

Diese Ansicht ist unzutreffend. Gewiss war die Anordnung der Ventile äusserlich sichtbar. Da es sich aber um eine technische Installation handelte, musste der Kläger als Laie auch bei ordnungsgemässer Prüfung nicht notwendig auf die falsche Anordnung aufmerksam werden. Der Beklagte selber hat trotz jahrelangen Gebrauchs des Boilers den Mangel auch nicht erkannt, und nicht einmal die Handwerker, durch die er seinerzeit eine Revision vornehmen liess, sind darauf gestossen. Der Mangel war also trotz der äussern Sichtbarkeit für den Kläger nicht erkennbar und demgemäss im Sinne von Art. 201 OR ein geheimer.

Der Kläger war auch nicht verpflichtet, einen Fachmann zur Prüfung der Boilieranlage heranzuziehen. Von einer allgemeinen Verpflichtung des Käufers, technische Einrichtungen dieser Art fachmännisch prüfen zu lassen, kann keine Rede sein, und ein besonderer Anlass, eine solche Prüfung anzuordnen, bestand für den Kläger nicht. Der Boiler hat tatsächlich auch nach Kaufübergang noch während Jahren funktioniert. Abgesehen hiervon erscheint durchaus ungewiss, ob die Prüfung der Anlage durch einen Fachmann wirklich zur Entdeckung des Mangels geführt hätte, ist derselbe ja auch bei der vom Beklagten veranlassten Revision nicht entdeckt worden.

e) (Der Beklagte hat den Nachweis erbracht, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt; eine Haftung nach Art. 97 ff. ist daher zu verneinen.)

4. — (Mangels Verschuldens fällt auch eine Haftung nach Art. 41 ff. ausser Betracht.)

### 77. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Dezember 1937

i. S. Bianchi gegen Schweiz. Bodenkreditanstalt.

Bürgerschaft.

Zum voraus erteilte Zustimmung des Bürgen zu jeglichem künftigen Schuldnerwechsel. Frage der Zulässigkeit nach Art. 178 Abs. 2 OR sowie Art. 27 ZGB u. 20 OR.

Am 11. Juni 1932 verpflichtete sich der Kläger als Solidarbürge für eine auf der Liegenschaft Trottenstr. 73 in Zürich haftende Schuldbriefforderung der beklagten Bank im Betrage von Fr. 40,000.—. Schuldner war der damalige Liegenschaftseigentümer Baumann. In den gedruckten Bürgschaftsbedingungen ist die Bank, unbeschadet der Haftpflicht des Bürgen, berechtigt erklärt:

« 1....

2. bei einem allfälligen Wechsel des Eigentümers der Briefunterpfande infolge Erbanges, Kaufes etc. ohne Anzeige an den Bürgen sich entweder an den alten Schuldner zu halten, oder diesen zu entlassen und den neuen Pfandeigentümer als Schuldner anzunehmen, in der ausdrücklichen Meinung, dass die vorstehende Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung alsdann auch für den neuen Schuldner fortbestehe; »

In dem gegen Baumann durchgeführten Grundpfandverwertungsverfahren ersteigerte ein gewisser Perini am 4. Oktober 1933 die Liegenschaft für Fr. 45,000.—, unter Übernahme der persönlichen Schuldpflicht für den Schuldbrief. Gemäss Art. 834 ZGB teilte das Grundbuchamt die Eigentumsübertragung und die Übernahme der Schuldpflicht durch den Erwerber der Beklagten mit unter Hinweis auf ihr Recht, durch Erklärung binnen Jahresfrist nach Art. 832 ZGB den bisherigen Schuldner beizubehalten.

Mit eingeschriebenem Brief vom 18. November 1933 setzte die Beklagte den Kläger von dieser Anzeige in

Kenntnis mit der Erklärung, sie werde den neuen Pfand-eigentümer (Perini) als Schuldner annehmen, sofern der Kläger als Bürge der gesamten Hypothekarforderung nicht umgehend dagegen Einspruch erhebe. Der Kläger liess diese Zuschrift unbeantwortet.

In der Folge kam auch der neue Pfand-eigentümer Perini seinen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten nicht nach, weshalb diese die Forderung sowohl gegen den Schuldner Perini wie gegen den Bürgen, den heutigen Kläger, kündigte und am 23. November 1936 gegen den Kläger in Betreuung setzte. Der Kläger schlug Recht vor. Auf die provisorische Rechtsöffnung hin erhob der Kläger die vorliegende Aberkennungsklage, die vom Bezirksgericht Zürich durch Urteil vom 3. März 1937 u. vom Obergericht durch Urteil vom 2. Juni 1937 abgewiesen wurde.

Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Kläger die Berufung ans Bundesgericht erklärt.

*Aus den Erwägungen :*

Es fragt sich, ob eine zum voraus erteilte, generelle Zustimmung des Bürgen zu jeglichem künftigen Schuldnerwechsel, wie sie in Ziff. 2 des vorliegenden Bürgschaftsvertrages enthalten ist, den Anforderungen des Art. 178 Abs. 2 OR entspreche und ob sie nicht eine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit und wirtschaftlichen Existenz des Bürgen im Sinne von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR darstelle.

a) Was die Form und den Zeitpunkt der Zustimmungserklärung nach Art. 178 Abs. 2 angeht, ist die hauptsächlich schweizerische Literatur und sie Rechtsprechung zu Art. 178 OR, sowie die deutsche Literatur und Praxis zu der in diesem Punkte gleichlautenden Vorschrift des § 418 BGB für unsere Frage wenig ergiebig. Auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über die Schuldübernahme, welche anlässlich der Revision von 1911 ins OR aufgenommen wurden, ist für die Frage nicht

aufschlussreich ; vgl. Art. 1208 des Entwurfes 1905, Stenograph. Bulletin Nat. Rat 1909 S. 557, 559, Ständerat 1910 S. 186 und OSER/SCHÖNENBERGER Art. 178 N. 10.

Einigkeit besteht darüber, dass die Zustimmung keiner besonderen Form bedarf.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Zustimmungserklärung ergibt die Literatur und Praxis fast nur allgemeine Anhaltspunkte ; so OSER, Art. 178 N. 10, BECKER, Art. 178 N. 9, VON TUHR, OR II S. 776 (vgl. dazug BGE 60 II 334), etwas einlässlicher Hasler, Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Zürich. Diss. 1911, S. 92/93 ; ferner die deutschen Lehrbücher und Kommentare, ENNECERUS, Recht der Schuldverhältnisse 1928 S. 267/68, STAUDINGER-WERNER II 1 1930 S. 885/86, OERTMANN, Schuldverhältnisse I 1928 S. 484/85. Diese Autoren scheinen jedoch als selbstverständlich vorauszusetzen, dass die Zustimmung des Bürgen nur für eine einzelne, konkrete Schuldübernahme erklärt werden könne. Erst in der neuern Literatur wird zur vorwürfigen Frage ausdrücklich Stellung bezogen und zwar in dem Sinne, dass die Gültigkeit einer Bürgschaftsvertragsklausel, wonach der Bürge auch bei beliebigem künftigen Schuldnerwechsel weiterhafte, zum mindesten zu bezweifeln sei ; so RAAFLAUB, Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr, Berner Diss. 1932, S. 95 f, LEROCH und TUASON, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, 86 N. 3.

Man könnte sich dabei fragen, ob ein Unterschied zu machen sei zwischen einfacher Bürgschaft, Solidarbürgschaft oder Bürgschaft zur Verstärkung eines Pfandrechtes (wie im vorliegenden Fall). Das erscheint aber kaum angängig, denn die Person des Hauptschuldners, seine Zahlungsfähigkeit und seine Zahlungswilligkeit spielen doch in allen Fällen eine entscheidende Rolle. Die Person des Schuldners ist auch für den Regress massgeblich, falls sich ein Pfandausfall ergibt. Bei einer Solidarbürgschaft bestehen sogar noch mehr Bedenken als bei einer

einfachen Bürgschaft, weil der Bürge direkt belangt werden kann.

Auch wenn man annimmt, dass der Gläubiger im allgemeinen bei der Schuldübernahme zum Rechten sehe, so ist die Gefahr eines Interessenkonfliktes oder einer Benachteiligung des Bürgen nicht zu übersehen. Es ist nach der Erfahrung leicht denkbar, dass der Gläubiger zunächst seine Interessen wahrnimmt und darob den Bürgen übersieht, zumal wenn er auf Grund einer Klausel von der Art der vorliegenden annehmen darf, dass der Bürge nach wie vor haftbar bleibe. Er wird die Solvenz und die Verhältnisse des neuen Schuldners nicht so prüfen, wie er es im gegenteiligen Fall tun würde.

Eine Klausel von der Art der hier in Frage stehenden Vertragsziffer 2 bildet eine Quelle zahlloser Streitigkeiten und Prozesse. Der Bürge würde, wenn dem Gläubiger gestattet wäre, ohne seine Zustimmung irgendwelche Personen als Schuldner anzunehmen, unabsehbares Risiko laufen; auch bestände die Gefahr einer Ausbeutung der wirtschaftlich schwächern oder der unerfahrenen Vertragspartei.

Mit gutem Grund wird daher de lege ferenda gefordert, dass die Zustimmung des Bürgen zum Schuldnerwechsel ebenfalls den Formvorschriften für die Bürgschaft unterstellt werde, weil der Schuldnerwechsel unter Umständen geeignet sei, die Bürgschaft auf eine vollständig neue Grundlage zu stellen, insbesondere das Bürgenrisiko ausserordentlich zu erhöhen (vgl. STAUFFER, Die Revision des Bürgschaftsrechts, Referat am Schweizerischen Juristentag 1935, S. 49).

Aber auch schon nach dem geltenden Recht lässt sich jedenfalls der Standpunkt vertreten, dass die Zustimmung des Bürgen nur gegenüber einer konkreten Schuldübernahme, also nur von Fall zu Fall gegeben werden könne. Der Zweck von Art. 178 Abs. 2 OR besteht gerade darin, dem Bürgen zu ermöglichen, sich angesichts eines bestimmten Schuldübernehmers über das Risiko einer Weiter-

haftung Rechenschaft zu geben und sich frei entschliessen zu können. Es ist eine Bestimmung zum Schutz des Bürgen, welche auf der gleichen Linie liegt wie jene zahlreichen Kautelen, welche das Bürgschaftsrecht gegenüber übereilten Bürgschaften, gegen unerkennbare, ungewisse Risiken geschaffen hat.

Nach dieser Auslegung wäre also Art. 178 Abs. 2 OR in dem Sinne zwingendes Recht, dass eine generelle, zum voraus gegebene Zustimmung des Bürgen zur Weiterhaftung für jeden beliebigen Schuldübernehmer nicht als gültig anerkannt werden könnte. Eine solche Klausel würde den Gläubiger nicht der Notwendigkeit entheben, von Fall zu Fall, für jede konkret sich stellende Schuldübernahme die Zustimmung des Bürgen einzuholen, welche dann im übrigen nach geltendem Recht (vielleicht aber nicht mehr nach künftigem Recht) ausdrücklich oder in konkludenter Weise erteilt werden könnte.

Wie es sich mit der Zulässigkeit der streitigen Klausel nach Art. 178 Abs. 2 OR auch verhalten mag, so hat aber der Kläger die Haftung als Bürge für Perini auf jeden Fall nachträglich übernommen.

Als die Liegenschaft bei der betriebsrechtlichen Steigerung vom 4. Oktober 1933 auf Perini übergang, teilte die Beklagte dies am 18. November 1933 durch eingeschriebenem Brief dem Kläger mit und fügte folgende Erklärung bei: « Wir werden nun den neuen Pfand-eigentümer als Schuldner annehmen, sofern Sie als Bürge unserer obgenannten Hypothekarforderung nicht umgehend dagegen Einspruch erheben ». Damit hatte der Kläger entsprechend Art. 178 Abs. 2 OR und entsprechend den obigen Ausführungen Gelegenheit, zu dieser konkreten Schuldübernahme und zur Frage seiner Weiterhaftung als Bürge Stellung zu nehmen. Er liess jene Mitteilung unbeantwortet, was angesichts der Umstände, namentlich auch mit Rücksicht auf die Entstehungsweise der Bürgschaft, als Zustimmung durch konkludentes Verhalten zu verstehen ist. Das genügt den Voraussetzungen

von Art. 178 Abs. 2 OR. Entgegen der Meinung des Beklagten ist keine schriftliche Erklärung nötig wie zur Eingehung der Bürgschaft.

b) Damit wird auch die Frage hinfällig, ob die streitige Klausel des Bürgschaftsvertrages vom 11. Juni 1932 nicht die wirtschaftliche Freiheit des Klägers in einem das Recht und die guten Sitten verletzenden Masse beschränkt habe und daher nach Art. 27 ZGB und Art. 20 OR als nichtig anzusehen wäre. Dass eine solche Klausel nach den Umständen des einzelnen Falles nichtig sein könnte, ist grundsätzlich wohl nicht zu bezweifeln. Sie ist aber hier nach dem bereits Gesagten überholt durch die Vorgänge anlässlich der Schuldübernahme durch Perini, wo der Kläger seiner weiteren Haftung als Bürge in konkludenter Weise zugestimmt hat.

#### 78. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1937

##### i. S. Konkursmasse Egmund Stocker-Blatter gegen Baugesellschaft Riehenring.

Kombinierter Vertrag, bestehend aus einem Werkvertrag über Installationsarbeiten, einem Werkvertrag, durch den sich der Installateur verpflichtet, durch die Gegenpartei ein Haus erstellen zu lassen, und einem Kaufvorvertrag, das dazu nötige Grundstück von einem Dritten zu erwerben. Nichtigkeit des Kaufvorvertrages mangels öffentlicher Beurkundung. Die Gültigkeit der Werkverträge, einschliesslich der darin vereinbarten Zahlungsmodalitäten, bleibt davon unberührt. Art. 216 Abs. 2, 20 Abs. 2 OR.

A. — Die Baugesellschaft Riehenring und das Architekturbureau Bercher & Tamm einerseits und die Installationsfirma Egmund Stocker andererseits schlossen am 28. April 1931 einen Vertrag ab, nach dessen Ziffer 1 der Firma Stocker die Lieferung der Boiler und die Erstellung der sanitären Installationen für 10 Häuser übertragen wurde, welche die Baugesellschaft Riehenring zu erstellen

beabsichtigte. Für jedes Haus war der Abschluss eines besonderen Werkvertrages vorgesehen. Der Gesamtbetrag der von Stocker auszuführenden Arbeiten sollte sich mindestens auf Fr. 130,000.— belaufen.

Nach Ziffer 11 des Vertrages verpflichtete sich Stocker, eines dieser 10 Häuser, und zwar das Haus Riehenring 23, für sich selber auf eigene Rechnung zu übernehmen; im Einzelnen bestimmte der Vertrag hierüber:

« 1. Der Unternehmer kauft die zur Erstellung des Hauses Riehenring Nr. 23 vorgesehene Parzelle haltend ca. 325 m<sup>2</sup> direkt vom Kanton Basel-Stadt und zwar zum Preise von Fr. 50.— per m<sup>2</sup>....

2. Über die Verpflichtung zum Kauf der vorerwähnten Parzelle soll ein notarieller Kaufvorvertrag zwischen der Firma Egmund Stocker und der Baugesellschaft Riehenring abgeschlossen werden.

3. Der Unternehmer erteilt der Firma Bercher & Tamm den Auftrag, das Haus Riehenring Nr. 23 zum Pauschalpreis von Fr. 175,000.— schlüsselfertig zu erstellen. In diesem Preis ist der Kaufpreis für das Land miteingerechnet. »

Über die Bezahlung des Werklohnes bestimmte Ziffer V des Vertrages:

« Die dem Unternehmer übertragenen Arbeiten werden wie folgt bezahlt:

1. Solange das von der Firma Egmund Stocker übernommene Haus nicht vollständig bezahlt ist: 70 % der jeweils in den Bau gelieferten und fertiggestellten Arbeiten in bar, 10 % vier Wochen nach definitiver Schätzung, 20 % werden jeweils verrechnet mit dem aus Kauf des Landes und aus der Erstellung des Hauses Riehenring Nr. 23 der Fa. Bercher & Tamm und der Baugesellschaft Riehenring geschuldeten Pauschalbeträge. » ...

Über die Arbeiten und Lieferungen für die einzelnen Häuser kamen in Ausführung des Rahmenvertrages einzelne Werkverträge zustande. Der notarielle Kaufvor-