

50. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1939

i. S. Crédit Agricole et Industriel de la Broye gegen Gäumann.

*Bürgschaft.**Schriftform*, Art. 493 OR : Die Bürgschaftserklärung muss vom Bürgen *persönlich* unterzeichnet sein.

In der Berufung auf einen nicht absichtlich herbeigeführten Formmangel liegt kein Rechtsmissbrauch, Art. 2 ZGB.

*Cautionnement :**Forme écrite*, art. 493 CO : La caution doit signer son engagement *de sa propre main*.

Elle n'abuse point de son droit en se réclamant d'un vice de forme qu'elle n'a pas occasionné à dessein.

*Fideiussione :**Forma scritta*, art. 493 CO : Il fideiussore deve firmare *di propria mano* l'atto di fideiussione.

Egli non abusa del suo diritto, invocando un vizio di forma da lui non occasionato intenzionalmente.

Aus dem Tatbestand :

Der Beklagte wird vom Kläger auf Bezahlung einer Bürgschaftsschuld belangt. Sowohl das Bezirksgericht Kreuzlingen wie das Obergericht des Kantons Thurgau haben die Klage abgewiesen, weil die Bürgschaftserklärung nicht vom Bürgen persönlich, sondern von seiner Ehefrau mit seinem Namen, ohne Angabe des Vertretungsverhältnisses, unterzeichnet worden war, was nach den Grundsätzen von Art. 12/15 OR über die Eigenhändigkeit der Unterschrift nicht zulässig sei.

Das Bundesgericht weist die Berufung des Klägers ab.

Aus den Erwägungen :

1. — Die Frage, ob ganz allgemein ein Stellvertreter mit dem Namen des Vertretenen gültig unterzeichnen könne, braucht hier nicht entschieden zu werden. Für die Bürgschaft ist dies auf jeden Fall zu verneinen. Wohl ist die Bürgschaft nicht schlechthin ein stellvertretungsfeindliches Rechtsgeschäft. Wie das Bundesgericht schon entschieden hat, kann sich der Bürge beim Abschluss des Vertrages durch einen Dritten, z. B. den Hauptschuldner, vertreten lassen, indem er die unterzeichnete

Bürgschaftserklärung diesem übergibt und durch ihn die Erklärung des Gläubigers, mit welcher der Bürgschaftsvertrag erst perfekt ist, entgegennehmen lässt (BGE 45 II 171). Die Unterzeichnung des Bürgscheines dagegen muss (entgegen der von BECKER in N. 2 zu Art. 492 OR im Anschluss an die deutsche Rechtsprechung geäußerten Auffassung) vom Bürgen *persönlich* vorgenommen werden. Dieses Erfordernis drängt sich auf wegen der Schutzfunktion, welche die Schriftlichkeit des Bürgschaftsverprechens, neben den verschiedenen andern zum Schutze des Bürgen aufgestellten Bestimmungen, zu erfüllen hat. Dass die Schriftlichkeit vor allem der Feststellung des Geschäftsabschlusses, des Geschäftsinhaltes und zur Beweissicherung zu dienen habe, wie der Kläger meint, ist nämlich nicht richtig. Die Schriftform bezweckt vielmehr in erster Linie, dem Bürgen die Tragweite seiner Verpflichtung vor Augen zu führen und ihn vor übereilten Bürgschaftsversprechen abzuhalten. Diese Schutzfunktion wäre aber illusorisch gemacht, wenn man die Abgabe der verpflichtenden Unterschrift auf dem Wege der Stellvertretung zuliesse, es sei denn, man wollte für die Vollmacht zur Bürgschaftseingehung ebenfalls die Schriftform verlangen, wie dies im Revisionsentwurf für das Bürgschaftsrecht (Art. 494 Abs. 3) tatsächlich der Fall ist. Da im vorliegenden Fall die Unterschrift nicht vom Bürgen persönlich stammt, ist somit mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form eine Bürgschaft gar nicht zustande gekommen.

2. — In der Berufung auf den Formmangel kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht ein Rechtsmissbrauch erblickt werden, sofern die betreffende Partei den Mangel nicht absichtlich herbeigeführt hat, um ihn nachträglich geltend zu machen (BGE 54 II 331, 57 II 154). Dieser Ausnahmefall liegt hier jedoch nach der eigenen Darstellung des Klägers nicht vor. Danach wurde die Bürgschaftsurkunde nur deshalb von der Frau unterzeichnet, weil sie die schreibgewandtere ist.

Ob diese Darstellung richtig sei oder diejenige des Beklagten, wonach seine Ehefrau unterzeichnete, weil er sich nicht zu Hause befunden habe, als der Hauptschuldner nach einigen nicht abschliessenden Vorbesprechungen zur Einholung der Bürgschaftsunterschrift erschienen sei, kann dahingestellt bleiben. Es genügt, dass eine absichtliche Herbeiführung des Formmangels nach der einen wie der andern Darstellung ausser Betracht fällt.

Fehlte dem Beklagten diese Absicht, so kann ihm auch nicht eine absichtliche Schädigung des Klägers zur Last gelegt werden. Dass er die von seiner Ehefrau mit seinem Namen unterzeichnete Bürgschaftserklärung an den Kläger abgehen liess, der dadurch zu der irrümlichen Annahme verleitet wurde, die Unterschrift stamme von ihm persönlich, ändert nichts. Der Beklagte war damals selber der Ansicht, dass dies der Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung keinen Abbruch tue. Damit entfällt auch eine Haftung des Beklagten auf Grund von Art. 41 Abs. 2 OR, wegen Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise; denn eine derartige Schädigung muss, wie das Gesetz ausdrücklich erklärt und sich übrigens aus der Natur der Sache ergibt, absichtlich erfolgen.

Vgl. auch Nr. 54. — Voir aussi n° 54.

V. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

51. Arrêt de la II^e Section civile du 12 octobre 1939
dans la cause *Altorfer* contre *Gétaz* et *Altorfer*.

La règle prévue par l'art. 8 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, pour la solution des conflits de juridiction en matière de filiation est appli-

cable même si dans le cas donné les deux législations cantonales s'accordent pour attribuer la compétence au même juge (conflit virtuel).

Der *Gerichtsstand für Streitigkeiten über den Familienstand* bestimmt sich nach Art. 8 NAG, auch wenn sich im einzelnen Fall bei Anwendung der Normen der beiden in Frage stehenden Kantone kein Konflikt ergäbe.

La norma, che l'art. 8 della legge federale sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti stabilisce per risolvere i conflitti di giurisdizione in materia di filiazione, è applicabile anche se nel caso concreto le due legislazioni cantonali sono concordi nell'attribuire la competenza al medesimo giudice (conflitto virtuale).

A. — Henri Altorfer, ressortissant zurichois, domicilié à Lausanne, a épousé Elisabeth Gétaz en 1935. En 1936, il a demandé son divorce et il l'a obtenu par jugement du Tribunal du district de Lausanne du 28 juin 1937. Moins de 300 jours après la dissolution du mariage, soit le 25 février 1938, Dame Gétaz a accouché d'une fille, Gabrielle, qui a été inscrite comme enfant légitime des époux Altorfer.

Altorfer a ouvert action en désaveu à son ex-femme et à sa fille — domiciliées comme lui à Lausanne — à la fois à Lausanne et à Zurich, mais en faisant suspendre le procès zurichois jusqu'à droit connu sur la compétence du juge vaudois.

Dans le procès intenté à Lausanne, les défenderesses ont soulevé le déclinatoire. Le Tribunal du district de Lausanne s'est déclaré compétent, mais, sur recours des défenderesses, le Tribunal cantonal a admis le déclinatoire et a renvoyé le demandeur à mieux agir, c'est-à-dire à poursuivre le procès introduit à Zurich.

B. — Altorfer a recouru en réforme et pour le cas où le recours en réforme serait jugé irrecevable, il a simultanément et subsidiairement formé un recours de droit civil par lequel il a conclu à l'annulation de l'arrêt du Tribunal cantonal et à la reconnaissance de la compétence du Tribunal de Lausanne.

Il soutient en résumé que l'art. 8 de la loi de 1891 sur les rapports des citoyens établis ou en séjour n'est applicable que dans le cas d'un conflit entre les deux législations en