

Beklagten werden unter teilweise Schutz der Klage solidarisch verpflichtet, dem Kläger 3000 Fr. nebst 5% Zins seit 16. November 1927 zu bezahlen.

Die Anschlussberufung wird abgewiesen.

53. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juli 1931 i. S. Darlehenskasse Oberwil gegen Sprenger.

Nachbürgschaft zugunsten einer Kommanditgesellschaft, deren Vorbürgen ihre Gesellschafter (Komplementär und Kommanditäre) sind. OR Art. 492, 498.

Keine Bindung einer Abteilung des Bundesgerichtes an einen Entscheid einer andern Abteilung hinsichtlich Rechtsfragen, die nicht streitig waren, sondern nur von den Motiven berührt werden. OG Art. 23 Abs. 2.

Die Vorbürgschaft der Kommanditäre zugunsten der Kommanditgesellschaft ist in dem die Kommanditsumme übersteigenden Betrag gültig. Durch Ungültigkeit der Vorbürgschaft des Komplementärs wird die Stellung der Nachbürgen nicht verschlechtert, da jener ohnehin unbeschränkt haftet. Gutheissung der Klage gegen den Nachbürgen. OR Art. 590.

A. — Seit 1. Januar 1919 war mit Sitz in Oberwil die Kommanditgesellschaft E. Gass & C<sup>ie</sup> im Handelsregister eingetragen, die eine mechanische Werkstätte und den Werkzeug- und Apparatebau betrieb und Aluminiumwaren (Küchen- und Haushaltengeräte) herstellte. Unbeschränkt haftender Gesellschafter war Ernst Gass, als Kommanditäre hatten Vermögenseinlagen Christian Imhof von 15,000 Fr. und der Einzelprokurist des Geschäftes, Albert Sprenger, von 30,000 Fr.

Am 1. August 1922 erteilte die Klägerin, Darlehenskasse Oberwil, der Firma E. Gass & C<sup>ie</sup> einen Kredit von 20,000 Fr. in laufender Rechnung. Für diese Schuld « nebst rückständigen Zinsen, Kommission und Kosten » verpflichteten sich alle drei Gesellschafter als Bürgen und Selbstzahler zugunsten der Gesellschaft. Ferner unter-

zeichneten « als Nachbürgen gemäss obiger Bürgschaftsverpflichtung » H. Aerni-Goldinger und Josef Sprenger, der heutige Beklagte, die Bürgschaftsurkunde. Am 17. Februar 1923 liess sich die Klägerin eine dritte Sicherheit hinter der Nachbürgschaft Aerni's und Josef Sprengers in Gestalt einer Nachbürgschaft des Alfred Wehrli in Oberwil geben. Am 11. Januar 1926 endlich übergab Witwe Haeggi-Gass einen Inhaberschuldbrief von 10,000 Fr. als Faustpfand für die Schuld von Gass & C<sup>ie</sup>.

Laut Eintragung im Handelsregister und Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt vom 10. Oktober 1927 wurde die Kommanditgesellschaft E. Gass & C<sup>ie</sup> gelöscht, da Aktiven und Passiven an eine neue Firma, Albert Sprenger-Abbühl, Aluminiumfabrik « Erga », vormals E. Gass & C<sup>ie</sup> übergegangen waren. . . .

B. — Die Nachbürgen Josef Sprenger und H. Aerni haben dann die Zahlung des Ausfalles verweigert, nachdem die Klägerin sie am 4. Juni und 19. Juli 1929 hiezu aufgefordert hatte. Am 24. April 1930 hat die Darlehenskasse Oberwil gegen Josef Sprenger Klage erhoben und folgendes Rechtsbegehren gestellt :

« Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von 10,220 Fr. 80 Cts. nebst 6% Zins seit 1. Januar 1930 zu bezahlen. »

Der Betrag macht die Hälfte des Verlustes aus ; für die andere Hälfte hat sich die Klägerin das Nachforderungsrecht vorbehalten, wenn bei Belangung des H. Aerni nichts herausschaue.

C. — . . . (Streitverkündung).

D. — Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und mehrere Einreden erhoben, aus denen die Ungültigkeit oder der Wegfall seiner Verpflichtung als Nachbürge hervorgehe ; insbesondere sei die Nachbürgschaft in der erkennbaren Voraussetzung eingegangen worden, dass die Vorbürgschaft zu Recht bestehe ; das treffe jedoch nicht zu, da eine Bürgschaft der Gesellschafter für eine Hauptschuld der Gesellschaft nach dem durch das Bundes-

gericht in seinem Urteil vom 16. Dezember 1920 i. S. Spälti gegen Ober (BGE 46 II S. 468 ff.) ausgesprochenen Grundsatz ungültig sei.

*E.* — Das Bezirksgericht Rheinfelden hat durch Urteil vom 19. November 1930 die genannte Einwendung geschützt und die Klage abgewiesen.

*F.* — Auf Appellation der Klägerin hin ist das Obergericht des Kantons Aargau den Erwägungen der ersten Instanz beigetreten und hat durch Entscheid vom 15. Mai 1931 die Klage ebenfalls abgewiesen.

*G.* — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag auf Gutheissung der Klage unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses gestellt.

*H.* — . . .

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Klägerin belangt den Beklagten auf Grund der Nachbürgschaft vom 1. August 1922.

Bei diesem Klagefundament rechtfertigt es sich, unter Ausserachtlassung der spätern Unterzeichnung neuer Bürgscheine durch Vor- und einzelne Nachbürgen nach der Schuldübernahme, zunächst der Reihe nach die Einwendungen des Beklagten zu überprüfen, die sich gegen den Rechtsbestand der ursprünglichen Nachbürgschaft richten, und zwar soll zuerst der von den kantonalen Gerichten zugelassene Mangel untersucht werden, der darin bestehe, dass sich die Vorbürgen als Gesellschafter der Kommanditgesellschaft nicht zu deren Gunsten hätten verbürgen können und dass darum auch die Nachbürgschaft ungültig sei.

Die II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes hat in dem zitierten Urteil i. S. Spälti gegen Ober (BGE 46 II S. 471) für die Kollektivgesellschaft erkannt, dass niemand anders als Träger ihrer Verbindlichkeiten in Betracht falle als die Gesellschafter selbst, da ihr keine Rechtspersönlichkeit

zukomme. Infolgedessen sei die Verbürgung von Gesellschaftsschulden durch die Gesellschafter ausgeschlossen, denn die Bürgschaft sei begrifflich und nach OR Art. 492 die Übernahme der Haftung für eine fremde Schuld. Weil nun nach dem geltenden Recht auch die Kommanditgesellschaft keine juristische Person ist, haben die Vorinstanzen gefolgert, dass auch bei ihr die Verbürgung der Gesellschaftsschulden durch die Gesellschafter, seien es Komplementäre oder Kommanditäre, ausgeschlossen sei und dass daher im vorliegenden Fall angesichts der Ungültigkeit der Vorbürgschaft des E. Gass, des Christian Imhof und des Albert Sprenger auch keine gültige Nachbürgschaft des H. Aerni und des Beklagten zu stande gekommen sei.

Der Entscheid des Bundesgerichtes steht im Gegensatz zu der für das deutsche Recht vertretenen Lehre (STAUB'S Kommentar, 12. und 13. Aufl. Anm. 3 zu § 159 HGB, WIELAND, Handelsrecht Bd. I S. 639). In der inländischen Literatur ist ihm vereinzelt beigestimmt worden (LARDELLI in der SJZ Bd. 26 S. 94 ff.), während in der Expertenkommission für die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes sich eine starke Mehrheit gegen die damit inaugurierte Praxis entschieden und den Bundesrat zur Aufnahme einer Bestimmung in den Entwurf bewogen hat, des Inhaltes, dass Solidarbürgschaften der Kollektivgesellschaften für Schulden der Gesellschaft zulässig seien (vgl. das Protokoll der Expertenkommission S. 56/57 und 148/49, Art. 568 Abs. 4 des bundesrätlichen Entwurfes vom 21. Februar 1928). Auch die Klägerin hat das Urteil der II. Zivilabteilung einer eingehenden Kritik unterworfen. Die Verbürgung der Schulden der Gesellschaft durch die Gesellschafter sei oft wegen des Gesellschaftskredites notwendig; ihre Zulassung entspreche daher einem praktischen Bedürfnis. Art. 492 OR spreche überdies nicht von der Verbürgung einer fremden Schuld, sondern von der Verbürgung der Schuld eines Dritten. Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft könnten bei

ihrer durch das Gesetz angeordneten weitgehenden Ver- selbständigung (OR Art. 559 und 564) sehr wohl als Dritte im Sinne des Art. 492 betrachtet werden. Sie seien ja auch fähig, gegenüber den Gesellschaftern Rechte und Verbindlichkeiten einzugehen, z. B. Mieten, Darlehen, Käufe abzuschliessen. Der Hinweis des Bundesgerichtes auf Art. 218 SchKG (vgl. BGE 46 II S. 472) halte nicht stand, weil diese Bestimmung beim gleichzeitigen Konkurs dann eben insoweit nicht anwendbar sei, als sich der Gesellschafter verbürgt habe.

Zu einer Änderung der Rechtsprechung wäre die I. Zivilabteilung jedoch nicht zuständig, denn nach Art. 23 OG hat eine Abteilung, die eine Rechtsfrage abweichend von einem Entscheid einer andern Abteilung beurteilen will, die Erledigung des Falles auszusetzen und die Rechtsfrage dem Gesamtgericht vorzulegen. Da hier im Unterschied zum frühern Falle nicht eine Kollektivgesellschaft, sondern eine Kommanditgesellschaft Hauptschuldnerin ist, liegt aber nur teilweise dieselbe Rechtsfrage im Streite, wie damals: Nur die Gültigkeit der Bürgschaft des Komplementärs E. Gass zugunsten der Gesellschaft könnte nicht ohne Begrüssung des Plenums bejaht werden, während die Kommanditäre grundsätzlich eine andere Stellung einnehmen, als die Kollektivgesellschaftler, sodass der Entscheid der II. Zivilabteilung für sie im Ergebnis ohne Belang ist. Es muss freilich zugegeben werden, dass der Entscheid der II. Zivilabteilung in seiner Begründung weiter reicht, als die Rechtsfrage, die ihr zur Beurteilung vorgelegt war, denn wenn die Verbürgung zugunsten der Gesellschaft wirklich deshalb ausgeschlossen wäre, weil bei Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit nicht von einer fremden Schuld oder von der Schuld eines Dritten gesprochen werden könnte, würde dies ohne Zweifel auch für die Schuld des Kommanditärs zutreffen. Allein deswegen besteht kein Grund, an das Gesamtgericht zu gelangen, denn die I. Zivilabteilung hält nach Wortlaut und Sinn des Art. 23 Abs. 2 OG dafür, dass sie

an das E r g e b n i s des frühern Entscheides der andern Abteilung über die Rechtsfrage hinsichtlich des Kollektivgesellschaftlers und des Komplementärs gebunden sei, nicht aber an die B e g r ü n d u n g des Urteils in allen seinen Teilen.

Eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wäre übrigens nicht schon aus dem Grunde geboten, weil sich die Expertenkommission, und zwar nach Fällung des Urteils der II. Zivilabteilung, für die gegenteilige Lösung entschlossen hat, denn es versteht sich von selbst, dass ihr eine andere Aufgabe oblag, als das geltende Recht auszulegen und anzuwenden, und dass ihrem Entwurf und demjenigen des Bundesrates auch keinerlei Kraft für diese Auslegung zukommt. Aus der Tatsache, dass der Bundesrat dem Art. 568 des Entwurfes einen vierten Absatz hinzugefügt hat, wonach Solidarbürgschaften der Kollektivgesellschaftler für Schulden der Gesellschaft zulässig seien, könnte gerade so gut geschlossen werden, dass für das geltende Recht die gegenteilige Lösung richtig sei, als dass man nur die gegenwärtig zutreffende Auffassung in eine ausdrückliche Vorschrift habe fassen wollen, wie denn auch in der Expertenkommission diese beiden Schlüsse gezogen worden sind (vgl. deren Protokoll S. 56/57, 148/149, Voten Guex, Alfred Wieland, Egger, ferner Sten. Bulletin des Ständerates 1931 S. 156 ff.).

Der Kommanditär haftet nur bis zu einem bestimmten Vermögensbetrag, nämlich mit seiner Kommandite (vgl. darüber BGE 29 II S. 655). Hat er sie einbezahlt, so haftet nur diese Einlage. Nur in diesem Masse sind die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch seine Verbindlichkeiten, darüber hinaus aber sind es fremde Verbindlichkeiten. Dieser Ansicht ist freilich entgegengehalten worden, sie enthalte eine Verwechslung von Schuld und Haftung, der Kommanditär sei trotz der Haftungsbeschränkung Schuldner der ganzen Forderung an die Gesellschaft (LARDELLI a. a. O. S. 95). Dieser Einwand trifft nicht

zu, wie denn der genannte Autor selbst anführt, dass sich der Kommanditär von der Haftung lösen könne, wenn er die Kommanditsumme einlege. Das bedeutet eben, wenn man von theoretischen Erörterungen absieht, dass der Kommanditär, der seine Einlage gemacht hat, alles getan hat, was er schuldig ist; mit seinem Vermögen hat er im Übrigen für keine Schulden der Gesellschaft einzustehen. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum man die Schulden der Gesellschaft, soweit sie die Kommandite übersteigen, nicht als für ihn fremde Schulden ansehen und warum man ihm das Einstehen als Bürge für diese Schulden nicht ermöglichen sollte. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, dass die Kommanditäre Imhof und A. Sprenger sich anno 1922 als Vorbürgen gültig verpflichten konnten.

Hier erhebt sich freilich sofort die weitere Frage, ob die beiden ihre Solidarbürgschaft entsprechend der eben geschilderten Rechtsauffassung wirklich dahin verstanden, dass ihre Haftung daraus unabhängig und getrennt neben der Haftung mit ihren Einlagen entstehe, oder ob sie nicht vielmehr die beschränkte Absicht hatten, sich die Haftung mit ihren Einlagen an ihre Haftung aus der Bürgschaft gewissermassen an- oder einrechnen zu lassen, in der Weise, dass zum Beispiel Imhof über seine Kommandite von 15,000 Fr. hinaus nur noch mit 5000 Fr. hätte eintreten wollen, mit 15,000 Fr. nach der angeführten Auffassung der II. Zivilabteilung aber eine ungültige Bürgschaft eingegangen hätte. Die Frage ist eine solche der Auslegung der Bürgschaftsurkunde, die aber für eine solche Einschränkung keine Anhaltspunkte bietet.

Die Frage kann aber auch offen bleiben, wie aus dem Folgenden hervorgeht. Es liegt hier nämlich nicht der Umfang der Vorbürgschaft im Streit, sondern letztlich nur die Gültigkeit der Nachbürgschaft des Beklagten. Wenn nun auch die Gültigkeit der Bürgschaft Gass' verneint werden müsste, sofern das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung festhält, so könnte doch keine

Rede davon sein, dass deswegen keine gültige Verpflichtung der beiden andern Vorbürgen zustandegekommen wäre, denn Gass haftete als Komplementär ohnehin mit seinem ganzen Vermögen, und ihre Lage wurde demnach keineswegs verschlechtert. Ferner könnte auch eine Ungültigkeit der Vorbürgschaften der Kommanditäre bis zur Höhe der Einlagen den Nachbürgen nicht schaden, da die Haftung als Kommanditäre im entsprechenden Betrage eben doch gegeben wäre. Soweit die Vorbürgen nur als Gesellschafter haften, ist allerdings die Verpflichtung des Beklagten nicht als Nachbürgschaft zu bezeichnen, sondern als einfache Bürgschaft (OR Art. 495 Abs. 1 und 498 Abs. 1). Der Name tut nichts zur Sache, wenn sich wie hier der wirkliche Wille des Nachbürgen ermitteln lässt (OR Art. 18).

## V. EISENBAHNHAFTPFLICHT

### RESPONSABILITÉ CIVILE DES CHEMINS DE FER

#### 54. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Juni 1931 i. S. Eisenbahngesellschaft Langenthal-Huttwil gegen Lowa, Tuchfabrik A.-G.

Haftpflicht der Eisenbahn aus Zusammenstoss mit einem Automobil auf unbewachtem Niveauübergang verneint wegen sehr grober Fahrlässigkeit des Chauffeurs. Verschulden der Eisenbahn verneint.

Haftung des Geschäftsherrn des Chauffeurs für die Schädigung der Eisenbahn mangels Entlastungsbeweises bejaht. EHG Art. 1 und 11, OR Art. 55.

A. — Durch den Zusammenstoss des vom Chauffeur Nyffeler auf einer Geschäftstour geführten Lastautomobils der Klägerin «Lowa» mit einem Motorwagenzug der Beklagten auf einem unbewachten Bahnübergang ist