

Quant au fait que la défenderesse a tâché de remédier à l'inconvénient que présentaient ces camions, il n'implique pas, contrairement à ce qu'admet la Cour cantonale, la reconnaissance par le vendeur d'une garantie spéciale concernant le fonctionnement des automobiles. Dans sa lettre du 8 janvier 1908, la demanderesse ne parle pas d'une obligation du vendeur, elle demande seulement que la Compagnie défenderesse fasse « son possible » pour que les camions puissent « marcher quel temps qu'il fasse ». Et la défenderesse répond par lettre du 11 janvier qu'elle fera le travail désiré et le facturera « au prix le plus juste ». Ce n'est pas là l'attitude du vendeur qui reconnaît avoir garanti la marche journalière des camions vendus. La demanderesse n'a fait aucune objection à la lettre du 11 janvier, ce qui permet de supposer qu'elle non plus n'estimait pas, à cette époque, que la Compagnie défenderesse avait pris l'engagement que les camions marcheraient par tous les temps.

Pour tous ces motifs, la demande en réduction de prix apparaît comme mal fondée et l'arrêt de la Cour de Justice doit être réformé en conséquence.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

I. Le recours par voie de jonction est écarté.

II. Le recours principal est admis et l'arrêt cantonal réformé dans ce sens que la partie demanderesse est déboutée de sa demande, les conclusions libératoires de la partie défenderesse étant admises.

77. **Urteil vom 25. November 1910** in Sachen
Spar- u. Leihkasse Boswil, Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Stöckli, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Art. 65 Abs. 2 OG: Die Hemmung der Rechtskraft des kant. Urteils durch die Berufung erstreckt sich nicht auf die Pflicht zur Zahlung der für die Prozessführung vor den kantonalen Instanzen erhobenen Gebühren und Auslagen; deren Bezahlung involviert keinen Verzicht auf die Berufung. — **Kreditvertrag** (über die Gewährung eines Darlehens « in laufender Rechnung »), im Gegensatz zum **Kontokorrentvertrag**. — **Art. 503 OR**: Kündigung der auf unbestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft. Inhalt der Kündigungsanzeige. **Befreiung des Bürgen?** wegen Unterbrechung der vom Gläubiger angehobenen Betreibung (Art. 503 Abs. 1 in fine u. Abs. 3 OR)? wegen Nichtbenachrichtigung des Bürgen vom Konkurse des Hauptschuldners (Art. 510 Abs. 2 OR)? wegen Zustimmung des Gläubigers zum Nachlassvertrage des Hauptschuldners, ohne vorher dem Bürgen die Abtretung der Forderung anzubieten (Art. 303 Abs. 2 SchKG)? wegen Preisgabe vorhandener Sicherheiten seitens des Gläubigers (Art. 508 OR)?

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Laut „Kreditvertrag“ vom 5. Juni 1903 eröffnete die Klägerin, Spar- und Leihkasse Boswil, dem Fabrikanten Josef Stöckli in Besenbüren „einen laufenden Kredit von 6000 Fr., verzinslich à 4 $\frac{1}{2}$ %“. Der Schuldner Stöckli unterzeichnete den Vertrag als „Konto-Korrent-Nehmer“. Zur Sicherung des Kreditbetrages bis zu dessen gänzlicher Abzahlung verpflichteten sich als solidarische Bürgen: Jos. Müller, Gemeinderat, in Boswil, und der Beklagte Theodor Stöckli, Wirt, in Besenbüren.

Im Oktober 1906 fiel der Hauptschuldner Stöckli in Konkurs; dieser fand jedoch durch einen Nachlassvertrag seinen Abschluß, dessen nähere Verhältnisse aus den Akten nicht ersichtlich sind.

Am 21. Mai 1907 wurde der Klägerin durch das Betreibungsamt Boswil eine „Rechtliche Aufkündigung“ des Beklagten, folgenden Inhalts, zugestellt: „Es wird der Spar- und Leihkasse „Boswil rechtlich angezeigt, daß er die mit J. Müller, Gemeinde-

„ammann, in Bünzen um 6000 Fr. dem Josef Stöckli-Müller, „Fabrikant, von Besenbüren eingegangene Bürgschaft rechtlich „künde. Und verlangt derselbe innert gesetzlicher Frist andere „Bürgschaftsleistung oder deren gänzliche Abzahlung.
„Besenbüren, den 21. Mai 1907.

„Th. Stöckli, Wirt.“

Hierauf ließ die Klägerin den Hauptschuldner Stöckli mit Zahlungsbefehl vom 22. Juni 1907 — dessen Ausfertigung sie am 21. Juni verlangt haben will — für 7335 Fr. 10 Cts. als den Betrag seiner Schuld auf 1. Januar 1907, „laut Kontokorrent und Buch“, nebst $4\frac{1}{2}$ % Zins seit diesem Tage, betreiben. Stöckli erhob keinen Rechtsvorschlag, und die Betreibung nahm durch Pfändung und Pfandverwertung, an denen sich auch noch andere Gläubiger beteiligten, ihren Fortgang. Das Ergebnis war ein ungedeckter Forderungsjaldo der Klägerin von 4067 Fr. 70 Cts., Wert 1. Januar 1909.

B. — Im vorliegenden Prozesse belangt nun die Klägerin den Beklagten auf Grund seiner Bürgschaftsverpflichtung für die Hälfte dieses Betrages mit 2033 Fr. 85 Cts. nebst $4\frac{1}{2}$ % Zins seit 1. Januar 1909, nachdem der Mitbürge Müller die andere Hälfte bezahlt hat.

Der Beklagte hat diesem Ansprüche gegenüber wesentlich folgende Einwendungen erhoben:

1. Die Bürgschaft des Beklagten sei nach Art. 503 OR dahingefallen; denn die Klägerin habe auf die Kündigung der Bürgschaft vom 24. Mai 1907 hin die verbürgte Forderung, welche als Kontokorrent-Guthaben jederzeit fällig gewesen sei, nicht, wie Art. 503 Abs. 1 vorschreibe, binnen 4 Wochen rechtlich geltend gemacht, sondern die Betreibung des Hauptschuldners am 22. Juni 1907 verspätet angehoben.

2. Überdies habe die Klägerin diese Betreibung auch nicht nach Vorschrift des Art. 503 Abs. 1 OR ohne Unterbrechung fortgesetzt, sondern durch Erklärung ihres Verwalters mit Zuschrift vom 4. August 1907 an das Betreibungsamt, daß sie das gestellte Pfändungsbegehren „für 14 Tage zurückziehe“, dem Hauptschuldner ohne Wissen und Willen des Beklagten wieder Frist erteilt. Ohne diese Fristerteilung wäre es der Klägerin möglich

gewesen, mit früheren Gruppen an der Pfändung teilzunehmen und sich einen Betrag in der Höhe der nun eingeklagten Forderung zu sichern.

3. Ferner habe die Klägerin ihre Rechte gegen den Beklagten als Bürgen auch dadurch verwirkt, daß sie dem vom Hauptschuldner angebotenen Nachlaßvertrage zugestimmt habe, ohne dem Beklagten Anzeige gemacht und ihm die Abtretung ihrer Forderung gegen Zahlung angeboten zu haben (Art. 303 Abs. 2 SchRG).

4. Im September oder Oktober 1907 habe der Präsident der Klägerin, Alois Ammann, dem Hauptschuldner die Erlaubnis gegeben, dem letzteren gepfändete Vermögensgegenstände aus freier Hand zu verkaufen. Ohne die hierauf vorgenommenen Verkäufe, deren Erlös der Hauptschuldner teilweise für sich verwendet habe, wäre die Klägerin voll gedeckt worden; sie könne deshalb den Beklagten für ihren Verlust gemäß Art. 508 OR nicht belangen.

5. Endlich habe die Klägerin den Beklagten vom Eintritt des Konkurses über den Hauptschuldner nicht nach Vorschrift des Art. 510 Abs. 2 OR benachrichtigt.

Neben der Geltendmachung dieser Einwendungen gegenüber der Klägerin hat der Beklagte dem Betreibungsbeamten von Bünzen den Streit verkündet, weil er in der Betreibungsangelegenheit des Hauptschuldners Stöckli mit großer Nachlässigkeit vorgegangen sei und dadurch sowohl der Klägerin als auch dem Beklagten Schaden zugefügt habe.

C. — Durch Urteil vom 29. April 1910 hat das Obergericht des Kantons Aargau, in Bestätigung des Entscheides der ersten Instanz (des Bezirksgerichts Muri), die Klage abgewiesen.

Der kantonale Richter hat den ersten Einwand des Beklagten (Ziffer 1 in Fakt. B oben) gutgeheißen und ist auf die weiteren Einwendungen der Verteidigung nicht eingetreten.

D. — Gegen das Urteil des Obergerichts hat der Anwalt der Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und die Abänderungsanträge gestellt:

„1. Der Klageschluß sei gutzuheißen. Der Beklagte sei richterlich zu verurteilen, der Klägerin 2085 Fr. 85 Cts. nebst Zins „zu $4\frac{1}{2}$ % seit 1. Januar 1909 zu bezahlen.

„2.(Kostenfolge).

„3. Eventuell. Es sei auch ein nachträglicher Verzicht auf die „Bürgschaftsaufkündigung durch Anerkennung der Negrefpflicht („Angriff des Kollokationsplanes) festzustellen, es seien die an-„gerufenen Beschwerden und Prozeßakten einzuverlangen und zu „prüfen, sowie die Parteibefragung durchzuführen. Zur Durch-„führung dieser Beweise seien die Akten an die Vorinstanzen „zurückzuweisen.“

E. — In seiner Vernehmlassung auf die Berufung hat der Be-klagte in erster Linie folgende Einwendungen erhoben:

1. Die Berufung sei verwirkt, da die Klägerin laut vorgelegter Bescheinigung der Gerichtskasse Muri bereits die sämtlichen unter- und obergerichtlichen Kosten bezahlt und damit das obergerichtliche Urteil als rechtskräftig anerkannt habe.

2. — Der Vorstand der Klägerin habe in seiner Sitzung vom 18. Juni 1910 einstimmig beschlossen, das obergerichtliche Urteil nicht weiterzuziehen; der Anwalt der Klägerin sei deshalb zur Prozeßführung nicht mehr legitimiert.

Eventuell hat der Beklagte die Berufungsanträge materiell be-ritten.

F. — Gegenüber den beiden prozessualen Einwendungen des Beklagten hat der Vertreter der Klägerin eine neue Vollmacht des Verwaltungsrates der Kasse vom 7. Juli 1910, „speziell zur Be-„rufung an das Schweizerische Bundesgericht“, sowie eine Zu-„schrift des Kassaverwalters vom 8. Juli 1910 zu den Akten ge-„bracht, worin der Verwalter erklärt, daß die Bezahlung der kan-„tonalen Gerichtskosten nur erfolgt sei, weil die Gerichtskasse Muri Bezahlung verlangt habe mit der Androhung der rechtlichen Ein-„forderung; —

in Erwägung:

1. — Was die prozessualen Einwendungen des Berufungs-„beklagten betrifft, entfällt die Bestreitung der Legitimation des Anwaltes der Klägerin zur Berufungserklärung ohne weiteres angesichts der von jenem nachträglich beigebrachten Prozeßvoll-„macht, und auch die Einrede der Berufungsverwirkung erweist sich als unbegründet. Die Bezahlung der kantonalen Gerichts-„kosten, gemäß dem letztinstanzlichen kantonalen Urteile, kann

nämlich nicht als Anerkennung dieses Urteils seitens der be-„zahlenden Partei angesehen werden; denn die Pflicht zur Be-„zahlung der von den Kantonen für die Prozeßführung vor ihren Gerichten erhobenen Gebühren und Auslagen wird von dem in Art. 65 Abs. 1 OG statuierten Suspensiveffekte des Rechts-„mittels der Berufung nicht berührt, sondern bestimmt sich aus-„schließlich nach den Vorschriften des kantonalen Prozeßrechts. Dieses kann insbesondere vorschreiben — was tatsächlich in ver-„schiedenen Kantonen Rechtsens ist —, daß die kantonalen Ge-„richtskosten von der zu ihrer Tragung verurteilten Partei sofort zu bezahlen sind, trotzdem das kantonale Urteil wegen der mög-„lichen oder bereits erfolgten Weiterziehung der Streitsache auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht hinsichtlich der Verpflichtungen der Parteien unter einander noch nicht voll-„streckbar ist und auch die Verlegung jener Gerichtskosten noch nicht definitiv feststeht. So hat gerade vorliegend die Klägerin nach der glaubwürdigen Erklärung ihres Verwalters die kanto-„nalen Gerichtskosten nur bezahlt, um die ihr angedrohte zwangs-„weise Eintreibung zu vermeiden; folglich kann aus dieser Zahlung ein Verzicht der Klägerin auf die Anrufung des Bundesgerichts nicht abgeleitet werden.

2. — Zu der Sache selbst geht die Vorinstanz von der An-„nahme aus, das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner der vorliegend geltend gemachten Forderung, Josef Stöckli, qualifiziere sich als Kontokorrentvertrag. Dieser Vertragstypus setzt voraus (vergl. U. S. 29 II Nr. 39 Erw. 5 S. 336; Staub, Kommentar zum deutschen HGB, 8. Aufl., § 355, Anm. 8, S. 1255), daß zwischen den Vertragsparteien gegenseitig Forderungen und Schulden bestehen, die periodisch zur Verrechnung gebracht werden. Dies trifft jedoch hier nicht zu. Aus dem bei den Akten liegenden sog. „Konto-Korrent-Auszug“ der Klägerin für Josef Stöckli (der übrigens den technischen Er-„fordernissen einer Kontokorrentabrechnung in keiner Weise ent-„spricht) geht keineswegs „klar und deutlich“ hervor, „daß auf beiden Seiten (Kreditnehmer und Kreditgeber) Forderungen und Schulden bestanden haben und daß gegenseitig Ansprüche und Leistungen existent geworden sind“, wie das Obergericht feststellt.

In der fraglichen Rechnungsaufstellung figurirt vielmehr die Klägerin bloß als Gläubigerin und Josef Stöckli bloß als Schuldner; denn die Aufstellung enthält einerseits nur den auf 1. Juni 1907 ermittelten Saldo des Guthabens der Klägerin an Stöckli aus dem ihm gewährten Kredit, nebst späteren Zinszuschlägen und einem weiteren nebensächlichen Kreditposten der Klägerin, und anderseits nur die von bzw. für Stöckli der Klägerin auf jene Saldoforderung geleisteten Abzahlungen. Danach handelt es sich beim Verhältnis zwischen den beiden um ein einfaches Darlehen, das die Klägerin Stöckli vereinbarungsgemäß — laut dem „Kreditvertrag“ vom 5. Juni 1903 — in laufender Rechnung kreditiert d. h. in der Weise gewährt hat, daß er den Darlehensbetrag nach Belieben in einzelnen Raten sollte beziehen und ebenso auch in einzelnen Raten sollte zurückbezahlen können, wobei die Klägerin über die Abwicklung dieses Geschäftes nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung eben eine „laufende“ d. h. zusammenhängende Rechnung, nach Art der Kontokorrentrechnungen, zu führen hatte. Etwas weiteres kann aus der Tatsache, daß Stöckli den „Kreditvertrag“ als „Kontokorrentnehmer“ unterzeichnet hat, nicht gefolgert werden. Über die Rückzahlung des Darlehens aber enthält der „Kreditvertrag“ keine Vereinbarung: er fixiert weder einen bestimmten Termin, innerhalb dessen der gesamte Darlehensbetrag zurückerstattet sein sollte, noch verpflichtet er den Schuldner zur Rückerstattung auf Kündigung innert bestimmter Frist oder auf beliebige Aufforderung seitens der Klägerin hin; folglich war das Darlehen nach Gesetz (Art. 335 OR) jederzeit auf sechs Wochen kündbar und konnte von rechtswegen nur unter Beobachtung dieser Kündigungsfrist zurückgefordert werden.

Es erhebt sich nun allerdings die Frage, ob dieser ursprünglich vertrags- bzw. gesetzesgemäße Rechtszustand nicht nachträglich, zufolge der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner Stöckli vom Oktober 1906, in dem Sinne abgeändert worden sei, daß das Darlehen als zeitlich, gemäß Art. 208 SchRG, jederzeit fällig und auf Verlangen ohne weiteres zurückzahlbar angesehen werden muß. Tatsächlich sind die Vertragsparteien selbst später nach dieser Auffassung vorgegangen, indem die Klägerin im Juni 1907 den Hauptschuldner Stöckli ohne vorgängige

Kündigung des Darlehens für dessen Saldo betrieben hat und Stöckli sich diese Betreibung widerspruchslos hat gefallen lassen. Allein für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites fällt entscheidend in Betracht, daß sich der Beklagte selbst nicht in unzweideutiger Weise auf diesen Standpunkt gestellt hat. In seiner „Rechtlichen Kündigung“ der Bürgschaft, vom 21. Mai 1907, hat er weder verlangt, daß die Klägerin die Forderung gegenüber dem Hauptschuldner ohne weiteres innert vier Wochen rechtlich geltend mache, wie Art. 503 Abs. 1 OR dies für den Fall einer bereits fälligen Hauptschuld vorsteht, noch, daß die Klägerin gemäß Art. 503 Abs. 2 OR zunächst durch Kündigung die Fälligkeit des Darlehens bewirke und hierauf im Sinne des Art. 503 Abs. 1 vorgehe. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt, die Klägerin aufzufordern, „innert gesetzlicher Frist“ für andere Bürgschaftsleistung oder gänzliche Abbezahlung der Darlehensschuld zu sorgen. Wenn nun auch anzunehmen wäre, daß diese Formulierung der Bürgschaftskündigung unter normalen, klaren Verhältnissen genügt hätte — was dahingestellt bleiben kann —, so ist doch zu sagen, daß dem Beklagten unter den hier gegebenen Umständen, mit Rücksicht auf die durch den Konkursausbruch über den Hauptschuldner und den hierauf zu Stande gekommenen Nachlaßvertrag geschaffene Unklarheit der rechtlichen Situation, die Pflicht obgelegen hätte, sich in bestimmter Weise darüber auszusprechen, welches Vorgehen — ob nach Art. 503 Abs. 1 oder Abs. 2 — er von der Klägerin als Gläubigerin verlange. Indem er dies nicht getan hat, kann er keinen Befreiungsgrund im Sinne von Art. 503 Abs. 3 OR daraus ableiten, daß die Klägerin mit der, festgestelltermäßen erst am 22. Juni 1907 angehobenen Betreibung des Hauptschuldners die gesetzlich vorgeschriebene Frist von vier Wochen zur rechtlichen Geltendmachung der fälligen Forderung nicht eingehalten hat. Die Klage kann somit, entgegen dem Entscheide des kantonalen Richters, nicht auf Grund des ersten Einwandes des Beklagten abgewiesen werden.

3. — Ist demnach auf eine Prüfung der weiteren Einwendungen des Beklagten einzutreten, so erscheinen dessen Behauptungen, daß die Klägerin die gegen den Hauptschuldner angehobene Betreibung nicht ohne Unterbrechung fortgesetzt, sowie, daß sie

den Beklagten entgegen der Vorschrift des Art. 510 Abs. 2 OR vom Konkurse des Hauptschuldners nicht benachrichtigt habe (Ziffern 2 und 5 in Fakt. B oben), ohne weiteres als unbehelflich. Denn was den ersteren Einwand betrifft, geht aus den Akten nicht hervor, daß die Erklärung des Verwalters der Klägerin vom 4. August 1907, er ziehe das verlangte Pfändungsbegehren „für 14 Tage“ zurück, irgend einen Einfluß auf das Ergebnis der Betreibung gehabt hat. Jene Erklärung scheint überhaupt nicht aufrecht erhalten worden zu sein, da das Betreibungsamt laut vorliegender Pfändungsurkunde auf Grund eines Pfändungsbegehrens vom 9. August am 10. August 1907 für die Forderung der Klägerin eine Pfändung vorgenommen hat. Auf die nicht erfolgte Benachrichtigung vom Ausbruch des Konkurses über den Hauptschuldner aber kann sich der Beklagte nicht berufen, da unbestrittenmaßen feststeht, daß er selbst an diesem Konkurse mit einer eigenen Forderung beteiligt war und somit hievon ohnehin Kenntnis hatte.

Nähere Erörterung dagegen bedürfen die beiden Einwendungen, daß die Klägerin dem Nachlaßvertrage im Konkurse des Hauptschuldners zugestimmt habe, ohne dem Beklagten nach Vorschrift des Art. 303 Abs. 2 EOR die Abtretung ihrer Forderung angeboten zu haben (Ziffer 3 in Fakt. B oben), sowie namentlich, daß die Klägerin dem Hauptschuldner den freihändigen Verkauf gepfändeter Waren gestattet und so ihr und dem Beklagten gebotene Sicherheit preisgegeben habe (Art. 508 OR). In beiden Richtungen ist jedoch der Tatbestand nicht genügend abgeklärt, um den direkten Abspruch durch den Berufsrichter zu ermöglichen. Es rechtfertigt sich daher, die Streitsache zur vorgängigen Beurteilung dieser beiden Punkte auf Grund des in Betracht fallenden Beweismaterials in Anwendung des Art. 82 Abs. 2 OR an die Vorinstanz zurückzuweisen; —

erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird dahin gutgeheißen, daß das Urteil des aargauischen Obergerichts vom 29. April 1910 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Motive an die kantonale Instanz zurückgewiesen wird.

78. Urteil vom 26. November 1910 in Sachen
Caisse d'Epargne de la Vallée de Tavannes, Kl. u. Ber.-Kl.,
gegen Amtsbürgschaftsgenossenschaft für den Kanton Bern,
Bekl. u. Ber.-Bekl.

Haftung aus Amtsbürgschaft? Mangel einer Schädigung des durch die Bürgschaft gesicherten Amts-(Geschäfts-)herrn : a) Verrechnung einer Wechselforderung des Geschäftsherrn an den Bürgen mit einer Forderung des Bürgen an den Angestellten, für den die Bürgschaft besteht ; Ungültigkeit der Verrechnung wegen mangelnder Gutgläubigkeit des Bürgen bei ihrer Vornahme (Entgegennahme des Wechsels). — b) Unterschlagung von Geldern durch den Angestellten, die er der Kasse des Geschäftsherrn zur Auszahlung an einen Geschäftsgläubiger entnommen und für diesen Gläubiger inne hat, bei Rechtsmässigkeit dieser Geldentnahme an sich.

A. — Durch Urteil vom 6. Mai 1910 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt :

„Der Klägerin ist ihr prinzipales Klagsbegehren zugesprochen für einen Betrag von 1635 Fr. 50 Cts. nebst Zins davon à 5 % seit 25. Juni 1906 ; soweit dieses Begehren weitergeht, ist die Klägerin damit abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen : das angefochtene Urteil sei dahin abzuändern, daß die Beklagte verurteilt werde, der Klägerin die eingeklagten 14,507 Fr. 25 Cts. voll, nebst Zins zu 5 % seit der Zustellung der Vorladung (25. Juni 1906), zu bezahlen, eventuell aber eine richterlich zu bestimmende Summe.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Berufungsklägerin den Hauptantrag seiner Berufung erneuert und erklärt, den eventuellen Antrag fallen zu lassen.

Der Vertreter der Berufungsbeklagten hat auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Klägerin, Caisse d'Epargne de la Vallée de Tavannes, hat den Alfred Faigaur bis zum 24. April 1905 als