

S. 233 / Nr. 35 Auswanderungsagenturen (d)

BGE 76 II 233

35. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juni 1950 i. S. Gugelmann gegen Europäische Güter- und Reisegepäck-Versicherungs A.-G.

Regeste:

BG von 22. März 1888 betreffend den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsagenturen (AWG):

1. Anwendungsbereich.

2. Die in Art. 21 Abs. 1 gesetzte Klagefrist ist eine Verwirkungsfrist.

Loi fédérale du 22 mars 1888 concernant les opérations des agences d'émigration:

1. Champ d'application.

2. Le délai de l'action prévue par l'art. 21 al. 1 est un délai de déchéance.

Legge federale 22 marzo 1888 sulle operazioni delle agenzie di emigrazione

1. Campo d'applicazione.

2. il termine previsto dall'art. 21 cp. 1 è un termine di perenzione

A. - In Bern bestand die «Ritztours» Reisebureaux und Wechselstuben A.-G. Deren bevollmächtigte Geschäftsführer Ryser und Ritzmann waren seit Dezember 1935 Inhaber eines Patentes zur gewerbmässigen Beförderung von Auswanderern und zum Verkauf von Passagebilletten im Sinne von Art. 2 des BG vom 22. März 1888

Seite: 234

betreffend den Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen (AWG; vgl. AS 1887/8 S. 652). Die in Art. 4 dieses Gesetzes vorgeschriebene Kautions von Fr. 40,000. in Wertschriften wurde für Ryser und Ritzmann von der Europäischen Güter- und Reisegepäck -Versicherungs A.-G. geleistet.

B. - Anfangs 1947 reiste Johann Friedrich Gugelmann mit seiner Familie zu vorübergehendem Aufenthalt nach den USA. Für Hin- und Rückfahrt hatte er gegen Vorauszahlung von Fr. 16,000.- durch die «Ritztours» A.-G. Schiffspassagen besorgen lassen. Während die Hinreise programmgemäss verlief, stellte sich in New York heraus, dass die Rückpassagen mit dem in Aussicht genommenen Dampfer «Queen Elisabeth» nicht gebucht waren. Da andere Schiffsplätze zur Zeit nicht beschafft werden konnten, kehrte Gugelmann mit dem Flugzeug in die Schweiz zurück. Sofort nach Ankunft sprach er am 18. Juni 1947 bei der «Ritztours» A.-G. vor, um über sein Guthaben Abrechnung zu verlangen. Die Gesellschaft tröstete ihn mit dem Hinweis darauf, dass von der Vertretung in New York noch keine Unterlagen eingegangen seien. In der Folge und bis heute unterblieb die Erstattung des im voraus erlegten Rückfahrtpreises.

C. - Am 27. Februar 1948 wurde über die «Ritztours» A.-G. der Konkurs eröffnet und gleichzeitig gegen den Geschäftsführer Ryser eine Strafuntersuchung eingeleitet, welche schwere Verfehlungen aufgedeckt haben soll. Im Konkursverfahren machte Gugelmann mit Eingaben vom 1. April und 28. August 1948 eine Forderung von Fr. 8526.90 geltend, kam jedoch vollständig zu Verlust. Für den gleichen Betrag stellte er sich im Strafverfahren gegen Ryser als Privatkläger. Um Deckung seines Guthabens zu erhalten, versuchte Gugelmann am 27. September 1948 mittels Betreibung die Verwertung der beim Bunde hinterlegten Kautions zu erreichen. Für die Schuldnerin, die «Ritztours» A.-G., erhob das Konkursamt keinen Rechtsvorschlag. Dagegen bestritt die

Seite: 235

Europäische Güter- und Reisegepäck-Versicherungs A. -G. als Dritteigentümerin des Pfandes das Bestehen sowohl der Forderung wie eines Pfandrechtes.

Daraufhin schritt Gugelmann am 29. Dezember 1948 zum Prozess gegen die Europäische Güter- und Reisegepäck-Versicherungs A.-G. Er begehrte, es sei die Beklagte zu verhalten, die von ihr für die «Ritztours» A. -G. beim Bunde als Kautions hinterlegten Wertschriften im Nennbeträge von Fr. 46,000. zur Befriedigung seiner Forderung von Fr. 8526.90 im Pfandverwertungsverfahren zur Verfügung zu stellen, eventuell die Heranziehung der Hinterlage zum genannten Zweck zu dulden. Masslich wurde der Klageanspruch, nach vorgenommener Reduktion auf Fr. 8276.90, nicht mehr bestritten. Jedoch stellte die Beklagte die Verwirkungseinrede entgegen. Weiter vertrat sie die Auffassung, das AWG sei auf den gegebenen Fall nicht anwendbar, weshalb der Kläger auch nicht auf die Kautions zurückgreifen könne.

Der Appellationshof des Kantons Bern schützte in beiden Punkten den Standpunkt der Beklagten und wies die Klage mit Urteil vom 23. November 1949 ab.

D. - Der Kläger legte Berufung an das Bundesgericht ein. Er beantragt Gutheissung der Klage. Die Beklagte schliesst auf Bestätigung des kantonalen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Wie bereits die Vorinstanz dargelegt hat, handelt es sich um eine Zivilstreitsache. Hiezu werden von keiner Seite Einwendungen erhoben.

2.- Der Kläger verlangt Rückzahlung des Betrages, den die «Ritztours» A.-G. von ihm zur Buchung der Schiffsplätze für die Rückfahrt aus den USA erhalten hatte. Eine solche Forderung auf Rückgewährung gehört zu den durch das AWG geschützten Ansprüchen dann, wenn das zugrundeliegende Vertragsverhältnis als solches dem AWG untersteht (Art. 4 Abs. 6, Art. 7 und Art. 21 AWG). Da indessen der Kläger keineswegs gedachte,

Seite: 236

seine Heimat aufzugeben und sich dauernd oder doch auf unbestimmte Zeit in einem überseeischen Lande niederzulassen, sondern im vorneherein die Absicht hatte, nach verhältnismässig kurzfristigem Aufenthalt in den USA an seinen beibehaltenen Schweizerischen Wohnsitz und in seinen dortigen beruflichen Wirkungskreis zurückzukehren, war er nicht «Auswanderer» (vgl. über diesen Begriff die Botschaft zur Revision des AwG in BBl. 1887 Bd. III S. 199 das bei den Akten liegende Kreisschreiben des Auswanderungsamtes vom 20. Oktober 1916), sondern gewöhnlicher «Reisender mit überseeischem Reiseziel. Haftet nun die Kautions des AWG für die Ansprüche nur der eigentlichen «Auswanderer» wie die Beklagte behauptet, oder auch für jene der Käufer blosser Passagebillette, die einfach «Reisende» sind, wie der Kläger meint. Gemäss der Umschreibung in Art. 4 Abs. 2 VV zum AWG sind «unter Passagebilletten solche Billette oder Schiffskontrakte zu verstehen, welche zu einer Fahrt auf der See von einem europäischen Einschiffungshafen bis zum überseeischen Ausschiffungshafen berechtigen». Der Kläger stützt seine Ansicht auf Art. 20 AWG, wonach Personen, welche sich mit dem geschäftsmässigen Verkauf von Passagebilletten befassen, allen einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes unterliegen. Er glaubt daher, dass entsprechend dem Art. 4 Abs. 6 AWG die Kautions auch für Ansprüche des Käufers von Passagebilletten als Sicherheit diene.

a) Das trifft jedenfalls nicht zu nach dem ursprünglichen Sinn und Zweck der in Art. 34 Abs. 2 BV dem Bunde vorbehaltenen und zunächst durch das AWG von 1880 verwirklichten Auswanderungsgesetzgebung. Als deren Ziel bezeichnet die Revisions-Botschaft vom 6. Juni 1887 (a.a.O. S. 198): «Schutz der Auswanderer gegen Übervorteilung, humane Behandlung derselben auf der ganzen Reise und Verhütung, dass derselbe nicht nach Gegenden auswandere, in denen nach zuverlässigen Berichten dieselben die zu einem gedeihlichen Fortkommen

Seite: 237

nötigen Verhältnisse nicht antreffen.» Ein derartiges besonderes Schutzbedürfnis, dem der Verfassungs- und Bundesgesetzgeber gerecht werden wollte, ist lediglich beim eigentlichen Auswanderer vorhanden. Es ist kein Grund ersichtlich, irgend einem Reisenden, der zum Vergnügen oder aus geschäftlicher Veranlassung mit Schiff oder Flugzeug nach Übersee (oder zurück) fährt, den Schutz des AWG zu gewähren. Ebenso fehlt eine innere Rechtfertigung dafür, die Handlungsbeschränkungen und weitgehenden Obliegenheiten des Auswanderungsagenten auch dem Inhaber eines beliebigen Reisebüros oder Transportunternehmens zu überbinden. Aus alledem geht hervor, dass seinem Grundgedanken nach das Gesetz nur auf die gewerbsmässige Vermittlung und den gewerbsmässigen Abschluss von Auswanderungsverträgen anwendbar ist (so auch BURCKHARDT, Kommentar zur BV, 3. Aufl. S. 284).

b) Indessen wurde bei der Revision im Jahre 1888 auch der gewerbsmässige Verkauf von Passagebilletten in die Regelung des AWG einbezogen und der Kontrolle des Bundes unterworfen. Namentlich wurde bei jener Gelegenheit der Patentzwang auf den geschäftsmässigen Verkauf von Passagebilletten ausgedehnt (Art. 2 Abs. 1 AWG), für dieses Gewerbe die Pflicht zur Leistung einer Kautions von Fr. 20,000.- aufgestellt (Art. 4 Abs. 2 AWG), der geschäftsmässige Verkauf von Passagebilletten ohne Patent als strafbar erklärt (Art. 19 AWG) und bestimmt, dass Personen, welche sich mit dem geschäftsmässigen Verkauf von Passagebilletten befassen, allen einschlägigen Vorschriften des Gesetzes unterliegen (Art. 20 AWG). Ferner sagt die VV zum AWG in Art. 12, dass dem Inhaber eines Patentbesitzes zum Verkauf von Passagebilletten «jede andere Beförderung von Auswanderern untersagt ist»; in Art. 24, dass die Kautions der Personen oder Gesellschaften, welche sich «nur a mit dem geschäftsmässigen Verkauf von Passagebilletten befassen (vgl. Art. 4 AWG), Fr. 20,000.- beträgt; in Art. 29, dass die

Seite: 238

Kautions zur Sicherheit für Ansprüche dient, welche nach Massgabe des Gesetzes von Behörden oder Auswanderern oder den Rechtsnachfolgern der letzteren geltend gemacht werden können (übereinstimmend Art. 4 Abs. 6 AWG), Die Neuordnung erklärt sich aus dem Bestreben, Missbräuchen zu begegnen. Denn wie in der Revisions-Botschaft dargelegt ist (a.a.O. S. 198-200),

versuchten Auswanderungsagenturen häufig, die Vorschriften des AWG dadurch zu umgehen, dass sie mit dem Auswanderer keinen Auswanderungsvertrag abschlossen, sondern ihm lediglich ein Passagebillet, also einen Fahrplatz vom Einschiffungshafen zum überseeischen Ausschiffungshafen, verkauften. Die neu geschaffene Rechtslage ist somit die, dass der Verkäufer von Passagebilletten zur Ausübung solcher Geschäftstätigkeit ein Patent es bedarf, dafür aber, solange er sich nicht mit Auswanderungsverträgen abgibt, nur Fr. 20,000. hinterlegen muss, während das gegen eine Kautions von Fr. 40,000.- erhältliche Auswanderungsagenten-Patent sowohl zum Abschluss von Auswanderungsverträgen wie zum Verkauf von Passagebilletten ermächtigt. Ob jeglicher Verkäufer von Passagebilletten durch die Bundesbehörden zur Einholung des Patentes und zur Leistung der Kautions verhalten wird, ist nicht untersucht worden. Nach Behauptungen der Beklagten soll das beispielsweise gegenüber Fluggesellschaften, die doch auch Passagebillette gewerbsmässig verkaufen, nicht geschehen und daher auf sie das AWG nicht angewendet werden. Wäre dem so, dann liesse sich füglich fragen, ob wirklich ein Unterschied besteht zwischen Passagebilletten für Schiffe einerseits und für Flugzeuge andererseits.

c) Laut Art. 20 AWG unterliegt der geschäftsmässige Verkauf von Passagebilletten nicht sämtlichen, sondern allen einschlägigen» Vorschriften des Gesetzes. Dazu bemerkte die Botschaft (a.a.O. S. 200), es werde «Sache der Vollziehungsbehörde sein, zu bestimmen, von welchen Obliegenheiten der in Rede stehende Betrieb zu dispensieren

Seite: 239

sein dürfte». Eine solche Festlegung ist jedoch hinterblieben, namentlich in der VV nicht enthalten. Welches die «einschlägigen» Bestimmungen sind, wofür die Kautions gutsteht und wie insgesamt die Unterstellung des Verkaufs von Passagebilletten unter das AWG sich auswirkt, blieb damit ungeklärt. Geht man zurück auf den erwähnten Grundgedanken der in der BV verankerten Auswanderungsgesetzgebung, welcher durch die Revision des AWG an sich nicht berührt, sondern bestätigt wurde, und berücksichtigt man die für die Ausdehnung der Patentpflicht wegleitenden Gründe, so drängt sich der Schluss auf, dass nach wie vor allein der wirkliche Auswanderer geschützt werden wollte, aber in jedem Falle, gleichgültig ob er nach Abschluss eines Auswanderungsvertrages die Schweiz verlässt oder mittels eines blossen Passagebilletes die Strecke vom Einschiffungshafen zum überseeischen Ausschiffungshafen zurücklegt. Folgerichtig gelten die Bestimmungen über die Passagebillette nur für den eigentlichen Auswanderer, nicht für den gewöhnlichen Reisenden. Alsdann haftet auch die Kautions einzig jenem, nicht diesem. Sie ist vorgesehen als Sicherheit für gesetzliche Ansprüche, wenn der Verkäufer von Passagebilletten (unstatthaft) mit einem Auswanderer kontrahiert hat, statt ihn an eine Auswanderungsagentur zu weisen. Dass und warum der Kläger nicht als Auswanderer anzusehen ist, wurde bereits dargetan. Die von HÜGLI (ZBJV 1906 S. 292) vertretene Meinung, als Auswanderer sei schlechthin jeder zu betrachten, der mit einer Auswanderungsagentur einen Reisevertrag abschliesst bzw. von einer solchen Agentur nach einem überseeischen Lande befördert wird, ist nach dem Gesagten abzulehnen.

d) Ob Rückpassagen unter das AWG fallen würden, ist bei der vorgenommenen Abgrenzung des Anwendungsbereiches und den daherigen Folgen für die Fahrt des Klägers ohne Belang. Immerhin sei festgehalten, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beklagten

Seite: 240

das AWG auch für die Rückkehr von eigentlichen Auswanderern Geltung hat, wie seinerzeit bereits vom Bundesrat entschieden wurde (BURCKHARDT, Bundesrecht Bd. III. Nr. 1031 II). Denn mindestens bezüglich eines Teils der mit der Auswanderungsgesetzgebung angestrebten Ziele besteht die Schutzbedürftigkeit für den Rückwanderer, der mit einer Schweizerischen Agentur kontrahiert, gleicherweise wie für den Auswanderer. Dagegen lässt sich die Rückpassage gewöhnlicher Reisender ebensowenig wie die Hinfahrt nach Übersee dem AWG unterstellen.

Die (ohnehin unverbindliche) Ansichtsaussäusserung des BIGA an die Vorinstanz über das Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 4 AWG, dahingehend, dass in der Kautions der Auswanderungsagentur von Fr. 40,000.- die Kautions für den Verkauf der Passagebillette von Fr. 20,000.- inbegriffen sei, kann, weil praktisch belanglos, unerörtert bleiben.

3.- Selbst wenn das AWG auf eine Rückforderung der vorliegenden Art Anwendung fände, müsste die Klage wegen Nichteinhaltung der für die Anspruchsverfolgung gesetzten Frist abgewiesen werden.

a) Art. 21 AWG schreibt vor:

«Civilrechtliche Ansprüche aus Verletzung dieses Gesetzes sind innerhalb der Verjährungsfrist von einem Jahr, von der Kenntnisnahme der Schädigung an gerechnet, bei dem zuständigen Gerichte des Kantons anzubringen, in welchem der Auswanderungsvertrag abgeschlossen worden ist.

Von der Klageanhebung ist dem Bundesrathe durch das betreffende Gerichtspräsidium sofort Kenntnis zu geben (Art. 4 Abs. 5).

Ebenso ist von den auf Grund von Art. 18, 19 und 21 des Gesetzes ausgefallten Urtheilen dem

Bundesrathe durch die zuständigen Kantonsbehörden Mittheilung zu machen.»

Abs. 1 dieser Bestimmung ist insofern zweideutig, als zwar ausdrücklich von einer Verjährungsfrist die Rede ist, aber zur Wahrung der Ansprüche die Klageerhebung vor dem zuständigen Gerichte verlangt wird. Der Kläger anerkennt in der Berufungsschrift, dass beide Satztheile

Seite: 241

gleichwertig seien, obschon der eine den anderen ausschliesse. Nach seiner Ansicht handelt es sich um eine Verjährungsfrist. Die Vorinstanz nahm mit der Beklagten eine Verwirkungsfrist an.

b) Angesichts der bestehenden Unklarheit bedarf Art. 21 Abs. 1 AWG der Auslegung. In BGE 65 II 103 wurde ausgeführt: «D'une manière générale, un délai sera réputé péremptoire lorsqu'il se justifie moins encore par le souci de protéger le débiteur d'une obligation (au sens le plus général), que par la préoccupation de sauvegarder l'ordre et la sécurité publique». Hievon ging die Vorinstanz und geht in der Berufungsschrift, freilich mit abweichenden Folgerungen, auch der Kläger aus. Indessen ist die Formel des zitierten Präjudizes recht allgemein gehalten. Sie gewährleistet nicht im vornehmerein eine scharfe Grenzziehung. Gewiss ist für die Rechtfertigung der Verwirkung wenn nicht geradezu eine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit so doch ein öffentliches Interesse an der Einhaltung der Frist (auch) erforderlich. Anders lässt sich die richterliche Pflicht zur Beachtung der Verwirkung von Amtes wegen nicht erklären. In erster Linie kommt es aber an auf den mit der Fristsetzung verfolgten Zweck. Und diesem stehen im zivilrechtlichen Bereich die Beteiligten häufig näher als die Öffentlichkeit. Bei Ermittlung und Abwägung der Gründe, die für die mildere (Verjährung) oder härtere (Verwirkung) Lösung sprechen, kann sich daher sehr wohl ergeben, dass direkt berührte Privat Interessen vorherrschen und mit ihnen das hinzutretende öffentliche Interesse übereinstimmt indem es darauf beschränkt ist, dass sich der Richter nicht nach Jahr und Tag mit nicht mehr feststellbaren Vorgängen soll befassen müssen.

c) Dass im Text des Art. 21 AWG der Ausdruck «Verjährungsfrist» erscheint, ist nicht entscheidend. Der Schweizerische Gesetzgeber pflegt sich bei Fristbestimmungen nicht an eine begriffsgebundene Terminologie zu halten. Insbesondere sind Verwirkungsfristen selten als solche bezeichnet, und oft liegt Verwirkung vor, wo im

Seite: 242

Gesetz Verjährung zu lesen steht. Das wurde bereits in BGE 65 II 103 anhand von Beispielen aufgezeigt. Ergänzend wäre auf die Klagefristen des Art. 75 ZGB (BGE 51 II 239) und des Art. 83 Abs. 2 SchKG (BGE 68 III 90) zu verweisen. Der Verwirkung unterliegt sodann die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld gemäss Art. 86 SchKG. Ferner finden sich Verwirkungstatbestände in Art. 12, 38 und 39 VVG, neben der in Art. 46 VVG geordneten Verjährung. Sie können im Versicherungsrecht auch vertraglich geschaffen werden (BGE 52 II 154, 158). Endlich hat das Bundesgericht in zwei nicht veröffentlichten Urteilen vom 19. Juni 1946 i. S. Basler Transportversicherungs-Gesellschaft und La Neuchâteloise e. Schweizerische Eidgenossenschaft die ins Schweizerische Seefrachtrecht aufgenommene Bestimmung Art. 3 § 6 Abs. 4 des Brüsseler Übereinkommens zur einheitlichen Feststellung einzelner Regeln über die Konossemente vom 25. August 1924 als Verwirkungsklausel definiert. Dabei wurde u. a. hervorgehoben, dass die «gerichtliche» Geltendmachung des Anspruches binnen Jahresfrist vorgeschrieben sei, ohne Vorbehalt anderer Mittel wie der den Verjährungsvorschriften eigentümlichen Möglichkeit einer Fristunterbrechung; und dass namentlich Betreibungshandlungen weder erwähnt noch nach Schweizerischer Rechtsanschauung der Klageerhebung gleichgestellt werden könnten. Das ist auch in bezug auf Art. 21 AWG beachtlich. Denn hier wie dort wird zur Verhinderung des Fristablaufs eigens und ausschliesslich die Anspruchsverfolgung vor dem Richter verlangt, was mit einer Verjährungsfrist» im begrifflichen Sinn nicht wohl vereinbar ist.

Den Zweck der verhältnismässig kurzen Befristung glaubt die Vorinstanz dem Art. 21 AWG selber entnehmen zu können. Dort werde in Abs. 2 unter Hinweis auf Art. 4 Abs. 5 angeordnet, dass von der Klageanhebung dem Bundesrat durch das angegangene Gericht sofort Kenntnis zu geben sei. Gemäss Art. 4 Abs. 5 AWG dürfe die Kautio

Seite: 243

erst nach Ablauf eines Jahres seit Erlöschen des Patentes zurückgestellt werden und müsse, wenn dazumal noch Ansprüche gegen den Auswanderungsagenten vorliegen, bis zu deren Erledigung der erforderliche Betrag stehen bleiben. Offensichtlich seien die zuständigen Behörden daran interessiert, im Falle des Erlöschens eines Patentes möglichst bald Klarheit darüber zu schaffen, ob vorhandene Ansprüche die Zurückhaltung der Kautio nahelegen. «Gründe der öffentlichen Ordnung, nämlich die Ermöglichung einer ordnungsgemässen Abwicklung der Verwaltung der Kautio durch den Bund», seien also bei der Aufstellung der Vorschrift des Art. 21 AWG überwiegend gewesen, womit sich die einjährige Klagefrist als Verwirkungsfrist kennzeichne. Allein es ist nicht einzusehen, warum das

erwähnte Interesse der Behörden den Vorrang verdienen sollte gegenüber den Interessen eines Kunden der Auswanderungs- oder Passageagentur. Die Verwaltung der Kautions geschieht durch die Nationalbank und bringt dem Bund keine erhebliche Belastung. Es mag zweckmässig sein, vor der Rückgabe oder Verteilung der Kautions zu ermitteln, ob noch andere Ansprecher da sind. Das allein würde aber die Einführung einer Verwirkungsfrist kaum rechtfertigen. Hiefür massgeblich ist vielmehr die Überlegung, dass das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen des Auswanderers so rasch als möglich endgültig und zuverlässig abgeklärt werden muss. Die mit der Auswanderung zusammenhängenden Verhältnisse und Besonderheiten, vorab die Bedingungen des Bahn- und Schiffstransportes, bringen es ihrer Natur nach mit sich, dass Rügen und Schäden und sonstige Streitpunkte nur dann richtig beurteilt werden können, wenn unverzüglich und mit allen dienlichen Mitteln eine genaue Erhebung des Sachverhaltes erfolgt. Hemmungen oder Unterbrechungen der Frist müssten sich nachteilig auswirken. Denn dadurch würde unter Umständen dem Auswanderer der Beweis und dem Agenten der Entlastungsbeweis abgeschnitten oder in

Seite: 244

unzumutbarer Weise erschwert. In Betracht kommen hier ähnliche Gesichtspunkte wie im Seefrachtrecht (vgl. die zitierten BGE vom 19. Juni 1946). Diese Sach- und Interessenlage erklärt sowohl die Kürze der Frist wie das Gebot, den Anspruch vor das zuständige Gericht zu bringen. Nur unter dieser Voraussetzung erhalten der Agent und die Behörde die Gewissheit, dass eine Forderung ernsthaft erholen wird, wie hoch sie ist und auf welchen Sachverhalt sie sich stützt. Und nur so, d. h. durch den Richter und die ihm zur Verfügung stehenden Behelfe, können die tatsächlichen Verhältnisse ohne Verzug aufgeklärt werden. Daraus erhellt ohne weiteres, dass eine Hinderung des Fristablaufes durch andere Rechtshandlungen, wie sie bei der Verjährung statthaft sind, nicht zugelassen werden darf, weil das zur Vereitelung oder doch zur Gefährdung des mit der Klagevorschrift beabsichtigten Zweckes führen müsste.

Somit stellt sich Art. 21 Abs. 1 AWG als eine Verwirkungsbestimmung dar.

d) Die Jahresfrist beginnt mit der «Kenntnisnahme der Schädigung». Der Kläger bringt vor, dieser Zeitpunkt falle zusammen mit der Konkurseröffnung über die «Ritztours» A.-G. früher habe er sich nicht geschädigt fühlen müssen, weil erst damals klar geworden sei, dass seine «anerkannte» Forderung nicht oder nicht ganz befriedigt werden könne. Der Einwand ist unhaltbar. Zweifellos war, wie die Vorinstanz richtig annimmt, der Schaden eingetreten und erkennbar, als der Kläger in New York für die Rückreise in die Schweiz Flugbillette kaufte. Damit ist nach allgemeiner Schweizerischer Rechtsanschauung die Bedingung des Art. 21 Abs. 1 AWG erfüllt (vgl. analoge Vorschriften z. B. in Art. 60 OR und in verschiedenen Haftpflichtgesetzen). Es kommt nichts darauf an, ob sich dann die Schadenersatzforderung als einbringlich erweist oder nicht.

Die Jahresfrist wäre freilich bedeutungslos, wenn der Schuldner die Forderung des Klägers tatsächlich

Seite: 245

anerkannt hätte. Das ist aber nie geschehen. Die Vertröstung des Klägers bis nach Eingang der Abrechnung aus New York anlässlich der Vorsprache bei der «Ritztours» A.-G. am 18. Juni 1947 stellt rechtlich keine Schuldanerkennung dar, an sich nicht und noch viel weniger für den später eingeklagten Betrag. Andererseits liegt in dieser ausweichenden Antwort auch keine arglistige Veranlassung zur Fristversäumnis (Art. 2 ZGB). Als in den folgenden Wochen eine Erledigung der Sache ausblieb und zumal nachdem die «Ritztours» A.-G. im Februar 1948 in Konkurs geraten war, hätte der Kläger hinreichenden Grund und auch genügend Zeit gehabt, seinen Anspruch fristgerecht und in der vorgeschriebenen Weise geltend zu machen. Der Irrtum, durch sonstige Vorkehren alles Nötige getan zu haben, zu dem möglicherweise ein Schreiben des Auswanderungsamtes vom 3. Juni 1948 beitrug, ist nicht von der Beklagten oder der Schuldnerin, sondern vom Kläger selber zu vertreten.

e) Auf die «Kenntnisnahme der Schädigung» bezogen ist die von Ende Dezember 1948 datierte Klage zweifellos verspätet, es wäre denn, dass schon durch die Eingabe des Klägers vom 5. Mai 1948 an das Untersuchungsrichteramt Bern in der «Voruntersuchung gegen Max Ryser i/Fa. Ritztours A.-G. Bern eine gerichtliche Geltendmachung der Forderung erging. Grundsätzlich ist zuzugeben, dass dann, wenn die Zivilforderung im Strafverfahren gegen den Schuldner adhäsionsweise angebracht und beurteilt werden kann, eine darauf gerichtete Massnahme als zur Wahrung der in Art. 21 Abs. 1 AWG vorgesehenen Frist geeignet anerkannt werden muss. Denn damit wird, soweit das beim Ausprecher liegt, der früher umschriebene Zweck der Klage vollauf erreicht. Es bleibt daher zu prüfen, ob dieser Weg gangbar war und wenn ja, ob er tatsächlich und formrichtig beschritten wurde. Das hängt sowohl von kantonalem Prozessrecht wie von der Bewertung des Inhaltes der genannten Eingabe des Klägers ab. Der Appellationshof hat sich dazu nicht

Seite: 246

ausgesprochen. Jedoch kann gemäss Art. 65 OG das Bundesgericht gleichwohl entscheiden.

Der Kläger brachte vor, er habe sich im Strafverfahren gegen den Geschäftsführer Ryser der «Ritztours» A. -G. als Privatkläger im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 und Art. 3 der Berner StPO gestellt. Die Beklagte bestritt das. Sie sieht im Schreiben des Klägers vom 5. Mai 1948 nur eine Anmeldung als Privatkläger gemäss Art. 43 Ziff. 1 StPO. Was der Kläger heute geltend macht, ist entweder eine Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung bzw. nicht richtiger Erfüllung eines Vertrages oder eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb und inwiefern es eine Zivilklage aus strafbarer Handlung wäre, wie Art. 3 StPO sie voraussetzt. Namentlich ist nirgends dargetan, dass es eine vom Strafverfahren erfasste strafbare Handlung war, die zum Abschluss des Vertrages führte, noch geht es um ein Begehren auf Erstattung einer Leistung aus einem betrügerisch zustande gekommenen und darum unverbindlichen Vertrag. Es erscheint somit im vorneherein als fragwürdig, ob der Zivilanspruch des Klägers überhaupt Gegenstand einer Adhäsionsklage bilden konnte. Aber wenn das auch zu bejahen wäre, so hätte jedenfalls der Kläger damals die Zivilklage nicht anhängig gemacht. In seiner Eingabe vom 5. Mai 1948 schrieb er nämlich unter Ziff. 5:

Ich melde mich am Verfahren gegen Herrn und Frau Ryser als Privatkläger und bitte Sie freundlich um Mitteilung, sobald die Untersuchung ergibt, dass mein Guthaben unterschlagen wurde, damit ich ev. Klage einreichen kann. Im weitem mache ich meine Forderung im Sinne des Bundesgesetzes vom 22.3.88 über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsagenturen geltend und verlange, dass die Kautions der Eheleute Ryser bis zur vollständigen Deckung meiner Ansprüche reserviert bleibe. Dem BIGA werde ich meine Ansprüche ebenfalls anmelden.»

Hier hat sich also der Kläger lediglich die Einreichung einer Klage aus strafbarer Handlung vorbehalten. Zur adhäsionsweisen Anhebung der Zivilklage im Strafverfahren

Seite: 247

genügt das nicht (vgl. WAIBLINGER, Kommentar zur StPO, S. 14 N. 3 zu Art. 3). Alsdann ist die Eingabe vom 5. Mai 1948 unter dem Gesichtspunkte von Art. 21 Abs. 1 AWG belanglos. Dass nachträglich noch eine Adhäsionsklage wirklich angebracht worden sei, behauptet der Kläger nicht.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 23. November 1949 wird bestätigt