

49. Urteil vom 30. Juni 1906 in Sachen

l'Homme, Kl. u. Ver.=Kl., gegen Graf, Bekl. u. Ver.=Bekl.

Bürgschaft. Einrede der Vorausklage; Auslegung des Ausdrucks «cautions solidaires»: er bedeutet auch Solidarität mit dem Hauptschuldner. Art. 495 OR. Wesentlicher Irrtum? Art. 19 Ziff. 1 OR. Reduktion der Bürgschaftsverpflichtung bei Nichteintritt des vorausgesetzten Eintrittes eines weiteren Bürgen.

A. Durch Urteil vom 6. April 1906 hat das Obergericht des Kantons Basellandschaft die Klage „zur Zeit abgewiesen“.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf sofortige Gutheißung der Klage im Betrage von 2896 Fr. 35 Cts., eventuell 1930 Fr. 90 Cts. nebst 5 % Zins seit 22. März 1906.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin Gutheißung, der Vertreter des Beklagten dagegen Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klage stützt sich auf eine vom Beklagten als Bürgen unterzeichnete, zu Gunsten der Klägerin lautende, französisch redigierte Schuldanerkennung der in Courgenay (Bern) wohnhaften Ehegatten Christian und Elise Moser-Graf im Betrage von 4000 Fr., verzinslich zu 5 %, zahlbar auf erstes Verlangen. Im Texte der Urkunde figurieren als Bürgen außer dem Beklagten noch dessen Bruder Jakob Graf, sowie, an erster Stelle, Chr. Moser-Amstutz, der Vater des Hauptschuldners. Die Formel, mit welcher die Bürgschaftsverpflichtung ausgedrückt ist, lautet: « En garantie de cette somme sont intervenus . . . (folgen die Namen) . . . qui se déclarent cautions solidaires de Christian Moser et de son épouse. » Unterscriben ist die Urkunde von den Ehegatten Moser-Graf und den drei Bürgen, von Chr. Moser-Amstutz jedoch mit der Beifügung „als Nachbürg“.

Die ursprünglich auf Bezahlung von 4000 Fr. nebst Zins gerichtete Klage war in einem Zeitpunkt eingeleitet worden, in welchem die Klägerin gegen Christian Moser-Graf zwar Betrei-

bung angehoben und Pfändung erwirkt, aber noch kein Verwertungsbegehren gestellt hatte. Letzteres ist im Laufe des Prozesses geschehen. Die Verwertung hat noch vor Erlaß des vorinstanzlichen Urteils stattgefunden und einen Erlös von 1609 Fr. 60 Cts. ergeben. Infolgedessen ist die Klage auf den in der Berufungserklärung verlangten Betrag von 2896 Fr. 35 Cts. reduziert worden.

2. Der Beklagte hat folgende Einreden erhoben:

1) eine seither fallen gelassene Einrede der mangelnden Aktivlegitimation;

2) die Einrede des Nichtbestehens der Hauptschuld, da die Ehefrau Moser sich nach dem einschlägigen Berner Recht nicht habe verpflichten können;

3) die Einrede der Vorausklage, da der in der Urkunde gebrauchte Ausdruck, «cautions solidaires» nur bedeute „solidarisch unter sich“, nicht auch „solidarisch mit den Hauptschuldnern“;

4) die Einrede aus Art. 508 OR;

5) die Einrede, es habe sich der Beklagte nur unter der (in der Folge nicht erfüllten) Bedingung verpflichtet, daß Chr. Moser Amstutz sich in gleicher Weise wie er obligiere.

3. Die Vorinstanz hat nur die sub 3 und 5 hievon erwähnten Einreden behandelt. Die letztere derselben hat sie abgewiesen, immerhin mit der Bemerkung: die Tatsache, daß sich von drei vorgesehenen Bürgen nur zwei verpflichteten, habe eine verhältnismäßige Reduktion der Haftung des Beklagten zur Folge. Die Einrede der Vorausklage hat sie gutgeheißen und die Klage aus diesem Grunde „zur Zeit abgewiesen“, mit der Bemerkung: unter diesen Umständen könne unerörtert bleiben, ob der Tatbestand des Art. 508 OR vorliege und ob die Ehefrau des Hauptschuldners sich gültig verpflichtet habe.

4. Fragt es sich zunächst, ob die Einrede der Vorausklage gutzuheißen sei, d. h. ob sich der Beklagte als einfacher Bürge oder als Bürge und Selbstzahler im Sinne von Art. 495 OR verpflichtet habe, so ist mit Roffel (Journal des Tribunaux 1894, p. 257, und Manuel du droit fédéral des obligations, N° 666), mit dessen Ansicht auch eine von der Vorinstanz ein-

geholte Erklärung des Kassationsgerichtspräsidenten von Neuenburg in der Hauptsache übereinstimmt, davon auszugehen, daß nach allgemeinem französischem Sprachgebrauch die Worte *caution solidaire* ein stereotyper Ausdruck zur Bezeichnung des Bürgen und Selbstzahlers sind und daß daher auch die Mehrzahl *cautions solidaires* nicht nur auf Solidarität der Bürgen unter sich, sondern auch und vor allem auf Solidarität der Bürgen mit dem Hauptschuldner (womit allerdings nach Art. 496 Abs. 2 im Zweifel die Solidarität der Bürgen unter sich verbunden ist) hinweist; ferner daß zwar der adverbiale Ausdruck *solidairement avec le débiteur* vorkommt (vergl. übrigens den bereits zitierten Art. 496 Abs. 2 OR sowie Art. 2021 CC), daß dagegen dem Adjektiv *solidaire* (bezw. *solidaires*) die Worte *avec le débiteur* nicht beigefügt zu werden pflegen, sondern daß zur Bezeichnung eines Bürgen, welcher mit dem Hauptschuldner solidarisch hafte, der Ausdruck *caution solidaire du débiteur* dient.

Nun wäre es freilich an sich denkbar, daß trotz diesem feststehenden Sprachgebrauch das Gesetz die Wendung « *se déclarent cautions solidaires du débiteur* » zum Verzicht auf die Einrede der Vorausklage nicht als genügend anerkenne, sondern eine bestimmte anders lautende Erklärung, z. B. den Ausdruck *solidairement avec le débiteur*, verlange. Zu dieser Annahme könnten der deutsche und der italienische Text von Art. 495 OR verleiten; denn daraus, daß der Gesetzgeber unter denjenigen Ausdrücken, die er zu obigem Verzicht als genügend erachtet, die Wendung „solidarisch mit dem Hauptschuldner“ (in *solido col debitore principale*) anführt, muß gefolgert werden, daß er das Adverb „solidarisch“ (in *solido*) für sich allein nicht als genügend betrachtete (in diesem Sinne auch Hafner, Anm. 1 b zu Art. 495), ein Standpunkt, welcher freilich im Entwurf betreffend Ergänzung des schweiz. ZG durch Angliederung des Obligationenrechtes verlassen worden ist (vergl. daselbst Art. 1552, BBl. 1905 II S. 223), ohne daß hierin eine materielle Abweichung vom geltenden Rechte erblickt worden wäre (vergl. die zugehörige Botschaft, BBl. 1905 II S. 43, wonach die „Ordnung der Bürgschaft“ bis auf einen hier nicht in Betracht kommenden Punkt „unverändert belassen“ wurde).

Im vorliegenden Falle handelt es sich indessen um eine französische redigierte Bürgschaftsurkunde, auf welche daher hinsichtlich der Frage, mit welchen Ausdrücken auf die Einrede der Vorausklage verzichtet werden könne, in erster Linie der französische Text der diesbezüglichen Gesetzesbestimmung anzuwenden ist. Fragt es sich also, ob der französische Text von Art. 495 die Beifügung der Worte *avec le débiteur* zum Worte *solidairement* oder gar zum Worte *solidaire* (bezw. *solidaires*) verlange, so ist dies wenigstens für diejenigen Fälle zu verneinen, in welchen der Ausdruck *caution solidaire* (bezw. *cautions solidaires*) gebraucht ist. Entsprechend dem bereits gekennzeichneten französischen Sprachgebrauch hat auch der Gesetzgeber, wie sich aus dem französischen Text von Art. 495 direkt ergibt, die Worte *caution solidaire* als einen stereotypen und daher genügenden Ausdruck zur Bezeichnung des Bürgen und Selbstzahlers anerkannt. Daß dieser Ausdruck aufhöre, im Sinne des Gesetzes genügend zu sein, sobald er in der Mehrzahl gebraucht werde, bezw. daß ein und derselbe Ausdruck, welcher nach der Auffassung des Gesetzgebers, in der Einzahl gebraucht, die Solidarität des Bürgen mit dem Hauptschuldner kennzeichnet, nach der Auffassung desselben Gesetzgebers in der Mehrzahl nur noch auf Solidarität der Bürgen unter sich hinweise, kann gewiß daraus, daß die Pluralform *cautions solidaires* nicht auch im Gesetzestext figuriert, nicht geschlossen werden.

Hat somit der Beklagte dadurch, daß er sich als *caution solidaire de Chr. Moser et de son épouse* bezeichnete, den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage erklärt, so ist immerhin noch sein Einwand zu prüfen, er habe sich, weil in der deutschen Schweiz wohnhaft und des Französischen nicht mächtig, bei seinem Entschluß, die Bürgschaftsurkunde zu unterzeichnen, vom deutschen Sprachgebrauch leiten lassen und sei daher der Meinung gewesen: wenn er sich nicht ausdrücklich als *solidaire avec*, sondern nur als *caution solidaire de Chr. Moser et de son épouse* bezeichne, so bestehe eine Solidarität nur zwischen ihm und den andern Bürgen.

Daß der Beklagte, wie er behauptet, die Nuance zwischen « *solidairement avec le débiteur* » und « *cautions solidaires du débiteur* » erkannt und aus der vermeintlichen verschiedenen

Bedeutung dieser Ausdrücke praktische Schlussfolgerungen gezogen habe, erscheint angesichts seiner eigenen Behauptung, er sei des Französischen nicht mächtig gewesen, als wenig glaubhaft, so daß daher jedenfalls der Beweis eines Irrtums im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 OR (vergl. v. Tuhr in der Zeitschr. für Schweiz. Recht, Bd. 37 S. 304 ff.) nicht als geleistet betrachtet werden kann. Dagegen ist es allerdings sehr wohl möglich, daß der Beklagte, weil die Bürgschaftsurkunde in einer ihm fremden Sprache redigiert war, oder auch aus andern Gründen, sich über den genauen Sinn seiner Erklärung überhaupt keine Rechenschaft gegeben habe. Allein hierauf kann er sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vergl. auch Art. 1 OR, wonach bei Verträgen die Willensäußerung maßgebend ist) nicht berufen; vielmehr hat derjenige, welcher eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben hat, zu derselben zu stehen, so wie sie der Gegenkontrahent nach gemeinem Sprachgebrauch auffassen konnte und mußte. Wenn also der Beklagte eine französisch redigierte Urkunde unterzeichnet hat, deren genauen Sinn er, wie er behauptet, nicht zu erkennen vermochte, so hatte er sich darauf gefaßt zu machen, daß seine Erklärung nach allgemeinem französischem Sprachgebrauch werde ausgelegt werden.

5. Nach diesen Ausführungen erweist sich die Entscheidung der Vorinstanz, daß die Einrede der Vorausklage gutzuheißen und die Klage daher zur Zeit abzuweisen sei, als rechtsirrtümlich.

Was die andere im angefochtenen Urteil behandelte Einrede des Beklagten betrifft, wonach er die Bürgschaft nur unter der Bedingung eingegangen sei, daß auch Chr. Moser-Amstutz sich in gleicher Weise wie er verpflichte, so ist in diesem Punkte dem Entscheide der Vorinstanz beizustimmen. Auf seine Behauptung, er habe bei Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde erklärt, die Bürgschaft nur unter obiger Bedingung einzugehen, kann sich der Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil eine solche Erklärung dem Gegenkontrahenten, also der Klägerin gegenüber mußte abgegeben worden sein, der Beklagte aber selber behauptet hat, jene Erklärung dem Hauptschuldner gegenüber abgegeben zu haben, und er auch nicht etwa geltend macht, der Hauptschuldner habe dieselbe der Klägerin übermittelt oder sei von dieser zur

Entgegennahme an sie gerichteter Erklärungen der Bürgen ermächtigt gewesen. Dagegen mußte die Klägerin allerdings aus dem Text der Bürgschaftsurkunde erkennen, daß der Beklagte von der Erwartung ausgegangen war, Chr. Moser-Amstutz werde ebenfalls Bürge sein. Dies ist indessen zur Annahme, der Beklagte habe sich nur bedingt verbürgt, nicht genügend; vielmehr tritt in den Fällen, wo der Bürge von der Erwartung ausgegangen ist und nach Lage der Umstände ausgehen durfte, es werde in gleicher Eigenschaft wie er noch eine andere Person unterzeichnen, welche dann tatsächlich nicht oder nicht in dieser Eigenschaft unterschrieben hat, und der Gläubiger bei Entgegennahme der Urkunde von dieser Erwartung des Bürgen Kenntnis hatte bzw. haben mußte, lediglich eine entsprechende Reduktion der Bürgschaftsverpflichtung ein (vergl. Hafner, Num. 1 zu Art. 489 und Num. 4 b zu Art. 496; ferner NS d. hg. C. 21 S. 802 ff.; 22 S. 104 f.; 23 S. 757). Ein solcher Fall liegt hier vor. Denn einerseits ist in tatsächlicher Beziehung festgestellt, daß der Beklagte die Bürgschaftsurkunde in einem Zeitpunkt unterschrieben hat, wo dieselbe noch keine andern Unterschriften trug, so daß er also jedenfalls damals noch auf die vorbehaltlose Unterzeichnung der Urkunde durch den darin an erster Stelle als Bürgen genannten Vater des Hauptschuldners rechnen durfte, und andererseits kann nicht gesagt werden, der Beklagte habe dadurch, daß er sich nachher um die Beibringung der Unterschrift des Chr. Moser-Amstutz nicht gekümmert habe, zu erkennen gegeben, daß ihm an dieser Unterschrift nichts gelegen sei. Es war nicht die Aufgabe des Beklagten, für Beibringung jener Unterschrift zu sorgen, und er hatte auch keinerlei Veranlassung zu begründetem Verdacht, daß gerade der nächste Verwandte des Hauptschuldners nicht, oder doch nicht vorbehaltlos, unterzeichnen werde. Vielmehr war es Sache der Klägerin, dem Beklagten von der Art und Weise, wie Moser-Amstutz unterzeichnete, Kenntnis zu geben, falls sie einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht des Beklagten auf die aus der Haltung des Genannten zu ziehenden Konsequenzen provozieren wollte. Da sie es nicht getan, und ein solcher Verzicht auch sonst nicht vorliegt, so ist dem Umstände, daß der Beklagte bei Unterzeichnung der Urkunde annehmen

durfte, es werde ihm im Zahlungsfalle der Rückgriff auf zwei Mitbürgen zustehen, während er nun in Wirklichkeit nur den Regress auf einen solchen besitzt, in der Weise Rechnung zu tragen, daß die Haftung des Beklagten jedenfalls auf zwei Drittel reduziert wird.

6. Da über die beiden übrigen Einreden des Beklagten noch kein kantonaler Entscheid vorliegt, so ist die Sache zu deren Beurteilung und unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird in dem Sinne gutgeheißen, daß die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Beurteilung der weiteren Einreden des Beklagten und zu neuer Entscheidung an das Obergericht des Kantons Basellandschaft zurückgewiesen wird.

50. Arrêt du 30 juin 1906, dans la cause

Badollet, dem. et rec., contre l'Ancienne fabrique d'horlogerie J.-J. Badollet, Genève, Société anonyme, successeur, déf. et rec.

Inadmissibilité de nouvelles conclusions, même subsidiaires, devant le Trib. féd. Art. 80 OJF. — **Raison de commerce, Art. 874 CO.** — Autorisation de se dire successeur de telle et telle personne; indication des rapports de succession. — **Art. 876 al. 2 CO.** — **Droit au nom;** lésion; Art. 50 CO.

A. — Dès 1837, J.-M. Badollet, père du demandeur, a exploité, d'abord à Londres, puis à Genève, une fabrique d'horlogerie portant son nom.

Par acte notarié du 15 octobre 1881, Jean-Jacques Badollet a formé, entre lui, « seul associé et gérant responsable », et tous souscripteurs ou porteurs des actions comme simples commanditaires, une société en commandite par actions, continuant, pour la fabrication seulement, la maison

J.-M. Badollet & C^{ie}. Cette nouvelle société prit le nom de *J.-J. Badollet & C^{ie}.*

A cette société, dissoute en juin 1890, succéda une société anonyme, sous la raison sociale : *Société anonyme de la Fabrique d'horlogerie J.-J. Badollet, à Genève.* Les statuts reçus le 15 septembre 1890, portent entre autres :

- « Art. 6 : MM. J.-J. Badollet & C^{ie}, en liquidation, font ap- » port à la société :
- » 1° Du droit exclusif de s'intituler leur successeur ;
- » 6° De la clientèle, des études, dessins, modèles, mar- » ques de fabrique et contrats en portefeuille, pour une somme » acceptée de 60 000 fr.
- » Art. 41, al. 2 : Dès maintenant, M. J.-J. Badollet est » nommé directeur pour la durée de la société, et ce comme » l'une des conditions de l'apport constaté par l'art. 7 des » présents statuts. »

Cette société anonyme tomba en liquidation et, par contrat du 23 avril 1896, les liquidateurs, MM. Ferrero, Lacroix et Cherbuliez vendirent aux sieurs Balmer et Colomb qui se proposaient d'acquérir aussi les biens immobiliers de la société, mis en vente aux enchères publiques :

- « a) Le droit exclusif de s'intituler : Seuls successeurs de » la Société anonyme de la Fabrique d'Horlogerie J.-J. Ba- » dollet à Genève, et de transmettre eux-mêmes ce droit à » leurs successeurs ;
- » b) Les marques de fabrique, brevets et dépôts de » modèles . . . ;
- » d) Les diplômes, médailles, récompenses, études, biblio- » thèque . . . ;
- » e) Les outils, mobilier . . . »

Les acheteurs firent inscrire au Registre du commerce, le 26 mai 1896, la société, en nom collectif, qu'ils avaient formée, pour la fabrication et le commerce de l'horlogerie, sous la raison sociale : *Colomb et Balmer*, avec le sous-titre de : *Successeurs de la Société anonyme de la Fabrique d'Horlogerie J.-J. Badollet.* — Par circulaire du 9 mai 1896, ils avaient informé le public de cette reprise d'affaires et ajouté :