

## S. 375 / Nr. 65 Obligationenrecht (d)

BGE 56 II 375

65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. November 1930 i. S. Walliser Kantonalbank gegen Michlig & Konsorten.

Regeste:

Auslegung einer Sicherheitsleistungserklärung, für die Geschäftsführung eines provisorisch angestellten Bankagenten solidarisch jegliche Verantwortung übernehmen zu wollen und bereit zu sein, die von der Bank verlangten Garantien zu Gunsten des betreffenden Agenten zu leisten. (Erw. 1.)

Abgrenzung des Garantievertrages gemäss Art. 111 OR von der Bürgschaft. (Erw. 2 und 3.)

Auslegung von Art. 493 OR betr. Angabe des Haftungsbetrages bei der Verbürgung. (Erw. 4.)

A. - Oscar Walpen war während vierzehn Jahren Leiter der Kreisagentur Brig der Walliser Kantonalbank. Infolge starker anderweitiger Inanspruchnahme überliess er jedoch die Besorgung der Bankgeschäfte in der Hauptsache seinem Angestellten Adolf Eister. Im Frühjahr 1925 wurde er zum Staatsrat des Kantons Wallis gewählt, was ihn zwang, sein Amt eines Bankagenturleiters auf Ende April 1925 niederzulegen. Hiebei empfahl er der

Seite: 376

Bank, Eister als seinen Nachfolger zu wählen. Die Bankkommission beschloss jedoch - da eine Umwandlung der Agentur Brig in eine Filiale in Aussicht stand - zur Zeit von der Wahl eines Agenten abzusehen und die Geschäfte in Brig einstweilen durch einen Angestellten des Hauptsitzes besorgen zu lassen. Walpen gab sich indessen mit diesem Bescheide nicht zufrieden und trat weiterhin für Eister ein, da er dessen Ansehen durch den Beschluss der Bank gefährdet sah. Er wurde erneut bei der Bank vorstellig und stellte folgenden Text einer Erklärung auf, die dann einer Reihe von führenden Persönlichkeiten in Brig und Naters vorgelegt wurde: «Die Endesunterzeichneten erklären hiemit, dass Herr Eister nach ihrer Auffassung alle nötigen Fähigkeiten und Eigenschaften besitzt, um die Agentur der Walliser Kantonalbank in Brig zu leiten. Derselbe besitzt auch das volle Vertrauen der Bevölkerung. Die Unterzeichneten erklären daher, dass sie für die Führung der Agentur durch Herrn Eister bis zur endgültigen Wahl eines Agenten solidarisch jegliche Verantwortung übernehmen und bereit sind, die von der Bank verlangten Garantien zu Gunsten des Herrn Eister zu leisten.» Diese vom 31. März 1925 datierte Erklärung wurde dann von Walpen und den heutigen Beklagten: Meinrad Michlig, Betriebsbeamten, Alfred Gertschen, Möbelfabrikanten, Adolf Augsburg, Müller, Josef Escher, Advokaten und Alfred Bodenmann, Verwalter, unterzeichnet und am 6. April 1925 von Walpen der Kantonalbank eingesandt, versehen mit einem persönlichen Begleitschreiben Walpens, das die Beklagten jedoch nicht zu Gesicht bekommen haben wollen, in welchem Walpen der Kantonalbank folgenden Vorschlag unterbreitete: «Ich bleibe für die Führung der Agentur haftbar bis zur endgültigen Erledigung der Angelegenheit, d. h. der definitiven Wahl eines Agenten, resp. Direktors. Die Agentur würde inzwischen auf meine Verantwortung weitergeführt und erfolgt die Übergabe erst an den endgültig ernannten Vertreter, Agenten oder Direktor. Herr

Seite: 377

Eister würde die Agentur weiterführen bis zum genannten Datum, und der Hauptsitz würde die von ihm als wünschenswert erachtete Kontrolle veranlassen. Die Herren Michlig, Gertschen, Ad. Augsburg, Adv. Escher und Verwalter Bodenmann würden sich ihrerseits für die Führung der Bank durch Herrn Eister laut beiliegender Erklärung gutstellen.» Auf diese Eingabe hin beschloss die Bankkommission am 8. April 1925, Eister provisorisch mit der Leitung der Agentur in Brig zu betrauen («de charger Eister de la représentation de l'agence de Brigue») mit dem Vorbehalt, seine Geschäftsführung von Zeit zu Zeit durch den Unterkassier des Hauptsitzes, Casetti, beaufsichtigen und kontrollieren zu lassen. Dieser Beschluss wurde am 25. April 1925 vom Verwaltungsrat ratifiziert, worauf Eister am 1. Mai 1925 sein Amt antrat. Nachdem sich im Herbst 1925 das Projekt der Umwandlung der Agentur Brig in eine Filiale zerschlagen hatte, wurde der Posten eines Agenturleiters am 27. November 1925 im Handelsamtsblatt zur Bewerbung ausgeschrieben, und am 27. Januar 1926 schlug die Bankkommission «au vu des désirs manifestés par nos amis de Brigue» vor, Eister an diese Stelle zu wählen, unter dem Vorbehalt, dass ihm ein guter Beamter des Hauptsitzes beigegeben werde. Daraufhin wurde die Wahl am 30. Januar 1926 durch den Verwaltungsrat vollzogen und Eister zur Leistung der reglementarischen Amtsbürgschaft von 15000 Fr. aufgefordert. Kurz darauf, d. h. am 18. Februar 1926, ging jedoch eine Beschwerde eines Bankkunden ein, die die Bankverwaltung zu einer sofortigen, eingehenden Untersuchung der

Geschäftsführung Eisters veranlasste. Dabei stellte sich heraus, dass Eister schon seit Jahren umfangreiche Unterschlagungen begangen hatte. Eister ergriff daraufhin am 21. Februar 1926 die Flucht unter Mitnahme von Wertschriften im Betrage von 20000 Fr. Die genaue Untersuchung ergab, dass Eister in 38 verschiedenen Fällen insgesamt 138664 Fr. 30 Cts. unterschlagen hatte. Die Unterschlagungen in der Periode

Seite: 378

vom 30. April 1925 bis 19. Februar 1926, in welcher Zeit Eister provisorisch als Agenturleiter geamtet hatte, beliefen sich auf 53682 Fr. 60 Cts., wovon jedoch zum mindesten ein Betrag von 22609 Fr. 70 Cts. zur Deckung früherer Unterschlagungen verwendet worden sein soll.

Im Hinblick auf diese Fehlbeträge wandte sich die Kantonalbank an Walpen sowie an die heutigen Beklagten, indem sie den erstern für den ganzen und die letzteren - gestützt auf ihre Erklärung vom 31. März 1925 - für den im Zeitraum vom 1. Mai 1925 bis 19. Februar 1926 ihr entstandenen Schaden ersatzpflichtig erklärte. Mit Walpen kam schliesslich eine gütliche Einigung zustande, in der Weise, dass er einen Betrag von 30000 Fr. anerkannte, während die heutigen Beklagten jede Schuld bestritten.

B. - Mit der vorliegenden Klage verlangt die Kantonalbank von den Beklagten solidarisch die Summe von 30000 Fr. nebst 5% Zins seit 4. Juli 1927. Sie stellt sich auf den Standpunkt, durch die Erklärung vom 31. März 1925 hätten sich die Beklagten verpflichtet, für die provisorische Leitung der Agentur durch Eister einzustehen. Mit Bezug auf die Höhe des verlangten Schadenersatzes weist die Klägerin auf Art. 116 des Bankreglementes vom 23. Mai 1918 hin, wonach ein Agenturleiter eine Bürgschaft von 10 bis 30000 Fr. zu leisten hat. Diese Bestimmung sei den Beklagten bekannt gewesen, denn Michlig sei Mitglied des Verwaltungsrates und Gertschen Censor der Klägerin, während Escher während mehreren Jahren Vizepräsident des Verwaltungsrates gewesen sei.

Die Beklagten stellten jede Ersatzpflicht in Abrede, da sie sich durch die Unterzeichnung der fraglichen Erklärung überhaupt nicht rechtlich hätten verpflichten wollen. Eventuell sei darin eine Bürgschaft zu erblicken, der in Ermangelung der Angabe des Bürgschaftsbetrages jede Rechtswirkung fehle.

C. - Mit Urteil vom 2. Juli 1930 hat das Kantonsgericht

Seite: 379

des Kantons Wallis unter Anerkennung des Eventualstandpunktes der Beklagten die Klage abgewiesen.

D. - Hiegegen hat die Klägerin am 29. September 1930 die Berufung an das Bundesgericht erklärt, indem sie erneut um Gutheissung der Klage ersucht.

Die Beklagten beantragen die Abweisung der Klage und Bestätigung des angefochtenen Entscheides. Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die ersten beiden Sätze der im Streite liegenden Erklärungen der Beklagten, stellen eine blosser Empfehlung Eisters an die Klägerin dar, aus der den erstern keinerlei Verantwortlichkeit der Klägerin gegenüber erwachsen ist; denn dass die Beklagten diese Erklärung im Bewusstsein ihrer Unwahrheit oder sonstwie unter Umständen, die ihr Verhalten als gemäss Art. 41 OR unerlaubt erscheinen liessen, abgegeben hätten, hat die Klägerin selber nicht behauptet. Dagegen kann dies von den weiteren Ausführungen in der «Erklärung» nicht gesagt werden, wonach die Beklagten ihre Bereitwilligkeit ausgedrückt hatten, für die Führung der Agentur durch Eister bis zur endgültigen Wahl eines Agenten solidarisch jegliche Verantwortung zu übernehmen und die von der Bank verlangten Garantien zugunsten des Eister zu leisten. Darin liegt klar und unzweideutig eine Offerte, der Bank gegenüber für eine geordnete Geschäftsführung durch Eister während der Zeit des Provisoriums eintreten und die allenfalls von der Klägerin verlangten Sicherheiten leisten zu wollen. Die Beklagten behaupten nun aber, da solche Sicherheiten in der Folge von der Klägerin nicht verlangt worden seien, sei die ganze Offerte dahingefallen. Dem kann nicht beigegeben werden. Es handelt sich hier um zwei verschiedene Angebote, von denen nur das letztere, nämlich dasjenige auf Leistung allfällig von der Bank verlangter Sicherheiten, durch die Unterlassung eines bezüglichen Begehrens seitens der Bank dahingefallen ist, während das persönliche

Seite: 380

Sicherheitsleistungsversprechen, das neben dem letztern Versprechen und unabhängig von diesem abgegeben worden ist, durch die stillschweigende Entgegennahme durch die Bank als angenommen zu gelten hat. Warum dieses Versprechen für sich allein keine Gültigkeit sollte haben können, ist nicht erfindlich. Ein Garant kann doch sehr wohl sich bereit erklären, für einen Schuldner persönlich eintreten zu wollen und daneben, falls dies nicht als genügend erachtet werden sollte, noch andere Sicherheiten anbieten. Dann ist aber, wenn der Gläubiger auf letzteres verzichtet, das Versprechen der persönlichen Sicherheitsleistung zweifellos trotzdem gültig. Richtig ist allerdings, dass das

Projekt, das Walpen seinerzeit gleichzeitig mit der streitigen Erklärung der Klägerin unterbreitet hat, von dieser nicht angenommen worden ist, wonach Eister die Agentur einstweilen auf Walpens Verantwortung weiterführen solle. Allein daraus darf nicht der Schluss gezogen werden, dass damit das Angebot der Beklagten hinfällig geworden sei; denn jenes Angebot war nicht an die Bedingung geknüpft, dass die Verhältnisse auf der Agentur Brig in der von Walpen vorgeschlagenen Weise gestaltet werden. Die Beklagten haben auch im Instruktionsverfahren ausdrücklich erklärt, vom Inhalte des Briefes des Walpen keine Kenntnis gehabt zu haben. Ihre Absicht ging einzig dahin zu erwirken, dass Eister während der Zeit des Provisoriums mit der Leitung der Agentur betraut werde. Und das ist auch geschehen. Nur damit haben die Beklagten vielleicht nicht gerechnet, dass Casetti eine gewisse Oberaufsicht über Eister übertragen werde. Diesem Umstand ist jedoch keine so grosse Bedeutung beizumessen, dass angenommen werden müsste, die Beklagten hätten, wenn ihnen dies bekannt gewesen wäre, ihr Versprechen nicht abzugeben, zumal da ja eine derartige Oberaufsicht nach aussen kaum in Erscheinung trat und daher, ohne das Ansehen Eisters zu beeinträchtigen, den Beklagten als Garanten nur willkommen sein konnte.

Seite: 381

2.- Es fragt sich somit nur noch, ob das Versprechen allenfalls wegen eines Formmangels ungültig sei. Die Vorinstanz hat dies mit den Beklagten bejaht, indem sie darin eine Bürgschaftsverpflichtung erblickt, bei der die in Art. 493 OR vorgeschriebene Angabe des Haftungsbetrages unterblieben sei. Die Klägerin bestreitet dies, da sie die Verpflichtung der Beklagten als Garantieverprechen im Sinne von Art. 111 OR erachtet. Die Abgrenzung des Garantievertrages gemäss Art. 111 OR von der Bürgschaft bietet im schweizerischen Recht gegenüber dem französischen Recht deshalb gewisse Schwierigkeiten, weil in Art. 111 OR ganz allgemein vom Versprechen der «Leistung eines Dritten» und nicht nur, wie in Art. 1120 C.c., vom Versprechen, dass ein Dritter einen Vertrag eingehen werde, die Rede ist. Das Garantieverprechen des Art. 111 OR kann sich somit auch auf die Erfüllung eines Vertrages durch einen Dritten, oder auf beides - wie überhaupt auf jedwedes auch nicht vertragliches Verhalten eines Dritten - beziehen. Hierbei handelt es sich jedoch stets um ein selbständiges, von der versprochenen Leistung des Dritten an sich unabhängiges Schuldversprechen, während die Bürgschaft - und darin liegt das massgebende Unterscheidungsmerkmal der beiden Rechtsinstitute - lediglich akzessorischen Charakter besitzt. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass eine Bürgschaft gemäss Art. 494 Abs. 2 OR auch für künftige oder bedingte Schulden eingegangen werden kann; denn dies ist, wie die genannte Bestimmung ausdrücklich erwähnt, nur «für den Fall, dass die Hauptschuld wirksam werde» möglich. Allerdings erklärt Art. 494 Abs. 3 OR auch die Verbürgung einer Schuld aus einem wegen Irrtums oder wegen Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner unverbindlichen Vertrage für gültig, wenn der Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung den auf Seiten des Hauptschuldners vorhandenen Mangel kennt. Das scheint gegen die akzessorische Natur der Bürgschaft zu sprechen. Allein hier liegt offenbar lediglich

Seite: 382

eine Fiktion vor, indem hier einem gewöhnlichen Garantieverprechen ausnahmsweise von Gesetzes wegen die Bedeutung und damit auch die Wirkungen einer Bürgschaft verliehen worden sind (vgl. auch OSER, Kommentar I. Aufl. zu Art. 494 Ziff. 4 S. 861; GUGGENHEIM, Der Garantievertrag, Zürcher Dissertation 1917 S. 48). In der Doktrin (vgl. GUGGENHEIM a.a.O. S. 40 ff.) sind nun allerdings noch andere Momente als Unterscheidungsmerkmale angeführt worden, die jedoch bei näherer Betrachtung nicht als massgebende Kriterien erachtet werden können. So hat man einen Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten darin erblicken wollen, dass der Garant nach Art. 111 OR, wenn der Dritte die versprochene Leistung nicht erbringt, Schadenersatz zu zahlen, während der Bürge die Hauptschuld an Stelle des Schuldners zu erfüllen habe. Dies ist an sich richtig. Allein hierbei handelt es sich um die an die beiden Rechtsinstitute geknüpften Folgen, sodass hieraus für die Beurteilung der Frage, welche dieser beiden Vertragsfiguren in einem konkreten Falle vorliege, nichts gewonnen werden kann. Eine weitere Auffassung, die die Vorinstanz zu der ihrigen gemacht hat, geht dahin, der Bürge hafte nicht für die Schuld, sondern für den Schuldner, während beim Garantievertrag ein Einstehen für die Person des Schuldners nicht möglich sei, weil bei letzterem gar kein Hauptschuldner vorhanden sei. Der Garant wälze das Risiko einer fremden Unternehmung auf sich. Während also der Bürge sich für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners hinsichtlich einer bestimmten Schuld einsetze, garantiere der Garant z. B. die Rentabilität einer Unternehmung. Dem persönlichen Moment der Bürgschaft stehe somit das sachliche des Garantievertrages gegenüber (vgl. GUGGENHEIM, a.a.O. S. 52, in Anlehnung an STAMMLER, Der Garantievertrag, im Archiv für ziv. Praxis, Bd. 69 S. 1 ff.). Diese Umschreibung des Begriffes des Garantievertrages ist jedoch, wie von Oser (Kommentar II. Aufl. zu Art. 111 OR Note I Ziff. 3 S. 591) mit Recht

Seite: 383

bemerkt worden ist, zu eng, da die «Leistung eines Dritten» gemäss Art. 111 OR jedes rechtlich erhebliche Verhalten positiven oder negativen, rechtlichen oder faktischen Inhaltes sein kann. Dessen scheint sich Guggenheim allerdings bewusst zu sein, und er erklärt daher (a.a.O. S. 35), es gebe hinsichtlich der Art solcher Unternehmen keine Schranke. Er dehnt also den Begriff des Unternehmens aus und fügt dann bei: in Art. 111 OR beziehe sich das Risiko auf den Eintritt oder Nichteintritt der «Leistung» eines Dritten; das aber bedeute zweifellos das Risiko, das mit einem Unternehmen verknüpft sei; denn in Leistung und Gegenleistung trete ja die Wirksamkeit eines Unternehmens in Erscheinung. Legt man nun aber dem Begriff eines Unternehmens eine derart umfassende Bedeutung bei, dann kann es nicht mehr als besonderes Kriterium für die dem Garantievertrag zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse in Frage kommen; denn diese Merkmale treffen ja auch für die verbürgten Schuldverhältnisse zu, und auch der Bürge geht ein Risiko ein, das darin besteht, dass ein Dritter (nämlich der Hauptschuldner) eine Leistung vollziehe bzw. nicht vollziehe. Es mag schliesslich auch noch darauf hingewiesen werden, dass die Abgrenzung von Garantieverprechen nach Art. 111 OR und Bürgschaft nach verschiedenen, von einander unabhängigen Kriterien ohnehin zu unüberbrückbaren Schwierigkeiten führen müsste, nämlich dann, wenn in einem bestimmten Falle die einen Merkmale für das Vorliegen eines Garantieverprechens, die andern aber für eine Bürgschaft sprechen würden, oder umgekehrt.

3.- Wenn also im vorliegenden Falle das Versprechen der Beklagten in einem Einstehen für eine Schuldspflicht des Eister zu erblicken ist, dann kann nur eine Bürgschaft und kein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR in Frage kommen. Mit der Vorinstanz muss nun gesagt werden, dass hier tatsächlich eine Bürgschaft vorliegt. Die Beklagten zielten offenbar nicht darauf ab, der

Seite: 384

Klägerin für die Zeit, da Eister provisorischer Leiter war, einen bestimmten Umsatz der Agentur Brig zu garantieren. Ihr Wille ging vielmehr einzig dahin, für Verpflichtungen, die Eister selber aus einer allfälligen pflichtwidrigen Amtsführung der Klägerin gegenüber erwachsen könnten, einzustehen, d. h. eine Amtsbürgschaft für Eister zu leisten. So hat auch die Klägerin die Erklärung verstanden; auch sie hat darin eine Bürgschaft erblickt, denn sonst wäre nicht verständlich, warum sie nicht den vollen Schaden von rund 50000 Fr. den Beklagten gegenüber geltend macht, sondern nur 30.000 Fr., d. h. den Maximalbetrag, für welchen ein Agent gemäss Art. 116 des Baureglementes Sicherheit zu leisten hat.

4.- Die Vorschrift des Art. 493 OR, wonach die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen bedarf, ist vom Bundesgericht in ständiger Rechtssprechung, auf die zurückzukommen kein Anlass besteht, dahin ausgelegt worden, dass der bezügliche Betrag nicht notwendig in der Bürgschaftsurkunde selber enthalten sein müsse, sondern dass es genüge, wenn er sich an Hand der in der Bürgschaftsurkunde (oder im Schuldschein) enthaltenen Angaben im Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft ohne weiteres habe bestimmen lassen (vgl. statt vieler BGE 50 II S. 290 f.). Nun trifft aber keines von Beidem im vorliegenden Falle zu. In der streitigen Erklärung selber wurde kein Betrag aufgeführt, bis zu welchem die Beklagten bürgen zu wollen versprochen. Und der von der Klägerin angeführte Art. 116 des Bankreglementes kann hier schon deshalb nicht als integrierender Vertragsbestandteil herangezogen werden, weil diese Vorschrift sich nach der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz nicht auf provisorisch angestellte Agenturleiter bezieht. Es hätte daher, wenn den in dieser Vorschrift aufgeführten Ziffern irgendwelche Bedeutung hätte beigemessen werden wollen, ausdrücklich gesagt werden müssen, dass die Bürgschaft in dem von einem

Seite: 385

definitiv angestellten Agenturleiter verlangten Umfange geleistet werde. Und auch das hätte für sich allein noch nicht genügt, da in Art. 116 des Bankreglementes für die von den verschiedenen Beamten zu leistenden «Bürgschaften» Minimal- und Maximalbeträge angegeben wurden (für Agentur 10000 Fr. bis 30000 Fr.), sodass die im einzelnen Falle zu leistende «Bürgschaft» - welche Pflicht übrigens zudem nach Abs. 2 dieser Vorschrift lediglich ganz allgemein als Pflicht zur Sicherheitsleistung zu verstehen ist - jeweils den konkreten Verhältnissen entsprechend erst noch besonders festgestellt werden muss. (Bei der definitiven Wahl Eisters vom 30. Januar 1926 geschah dies übrigens in der Weise, dass von ihm nur eine Bürgschaft von 15000 Fr. und nicht etwa der reglementarische Maximalbetrag von 30000 Fr., wie er von der Klägerin heute den Beklagten gegenüber geltend gemacht werden will, verlangt wurde.) Die vorliegend von den Beklagten geleistete Bürgschaft genügt mithin der Anforderung des Art. 493 OR nicht und vermag infolgedessen, da es sich hierbei um ein notwendiges Formerfordernis, handelt, keine rechtlichen Wirkungen zu entfalten. Die Vorinstanz hat daher mit Recht die Klage abgewiesen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und demgemäss das Urteil des Kantonsgerichtes von Wallis vom 2.

Juli 1930 bestätigt