

Kläger hat nichts getan, was die Haftungssumme erhöht oder den Eintritt der Haftung befördert hätte. Auch die letzte Lieferung hat die Stellung des Bürgen nicht schlechter gestellt, als sie ursprünglich war; denn, wie oben erörtert, ging der Inhalt der Verpflichtung des Beklagten von vornherein auf die Sicherstellung aller Lieferungen. Dadurch, daß der Kläger die Holzlieferungen nur unter der Bedingung einer Garantie seitens eines zahlungsfähigen Dritten übernahm, wollte er gerade die Gefahr ausschalten, die in der Möglichkeit der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners lag. Es geht daher nicht an, die Garantie des Beklagten gerade in dem Momente als hinfällig zu erklären, wo der Grund ihrer Entstehung sich zu verwirklichen drohte.

3. — Ebensowenig können zu Gunsten des Beklagten andere Rechtsätze angeführt werden. Von einer Anwendung des Art. 50 OR (alt) kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Vollzug der Lieferungen die Erfüllung eines Vertrages war: es geht der klägerischen Handlung das Requisite der Widerrechtlichkeit ab. Auch die Anrufung der strengeren Grundsätze des neuen Rechtes (Verstoß gegen die guten Sitten, Art. 41 Abs. 2 OR oder gegen die Grundsätze über Treu und Glauben, Art. 2 ZGB) ist unbehelflich. Man konnte billigerweise vom Kläger nicht verlangen, daß er um der Interessen des Beklagten willen auf die letzte Lieferung und dadurch auf einen Teil des Gewinnes verzichte, den er aus dem Geschäft zu ziehen berechtigt war. Dies um so weniger, als aus diesem Verzicht für ihn, unter Umständen, (wenn z. B. für diese Lieferung keine passende Verwendung zu finden gewesen wäre) positiver Schaden hätte entstehen können. Auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben war der Kläger nicht verpflichtet, die letzte Lieferung von der Zustimmung des Beklagten abhängig zu machen. Einmal, weil der Beklagte nach dem Inhalte der Verpflichtung auch dafür definitiv haftete und sodann weil dem Kläger mitgeteilt worden war, daß gerade der Beklagte der Urheber des Konkurses der Gebrüder Fritschi sei. Unter solchen Umständen konnte der Kläger mit Recht erwarten, daß, wenn die Zahlungsunfähigkeit wirklich bevorstehe, der Beklagte ihm Vorschläge zur Abwendung eines Schadens mache, der doch nur den Beklagten allein hätte treffen können. Der Beklagte tat aber nichts und es

geht nicht an, daß er nun die Folgen seines passiven Verhaltens auf den Kläger abwälze; —

erkannt:

1. Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.
2. Die Berufung des Klägers wird in dem Sinne gutgeheißen, daß der Beklagte zur Zahlung von 3408 Fr. 95 Cts. verpflichtet wird, nebst Zins zu 5 % seit dem 7. Juli 1911.

52. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1913
in Sachen **Töndury & Cie., Kl. u. I. Ver.-Kl., gegen**
Lendi & Parli, Bekl. u. II. Ver.-Kl.

Bürgschaft. Der Bürge wird infolge der Nichtanmeldung der Forderung durch den Gläubiger im Erbschaftsschuldenruf des verstorbenen Hauptschuldners nur insoweit befreit, als der Gläubiger bei erfolgter Anmeldung aus der Erbschaftsliquidation befriedigt worden wäre.

A. — Am 12. August 1901 gewährte die Klägerin dem Bäcker Fritz Lendi in Davos gegen drei Obligationen von je 5000 Fr., die zu 4½ % zu verzinsen waren, ein Darlehen von 15,000 Fr., für das sich die Firma Lendi, Parli & Cie. in Chur solidarisch verbürgte. Die Bürgschaftsunterschrift stammte vom damaligen Gesellschaftler Jakob Koch-Urbüser. Es ist nicht bestritten, daß die heutige Beklagte, die Firma Lendi & Parli, an Stelle der am 31. Dezember 1907 gelöschten Firma Lendi, Parli & Cie. getreten ist und deren Aktiven und Passiven übernommen hat. Die Zinsen des Darlehens wurden mit 712 Fr. 50 Cts. bis zum Jahr 1907 vom Schuldner regelmäßig entrichtet. Am 24. Juli 1907 siedelte der Schuldner nach Herisau über. Es ist nicht festgestellt, ob die im August fällige Zinszahlung von Herisau oder von Davos aus erfolgte. Am 4. November 1907 starb der Schuldner Lendi in Herisau. Über seinen Nachlaß erging gemäß § 1, letzter Absatz, des Erbgesetzes des Kantons Appenzell A.-Rh. vom 28. April 1861 der Schuldenruf, der im Appenzeller Amtsblatt, in der Davoser Zeitung und im Graubündner Amtsblatt — hier unter der Rubrik „Privatanzeigen“ — veröffentlicht wurde. In dieser Publi-

kation wird der Erblasser als Johann Friedrich Lendi-Moosdorf von Lamin (Graubünden), Bäckermeister, wohnhaft gewesen in Herisau, früher in Davos, bezeichnet. Die Gläubiger des Verstorbenen werden darin aufgefordert, ihre Forderungen innert zwei Monaten der Gerichtskanzlei Herisau einzugeben. Es wird darin auf die vorgenannte Gesetzesbestimmung verwiesen, die im Eingang lautet: „Wollen Erben sich der Verpflichtung entziehen, spätere Ansprüche unbekannter Gläubiger des Erblassers zu befriedigen, so muß ein vom Obergericht bewilligter Schuldenruf unter Androhung des Ausschlusses erlassen werden.“ In dem Schuldenruf haben Lönbury & Cie. eine Eingabe nicht gemacht. Das kantonale Obergericht stellt fest, daß, wenn eine Eingabe gemacht worden wäre, die Klägerin für 8475 Fr. 70 Cts. Deckung erhalten hätte und nur ein Rest von 6851 Fr. 05 Cts. ungedeckt geblieben wäre. Am 17. August 1908 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe an den Schuldner Fritz Lendi in Davos für den Jahreszins von 712 Fr. 50 Cts. den gewöhnlichen Avisbrief erlassen, dieser sei aber mit dem Postvermerk „verreist“ zurückgekommen. Da ihr die Adresse des Fritz Lendi unbekannt sei, ersuche sie Lendi & Parli, den Jahreszins der von ihnen verbürgten Forderung zu entrichten. Die Beklagte antwortete am 21. August 1908, es sei ihr von einer Bürgschaft der früheren Firma Lendi, Parli & Cie. für Fritz Lendi nichts bekannt. In einem späteren Brief vom 12. August 1910 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß es sich herausgestellt habe, der frühere Gesellschafter der Firma Lendi, Parli & Cie., der verstorbene Koch-Ardüser, habe diese Bürgschaft ohne Wissen seiner Mitgesellschafter eingegangen. Sie bestritt auch jetzt die Zahlungspflicht und behielt sich alle Einreden aus der Tatsache vor, daß Lönbury & Cie. eine Eingabe im Schuldenruf über den Nachlaß des Fritz Lendi nicht gemacht hätten. Nach weiterer Korrespondenz zwischen den Parteien, die zu keiner Verständigung führte, erhoben Lönbury & Cie. Klage mit dem Begehren: „Abrechnung und Auszahlung des Saldos zu Gunsten der Klägerin, d. h. die Beklagte habe an die Klägerin zu bezahlen: 12,795 Fr. 85 Cts. Wert 30. Juni 1911 samt Zins à 5 % von diesem Tage an.“ Das Abrechnungsbegehren beruht darauf, daß die Klägerin, die mit der Beklagten im Kontokorrentverkehr stand, ihr

2833 Fr. 50 Cts. schuldete. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen; eventuell verlangte sie Herabsetzung der Forderung um denjenigen Betrag, der bei rechtzeitiger Anmeldung im Schuldenruf erhältlich gewesen wäre.

B. — Durch Urteil vom 11. Februar 1913 hat das Kantonsgericht von Graubünden in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils erkannt:

„1. Die Appellation der Klägerin wird abgewiesen.

„2. Die Beklagten sind pflichtig, an die Klägerin aus Bürgschaft die Summe von 6851 Fr. 05 Cts. zu bezahlen. Für diesen Betrag haben die Beklagten der Klägerin vom 25. Januar 1908 bis 2. Oktober 1911 einen Zins von $4\frac{1}{2}$ % und von da an die gesetzlichen Verzugszinsen von 5 % zu entrichten.

„3. Andererseits hat die Klägerin der Beklagten die Summe von 2833 Fr. 50 Cts. laut Kontokorrentauszug von Lönbury & Cie. vom 30. Juni 1911 samt dem üblichen Kontokorrentzins von obigem Datum an zu vergüten.“

C. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen:

a) die Klägerin mit den Anträgen, es sei die Klage im vollen Umfange gutzuheißend;

b) die Beklagte mit den Anträgen, die Klage sei, soweit damit Rechte aus Bürgschaft geltend gemacht würden, gänzlich abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Beklagte hat die im kantonalen Verfahren geltend gemachten Einreden, die Bürgschaft sei von der Klägerin nicht kündigt worden und es sei der frühere Associé Koch nicht berechtigt gewesen, ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter die Bürgschaft einzugehen, vor Bundesgericht — mit Recht — nicht mehr aufrecht erhalten. Was insbesondere die zweite Einwendung betrifft, ist zu bemerken, daß das Bundesgericht die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters aus Art. 561 Abs. 1 OR immer in möglichst weitem Umfange anerkannt hat. Danach haftet die Gesellschaft für alle Handlungen des zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafters, wenn sie sich objektiv nur irgendwie aus dem Zwecke der Gesellschaft rechtfertigen lassen (zuletzt in dem

Urteil vom 6. Dezember 1912 in Sachen Holliger gegen Scheitlin & Cie.).

2. — Streitig ist daher nur noch die Frage, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, daß die Klägerin im Schuldenruf über die Verlassenschaft des Fritz Lendi keine Eingabe gemacht hat. Nach der von der Vorinstanz dem Erbrecht des Kantons Appenzell A.-Rh. gegebenen Auslegung, die für das Bundesgericht verbindlich ist, hat die Nichtanmeldung im Schuldenruf den Verlust des Anspruchs gegen die Erben zur Folge, die auch im Falle der Wiedereinsetzung, der aber hier nicht gegeben ist, nur insoweit haften, als die Erbschaft ausreicht, um die wiederhergestellte Forderung zu befriedigen. Ebenso steht auf Grund der Feststellungen der Vorinstanz fest, daß die Klägerin, wenn sie ihre Forderung im Schuldenruf angemeldet hätte, für einen Betrag von 8475 Fr. 70 Cts. gedeckt worden wäre. Die Vorinstanz hat nun in analoger Anwendung des Art. 510 aOR die Klage des Gläubigers nur für den Betrag gutgeheißen, für den er auch bei rechtzeitiger Anmeldung seiner Forderung nicht befriedigt worden wäre, d. h. für 6851 Fr. 05 Cts.

In Art. 161 aOR ist das Erlöschen von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung bei öffentlichen Auskündigungen allgemein dem kantonalen Rechte überlassen. Hieron bildet Art. 510 insofern eine Ausnahme, als beim Konkurs, der zur Zeit des Inkrafttretens des alten Obligationenrechtes noch vom kantonalen Rechte beherrscht war, dem Gläubiger die Pflicht überbunden wurde, seine Forderung im Konkurs des Hauptschuldners einzugeben. Bei Unterlassung der Eingabe trat Befreiung des Bürgen insoweit ein, als ihm aus solcher Unterlassung ein Schaden entstanden war. Es ist nun nicht zu verkennen, daß sich bei der Unterlassung der Eingabe in einem amtlichen Schuldenruf mit den Folgen, wie sie im Erbrecht des Kantons Appenzell A.-Rh. geordnet waren, eine analoge rechtliche Situation ergibt und daß es deshalb für die kantonale Instanz nahe lag, die Analogie mit Art. 510 aOR zur Begründung ihres Urteils zu verwenden. Es darf aber nicht außer Acht gelassen werden, daß Art. 161 eine allgemeine Vorschrift enthält, die nur da nicht zur Anwendung gelangen kann, wo das Gesetz ausdrückliche Ausnahmebestimmungen aufstellt. Dem kantonalen Rechte

untersteht jedoch nach Art. 161 nur das Erlöschen von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung, also im vorliegenden Falle das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Hauptschuldner Fritz Lendi, bzw. nach dessen Tod zwischen der Klägerin und den Erben des Fritz Lendi. Das Rechtsverhältnis zwischen Lönburgy und der Beklagten als Solidarbürgin des Fritz Lendi bleibt vom eidgenössischen Rechte beherrscht. Man könnte nun unter Berücksichtigung des akzessorischen Charakters der Bürgschaft versucht sein, den Art. 501 aOR zur Anwendung zu bringen und zu sagen, die Hauptschuld sei erloschen, also sei auch die Bürgschaft untergegangen. Man würde aber hierbei den Solidarcharakter der im vorliegenden Fall geleisteten Bürgschaft vollständig außer Acht lassen müssen und zu dem unbilligen Resultate gelangen, daß der Gläubiger seine ganze Forderung verlieren würde ohne Rücksicht darauf, ob die Erbschaft in der Lage gewesen wäre, seine Forderung ganz oder nur teilweise zu decken, m. a. W., es würde der Gläubiger, wie gerade der gegenwärtige Fall zeigt, seine ganze Forderung verlieren, obgleich er bei rechtzeitiger Eingabe in den Schuldenruf nur für einen Teil Zahlung erhalten hätte. Es ist deshalb auf die Vorschriften über Solidarschulden zurückzugehen. Art. 166 aOR Abs. 2 beschlägt den Fall, daß ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit wird und enthält die Regel, daß die eingetretene Befreiung zu Gunsten der anderen Solidarschuldner nur soweit wirkt, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen. Dieser Fall ist gegeben. Von den zwei Solidarschuldnern Fritz Lendi und Parli & Cie. ist der erstere ohne Befriedigung des Gläubigers, Lönburgy & Cie., befreit und es ist zu untersuchen, wie weit diese Befreiung zu Gunsten des andern Solidarschuldners eine Wirkung ausüben kann. Hierbei fällt nach dem Gesetz in erster Linie die Natur der Verbindlichkeit in Betracht. Die Verbindlichkeit ist eine Bürgschaft, deren akzessorischer Charakter, wie gerade Art. 510 aOR zeigt, auch bei der Solidarhaft nicht vollständig verloren geht. Die Bürgschaft setzt immer einen Hauptschuldner voraus, auf welchen der Bürge, wenn er auch als Solidarschuldner ohne Vorausklage das ganze zahlen muß, einen Regreß hat. Er haftet auch als Solidarbürge dem Gläubiger gegenüber für eine fremde Schuld. Wird ihm durch irgendwelches Verhalten des Gläubigers der Regreß auf

den Hauptschuldner entzogen, so entsteht ihm ein Schaden, den er allein tragen muß, wenn er den Gläubiger nicht dafür verantwortlich machen kann. Andererseits ist in Betracht zu ziehen, daß nach dem appenzellischen Erbgesetz der Zweck des Schuldenrufs in letzter Linie doch dahin geht, die Erben von einer Haftung über die aus der Erbschaft erhältlichen Aktiven hinaus zu befreien. Dies ergibt sich aus der Möglichkeit der Wiedereinsetzung, die überhaupt nur insoweit gestattet werden kann (wenn erhebliche Gründe vorliegen), als anzunehmen ist, „daß die Erbschaft zureiche, um auch eine solche wiederhergestellte Forderung zu befriedigen“. Es konnte also der Gläubiger sowohl im Falle rechtzeitiger Eingabe, als im Falle einer zugelassenen Wiedereinsetzung niemals mehr erhalten, als den Betrag von 8475 Fr. 70 Cts. Durch die Unterlassung des Gläubigers, im Schuldenruf einzugeben, ist nun, da eine Wiedereinsetzung nicht gegeben ist, der Hauptschuldner definitiv befreit und dem Bürgen der Regreß, der, wie angenommen werden muß, ebenfalls für den Betrag von 8475 Fr. 70 Cts. möglich gewesen wäre, verloren gegangen. Es braucht dabei nicht einmal untersucht zu werden, wie weit die Unterlassung auf ein Verschulden von Löndury & Cie. zurückzuführen ist, denn Art. 166 aOR setzt das Verschulden des Gläubigers nicht als besondere Ursache der Befreiung des andern Solidarschuldners voraus; sie kann sich also aus der bloßen Tatsache der Unterlassung der Eingabe im Schuldenruf des Hauptschuldners ergeben. Wenn man dieses Verschulden aber auch in Betracht ziehen wollte, so müßte man dazu gelangen, insofern eine Säumnis in der Diligenzpflicht des Gläubigers zu bejahen, als er es unterlassen hat, von dem im Amtsblatte des eigenen Kantons erschienenen Schuldenruf Kenntnis zu nehmen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß dieser Schuldenruf unter der Rubrik „Privatanzeigen“ erschien, und ebensowenig darauf, daß der Erblasser als Fritz Lenzi-Moosdorf bezeichnet war; denn die Auskündigung nannte ihn Bäckermeister und gab seinen früheren Wohnsitz Davos ausdrücklich an. Bei einiger Aufmerksamkeit wäre es einem Bankbeamten zuzumuten gewesen, darin den Schuldner der Bank zu erkennen. Ubrigens hätte eine Anfrage nach Herisau darüber sofort Klarheit verschafft. Endlich kann auch nicht eingewendet werden, daß auch dem Bürgen eine Eingabepflicht obgelegen

hätte, denn es fehlt eine Feststellung darüber, ob nach dem Erbrecht des Kantons Appenzell A.-A. auch dem Bürgen die Eingabepflicht im Schuldenruf obliegt. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist darüber nichts bestimmtes zu entnehmen, da er nur von der Verpflichtung der Gläubiger spricht, ihre Forderungen anzumelden, der Bürge aber, solange er nicht bezahlt hat, dem Hauptschuldner gegenüber keine Forderung besitzt. Dazu kommt, daß Lenzi & Parli unter den gegebenen Umständen, da sie von der durch den früheren Associé eingegangenen Bürgschaft überhaupt keine Kenntnis besaßen, keine Veranlassung hatten, im Zeitpunkt, als der Schuldenruf über Fritz Lenzi erging, eine Eingabe für einen eventuellen Regreßanspruch zu machen.

Man gelangt somit vom Standpunkte des Art. 166 aOR zu demselben Resultate, wie bei analoger Anwendung des Art. 510 aOR. Der Bürge ist insoweit befreit, als ihm aus der Unterlassung des Gläubigers, im Schuldenruf des Hauptschuldners eine Eingabe zu machen, ein Schaden erwachsen ist. Dies führt zur Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen beider Parteien sind abgewiesen; das Urteil des Kantonsgerichtes Graubünden vom 11. Februar 1913 wird bestätigt.

Vergl. auch Nr. 70. — Voir aussi n° 70.