

Angesichts der besonderen Umstände erscheint es dem Gericht begreiflich, dass die Beklagte auf eine klare Preisregelung Wert legte. Immerhin hatte auf der Baustelle bereits ein anderer Baumeister Vorleistungen erbracht. Im übrigen ist nach Auffassung des Obergerichtes der bisweilen festzustellenden Tendenz, tiefe Angebote zu machen und hernach eine zu knappe Kalkulation durch Verrechnung von Regiearbeiten wettzumachen, entgegenzutreten.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Ansprüche des Klägers und Appellanten zu Recht auf die werkvertraglich vereinbarte Pauschalsumme beschränkt hat. Soweit der Kläger mehr verlangt hat, ist die Klage unbegründet. Die Appellation ist demzufolge abzuweisen.

OGer 22.5.1990

(Eine gegen dieses Urteil eingereichte Berufung wurde vom Bundesgericht am 5.2.1991 abgewiesen.)

3164

Bürgschaft. Abgrenzung zur Garantieabrede (Art.111, 492 OR). Rückforderung des betreibungsrechtlich in Anspruch genommenen Bürgen wegen formeller Mängel des Bürgschaftsvertrages (Art.493 OR, Art.86 SchKG).

B. schloss mit der Schuldnerin T. einen schriftlichen Darlehensvertrag folgenden Inhalts:

«B. gewährt der Schuldnerin Fr.15 000.– zu einem Zins von 10% rückzahlbar mit Zins nach 6 Monaten. Als Sicherheit haftet M. als Bürge.»

Nachdem aus der Betreibung gegen die Schuldnerin ein Verlustschein resultiert hatte, hob der Gläubiger Betreibung gegen M. an. Bevor es zur Verwertung kam, leistete dieser vollständige Zahlung. M. klagt gegen B. auf Rückzahlung, weil er eine Nichtschuld beglichen habe.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 86 SchKG kann unter anderem derjenige, der infolge Unterlassung des Rechtsvorschlags eine Nichtschuld bezahlt hat, innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem ordentlichen Prozessweg den bezahlten Betrag zurückfordern (Abs. 1). Das Rückforderungsrecht wird im Gegensatz zu Art. 63 des Obligationenrechtes von keiner andern Voraussetzung als dem Nachweis der Nichtschuld abhängig gemacht (Abs. 3).

Die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen, die Bezahlung einer Forderung im Betreibungsverfahren, die Unterlassung des Rechtsvorschlags sowie die Einhaltung der Jahresfrist, sind vorliegend ausgewiesen und im übrigen auch nicht bestritten. Der Beweis, dass nicht unter Betreibungszwang bezahlt worden ist, obliegt dem Gläubiger (*K. Amonn*, Grundriss des SchKG, 4. Aufl. S. 151); er wurde vorliegend nicht erbracht. Anders als bei der Bereicherungsklage ist ein Irrtum über das Bestehen einer Zahlungspflicht nicht erforderlich.

2. Ein Garantievertrag nach Art. 111 OR kann einerseits ein Entstehen für einen von einem konkreten Schuldverhältnis völlig unabhängigen Erfolg bedeuten (reiner Garantievertrag). Andererseits können damit auch Verpflichtungen gesichert werden, die sich auf irgendeine Weise auf ein Schuldverhältnis zwischen Begünstigtem und Drittem beziehen. Gesichert wird in diesem Fall die Leistung des Dritten, unabhängig davon, ob sie tatsächlich geschuldet oder ob sie weggefallen bzw. gar nie entstanden ist. Im Unterschied zu diesem Garantievertrag im engeren Sinn besteht bei der Bürgschaft Akzessorietät, was bedeutet, dass die Sicherheit das Schicksal der Hauptschuld teilt.

In BGE 113 II 434 hat das Bundesgericht entgegen den Vorinstanzen, allerdings unter Missbilligung von *Merz* (ZBJV 125 [1989], 228) auf Bürgschaft anstatt auf Garantievertrag erkannt. Dabei hat es erklärt, nach neuerer Lehre und Rechtsprechung sei es nicht ausschlaggebend, dass der in Anspruch Genommene offensichtlich ein eigenes Interesse am Gesamtgeschäft habe. Dieser Schluss, der es erlaubt, auch bei Vorliegen eines eigenen Interesses Bürgschaft anzunehmen, ist wie gesagt nicht unbestritten (vgl. *Merz*, a.a.O.).

Vorliegend ergibt sich aus der Interessenlage der Parteien, dass offensichtlich nichts anderes als eine Bürgschaft gewollt sein konnte. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der Kläger sein Sicherungsversprechen auch für den Fall hätte abgeben sollen, da Frau T. gar nichts schuldete bzw. ihre Leistung nicht erzwingbar war.

Die Verwendung der Bezeichnung «Bürge» im Text des Darlehensvertrages wie auch bei der Kennzeichnung der Unterschriften spricht ebenfalls für die Annahme, dass die Parteien eine Bürgschaft gewollt haben, zumal es sich hierbei um eine auch dem Laien einigermaßen bekannte Sicherungsmöglichkeit handelt. Dass die vorgeschriebene Form nicht beachtet wurde, kann nicht dazu führen, durch die Wahl eines andern, in den Konsequenzen nicht gewollten Vertragstyps eine Konsolidierung vorzunehmen.

Das Vorliegen einer Bürgschaft wird noch dadurch erhärtet, dass der Beklagte in der Folge auch so vorgegangen ist, wie es Art. 405 OR gebietet. Er hat den Kläger erst betrieben, als er aus der Betreibung von Frau T. einen Verlustschein erhalten hatte; und er hat diese Tatsache auch bei der Bezeichnung des Forderungstitels im Zahlungsbefehl vermerken lassen.

Die – allerdings bestrittene – Behauptung des Beklagten, über die Formerfordernisse sei bei Vertragsabschluss gesprochen worden und man habe ihm erklärt, Schriftlichkeit reiche, ist ein weiteres Indiz dafür, dass offenbar eben auch der Kläger eine Bürgschaft wollte. Schliesslich bleibt festzuhalten, dass im Zweifel eine Vermutung für die Bürgschaft besteht (BGE 101 II 279, 113 II 438). Zwar werden gegen die allzu leichtfertige Anwendung dieser Vermutung Vorbehalte angebracht (*Giovanoli*, Komm. N. 14 zu Art. 492 OR und dort zit. Lit., *Merz* in ZBJV 125 [1989], 228). Das dort genannte Kriterium der Unentgeltlichkeit des Sicherungsgeschäftes ist indessen im vorliegenden Fall erfüllt. Im übrigen rechtfertigt es sich, bei entsprechenden Vereinbarungen unter Privaten wegen des hier höheren Schutzbedürfnisses im Zweifel anzunehmen, dass das strittige Sicherungsgeschäft als Bürgschaft zu qualifizieren ist.

3. a) Die Parteien hätten die in Art. 493 OR genannten Formvorschriften, namentlich jene für die Beurkundung in Fällen, wo der Haftungsbetrag Fr. 2000.– übersteigt, beobachten müssen. Die Verletzung dieser Formvorschriften hat, wie die Vorinstanz richtig erkannt hat, Nichtigkeit zur Folge (vgl. BGE 106 II 151). In BGE 112 II 334 wurde die Frage aufgeworfen und vom Gericht offengelassen, ob, unbekümmert um die Art des Mangels, Formgültigkeit zur absoluten (von Amtes wegen zu beachtenden) Nichtigkeit führe. Diese Streitfrage ist hier nicht erheblich, denn der Kläger hat sich ausdrücklich darauf berufen.

b) Ob der Beklagte die aus der Betreibung des Klägers erhaltenen Mittel für den Kauf eines Autos o.ä. verwendet hat, ist unerheblich. Dieses Kriterium der ungerechtfertigten Bereicherung ist der Rückforderungs-

klage nach Art. 86 SchKG fremd. Abgesehen davon wäre der Beklagte durch den Besitz des Autos immer noch bereichert.

c) Zusammenfassend steht somit fest, dass die Parteien eine Bürgschaft eingehen wollten, dass aber die entsprechenden Formvorschriften nicht beachtet wurden. Der Kläger hat unter dem Druck einer Betreibung die verlangte Sicherheit geleistet. Die Vorinstanz hat seine Klage zu Recht geschützt.

OGer 20. 2.1990