

par eux et ne souffrent pas, juridiquement, d'autre interprétation.

Certes, sans se laisser arrêter par le caractère juridiquement précaire de son droit de jouissance (art. 310 CO), le demandeur a-t-il agi comme si le domaine des Iles était déjà la propriété de sa femme ou devait certainement lui revenir. Mais cela ne justifie pas l'application par analogie des art. 628 sv. relatifs aux rapports, et notamment de l'art. 630 al. 2 qui renvoie, en ce qui concerne les impenses, aux art. 938 sv. CC. On ne peut d'abord méconnaître que la volonté bien arrêtée de Léon Pfefferlé était, dans le cas particulier, de ne pas procéder — à la différence de ce qu'il avait fait et devait faire encore à d'autres occasions — à une avance d'hoirie, mais bien de créer au profit des époux Schnyder un droit de jouissance. C'est ensuite le caractère même de libéralité que Léon Pfefferlé a manifestement voulu donner à l'abandon de la jouissance, — comme pour compenser la précarité du droit cédé —, qui s'oppose à ce qu'on applique les règles du rapport. Il serait contraire à l'esprit dans lequel les choses se sont faites que Léon Pfefferlé ou ses héritiers pussent, sans égard à cette donation d'une pleine jouissance, bénéficier de la plus-value que le demandeur a réussi à donner au domaine, alors surtout qu'à la suite du décès prématuré de sa femme il doit le restituer au moment où les améliorations qu'il y a apportées vont produire tous leurs effets et où l'exploitation arrive au stade du plein rendement.

5. — (Calcul de l'indemnité de plus-value dans les limites du montant des impenses utiles.)

6. — (Rejet de l'exception de compensation pour la créance de loyers, vu la renonciation de Léon Pfefferlé.)

*Par ces motifs le Tribunal fédéral :*

Rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

8. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Februar 1949 i. S. Gebrüder Gondrand A.-G. gegen Schweiz. Genossenschaft für Getreide und Futtermittel.

Garantievertrag oder Bürgschaft ? (Art. 111, 492 OR).

Contrat de garantie ou cautionnement ? (art. 111, 492 CO).

Contratto di garanzia o fideiussione ? (art. 111, 492 CO).

*Aus dem Tatbestand :*

A. — Am 27. Mai 1941 hatte die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF) bei der rumänischen Getreidehandelsfirma Cerdere S.A.R. 5000 t Kleie gekauft, lieferbar je nach Transportmöglichkeiten bis Ende Juni 1941. Vom Kaufpreis waren Fr. 21.50 (für 100 kg) zu bezahlen « gegen Dokumente » und Fr. 7.50 (für 100 kg) « gegen Garantieerklärung einer erstklassigen Speditionsfirma für fracht- und spesenfreie Auslieferung ». Die Lieferung hatte franko Schweizergrenze zu erfolgen.

Nachdem rund 1600 t geliefert waren, vereinbarten die Vertragsparteien im Oktober 1941, dass an Stelle der Cerdere S.A.R. die Firma Kündig und Cie, Zürich, die weitere Abwicklung des Geschäftes übernehme. Diese teilte der GGF am 10. April 1942 mit, eine weitere Teillieferung von 100 t Kleie sei, verladen auf dem Donauschlepper NFR 10 002, unterwegs, und sie ersuchte um Überweisung des vollen Kaufpreises von Fr. 29,000.— gegen Vorlegung der « Originaldokumente ». Darunter verstand sie das Original der Rechnung sowie eine « Frankofrachterklärung », die von der Firma Gebrüder Gondrand A.-G., Internationale Transportgesellschaft, am gleichen

Tage für die GGF ausgestellt worden war und wie folgt lautete :

« Betr. 100 To. Kleie ex Schlepp NFR 10002.

Im Auftrag der Firma « CERDEREX » in Bukarest und in Übereinstimmung mit den Instruktionen der S.A.R. de Transporturi Eger & Co., Bukarest als Spediteure, bestätigen wir Ihnen hiemit beauftragt worden zu sein, Ihnen eine unwiderrufliche Garantie-Erklärung abzugeben, dass wir obige Partie FRANKO FRACHT UND NEBENSPESEN ST. MARGRETHEN an Sie zur Auslieferung bringen können. Konossement für diese Partie haben wir Ihrerseits nicht zu erwarten. . . . »

Die GGF bezahlte auf Grund dieser Dokumente der Firma Kündigung und C<sup>ie</sup> zu Händen der Verkäuferin den Betrag von Fr. 29,000.—. Die Ware hat sie indessen nie erhalten.

B. — Gestützt auf die « Garantieerklärung » vom 10. April 1942 belangte die GGF die Firma Gebrüder Gondrand A.-G. auf Bezahlung von Fr. 29,000.— nebst Fr. 4705.50 aufgelaufene Zinsen seit 14. April 1942. Die Beklagte bestritt ihre Zahlungspflicht. Sie machte u.a. geltend, es handle sich bei ihrer « Garantieerklärung » nicht um einen Garantievertrag, wie es die Klägerin darstelle, sondern um eine Bürgschaft, die jedoch mangels Angabe des Haftungsbetrages in der Verpflichtungsurkunde nichtig sei.

Gegen das die Klage gutheissende Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich ergriff die Beklagte die Berufung.

#### *Aus den Erwägungen :*

1. — .....

2. — Streitig ist, ob die « Garantieerklärung » ein Garantievertrag (Art. 111 OR) oder eine Bürgschaftsverpflichtung darstellt.

Bürgschaft und Garantievertrag unterscheiden sich dadurch, dass jene rein akzessorischen Charakter hat, während dieser eine selbständige, von den versprochenen Leistungen des Dritten an sich unabhängige Verpflichtung begründet (BGE 56 II 381, 72 II 22). Es führt daher

nicht notwendig zur Annahme einer Bürgschaft, wenn bereits die Leistung des Dritten ihrerseits auf einer vollstreckbaren Schuldverpflichtung gegenüber dem Promissar beruht. Denn dessen ungeachtet kann die Verpflichtung des Promittenten weiter oder auf anderes gehen als diejenige des Dritten, womit ihr die den Garantievertrag kennzeichnende Selbständigkeit eignet, dergestalt dass der Promittent selbst bei Wegfall der Hauptleistung, d. h. der Leistung des Dritten, leisten will und muss. Auch hier werden demnach dem Promissar, wie es das Ziel des Garantievertrages ist, Risiken gedeckt, für die ihm der Dritte nicht einsteht.

Laut dem mit der Cerderex S.A.R. abgeschlossenen Vertrag hatte die Klägerin den Kaufpreis zu bezahlen, bevor sie im Besitz der Ware war. Der Vertrag brachte ihr mithin nicht nur das übliche Risiko, dass die Verkäuferin die in der Versendung der Ware und zudienenden Dokumente liegende Erfüllungshandlung nicht oder nicht richtig vornehme, sondern darüberhinaus die Ungewissheit, ob der durch kriegsbetroffenes Gebiet führende Transport die Schweizergrenze je erreichen werde. Dieses Risiko gedeckt zu wissen, hatte sie ein entscheidendes Interesse, und das war denn auch offensichtlich der Grund, weshalb sie sich im Vertrag ausbedang, den Kaufpreis nur gegen eine « Garantieerklärung einer erstklassigen Speditionsfirma » zu entrichten. Ihr Bemühen, sich aufs zuverlässigste zu sichern, lässt sich auch daraus erkennen, dass von einer « erstklassigen » Firma die Rede ist ; sie verlangte damit nicht nur einen zahlungsfähigen Promittenten, sondern wollte sich gleichzeitig auch unterrichten, wie eine erfahrene Speditionsfirma, die am ehesten die obwaltenden Verkehrsverhältnisse überblickte, die Erfolgsaussichten des Transportes beurteile.

Diese « Garantieerklärung » wurde ihr von der Beklagten gegeben, die unter Berufung darauf, im Auftrag der Verkäuferin zu handeln, sich zur « Garantie » verpflichtete, die Ware auszuliefern zu können. Freilich konnte

das nicht heissen, sie werde nötigenfalls die Ware selbst beschaffen, denn hiez zu war sie als Speditionsfirma von vorneherein nicht in der Lage. Wohl aber muss darin zumindest die Verpflichtung erblickt werden, sie stehe dafür ein, dass die Klägerin die Ware erhalte, andernfalls sie ihr den bezahlten Kaufpreis zurückerstatte. Dieser Sinn ergibt sich zwanglos aus der Erklärung, die als « Garantie » bezeichnet und offensichtlich als Sicherung bestimmt war in Hinblick auf die herrschenden, der Abwicklung des Geschäftes und der Belangung eines rumänischen Schuldners hinderlichen Verhältnisse. Es wäre denn auch nicht ersichtlich, was anders die Beklagte bei der gegebenen Sachlage hätte « garantieren » wollen, wenn nicht wenigstens ihr so umschriebenes Einstehen.

War das der Inhalt der Erklärung, so deckte sich, wie daraus weiter folgt, die Verpflichtung der Beklagten nicht mit derjenigen der Cerdere S.A.R. Hätte nämlich die Beklagte nicht anders als diese, also bloss akzessorisch, eintreten müssen, so wären ihr gegen die Klägerin sämtliche Einreden der Verkäuferin zugestanden. Sie hätte beispielsweise Gegenansprüche der Cerdere S.A.R. zur Verrechnung stellen oder bei Verlust der Ware auf dem Transport gegebenenfalls den bereits erfolgten Übergang von Nutzen und Gefahr auf die Käuferin vorschützen können; ebenso hätte die Klägerin die Einrede gewärtigen müssen, sie sei nicht vom Vertrag zurückgetreten und infolgedessen auch nicht berechtigt, gestützt auf Art. 109 Abs. 1 OR den Kaufpreis zurückzufordern. Gerade das aber sollte durch die « Garantieerklärung » vermieden werden, deren Zweck unverkennbar war, der Klägerin eine stärkere Stellung zu verschaffen und ihr nicht nur die Durchsetzung ihrer Ansprüche in der Schweiz zu ermöglichen, sondern sie hiebei auch des hemmenden Dazwischentretens von Einreden der Verkäuferin zu befreien. Nur so erlangte die « Garantieerklärung » für die Klägerin jene praktische Wirksamkeit, die ihr von den Parteien zugedacht war und die sich übrigens ange-

sichts der gegebenen Verhältnisse als selbstverständlich aufdrängen musste. Bezeichnenderweise schrieb denn auch die Beklagte in der Erklärung nicht, sie stehe dafür ein, dass die Verkäuferin und der Spediteur die Ware an die Schweizergrenze brächten, sondern sie betonte ihre unabhängige Verpflichtung mit der Wendung, « wir » können zur Auslieferung bringen. Die Klägerin durfte deshalb in guten Treuen annehmen, die Beklagte leiste dafür Gewähr, dass sie die bezahlte Ware erhalte, oder — sollte das nicht der Fall sein — dass sie ohne jeden Vorbehalt berechtigt sei, das entrichtete Geld von der Gewährspflichtigen zurückzufordern.

Die Verpflichtung der Beklagten lautete somit inhaltlich anders als diejenige der Verkäuferin; sie stellte ein selbständiges Schuldversprechen dar und ist, weil nicht akzessorischer Natur, als Garantievertrag zu qualifizieren. Was die Parteien bezweckten, hätte sich mit einer Bürgschaft nicht erreichen lassen. Daran ändert nichts, dass nicht näher abgeklärt ist, welches Interesse die Beklagte hatte, eine derart weitgehende Verpflichtung einzugehen, und dass insbesondere die Klägerin nicht behauptet, die Beklagte hätte eine Risikoprämie bezogen, die ihrem Einsatz entspreche. Fehlen eines unmittelbar eigenen Interesses an der Leistung des Dritten kann zwar ein gegen den Garantievertrag sprechendes Indiz darstellen, vermöchte aber hier gegen die zwingend auf diese Vertragsart weisenden Anhaltspunkte nicht aufzukommen.

9. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. März 1949 i. S. Rothen gegen Roetschi & Cie.

*Mäklervertrag*, Art. 413 OR.

Kein Provisionsanspruch des Nachweismäklers aus weiteren, selbständigen Geschäften zwischen denselben Parteien. Unanwendbarkeit des Begriffs des psychologischen Zusammenhangs auf weitere Abschlüsse. Begriff der wirtschaftlichen Einheit mehrerer Geschäfte.