Urteilskopf

95 II 242

32. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Juni 1969 i.S. Weisskredit Handels- und Anlagebank gegen Hiltmann.
Regeste (de):
Bürgschaft, Rückgriff unter Solidarbürgen.

Rechtliche Bedeutung einer Mitteilung des Gläubigers an einen Solidarbürgen, die Hauptschuld sei durch Zahlung zweier anderer Solidarbürgen getilgt (Erw. 1).

Die Abtretung der verbürgten Forderung durch den Gläubiger an einen von mehreren Solidarbürgen oder an einen von diesem vorgeschobenen Dritten ist für das Rückgriffsverhältnis zwischen den Solidarbürgen unbeachtlich (Erw. 2).

Die Zulässigkeit einer Eventualbegründung, die sich auf einen vom Hauptstandpunkt abweichenden Tatbestand stützt, bestimmt sich nach dem kantonalen Prozessrecht (Erw. 3).

Der Aberkennungsbeklagte kann im Aberkennungsprozess seinen Anspruch anders begründen als im Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren; er kann sich auch auf eine erst nach dem Zahlungsbefehl erfolgte Abtretung berufen (Erw. 4).

Regeste (fr):
Cautionnement, recours des cautions solidaires.

Portée juridique d'une communication du créancier indiquant à une caution solidaire que la dette principale est éteinte par le paiement de deux autres cautions solidaires (consid. 1).

La cession de la créance garantie, effectuée par le créancier, à une des cautions solidaires ou à une autre personne intervenant à la demande de cette caution, est sans influence sur les droits de recours entre les cautions solidaires (consid. 2).

Le droit de la procédure cantonale détermine la recevabilité d'une argumentation développée à titre subsidiaire et se fondant sur un état de fait distinct de l'argumentation principale (consid. 3).

Dans le procès en libération de dette, le défendeur peut motiver sa prétention autrement que dans la procédure de poursuite et de mainlevée; il peut également invoquer une cession intervenue après le commandement de payer (consid. 4).

Regesto (it):
Fideiussone, regresso tra fideiussori solidali.

Portata giuridica d'una comunicazione con cui il creditore notifica ad un fideiussore solidale che il debito principale è estinto in seguito al pagamento di due altri fideiussori solidali (consid. 1).

La cessione del credito garantito, effettuata dal creditore ad uno dei fideiussori solidali o ad un terzo che interviene su richiesta di questo fideiussore, è irrilevante per il rapporto di regresso tra i fideiussori solidali (consid. 2).

L'ammissibilità d'una motivazione sussidiaria, poggiante su di una fattispecie che si scosta dall'argomentazione principale, si determina secondo il diritto processuale cantonale (consid. 3).

In un procedimento di disconoscimento di debito, il convenuto può motivare la sua pretesa diversamente da quanto ha fatto nella procedura esecutiva o di rigetto; egli può pure invocare una cessione avvenuta dopo il precetto esecutivo (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 243

BGE 95 II 242 S. 243

A.- Die Bank "Crédit Agricole Chevenez" gewährte gemäss Vertrag vom 4. Mai 1966 der EGA SA ein Darlehen von Fr. 105 000.–. Für diese Schuld einschliesslich Zinsen und Nebenkosten bis zum Gesamtbetrag von Fr. 115 000.– leisteten E.A. Misteli (Aktionär und Gläubiger der EGA SA), W. Hiltmann (Verwaltungsrat dieser Gesellschaft), sowie A. und G. Borruat Solidarbürgschaft. Am 30. November 1966 schlossen Misteli einerseits und die EGA SA, Hiltmann und A. und G. Borruat anderseits eine Vereinbarung, wonach Misteli aus der EGA SA ausschied. Ziffer 2 Abs. 2 dieser Vereinbarung bestimmte: "Sollte E.A. Misteli aus irgendwelchen Bürgschaften für die EGA SA von den Banken persönlich in Anspruch genommen werden, sind ihm die entsprechenden Beträge von W. Hiltmann und den Herren Borruat zu ersetzen." Die EGA SA, Hiltmann und A. und G. Borruat ersuchten am 25. April 1967 den Crédit Agricole unter Hinweis auf diese Vereinbarung, Misteli aus der Bürgschaftsverpflichtung zu entlassen; sie erklärten, für allfällige Bürgschaftsansprüche des Crédit Agricole gegenüber Misteli einstehen zu wollen. Inzwischen war der EGA SA, die sich in Zahlungsschwierigkeiten befand, eine Nachlassstundung bewilligt worden. Der Crédit Agricole lehnte daher mit Schreiben vom 1. Mai 1967 an alle vier Bürgen die Entlassung Mistelis aus der Bürgschaft ab und teilte ihnen mit, sie habe der EGA SA das Darlehen vertragsgemäss auf den 7. Juni 1967 gekündigt; nach Ablauf dieser Frist werde sie jeden der vier Solidarbürgen für den ganzen Forderungsbetrag von Fr. 105 000.– nebst Zinsen und Kosten betreiben. Am 21. Juli 1967 schrieb die Weisskredit Handels- und Anlagebank, Zürich, dem Crédit Agricole, sie sei auf Ersuchen ihres Kunden Misteli bereit, "... de reprendre un montant total de fr. 30 000.– ... comme crédit dénoncé de votre part contre la maison EGA SA ... à une simple

BGE 95 II 242 S. 244

cession de crédit partielle de votre part pour le montant indiqué avec tous les droits de cautions solidaires envers toutes les parties indiquées dans votre crédit." Der Crédit Agricole wollte sich jedoch offenbar unter Hinweis auf die solidarische Bürgschaftsverpflichtung Mistelis mit einer Zahlung von Fr. 30 000.– nicht begnügen, sondern forderte den ganzen, nach Eingang einer Zahlung des Bürgen Hiltmann von Fr. 30 000.– noch offenen Betrag von Fr. 78 957.–. Die Bank Weisskredit überwies ihm daher Ende Juli/Anfang August 1967 diese Summe mit dem erneuten Hinweis, die Zahlung erfolge unter der Bedingung, dass der Crédit Agricole ihr alle seine Rechte gegen die EGA SA und die Solidarbürgen abtrete. Am 5. August 1967 schrieb der Crédit Agricole an die EGA SA, an "Weisskredit pr. Misteli", an Hiltmann und an A. und G. Borruat: "Nous accusons réception des montants suivants:
fr. 30 000.– par M. Walter Hiltmann, Zurich, valeur 27 juillet 1967 fr. 78 000.– par Weisskredit Zurich pr M. Misteli, Zurich, valeur 1.8.67 fr. 957.– idem, valeur 5.8.67.
Nous avons le plaisir de vous communiquer que l'emprunt de fr. 105 000.– est entièrement libéré par le règlement des deux cautions ci-dessus." Da die Bank Weisskredit die verlangte Abtretungserklärung vom Crédit Agricole nicht erhielt, mahnte sie diesen in den Monaten September und Oktober 1967 mehrmals mit der An-

drohung, sie werde die geleistete Zahlung von Fr. 78 957.– zurückfordern, wenn der Crédit Agricole ihrem Begehren nicht entspreche. Am 7. November 1967 stellte der Crédit Agricole der Bank Weisskredit die Erklärung aus, er trete ihr die Darlehensforderung gegen die EGA SA bis zum Betrag von Fr. 78 957.– samt allen Nebenrechten, insbesondere den Bürgschaftsansprüchen, ab. Gestützt auf diese Abtretungserklärung forderte die Bank Weisskredit am 29. November 1967 Hiltmann auf, ihr den Betrag von Fr. 78 957.– nebst Zinsen auf Grund seiner Solidarbürgschaft für die EGA SA zu ersetzen. Hiltmann kam jedoch dieser Aufforderung nicht nach und erhob gegen den Zahlungsbefehl vom 1. Dezember 1967 Rechtsvorschlag, anerkannte dann

aber am 5. März 1968 das Begehren der Weisskredit um provisorische Rechtsöffnung unter dem Vorbehalt der Aberkennungsklage. Am 23. April 1968 trat Misteli "alle seine Rechte aus Ziffer 2 letzter Absatz der Vereinbarung vom 30.11.66 mit Walter Hiltmann und Konsorten" an die Bank Weisskredit ab.

B.- Am 25. März 1968 klagte Hiltmann gegen die Bank Weisskredit auf Aberkennung der gegen ihn in Betreibung gesetzten Forderung von Fr. 78 957.– nebst Zinsen und Kosten. Zur Begründung brachte er vor, die Hauptschuld, also die Darlehensforderung des Crédit Agricole gegen die EGA SA, sei infolge seiner Bürgschaftszahlung von Fr. 30 000.– und der Zahlung der Beklagten von Fr. 78 957.– am 5. August 1967 bereits getilgt gewesen. Mit dem Erlöschen der Hauptschuld sei auch seine Bürgschaftsverpflichtung kraft Gesetzes dahingefallen. Im Zeitpunkt der Abtretung vom 7. November 1967 habe somit die EGA SA dem Crédit Agricole nichts mehr geschuldet, noch habe eine Bürgschaftsverpflichtung seinerseits bestanden. Selbst wenn aber am 7. November 1967 noch eine Schuld der EGA SA bestanden haben sollte, sei auf Grund des Schreibens des Crédit Agricole vom 5. August 1967 seine Bürgschaftsverpflichtung dahingefallen. Die Beklagte beantragte, die Aberkennungsklage abzuweisen. Sie machte geltend, sie habe dem Crédit Agricole die Fr. 78 957.– nicht bezahlt, um die Bürgschaftsverpflichtung des Misteli abzulösen, sondern um die nach der Bürgschaftszahlung des Klägers von Fr. 30 000.– noch verbleibende Restforderung des Crédit Agricole gegen die EGA SA zu erwerben. Infolge der Abtretungserklärung des Crédit Agricole vom 7. November 1967 sei diese Restforderung samt allen Nebenrechten auf sie übergegangen. Sie sei daher berechtigt, den Solidarbürgen Hiltmann für die ganze noch ungedeckte Forderung von Fr. 78 957.– zu belangen. Falls man annehme, ihre Zahlung an den Crédit Agricole sei zur Ablösung der Bürgschaftsverpflichtung Mistelis erfolgt, stütze sie ihren Anspruch auf die Zession des Misteli vom 23. April 1968, durch welche dieser alle seine Rechte aus der Ausscheidungsvereinbarung vom 30. November 1966 auf sie übertragen habe. In diesem Falle hafte der Kläger nicht als Bürge der EGA SA, sondern aus seiner Verpflichtung, Misteli schadlos zu halten, wenn er nach seinem Ausscheiden aus der EGA SA als Bürge belangt werden sollte.

Im Laufe des kantonalen Verfahrens setzte die Beklagte ihre Forderung um den Betrag von Fr. 1725.– herab, den sie bei den Bürgen G. und A. Borruat eingetrieben hatte.

C.- Das Handelsgericht des Kantons Zürich schützte am 11. Juni 1968 die Aberkennungsklage. D. - Gegen dieses Urteil erklärte die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht mit dem erneuten Antrag, die Aberkennungsklage abzuweisen. Der der Beklagten auferlegte Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren wurde erst am Tage nach Ablauf der gesetzten Frist geleistet, und zwar durch Misteli. Nach den Ausführungen in dem von ihm und der Beklagten gestellten Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Zahlungsfrist (dem am 31. Oktober 1968 entsprochen wurde), hatte Misteli es auf Grund einer Absprache mit der Beklagten übernommen, den Kostenvorschuss zu leisten. Der Kläger beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil

zu bestätigen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. - Das Handelsgericht hat die Aberkennungsklage mit der Begründung geschützt, der Kläger habe das Schreiben des Crédit Agricole vom 5. August 1967 als Befreiung von der Bürgschaft infolge Untergangs der Hauptschuld verstehen können und dürfen. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. a) In erster Linie fragt sich, ob am 7. November 1967 die abgetretene Forderung noch bestand und dem Crédit Agricole gehörte. Denn nur wenn beides zutraf, konnte der Crédit Agricole sie der Bank Weisskredit abtreten und konnten mit ihr auch die Rechte gegen den Bürgen Hiltmann, die von der Beklagten geltend gemacht werden, auf sie übergehen. Das Handelsgericht hat sich mit den genannten beiden Fragen nicht befasst. Dass die Darlehensforderung am 7. November 1967 noch bestand, kann indessen nicht zweifelhaft sein. Auf Grund des Schreibens des Crédit Agricole vom 5. August 1967 durfte niemand annehmen, die Schuld der EGA SA sei getilgt worden oder wolle vom Crédit Agricole erlassen werden. Namentlich durfte auch der Kläger einen solchen Schluss nicht ziehen. Der Crédit Agricole schrieb ja nicht, die EGA SA habe gezahlt, sondern die beiden Bürgen Hiltmann und Misteli hätten das getan. Aus dem Schreiben musste daher jedermann

schliessen, die Forderung gegen die EGA SA sei gemäss Art. 507 auf die zahlenden Bürgen Hiltmann und Misteli übergegangen. Daran änderte auch die vom Crédit Agricole im Schlussatz seines Schreibens abgegebene Erklärung nichts, die Darlehensforderung von Fr. 105 000.– sei "entièrement libéré par le règlement des deux cautions ci-dessus". Das hiess nach Treu und Glauben nur, dass der Crédit Agricole sich nicht mehr als Gläubiger betrachte. Darin lag aber weder eine Anerkennung, dass die Schuld der EGA SA getilgt sei, noch ein Schulderlass, sondern es handelte sich einfach um eine rechtliche Schlussfolgerung des Crédit Agricole aus den mitgeteilten Zahlungen der beiden Bürgen. Diese Schlussfolgerung war richtig für die Fr. 30 000.–, die der Kläger bezahlt hatte. Dagegen traf sie möglicherweise nicht zu für die Fr. 78 957.–, von denen der Crédit Agricole annahm, die Beklagte habe sie ihm im Namen Mistelis bezahlt. Wenn er sich in diesem Punkte geirrt haben sollte, weil die Beklagte im eigenen Namen bezahlt hatte, um die noch ungedeckte Restforderung des Crédit Agricole zu erwerben, wäre dieser für die Fr. 78 957.– Gläubiger geblieben und hätte somit diese Teilforderung am 7. November 1967 noch an die Beklagte abtreten können. Man kann nicht folgern, weil die EGA SA sich als befriedigt ausgegeben habe, müsse der Richter auf Grund der Vertrauenstheorie zum Vorteil Hiltmanns annehmen, der Crédit Agricole sei vom 5. August 1967 an nicht mehr Gläubiger gewesen. Die möglicherweise unrichtige Mitteilung konnte beim Leser nur eine irrige Vorstellung über die Person des Gläubigers, nicht einen Irrtum über den Fortbestand der Forderung bewirken. Aus einem Irrtum über die Person des Gläubigers, der im Zeitpunkt der Belangung behoben ist, kann aber weder der Schuldner noch der Bürge etwas ableiten. Das ergibt sich aus Art. 167 OR, der sich zwar auf den Fall der Abtretung bezieht, aber sinngemäss auch in andern Fällen irriger Vorstellungen des Schuldners über einen Gläubigerwechsel (Erbgang, eheliches Güterrecht, Subrogation) zutrifft. Ein Eingreifen der Vertrauenstheorie kommt hier nicht in Betracht. Diese gilt nur für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, nicht auch für die Auslegung blosser Mitteilungen ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Vertrauenstheorie vermag eine solche Mitteilung nicht zu einem Angebot auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes zu machen. Um eine Anzeige ohne rechtsgeschäftlichen

Inhalt handelte es sich aber beim Schreiben des Crédit Agricole vom 5. August 1967. Der Empfänger durfte in ihm nicht eine Offerte zum Abschluss eines Vertrages, z.B. eines Schulderlasses, sehen, sondern musste es als das hinnehmen, was es war, nämlich eine schlichte Mitteilung, dass die Forderung des Crédit Agricole nach dessen Meinung infolge der Zahlungen der beiden Bürgen kraft Gesetzes auf diese übergegangen sei. b) Was sodann die Frage des Fortbestandes der Bürgschaftsverpflichtung des Klägers betrifft, meint das Handelsgericht, dieser habe das Schreiben vom 5. August 1967 dahin verstehen dürfen, "er sei infolge vollständiger Tilgung der Hauptschuld von seiner Verpflichtung als Bürge gegenüber dem Crédit Agricole befreit". Es spricht von einer "Schuldbefreiungserklärung", von einem "Entlastungsschreiben", durch das die Bürgschaftsverpflichtung erloschen sei. Das Handelsgericht meint also, der Crédit Agricole habe den Kläger als Bürgen entlassen, d.h. auf seine Bürgschaftsansprüche ihm gegenüber verzichtet.
Das wäre eine "Aufhebung durch Uebereinkunft" im Sinne des Art. 115 OR. Von einer solchen könnte aber nur die Rede sein, wenn der Kläger das Schreiben vom 5. August 1967 nach Treu und Glauben als Angebot zum Abschluss einer solchen Uebereinkunft hätte auslegen dürfen. Das nimmt aber nicht einmal das Handelsgericht an, vertritt es doch, wie gesagt, die Auffassung, der Kläger habe sich infolge vollständiger Tilgung der Hauptschuld von seiner Verpflichtung befreit erachten dürfen. Dass die Hauptschuld vollständig getilgt sei, sagt indessen das Schreiben, wie bereits dargelegt wurde, in keiner Weise; es spricht nur von einer Befriedigung des Crédit Agricole durch Zahlung zweier Bürgen, was nach Art. 507 OR Fortbestand der Hauptschuld unter Eintritt eines Gläubigerwechsels (Uebergang der Hauptforderung samt Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen) bedeutet. Nach dem Wortlaut des Schreibens vom 5. August 1967 durfte der Kläger schlechterdings nicht annehmen, der Crédit Agricole wolle ihm eine Vertragsofferte zur Aufhebung seiner Bürgschaftsverpflichtung machen. Er musste das Schreiben als blosse Ansichtsäusserung des Gläubigers über die angeblich eingetretene gesetzliche Subrogation verstehen. So wenig diese Ansichtsäusserung einen vertraglichen Untergang der Hauptschuld zur Folge haben konnte, so wenig konnte sie den Untergang der Bürgschaftsverpflichtung des

Klägers bewirken. Wenn der Inhalt des Schreibens richtig sein sollte, könnte der Crédit Agricole und folglich auch die Bank Weisskredit als dessen Rechtsnachfolgerin den Kläger allerdings nicht mehr belangen, weil dann die Subrogation eingetreten und der Kläger dem Misteli gemäss Art. 497 Abs. 2 Satz 4 OR und der Vereinbarung vom 30. November 1966 regresspflichtig geworden wäre. Das wäre aber nicht die Folge der Aeusserung des Crédit Agricole vom 5. August 1967, sondern die gesetzliche Folge der von Misteli geleisteten Zahlung. Wenn dagegen der Inhalt des Schreibens unrichtig war, so kann der Kläger daraus nichts für sich ableiten. Dieses hat ihn dann lediglich über die Person des Gläubigers irregeführt, indem er annehmen konnte, er sei fortan nicht mehr dem Crédit Agricole, sondern dem Misteli verpflichtet. Hätte der Kläger auf Grund dieses Irrtums dem Misteli bezahlt, so müsste wahrscheinlich entschieden werden, er sei gegenüber dem Crédit Agricole und der Beklagten als dessen Rechtsnachfolgerin befreit. Der Kläger hat aber nicht bezahlt, sondern wird unter Hinweis auf den Irrtum, der dem Crédit Agricole bei seinem Schreiben vom 5. August 1967 unterlaufen sein soll, auf Zahlung belangt. Er muss sich deshalb einen allfälligen Irrtum entgegenhalten lassen. c) Die Auslegung des Schreibens als Vertragsofferte zur Aufhebung der Bürgschaftsverpflichtung des Klägers ist nicht nur mit den Regeln von Treu und Glauben unvereinbar, sondern geradezu unmöglich. Der Crédit Agricole teilte ja am 5. August 1967 mit, der Bürge Misteli habe ihn befriedigt. Wenn das zugetroffen haben sollte, d.h. die Zahlung der Beklagten wirklich im Namen Mistelis erfolgt wäre, hätte der Crédit Agricole den Mitbürgen Hiltmann gar nicht mehr aus seiner Bürgschaft entlassen können; die Rechte des befriedigten Gläubigers wären von Geset-

zes wegen auf den Bürgen Misteli übergegangen, und zwar kraft der Zahlung, die bereits erfolgt war, als das Schreiben vom 5. August 1967 abgeschickt wurde. Wer das Schreiben las, konnte daher schlechterdings nicht annehmen, der Crédit Agricole sei noch Gläubiger und wolle durch dasselbe auf seine Forderung oder zum mindesten auf die Bürgschaftsrechte gegen den Kläger verzichten; nach dem im Schreiben geschilderten Sachverhalt hätte nur noch Misteli die Hauptschuld erlassen oder den Kläger seiner Verpflichtung entheben können. Mit der von der Vorinstanz gegebenen Begründung kann daher die Aberkennungsklage nicht geschützt werden.

2. - Die Beklagte will dem Crédit Agricole den Betrag von

Fr. 78 957.– in der Absicht bezahlt haben, die noch ungedeckte Darlehensforderung in dieser Höhe gegen die EGA SA samt allen Nebenrechten, namentlich den Bürgschaftsansprüchen, zu erwerben. Diese Behauptung hat angesichts des Schreibens vom 21. Juli 1967, mit dem die Beklagte erstmals an den Crédit Agricole herantrat, eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich. Denn entgegen der Darstellung der Vorinstanz teilte die Beklagte damals dem Crédit Agricole nicht mit, "ihr Kunde Misteli habe sie beauftragt, ihr, der Crédit Agricole, Fr. 30 000.– zur anteilmässigen Ablösung seiner Bürgschaftsverpflichtung zukommen zu lassen". Sie schrieb vielmehr, sie sei auf Ersuchen ihres Kunden Misteli bereit, den vom Crédit Agricole der EGA SA gekündigten Kredit bis zum Totalbetrag von Fr. 30 000.– zu übernehmen gegen einfache Abtretung dieser Teilforderung samt den entsprechenden Solidarbürgschaftsansprüchen. Ebenso wies sie bei der Bezahlung des vom Crédit Agricole verlangten vollen Betrages von Fr. 78 957.– erneut darauf hin, diese erfolge unter der Bedingung, dass der Crédit Agricole ihr alle seine Rechte gegen die EGA SA und gegen die Solidarbürgen abtrete. Die Vorinstanz hat indessen die Frage, ob die Beklagte zwecks Forderungserwerbs oder zur Ablösung der Bürgschaftsverpflichtung Mistelis bezahlt habe, offen gelassen. Es ist jedoch nicht nötig, die Sache zur Abklärung des Sachverhalts in diesem Punkte an sie zurückzuweisen. Denn selbst wenn die Darstellung der Beklagten zutreffen sollte, könnte diese sich dem Kläger gegenüber nicht auf den Forderungserwerb berufen, weil er offensichtlich nur dazu dienen sollte, dem Solidarbürgen Misteli eine bessere Stellung zu verschaffen, als ihm nach den Regeln des Bürgschaftsrechtes zukäme.
Hätte nämlich Misteli die Bürgschaftsverpflichtung erfüllt, für die ihn der Crédit Agricole betrieben hatte, so wäre dessen Darlehensforderung gegen die EGA SA im noch ungedeckten Betrag von Fr. 78 957.– mit allen Nebenrechten kraft Gesetzes auf ihn übergegangen. Alsdann hätte er auf die drei andern Solidarbürgen, also den Kläger, sowie auf G. und A. Borruat, Rückgriff nehmen können, und zwar nicht nur für die seinen Kopfanteil übersteigende Leistung, sondern auf Grund der Ausscheidungsvereinbarung vom 30. November 1966 für den ganzen von ihm bezahlten Betrag von Fr. 78 957.–. Diese Vereinbarung

sieht aber für den Ersatzanspruch Mistelis keine solidarische Haftung der drei andern Bürgen vor, so dass Misteli von jedem von ihnen nur einen Drittel seiner Leistung, also Fr. 26 319.–, hätte fordern können. Einen Ausfall, den er allenfalls an den beiden Bürgen Borruat erleiden würde, hätte er an sich zu tragen, wobei er schlimmstenfalls einen Schaden von Fr. 52 638.– erlitte. Der Bürge Hiltmann dagegen hätte über seine bereits geleistete Bürgschaftszahlung hinaus weitere Fr. 26 319.– an Misteli zu zahlen, so dass er, vorbehältlich seiner Regressansprüche gegen die beiden Mitbürgen Borruat, insgesamt mit Fr. 56 319.– belastet wäre.

Von der Beklagten gestützt auf den Erwerb der noch ungedeckten Darlehensforderung von Fr. 78 957.– samt allen Nebenrechten belangt, hätte der Kläger dagegen als Solidarbürge für den vollen Betrag aufzukommen. Da die übrigen Solidarbürgen (Misteli, G. und A. Borruat) vom ursprünglichen Gläubiger ebenfalls betrieben worden sind, könnte er sich nicht darauf berufen, dass er mit seiner Leistung von Fr. 30 000.– an den Crédit Agricole bereits mehr als seinen Kopfanteil bezahlt habe (Art. 497 Abs. 2 OR). Kraft seiner Bürgschaftsleistungen von Fr. 30 000.– und Fr. 78 957.– würde die volle Darlehensforderung auf den Kläger übergehen. Auf den Mitbürgen Misteli könnte er jedoch angesichts der Ausscheidungsvereinbarung vom 30. November 1966 nicht Rückgriff nehmen, sondern er könnte nur von den beiden andern Mitbürgen G. und A. Borruat je einen Drittel seiner gesamten Zahlung von Fr. 108 957.–, also von beiden zusammen Fr. 72 638.–, ersetzt verlangen. Bei Nichteinbringlichkeit dieser Forderungen bliebe der Ausfall auf ihm haften, während dieser ohne den Forderungserwerb der Beklagten, wie oben dargelegt wurde, von Misteli zu tragen wäre. Diesem bliebe somit dank dem Forderungserwerb der Beklagten ein Verlust von Fr. 52 638.– erspart. Dieses günstige Ergebnis hätte Misteli nicht erzielen können, indem er selber dem Crédit Agricole die noch ungedeckte Restforderung von Fr. 78 957.– abgekauft hätte, statt seine Bürgschaftsverpflichtung zu erfüllen. Eine solche Abtretung der Gläubigerrechte wäre dem Kläger gegenüber unwirksam gewesen, da das Rückgriffsverhältnis unter den Solidarschuldnern der Einwirkung des Gläubigers gänzlich entzogen ist (BGE 53 II 30). Offensichtlich aus diesem Grunde wurde die Beklagte als Forderungserwerberin vorgeschoben, während der

wirkliche Forderungsinhaber Misteli war. Denn es ist schon an und für sich wenig glaubhaft, dass die Beklagte, eine Bank, auf eigene Rechnung eine Forderung gegen einen Schuldner erwerben wollte, der sich, wie die EGA SA, bereits in Zahlungsschwierigkeiten befand. Abgesehen hievon geht aus den Akten deutlich hervor, dass die Beklagte nur der Strohmann Mistelis war. Schon mit ihrem Schreiben vom 21. Juli 1967 an den Crédit Agricole hatte sie sich als Beauftragte ihres Kunden Misteli vorgestellt, auf dessen Ersuchen sie bereit sei, die Forderung des Crédit Agricole gegen die EGA SA zum Teil zu übernehmen. Bezeichnend ist aber vor allem, dass der der Beklagten für das Berufungsverfahren auferlegte Gerichtskostenvorschuss von Misteli erlegt wurde. Dies zeigt eindeutig, dass der vorliegende Prozess auf seine Rechnung, in seinem Interesse und auf sein Betreiben hin geführt wird. Als bloss vorgeschobene Forderungserwerberin muss sich die Beklagte gleich wie Misteli selber entgegenhalten lassen, dass ein Abkommen mit dem Gläubiger der Hauptschuld für das Rückgriffsverhältnis unter den Solidarbürgen unbeachtlich ist. Mit ihrem Hauptstandpunkt, der Kläger schulde ihr die streitigen Fr. 78 957.– aus Solidarbürgschaft für die durch Abtretung auf sie übergegangene Darlehensforderung gegen die EGA SA, vermag die Beklagte somit nicht durchzudringen.

3. - Für diesen Fall hat die Beklagte im kantonalen Verfahren geltend gemacht, der Kläger schulde ihr den streitigen Betrag auf Grund der Zession Mistelis vom 23. April 1968, mit der dieser ihr alle seine Rechte aus der Ausscheidungsvereinbarung vom 30. November 1955 abgetreten habe. Das Handelsgericht hat erklärt, dieser Eventualstandpunkt sei nach zürcherischer Praxis unbeachtlich, weil er mit der Hauptbegründung in unlösbarem Widerspruch stehe. Im Berufungsverfahren hat die Beklagte diese Eventualbegründung nicht mehr vorgebracht. Das schlösse indessen ihre Berücksichtigung nicht ohne weiteres aus. Denn Art. 63 OG verpflichtet das Bundesgericht - und damit auch die kantonale Instanz - das auf den festgestellten Tatbestand anwendbare Bundesrecht selbst ohne Anrufung durch die Parteien, also von Amtes wegen, anzuwenden, ohne an eine unvollständige oder irrige rechtliche Begründung seitens der Parteien gebunden zu sein (BGE 89 II 340, BGE 90 II 40 Erw. 6 b, BGE 91 II 65 Erw. 2). Es ist deshalb zu prüfen, ob die Auffassung der Vorinstanz, der Eventualstandpunkt

der Beklagten sei aus Gründen des kantonalen Prozessrechtes unbeachtlich, vor dem Bundesrecht standhält. Das Bundesgericht hat gestützt auf die oben erwähnte Rechtsprechung entschieden, ein kantonales Gericht dürfe die Beurteilung einer aus dem selben Sachverhalt abgeleiteten Eventualbegründung nicht mit dem Hinweis darauf ablehnen, dass dafür eine andere kantonale Instanz zuständig sei (z.B. das Gewerbegericht, BGE 91 II 65 Erw. 3; der ordentliche kantonale Richter anstelle der bundesrechtlich vorgeschriebenen einzigen kantonalen Instanz für Markenrechtsstreitigkeiten, BGE 92 II 312 Erw. 5), und so den streitigen Anspruch in zwei Klagen zerlegen. Im vorliegenden Falle hat die Beklagte jedoch ihre Eventualbegründung nicht auf den gleichen Sachverhalt gestützt, sondern sie beruft sich auf einen völlig andern Tatbestand. Im Hauptstandpunkt bezeichnet sie sich als Abtretungsgläubiger des Crédit Agricole und belangt den Kläger aus seiner Solidarbürgschaft für die Darlehensforderung ihres Rechtsvorgängers; im Eventualstandpunkt macht sie dagegen geltend, sie sei Abtretungsgläubiger des zahlenden Solidarbürgen Misteli und stützt ihre Forderung auf den Ausscheidungsvertrag vom 30. November 1966. Kraft der ihnen durch Art. 64 Abs. 3 BV vorbehaltenen Prozessrechtshoheit steht es den Kantonen frei, durch eine ausdrückliche Vorschrift ihrer Prozessordnung oder durch Auslegung und Praxis das Vorbringen eines Eventualstandpunktes, der sich auf einen vom Hauptstandpunkt abweichenden Tatbestand stützt, zu verbieten. Der Rechtsuchende wird dadurch freilich gezwungen, bei Abweisung seines Hauptstandpunktes den eventualiter behaupteten Sachverhalt in einem neuen Verfahren geltend zu machen. Das ist aber ein Ausfluss des kantonalen Prozessrechtes und verstösst nicht gegen die bundesrechtliche Pflicht des kantonalen Richters, das auf den gegebenen Tatbestand anwendbare Bundesrecht von Amtes wegen und im vollen Umfang anzuwenden.

4. - Da das Handelsgericht den Eventualstandpunkt der Beklagten als in diesem Verfahren unbeachtlich bezeichnet hat und somit nicht darauf eingetreten ist, liegt in bezug auf die aus der Abtretung der Rechte des Misteli gegen seinen Mitbürgen abgeleiteten Anspruch der Beklagten keine beurteilte Sache vor. Die Beklagte kann daher diesen Anspruch in einem neuen Betreibungs- und Prozessverfahren geltend machen. Dem steht

nicht entgegen, dass das Handelsgericht beiläufig ausgeführt hat, die Eventualbegründung wäre auch materiellrechtlich nicht stichhaltig. Dabei handelt es sich um eine blosse, der materiellen Rechtskraft nicht teilhaftige Meinungsäusserung, die den in erster Linie getroffenen Nichteintretensentscheid nicht zum Sachurteil zu machen vermag. Es ist jedoch zweckmässig, schon heute zu diesen subsidiären Ausführungen des Handelsgerichts Stellung zu nehmen, da ihnen nicht beigepflichtet werden kann. Das Handelsgericht meint, es fehle an den materiellen Voraussetzungen, die Misteli bezw. seine Rechtsnachfolgerin berechtigen würden, gestützt auf die Ausscheidungsvereinbarung vom 30. November 1966 auf den Kläger Rückgriff zu nehmen, da nicht behauptet worden sei, Misteli habe der Beklagten den streitigen Betrag ersetzt. Mit der Berufung auf die Abtretung der dem Misteli aus der Ausscheidungsvereinbarung zustehenden Rechte machte die Beklagte jedoch implicite geltend, Misteli habe - durch ihre Zahlung - seine Bürgschaftsverpflichtung gegenüber dem Crédit Agricole erfüllt. Damit wäre die materielle Voraussetzung gegeben, um gemäss der Ausscheidungsvereinbarung die drei andern Bürgen für je einen Drittel der von Misteli erbrachten Bürgschaftsleistung belangen zu können. Das Handelsgericht ist sodann der Ansicht, die Abtretung der Rechte aus der Ausscheidungsvereinbarung dürfe im vorliegenden Aberkennungsprozess nicht angerufen werden, weil sie erst nach der Zustellung des Zahlungsbefehls stattgefunden habe. Diese Auffassung widerspricht jedoch der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach der Aberkennungsbeklagte im Aberkennungsprozess seinen Anspruch anders begründen kann als im Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren und die Natur der Aberkennungsklage der Berücksichtigung einer erst während der Betreibung erfolgten Abtretung nicht entgegensteht (BGE 78 II 160, BGE 83 II 214, BGE 91 II 111).

5. - Die Beklagte beruft sich schliesslich noch auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung. Sie macht geltend, wenn das Bundesgericht zum Schluss komme, der Inhalt des Schreibens des Crédit Agricole vom 5. August 1967 entspreche nicht der Wahrheit, sei der Kläger ungerechtfertigt bereichert; denn in diesem Falle sei er aus Irrtum oder andern Gründen zu Unrecht aus der Bürgschaft entlassen worden und

müsse daher eine Zahlung nicht leisten, die er auf Grund der wahren Sachlage erbringen müsste. Wie jedoch in Erw. 1 ausgeführt wurde, kann das erwähnte Schreiben des Crédit Agricole nicht als Entlassung des Klägers aus der Bürgschaft aufgefasst werden. Damit ist dem Einwand der Beklagten der Boden entzogen. Der Anspruch der Beklagten aus der Ausscheidungsvereinbarung aber, auf den sich die Beklagte übrigens zur Begründung ihres angeblichen Bereicherungsanspruchs nicht beruft, ist noch nicht beurteilt, sodass eine Bereicherung des Klägers unter diesem Gesichtspunkt nicht in Frage kommt.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handels gerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 1968 bestätigt.