

seulement le « superflu ». Il ne saurait cependant être statué sur des conclusions aussi indéterminées. Il eût appartenu à la Commune de préciser la quantité d'eau qu'elle réclame et d'indiquer le prix qu'elle est disposée à payer. Quant à la seconde condition, la Cour d'appel constate que l'expropriation est requise pour le pâturage de la Raveyre, propriété de la Commune, et pour d'autres fonds. Il ne semble s'agir là que d'intérêts privés. Dans tous les cas, la demanderesse n'a pas rapporté la preuve que ce fussent des intérêts généraux qui justifieraient l'expropriation. En l'état, ses conclusions ne peuvent être admises. Leur rejet ne préjuge rien pour l'avenir. La Commune conserve la faculté de requérir l'expropriation, soit en se fondant sur l'art. 711 CC, soit en invoquant la loi d'expropriation cantonale, si elle peut prouver l'existence des conditions exigées par les dispositions applicables.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

##### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 58. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1938

i. S. Hollenweger gegen Monnot.

##### Bürgschaft:

1. Gültigkeit, örtlich anwendbares Recht. Die Vorschrift des Art. 493 OR über die Angabe des Haftungsbetrages ist d'ordre public. Erw. 1.
2. « Garantie solidaire » als Solidarbürgschaft. Unterschied zum Garantieversprechen. Erw. 2.
3. Angabe des Haftungsbetrages, Art. 493 OR. Verschärfung der Praxis: Es genügt nicht, dass der Betrag für

den Bürgen bei Eingehung der Bürgschaft bestimmbar ist, sondern der Bürge muss ihn dabei deutlich und unmittelbar vor Augen haben. Erw. 3 und 4.

A. — Der Kläger Jean Hollenweger ist der Vater von J. Hch. Hollenweger, der Direktor der Société anonyme de fabrication industrielle de caoutchouc, genannt « Safic », in Delle, war. Die « Safic » musste im Jahre 1933 gerichtlich liquidiert werden. Die Aktionäre, worunter der Beklagte, machten den Direktor Hollenweger für den Verlust des Aktienkapitals verantwortlich.

Am 16. Oktober 1933 erschienen der Beklagte und zwei weitere Aktionäre in Zofingen, wo sich Direktor Hollenweger vorübergehend bei seinen Eltern aufhielt. Sie verlangten, dass Hollenweger sich für die Verluste der Aktionäre ausdrücklich als haftbar erkläre und dass sein Vater, der Kläger, für ihre Schadloshaltung gutstehe. Direktor Hollenweger und sein Vater stellten darauf folgende schriftliche Erklärung aus:

« Zofingen, le 16 octobre 1933.

» Je soussigné Jean Hollenweger m'engage par la présente de rembourser les actionnaires de la « Safic » qui ont versé, dans un délai maximum de deux ans ou avant si possible.

» J. Hch. H.

» pour caution solidaire

» Bon pour garantie solidaire

» J. Hollenweger père. »

B. — Auf Grund dieser Erklärung machte der Beklagte im Herbst 1934 gegen den Kläger Ansprüche geltend in der Höhe von insgesamt frzFr. 161,000.— = SchwFr. 32,200.—, teils für seine eigenen Verluste, teils für die Verluste anderer Aktionäre, die ihm ihre Ansprüche abgetreten hatten. Er leitete für SchwFr. 32,200.— zuzüglich 5 % Zins seit 1. Oktober 1934 in Zofingen Betreuung ein, wogegen der Kläger Recht vorschlug. Durch Entscheid vom 21. Januar 1936 erteilte der Präsident des

Bezirksgerichts Zofingen dem Beklagten die provisorische Rechtsöffnung. Der Entscheid wurde den Parteien am 31. Januar 1936 zugestellt.

C. — Hierauf reichte der Betreibungsschuldner am 4. Februar 1936 vorliegende Klage ein mit dem Begehren, die Forderung sei abzuerkennen. Er bestreitet in erster Linie die Gültigkeit der von ihm am 16. Oktober 1933 unterzeichneten Erklärung. Er habe dabei in völliger Unkenntnis der bei der « Safic » bestehenden Rechtslage gehandelt. Insbesondere sei ihm die Höhe der zu zahlenden Summen nicht bekannt gewesen. Er habe nur mit Rücksicht auf die Bedrängnis seines Sohnes unterzeichnet, dem vom Beklagten mit einer Strafklage der Aktionäre gedroht worden sei. Betrachte man die Erklärung als Bürgschaft, so fehle ihr die Angabe eines bestimmten Haftungsbetrages nach Art. 493 OR. Sollte es sich um ein Garantieverprechen gemäss Art. 111 OR handeln, so könnte der Beklagte sich erst dann an den Kläger halten, wenn er den Schuldner, also den Sohn Hollenweger, erfolglos belangt hätte, wozu es noch nicht gekommen sei. Im weitern sei der Beklagte zur Betreibung nicht legitimiert gewesen, insoweit er Forderungen anderer Aktionäre geltend mache; die Abtretungserklärungen dieser Aktionäre hätten bei Einleitung der Betreibung noch nicht vorgelegen und seien dem Kläger nie mitgeteilt worden.

Das Bezirksgericht Zofingen hiess die Klage für den Betrag von frzFr. 20,000.— nebst 5 % Zins seit 1. Oktober 1934 gut und wies sie im übrigen ab. Es erblickte in der Erklärung vom 16. Oktober 1933 ein gültiges Garantieverprechen gemäss Art. 111 OR, nahm aber an, dass die Abtretungen gegenüber dem Kläger rechtsunwirksam seien, weil man sie ihm nicht mitgeteilt habe, wie es nach für diese Frage massgebendem französischem Recht erforderlich gewesen wäre. Der Beklagte könne daher nur seine eigenen Ansprüche in der Höhe von frzFr. 20,000.— geltend machen.

Das Obergericht des Kantons Aargau, an welches beide

Parteien appellierten, änderte durch Urteil vom 29. April 1938 das erstinstanzliche Urteil in der Weise ab, dass es die Forderung im Betrage von SchwFr. 12,000.— nebst 5 % Zins seit 1. Oktober 1934 aberkannte; für den Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Das Obergericht behandelte die Erklärung des Klägers vom 16. Oktober 1933 als Solidarbürgschaft. Über den Höchstbetrag seiner Haftung habe sich der Kläger Rechenschaft geben können, weil er über die Einzahlungen der einzelnen Aktionäre der « Safic » ganz genau orientiert gewesen sei. Das genüge nach der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 493 OR. Die Haftung des Klägers sei daher grundsätzlich gegeben. Die Gültigkeit der Abtretungen bestimme sich nach dem Recht der abgetretenen Forderungen, also nach schweizerischem Recht, das eine Anzeige an den Schuldner nicht verlange. Einzelne Abtretungen, im Gesamtbetrage von frzFr. 60,000.— = SchwFr. 12,000.— seien aber erst nach Zustellung des Zahlungsbefehles an den Kläger erfolgt. Der Beklagte sei demnach bei Anhebung der Betreibung noch nicht befugt gewesen, diese Forderungen geltend zu machen, was dazu führen müsse, die Aberkennungsklage im genannten Umfange gutzuheissen.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, die Klage sei in vollem Umfange zu schützen, die Forderung also gänzlich abzuerkennen, eventuell sei die Sache zur Aktenergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beklagte hat Abweisung der Berufung beantragt.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die beiden kantonalen Instanzen sind stillschweigend davon ausgegangen, dass sich die Gültigkeit der Erklärung vom 16. Oktober 1933 nach schweizerischem Recht bestimme. In der Tat ist für Fragen, welche die Entstehung eines Vertrages betreffen, das Recht des Abschlussortes massgebend (BGE 44 II 180; 49 II 73; 59 II 399). Abschlussort aber ist Zofingen, und zwar,

jedenfalls hinsichtlich der vom Kläger eingegangenen Verpflichtung, nicht etwa bloss zufälligerweise; denn der Kläger wohnte damals in Zofingen, wo er und sein auf Besuch weilender Sohn vom Beklagten und dessen Begleitern aufgesucht wurden.

Sofern es sich um eine Bürgschaft handelt, müsste übrigens Art. 493 OR beachtet werden, auch wenn im übrigen ausländisches (französisches) Recht anwendbar wäre. Die Vorschrift bezweckt den Schutz des Bürgen vor unüberlegter Eingehung von Bürgschaften und ist daher als ein Rechtssatz der schweizerischen öffentlichen Ordnung zu betrachten (vgl. HOMBERGER, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, S. 58, Fussnote).

2. — Die Erklärung vom 16. Oktober 1933 wurde bis und mit den Worten « pour caution solidaire » vom Sohn des Klägers geschrieben. Der Kläger fügte « Bon pour garantie solidaire » hinzu und setzte seine Unterschrift darunter. Das Wort « garantie » würde auf ein Garantieverprechen gemäss Art. 111 OR schliessen lassen. Massgebend ist jedoch in erster Linie die Bürgschaftserklärung, « pour caution solidaire », welche der Kläger nicht gestrichen, sondern mitunterzeichnet hat. Der Zusatz « Bon pour garantie solidaire » kann deshalb nicht die Bedeutung haben, dass damit die Bürgschaft ausgeschaltet sein sollte. Aller Wahrscheinlichkeit nach war sich der Kläger als Laie des juristischen Unterschiedes zwischen Garantieverprechen und Bürgschaft gar nicht bewusst und wollte mit seinem Zusatze nur bekräftigen, dass er in Form der Solidarbürgschaft Garantie leiste. Darum wiederholte er auch ausdrücklich bei « garantie » das Wort « solidaire », das bei einem Garantieverprechen keinen Sinn hätte. Durch den Garantievertrag wird die Leistung eines Dritten versprochen ohne Rücksicht darauf, ob dieser leistungspflichtig sei oder nicht; der Garantievertrag ist im Gegensatz zur Bürgschaft nicht akzessorischer Natur (BGE 56 II 381). Wer die Leistung des Dritten « solidarisch »

garantiert, setzt aber dessen Schuldpflicht voraus und verpflichtet sich damit nicht als Garant gemäss Art. 111 OR, sondern als Solidarbürge. Hiezu kommt, dass nach der von der Vorinstanz festgehaltenen Aussage des Sohnes Hollenweger der Beklagte ausdrücklich die Solidarbürgschaft des Klägers verlangt hatte. Wenn der Kläger dementsprechend « pour caution solidaire » unterzeichnete, so musste sich deshalb der Beklagte auf diese Erklärung verlassen können, selbst wenn der Kläger beabsichtigt haben sollte, sie mit seinem Zusatze « Bon pour garantie solidaire » wieder hinfällig zu machen. Der Kläger hat den Vertrag so gegen sich gelten zu lassen, wie der Beklagte den Wortlaut nach Treu und Glauben verstehen durfte. Wie ein anderer Sohn, Albert Hollenweger aussagte, war aber auch der Kläger selber der Auffassung, eine Bürgschaft unterschrieben zu haben.

3. — Nach Art. 493 OR bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe eines bestimmten Betrages seiner Haftung. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Praxis den zweiten Teil dieser Vorschrift dahin ausgelegt, dass der Haftungsbetrag im Bürgschein nicht ziffernmässig angegeben sein müsse; vielmehr genüge es, wenn der Bürge im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus den im Bürgschein enthaltenen Angaben durch logische Überlegung oder durch einfache rechnerische Operation den Höchstbetrag seiner Haftung ohne weiteres mit Sicherheit bestimmen könne, und ebenso genüge es, im Bürgschein auf die Hauptschuldurkunde zu verweisen, sofern in dieser selbst entweder ein bestimmter Betrag genannt oder im oben umschriebenen Sinne feststellbar sei und sich aus diesen sämtlichen Angaben der Höchstbetrag der Haftung in eindeutiger Weise ergebe (BGE 61 II 101; 57 II 526; 50 II 291 und dort erwähnte frühere Urteile).

Diese Praxis ist von verschiedener Seite angefochten worden (KELLER, in der Schweiz. Zeitschr. f. Betreibungs- u. Konkursrecht sowie f. Zivilprozessrecht, 1926 S. 22 ff.;

TOBLER, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem schw. OR, Diss. 1926, S. 48 f.; SCHULTHESS, in der Zeitschr. f. Schw. Recht n. F. 44, S. 91 Fussnote 64; STAUFFER, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1935 S. 45; vgl. auch REICHEL in der Schweiz. Juristenzeitung 20 S. 177). Die Kritik erblickt in den bundesgerichtlichen Grundsätzen eine zu weit gehende Abschwächung des gesetzlichen Formerfordernisses und beanstandet vor allem, dass eine Verweisung auf die Hauptschuldurkunde als rechtsgenügend anerkannt werde.

Die bundesgerichtliche Interpretation des Art. 493 hat sich vom Wortlaut der Vorschrift und auch von der Auffassung, die ihrer Entstehung zu Grunde liegt, unbestreitbar entfernt. Nach dem Wortlaut wäre die strikte Angabe des Haftungsbetrages in der Bürgschaftsurkunde erforderlich. In diesem Sinne äusserte sich auch Prof. Eugen HUBER als Berichterstatter im Nationalrat: « Das ist eine ausserordentlich wichtige Änderung, dass künftig eine Bürgschaft nur gültig sein soll, wenn nicht nur die Unterschrift vorliegt, sondern auch gesagt ist, für welchen Betrag der Bürge haften soll. Dieser soll dadurch zu der richtigen Diligenz angehalten werden, dass er sich vorstellt, für was er haften muss, und nur mit der Haftungssumme vor Augen sich entschliesst, ob er eine Bürgschaft eingehen wolle oder nicht. » (Sten. Bulletin, Nat. Rat. 1909, S. 717). Die Praxis glaubte demgegenüber, auf die formelle Angabe des Haftungsbetrages im Bürgschein weniger Gewicht legen zu müssen, sofern nur feststehe, dass sich der Bürge über den Betrag habe Rechenschaft geben können. Dabei ist vielleicht das Wesen des Art. 493 nicht zur vollen Geltung gekommen. Wenn Art. 493 für die Gültigkeit der Bürgschaft die Angabe des Haftungsbetrages im Bürgschein verlangt, so ist damit eine bestimmte Form vorgeschrieben, die nicht im einzelnen Falle ganz oder teilweise durch den Nachweis soll ersetzt werden können, dass der vom Gesetzgeber angestrebte Schutz des Bürgen ohnehin gesichert gewesen sei. Zudem birgt die Abschwächung des

Formerfordernisses unverkennbar die Gefahr der Rechtsunsicherheit in sich. Wie die Erfahrung gezeigt hat, wird leicht streitig, ob durch diese oder jene Fassung die gesetzliche Form noch als gewahrt angesehen werden könne oder nicht; daraus entstehen zahlreiche Prozesse.

Aus diesen Gründen erscheint es geboten, an die Angabe des Haftungsbetrages gemäss dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 493 künftig strengere Anforderungen zu stellen als bisher. Der Umfang der Haftung soll für den Bürgen bei Eingehung der Bürgschaft nicht bloss bestimmbar sein, sondern der Betrag muss ihm deutlich und unmittelbar vor Augen geführt werden. Nur dann besteht hinreichende Gewähr dafür, dass die Tragweite der Bürgschaft auch tatsächlich in sein Bewusstsein tritt. Als Grundsatz hat daher zu gelten, dass der Haftungsbetrag im Bürgschein ziffernmässig anzugeben ist. Wird der Betrag nicht als solcher genannt, so müssen wenigstens die Elemente, aus denen er sich zusammensetzt, ziffernmässig aufgeführt sein, in der Weise, dass er daraus durch eine einfache rechnerische Operation und ohne Zuhilfenahme sonstigen Wissens festgestellt werden kann. Der Angabe des Betrages im Bürgschein selbst wird die Verweisung auf die vom Hauptschuldner ausgestellte Schuldanerkennung gleichzustellen sein, sofern die Bürgschaftserklärung sich der Schuldanerkennung auf der gleichen Urkunde unmittelbar anschliesst und der Betrag dort in der angeführten Weise festgelegt ist. Ob und wie weit auch auf eine vom Bürgschein getrennte Hauptschuldurkunde soll verwiesen werden können, ist für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung und mag daher vorläufig dahingestellt bleiben.

Das Bedürfnis nach einer strengern Ordnung hat im übrigen bereits auch seinen Niederschlag gefunden im Revisionsentwurf der eidg. Justizabteilung vom Juni 1937 zum Bürgschaftsrecht. Der Entwurf sieht in Art. 494 Abs. 1 vor, dass die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der « Angabe eines

zahlenmässig bestimmten Betrages seiner Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst » bedürfe. Umsoweniger bestehen Bedenken, die Praxis zum heutigen Art. 493 in gleicher Richtung zu verschärfen.

4. — Die Bürgschaftserklärung des Klägers steht auf dem von seinem Sohne ausgestellten Schuldschein, der Schuldanerkennung unmittelbar angeschlossen. Weder ist aber in der Bürgschaftserklärung der Haftungsbetrag angegeben, noch weist die Schuldanerkennung die Schuldsumme aus. Ebensowenig geht aus der Urkunde die Höhe der von den Aktionären der « Safic » geleisteten Einzahlungen hervor, für deren Verlust der Hauptschuldner aufzukommen hat und die infolgedessen für den Bürgen als obere Haftungsgrenze in Betracht fallen. Die Urkunde enthält überhaupt nicht die geringsten zahlenmässigen Angaben. Unter diesen Umständen kann die Bürgschaft gemäss Art. 493 OR nicht als gültig anerkannt werden. Dass der Kläger, wie die Vorinstanz annimmt, über die von den Aktionären der « Safic » geleisteten Einzahlungen unterrichtet war, ändert daran nichts. Massgebend für die Gültigkeit der Bürgschaft ist im Sinne des oben Dargelegten allein die Angabe des Haftungsbetrages in der Bürgschaftserklärung selber, nicht das, was der Bürge sonstwie darüber gewusst haben soll.

5. — Die Berufung ist daher gestützt auf Art. 493 OR gutzuheissen, ohne dass auf die vom Kläger weiter aufgeworfenen Fragen (Gültigkeit der Abtretungen usw.) eingetreten zu werden braucht.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 29. April 1938 aufgehoben und die Aberkennungsklage in vollem Umfange geschützt.

## 59. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Oktober 1938

i. S. Widmer gegen Zürcher Kantonalbank.

Legitimationsprüfung bei Sparheft.  
Hinterlegungsvertrag (offenes Bankdepot), Art. 472 ff.  
OR.

Inwieweit sind vorgedruckte Reglementsbestimmungen Vertragsinhalt ?

Legitimationsprüfung bei Vollmacht zum vorübergehenden Rückzug des Depots.

A. — Am 24. April 1934 legte der Kläger bei der Beklagten das Sparheft Nr. 952,432 mit einer Einlage von Fr. 7000.— an. Am 27. April des gleichen Jahres gab er ihr das Sparheft in offenes Depot.

In der Zeit vom 29. Dezember 1934 zum 28. Februar 1936 hob die langjährige Haushälterin des Klägers, Marie Z., unter 5 Malen insgesamt Fr. 4100.— vom Sparheft des Klägers ab. Sie wies dabei jeweils Vollmachten des Klägers vor, von denen anzunehmen ist, dass sie von ihr gefälscht worden waren.

B. — In der Folge belangte der Kläger die Beklagte auf Ersetzung der Fr. 4100.— (nebst Zins zu 5% seit 28. Februar 1936), die nach seinem Dafürhalten von der Bank ohne Berechtigung ausbezahlt worden sind. Das Bezirksgericht Bülach und das Obergericht Zürich haben die Klage indessen abgewiesen.

Gegen den oberinstanzlichen Entscheid vom 3. Juni 1938 hat der Kläger die Berufung erklärt mit dem Antrag, es sei in deren Gutheissung das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage im vollen Umfange gutzuheissen ; eventuell sei die Klage wenigstens im Betrage von Fr. 800.— nebst Zins zu 5% zu schützen. Die Beklagte hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. Dadurch, dass der Kläger der beklagten Bank das Sparheft zum Depot anvertraute, schloss er mit ihr