

S. 128 / Nr. 31 Obligationenrecht (d)

BGE 67 II 128

31. Urteil der 1. Zivilabteilung vom 30. September 1941 i.S. «Vita» Lebensversicherungsgesellschaft gegen Bachmann.

Regeste:

Bürgschaft bei Schuldübernahme, Art. 178 Abs. 2 OR. Die zum voraus erteilte Zustimmung des Bürgen zu jedem Schuldnerwechsel ist ungültig; Art. 27 ZGB, Art. 20 OR.

Cautionnement, reprise de la dette garantie, art. 178 al. 2 CO. La clause par laquelle la caution consent d'avance à tout changement de débiteur n'est pas valable; art. 27 CC, art. 20 CO.

Fideiussione nel caso di assunzione di debito (art. 178 cp. 2 CO). La clausola per cui il fideiussore si dich'ara in anticipo d'accordo circa ogni cambiamento di debitore non è valida (art. 27 CC. art. 20 CO).

Seite: 129

A. - Die «Vita» Lebensversicherungsgesellschaft gewährte der Baugenossenschaft «Markus» im Jahre 1934 ein Darlehen im Betrage von Fr. 360000. -, wofür ihr ein Schuldbrief im ersten Range auf der Liegenschaft Überlandstrasse Nr. 3/5 in Örlikon eingeräumt wurde.

Für die gleiche Schuld ging der Beklagte Bachmann mit sechs andern Bürgen am 27. Dezember 1933 eine «Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung» ein, die u. a. die Bestimmung enthielt: «Im Falle der Handänderung ist die «Vita» ermächtigt, nach freiem Ermessen den alten Schuldner beizubehalten oder den neuen anzunehmen; sofern die «Vita» den neuen annimmt, so gilt diese Bürgschaft ohne weiteres auch für den neuen Schuldner geleistet und dauert in jedem Falle so lange fort, bis die «Vita» für ihre sämtlichen Ansprüche aus diesem Schuldverhältnis befriedigt ist».

B. - Zu Beginn des Jahres 1935 wurde die Hotel Markus A.-G. gegründet mit dem Zweck, das Hotel Markus an der Überlandstrasse 3/5 zu erwerben und zu betreiben. Die neue Gesellschaft übernahm die auf der Liegenschaft haftenden Hypotheken im Betrage von Fr. 500000.-. Die Genossenschaft «Markus», die unterdessen zur Genossenschaft «Ackergut» geworden war, kam am 14. Februar 1935 in Konkurs.

Am 14. Januar 1935 hatte das Grundbuchamt Schwamendingen der «Vita» von der Schuldübernahme im Sinne von Art. 832 ZGB Kenntnis gegeben. Diese kehrte auf diese Mitteilung hin nichts vor.

C. - Im Jahre 1938 belangte die «Vita» den Beklagten auf Grund seiner Solidarbürgschaftsverpflichtung auf Bezahlung rückständiger Hypothekarzinsen von Fr. 8550.-.

D. - Das Bezirksgericht Frauenfeld und das Obergericht des Kantons Thurgau wiesen die Klage ab. Das Bundesgericht weist die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Obergerichts ab.

Seite: 130

Aus den Erwägungen:

1.- Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die Klägerin die Genossenschaft «Ackergut» als Schuldnerin entlassen und an deren Stelle die neugegründete Hotel Markus A.-G. angenommen hat. Nach Massgabe des Art. 178 Abs. 2 OR haftet mithin der Beklagte als Bürge nur noch, falls er dem Schuldnerwechsel zugestimmt hat.

2.- Die Zustimmung eines Bürgen im Sinne des Art. 178 Abs. 2 OR kann vor dem Schuldübergang formlos, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludentes Verhalten, erfolgen (BGE 60 II 333).

Nach der das Bundesgericht bindenden Feststellung der Vorinstanz hat sich der Beklagte vor dem Schuldübergang weder ausdrücklich zum konkreten Schuldnerwechsel geäußert, noch ist er etwa irgendwie für die neue Schuldnerin tätig geworden. Mit der Vorinstanz muss daher davon ausgegangen werden, dass der Bürge weder ausdrücklich noch durch konkludentes Verhalten der Schuldübernahme vor dem Übergang zugestimmt hat.

Ob eine Zustimmung zum Schuldnerwechsel ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten nach der Schuldübernahme erfolgt sei, kann dahingestellt bleiben. Denn da eine Zustimmung im Zeitpunkt der Schuldübernahme fehlte und die Bürgschaft damit unterging, hätte eine nachträgliche Zustimmung als Neubegründung einer Bürgschaft der schriftlichen Form gemäss Art. 493 OR bedurft (BGE 60 II 333 f.). Die Einhaltung dieser Form wird aber nicht einmal behauptet.

3.- Es stellt sich weiter die Frage, ob der Beklagte trotz dem Schuldnerwechsel forthaftete, weil er seinerzeit die Klägerin im Bürgschaftsvertrag ermächtigt hatte, nach freiem Ermessen den alten Schuldner beizubehalten oder den neuen anzunehmen, und weil er daselbst überdies erklärt hatte, dass im Falle eines Schuldnerwechsels die Bürgschaft ohne weiteres auch als für den neuen Schuldner geleistet gelte.

Seite: 131

Das Bundesgericht hat die Gültigkeit derartiger Klauseln im Entscheid 63 II 410 offengelassen, immerhin aber schon damals deutlich durchblicken lassen, dass es zur Verneinung dieser Frage neige. Im Entscheid i. S. Göhner gegen Gewerbebank Zürich A.-G. vom 7. Juli 1941 hat es sich dann eindeutig auf diesen Boden gestellt. Daran ist festzuhalten. Es muss schlechterdings als unzulässig erachtet werden, dass sich ein Bürge in bezug auf eine Situation, die er noch gar nicht kennt, ja gar nicht kennen kann, gültig verpflichtet (vgl. auch STAUFFER in der Zeitschr. f. Schweiz. Recht, 1935, S. 511 a). Es liegt auf der Hand, dass gerade die Person des Schuldners für die Frage der Eingehung der Bürgschaft, insbesondere aber für den Umfang des von ihm übernommenen Risikos, von entscheidender Bedeutung ist. Es würde zu einer unerträglichen Fesselung der Persönlichkeit führen, wenn man es als gültig anerkennen wollte, dass sich ein Bürge nach dieser wichtigen Richtung hin blindlings dem Gutdünken des Gläubigers ausliefern dürfe. Das würde auch der bei der Revision des Bürgschaftsrechts klar zutage tretenden Tendenz eines bessern Schutzes des Bürgen widersprechen. Eine Bürgschaftserklärung kann nur dann als gültig anerkannt werden, wenn sich der Bürge auf ihrer Grundlage eine klare Vorstellung über die Art und den Umfang des von ihm übernommenen Risikos machen kann. Da das bei einem zum voraus erklärten Einverständnis zu jedem beliebigen Schuldnerwechsel nicht zutrifft, ist eine Bestimmung dieses Inhalts rechtlich unbeachtlich (Art. 27 ZGB, Art. 20 OR).

4.- Liegt aber eine gültige Verbürgung der Forderung gegenüber dem neuen Schuldner nicht vor, so vermag der Klägerin auch eine Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben im Sinne des Art. 2 ZGB nicht zu helfen. Denn in der Berufung auf das Fehlen der formellen gesetzlichen Voraussetzungen eines Bürgschaftsvertrages kann ein Rechtsmissbrauch nicht erblickt werden; das Fehlen eines solchen gesetzlichen Erfordernisses kann nicht durch

Seite: 132

eine Berufung auf Rechtsmissbrauch überbrückt werden. Denkbar wäre vielmehr an sich höchstens eine Schadenersatzklage gemäss Art. 41 Abs. 2 OR wegen einer gegen die guten Sitten verstossenden absichtlichen Schadenszufügung. Eine solche ist aber vorliegend nicht einmal behauptet worden