

## BGE 39 II 768

Bundesgericht (BGE), 1913-12-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_39\\_II\\_768](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_39_II_768)

FR: ATF 39 II 768

IT: DTF 39 II 768

### Volltext

131. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1913 in Sachen Klaus, Bekl. u. Ber.=Kl., gegen Maisch, Kl. u. Ber.=Bekl. Erw. 1: Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme. Angebliche kumulative Schuldübernahme in einem Fall, in welchem es sich in Wirklichkeit um die Eingehung einer einfachen Bürgschaft handelte, die Schriftform aber nicht beobachtet wurde. Verhältnis des Begriffs der kumulativen Schuldübernahme zu demjenigen der Solidarbürgschaft. Erw. 3: Bauhandwerkerpfandrecht. Berechnung der Frist zur Erwirkung der provisorischen Eintragung (Art. 839 in Verbindung mit Art. 961 ZGB). A. — Der Beklagte hatte am 1. September 1911 dem Unternehmer Premezzi in Bischofszell, über welchen seither der Konkurs ausgebrochen ist, den Bau eines Wohnhauses mit Sticklokal auf einem dem Beklagten gehörenden Terrain zum Gesamtpreise von 23,000 Fr. übertragen. Die im Baubeschrieb vorgesehenen Schreinerarbeiten hat im Auftrage des Premezzi der Kläger ausgeführt. Außerdem hat dieser infolge direkter Bestellung seitens des Beklagten gewisse, im Baubeschrieb nicht vorgesehene „Extraarbeiten“ ausgeführt, die jedoch als solche für den vorliegenden Rechtsstreit außer Betracht fallen. Am 13. Mai 1912 sollte in Gegenwart des Beklagten, des Klägers, des bauleitenden Architekten und des Generalunternehmers Premezzi die Vermessung sämtlicher vom Kläger ausgeführten oder noch auszuführenden Arbeiten stattfinden; es konnten aber, weil Premezzi nicht erschien, nur jene, dem Kläger vom Beklagten direkt bestellten „Extraarbeiten“ vermessen werden. Am 27. Mai 1912 stellte der Kläger dem Premezzi, der sich schon damals in Zahlungsschwierigkeiten befand, für die im Baubeschrieb vorgesehenen Arbeiten Rechnung im Betrage von 2213 Fr. 45 Cts. Einzelne der in der Rechnung, wie auch schon im Baubeschrieb aufgeführten Arbeiten wurden jedoch vom Kläger erst im Juni und Juli 1912 ausgeführt (vergl. darüber Erw. 3 hienach). Am 22. Juni, als der Kläger die Arbeiten eingestellt hatte, weil er von Premezzi kein Geld mehr erhielt, kam der Beklagte in die Werkstatt des Klägers und suchte ihn zur Wiederaufnahme und Beendigung der Arbeiten zu bewegen. Dabei machte er ihm die aus Erw. 1 hienach ersichtliche Zusicherung, was den Kläger zur Beendigung der Arbeiten veranlaßte. In ähnlicher Weise, wie in der Werkstatt des Klägers, äußerte sich der Beklagte ungefähr zu derselben Zeit anlässlich seines Zusammentreffens mit mehreren Handwerkern in der „Post“ in Bischofszell (vergl. darüber ebenfalls Erw. 1 hienach). Mitte August 1912 stellte der Kläger sodann das Gesuch um provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes im Betrage von 2213 Fr. 45 Cts. auf der Liegenschaft des Beklagten. Diese provisorische Eintragung wurde Ende August vom Grundbuchamt Bischofszell vorgenommen. B. — Durch Urteil vom 6. September 1912 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die vom Kläger gestellten „Rechtsfragen“ „1. Ist der Appellant verpflichtet, an den Appellaten 2213 Fr. „45 Cts. nebst Zins zu 5 % ab 4. Juli 1912 zu bezahlen?

„2. Ist gerichtlich festzustellen, daß der vom Grundbuchamt Bi-„schofszell laut Präsidialverfügung vom 26. August 1912 vorge-„nommene provisorische Eintrag einer Handwerkerhypothek für die „Forderung von Fr. 2213. 45 nebst Zins rechtlich begründet sei, „und daß demnach die Handwerkerhypothek definitiv in das Grund-„buch einzutragen ist?“ erkannt; „Die Rechtsfragen 1 und 2 werden bejahend entschieden.“ Die Begründung dieses Urteils lautet, soweit hier in Betracht kommend, wie folgt: Das Versprechen des Beklagten, die Baufor-„derung des Klägers bezahlen zu wollen, sei als eine Schuld-„übernahme zu betrachten. Der Beklagte habe „nach klägerischer Behauptung“ die Zusicherung gegeben, „die Professionisten zu zahlen“; an ihm, dem Beklagten, müsse „niemand etwas verlieren“. Es handle sich „nicht um eine Erklärung, er werde für den Fall haften, wenn von dem Unternehmer Premezzi eine Zahlung nicht erreichbar sein werde“. Es dürfe nicht übersehen werden, daß „es sich um das Versprechen auf Zahlung von Leistungen der Bau-„handwerker handelte, welche ihm zukommen sollten, oder welche be-„reits für ihn geleistet waren“. Das Zahlungsverprechen „wäre abgegeben worden, als die Handwerker wegen Zahlungsverzugs des Unternehmers die Arbeiten nicht leisteten und demnach die schlechte Finanzlage Premezzis bereits bekannt war“. Der Beklagte habe also „ein Interesse an der Schuldübernahme“ gehabt. Sei nun der Beweis eines solchen Zahlungsverprechens geleistet? Es sei dies zu bejahen. Denn hierüber liege „einmal das bestimmte Zeugnis des Schreiners Traugott Brüllmann vor“, welcher allerdings in entfernter Verwandtschaft zum Kläger stehe; „sodann von Fritz Schönholzer, Karl Blum, Ferd. Stäheli, Wilhelm Müller, Jean Ammann und Gottlieb Fröschle.“ Des Fernern sei zu verweisen „auf die bestimmt lautende Aussage des Indizienzeugen Albert Meuret“, dem der Be-„klagte erklärt habe, er müsse noch den Kläger zahlen, er sei „ihm gut gestanden.“ Das erste Klagebegehren sei daher zu schützen. Was das zweite Rechtsbegehren betreffe, so sei ausgewiesen, daß im Juni und Juli 1912 noch Arbeiten am Neubau des Beklagten ausgeführt worden seien. Es sei dies festgestellt durch die Depositionen des Zeugen Traugott Brüllisauer, der z. B. noch am 22. Juni 1912 8 Stun-„den, am 4. Juli 1½ Stunden „im Neubau gearbeitet“ habe, fer-„ner des Zeugen Theodor Zeller, Glasermeister, welcher am 31. Mai und 3. Juni im Auftrage des Klägers „an den Neubau Arbeit leistete“, sodann des Albert Meuret, Gipser, der bezeuge, daß der Kläger noch zu Anfang Juni „Holzlamperien“ angebracht habe, endlich des Zeugen Fröschle, der laut Arbeitsbüchlein am 19. Juni, 22. Juni und 3. Juli „im Neubau Klaus gearbeitet“ habe. Der Anspruch auf Anerkennung des Handwerkerpfandrechtes sei daher „als begründet anzuerkennen“. Der Einwand des Beklagten, das Pfand hafte eventuell „nur im Verhältnis des mit dem Unterneh-„mer Premezzi vereinbarten Bauwertes“, subeventuell „im Verhältnis des Schätzungswertes“, sei neu, und es sei deshalb darauf nicht einzutreten. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisaufnahme darüber, daß: „a) Die nach dem 15. Mai 1912 am Neubau des Berufungs-„klägers ausgeführten Arbeiten vom heutigen Berufungskläger be-„stellt und bezahlt worden seien; „b) Die sämtlichen Forderungen der Unterakkordanten die Haupt-„schuld des Eigentümers gegenüber seinem Unternehmer erheblich „übersteigen und daher eine Reduktion im Sinne des bundesge-„richtlichen Urteiles vom 29. Juni 1913 stattzufinden habe.“ Das Bundesgericht zieht in Erwägung. 1. — Das erste Rechtsbegehren des Klägers gründet sich auf eine kumulative Schuldübernahme des Beklagten hinsichtlich des dem Kläger von Premezzi geschuldeten Werklohnes. Die grundsätzliche Frage, ob die sog. kumulative Schuldübernahme oder „Schuldmitübernahme“ als selbständiges Rechtsinstitut

neben der Bürgschaft anzuerkennen sei und daher der für die Bürgschaft geforderten schriftlichen Vertragsform nicht bedürfe, oder ob die kumulative Schuldübernahme mit der sog. Solidarbürgschaft identisch sei und daher, wie diese, nur durch eine schriftliche Erklärung des Bürgen zustandekommen könne (vergl. darüber Haus Reichel, Die Schuldmitübernahme, insbes. S. 86 ff. und S. 200 f.; so wie, speziell für das schweiz. Recht: Oser, Vorbemerkung 2 a

zu Art. 175—183 OR), braucht anlässlich des vorliegenden Falles nicht entschieden zu werden. Denn diejenige Erklärung des Klägers, welche der Beklagte als kumulative Schuldübernahme bezeichnet, weist — von der Nichtbeobachtung der Schriftform abgesehen alle Merkmale einer gewöhnlichen Bürgschaftsverpflichtung, also weder einer Solidarbürgschaft noch einer kumulativen Schuldübernahme auf. Daß es sich im vorliegenden Falle in der Tat um eine gewöhnliche Bürgschaft handelte, ergibt sich mehr oder weniger deutlich schon aus der eigenen Sachdarstellung des Klägers, sowie aus den, allerdings spärlichen, tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils. Denn darnach hat der Beklagte zu einer Zeit, „als die Handwerker wegen Zahlungsverzugs des Unternehmers die Arbeiten nicht leisteten und demnach die schlechte Finanzlage Premezzis bereits bekannt war“, den Handwerkern die „Zusicherung abgegeben“ er werde „die Professionisten zahlen“; an ihm, dem Beklagten, müsse „niemand etwas verlieren“; und einem Dritten (Albert Meuret) hat er geradezu erklärt: er müsse „noch den Maisch zahlen“, er sei „ihm gut gestanden“. Mit Unrecht zieht die Vorinstanz aus diesen tatsächlichen Feststellungen den Schluß, es handle sich „nicht um eine Erklärung, er (sc. der Beklagte) werde für den Fall haften, wenn von dem Unternehmer Premezzi eine Zahlung nicht erreichbar sein werde“ Im Gegenteil deuten gerade die angeführten Aussagen des Beklagten auf dessen Absicht hin, nur insoweit zu haften, als von Premezzi eine Zahlung nicht erreichbar sein werde. Abgesehen von der Erwägung, daß der Beklagte gar keinen vernünftigen Grund haben konnte, eine solidarische und primäre Haftung neben Premezzi zu übernehmen, führt zu demselben Resultate auch die im vorliegenden Falle zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils unumgängliche, selbständige Prüfung der Zeugenaussagen durch das Bundesgericht. Nach den Erklärungen der vom Kläger selbst angerufenen Zeugen hat der Beklagte Ende Juni 1912 in der „Post“ in Bischofszell in Gegenwart mehrerer Handwerker, u. a. auch des Klägers, sich dahin geäußert, daß an seinem Hause „niemand etwas verlieren müsse“; wenn Premezzi auch „die Beine strecke“, so zahle er (der Beklagte) „die Handwerker schon“ (so der Zeuge Schönholzer); — er (der Beklagte) wolle nicht in einem Hause wohnen, wo „d'Lüt müesse verlüre“; „wenn Premezzi nicht zahle“, „wenn Premezzi zahle er, der Beklagte (so der Zeuge Blum); mezzi nicht zahlen könne“, zahle er; es müsse „kein Handwerker einen Rappen verlieren“ (so der Zeuge Stäheli); seinem Neubau hätten „die Handwerker nichts zu verlieren“, er sei „dann auch noch da“, wenn Premezzi „nicht mehr zahlen“ könne (so der Zeuge Müller); — wenn Premezzi „nümme do“ sei, sei „dann z'letzt am End er no do“ (so der Zeuge Ammann). Der Beklagte hat somit in der Tat die von ihm anlässlich des Gesprächs in der „Post“ in Aussicht gestellte direkte Bezahlung der Handwerker in unverkennbarer Weise von der vorherigen Austreibung des Premezzi abhängig gemacht. Nach der Aussage zweier anderer Zeugen (Brüllisauer und Fröschle) hat nun der Beklagte allerdings am 22. Juni 1912 in der Werkstatt der Klägers diesem persönlich eine weitere Zusicherung in dem Momente gemacht, als der Kläger erklärte, er erhalte von Premezzi kein Geld mehr und wolle deshalb nicht weiterarbeiten. Auch scheint der Beklagte diese Zusicherung in seinem eigenen, des Beklagten Interesse abgegeben zu haben —, was nach

der Auffassung des Klägers und der Vorinstanz (vergl. auch Haus Reichel, a. a. O. 276 ff.) auf das Vorliegen einer kumulativen Schuldübernahme im Gegensatz zur Bürgschaft hindeuten soll. Allein, abgesehen davon, daß die Vorinstanz den Zeugen Brüllisauer (von Brüllmann genannt), der nach den Akten ein Geschwisterkind der Ehefrau des Klägers ist, wegen „entfernter Verwandtschaft“ als nicht voll glaubwürdig zu betrachten scheint — deutlich spricht sie sich freilich hierüber nicht aus —, fällt in Betracht, daß sogar nach der Aussage dieses, dem Kläger jedenfalls günstig gesinnten Zeugen, ebenso wie des weiteren Zeugen Fröschle, der Beklagte auch bei jener in der Werkstatt des Klägers abgegebenen Zusage ausdrücklich die Bemerkung beigefügt hat: „Aber der andere, der Tschingg“ (d. h. Premezzi) „der muß d'Bein strecken“, bezw.: „Es muß kein Handwerker verlieren, wenn der andere schon die Beine strecken muß.“

Tatsächlich hat somit der Beklagte nicht nur anlässlich des mehr zufälligen Zusammentreffens in der „Post“, als er sich gesprächsweise über sein Verhältnis zu den Handwerkern äußerte, sondern speziell auch in dem Momente, in welchem er sich dem Kläger gegenüber rechtlich verpflichtet haben soll, mit aller Deutlichkeit betont, daß es sich für ihn nur um eine subsidiäre Haftung für die Erfüllung der bereits bestehenden und weiter bestehenden Verbindlichkeiten des Premezzi handeln könne. In dieser subsidiären Haftung für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit liegt aber gerade das Charakteristische der gewöhnlichen Bürgschaft, im Gegensatz sowohl zur Solidarbürgschaft, als zur kumulativen Schuldübernahme (sofern diese letztere überhaupt ein von der Solidarbürgschaft verschiedenes Rechtsinstitut ist), und übrigens (vergl. BGE 37 II S. 184 ff. Erw. 2) auch im Gegensatz zum sog. Garantievertrage des Art. 127, bezw. 111 OR. Die vom Kläger in seinem ersten Rechtsbegehren geltend gemachte Forderung ist daher, wegen Nichtbeobachtung der für die Bürgschaft vorgeschriebenen Schriftform, abzuweisen. 2. — Anders verhält es sich mit dem Begehren des Klägers, es sei für seine Forderung von 2213 Fr. 45 Cts. ein Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft des Beklagten einzutragen. Vor allem ist in dieser Hinsicht festzustellen, daß die Bestimmungen des ZGB über das Bauhandwerkerpfandrecht auf den vorliegenden Fall anwendbar sind, trotzdem der Werkvertrag, auf welchem die Forderung des Klägers beruht, aus dem Jahre 1911 datiert und auch ein Teil der in Betracht kommenden Arbeiten noch vor dem 1. Juni 1912 ausgeführt worden ist. In dieser Beziehung genügt es, auf die Ausführungen des bundesgerichtlichen Urteils vom 25. Juni 1913 i. S. Gürtler gegen Laub („Praxis“ II S. 381 f. Erw. 2 \*) zu verweisen. Was die vom Beklagten erstmals in der Berufungsschrift erhobene Einrede betrifft, daß von dem Betrag von 2213 Fr. 45 Cts. wenigstens diejenigen Zahlungen in Abzug zu bringen seien, die der Beklagte noch vor dem 1. Januar 1912 direkt an Premezzi geleistet habe (angeblich 13,000 Fr.), so ist darauf nach Art. 80 OG nicht einzutreten. \* S. 209 f. in diesem Bande. Schon vor den kantonalen Instanzen verspätet war sodann der weitere Einwand des Beklagten, daß die Summe der Forderungen der einzelnen Unterakkordanten den im Generalbauvertrag festgesetzten Gesamtpreis übersteige, und daß daher (nach „Praxis“ II S. 386 ff. Erw. 6 f. \*) das für die Forderung von 2213 Fr. 45 Cts. verlangte Bauhandwerkerpfandrecht eventuell nur im Verhältnis der vom Beklagten geschuldeten Gesamtakkordsumme (23,000 Fr.) zum Gesamtbetrage der von Premezzi den Unterakkordanten geschuldeten Beträge (angeblich 36,560 Fr. 47 Cts.) bewilligt werden dürfe. Auch auf diese Einrede ist somit nicht einzutreten. 3. — Bei dieser Sachlage bleibt, da der Beklagte die Richtigkeit der vom Kläger gestellten Rechnung an sich, soweit aus den Akten ersichtlich ist, vor den kantonalen Instanzen nicht bestritten hat, nur noch zu prüfen, ob der Beklagte die Frist des Art. 839

Abs. 2 ZGB gewahrt habe. Trifft dies zu, so muß die verlangte definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes bewilligt werden, im umgekehrten Fall wäre sie dagegen zu verweigern. Da die provisorische Eintragung nach der Feststellung des erstinstanzlichen Urteiles „Mitte August“ vom Kläger nachgesucht worden, und nach der Feststellung der II. Instanz die Eintragung selber „spätestens am 27. August erfolgt“ ist (bei den Akten liegt übrigens ein Schreiben des Grundbuchamtes Bischofszell, wonach sie schon am 21. August stattgefunden hätte), und da der Kläger, wie der Beklagte nicht bestreitet, noch im Juni und Juli 1912 am Neubau des Beklagten gearbeitet hat, so hängt der Entscheid über den Bestand oder Nichtbestand des beanspruchten Pfandrechtes davon ab, ob es sich, wie der Kläger behauptet, bei jenen von ihm im Juni und Juli ausgeführten Arbeiten, wenigstens teilweise, um solche Arbeiten handelte, die er laut Werkvertrag und Bauvertrag beschrieb im Auftrage des Generalunternehmers Premezzi auszuführen hatte, oder ob es im Gegenteil, wie der Beklagte behauptet, ausschließlich „Extraarbeiten“ waren, d. h. solche Arbeiten, die der Beklagte dem Kläger direkt bestellt hatte. Gerade über diese, für das Schicksal des zweiten klägerischen Rechtsbegehrens entscheidende Frage enthält nun das vorliegende \* S. 214 ff. in diesem Bande AS 39 II — 1913

obergerichtliche Urteil keine tatsächlichen Feststellungen, sondern es wird darin nur konstatiert, daß der Kläger im Juni und Juli noch am Neubau des Beklagten gearbeitet hat, was aber angesichts der bereits erwähnten Einrede des Beklagten, es habe sich dabei um die von ihm direkt bestellten „Extraarbeiten“ gehandelt, zur Guttheißung des klägerischen Begehrens nicht genügt. Deutlicher ist in dieser Beziehung das erstinstanzliche Urteil, wenigstens insoweit, als darin bestimmt ausgesprochen wird, daß es „sich hier um Arbeiten handelte“, welche „noch unbedingt zum Werkvertrag gehörten“. Allein auch diese Erklärung des erstinstanzlichen Richters ist — abgesehen davon, daß die oberste kantonale Instanz dazu nicht Stellung genommen hat — nicht ohne weiteres als tatsächliche Feststellung verwendbar, da das Bundesgericht zu ihrer Überprüfung zunächst einer Feststellung darüber bedürfte, welche in technischer Beziehung näher zu bezeichnenden Arbeiten noch im Juni und Juli vom Kläger ausgeführt worden sind. Immerhin darf als wahrscheinlich betrachtet werden, daß die I. Instanz bei der Entscheidung jener Rechtsfrage einfach darauf abgestellt hat, ob die betreffenden Arbeiten im Baubeschrieb vorgesehen worden waren, oder nicht. Danach wäre ihre Erklärung, es habe sich um solche Arbeiten gehandelt, „die noch unbedingt zum Werkvertrag gehörten“, dahin zu verstehen, daß der Kläger noch im Juni und Juli solche Arbeiten ausgeführt habe, die im Baubeschrieb vorgesehen waren. Hiemit würde auch die fernere Bemerkung des erstinstanzlichen Urteils im Einklang stehen, der Kläger werde dem Premezzi am 27. Mai 1912 mit Rücksicht auf die Zahlungsschwierigkeiten, in denen sich dieser befand, wohl „etwas vorzeitig“ Rechnung gestellt haben, um „zu seinem Gelde zu kommen“. Da jedoch, wie bereits konstatiert, das obergerichtliche Urteil in dieser Beziehung überhaupt keine tatsächlichen Feststellungen enthält, ist das Bundesgericht auch hier wieder genötigt, die Ergebnisse des Beweisverfahrens selbständig zu würdigen. Werden in diesem Sinne die Zeugenaussagen durchgesehen und mit dem Baubeschrieb verglichen, so ergibt sich (vergl. die Aussagen der Zeugen Brüllisauer, Zeller, Meuret und Fröschle), daß der Kläger im Juni und Juli zum mindesten noch die „Lamperien“ Fußleisten und Linkrustaleisten geliefert und an Ort und Stelle befestigt (und zwar erstmals geliefert und befestigt, nicht etwa bloß schon gelieferte, fehlerhafte Teile ersetzt oder sonstwie Fehler ausgebessert) hat. Diese „Lamperien“, Fußleisten und Linkrustaleisten waren nun aber in der Tat im Baubeschrieb (sub Pos. 7 und 12 i. f. der „Schreinerarbeiten“) vorgesehen. Auch waren es keine ganz

nebensächlichen Arbeiten; denn in der „Preisofferte“ des Klägers vom Juni 1911 war allein für die „Lamperien“, wenn auch kein sehr hoher Betrag, so doch immerhin ein solcher von 158 Fr. an<sup>n</sup> gesetzt worden. Trotzdem also der Kläger — offenbar aus dem von der I. Instanz angenommenen Grunde (weil bei der schlechten finanziellen Lage des Premezzi Eile geboten war) schon am 27. Mai 1912 Rechnung gestellt hat und sogar schon am 13. Mai 1912 die Vermessung sämtlicher Arbeiten hätte vornehmen wollen, hat er doch tatsächlich diejenigen Arbeiten, auf welche sich die provisorische Eintragung vom 27. August 1912 bezieht, erst im Juni und Juli vollendet. Zu demselben Resultate führt endlich auch die Erwägung, daß der Beklagte am 22. Juni 1912 keine Veranlassung gehabt hätte, dem Kläger zu erklären, er stehe für die Verbindlichkeiten des Premezzi ein, wenn es sich damals lediglich um die Fertigstellung solcher Arbeiten gehandelt hätte, die der Beklagte direkt beim Kläger bestellt hatte. Das Begehren des Klägers um Eintragung eines Bauhand<sup>n</sup>werkerpfandrechtes ist somit gutzuheißen. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Berufung wird dahin teilweise gutgeheißen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 6. September 1913 dahin abgeändert, daß die erste Rechtsfrage verneinend entschieden wird. In Bezug auf die zweite Rechtsfrage wird die Berufung abgewiesen und das erwähnte Urteil bestätigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.