

gangen ist, ihrem Wesen nach eine Neubegründung der Bürgschaft und bedarf somit der Schriftlichkeit (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 10, sowie BECKER, Anm. 8 zu Art. 178 OR). Im vorliegenden Falle hat die Klägerin weder vor noch beim Übergangsakte vom 10. Mai 1929 ihre Zustimmung zum Schuldnerwechsel gegeben; damit war die Bürgschaft also erloschen. Die beiden Erklärungen vom 5. Juli 1930 und 1. Juli 1931, mit denen Gustav Mäglin für die Klägerin als Solidarbürgin das schriftliche Einverständnis mit der Hinausschiebung der Fälligkeit des Darlehens aussprach, bewirkten keine Neubegründung der Bürgschaft der Klägerin. Denn da Gustav Mäglin laut Handelsregistereintrag nur kollektiv mit einem weiteren Mitglied der Glanzeternit A.-G. Niederurnen zeichnungsberechtigt war, konnte seine Unterschrift allein die Klägerin Dritten gegenüber nicht verpflichten, es wäre denn, dass er von den zuständigen Gesellschaftsorganen hiezu speziell ermächtigt worden wäre, oder dass die Gesellschaft das ohne Ermächtigung abgeschlossene Geschäft nachträglich genehmigt hätte. Weder für das eine noch für das andere liegt jedoch ein Beweis vor. Aus der ursprünglichen Bürgschaftsübernahme durch die Klägerin einen Anhaltspunkt für den Zustimmungswillen herzuleiten, verbietet sich von vorneherein angesichts des Umstandes, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz Mäglin und Schauwecker in eigennütziger Absicht und in missbräuchlicher Ausnutzung ihrer Kompetenzen die Klägerin mit der Solidarbürgschaft für das streitige Darlehen belastet hatten. Der Beklagte hat zwar diese Feststellungen als aktenwidrig angefochten unter Hinweis auf die Zeugenaussage Mäglin's. Diese Rüge ist jedoch unbegründet. Die Vorinstanz hat diese Aussage als nicht beweiskräftig bezeichnet; ihre Feststellung ist daher das Resultat der ihr ausschliesslich zukommenden Beweiswürdigung.

Kann somit von einer Bürgschaftsverpflichtung der Klägerin schon aus diesem Grunde nicht die Rede sein,

so braucht nicht weiter untersucht zu werden, ob überhaupt in den beiden Erklärungen vom 5. Juli 1930 und 1. Juli 1931 eine formrichtige Bürgschaftsverpflichtung erblickt werden könnte.

51. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1934 i. S. Gummitabrik A.G. gegen Geyer.

Alleinvertriebsrecht: Kriterien für die rechtliche Qualifikation.

Nach den konkreten Abmachungen agenturähnliches Vertretungsverhältnis auf längere Dauer, auf das bezüglich der Kündigung aus wichtigen Gründen Dienstvertragsrecht analog anzuwenden ist.

Aus den Erwägungen:

Gegenstand des sogenannten Gummimatten-Vertrages vom 23. März 1931 ist die Übertragung eines Alleinvertriebsrechtes für die Gummivorlagen der Beklagten auf den Kläger. Wie das Bundesgericht schon früher entschieden hat (BGE 54 II S. 377 ff.) kann das Alleinvertriebsrecht sowohl Bestandteil eines Kaufvertrages sein — dann nämlich, wenn sich die vertraglichen Verpflichtungen wesentlich in der Lieferung bzw. Abnahme eines bestimmten Quantums von Waren erschöpfen —, wie auch eines Vertretungsverhältnisses, und zwar speziell eines Agenturvertrages, der nach der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 40 II S. 392, s. auch schon BGE 29 II Nr. 15 S. 109) dadurch gekennzeichnet ist, dass jemand für das Handelsgewerbe eines andern dauernd Geschäfte vermittelt oder abschliesst, ohne zu jenem in einem Dienstverhältnis zu stehen. Dabei kann sehr wohl mit dem Vertretungsverhältnis eine Verpflichtung des Alleinvertreters zur käuflichen Übernahme einer bestimmten Warenmenge verbunden werden, um auf diese Weise dem Fabrikanten als Äquivalent für seine Konkurrenzenthaltungspflicht einen gewissen Absatz sicherzustellen.

Ein derartiges Vertretungsverhältnis liegt hier vor: Die Verpflichtung zur Abnahme der 15,000 Gummimatten während des ersten Jahres war nicht der Hauptgegenstand des Vertrages, wie schon die Vertragsdauer von 3 Jahren zeigt, sondern eben der Gegenwert für den Verzicht der Beklagten, auch an andere Interessenten zu verkaufen. Von einem eigentlichen Agenturvertrag kann allerdings auch nicht gesprochen werden, da der Kläger den Vertrieb auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung vorzunehmen hatte, indem er der Beklagten gegenüber als Käufer auftrat und den Preis für den Weiterverkauf selber bestimmen konnte. Mit Rücksicht hierauf kann andererseits aber das Verhältnis der Parteien auch nicht als Dienstvertrag angesehen werden, wie die Vorinstanz in Anlehnung an die im französischen Recht herrschende Auffassung annimmt. Es handelt sich vielmehr um ein Vertragsverhältnis, das seinem Wesen und seiner Ausgestaltung nach demjenigen der Agentur am nächsten kommt. Wie der Agenturvertrag ist es daher als Vertrag eigener Art im Allgemeinen den Regeln über den Auftrag zu unterstellen, unter Heranziehung von Rechtssätzen anderer Vertragstypen, wo sich dies als notwendig erweist. Insbesondere was die hier streitige Frage der einseitigen Aufhebung des Vertragsverhältnisses anbetrifft, sind gleich dem Agenturvertrag beim Vorliegen eines auf längere Dauer gedachten Verhältnisses die Bestimmungen des Dienstvertragsrechtes über die Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 352 OR) analog anzuwenden (Becker, Anm. 8 zu Art. 394 OR; Anm. 27 zu Art. 319 OR; Oser-Schönenberger, Anm. 36 in fine zu Art. 319 OR).

52. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 10 octobre 1934
dans la cause Masse concordataire de la Banque de Genève
S. A. contre Farman.

1. Le débiteur en demeure ne peut éviter les conséquences de la demeure en prouvant qu'au moment de l'échéance, il était insolvable et, partant, dans l'incapacité de fait et de droit de payer ses créanciers. Il n'est excusé que s'il prouve que l'insolvabilité même ne peut lui être imputée à faute.
2. Le « dommage supplémentaire » au paiement duquel le débiteur en demeure est tenu, conformément à l'art. 106 CO, comprend notamment la perte sur le change étranger depuis le jour de l'échéance.

Art. 102, 103, 106 et 657 al. 3 CO.

A. — Le 21 juillet 1930, Sieur Farman, à Paris, a adressé à la Banque de Genève la lettre ci-après :

« J'ai l'honneur de vous informer que j'ai donné des instructions à la Lloyds Bank Ltd. à Londres de virer le solde créditeur de mon compte Livres dans leurs caisses à un compte que vous voudrez bien m'ouvrir pour un an et pour lequel vous me servirez un intérêt de 5 % . »

Le 25 juillet, la Banque lui a répondu qu'elle le créditait, aux conditions désirées, d'une somme de 4579 £ 3.8.

Le 15 juillet 1931, Farman a donné l'ordre à la Banque de virer, au 29 juillet 1931, le solde de son compte à la Lloyds Bank, à Genève. Cet ordre ne fut pas exécuté. En effet, le 14 juillet 1931, le Tribunal genevois de première instance, saisi d'une déclaration d'insolvabilité de la Banque, lui avait nommé une commission de gestion et avait prohibé toute poursuite contre elle pendant trois mois.

Le 18 novembre 1931, le Tribunal accorda à la Banque de Genève un sursis concordataire qui fut suivi d'un concordat. Farman produisit une créance de 4792 £ 11 représentant, au cours du 15 juillet (25,25), la somme de 119 825,75 francs suisses, plus les intérêts moratoires jusqu'au 15 novembre 1931, soit au total 121 822 fr. 73.

Le 10 octobre 1932, la Commission d'exécution du con-