind thatfächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich; denn aktenwidrig sind sie nicht, sie erscheinen gegenteils, angeichts des nahen verwandtschaftlichen Verhältnisses der Bürgen zum Hauptschuldner und des Umstandes, daß bei Abschluß des Geschäfts, Stellung der Bürgen, Redaktion der Vertragsurkunde u. dgl., die Initiative und führende Stelle beim Hauptschuldner und nicht bei der Gläubigerin gestanden zu haben scheint, durchaus wahrscheinlich. Steht aber demnach fest, daß die Klägerin nicht in täuschender Absicht, um den Bürgen durch Täuschung zum Vertragsschlusse zu verleiten, gehandelt hat, so ist der Einrede des Betrugs die rechtliche Grundlage entzogen. Es kann danach selbstverständlich auch davon keine Rede sein, daß die Klägerin beim Vertragsschlusse von einem zur Zeit des Vertragsabschlusses vom Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen geübten Betrüge (für welchen übrigens nach den Feststellungen der Vorinstanzen nichts vorliegt) Kenntnis gehabt habe oder hätte haben sollen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten und der dritten Partei wird als unbegründet abgewiesen.

72. Urteil vom 8. Juli 1899 in Sachen  
Basler Wechselcomptoir Gloor & Cie. gegen Kuhn.

*Art. 206 O.-R. Vindikation gestohlener Inhaberobligationen, gerichtet gegen den Detentor, der dieselben weiterverkauft, aber noch nicht übergeben hat. Passivlegitimation. — Hinterlegungsvertrag zwischen Verkäufer und Käufer?*

A. Durch Urteil vom 24. April 1899 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Beklagte werden zur unbeschwerten Herausgabe der drei Obligationen Nr. 317,113, 322,016 und 338,152 von je 1000 Fr. der Zürcher Kantonalbank nebst allen dazu gehörenden, nach dem 24. September 1898 verfallenden Zinscoupons an die Klägerin verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt in ihrer Vernehmlassung, die Berufung sei abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten, Basler Wechselcomptoir Gloor & Cie., haben am 26. September 1898 einem Heinrich Grieshaber, Buchbinder in Unterhalla, drei Inhaberobligationen der Zürcher Kantonalbank zu je 1000 Fr. (Nr. 317,113, 322,016 und 338,152) um 2833 Fr. 80 Cts. abgekauft, und zwar, wie die Vorinstanz annimmt und in der Berufungsinstanz auch nicht mehr bestritten ist, im guten Glauben, daß derselbe zur Veräußerung berechtigt gewesen sei. Am 30. gl. Monats haben sie die Titel dem Handelsmann Nathan Gittermann um 2899 Fr. 20 Cts. weiterverkauft. Gittermann bezahlte gleichen Tags an den Kaufpreis den Betrag von 2803 Fr. 35 Cts. und ließ die Titel in den Händen der Beklagten, mit der Erklärung, er werde dieselben in 14 Tagen abholen und den Rest des Kaufpreises bezahlen. Die Beklagten stellten ihm eine Quittung für den bezahlten Betrag aus und vermerkten am Fuße derselben: « Los titres restent déposés chez nous. Gloor & C<sup>ie</sup>. » Sie legten die Titel in ein als „Depot von N. Gittermann“ überschriebenes Couvert. Am