

teilen, oder ob auf Art und Grösse des Verschuldens Rücksicht genommen werden könne. Zum vorneherein ist die Annahme auszuschliessen, dass der Beklagte als Unternehmer, wie ein Geschäftsherr, nach Art. 55 OR sich damit entschuldigen könne, jede übliche Sorgfalt in der Wahl des Angestellten angewendet zu haben. Bei Erfüllung vertraglicher Pflichten hat der Dienstherr gemäss Art. 101 OR die Handlungen seines Hülfpersonals nach jeder Richtung hin zu vertreten: er haftet für diejenige Sachkenntnis und Sorgfalt seiner Angestellten, die man nach dem Vertragsverhältnis von ihm selbst zu erwarten berechtigt ist. Diese Auffassung gilt nicht bloss in dem Falle, wo der Schuldner ohne Wissen und Willen des Gläubigers sich der Hülfskräfte bedient, sondern auch dann wenn er dies « in befugter Weise » getan hat. Aus dem Tatbestande geht hervor, dass der Angestellte Messmer ein gelernter geübter und zuverlässiger Hufschmied war, dass er also den gleichen Anforderungen entsprach, die man an den Beklagten stellen durfte. Die Vorinstanz legt mit einleuchtenden Erwägungen dem Messmer nur ein leichtes Verschulden zur Last. Der Beklagte haftet also nur hiefür, und wenn die Vorinstanz diesem Umstande und den mitspielenden Zufälligkeiten Rechnung tragend, in Anwendung der Art. 97 und 43 OR die Entschädigung auf 1300 Fr. zurückführt, so kann darin eine unrichtige Rechtsanwendung nicht gefunden werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Mai 1920

i. S. Konkursmasse Eichenberger gegen Schieb & Kons.

O G Art. 80: Neue Einrede. Paulianische Anfechtung eines Rechtsgeschäftes erst vor Bundesgericht. — O R Art. 112: Vertrag zu Gunsten Dritter. Selbständiges Recht des Begünstigten, Erfüllung zu fordern. Beitrittserklärung des Begünstigten, Widerruf der Begünstigung im Konkurs.

A. — Mitte Mai 1917 wurde gegen Christian Eichenberger, Notar in Bern, Strafanzeige wegen Unterschlagung ihm anvertrauter Gelder angehoben. Die Strafuntersuchung stellte bis 19. Mai 1917 Unterschlagungen im Betrage von zirka 35,000 Fr. fest. Um für diese Hinterziehungen Deckung zu erhalten, ersuchte Eichenberger verschiedene Personen, ihm Darlehen zu gewähren. Er erhielt gegen Ausstellung von Schuldscheinen von dem Beklagten Schieb am 22. Mai 1917 15,000 Fr., vom Beklagten Stuber eine Anweisung auf die Kantonalbank Bern von 5000 Fr. und endlich von der Beklagten Frau Dr. Mürset 2000 Fr.

Schon vorher hatte sich Eichenberger an Notar Winzenried gewandt und ihn um Rat angegangen. Am 21. Mai fand auf dem Bureau Eichenbergers eine Konferenz statt, nach welcher Winzenried dem Eichenberger offerierte, er wolle das Geld, das Eichenberger allfällig zur Regulierung seiner Verpflichtungen erhalten könne, auf seinen, Winzenrieds, Namen auf ein Separatkonto anlegen, damit die Geldgeber nicht zu kurz kämen und ihr Geld wieder zurück erhalten könnten, wenn ein Arrangement mit den Gläubigern nicht zustande kommen sollte. Eichenberger war hiemit einverstanden, und es wurden in der Folge auf Winzenrieds Namen bei der Volksbank angelegt: 11,000 Fr. von dem Darlehen Schieb (4000 Fr.

hatte Eichenberger bereits für die Deckung einer Unterschlagung verwendet), 5000 Fr., die die Kantonalbank an Winzenried auf die Anweisung Stubers bezahlt hatte, endlich die 2000 Fr. der Frau Dr. Mürset.

Von diesen bei der Volksbank deponierten 18,000 Fr. wurden von Winzenried schon am 25. Mai 1917 wieder 8000 Fr. abgehoben und bei der Gerichtsschreiberei Bern hinterlegt. Eichenberger hatte nämlich beim Untersuchungsrichter das Gesuch gestellt, man möge ihn gegen Kautions von 8000 Fr. auf freiem Fuss belassen, in der Meinung, dass die Kautionssumme, soweit sie nicht für Staatskosten in Anspruch genommen werden müsse, zur Liquidation der damals aktenkundigen Verpflichtungen verwendet werde. Da sich aber in der Folge weit bedeutendere Unterschlagungen herausstellten, für die eine Deckungsaussicht nicht bestand, erfolgte am 7. Juli 1917 Eichenbergers Verhaftung, wodurch die Kautions frei wurde. Sie wurde aber nicht an Winzenried herausgegeben, sondern auf der Gerichtsschreiberei für wen rechtens belassen.

Unterdessen war Notar Winzenried als ausserordentlicher Beistand Eichenbergers bezeichnet und am 29. September 1917 über das Vermögen des Kridaren ein öffentliches Inventar errichtet worden, wobei Winzenried als Kassaverwalter amtete. Das Inventar verzeigte einen Passivenüberschuss von mehr als 100,000 Fr. Die Beklagten hatten ihre Ansprüche angemeldet. Schieb und Stuber hatten ausserdem schon vorher mehrfach von Winzenried Herausgabe des auf Separatkonto angelegten Betrages verlangt, weil das Arrangement mit den Gläubigern nicht zustande gekommen sei. Winzenried versicherte darauf, insbesondere dem Schieb, das Geld bleibe den Beklagten reserviert.

Am 4. Oktober 1917 wurde über Eichenberger der Konkurs eröffnet. Auch im Konkurse machten die Beklagten ihre Ansprüche geltend, indem sie Rückerstattung der Eichenberger übergebenen Beträge, bezw. Ausson-

derung der bei der Volksbank auf Winzenrieds Namen hinterlegten 10,000 Fr. und der bei der Gerichtsschreiberei hinterlegten 8000 Fr. aus dem Massavermögen verlangten.

Die Masse ihrerseits verlangte von Winzenried die Herausgabe der 18,000 Fr., worauf dieser jedoch nicht einging, sondern den noch bei der Volksbank befindlichen Betrag ebenfalls bei der Gerichtsschreiberei Bern für wen rechtens deponierte.

B. — Mit Klage vom 29. Mai 1918 stellte nunmehr die Konkursmasse das Begehren, die Beklagten seien zu verurteilen, die Masse « über die bei der Gerichtsschreiberei Bern deponierten Beträge,.... verfügen zu lassen ». Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage und stellten widerklagsweise das Begehren, « es seien die Darlehensverträge.... als unverbindlich zu erklären, und es seien die Widerkläger als Eigentümer der hinterlegten Gelder... und auch sonst berechtigt zu erklären, dieselben zu erheben. »

Zur Begründung der Klage wurde angeführt, die Darlehen der Beklagten seien dem Kridaren vorbehaltlos gegeben worden, das Geld sei in sein Eigentum übergegangen und könne daher von der Masse als Successorin des Gemeinschuldners in Anspruch genommen werden und zwar unbekümmert um die nachträgliche Deponierung bei der Volksbank.

Die Beklagten führten aus : Die mit Eichenberger abgeschlossenen Darlehensverträge seien wegen absichtlicher Täuschung, ferner wegen wesentlichen Irrtums, eventuell wegen Nichteintrittes der Bedingung, dass die Unterschlagungen Eichenbergers durch die Darlehensbeträge reguliert werden können, ungültig, womit sich auch die Uebertragung des Eigentums an dem Gelde auf Eichenberger als unverbindlich erweise ; es stehe ihnen daher die Vindikation offen. Weiter eventuell müsse in der Abmachung Winzenrieds mit Eichenberger ein Vertrag zu ihren Gunsten im Sinne von Art. 112 OR gesehen werden. Nach dieser Abmachung müsse das auf das Separatkonto angelegte Geld ihnen von Winzenried

übergeben werden, weil daraus die Unterschlagungen Eichenbergers nicht haben gedeckt werden können. Endlich haben sich die Beklagten noch auf die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag berufen.

C. — Die Vorinstanz hat mit Urteil vom 20. Januar 1920 die Klage abgewiesen und die Widerklage in dem Sinne zugesprochen, dass sie die Beklagten ermächtigte, die auf der Gerichtsschreiberei Bern deponierten 18,000 Fr. nebst Zinsen abzuheben. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Beklagten haben zwar die Unverbindlichkeit der Darlehensverträge nicht darzutun vermocht, wohl aber sei der Abschluss eines Vertrages zu ihren Gunsten zwischen Eichenberger und Winzenried dargetan, auf den sie ihren Anspruch auf Herausgabe der Depots stützen können. Winzenried habe dem Eichenberger versprochen, den Beklagten das Geld herauszugeben, wenn die Gläubiger Eichenbergers daraus nicht befriedigt werden können, und die Beklagten ihrerseits haben diese Begünstigung akzeptiert. Ein Widerruf der Begünstigung sei daher ausgeschlossen. Im Verhältnis zwischen Winzenried und Eichenberger sodann handle es sich um die fiduziarische Uebertragung des Eigentums an dem entliehenen Gelde auf den ersteren, im Konkurse Eichenbergers könne daher die Masse keinerlei dingliche Ansprüche geltend machen. Schliesslich würde dem klägerischen Anspruch aber auch die *exceptio doli generalis* entgegenstehen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei die Widerklage abzuweisen und die Hauptklage zuzusprechen, eventuell sei die Klage in einem Betrage von 8000 Fr. zu schützen und die Widerklage in entsprechendem Umfange abzuweisen.

Die Beklagten haben auf Abweisung der Berufung antragen lassen, eventuell auf Rückweisung der Akten zur Ergänzung des Tatbestandes.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter, von der aus die Vorinstanz in erster Linie zur Abweisung der Klage und zur Zusprechung der Widerklage gekommen ist, beruht zunächst auf der tatsächlichen Feststellung, Eichenberger habe auf Vorschlag Winzenrieds sich damit einverstanden erklärt, dass die 18,000 Fr. auf des letzteren Namen auf Separatkonto angelegt und für den Fall, dass ein Arrangement mit den damals bekannten Gläubigern nicht möglich sei, den Beklagten zugewendet werden, damit diese nicht zu kurz kommen.

Diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich. Ob der Appellationshof mit Recht den Zeugen Winzenried, auf den er abgestellt hat, als glaubwürdig betrachtete, ist eine Frage der Beweiswürdigung, und es ist auch nicht richtig, wenn die Klägerin geltend macht, durch die Berücksichtigung dieser Deposition Winzenrieds habe sich die Vorinstanz mit den übrigen Akten in Widerspruch gesetzt, indem aus diesen Akten hervorgehe, dass Winzenried in der Strafuntersuchung und im Inventarisationsverfahren einen anderen Standpunkt eingenommen habe. Was insbesondere die Einvernahme des Winzenried durch den Untersuchungsrichter am 25. Mai 1917 hinsichtlich der 8000 Fr. Kautionsanbelangt, so hat der Zeuge bei diesem Anlasse allerdings erklärt, die 8000 Fr. sollen nach Abzug der Kosten des Staates zur Deckung der aktenkundigen Rechnungsdifferenzen verwendet werden. Allein wie sich aus der ergänzenden Bemerkung des Untersuchungsrichters ergibt, sollte dies nur für den Fall geschehen, dass diese Deckung gelingen werde. Ein Widerspruch gegenüber den Aussagen des Zeugen im vorliegenden Prozess besteht daher nicht. Ebensowenig besteht ein solcher Widerspruch hinsichtlich der Stellungnahme Winzenrieds bei der Inventaraufnahme, speziell nicht hinsichtlich seiner Stellung-

nahme im Vorbericht zum Inventar. Der Zeuge hat zwar damals schon mit der Möglichkeit einer Bestreitung der Ansprüche der Beklagten auf das Depot gerechnet, allein daraus folgt nicht, dass er die Berechtigung dieser Ansprüche damals bezweifelt habe.

2. — Geht man von dieser tatsächlichen Grundlage aus, so erweist sich die rechtliche Schlussfolgerung des Appellationshofes — die zwischen Eichenberger und Winzenried getroffene Abmachung über die Verwendung der 18,000 Fr. falle als Vertrag zu Gunsten Dritter unter die Bestimmung des Art. 112 OR — als unanfechtbar. Es handelte sich nach der Aussage Winzenrieds darum, den Beklagten das von ihnen geliehene Geld wieder zurückzubezahlen, für den Fall, dass ein Arrangement mit den Gläubigern des Kridars nicht möglich sein sollte. Winzenried verpflichtete sich als Promittent gegenüber seinem Kontrahenten Eichenberger, das von letzterem ihm übergebene Geld, wenn das Arrangement mit den Gläubigern nicht zustande komme, an die Beklagten als Begünstigte zurückzugeben.

3. — In der Folge hat dann Winzenried 8000 Fr. für die Kautions bei der Bank wieder abgehoben. Eine Aenderung der Rechtsstellung hinsichtlich dieser Summe trat aber nicht ein. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass für den Fall der Freigabe der Kautions an der bedingten Verpflichtung Winzenrieds, zu Gunsten der Beklagten über die 8000 Fr. zu verfügen, etwas geändert werden sollte. Die von der Klägerin angeführte Bemerkung des Untersuchungsrichters zu der Deposition Winzenrieds spricht vielmehr dafür, dass zwischen ihm und Winzenried die Meinung bestand, nur bei vollständiger Deckung der Gläubiger Eichenbergers werde das Geld an sie fallen.

Vor Ausbruch des Konkurses klärte sich sodann die Rechtslage hinsichtlich der 18,000 Fr. insofern ab, als einerseits die Kautions tatsächlich frei wurde, und als andererseits es sich herausstellte, dass die Deckung der

Rechnungsdifferenzen Eichenbergers nicht möglich war. Durch den letzteren Umstand wurde die von Winzenried bedingt übernommene Verpflichtung, das Geld zu Gunsten der Beklagten zu verwenden, zu einer unbedingten.

4. — Als dann der Konkurs ausbrach, befand sich nach dem Gesagten im Vermögen Eichenbergers der obligatorische Anspruch gegenüber Winzenried auf Zuwendung der ganzen 18,000 Fr. an die Beklagten. Die nachträgliche Deponierung der 10,000 Fr. bei der Gerichtsschreiberei Bern hat an dieser Rechtslage, da es sich nur um eine Deponierung zu Gunsten des noch festzustellenden Berechtigten handelte, nichts mehr zu ändern vermocht.

Dementsprechend beschränkte sich auch das Beschlagnahme-Recht der Masse auf diesen oben umschriebenen Anspruch gegen Winzenried, und es konnte von einem dinglichen Rechte auf das Geld keine Rede sein.

Da jedoch nach Art. 112 grundsätzlich dem Promissar das Recht zusteht, die Begünstigung zu widerrufen, bleibt immerhin zu untersuchen, ob dieses Recht des Widerrufes im vorliegenden Fall zur Zeit der Konkursöffnung dem Kridaren zugestanden hat. Sollte sich die Bejahung der Frage ergeben, so hätte das Beschlagnahme-Recht der Masse auch diese Befugnis erfasst, und es wäre in dem an Winzenried gestellten Begehren um Einwerfung der 18,000 Fr. in die Masse ein solcher Widerruf zu sehen.

Die Beklagten haben jedoch mit Recht geltend gemacht, ein Widerruf sei beim Konkursausbruch nicht mehr zulässig gewesen. Nach Art. 112 Abs. 2 und 3 OR kann der Widerruf nicht mehr erfolgen, wenn es bei Vertragsabschluss der Willensmeinung der Vertragsparteien entsprach, dass der Begünstigte vom Promittenten selbständig Erfüllung verlangen könne, und wenn ferner der Begünstigte dem Promittenten erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen.

Diese Voraussetzungen treffen hier zu. Zunächst kann es nach den Aussagen Winzenrieds keinem begründeten

Zweifel unterliegen, dass Winzenried und Eichenberger die Beklagten direkt begünstigen und ihnen selbständige Rechte an den separat angelegten Geldern verschaffen wollten. Auch hier ist (vgl. OSER N. IV 1 zu Art. 112) auf den Zweck der ganzen Abmachung, wie er von Winzenried beim Vertragsschluss deutlich umschrieben wurde, hinzuweisen. Der Vertrag sollte die Regulierung der dem Eichenberger aus den damals bekannten Unterschlagungen erwachsenen Schwierigkeiten ermöglichen, für den Fall aber, dass dies nicht gelingen werde, den Beklagten wieder zu ihrem Gelde verhelfen. Dieser Zweck wäre nur sehr unvollkommen erreicht worden, wenn man den Beklagten nicht ein selbständiges Recht auf das Depot eingeräumt hätte, denn dann wäre es Eichenberger jederzeit freigestanden, den dem Winzenried erteilten Auftrag zu widerrufen. Gerade das aber suchte Winzenried offensichtlich zu vermeiden. Darum machte er, wie er in seiner Einvernahme ausdrücklich erklärte, die Anlegung der Gelder auf seinen Namen und auf ein Separatkonto zur Bedingung seiner Hülfeleistung. Er zeigte damit, dass er dem Eichenberger die Verfügung über das Geld, solange die Frage noch nicht entschieden war, ob es den Beklagten zurückzugeben sei, verunmöglichen und den Beklagten eine von den Entschliessungen des Kridars unabhängige Rechtsstellung verschaffen wollte.

Was sodann die Frage anbelangt, ob die Beklagten im Sinne des Art. 112 Abs. 3 von ihrem Rechte « Gebrauch gemacht haben », so geht aus der Deposition Winzenrieds hervor, dass es schon im Inventarisierungsverfahren zwischen ihm und den Beklagten die Meinung hatte, die letzteren werden in erster Linie ihre Ansprüche auf das Depot geltend machen. Denn nur für den Fall, dass « wider Erwarten » diese Ansprüche nicht durchgesetzt werden könnten, wurden die Beklagten als Kurrentgläubiger inventarisiert. Dazu kommt aber, dass nach der Feststellung der Vorinstanz sowohl Stuber als Schieb für sich und die sämtlichen Beklagten schon Ende Mai

1917 mehrmals das Depot von Winzenried herausverlangten, weil das Arrangement mit den Gläubigern nicht zustande gekommen sei. Damit sind die Voraussetzungen des Art. 112 Abs. 3 unzweifelhaft erfüllt, ein Widerruf der Begünstigung war daher zur Zeit der Konkursöffnung ausgeschlossen.

Danach aber erfasste das Beschlagsrecht der Masse in der Tat nur den obligatorischen Anspruch gegen Winzenried auf Verwendung der 18,000 Fr. zu Gunsten der Beklagten. Die Masse hat somit im vorliegenden Prozess keinen Anspruch auf Admassierung des Geldes, dagegen sind die Beklagten berechtigt, die 8000 Fr. sowohl als die 10,000 Fr. für sich zu beanspruchen.

5. — Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die weiteren Standpunkte, die die Beklagten noch eingenommen haben und auf die Frage der *exceptio doli generalis*, die die Vorinstanz noch behandelt hat, einzutreten.

Nicht einzutreten ist ferner auch auf die erst vor Bundesgericht erhobene Einwendung der Klägerin, die Abmachung zwischen dem Kridar und Winzenried sei auf alle Fälle anfechtbar im Sinne der Art. 285 ff. SchKG. Nach Art. 80 OG dürfen vor Bundesgericht keine neuen Einreden erhoben werden. Um eine neue Einrede aber handelt es sich hier zweifellos. Die Klägerin beruft sich nicht etwa auf Elemente, die in ihrer Klage bereits enthalten waren. Sie bekundet erst heute den Willen, das ganze Geschäft anzufechten. Damit stellt sie den Streit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf einen ganz neuen Boden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 20. Januar 1920 bestätigt.