

diesen Betrag zu zahlen schuldig, nachdem, wie nicht bestritten ist, der Hauptschuldner nicht mehr in Europa belangbar ist (Art. 493 OR). Einen höhern Betrag hat der Beklagte auch nie anerkannt, wenn er auch seine Schuldpflicht nie ausdrücklich bestritten hat. Fraglich könnte nur noch sein, ob nicht die Garantieschuld unter den drei Mitunterzeichnern zu teilen sei. Allein eine Einrede nach dieser Richtung hat der Beklagte nie erhoben.

6. Zins ist von Erhebung der Klage an zu sprechen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird teilweise gutgeheißen und das Urteil des Kantonsgericht von Graubünden vom 14. Oktober 1904 dahin abgeändert, daß der Beklagte verurteilt wird, den Klägern 1886 Fr. 84 Cts. nebst 5 % Zinsen seit Mai 1902 zu bezahlen.

### 13. Urteil vom 10. März 1905

in Sachen **Fehler**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Schuler & Genosse**,  
Bekl. u. Ber.-Bekl.

*Rückbürgschaft, OR Art. 498. Erfordernisse einer gültigen Rückbürgschaft; Beweis der Beziehung zu einer Hauptbürgschaft. Bedeutung des Erfordernisses der Schriftform. Art. 491, 1, 14 OR. Beweislast. — Untergang durch Novation infolge Novation der Hauptbürgschaft durch Errichtung eines neuen Bürgscheins?*

A. Durch Urteil vom 12. Dezember 1904 hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz über die Rechtsfrage:

„Sind nicht die Beklagten solidarisch zu verpflichten, die klägerische Forderung von 5000 Fr. nebst Zins à 5 % von der Klagestellung an aus Rückbürgschaft anzuerkennen und zu bezahlen?“

und die beklagte Gegenrechtsfrage:

„Ist nicht das klägerische Rechtsbegehren abzuweisen?“  
erkannt:

Das in Sachen ergangene Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 19. November 1904 ist bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet:

Die klägerische Rechtsfrage sei verneinend entschieden.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Gutheilung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diesen Berufungsantrag wiederholt.

Der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 3. August 1894 haben die heutigen Beklagten folgenden Bürgschein ausgestellt: „Die Unterzeichneten J. M. Schuler „in Schwyz und Balthasar Imhof im Viertel Schwyz erklären „dem Herrn Tobias Fessler in Schiers und Balthasar Nadig, „Landwirt, in Chur, Hinterbürge und Zahler zu sein nach dem „Formular der Graubündner Kantonalbank, von Franken fünftausend.“ (Datum und Unterschriften.) Am 8. gl. Mts. nahm Jos. Martin Schuler in Chur, der Sohn des heutigen Mitbeteiligten Schuler, von der Graubündner Kantonalbank ein Darlehen von 5000 Fr. auf. Für dieses Darlehen verbürgten sich der Kläger Fessler und Josef Nadig in Chur solidarisch. Diese Bürgschaft wurde auf einem Formular der Graubündner Kantonalbank „für Bürg- und Zahlerschafts-Verpflichtung für einen Kredit in laufender Rechnung“ erklärt. Dieses Formular nennt als Gegenstand der Bürgschaft neben dem Kapitalbetrag des eröffneten Kredites die rückständigen Zinsen, Provisionen und Kosten und lautet dahin, die Unterzeichneten erklären sich zu unbedingter solidarischer Bürg- und Zahlerschaft. Am 8. Juni 1899 wurde der Bürgschein vom 8. August 1894 durch einen neuen für die gleiche Schuld ersetzt; auf diesem verblieb der Kläger als Bürge, während an Stelle des Nadig drei neue Bürgen traten (Vateruser, Dittiger und Storz). Dieser Bürgschein wurde wiederum ersetzt durch einen neuen, mit den nämlichen Bürgen, vom 30. Juni 1900. Am 23. Oktober 1902 fiel der Darlehensschuldner J. Martin Schuler in Konkurs. Der Kläger bezahlte am 11. November 1902 die Darlehensschuld nebst Zinsen und Provisionen mit 5089 Fr. 10 Cts. bei der Graubündner Kantonalbank. Mit der vorliegenden, am

28. Dezember 1903 angehobenen Klage verlangt er nun den Kapitalbetrag der gezahlten Summe von den Beklagten zurück, gestützt auf den Bürgschein vom 3. August 1894, indem er geltend macht, dieser Rückbürgschein beziehe sich auf die von ihm (und Nadig) bei der Graubündner Kantonalbank verbürgte Hauptschuld des Jos. Martin Schuler.

2. Die Beklagten haben der Klage entgegen gehalten: Der Rückbürgschein vom 3. August 1894 sei ungültig, weil er den Hauptschuldner nicht nenne. Des weitern werde bestritten, und sei nicht bewiesen, daß sich der Rückbürgschein auf das vom Kläger bezahlte Darlehen beziehe. Eventuell sei durch die Ersetzung des Bürgscheins für die Hauptschuld, am 8. Juni 1899 und 30. Juni 1900, Novation erfolgt und damit die Rückbürgschaft dahingefallen. Den Rückbürgen sei von der Änderung der Hauptbürgen nie Kenntnis gegeben worden. Ganz eventuell wäre der Kläger nur für die Hälfte forderungsberechtigt. Die kantonalen Instanzen haben die drei Hauptstandpunkte der Beklagten als begründet erachtet und sind aus diesen Gründen zur Abweisung der Klage gelangt.

3. Mit der Klage wird ein Anspruch aus Rückbürgschaft geltend gemacht. Durch den Rückbürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Rückbürge, dem zahlenden Bürgen für die Regressforderung einzustehen, welche diesem gegen den Hauptschuldner erwächst (Art. 498 OR). Jede Rückbürgschaft setzt sonach eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus, aus der dem Hauptbürgen eine Regressforderung gegen den Hauptschuldner entsteht. Wenn also der von den Beklagten unterzeichnete Verpflichtungsschein vom 3. August 1894 sich gar nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare Hauptbürgschaft beziehen sollte, so wäre aus diesem Verpflichtungsschein keine Forderung des Klägers gegenüber den Beklagten entstanden. Nun nennt allerdings dieser Verpflichtungsschein eine solche prinzipale Bürgschaft, d. h. eben den Gegenstand der Rückbürgschaft, nicht; er nennt nur einerseits die Vertragskontrahenten des Rückbürgschaftsvertrages, nämlich die Beklagten als Verpflichtete und den Kläger Fessler, sowie Balthasar Nadig als Berechtigte, — und anderseits die Natur der Verpflichtung, insofern als die Beklagten als Hinterbürgen (d. h. Rückbürgen) und Zahler der Berechtigten bezeichnet werden; endlich enthält der

Schein über den Inhalt und Umfang der Verpflichtung eine Angabe, nämlich die, daß die Beklagten Rückbürgen und Zahler sein wollen „nach dem Formular der Graubündner Kantonalbank von 5000 Fr.“ Diese Bezeichnung des Vertragsgegenstandes ist allerdings mangelhaft. Es geht aus ihr aber jedenfalls so viel mit Sicherheit hervor, daß die Parteien sich eine vom Kläger Fessler und Nadig verbürgte oder zu verbürgende Hauptschuld vorstellten, und vereinbarten, daß die Beklagten den beiden für die daraus entstehende Regressforderung einzustehen haben. Denn sonst ließe sich nicht erklären, wieso die Beklagten dazu gekommen wären, zu erklären, daß sie ihnen Rückbürgschaft leisten wollen; daß die Erklärung zum Scherz ausgestellt worden sei, ist nicht anzunehmen und wird auch von keiner Seite behauptet. Es geht aus dem Scheine ferner hervor, daß die Beklagten für 5000 Fr. Rückbürgschaft leisten wollten, und zwar nach den Bedingungen der Graubündner Kantonalbank. Sache des Klägers, welcher aus dem von den Beklagten unterzeichneten Bürgschein Rechte herleitet, ist es nun, darzutun, daß eine prinzipale Bürgschaft, auf die sich der Rückbürgschein bezog, wirklich eingegangen wurde, und ihm daraus die geltend gemachte Regressforderung gegen den Hauptschuldner erwachsen sei; ferner daß die von ihm geltend gemachte prinzipale Bürgschaft wirklich diejenige sei, welche die Kontrahenten bei Vereinbarung der aus dem Verpflichtungsschein vom 3. August 1894 resultierenden Rückbürgschaft im Auge gehabt haben.

4. Nun leitet der Kläger seine Regressforderung gegen den Hauptschuldner her aus dem Bürgschaftsverhältnis, in dem er der Graubündner Kantonalbank gegenüber zu Gunsten des J. Martin Schuler gestanden; und soweit der Rückbürgschein Angaben im Bezug auf die der Rückbürgschaft zu Grunde liegende prinzipale Bürgschaft enthält, trifft er, wie die Wiedergabe der tatsächlichen Verhältnisse in Erwägung 1 hievor dartut, genau auf jenes Bürgschaftsverhältnis zu. Immerhin lassen die lückenhaften Angaben des Rückbürgscheins die Möglichkeit offen, daß ein anderes Hauptschuld- und Bürgschaftsverhältnis der Rückbürgschaft zu Grunde gelegen habe, indem eben der Hauptschuldner im Rückbürgschein gar nicht genannt ist. Diese nach dem Texte des Rückbürgscheins offenstehende Möglichkeit soll nun nach dem Entscheide der Vorinstanz den beklagten Rückbürgen zu gute kommen: denn

einmal könne die Beziehung der Rückbürgschaft zur prinzipalen Bürgschaft überhaupt nur durch den schriftlich gefaßten Inhalt des Rückbürgscheins bewiesen werden; sodann habe der Kläger auch nicht anderweitig den Zusammenhang und die unzweifelhafte Beziehung der Rückbürgschaft zu dem darin nicht genannten J. Martin Schuler, d. h. zu der diesem vom Kläger geleisteten prinzipalen Bürgschaft nachgewiesen.

5. Allein vorerst kann der Auffassung der Vorinstanz, daß zur Bestimmung der verbürgten Hauptschuld einzig nur auf den Text des Rückbürgscheins abgestellt werden dürfe und daß daher zur Gültigkeit der Bürgschaft unbedingt die Nennung des Hauptschuldners gehöre, nicht beigetreten werden. Wenn Art. 491 OR vorschreibt, die Bürgschaft bedürfe zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform, so ist damit allerdings gesagt, daß in der schriftlichen Urkunde diejenige übereinstimmende Willenserklärung niedergelegt sein muß, welche zur Begründung dieses Rechtsgeschäftes, zu dessen notwendigen gesetzlichen Inhalt gehört. Und da jede Bürgschaft eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraussetzt, so muß aus der Bürgschaftsurkunde hervorgehen, daß sich die Parteien geeinigt haben, daß für eine bestimmte Hauptschuld Bürgschaft geleistet werde. Die Hinweisung auf die zu verbürgende Hauptschuld darf danach allerdings nicht fehlen. Dagegen folgt aus dem Charakter der Bürgschaft als eines der Schriftform bedürftigen Rechtsgeschäftes nicht, daß eine mangelhafte Bezeichnung nicht durch Auslegung dürfe ergänzt werden, und daß bei dieser Auslegung nicht auf Umstände, die außerhalb des von den Parteien gewählten schriftlichen Ausdruckes liegen, abgestellt werden dürfe. (Vergl. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 125.) Zu diesem Resultat führt der Charakter und der Zweck des Erfordernisses der schriftlichen Vertragsform bei der Bürgschaft: die Bürgschaft ist (im modernen Recht, so auch im OR) nicht Formalkontrakt im engeren Sinne, wie z. B. der Wechsel, derart, daß deren Gültigkeit an bestimmte, vom Gesetz ausdrücklich bezeichnete Angaben geknüpft wäre; sondern das Gesetz verlangt allgemein für den Bürgschaftsvertrag die Schriftform, d. h. eben für die den gesetzlichen Erfordernissen einer Bürgschaft adäquate Willenseinigung; und zwar stellt es dieses Erfordernis auf einzig aus dem Grunde, um die leichtsinnige Übernahme fremder Schul-

den durch eine übereilte mündliche Erklärung zu verhüten. Es darf daher als Wille des Gesetzes angenommen werden, daß sich die Schriftform nur auf das wesentliche der Bürgschaft, die Übernahme der Haftung für eine fremde Verbindlichkeit, beziehen muß, der tatsächliche Inhalt dieser Haftung aber anderweitig ergänzt werden kann. (Vergl. auch Hafner, Komm., 2. Aufl., Art. 491 Ann. 3, S. 296.) Da nun im vorliegenden Falle der Rückbürgschaftsurkunde zu entnehmen ist, daß die Beklagten die Haftbarkeit für eine fremde Verbindlichkeit, nämlich bis auf den Betrag von 5000 Fr. für eine bei der Graubündner Kantonalbank geleistete Bürgschaft, übernommen haben, so ist nach dem gesagten zur nähern Bestimmung dieser rückverbürgten Schuld (d. h. der prinzipalen Bürgschaftsschuld) auf die Umstände, d. h. das außerhalb der Rückbürgschaftsurkunde liegende Prozeßmaterial abzustellen; und es fragt sich daher bloß noch, ob dieses Prozeßmaterial den vom Kläger gezogenen Schluß, daß es sich nach der Meinung der Parteien bei der durch die Rückbürgschaft verbürgten Verpflichtung um die Verbürgung der vom Sohne Schuler bei der Graubündner Kantonalbank aufgenommenen Darlehensschuld, die der Kläger bezahlt hat, gehandelt habe, rechtfertige.

6. In dieser Beziehung beruht nun die Feststellung der Vorinstanz, daß der Kläger den gedachten Zusammenhang nicht nachgewiesen habe, auf einer unrichtigen Auffassung der Beweislast und somit auf einer Verletzung des materiellen eidgenössischen Rechts. Denn wenn die Vorinstanz davon ausgeht, es genüge die Möglichkeit, daß die Rückbürgschaft sich auf eine andere Hauptbürgschaft bezogen habe als diejenige, für die sich der Kläger neben Nadig zu Gunsten des J. Martin Schuler der Graubündner Kantonalbank verbürgt und die er eingelöst hat, um die Klage abzuweisen, — so ist dem entgegenzuhalten, daß diese Möglichkeit doch nur dann die Klageabweisung zur Folge haben müßte, wenn nach der Würdigung der Umstände noch ein Zweifel obwalten könnte, daß die Parteien an eine andere Hauptschuld gedacht hätten. Hiefür bieten aber die Akten nicht den geringsten Anhaltspunkt. Die Beklagten haben sich auf die bloße Bestreitung beschränkt, daß die Rückbürgschaft jene Hauptschuld zum Gegenstand gehabt habe; diese Bestreitung muß aber geradezu als dolos angesehen werden, solange die Beklagten nicht positiv sagen können,

auf welche bestimmte andere Hauptschuld sich die Rückbürgschaft beziehe; denn daß sie sich auf eine bestimmte Hauptschuld beziehen muß, ist ja ohne weiteres klar, sofern nicht, was, wie schon bemerkt, von vornherein abgelehnt werden muß, die Rückbürgschaft nur zum Scherz ausgestellt worden ist. Der Kläger hat daher mit dem Nachweis der in Erwägung 1 relevierten, von den Beklagten nicht bestrittenen (und nicht bestreitbaren) Tatsachen der Aufnahme des Darlehens durch J. Martin Schuler bei der Graubündner Kantonalbank kurz nach Unterzeichnung der Rückbürgschaft, im Betrage, für den auch die Rückbürgschaft eingegangen wurde, und der Verbürgung dieses Darlehens seiner Beweisspflicht vollauf genügt, und diesen Beweismomenten gegenüber durften sich die Beklagten nicht auf eine bloße Bestreitung beschränken, ohne sich der Replik der Arglist auszusetzen; sie hätten zum mindesten dartun müssen, daß diesen Beweismomenten gegenüber immerhin noch ein Zweifel bestehe. Ein derartiger Nachweis liegt aber keineswegs in den Akten.

7. Was sodann die Einrede des Unterganges der Rückbürgschaft durch Novation betrifft, so ist zu bemerken, daß dadurch, daß an Stelle der ursprünglichen Bürgschaftsverpflichtung des Klägers und Nadigs (gegenüber der Graubündner Kantonalbank) eine solche mit dem Kläger und drei andern Bürgen getreten ist, eine Novation der Bürgschaft dem Kläger gegenüber nicht stattgefunden hat. Die Errichtung eines neuen Bürgscheins schließt nicht ohne weiteres die Begründung einer neuen Obligation in sich; hiezu ist vielmehr erforderlich, daß die Errichtung des neuen Aktes in der Absicht geschehen sei, ein neues Rechtsverhältnis zu schaffen, d. h. es muß der animus novandi vorhanden sein. Dieser kann aus der bloßen Tatsache der Errichtung eines neuen Bürgscheins keineswegs gefolgert werden. Im Verhältnisse des Hauptschuldners (Jos. Martin Schuler) zum Gläubiger (der Graubündner Kantonalbank) war keine Änderung eingetreten; es sollte nicht eine neue Schuld verbürgt werden, sondern es traten einfach an Stelle des Bürgen Nadig drei andere Bürgen. Diese hätten ebensogut auf dem frühern Bürgschein unter Streichung der Unterschrift des Nadig ihre Unterschriften aufsetzen können. Daß bei diesem Verfahren von einer Novation hinsichtlich des verbleibenden Bürgen, d. h. des Klägers, keine Rede sein könnte,

ist klar; rechtlich unterscheidet sich aber das vorliegend gewählte Verfahren in nichts hievon. (S. BGE, XX, S. 616 f. Erw. 6 und 7.) Damit, daß die Hauptbürgschaft des Klägers nicht noviert worden ist, entfällt aber die von den Beklagten gezogene Konsequenz, die Rückbürgschaft sei damit dahingefallen.

8. Sind so die Beklagten aus dem Rückbürgschein verpflichtet, so haften sie dem Kläger für die Regressforderung auf den Hauptschuldner J. M. Schuler, und zwar, wie von ihnen zugestanden ist und übrigens wohl auch ohne weiteres aus dem Rückbürgschein hervorgeht, solidarisch, somit auf den Betrag der ganzen eingeklagten Summe. Allerdings stand dem Kläger Fessler gemäß Art. 496 OR gegenüber seinen Mitbürgen der verhältnismäßige Rückgriff zu, und es wird sich die Frage erheben, ob nicht diese Rückgriffsrechte auf die Beklagten übergehen, nachdem sie den Kläger schadlos gehalten haben (Art. 504 OR). Allein ein Rechtsbegehren in dieser Richtung ist nicht gestellt; die Mitbürgen des Klägers sind nicht ins Recht gefaßt, und es ist daher über diesen Punkt kein Entscheid zu treffen. Des weitern sind sodann die Beklagten berechtigt zu erklären, die Konkursdividende, die der Kläger im Konkurse des Hauptschuldners J. Martin Schuler auf seiner ganzen Forderung erhalten wird oder erhalten hat, von der von ihnen zu zahlenden Regresssumme abzuziehen. Die Vorinstanz stellt auf Grund einer Mitteilung des Konkursamtes Chur fest, daß die Dividende 12,6 % betragen werde. Es erscheint jedoch richtiger, den Abzug nur grundsätzlich auszusprechen. In diesem Sinne ist somit die Klage, in Aufhebung des angefochtenen Urteils, gutzuheißen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheißen, das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 12. Dezember 1904 wird aufgehoben und es werden die Beklagten verurteilt, dem Kläger 5000 Fr. nebst 5 % Zinsen seit der Klageanhebung unter Abzug einer vom Kläger im Konkurse des Jos. Martin Schuler erhaltenen Konkursdividende, zu bezahlen.