

tober 1905 bestanden hat, daß kein Anhalt dafür vorhanden ist, daß der Bruch durch den Vorfall verschlimmert oder vergrößert worden wäre. Ob diese Schlußfolgerung durchaus überzeugend ist, hat das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht zu prüfen. Daß sie mit irgend einem Aktenstück in Widerspruch stände, ist nicht ersichtlich; im Gegenteil befindet sie sich in Übereinstimmung mit den sonstigen bei den Akten liegenden ärztlichen Zeugnissen und Berichten. Eine Aktenwidrigkeit liegt auch nicht etwa insofern vor — wie der Kläger behauptet —, als die Experten der Meinung Ausdruck geben, es könne beim Kläger nicht ohne weiteres von einer ungewöhnlichen oder außerordentlichen Kraftanstrengung gesprochen werden, denn es handelt sich hierbei lediglich um eine beiläufige Bemerkung, die auf das Ergebnis des Gutachtens und jedenfalls auf das Urteil der Vorinstanz keinen Einfluß ausgeübt hat, da ja die letztere, wie bereits bemerkt, von der Annahme ausgeht, daß beim Kläger anläßlich des Vorfalls vom 17. Oktober 1905 wirklich der rechtsseitige Bruch — allerdings nicht zum ersten Mal — plötzlich ausgetreten ist. Ist aber das Bundesgericht an die Feststellung, daß der körperliche Zustand des Klägers nicht verschlimmert worden ist, gebunden, so muß es bei der Auffassung der Vorinstanz, daß kein Betriebsunfall vorliegt, sein Bewenden haben. Damit ist natürlich auch ausgeschlossen, daß der Kläger für den Schaden entschädigt werden könnte, den er auf dem Arbeitsmarkt erleidet, indem er infolge jenes Vorfalls von seinem Bruchleiden Kenntnis erhalten hat und es nun beim Suchen nach einer Anstellung nicht wohl verheimlichen kann. Denn wenn man auch diesen Schaden für nach Haftpflichtrecht erstattungsfähig halten sollte in Fällen, wo der Bruchaustritt sich als Betriebsunfall darstellt, so kann natürlich hievon keine Rede sein da, wo es an einem Betriebsunfall mangels Beeinträchtigung der körperlichen Integrität fehlt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 29. Mai 1907 bestätigt.

III. Obligationenrecht. — Code des obligations.

59. Urteil vom 6. Juli 1907 in Sachen

Kater, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Ebner**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Bürgschaft. Abschluss durch Stellvertretung. (Hauptschuldner als Stellvertreter der Bürgen.) — Folgen der Aushändigung des verbürgten Schuldscheines an den Hauptschuldner und der Begebung seitens des Letztern für die Haftung der Bürgen. — Verzicht auf Einrede der Vorausklage.

A. Durch Urteil vom 29. April 1907 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt folgendes Urteil des Zivilgerichts vom 7. März 1907 bestätigt:

Klage und Regressklage sind abgewiesen.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und gemäß Klagebegehren zu erkennen.

2. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Tatbestandes durch Abhörnung des als Zeugen angerufenen Landwirtes Karl Ugerter und durch Beiziehung der Strafakten Buntler, sowie zu neuer Entscheidung an das Appellationsgericht zurückzuweisen.

Das Rechtsbegehren der Klage hatte gelautet:

Es sei der Beklagten, als Erbin des verstorbenen Konrad Ebner in Egwil die Forderung von 4000 Fr. nebst 4 % Zinsen seit 13. Oktober 1905, für welche ihr am 24. September 1906 durch das Dreiergericht des Kantons Basel-Stadt Rechtsöffnung bewilligt worden ist, zurzeit, eventuell gänzlich abzuerkennen, ebenso die Forderung für die ordentlichen Kosten und die Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren.

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte ist im Besitze eines von ihrem verstorbenen Sohne ererbten Schuldscheines vom 13. Oktober 1905, in welchem die Ehegatten Beutler bekennen, dem Erblasser der Beklagten, Konrad Ebner, 4000 Fr. schuldig geworden zu sein, die zu 4 % zu verzinsen und in bestimmten Raten zurückzuzahlen sind; als „solidarische Bürgen und Selbstschuldner“ erklären sich in diesem Schuldschein der Kläger und zwei andere Personen. Auf Grund dieses Schuldscheines erwirkte die Beklagte für den gegen den Kläger in Betreibung gesetzten Betrag von 4000 Fr. und Zins zu 4 % seit 13. Oktober 1905 provisorische Rechtsöffnung. Mit seiner rechtzeitig erhobenen Aberkennungsflage beantragt nun der Kläger, es sei die in Betreibung gesetzte Forderung zurzeit, eventuell gänzlich abzuerkennen, ebenso die Forderung für die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens. Kläger macht principaliter geltend, er habe sich nicht solidarisch neben dem Hauptschuldner, sondern nur solidarisch mit den andern Bürgen verbürgt; die Forderung der Beklagten bestehe daher nicht, so lange der Hauptschuldner nicht ausgetrieben sei. Eventuell sei diejenige Forderung, für welche er laut dem Schuldschein sich verbürgen wollte, nicht zur Existenz gelangt. Einmal nämlich habe Ebner dem Beutler an dem im Schuldschein genannten Datum (13. Oktober) nichts dargeliehen, sondern erst später (am 25. November 2500 Fr. und am 28. Dezember 1000 Fr.); für diese letzteren, mit dem Schuldschein nicht im Zusammenhange stehenden Darlehensforderungen habe sich Kläger nicht verbürgt. Sodann habe sich Kläger nur verbürgen wollen für ein Kapital, das dem Schuldner Beutler nicht ausgehändigt werden (sondern in Händen eines Dritten, eines beauftragten Verwalters des zu entleihenden Geldes, bleiben) sollte. Der Schuldschein sei nämlich in zwei Duplikaten, mit allen Originalbürgschaftserklärungen, aber unter Offenlassung des Gläubigernamens, ausgestellt, und diese Duplikate dem Agenten Dr. St. zur Beschaffung des Geldes ausgehändigt worden, mit der Bedingung, daß der Agent das Kapital bei sich zur Verfügung aller Beteiligten behalten und dem Beutler nicht auszuhändigen solle. Der Agent Dr. St. habe aber in Verletzung seines Auftrages den Schuldschein dem Beutler ausgehändigt. Dieser habe den Schein

überhaupt nicht veräußert. Jedenfalls aber, wenn er ihn auch an Ebner sollte abgetreten haben, habe doch Ebner aus der Abtretung des Scheines keine Rechte erwerben können, da dem Beutler ja keine Forderung aus dem Schuldschein gegen den Kläger zustand. Übrigens habe Ebner beim Erwerb genußt, daß Beutler zur Veräußerung des Scheines nicht befugt war. — Außerdem werden der Forderung diejenigen Schutzbehauptungen entgegengehalten, die Beutler in einem besonderen Prozesse, den Witwe Ebner gegen ihn erhoben hatte, ihr entgegenhielt. Zum Beweise für seine Darstellung beruft sich der Kläger endlich noch auf folgendes, im Nachlaß Ebners aufgefundenes Schriftstück:

„Anerkennung und Quittung.

„Ich als Unterzeichneter bescheinige und anerkenne hiemit heute „den 8. Dezember 1905, den Schuldschein von 4000 Fr. schreibe „viertausend Franken an Herrn Konrad Ebner abgetreten zu haben „und verpflichte mich, den Betrag jeweilen nach vorgenannter Zeit, „wie das auf dem verpfändeten Schuldschein lautet, das Kapital „ist jeweilen am 1. April und 1. Oktober zurückzahlbar und zwar „am 1. April 1906 zum ersten Mal und das, wie Schuldschein „lautet, samt Zins und allfälligen Kosten solidarisch dafür hafte. „sig. Fritz Beutler, Gärtnermeister.“

Der ins Recht gerufene Agent Dr. St. bestreitet den vom Kläger behaupteten Auftrag über die Verwendung des Scheines erhalten zu haben; er bezw. sein Mitarbeiter Röckel habe nur mit Beutler zu tun gehabt.

Die Beklagte bestreitet die ganze Klagdarstellung, mit Ausnahme der Tatsache, daß der Schuldschein bei seiner Ausstellung den Namen des Gläubigers nicht trug und daß Beutler ihn während längerer Zeit in Händen hatte, um ihn zu verwerten.

Die Vorinstanzen haben die Klage und die Negrefklage abgewiesen. Sie sind in tatsächlicher Beziehung davon ausgegangen, daß das eine Doppel des Schuldscheines im Besitze des Beutler gewesen sei, welcher mit demselben direkt oder durch einen Mittelsmann an Ebner gelangt sei und von diesem gegen Übergabe des Schuldscheines das Darlehen ausbezahlt erhalten habe; dies sei später geschehen, als das im Schuldschein verzeichnete Datum ausweise.

2. In erster Linie ist die bestrittene Existenz des geltend gemachten Bürgschaftsvertrages zu untersuchen.

Allerdings ist, wie sich aus der Definition des Art. 489 ergibt, die Bürgschaft ein Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger. Allein dieser Vertrag kann, wie jeder andere, auch durch Stellvertretung abgeschlossen werden und es steht nichts im Wege, daß der Hauptschuldner selber als Stellvertreter des Bürgen die Willenserklärung dieses letztern dem Gläubiger übermittelt und auch die (meistens stillschweigend erfolgende) Annahmeerklärung des Gläubigers im Namen des Bürgen entgegennimmt (vergl. Regelsberger, ziv. Erörterungen I S. 81, und Hafner, Anm. 1 zu Art. 489 OR). Mit den allgemeinen Grundsätzen über das Zustandekommen von Verträgen ist es auch durchaus vereinbar, daß der Bürge die Wahl des Gläubigers dem Hauptschuldner überläßt, zumal bei diesem Vertrage die Person des Gläubigers keine bestimmende Rolle spielt, ein Irrtum über dieselbe daher auch nach Art. 20 OR nicht wesentlich wäre. Der Schuldner ist in diesem Falle nicht nur Bote einer perfekten Willenserklärung, sondern wahrer Stellvertreter des Bürgen, mit der Vollmacht zur Ergänzung der Bürgschaftserklärung hinsichtlich der Person des Gläubigers.

Nun hat der Kläger freilich bestritten, daß dem Schuldner Beutler die Wahl des Gläubigers und die Stellvertretung der Bürgen in der Abgabe der Bürgschaftserklärung gegenüber dem ausgewählten Gläubiger übertragen worden sei, und behauptet, diese Rolle sei nur dem Agenten Dr. St. anvertraut worden. Allein dafür, daß Beutler auf unrechtmäßige Weise in den Besitz des einen Duplikats der Schul- und Bürgschaftsurkunde gelangt sei und daß der Rechtsvorgänger der Beklagten hievon gewußt habe, hat der Kläger keinen Beweis erbracht. Durfte aber Ebner annehmen, Beutler sei rechtmäßiger Weise Besitzer des Schul- und Bürgschaftscheines, so durfte er ihn auch als zur Abgabe der Bürgschaftserklärung und Erhebung des Darlehensbetrages ermächtigt betrachten. Durch die Übergabe der Dokumente seitens des Beutler an Ebner und die Annahme derselben seitens Ebner, wie sie die Vorinstanz als erfolgt feststellt, kam daher der Bürgschaftsvertrag zu stande. In gleicher Weise richtet sich aber auch

der Inhalt der Bürgschaftserklärung nur nach dem Wortlaut der Urkunde. Sollte es also auch richtig sein, daß Beutler gar nicht den Auftrag seitens der Bürgen erhalten hatte, selber Geld gegen den Schuldschein zu erheben, sondern daß Beutler nur beauftragt war, den Schein etwa dem Agenten St. zu überbringen oder, nachdem seitens des letztern und seitens des Hug eine Geldaufnahme nicht ermöglicht worden war, den Schein zu vernichten oder an die Bürgen zurückzugeben, so kommt es auf diese internen Aufträge der Bürgen an Beutler nicht an; vielmehr muß der Träger des Blancoschuldscheines gegenüber Dritten als bevollmächtigt gelten, den Schuldschein in der aus der Urkunde selber hervorgehenden Weise zu verwenden, so lange dem Dritten nicht ein Widerruf oder eine Beschränkung dieser Vollmacht bekannt wird. Gerade wie der Träger einer Quittung im Zweifel zur Entgegennahme desjenigen Betrages bevollmächtigt ist, auf den die Quittung lautet, so ist auch hier der Träger des verbürgten Schuldscheines zu derjenigen Verwendung der Bürgschaftserklärung bevollmächtigt, welche aus dem Schein selber hervorgeht. Wollte sich der Kläger verbürgen für ein nicht dem Hauptschuldner auszahlendes Kapital, so mußte er dafür sorgen, daß dies aus dem Schein hervorgehe oder den Dritten, an die sich der Träger des Scheines wandte, sonstwie bekannt werde. Im vorliegenden Fall ergab sich aus dem Schuldscheine, daß der Kläger als Bürge haften wollte für ein von den Eheleuten Beutler geschuldetes Kapital in demjenigen Betrage, den die Beklagte heute geltend macht. Indem Beutler dem Gläubiger Ebner diesen Schuldschein übergab, verpflichtete er somit auch den von ihm insoweit vertretenen Kläger als Bürgen für diejenige Forderung, die aus dem übergebenen Schuldscheine hervorging.

Nun hat der Kläger zunächst bestritten, daß der Schuldschein überhaupt dem Rechtsvorgänger der Beklagten übergeben worden sei. Allein diese Übergabe ist in einer für das Bundesgericht verbindlichen Weise durch die Vorinstanz festgestellt worden. Daß die Übergabe der Urkunde seitens des Beutler in der Absicht erfolgte, dadurch den dem Inhalt der Urkunde entsprechenden Verpflichtungswillen zu bekunden, ergibt sich sodann aus der weitem tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, daß Beutler das dar-

geliehene Geld gegen die Übergabe der Urkunde erhalten habe. Daß die Übergabe zu diesem und keinem andern Zwecke erfolgte, ist übrigens ohne weiteres dem Inhalte der Urkunde zu entnehmen, und es trifft deshalb den Kläger die Beweislast dafür, daß die Übergabe zu einem andern Zwecke erfolgte. Er hat sich zu diesem Beweise auf die am 8. Dezember 1905 von Beutler unterzeichnete „Anerkennung und Quittung“ berufen. Damit will er eine Zession oder Verpfändung des Scheins an Ebner dartun. Allein mit Recht hat die Vorinstanz diesen Beweis als nicht erbracht bezeichnet. In dieser Urkunde verspricht Beutler nicht, eine andere Schuld, für die er den Schein verpfänden wollte, zurückzuzahlen und zu verzinsen, sondern gerade die Schuld des heute im Besitze der Beklagten befindlichen, damals an Ebner ausgehändigten Schuldscheins; diese Urkunde beweist also direkt, daß jene Übergabe, die hier Abtretung genannt wird, zu dem Zwecke erfolgt ist, um die verbürgte Forderung zur Entstehung zu bringen. Daß der verbürgte Schuldschein vom 13. Oktober 1905 dem Beutler als sein eigenes Aktivum erschien, das er gegen Geld abtreten könne, erscheint ganz natürlich, da die Bürgen zu seinen Gunsten intercediert waren und er dadurch, ökonomisch betrachtet, einen realisierbaren Vermögenswert (in der Kreditgewährung der Bürgen) schon in Händen hatte. Wenn Beutler dann nachträglich (am 17. Januar 1906) versprochen zu haben scheint, keine Rechte aus dem Schuldschein ableiten zu wollen, so ist das natürlich für die vorher entstandenen Rechte Ebners bedeutungslos.

Der Kläger hat sodann behauptet, die aus dem Besitze des Blancoschuldscheins für Beutler hervorgehende Vollmacht sei speziell dem Ebner gegenüber widerrufen worden und Ebner habe gewußt, daß Beutler den Schuldschein nicht so wie geschehen verwenden dürfe. Allein die Vorinstanz hat den dafür angetragenen Zeugenbeweis wegen Unglaubwürdigkeit des Zeugen, also aus prozessualen Gründen, abgelehnt. Hieran ist das Bundesgericht gebunden und es ist daher auch der Eventualantrag auf Rückweisung der Akten an die Vorinstanz behufs Abhörnung des Zeugen Agerter abzulehnen.

3. Abgesehen von diesen Einwendungen gegen das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages macht der Kläger auch noch

Einwendungen aus der Person des Hauptschuldners geltend, die ihm als Bürgen allerdings gemäß Art. 505 OR zustehen. Zunächst behauptet Kläger nämlich, das Darlehen, das aus dem Schuldschein als verbürgt hervorgehe, sei gar nicht an den Hauptschuldner geleistet worden. Zum Beweise hiefür kann sich der Kläger nur auf die von der Beklagten zugestandene Tatsache berufen, daß am 13. Oktober 1905, dem Datum der Ausstellung des Schuldscheins, von Ebner dem Hauptschuldner nichts ausbezahlt wurde. Allein diese Tatsache ist irrelevant; denn das Schuldbekennnis, wie es im Schuldschein niedergelegt ist, sollte ja bestimmungsgemäß (nach der eigenen Darstellung des Klägers) nicht schon mit der Ausstellung des Schuldscheins perfekt werden, sondern erst später, nämlich mit der Übergabe des Schuldscheins an den noch zu findenden Gläubiger. Es wäre also vom Kläger nachzuweisen, daß in diesem spätern Augenblicke der Übergabe des Schuldscheins die verurkundete Forderung nicht zur Existenz gelangte. Dafür liegt aber gar nichts vor; im Gegenteil sprechen sowohl die Quittungen als auch die sogenannte „Anerkennung und Quittung“ vom 8. Dezember 1905 für die Ausführung des dem Schuldschein zu Grunde liegenden Geschäftes. Der Kläger hat zwar darauf hingewiesen, es habe die Beklagte gegenüber dem Hauptschuldner Beutler neben der verbürgten Forderung von 4000 Fr. auch noch die Beträge von 2500 Fr. und 1000 Fr. laut den Quittungen vom 25. November und 28. Dezember eingeklagt und damit bekundet, daß die letzteren nicht die Valuta des Schuldscheins der 4000 Fr. bildeten. Allein wenn auch mit dem Kläger als nicht erwiesen angenommen würde, daß die 3500 Fr. laut den zwei Quittungen auf Rechnung des Schuldscheins ausbezahlt wurden, so wäre damit doch noch nicht erstellt, daß dem verbürgten Schuldschein keine Forderung zu Grunde liege. Der Schuldschein enthält ein abstraktes, auf keinen konkreten Schuldgrund Bezug nehmendes Schuldbekennnis; es müßte also, um ihn zu entkräften, bewiesen werden, daß das Bekennnis an einem Willensmangel leide, z. B. daß es im Irrtum ausgestellt wurde, oder daß die seiner Abgabe zu Grunde liegende causa eine Anfechtung gestatte. Daß ein Teil des Betrages der Schuldsomme, nach der im gegenwärtigen Prozesse geltend gemachten Darstellung der Beklagten, an Beutler

ausbezahlt worden war, bevor der verbürgte Schuldschein an Beutler ausgehändigt wurde, beweist natürlich nicht, daß dieser Betrag nicht à conto der Schuldschuld bezahlt war, mit der Vereinbarung, daß der Schuldschein erst nach Auszahlung der ganzen Valuta ausgehändigt werde. Die Bürgen können sich nicht darauf berufen, daß mit der zeitlichen Trennung der einzelnen Ratenzahlungen diese letzteren aufhören, einen Teil der verbürgten Forderung zu bilden. Sie haben durch Aushändigung des verbürgten Schuldscheins an den Hauptschuldner es diesem letzteren überlassen, die Schuld durch die Begebung desselben an einen Gläubiger zur Entstehung zu bringen, und sie haften infolge dieser durch die Begebung entstehenden abstrakten Schuldverpflichtung, gleichgültig, in welcher Weise der Gegenwert dem Hauptschuldner zugekommen ist.

4. Sodann hat der Kläger der Forderung der Beklagten compensando diejenigen Gegenforderungen entgegengehalten, welche der Hauptschuldner im Prozesse der Beklagten gegen ihn geltend machte, nämlich:

1. 1815 Fr. 57 Cts. für gekauftes Gemüse: Lieferungen des Beutler vom November 1905 an;

2. verschiedene Darlehen im Betrage von zusammen 1800 Fr. 85 Cts.;

3. 200 Fr., die Ebner für Rechnung des Beutler bei Direktor Trollier in Kerzers eingezogen habe.

Diese Gegenforderungen sind im Prozesse des Hauptschuldners mangels Beweis des behaupteten Kaufes, Darlehens und Auftrags abgewiesen worden. Im vorliegenden Prozesse des Bürgen ist für diese Forderungen in tatsächlicher Beziehung gar nichts anderes vorgebracht worden, so daß sie gänzlich unbelegt sind.

5. Endlich hat der Kläger Aberkennung der Forderung zurzeit verlangt, weil er sich nicht als solidarisch mit dem Schuldner, sondern nur als „Solidarbürge“, also als solidarisch mit den andern Bürgen verbürgt habe, der Hauptschuldner aber noch nicht erfolglos betrieben worden sei. Allein abgesehen davon, daß im Zweifel schon in der Verpflichtung als „Solidarbürge“ die Übernahme der Solidarität mit dem Hauptschuldner liegt (vergl. das allerdings in erster Linie auf den französischen Text von

Art. 495 OR bezügliche Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 1906 i. S. L'Homme gegen Graf, NS 32 II S. 383 ff. Erw. 4), fällt in Betracht, daß der Kläger sich ausdrücklich auch als „Selbstschuldner“ bezeichnet hat, was nach Art. 495 OR einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthält und dem Gläubiger gestattet, den Kläger vor dem Hauptschuldner zu belangen.

6. Unabhängig von der Hauptklage gegen die Beklagte hat der Kläger sodann gegenüber dem Streitberufenen Dr. St. das Begehren gestellt, er solle zur Zahlung derjenigen Summe verurteilt werden, welche in diesem Verfahren der Beklagten nicht aberkannt werde. Er stützt diese Klage auf den dem Streitberufenen angeblich erteilten Auftrag zur Verwahrung des aufzunehmenden Kapitals auf seinem Agenturbureau, damit Beutler nicht nach Belieben darüber verfügen könne. Durch Verletzung dieses Auftrages sei dem Kläger der Schaden entstanden, der sich in der Schuldschuld gegenüber der Beklagten ausdrückt. Die Vorinstanz hat festgestellt, daß der Beweis dafür, daß der Streitberufene sich mit der Verschilberung des Schuldscheins befaßt habe, gar nicht geleistet sei. Diese tatsächliche Feststellung, die allerdings in dieser weiten Fassung der eigenen Darstellung des Streitberufenen widerspricht, ist jedenfalls insoweit richtig, als irgend ein Beweis dafür nicht geleistet ist, daß dem Streitberufenen von den Bürgen der Auftrag erteilt worden sei, den Schuldschein nicht an Beutler, der ihn überbracht hatte, herauszugeben oder das aufgenommene Geld zu verwahren. Damit entfällt für die Regressforderung jede tatsächliche Basis, ganz abgesehen davon, daß derjenige Schuldschein, auf Grund dessen die Forderung der Beklagten zugesprochen wird, nach der Feststellung der Vorinstanz gar nie in den Händen des Streitberufenen sich befand, ihm also in Beziehung auf diesen eine auftragswidrige Geschäftsführung jedenfalls nicht vorgeworfen werden kann.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 29. April 1907 bestätigt.