

II 369) est sans pertinence en l'espèce. En fait, d'ailleurs, on a vu que la responsabilité de Blanc et Chabbey n'était pas diminuée envers les demandeurs par des fautes imputables aux autres défendeurs. Celles-ci ne peuvent jouer un rôle qu'en ce qui concerne l'obligation de réparer le dommage entre les divers auteurs de celui-ci, c'est-à-dire quant aux droits de recours l'un contre l'autre.

6. — A cet égard aussi, Blanc et Chabbey paraissent vouloir rouvrir le débat, au moins quant à Oscar Beney et à la Commune d'Ayent.

Les recourants trouvent que la négligence qu'on leur reproche est si légère en regard de la faute de l'auteur de l'explosion que leur condamnation ne devrait porter que sur le cinquième du dommage. Mais il ressort de ce qui précède que, compte tenu de toutes les circonstances, la responsabilité de Blanc et Chabbey et celle d'Oscar Beney sont équivalentes et justifient par conséquent la condamnation par moitié prononcée par le Tribunal cantonal.

Par leurs conclusions subsidiaires, les recourants demandent, en cas de condamnation, à être autorisés à exercer un recours contre la Commune d'Ayent. Ces conclusions sont prises pour la première fois devant le Tribunal fédéral, mais on peut considérer qu'elles étaient implicites devant les premiers juges, en ce sens que si ceux-ci avaient admis une faute concurrente de la Commune — laquelle était également en cause, — ils eussent aussi dû fixer, en vue des recours réciproques, sa part dans la responsabilité interne, comme ils l'ont fait d'ailleurs dans les rapports entre Oscar Beney et les recourants ; ceux-ci auraient été en droit de l'exiger. Quoi qu'il en soit, la Cour cantonale n'ayant retenu aucune faute à la charge de la Commune, le Tribunal fédéral ne peut revoir la question ni statuer sur un éventuel droit de recours. Les demandeurs ne se sont, en effet, pas adressés à la Commune à raison de sa qualité de propriétaire des lieux — ce qu'elle n'était pas, — mais à raison de son devoir

général de police. Ils n'ont pas invoqué l'art. 58 CO, qui ne pouvait trouver aucune application. Ils ont attaqué la Commune pour avoir, dans les limites de sa compétence, autorisé ou simplement toléré un état de choses dangereux. Le Tribunal cantonal a admis à bon droit que la Commune d'Ayent était actionnée uniquement en sa qualité de corporation de droit public. C'est de ce point de vue qu'il a résolu négativement la question de responsabilité. Le Tribunal fédéral, comme Section civile, ne peut dès lors entrer en matière.

Blanc et Chabbey ont dirigé leur recours contre toutes les autres parties au procès, y compris contre Joseph Beney, le père d'Oscar, à qui ils reprochaient un défaut de surveillance, et même contre Sébastien Beney, le père de la victime. Mais les recourants n'ont pas motivé leur recours sur ce point et paraissent ainsi avoir abandonné leur intention de se retourner contre lesdites parties. Le Tribunal fédéral ne pourrait d'ailleurs qu'adopter les considérations qui ont amené les premiers juges à exclure la responsabilité de Joseph Beney comme celle de Sébastien Beney.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Juni 1940  
i. S. Dr. Brun-Hättenschwiller gegen Haulte-Hättenschwiller.

*Bürgerschaft.*

1. Diligenzpflicht des zahlenden Solidarbürgen gegenüber den regresspflichtigen Mitbürgen. Haftung für Sicherheiten und Beweismittel, die an ihn übergegangen sind. Art. 420 u. 509 OR. (Erw. 1).
2. Zum Schadenersatzanspruch des Bürgen nach Art. 509 OR gehört der Nachweis, dass ihm aus der Aufgabe der Sicherheiten oder Beweismittel durch den Gläubiger ein Schaden erwachsen ist, und das Gleiche gilt, sowohl nach Art. 420 wie bei analoger Anwendung von Art. 509, für den Schadenersatzanspruch des regresspflichtigen gegenüber dem zahlenden Solidarbürgen (Erw. 2).

*Cautionnement.*

1. Devoir de diligence de la caution solidaire, qui a payé la dette envers les autres cautions, contre lesquelles elle a un droit de recours. Responsabilité pour les sûretés et moyens de preuve qu'elle a acquis par son paiement. Art. 420 et 509 CO (consid. 1).
2. La caution qui demande des dommages-intérêts en vertu de l'art. 509 CO doit prouver que l'abandon de sûretés ou de moyens de preuve par le créancier lui a causé un dommage. Il en va de même, en vertu de l'art. 420 CO ou d'une interprétation analogue de l'art. 509 CO, pour la caution solidaire qui réclame des dommages-intérêts, par les mêmes motifs, à la caution qui a payé la dette (consid. 2).

*Fideiussione.*

1. Obbligo di diligenza, a carico del fideiussore solidale che ha pagato il debito, nei confronti degli altri fideiussori, contro i quali egli ha un diritto di regresso. Responsabilità per le garanzie e i mezzi di prova ch'egli ha acquisiti mediante il suo pagamento Art. 420 e 509 CO. (Consid. 1).
2. Il fideiussore che esige il risarcimento dei danni in virtù dell'art. 509 CO deve provare che l'abbandono delle garanzie o dei mezzi di prova da parte del creditore gli ha causato un danno. Lo stesso vale, in virtù dell'art. 420 CO o di un'interpretazione analoga dell'art. 509 CO, per la pretesa di risarcimento dei danni del fideiussore contro il quale il fideiussore solidale, che ha pagato il debito, fa valere il suo diritto di regresso (Consid. 2).

A. — Dr. Josef Hättenschwiller erhielt am 29. Januar 1934 von der Ersparnisanstalt Toggenburg A.-G. ein Darlehen von Fr. 20,000.— gegen Verpfändung von Wertpapieren und Bürgschaft. Als Bürgen verpflichteten sich solidarisch mit dem Hauptschuldner dessen Vater Franz Hättenschwiller sowie der Beklagte Dr. J. Brun-Hättenschwiller, Schwager des Hauptschuldners und Schwiegersohn des erstgenannten Bürgen.

Am 8. Mai 1937 starb der Bürge Franz Hättenschwiller. Auf Begehren der Testamentsvollstrecker kündigte die Ersparnisanstalt Toggenburg A.-G. dem Hauptschuldner Dr. J. Hättenschwiller das Darlehen und leitete Betreibung auf Faustpfandverwertung gegen ihn ein, die einen Ausfall von Fr. 9095.55 ergab. Für diesen Betrag setzte sie einerseits die Betreibung gegen den Hauptschuldner auf dem Pfändungswege fort, andererseits hob sie Betreibung gegen den Beklagten als Solidarbürgen an. Am 17. Oktober 1938 wurden die Erbansprüche des Hauptschuldners am

Nachlass seines Vaters und am Nachlass seiner inzwischen ebenfalls verstorbenen Mutter im Gesamtschätzungswerte von Fr. 50,000.— gepfändet. Bevor es zur Verwertung kam, bezahlte der Beklagte am 2. November 1938 der Ersparnisanstalt Toggenburg A.-G. den in Betreibung stehenden Betrag von Fr. 9095.55 mit Zinsen und Kosten, insgesamt Fr. 9152.90.

Am 4. November 1938 schloss der Beklagte mit dem Hauptschuldner eine Vereinbarung ab, in der dieser anerkannte, ihm Fr. 5113.45 (gleich der Hälfte des an die Ersparnisanstalt Toggenburg A.-G. bezahlten Betrages zuzüglich weitem Zinsen und Kosten) schuldig zu sein. Zur Sicherstellung der Forderung verpfändete ihm der Hauptschuldner die oben genannten Erbansprüche, wogegen der Beklagte auf die Pfändungsbeschlagnahme, welche mit der Bezahlung der Schuldsomme auf ihn übergegangen waren, verzichtete und sich verpflichtete, die Betreibung zurückzuziehen. Dieser Verpflichtung kam er am 11. November 1938. nach.

B. — Gleichzeitig machte der Beklagte gegen die Erben des verstorbenen Mitbürgen Franz Hättenschwiller seine Rückgriffsrechte geltend. Er leitete am 2. November 1938 gegen eine Tochter des Erblassers, Josefine Hautle-Hättenschwiller, und am 21. März 1939 gegen die ganze Erbengemeinschaft Betreibung ein für Fr. 4576.45, gleich der Hälfte des von ihm an die Ersparnisanstalt Toggenburg A.-G. bezahlten Betrages, nebst 5% Zins seit 2. November 1938. Gegen die in beiden Betreibungen erhobenen Rechtsvorschläge wurde die provisorische Rechtsöffnung erteilt, letztinstanzlich durch Entscheide des kantonalen Rekursrichters vom 19. Januar und 16. Mai 1939.

C. — Hierauf reichten die Betreibungsschuldner, Josefine Hautle-Hättenschwiller und die Erbengemeinschaft, rechtzeitig vorliegende Aberkennungsklagen ein, die zu einem Prozess vereinigt wurden.

Das Bezirksgericht Rorschach wies die Klagen durch

Urteil vom 14. Dezember 1939 ab, das Kantonsgericht St. Gallen hiess sie durch Urteil vom 28. Februar 1940 gut.

D. — Gegen das kantonsgerichtliche Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klagen.

Die Kläger haben Abweisung der Berufung beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Mit der Bezahlung der verbürgten Schuld hat der Beklagte gemäss Art. 497 Abs. 2 OR gegenüber seinem solidarisch haftenden Mitbürgen, bezw. dessen Erben, einen Regressanspruch in der Höhe der Hälfte des von ihm bezahlten Betrages erworben. Es ist nicht bestritten, dass diese Hälfte Fr. 4576.45, den streitigen Betrag, ausmacht.

Die Kläger widersetzten sich dem Regressanspruch in erster Linie unter Berufung auf Art. 503 und 509 OR. Sie machen geltend, der Beklagte habe es unterlassen, gemäss Art. 503 die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner fortzusetzen, ferner sei er ihnen gemäss Art. 509 dafür verantwortlich, dass er die mit der Bezahlung der Hauptschuld auf ihn übergegangenen Pfändungsbeschlagsrechte aufgegeben habe. Der Regressanspruch sei daher gemäss Art. 503 Abs. 2 untergegangen oder jedenfalls zufolge Verrechnung mit dem den Mitbürgen nach Art. 509 zustehenden Schadenersatzanspruch getilgt.

Die Art. 503 und 509 OR beziehen sich aber — jedenfalls direkt — nur auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen, regeln also nicht das Regressverhältnis zwischen den Bürgen. Etwas anderes ergibt sich, wie in BGE 45 III 110 dargetan wurde, auch nicht aus Art. 505 OR. Diese Bestimmung sieht lediglich den Übergang der Gläubigerrechte auf den zahlenden Bürgen für dessen Rückgriff gegen den Hauptschuldner vor.

Ebensowenig lässt sich den Art. 143 ff, welche die Solidarität zum Gegenstande haben, eine Vorschrift über

die Diligenzpflicht des zahlenden Solidarbürgen gegenüber seinen Mitbürgen entnehmen. Insbesondere gilt Art. 146, wonach ein Solidarschuldner durch seine persönliche Handlung die Lage der andern nicht erschweren kann, gleich wie alle übrigen Bestimmungen der Art. 144-147 bloss im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger (vgl. den Randtitel zu Art. 144 ff). Nun wird zwar der Solidarbürge, der die Hauptschuld bezahlt, dadurch Gläubiger seiner Mitbürgen, doch ist dieses Regressschuldverhältnis ohne besondere Abrede kein solidarisches (vgl. Art. 143 Abs. 2 OR), sodass Art. 146 darauf in der Regel überhaupt nicht Anwendung findet. Aber selbst da, wo für das Regressverhältnis Solidarität vereinbart ist, bietet Art. 146 keine dem Art. 509 entsprechende, materielle Norm über die Pflicht des zahlenden Solidarbürgen gegenüber seinen Mitbürgen, für die Erhaltung von Sicherheiten und Beweismitteln zu sorgen; aus dieser Vorschrift folgt lediglich, was übrigens selbstverständlich ist, dass der Regressgläubiger, sofern und soweit ihm eine solche Diligenz obliegt, davon nicht durch einen der Schuldner mit Wirkung für alle entbunden werden kann.

Dagegen ergibt sich eine nähere Bestimmung der Rechte und Pflichten im Regressverhältnis der Bürgen aus einem andern Zusammenhange. Wie in BGE 56 II 139 ausgesprochen wurde, handelt der zahlende Solidarbürge für seine Mitbürgen, sofern ihm diese nicht einen Auftrag zur Zahlung erteilt haben, als Geschäftsführer ohne Auftrag. Als solcher hat er gemäss Art. 419 OR das Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteil und der mutmasslichen Absicht der Mitbürgen entspricht. Dazu gehört, dass er für die Erhaltung der Rechte, insbesondere der Sicherheiten sorgt, die nach Art. 505 mit der Befriedigung des Gläubigers an ihn übergehen. Die Mitbürgen, gegen die der zahlende Solidarbürge sein Regressrecht ausüben will, haben ohne gegenteilige Vereinbarung Anspruch auf entsprechenden Anteil an diesen Sicherheiten; deren Verwertungserlös kommt vor Festsetzung der Haftungs-

anteile der einzelnen regresspflichtigen Bürgen auf die Gesamtverpflichtung zur Anrechnung. Gibt der regressberechtigte Bürge in schuldhafter Weise Sicherheiten auf, so wird er daher als Geschäftsführer ohne Auftrag gemäss Art. 420 OR für den Schaden haftbar, der seinen Mitbürgen daraus entsteht.

Zur gleichen Verantwortlichkeit des regressberechtigten Bürgen führt übrigens die Auslegung des Bürgschaftsrechtes selbst, wie sie von der Vorinstanz mit der *analogen* Anwendung von Art. 509 OR vertreten wird. Art. 509 bezweckt den Schutz des Bürgen mit Bezug auf die Sicherheiten, die für die verbürgte Schuld bestellt sind. Dieser Zweck würde in der Tat für die regresspflichtigen Bürgen vereitelt, wenn der zahlende Bürge nicht in gleicher Weise zur Erhaltung der auf ihn übergegangenen Rechte verpflichtet wäre wie vorher der Gläubiger.

Nicht in den Rahmen dieser Diligenzpflichten des regressberechtigten Bürgen fallen aber Massnahmen nach Art. 503 OR. Die Kündigung der Hauptforderung ist eine Rechtsgestaltung, die dem Gläubiger als solchem zufällt; sie hat im Zeitpunkt, da die Bürgen belangt werden, in der Regel auch bereits stattgefunden. Dass der zahlende Bürge sodann die Forderung gegen den Hauptschuldner rechtlich geltend mache, kann ihm, auch unter dem Gesichtspunkte des Art. 419 OR, nicht zugemutet werden. Es muss den einzelnen Mitbürgen überlassen bleiben, für die mit der Erfüllung ihrer Regresspflicht an sie übergehenden Forderungsanteile gegen den Hauptschuldner vorzugehen; Sache des regressberechtigten Bürgen ist es nur, ihnen Forderung und Sicherheiten zu erhalten.

Die Kläger sind somit dadurch, dass der Beklagte es unterlassen hat, die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner fortzusetzen, von ihrer Regresspflicht nicht befreit worden. In Frage kommt lediglich ein mit der Regressforderung verrechenbarer Schadenersatzanspruch wegen Aufgabe von Sicherheiten durch den Beklagten.

2. — In dieser Hinsicht ist von folgenden, gemäss

Art. 81 OG für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz auszugehen:

Der Pfändung, welche in der Betreibung der Ersparnisanstalt Toggenburg A.-G. gegen den Hauptschuldner vorgenommen worden war, hatte sich kein weiterer Gläubiger angeschlossen, sodass das Ergebnis der Pfändung ausschliesslich zur Deckung des Rückgriffsanspruchs gegen den Hauptschuldner zur Verfügung stand. Die gepfändeten Erbansprüche wurden in einer spätern Betreibung anderer Gläubiger unwidersprochen auf Fr. 50,000.— geschätzt, hätten also zur Deckung des Rückgriffsanspruches von Fr. 9095.55 ausgereicht, und zwar offensichtlich auch dann, wenn das Verwertungsergebnis erheblich hinter dem Schätzungsbetrag zurückgeblieben wäre. Unbestrittenermassen hat aber dann der Beklagte auf die Pfändungsrechte verzichtet und die Betreibung zurückgezogen.

Damit ist dargetan, dass Sicherheiten für die Rückgriffsforderung gegen den Hauptschuldner bestanden haben und vom Beklagten aufgegeben worden sind. Zu Unrecht hat aber die Vorinstanz diesen Tatbestand als genügend erachtet, um die Klage gutzuheissen. Die Aufgabe einer Sicherheit führt zu einer Schädigung der regresspflichtigen Bürgen nur dann, wenn das übrige Vermögen des Hauptschuldners zu ihrer Befriedigung nicht mehr ausreicht. Daher muss für die Schadenersatzforderung dieser weitergehende Nachweis erbracht werden. Das ist auf der Grundlage von Art. 420 OR selbstverständlich, gilt aber nicht weniger bei analoger Anwendung von Art. 509 OR. Nach deutschem und französischem Recht (§ 776 BGB, Art. 2037 Cc fr.) wird der Bürge in dem Umfange, in dem der Gläubiger die vorhandenen Sicherheiten aufgibt oder mindert, von seiner Regresspflicht ohne weiteres befreit. Nach schweizerischem Recht, Art. 509 OR, hingegen erhält er lediglich einen Schadenersatzanspruch, weshalb er nicht nur die Aufgabe oder Minderung der Sicherheiten, sondern auch den ihm daraus entstandenen Schaden zu beweisen hat. Die Litera-

tur zu Art. 509 äussert sich, soweit sie es überhaupt für notwendig erachtet, durchwegs entschieden für das Schadenserfordernis (VISCHER, in der Z. f. Schw. R., n. F. 7. Bd. S. 64; TOBLER, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, S. 139; LERCH und TUASON, Die Bürgschaft im schweiz. Recht, S. 67; STAUFFER, Verh. d. Schw. Jur. Vereins 1935, S. 128 a; zweifelhaft von TUHR, in der Z. f. Schw. R., n. F. 42. Bd. S. 114 f). Von dieser Auffassung geht auch der bundesrätliche Revisionsentwurf für das Bürgschaftsrecht vom 20. Dezember 1939 aus, indem er, « um die Beweislage für den Bürgen zu verbessern » (Botschaft S. 49) in Art. 502 eine neue Regelung vorschlägt, die zwischen dem heutigen Art. 509 und dem deutsch-französischen System die Mitte hält: die Haftung des Bürgen soll sich um den der Verminderung der Sicherheiten entsprechenden Betrag reduzieren, soweit nicht der Gläubiger seinerseits nachweist, dass der Schaden geringer ist. Ob im übrigen diese Lösung Gesetz werden wird, steht noch dahin, jedenfalls weicht sie bewusst vom geltenden Rechte ab und kann deshalb noch nicht berücksichtigt werden.

Dass der Schadensnachweis im Zeitpunkte, da der Bürge vom Gläubiger, bzw. der regresspflichtige Mitbürge vom zahlenden Bürgen belangt wird, oft schwer zu erbringen ist, wird nicht verkannt. Diese Schwierigkeit erlaubt jedoch nicht, den Bürgen, bzw. Mitbürgen von seiner Beweispflicht einfach zu entbinden, wie es die Vorinstanz getan hat. Vielmehr kann es sich nur darum handeln, an den Beweis je nach den Umständen etwas weniger strenge Anforderungen zu stellen. Im vorliegenden Falle dürften übrigens besondere Beweisschwierigkeiten nicht bestehen. Die Parteien sind offenbar darüber einig, dass als Vermögen des Hauptschuldners nur dessen Erbanteile am Vermögen der Eltern in Betracht fallen. Wie es um diese Erbanteile steht, muss aber den Klägern als Miterben des Hauptschuldners im wesentlichen bekannt sein.

Sie haben sich in der Klageschrift denn auch darüber ausgesprochen und geltend gemacht, dass die Erbanteile des Hauptschuldners durch nachträglich bestellte Pfandrechte für Forderungen in bedeutendem Umfange sowie durch neue Pfändungen konsumiert seien. Hiezu wurden verschiedene Urkunden als Beweismittel angerufen. Die Vorinstanz hat es gemäss ihrer vorerwähnten grundsätzlichen, aber unrichtigen Auffassung über die Beweispflicht der Kläger unterlassen, diese Behauptungen und Beweismittel zu würdigen. Das Bundesgericht ist nicht in der Lage, die Würdigung selber vorzunehmen, auch deswegen nicht, weil der Beklagte Einreden erhoben hat, die ebenfalls noch der Abklärung in tatbeständlicher Hinsicht bedürfen. Nach seiner Darstellung würde es sich nämlich bei einer der grössten Forderungen, für welche die Erbanteile gepfändet wurden, um eine Schuld der Erbmasse handeln, und nur den Testamentsvollstreckern wäre es zuzuschreiben, dass statt der Erbmasse der Beklagte als einzelner Erbe belangt wurde.

Es erweist sich somit als notwendig, die Sache gemäss Art. 82 OG zur ergänzenden Feststellung des Tatbestandes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. — ...

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 28. Februar 1940 aufgehoben und die Sache zur Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.