

### 17. Urtheil vom 18. Februar 1887 in Sachen Schüz gegen Allenspach.

A. Durch Urtheil vom 27. Dezember 1886 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage: „Ist die „Forderung des ersten Appellanten an die zweite Appellantin „im Betrage von 9152 Fr. 50 Cts. nebst Zins vom 6. September 1886 an rechtlich begründet?“ erkannt:

1. Sei die Rechtsfrage verneinend entschieden.

2. Zahlen die Parteien gemeinschaftlich zu gleichen Theilen ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 40 Fr. und habe die zweite Appellantin beim ersten Appellanten 120 Fr. an Prozeßkosten zu erheben.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt:

a. Es sei die Klage nöthigenfalls nach vorausgegangener Abnahme der angetragenen Beweise (Zeugen, Ergänzungs- und eventuell Schiedshandgelübde) für die unsererseits angerufenen Indizien prinzipiell zu schützen und über das Quantitativ der einzelnen Rechnungsposten der Entscheid der Vorinstanzen zu veranlassen.

b. Sei Beklagte zu Bezahlung der sämtlichen bisherigen und der bundesgerichtlichen Kosten zu verhalten und sei die Kostenregulirung bezüglich der quantitativen Seite des Rechtsstreites den die Beurtheilung vornehmenden Unterinstanzen zu überlassen.

Die Beklagte und Rekursbeklagte ist trotz geschehener gehöriger Ladung nicht erschienen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger F. Schüz in Altnau belangte die Beklagte Wittve Elisabeth Allenspach auf Bezahlung von 9152 Fr. 50 Cts. nebst Zins vom 6. September 1886 an aus einer angeblich von ihr (solidarisch mit zwei Mitbürgen) für den Kaiser Arnold Klaus von Wangen eingegangenen Bürgschaft. Nach

der Darstellung des Klägers hat die Beklagte den betreffenden Bürgschein vom 9. Mai 1885 zwar nicht selbst unterzeichnet, wohl aber die Ehefrau ihres Sohnes (welche ebenfalls den Namen Elisabeth führt) (mündlich) beauftragt, dies in ihrem Namen zu thun und es habe hierauf die Schwiegertochter den Schein in Gegenwart der Beklagten und des Klägers mit dem Namen Elisabeth Allenspach unterzeichnet. Die Beklagte bestritt, ihrer Schwiegertochter den behaupteten Auftrag gegeben zu haben und führte überdem aus, es hätte in der dargelegten Art eine Bürgschaft nicht gültig eingegangen werden können, da auch der Auftrag zu Eingehung einer Bürgschaft in schriftlicher Form ertheilt werden müsse. Die erste Instanz (Bezirksgericht Kreuzlingen) erkannte auf Beweis für den vom Kläger behaupteten Auftrag, von der Anschauung ausgehend, daß, wenn auch allerdings für die Bürgschaft selbst die Schriftform gefordert sei, dies doch (gemäß Art. 36 und 392 D.-R.) nicht für den Auftrag zu Eingehung einer Bürgschaft gelte, dieser vielmehr auch mündlich ertheilt werden könne; sie legte der Beklagten das Schiedshandgelübde dafür auf, es sei nicht wahr, daß sie der Schwiegertochter Elisabeth Allenspach den Auftrag gegeben habe, für sie den Bürgschein vom 9. Mai 1885 zu unterzeichnen. Gegen diese Entscheidung appellirten beide Parteien an das Obergericht des Kantons Thurgau. Der Kläger verlangte, daß seine Forderung ohne Weiteres geschützt, eventuell daß die von ihm angerufenen Indizien zum Beweise verstellt werden und ihm noch das Ergänzungshandgelübde auferlegt werde; die Beklagte dagegen trug auf sofortige Abweisung der Klage an. Die zweite Instanz hat in ihrem Fakt. A erwähnten Urtheile gemäß dem letztern Antrage erkannt und zwar aus folgenden Gründen: Es möge dahingestellt bleiben, ob, wenn ein mündlicher Auftrag zu Eingehung einer Bürgschaft genügen würde, eine Bürgschaft dadurch gültig zu Stande kommen könnte, daß der Vertreter nur den Namen des Vertretenen, ohne einen die Vertretung andeutenden Zusatz, unter die Bürgschaftsurkunde setze. Nach der Auffassung des Obergerichtes nämlich sei zu Eingehung einer Bürgschaft ein schriftlicher Auftrag unbedingt erforderlich. Aus Art. 491 des D.-R. sei zu folgern, daß derjenige,

welcher sich verbürge, diesen seinen Willen schriftlich dokumentiren müsse. Dies könne nur dadurch geschehen, daß er entweder die Bürgschaftsurkunde selbst unterzeichne, oder aber schriftlich Jemanden zur Unterzeichnung derselben bevollmächtigt. Unterstützt werde diese Ansicht durch Art. 12 und 13 D.-R., insbesondere folge aus letzterer Gesetzesbestimmung, daß auch im Falle der Schreibunsfähigkeit eines Kontrahenten die eigene Unterzeichnung nicht durch den Auftrag an einen Dritten ersetzt werden könne. Richtig sei allerdings, daß im Allgemeinen für das Mandat die schriftliche Form nicht vorgeschrieben sei, allein im speziellen Falle des Mandates für eine Bürgschaft sei durch die Vorschrift der Schriftlichkeit für dieses Rechtsinstitut eine Schranke gezogen, welche in der Natur der Sache liege; derjenige, welcher sich verbürgen wolle, müsse dies schriftlich beurkunden.

2. Das Bundesgericht hat in erster Linie die Erheblichkeit der klägerischen Behauptungen zu prüfen, d. h. es hat vorerst zu untersuchen, ob, die Richtigkeit der klägerischen Sachdarstellung vorausgesetzt, die Klage prinzipiell gutgeheißen werden müßte. Wäre dies zu bejahen, so müßte zweifelsohne die Sache zur Beweisaufnahme und weitem Verhandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden; ist es dagegen zu verneinen, so ist selbstverständlich in Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheidung die Klage sofort abzuweisen.

3. Nach der Sachdarstellung des Klägers handelt es sich nicht um einen Vertragsabschluß durch Stellvertreter. Es ist nach derselben offenbar nicht anzunehmen, daß die Schwiegertochter Allenspach ihrerseits als Vertreterin und mit Vollmacht der Beklagten den Bürgschaftsvertrag mit dem Kläger abgeschlossen habe. Vielmehr ist nach den Vorbringen des Klägers davon auszugehen, die Beklagte habe den behaupteten Bürgschaftsvertrag selbst abgeschlossen und sich nur bei Unterzeichnung desselben, zum Zwecke der Beisetzung ihrer (der Beklagten) Unterschrift, der mechanischen Dienste ihrer Schwiegertochter bedient, indem sie ihre Unterschrift nicht selbst schrieb, sondern durch ihre Schwiegertochter schreiben ließ.

4. Fragt sich nun, ob in dieser Weise die Bürgschaft gültig

eingegangen werden konnte, so ist dies zu verneinen. Nach Art. 491 D.-R. bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform. Zur schriftlichen Vertragsform gehört nach Art. 12 D.-R. die Unterschrift aller Personen, die durch den Vertrag verpflichtet werden sollen; kann eine Person nicht unterschreiben, so muß nach Art. 13 D.-R. die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen oder durch eine öffentliche Beurkundung ersetzt werden. Aus diesen Gesetzesbestimmungen muß gefolgert werden, daß eine Person, welche einen der Schriftform bedürftigen Vertrag selbst abschließt, (nicht etwa durch einen Stellvertreter abschließen läßt) entweder persönlich unterzeichnen oder ihre Unterschrift in der in Art. 13 D.-R. vorgeschriebenen Weise ersetzen lassen muß, nicht dagegen berechtigt ist, ihre Unterschrift, durch einen Dritten schreiben zu lassen. Andernfalls, wenn man die Unterzeichnung durch einen dritten Beauftragten zuließe, wäre die doch unzweifelhaft imperative Vorschrift des Art. 13 D.-R. ohne Werth und praktische Bedeutung. Es entspricht auch diese Lösung der Bedeutung des gesetzlichen Erfordernisses der Unterschrift, wonach zu derselben eine eigene Thätigkeit desjenigen gehört, der dadurch eine Willenserklärung abgibt. (Siehe Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 5. Auflage I, S. 190 u. ff.)

5. Wie es sich im Falle der Eingehung einer Bürgschaft durch einen (gewillkürten oder gesetzlichen) Stellvertreter verhielte, bedarf, nach dem Ausgeführten, im vorliegenden Falle der Entscheidung nicht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 27. Dezember 1886 sein Bewenden.