

**40. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Juni 1933
i. S. Scherrer & Bühler A.-G. gegen Burkhard Bösch.**

Bürgschaftsvertrag. Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung über den Bestand alter Waren- und Darlehensverpflichtungen des Hauptschuldners. Irreführender Wortlaut des Vertrages? Die Aufklärungspflicht des Bürgen und ihre Grenzen. OR Art. 28.

Anrechnung von Zahlungen des Hauptschuldners. OR Art. 86.

A. — Ernst Bösch, Wirt zur «Traube» und Weinhandler in Kappel (Toggenburg), stand mit der Beklagten, Firma Scherrer & Bühler A.-G., Weinhandlung in Meggen (Luzern), in Geschäftsverbindung. Am 28. November 1928 hatte ihm diese ein Darlehen von 10,000 Fr. gewährt, und in den letzten Monaten des Jahres 1929 hatte sie ihm Wein im Rechnungsbetrag von 9925 Fr. 85 Cts. geliefert. Für die Schuld sowohl aus dem Darlehen, als aus Kauf hatte Ernst Bösch Wechsel akzeptiert, die er jedoch bei Verfall nicht regelmässig einlösen konnte. Am 30. Dezember 1929 kam dann zwischen ihm und der Beklagten mündlich eine Vereinbarung zustande, welche die Beklagte am gleichen Tage folgendermassen schriftlich bestätigte:

« Mit Ausnahme des Akzeptes von 2114 Fr. 10 Cts. per 25. Januar prox., das Sie laut abgegebenen Versprechungen pünktlich einlösen werden, werden wir Ihre sich in Zirkulation befindlichen Akzente zurückziehen, unter der Bedingung, dass Sie uns für unsere Buchforderung bis spätestens 10. Januar 1930 eine solvente Bürgschaft in der Höhe von 15,000 Fr., deren Bonität wir uns vorbehalten zu prüfen, verschaffen. Sodann versteht es sich, dass wir nach Eingang Ihrer Bürgschaft den weiteren Verkehr mit Ihnen akzeptlos führen und zwar in der Weise, dass für Zahlungen innert 4 Monaten data Faktura kein Zins berechnet wird und für diese Frist überschreitende Eingänge 5 % Zins p. a. zur Verrechnung gelangen. Es sollte jedoch eine Frist von 5 Monaten normalerweise nicht überschritten werden und es ist selbstverständlich,

dass Sie unsere jeweiligen Guthaben nach bester Möglichkeit abtragen. Ferner übergaben Sie uns ein neues Akzept von 10,000 Fr. per 1. Mai 1930 gegen unsere Aushändigung des früher erhaltenen Billets gleichen Betrages per 26. November 1929. Es bleibt überdies vereinbart, dass Sie uns für die Höhe dieses Darlehens per 1. Mai 1930 ebenfalls bürgschaftliche Garantien beschaffen. »

Am 18. Januar 1930 schlossen der Vater des Schuldners Ernst Bösch und heutige Kläger, Burkhard Bösch, und der Schwiegervater des Ernst Bösch, Jean Bösch, folgenden Bürgschaftsvertrag mit der Beklagten ab:

« Die Unterzeichneten, Herr Jean Bösch in Ebnat und Herr Burkhard Bösch in Nesslau verpflichten sich hiedurch gegenüber der Weinhandlung Scherrer & Bühler A.-G. in Meggen, als Bürgen und Zahler persönlich und solidarisch zu haften für die ihr aus ihrem geschäftlichen Verkehr erwachsende jeweilige Forderung (für eingeräumten Warenkredit, Lieferung von Wein) an die Firma Ernst Bösch, Weinhandlung in Ebnat-Kappel und zwar bis zu einem Kapitalbetrage von 15,000 Fr. Schweizer. Währung, in Worten Fünfzehntausend Franken. Die Bürgschaft bleibt auch bei einem etwaigen Domizilwechsel des Inhabers oder bei einer Änderung der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners bestehen. Die Bürgschaft erstreckt sich auf die Dauer von fünf Jahren in der Weise, dass während dieser Zeit die Bürgen mit der Maximalleistung von zusammen 15,000 Fr. behaftet werden können. Nach Ablauf des Bürgschaftsvertrages haften die Bürgen weiter für den richtigen Eingang der während der Dauer des Vertrages erwachsenen und noch nicht beglichenen Forderungen, bis zum genannten Höchstbetrag von 15,000 Fr. Kommt der Schuldner während der Dauer des Bürgschaftsvertrages mit seinen Zahlungen in Verzug, so hat die Firma Scherrer und Bühler A.-G. jederzeit das Recht, die fällig gewordenen Beträge (die Fakturen sind jeweilen spätestens innert 6 Monaten zur Zahlung fällig) bei den Bürgen geltend zu machen. Es bleibt ferner dem Gläubiger an-

heimgestellt, dem Hauptschuldner jederzeit in beliebiger Weise Stundung zu gewähren, ohne dass die Bürgen hieraus irgendwelche Rechte oder Einreden der Scherrer- und Bühler A.-G. in Meggen gegenüber herleiten können. »

Laut einem Rechnungsauszug lieferte die Beklagte dem Ernst Bösch nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages noch Wein im Fakturwert von 14,311 Fr. 30 Cts. Ernst Bösch leistete andererseits Zahlungen von zusammen 9763 Fr. 80 Cts. Daraus ergibt sich über seine Verpflichtungen folgendes Bild :

Weinlieferungen vor Eingehung der Bürgschaft	Fr. 9,925.85
Weinlieferungen nach Eingehung der Bürgschaft	» 14,311.30
	Fr. 24,237.15
Zahlungen	» 9,763.80
	Fr. 13,473.35
Zinsansprüche der Beklagten	» 1,234.20
Totalschuld.	Fr. 15,707.55

Da der Hauptschuldner seinen Verbindlichkeiten nicht nachkam, leitete die Beklagte gegen den Kläger am 16. Februar 1932 Betreibung für den obigen Gesamtbetrag von 15,707 Fr. 55 Cts. ein. Der Kläger schlug Recht vor. Auf Begehren der Beklagten erteilte der Gerichtspräsident von Obertoggenburg mit Verfügung vom 15. März 1932 provisorische Rechtsöffnung für 14,473 Fr. 35 Cts., nämlich für die Betreibungssumme abzüglich der Zinsansprüche der Beklagten.

B. — Laut Leitschein vom 29. Juni 1932 hat Burkhard Bösch gegen die Scherrer und Bühler A.-G. folgende Aberkennungsklage erhoben :

« Es sei die von der Beklagtschaft in der Betreibung Nr. 1073 des Betreibungsamtes Nesslau vom 16. Februar 1932 gegen den Kläger geltend gemachte Forderung im Betrag von 15,707 Fr. 55 Cts. samt Zins zu 5 % seit 1. Februar 1932, für welche durch Entscheid des Gerichtspräsidiums Obertoggenburg vom 16. März 1932 im redu-

zierten Betrag von 14,473 Fr. 35 Cts. provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, samt Zins und Kosten abzuerkennen ».

C. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

D. — Am 8. Dezember 1932 hat das Bezirksgericht Obertoggenburg die Aberkennungsklage in vollem Umfang gutgeheissen.

E. — Auf Appellation der Beklagten hin hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen am 23. März 1933 die Forderung in dem 5411 Fr. 30 Cts. nebst Zins übersteigenden Betrag aberkannt.

F. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, die Klage sei in vollem Umfang abzuweisen und es sei der Beklagten für den Betrag von 14,473 Fr. 45 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Februar 1932 definitive Rechtsöffnung zu gewähren.

G. — Der Kläger hat sich der Berufung der Beklagten angeschlossen, und er hat beantragt, die in Betreibung gesetzte Forderung sei in dem noch streitigen Umfang von 14,473 Fr. 45 Cts. nebst Zins nicht bloss teilweise, sondern vollständig abzuerkennen.

H. — In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je Abweisung der Berufung der Gegenpartei beantragt und ihre eigenen Berufungsbegehren erneuert.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — ... (Formelles).

2. — Der Kläger hat Unverbindlichkeit seiner Bürgschaftsverpflichtung wegen absichtlicher Täuschung geltend gemacht. Er sei durch die Beklagte in den Irrtum versetzt worden, es bestünden noch keine Verpflichtungen des Schuldners ihr gegenüber und es handle sich lediglich darum, für einen neu zu eröffnenden Warenkredit einzustehen, während in Wirklichkeit alte Darlehens- und Warenschulden bestanden hätten.

Es hätte sich zunächst fragen können, ob die Bürgschaftsverpflichtung mangels rechtzeitiger Anfechtung durch den angeblich Getäuschten gemäss Art. 31 Abs. 1 OR als genehmigt zu gelten habe. Sie ist am 18. Januar 1930 eingegangen worden, während der Rechtsvorschlag in der Betreuung und die Aberkennungsklage erst in den ersten Monaten des Jahres 1932 eingereicht worden sind. Die Frist zur Anfechtung der Bürgschaft wäre also bei Prozessbeginn längst abgelaufen gewesen, sofern man, namentlich auf Grund der engen verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Bürgen und Hauptschuldner, annehmen müsste, der behauptete Irrtum sei verhältnismässig bald nach Eingehung der Verbindlichkeit durch den Bürgen entdeckt worden (OR Art. 31 Abs. 2). Allein es wäre Sache der Beklagten gewesen, Genehmigung des Vertrages zu behaupten und dann auch zu beweisen, dass die Entdeckung des Irrtums frühzeitig erfolgt und dass die einjährige Frist abgelaufen sei. Das Bundesgericht hat schon am 22. Juni 1900 i. S. Dieterle gegen Gordon (BGE 26 II S. 401) entschieden, dass die Genehmigung des Rechtsgeschäftes durch den Gegner des Getäuschten zu beweisen sei. Dieser Beweis ist im vorliegenden Fall nicht angetreten, geschweige denn, hinsichtlich der Frist, erbracht worden, sodass der Richter Genehmigung nicht etwa von Amtes wegen annehmen darf.

3. — Der Kläger hat seine Einrede der absichtlichen Täuschung in erster Linie damit begründet, dass der von der Beklagten aufgesetzte Wortlaut der Bürgschaftsverpflichtung ihn zu dem Irrtum über den Nichtbestand alter Schulden verleitet habe, denn es stehe darin, dass er « für die der Beklagten aus ihrem geschäftlichen Verkehr erwachsende jeweilige Forderung » einzustehen habe. Allein wenn man nur den Wortlaut in's Auge fasst, steht nicht einmal ausser jedem Zweifel, dass die Bürgen sich nur für eine künftige Forderung verbürgen wollten, denn « erwachsende jeweilige Forderung » hätte, besonders wenn man das Gewicht auf das « jeweilig » legt, auch heissen

können : « für den jeweiligen erwachsenden Saldo unter Einschluss des Saldos alter Schulden ». Geht man nun aber auf Grund der Feststellungen beider Vorinstanzen davon aus, dass der wirkliche Wille auf die Verbürgung einer künftigen Schuld gerichtet gewesen und dass somit die Bürgschaftsverpflichtung in diesem Sinne aufzufassen sei, so ist doch in Übereinstimmung mit dem Kantonsgericht zu sagen, dass die zitierte Wendung im Text des Bürgschaftsscheines in keiner Weise erkennen lässt oder auch nur andeutet, dass alte Verbindlichkeiten des Hauptschuldners Ernst Bösch gegenüber der Beklagten nicht bestanden hätten. Dass der Kläger auch nicht zu der Vermutung verleitet worden sein konnte, es handle sich um die Ermöglichung einer neuen Weinbezugsquelle für den Schuldner, ist schon durch die Vorinstanz ausgeführt worden. Es gehörte übrigens nicht zum Zweck des Bürgscheines, den Bürgen über den Bestand oder Nichtbestand weiterer Schulden des Hauptschuldners gegenüber der Gläubigerin zu unterrichten, zumal solche weitere Schulden für die Bürgen ja die gleiche Bedeutung hatten, wie weitere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners dritten Gläubigern gegenüber, für welche die Beklagte ohnehin nicht als Auskunftsperson in Betracht fiel. Vollends unbehelflich ist der Hinweis des Klägers auf die weiteren Bestimmungen des Bürgschaftsvertrages, dass die Beklagte « fällig gewordene Beträge » jederzeit geltend machen und dass sie dem Hauptschuldner Stundung nach Belieben gewähren könne; wenn der Kläger daraus den Schluss auf den Nichtbestand alter Schulden zog, geschah das ohne Zutun der Beklagten, die auf eine solche Auslegung des Bürgscheines nicht gefasst sein musste. Schliesslich ist auch die Berufung des Klägers auf das bundesgerichtliche Urteil i. S. Banque Populaire Suisse gegen Calame und Kons. vom 13. Mai 1931 (BGE 57 II S. 276 ff.) nicht stichhaltig, da dort die Bank die verbürgte Schuld als neue hingestellt und überdies eine Reihe weiterer Täuschungshandlungen und -unterlassungen begangen hatte.

4. — Die Beklagte hat zugegeben, dass sie den Kläger vor der Übernahme der Bürgschaft über die Existenz ihrer alten Forderungen nicht aufgeklärt habe. Der Kläger erblickt in diesem Verhalten ebenfalls eine absichtliche Täuschung im Sinne des Art. 28 OR, begangen durch Verschweigen.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Gläubiger in der Regel nicht gehalten ist, den Bürgen vor Eingehung der Bürgschaft über die finanziellen Verhältnisse des Hauptschuldners, soweit sie ihm bekannt sind, zu unterrichten; der Bürge hat vielmehr selbst die Initiative zu ergreifen, wenn er Wert auf solche Erkundigungen legt (vgl. H. TOBLER, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger S. 117 ff.). So hat auch das Bundesgericht in dem zitierten Urteil i. S. Banque Populaire Suisse gegen Calame und Kons. entschieden. Eine Aufklärungspflicht und infolgedessen Täuschung bei absichtlichem Verschweigen besteht nur dann, wenn der Gläubiger weiss, dass der Bürge bei Kenntnis des wirklichen Sachverhaltes die Bürgschaft nicht eingehen würde (BGE 25 II S. 574 ff.; 57 II S. 280). Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Die Beklagte durfte annehmen, dass der Kläger als Vater des Hauptschuldners die Bürgschaft auch eingehen werde, wenn er Kenntnis von den bereits bestehenden Verpflichtungen hatte. Der Schuldner stand nicht etwa vor dem Konkurs und hatte sich auch nicht, wie im Falle der Volksbank der Hauptschuldner, strafbarer Handlungen schuldig gemacht. Die blosse Existenz weiterer Schulden, die ja ebensogut dritte Gläubiger hätten haben und der Beklagten verborgen sein können, darf also besonders angesichts der verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Schuldner und Bürgen nicht als kausal für die Nichteingehung der Bürgschaft angesehen werden.

Dazu kommt nun, dass die Verhandlungen, die zum Vertragsschluss führten, erwiesenermassen nicht durch die Beklagte, sondern durch den Hauptschuldner Ernst Bösch geführt worden sind. Die Beklagte hatte keinen

Grund, sich in diese Verhandlungen einzumischen, um ihre Aufklärungspflicht zu erfüllen, denn sie durfte ohne Weiteres annehmen, dass der Vater des Schuldners über dessen Aktiven und Passiven mindestens so gut auf dem Laufenden sein werde, wie sie, und selbst wenn dies zum Voraus nicht der Fall gewesen wäre, durfte sie annehmen, dass er sich bei seinem Sohn erkundigen oder dass dieser von sich aus, auch aus sittlichen Gründen, sich verpflichtet fühlen werde, seinem Vater die Situation nicht in ein zu günstiges Licht zu rücken. Im Falle der Schweizerischen Volksbank hatte das Bundesgericht allerdings angenommen, dass unter Umständen eine Pflicht des Gläubigers bestehe, während der sonst vom Hauptschuldner geführten Unterhandlungen zu intervenieren; allein dort herrschten zwischen Hauptschuldner und Bürge keine verwandtschaftlichen Bande und sodann drängte sich dort diese Pflicht ganz besonders deshalb auf, weil der Verlust sozusagen unausweichlich bevorstand; abgesehen davon hatten sich dort einzelne Bürgen bei der Gläubigerin noch ausdrücklich erkündigt, aber unwahre Auskunft erhalten.

Die Einrede der absichtlichen Täuschung ist daher zu verwerfen. Es fehlt übrigens, wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat, auch an einem Nachweis der Absichtlichkeit der angeblichen Täuschung.

5. — Unbestrittenermassen hat die Beklagte dem Hauptschuldner Ernst Bösch nach Entstehung der Bürgschaft für 14,311 Fr. 30 Cts. Wein geliefert. Es kann daher, da die Bürgschaft bis zum Maximalbetrag von 15,000 Fr. just für diesen Warenkredit eingegangen worden war, kein Zweifel bestehen, dass der Kläger für diese Warenschuld von 14,311 Fr. 30 Cts. einzustehen hat. Fraglich ist nur, ob die vom Hauptschuldner nach dem 18. Januar 1930 gemachten Zahlungen an diese Hauptschuld anzurechnen sind. Die Vorinstanz hat die Frage bejaht. Da die frühern Schulden in der Bürgschaftsurkunde nicht erwähnt seien, müsse dies dem Kläger zugestanden werden. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigegeben werden. Nach

Art. 86 OR ist der Schuldner befugt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will. Zweifellos hätte er sich hier dem Bürgen gegenüber verpflichten können, in einer solchen Erklärung jeweilen für die Tilgung der verbürgten Schuld einzutreten. Eine derartige Vereinbarung zwischen Bürge und Hauptschuldner ist jedoch nicht dargetan, und es ist auch nicht bewiesen worden, dass der Schuldner sonst, von sich aus, bei den Zahlungen der Beklagten kundgetan habe, sie seien an die verbürgte Schuld anzurechnen. Also konnte der Gläubiger nach Art. 86 Abs. 2 OR in seiner Quittung bezeichnen, welche Schuld er getilgt haben wollte, und es wäre denkbar gewesen, dass er sich schon dem Bürgen gegenüber im Bürgschaftsvertrag verpflichtet hätte, in den Quittungen jeweilen für die Anrechnung an die verbürgte Schuld Stellung zu nehmen, vorausgesetzt, dass der Schuldner nicht opponierte, OR Art. 86 Abs. 2. Allein auch an einer solchen Vereinbarung fehlt es im vorliegenden Fall, und entgegen der Behauptung der Beklagten liegen auch keine Quittungen vor, nach welchen Erklärungen gemäss Art. 86 Abs. 2 OR angenommen werden könnten. Es ist auch nicht zu vergessen, dass sich die alte Schuld des Ernst Bösch aus Weinlieferungen vom 10. Oktober und 12. November 1929 zusammensetzte und bei der üblichen und überdies vereinbarten Zahlungsfrist von sechs Monaten Anfang 1930 noch nicht bezahlt sein konnte. Unter diesen Umständen ist Art. 87 OR anzuwenden. Darnach waren und sind die Zahlungen auf die fälligen Schulden anzurechnen, und zwar chronologisch auf die zuerst verfallenen. Das waren eben die alten Schulden vom Oktober und November 1929. Die Hauptberufung erweist sich deshalb als begründet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. März 1933 umgeändert, die Aberkennungsklage in dem noch streitigen

Betrag von 14,311 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Februar 1932 abgewiesen und der Beklagten definitive Rechtsöffnung für diesen Anspruch von 14,311 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Februar 1932 und die Betreibungskosten in der Betreibung Nr. 1073 des Betreibungsamtes Nesslau erteilt.

Die Anschlussberufung wird abgewiesen.

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juli 1933
i. S. Schaffhauser Kantonalbank
gegen « Fides » Treuhandvereinigung.

Einkaufskommission. Erw. 1.

Der Selbsteintritt des Kommissionärs ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil er bei einem frühern, gleichartigen, aber unabhängigen Kommissionsgeschäft ausgeübt worden war.
Erw. 2.

Ablehnung der Vermutung des Selbsteintrittes gemäss OR Art. 437; insbesondere die Meldung blosser Vorbereitungshandlungen der Ausführung durch den Kommissionär begründet die Vermutung nicht. **Erw. 3 u. 4.**

Kurssturz und -verlust auf den durch den Kommissionär eingedeckten Papierpfunden vor Ausführung des Goldkaufes. Verhältnis von Verwendungs- und Schadenersatz. OR Art. 402 Abs. 1 u. 2, 431 Abs. 1.

Verschulden des Kommissionärs. Mitverschulden des Kommitenten? **Erw. 5, 6 u. 7.**

A. — Im September 1931 gab ein Kunde der Beklagten, « Fides » Treuhandvereinigung in Zürich, auf, ihm zur Anlage flüssiger Gelder englische Goldsovereigns zu beschaffen. [Die Beklagte setzte sich mit der Klägerin, Schaffhauser Kantonalbank, in Verbindung und gab ihr dann am 11. September 1931 telephonisch den Auftrag, £ 20,000 in englischen Goldsovereigns in London, « interessewährend » und zu Originalbedingungen, zuzüglich 1 ‰ Provision zu erwerben; von der Provision wurde der Beklagten ½ ‰ retrozediert. Das Gold sollte der Beklagten in Zürich zur Verfügung gestellt werden.