

Klägerin, sie habe in dieser Zeit mit niemand anders verkehrt, sich als Vater des Kindes betrachtet habe. Unter diesen Umständen könnte eine Anfechtung der Vereinbarung wegen Irrtums in Frage kommen. Allein es fehlt nicht nur jeder Beweis für diese Behauptung, sondern es ergibt sich das Gegenteil aus der Deposition der Mutter des Beklagten, die bezeugt, der Vater der Klägerin habe ihr mitgeteilt, ihr Sohn und Fritschi hätten mit seiner Tochter Umgang gehabt, worauf die Zeugin sofort erklärt habe, dann müssten auch beide zahlen. Sie hat denn auch den Beklagten zur Eingehung des Abkommens veranlasst und dabei mitgewirkt, sodass ihm die Tatsache des Umgangs der Klägerin mit Fritschi nicht unbekannt sein konnte.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

##### 30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Februar 1922

##### i. S. Häfliger gegen Volksbank Wolhusen-Malters.

Bürgschaft. Art. 509 Abs. 1 OR: Verantwortlichkeit des Gläubigers für Verminderung der Sicherheiten. Die Bestimmung gewährt dem Bürgen eine Einrede gegen die Belangung aus der Bürgschaft. Eine Verminderung liegt auch bei unstatthafter Verwendung der Sicherheiten zur Deckung anderer, nicht verbürgter Forderungen gegen den Hauptschuldner vor. Entstehungsgeschichte des Art. 509 Abs. 1 rev. OR.

A. — Durch Urteil vom 29. Oktober 1921 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

« Die Beklagte, Minna Häfliger, hat der Klägerin, Volksbank Wolhusen - Malters, zu bezahlen: 6711 Fr.

nebst Zins zu 6% seit dem 30. September 1920 und  $\frac{1}{3}$  % Kommission pro Quartal. »

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Begehren, die Klage sei völlig abzuweisen.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Siegfried Peyer, Zigarrenfabrikant in Malters, stand mit der Klägerin im Geschäftsverkehr. Nachdem er ihr am 22. Februar 1915 im Hinblick auf ein kurz vorher gestelltes Kreditgesuch eine am 16. Februar 1911 auf seiner Liegenschaft « Freihof » in Malters errichtete Gült von 2000 Fr. zu Pfand gegeben hatte, suchte er im April 1915 bei ihr um einen Kredit von 7000 bis 10,000 Fr. nach. Wegen der hierfür zu leistenden Sicherheit wandte er sich an die Beklagte und an Frl. Rosa Jenny in Zug, und bat sie, als Bürgen einzustehen. Dem Frl. Rosa Jenny schrieb er am 23. April, er würde der Bank für einen Kredit von 10,000 Fr. als Sicherheit seine Lebensversicherungspolize, auf 10,000 Fr. lautend, übergeben, sowie Schuldbriefe im Betrage von zusammen 6000 Fr. auf seiner Liegenschaft, wornach nach seiner Meinung genügend Deckung vorhanden sei. Am 1. Mai verhandelte er mit der Klägerin und schrieb ihr am 2. Mai: « Habe Ihnen gestern noch vergessen, mitzuteilen, dass ich für die betreffende Summe, für die Bürgen, eine Hinterlage auf Ihrer Bank deponieren werde. Der Kredit wäre auf Verlangen ganz auszubezahlen, ebenfalls würde ich die schon hinterlegte Gült zurückziehen. » Am 3. Mai schrieb ihm die Klägerin: « Wir bestätigen Ihnen unsere Unterredung vom 1. Mai und besitzen Ihr Geehrtes von gestern. Mit Gegenwärtigem teilen wir Ihnen nun höflich mit, dass wir gewünschten Kredit nur gewähren können, wenn Sie uns zu den genannten Bürgen noch einen uns bekannten Nachbürgen stellen. »

Peyer liess nun in den Tagen vom 1. bis 3. Mai auf seiner Liegenschaft zum Freihof drei Schuldbriefe von

je 2000 Fr. errichten. Laut Faustpfandverschreibung vom 27. Mai übergab er dann der Klägerin diese drei Schuldbriefe als Pfand, und zwar, wie es in dem zur Verschreibung verwendeten Formular heisst: « für alle Forderungen an Kapital, Zinsen, Provisionen und Kosten, welche die genannte Bank in irgend einer Form an ihn zu stellen habe, oder haben werde. »

Ebenso übergab er ihr eine auf den 1. Mai 1915 datierte Bürgschaftsverpflichtung, unterzeichnet von Rosa Jenny, einem Jos. Bugmann in Goldau, und von der Beklagten, worin diese auf einem gedruckten Formular der Klägerin erklärten: « hiermit als solidarische Bürgen und Selbstzahler der Volksbank Wolhusen A.-G. Malters zu haften für alle Forderungen, welche die Bank gegen Herrn Siegfried Peyer, Zigarrenfabrik, Malters, hat oder haben wird bis zum Betrage von 10,000 Fr. Kapital, plus verfallenen und laufenden Zinsen, Kommissionen und Spesen. Die Bürgen verpflichten sich, im Falle der Schuldner seiner Verpflichtung nicht pünktlich nachkommt, auf erste Aufforderung der Gläubigerin hin, das verbürgte Kapital samt allen verfallenen und laufenden Zinsen, Kommissionen und Spesen der Volksbank Wolhusen A.-G. einzubezahlen. Für die Höhe der jeweiligen Forderung anerkennen die Bürgen die Geschäftsbücher der Volksbank Wolhusen als auch für sie massgebend. » Die Unterschrift der Beklagten wurde am 28. Mai 1915 legalisiert.

Ausser diesen Sicherheiten hatte Peyer der Klägerin seine Lebensversicherungspolize bei der Allg. Versicherungsgesellschaft in Paris angeboten, welche er dieser Gesellschaft für etwa 1000 Fr. verpfändet hatte. Auf Ansuchen des Peyer und der Beklagten erklärte sich die Klägerin bereit, diese Polize in Paris einzulösen, und am 27. Mai 1915 schrieb sie an die Beklagte: « Auf Veranlassung des Herrn S. Peyer setzen wir Sie in Kenntnis, dass fragliche Polize der Allgemeinen Versicherungsgesellschaft in Paris lautend auf Herrn Peyer nächster

Tage von uns eingelöst wird. Herr Peyer wird also bis in einigen Tagen Ihrem diesbezüglichen Wunsche Rechnung getragen haben. »

Am 15. Juni 1915 berichtete die Klägerin dem Peyer, sie habe die Polize für seine Rechnung in Paris eingelöst (wofür sie ihn mit 1181 Fr. 85 Cts. belaste) und seinem Depot einverleibt, und sie gewärtige nun « bezügliche Pfandverschreibung », worauf Peyer mit vom 12. Juni 1915 datierter Verschreibung die genannte Polize, auf 10,000 Fr. lautend, der Klägerin als Faustpfand verschrieb « für alle Forderungen an Kapital, Zinsen etc. . . . » Ueber die Bewilligung des von Peyer nachgesuchten Kredites enthält das Protokoll der Kreditkommission der Klägerin folgende, vom 17. Juni 1915 datierte Eintragung: « Nr. 41. S. Peyer, Zigarrenfabrik Malters, wünscht Kontokorrentkredit von 10,000 Fr. gegen Hinterlage von 8000 Fr. Gült ab Freihof, Malters, Vorg. 28,000, Würd. 34,000 Fr., Brand-Assek. 40,000 Fr., 1. Leb.-Vers.-Polize von Fr. . . . . ang. . . . d. . . . . Bürgschaft von Frl. Rosa Jenny, Kollermühle, Zug, Frl. Minna Häfliger, Zähringerstr., Luzern, Herr Jos. Bugmann, Eisenhandlung, Goldau. Entsprochen. »

2. — Am 31. Mai 1915 belief sich der Debet-Saldo Peyers bei der Klägerin auf 1066 Fr., per Ende 1915 auf 5287 Fr., am 30. Juni 1917 auf 6270 Fr., und stieg bis Ende 1917 auf 12,564 Fr., bis Ende Juni 1919 auf 26,631 Fr. und bis Ende Dezember 1919 auf 27,917 Fr. an.

Die Klägerin hatte sich inzwischen auch weitere Deckungen geben lassen, nämlich:

a) Am 7. November 1917 leisteten die Gebr. Weibel in Malters der Klägerin für Peyer Bürgschaft für alle Forderungen, welche sie an denselben habe oder haben werde bis zum Betrage von 6000 Fr.; auf dem Bürgschein ist bemerkt, als Sicherheit für diese Bürgschaft habe der Schuldner bei der Klägerin « drei Schuldbriefe von je 2000 Fr. ab Freihof, Malters, angegangen den

1., 2. und 3. Mai 1915» hinterlegt. (Es sind das die gleichen drei Schuldbriefe, welche die Klägerin bereits auf Grund der Faustpfandverschreibung vom 27. Mai 1915 besass).

b) Am 2. Januar 1918 unterzeichnete Peyer der Klägerin eine als « Erneuerung » überschriebene Faustpfandverschreibung (für « alle Forderungen etc. . . »), in welcher ausser den bereits genannten Pfändern (2000 Fr. Gült ab Freihof vom 16. Februar 1911, 6000 Fr., — drei Schuldbriefe ab Freihof vom 1., 2. und 3. Mai 1915, und 10,000 Fr. Lebensversicherung) als « Hinterlagen » bezeichnet werden :

5000 Fr. Gült ab Freihof vom 15. Februar 1911, und

761 Fr. 90 Cts. Gült ab Brunnhof Kriens, ang. 15. März 1916.

c) Am 30. November 1918 leistete Gottfried Bucheli, Goldau, der Klägerin Bürgschaft für alle Forderungen derselben an Peyer bis zum Betrag von 5000 Fr. (Diese Bürgschaft ist von Bucheli am 19. Dezember 1919 eingelöst worden.)

3. — Am 15. Oktober 1919 berichtete die Klägerin der Beklagten und ihren beiden Mitbürgen, die Situation des Hauptschuldners habe sich in den letzten zwei Jahren derart verschlimmert, und die Kontokorrentschuld derselben sei derart angewachsen, dass sie sich genötigt sehe, ihn auf Pfandverwertung zu betreiben. Das wäre aber das Signal zum Zusammenbruch, deswegen lade sie die Bürgen ein, mit ihr über eine « Sanierung » zu unterhandeln. Man fasste nun ein Arrangement ins Auge, dahingehend, dass Peyer zu Gunsten der Bürgen auf seine Liegenschaft eine neue Grundpfandverschreibung von 10,000 Fr. bzw. 15,000 Fr. errichten und seine bei der Klägerin verpfändeten Gülten und Schuldbriefe von zusammen 13,761 Fr. 90 Cts. im Nachgang der Forderung der Klägerin den Bürgen verpfänden sollte. Die Klägerin gab der Beklagten die Lebensversicherungspolize heraus, und diese unterzeichnete am 30. Oktober 1919 für sich und ihre beiden Mitbürgen Jenny und Bug-

mann eine ihr vorgelegte Erklärung folgenden Inhalts : « Ich Unterzeichnete habe unterm 1. Mai 1915 im Verein mit Frl. Rosa Jenny und Jos. Bugmann bei Ihrer Vorgängerin zu Gunsten des Siegfried Peyer. . . . . eine Bürgschaft eingegangen im Betrag von 10,000 Fr., nebst Zinsen, Kommissionen und Kosten. Diese Bürgschaft ist inzwischen zu Ihren Gunsten abgeändert worden. Ich bestätige hierdurch für mich und die andern zwei Bürgen, dass wir unsere obige Verpflichtung auch heute noch in vollem Umfang anerkennen, und zwar so, wie sie ist und s. Z. eingegangen wurde, nämlich als : Blankobürgschaft. » Am 5. Dezember 1919 widerrief die Beklagte diese Erklärung wegen Irrtums, und weil sie ohne Vorwissen und Vollmacht der beiden andern Bürgen ausgestellt worden sei ; sie gab auch der Klägerin auf deren Begehren hin die Polize wieder zurück, jedoch mit dem Vorbehalt, dass dieselbe wie bis anhin für den von der Beklagten verbürgten Kredit hafte.

Ferner stellte sie fest, dass die Klägerin die drei Gülten von 6000 Fr. vom verbürgten Kredit weggenommen, und damit einen andern Kredit gedeckt habe.

Die Klägerin antwortete am 6. Dezember, Peyer habe ihr allerdings « Instrumente » verpfändet, allein lediglich zu ihren Gunsten, ohne dass irgend einmal die Rede davon gewesen wäre, dass die Bürgen Anspruch auf etwelche Sicherung haben. Bei ihrer Erklärung vom 30. Oktober bleibe die Beklagte behaftet.

4. Am 11. Dezember 1919 betrieb die Klägerin den Peyer für einen Kontokorrentsaldo per 31. Dezember 1919 von 27,917 Fr., nebst Zinsen, auf Pfandverwertung. Am 16. gl. Monats wurde über Peyer der Konkurs eröffnet.

5. — Im November 1920 erhob die Klägerin gegen die Beklagte beim Amtsgericht Luzern-Stadt die vorliegende Klage mit dem Begehren : « Die Beklagte habe anzuerkennen, ihr 6711 Fr., nebst Zins zu 6 % und  $\frac{1}{3}$  % Kommissionen pro Quartal schuldig zu sein und zu bezahlen. »

Sie machte geltend :  
 zu ihrer Gesamtforderung per 31. Dezember 1919 von . . . . . Fr. 27,917.—  
 kommen noch die im Verlaufe des Verfahrens bezahlten Unkosten, und erlaufenden Zinsen, Kommissionen und Spesen von . . . . . Fr. 1,623.20  
 sodass sich ihre Forderung per 30. September 1920 auf . . . . . Fr. 29,540.20 belaufe.

Daran seien der Klägerin eingegangen :

- a) Zahlung des Bürgen Bucheli . . . . . Fr. 5250.—
- b) Zahlung des Konkursamtes aus dem Erlös der Pfänder : 740 Fr. plus 14,750 Fr. plus 2000 = Fr. 17,490.—
- c) Zahlung des Konkursamtes als Konkursdividende . . . . . Fr. 89.— Fr. 22,829.—

sodass ein Aktivsaldo der Klägerin per 30. September 1920 bleibe von . . . . . Fr. 6,711 —

In diesem Betrag habe das Betreibungsamt der Klägerin am 13. Oktober 1920 einen Verlustschein bzw. Pfandausfallschein ausgestellt.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt zunächst die Richtigkeit der von der Klägerin im Konkurse Peyer eingegebenen Forderung, und insbesondere, dass sie mit den geltend gemachten Unkosten, Zinsen, Kommissionen und Spesen von der Gesamtforderung von 27,917 Fr. belastet werden könne. Sodann machte sie geltend : Als Peyer im Mai 1915 einen Kredit bis zu 10,000 Fr. benötigte, habe er sich ihn beschafft durch Verpfändung der Schuldbriefe und der Lebensversicherungspolize, verstärkt durch Bürgschaft. Auf Grund der in Aussicht gestellten Verpfändung der Werttitel haben Bugmann und Jenny am 22. Mai und

die Beklagte am 28. Mai die Bürgschaft unterzeichnet. Da die Schuldbriefe mit 6000 Fr. voll gutgeboten worden seien, und die Lebensversicherungspolize einen Erlös von 2000 Fr. ergeben habe, komme für die Haftung der Bürgen nur noch ein Betrag von 2000 Fr. in Betracht. Nun habe aber auch schon die am 22. Februar 1915 verpfändete Gült von 2000 Fr. zu Gunsten des verbürgten Betrages verwertet werden müssen.

Was die im Jahre 1917 von den Gebr. Weibel geleistete Bürgschaft anbelange, so habe Peyer damals die drei Schuldbriefe vom 1., 2. und 3. Mai 1915 gar nicht als Sicherheit bestellen können, weil dieselben ja bereits seit 1915 zur Sicherheit der Bürgschaft der Beklagten hafteten. Uebrigens sei es die Klägerin selbst gewesen, welche den Gebr. Weibel diese Schuldbriefe gegeben habe, der Schuldner Peyer habe hievon nichts gewusst. Dass die Klägerin die Gebr. Weibel aus der Bürgschaft entlassen habe, sei unstatthaft gewesen.

Die Anerkennung des Bürgschaftsaktes durch die Beklagte vom 30. Oktober 1919 endlich sei nur unter dem Druck der Verhältnisse und auf täuschende Vorgaben des Verwalters der Klägerin erfolgt, und daher unverbindlich.

6. — In der von der ersten Instanz durchgeführten Beweisverhandlung deponierte S. Peyer u. a. : Als er die Beklagte und die beiden Mitbürgen um ihre Bürgschaftsleistung anging, habe er ihnen schriftlich und mündlich erklärt, dass ihnen zu ihrer Sicherstellung sämtliche Hinterlagen haften, welche er bei der Klägerin bestellt habe. In dieser Meinung habe er selbst die Titel bei der Klägerin hinterlegt. Als er die Gebr. Weibel um Bürgschaft ersuchte, habe ihm der Verwalter der Klägerin gesagt, man könne diesen gewisse Hinterlagen zuschreiben. Auf die Hinterlage der Wertschriften und der Bürgschaft vom Mai 1915 hin habe ihm die Klägerin einen Kredit von 10,000 Fr. gewährt, davon 5000 Fr. Kontokorrentkredit und 5000 Fr. Wechselkredit.

Der Hypothekenschreiber Meer, welcher die Bürg-

schaftserklärung der Beklagten legalisierte, bezeugte auf Grund der mit ihr und Frl. Jenny damals gepflogenen Unterredung, dass beide Bürgen bei der Eingehung ihrer Verpflichtungen vorausgesetzt haben, sie seien durch Hinterlagen gedeckt.

7. — Das angefochtene Urteil nimmt zu der Behauptung der Beklagten, sie habe bei ihrer Bürgschaft auf die der Klägerin bestellten Pfänder zählen dürfen, sowohl vom Gesichtspunkt des Art. 28 OR als des Art. 509 OR aus Stellung.

In Bezug auf Art. 28 OR führt es auf Grund des Zeugnisses aus: Es unterliege allerdings keinem Zweifel, dass Peyer den Bürgen eine hinreichende Sicherstellung zugesichert habe, und es sei anzunehmen, dass sich die Beklagte in der Tat als durch Hinterlagen gesichert betrachtet, und wohl nur aus diesem Grund gebürgt habe. Der Klägerin gegenüber könne sie sich gemäss Art. 28 Abs. 2 OR jedoch nur dann auf Täuschung berufen, wenn die Klägerin ihrerseits bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages die Täuschung gekannt habe oder doch hätte kennen sollen. Diesen Beweis habe die Beklagte nicht geleistet. Durch die Zuschrift vom 2. Mai 1915 habe Peyer allerdings der Klägerin mitgeteilt, dass er die Bürgen durch Hinterlagen sicherstellen werde. Allein aus dieser Mitteilung habe die Klägerin noch nicht entnehmen können, dass Peyer den Bürgen gegenüber in dieser Beziehung Zusicherungen gemacht habe, und dass diese sich nur unter der Voraussetzung bereits erfolgter oder noch erfolgreicher Sicherung als Bürgen verpflichteten. Die Klägerin habe ja auch nicht weiter mit den Bürgen unterhandelt, und daher auch nicht Gelegenheit gehabt, die Gründe, welche allenfalls die Bürgen zur Eingehung der Verpflichtung bewogen, näher kennen zu lernen.

Der Berufung auf Art. 509 OR sodann hält die Vorinstanz entgegen, dass der Tatbestand dieser Bestimmung vorliegend nicht erfüllt sei; denn weder die bei Eingehung der Bürgschaft der Klägerin schon verpfän-

dete Gült von 2000 Fr., noch die später hinzugekommenen Pfandgegenstände seien der Klägerin nach der Auffassung des Gerichtes zu dem « ausschliesslichen » Zwecke übergeben worden, um die von der Beklagten und ihren Mitbürgen verbürgte Schuld von 10,000 Fr. sicherzustellen. Freilich habe Peyer der Klägerin am 2. Mai 1915 geschrieben, dass er für die Bürgen eine Hinterlage machen werde, und als Zeuge seine Zusicherungen bestätigt; auch werde es sich (wie näher ausgeführt wird) bei der im Beschluss der Kreditkommission vom 17. Juni 1915 erwähnten 8000 Fr. Gült ab Freihof Malters um die am 22. Februar vorher übergebene Gült von 2000 Fr. und die drei am 27. Februar hinterlegten Schuldbriefe von je 2000 Fr. handeln. Allein dem gegenüber sei einmal darauf hinzuweisen, dass die bezüglichen Faustpfandverschreibungen vorbehaltlos lauten für alle Forderungen, welche die Klägerin habe oder haben werde. Mit keinem Wort werde darauf Bezug genommen, dass diese Pfandverschreibungen zur Sicherung der verbürgten 10,000 Fr. haften, oder gar ausschliesslich haften sollen, und ebenso folge auch aus dem Beschluss der Kreditkommission nicht, dass die hinterlegten vier Titel nur für die kreditierten und verbürgten 10,000 Fr. haften. Und schliesslich stehe auch das ganze Verhalten des Schuldners Peyer im Widerspruch mit seinem Zeugnis: wenn die Wertschriften wirklich als ausschliessliche Sicherheit für die Bürgen bestimmt gewesen wären, so hätte Peyer doch nicht just auf Grund dieser Titel neue Kredite beanspruchen dürfen, und gerade mit denjenigen drei Titeln die Gebr. Weibel sichergestellt, die nach Lage der Sache als Hauptbestandteil der für die Beklagte und ihre Mitbürgen bestimmten Sicherheiten erscheinen mussten. Mit dem Verhalten des Peyer stehe umgekehrt das Verhalten der Klägerin im Einklang: Auf Grund der Hinterlagen habe die Klägerin dem Schuldner neue Kredite bewilligt. Am 4. Oktober 1917 habe sie ihm sodann mitgeteilt, dass die Hinterlagen, insbesondere

die drei Schuldbriefe, den Vorschriften nicht in allen Teilen entsprächen, dass sie aber, wenn Peyer « einen guten Bürgen in diese Titel stelle », weiter entgegenkommen werde, und in der Folge habe sie dann ihr Einverständnis zur Verwendung der drei Schuldbriefe als Sicherheit für die Gebr. Weibel erklärt. Neben der Tatsache, dass kein Faustpfandakt eine Verhaftung der hinterlegten Titel zu Gunsten der Beklagten und ihrer Mitbürgen erkennen lasse, und dass auch der Beschluss der Kreditkommission vom 17. Juni 1915 nicht für eine ausschliessliche Verhaftung zu Gunsten der Bürgen spreche, liege also auch ein übereinstimmendes Verhalten von Gläubiger und Schuldner vor, das ebenfalls für die Auffassung spreche, dass eine solche ausschliessliche Verhaftung für die verbürgte Forderung nie erfolgt sei. — Wenn das aber angenommen, d. h. davon ausgegangen werde, dass die Hinterlagen nicht ausschliesslich zur Sicherstellung der Bürgen aus dem Akt vom 1. Mai 1915 dienten, so könne durch die anderweitige Verwendung der Hinterlagen auch keine Verminderung der Sicherheiten im Sinne des Art. 509 OR eingetreten sein, m. a. W. es könne die Klägerin wegen dieser anderweitigen Verwendung nicht von der Beklagten verantwortlich gemacht werden.

8. — Es ist der Vorinstanz zunächst darin beizupflichten, dass die streitige Bürgschaft aus dem Gesichtspunkt der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) nicht angefochten werden kann. Die Beklagte hebt übrigens in ihrer, dem Bundesgericht eingereichten Rechtschrift ausdrücklich hervor, sie habe in der Rechtsantwort die Einrede der absichtlichen Täuschung nur bezüglich der Machination der Klägerin vom 30. Oktober 1919 und nicht etwa bezüglich der Eingehung der Bürgschaft und der Krediterteilung erhoben; denn damals seien die Verhältnisse auf allen Seiten klar gewesen und niemand habe sich geirrt. In der Tat hat sie nicht behauptet, durch falsche Vorspiegelungen, man werde die von ihr zu ver-

bürgende Schuld durch Hinterlage von Wertpapieren sicherstellen, zur Eingehung der Bürgschaft verleitet worden zu sein, sondern ihre Einrede beruht im Gegenteil darauf, dass die Hinterlagen, auf welche sie zählte, für diese Schuld wirklich bestellt worden seien, die Klägerin dieselben dann aber, ihrer vertraglichen und gesetzlichen Pflicht zuwider, zur Deckung weiterer, dem Hauptschuldner gewährter Kredite verwendet habe. Die Beklagte beruft sich damit auf den dem Bürgen in Art. 509 OR gewährten Schutz, und die entscheidende Frage geht dahin, welche Rechtswirkungen sich aus der Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Tatbestand ergeben.

9. — Nach Art. 509 OR ist der Gläubiger dem Bürgen dafür verantwortlich, dass er nicht zu dessen Nachteil die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen, oder die nachträglich erlangten und ausschliesslich für die verbürgte Forderung bestimmten anderweitigen Sicherheiten vermindere. Diese Bestimmung gewährt dem Bürgen zunächst einen Schadenersatzanspruch gegen den seine Diligenzpflicht verletzenden Gläubiger; nach feststehender Praxis steht ihm jedoch aus derselben bereits auch eine Einrede gegenüber der Belangung aus der Bürgschaft zu. (HAFNER, Anm. 1 zu Art. 508 aOR; STROOSS, Diligenzpflicht d. Gläubigers in Zeitschr. d. bern. Jur.-Ver. 47 S. 535). Den Solidarbürgen kann der Gläubiger freilich nach Art. 496 OR schon vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung der Pfänder belangen, und wenn dies geschieht, so kann sich jener seiner Zahlungspflicht mit der Berufung auf die bestellten Pfänder nicht entziehen, weshalb es fraglich erscheint, ob dem vor dem Hauptschuldner belangten Solidarbürgen die gedachte Einrede zustehe. Diese Frage kann indessen hier dahingestellt bleiben, weil die Klägerin von ihrem Rechte aus Art. 496 OR keinen Gebrauch gemacht, vielmehr bereits vor der Belangung der Bürgen die Betreibung des Hauptschuldners und die Verwertung der

Pfänder durchgeführt hat, sodass es sich bei der vorliegenden Klage nur noch um die Haftung der Beklagten für den Ausfall auf der verbürgten Forderung handelt. Die Einwendung der Klägerin, die Beklagte könne sich ihrer Klage gegenüber auf Art. 509 OR schon deshalb nicht berufen, weil sie sich als Solidarbürge verpflichtet habe, erweist sich deshalb als unstichhaltig.

10. — Zur Beurteilung der Frage, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen einer Einrede aus Art. 509 OR gegeben seien, ist festzustellen: a) welches die von der Beklagten verbürgte Forderung sei? b) welche anderweitigen Sicherheiten für diese Forderung in Betracht kommen? und c) ob und in welchem Masse eine Verminderung der Sicherheiten im Sinne des Artikels stattgefunden habe? Hierüber ist zu bemerken:

ad a) Die Klägerin legt ihrer Klage den Saldo aus der Schlussabrechnung mit dem Hauptschuldner zu Grunde, den sie auf den Betrag von 29,540 Fr. 20 Cts. beziffert, und macht geltend, nach Abzug des Erlöses aus den sämtlichen anderweitigen Sicherheiten von diesem Saldo verbleibe ein von der Beklagten und ihren Mitbürgen zu deckender Rest im Betrag der Klagesumme. Die Beklagte dagegen stellt sich auf den Standpunkt, die von ihr beanspruchten anderweitigen Sicherheiten müssen von dem Betrag des bei der Bürgschaftsleistung gewährten Kredites von 10,000 Fr. abgezogen werden; denn nur für eine Schuld in diesem Betrage (samt Zinsen etc.) habe sie gebürgt, und zwar im Vertrauen darauf, dass die damals bestehenden und erlangten anderweitigen Sicherheiten für diesen Forderungsbetrag ausreichen. Wenn nun lediglich auf den Wortlaut des Bürgschaftsaktes abzustellen wäre, so müsste offenbar der Auslegung der Klägerin beigespflichtet werden; denn nach dem Text des von ihnen unterzeichneten Formulars erklären die Bürgen: « zu haften für alle Forderungen, welche die Bank gegen Herrn Peyer..... hat oder haben wird bis zum Betrage von 10,000 Fr. plus verfallenen und laufen-

den Zinsen, Kommissionen und Spesen, » und hiernach würden also Gegenstand der Verbürgung schlechthin alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der Bank an Peyer bilden, während dagegen das Mass der Haftung der Bürgen auf den angegebenen Maximalbetrag beschränkt wäre. Hievon ausgegangen, hätte es die Klägerin dann allerdings in der Hand gehabt, nachträglich den Kredit von 10,000 Fr. nach Belieben zu erhöhen, Bürgschaft und Pfänder auch für den erhöhten Kredit in Anspruch zu nehmen und auf diese Weise das Vertrauen der Bürgen darauf illusorisch zu machen, dass die Forderung, für welche sie haften, in ihrem vollen Betrag gleichzeitig durch Hinterlagen gedeckt sei. Neben dem Wortlaut des Bürgschaftsaktes ist jedoch auch auf die übrigen, zur Ermittlung des Vertragswillens dienlichen Momente abzustellen (BGE 44 II S. 64; PRAXIS VII Nr. 62). Nun ergibt sich aus den Akten, dass die vorliegende Bürgschaft nur zur Deckung eines Kredites von 10,000 Fr. nachgesucht worden ist, und dass die Klägerin am 17. Juni 1915 den Kredit, auf die streitige Bürgschaft und die damals verlangten Hinterlagen hin, auch tatsächlich auf diese Summe als Maximalbetrag angesetzt hat. Wenn aber (wie unten noch darzutun sein wird) die Klägerin bei Entgegennahme der Bürgschaft darüber nicht im Zweifel sein konnte, dass die Bürgschaft im Vertrauen auf die gedachte Nebendeckung eingegangen werde, so muss sie nach Treu und Glauben die Auslegung gelten lassen, wornach Gegenstand der Verbürgung eine Forderung aus dem damals ins Auge gefassten und gewährten Kredit von maximal 10,000 Fr. bildet.

ad b) Fragt es sich nun, welche anderweitigen Sicherheiten die Klägerin für diese verbürgte Forderung erlangt habe, so sind das: einmal die bereits im Februar vom Hauptschuldner hinterlegte Gült von 2000 Fr.; denn nach der Feststellung der Vorinstanz ist dieser Titel in den von der Klägerin laut Protokolleintrag vom

Juni 1915 vorgemerkten Hinterlagen unter der Bezeichnung « 8000 Fr. Gült ab Freihof » inbegriffen ; ferner die drei am 1., 2. und 3. Mai 1915 errichteten Schuldbriefe von je 2000 Fr. auf den « Freihof », und endlich die Lebensversicherungspolize des Hauptschuldners Peyer von nominell 10,000 Fr. Dass die Klägerin wusste, dass die Beklagte die Bürgschaft speziell auch mit Rücksicht auf diese letztere Deckung einging, ergibt sich aus ihrer Zuschrift an die Beklagte vom 27. Mai 1915. Unbestrittenmassen erreichte der Erlös aus der Versteigerung dieser Hinterlagen den Betrag der verbürgten Kapitalforderung, und es boten demnach diese anderweitigen Sicherheiten der Beklagten für das Risiko aus ihrer Verbürgung, abgesehen von ihrer Haftung für Zinsen, Kommissionen etc., volle Deckung.

ad c) Bei der Frage, ob die Klägerin zum Nachteile der Bürgen diese, für die verbürgte Forderung erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindert habe, ist zunächst festzuhalten, dass eine solche Verminderung nicht nur dann vorliegt, wenn der Gläubiger die Sicherheiten preisgibt oder vernachlässigt, sondern auch darin liegen kann, dass er sie eigenmächtig und zu Unrecht anderweitig verwendet, insbesondere zu unstatthafter Deckung anderer, ihm gegen den Hauptschuldner zustehender Forderungen. Nun erfassen allerdings die Verpfändungsakte in ihrer generell gehaltenen Formulierung die fraglichen Pfänder nicht nur für den damals gewährten Kredit, sondern für alle Forderungen . . . , welche die Bank an den Hauptschuldner « in irgend welcher Form zu stellen hat oder haben wird ». Allein auch hier scheidet die Versteifung auf den Wortlaut an den Geboten von Treu und Glauben, und zwar aus folgenden Gründen : Wie die Vorinstanz selber feststellt, unterliegt es keinem Zweifel, dass der Hauptschuldner den Bürgen eine hinreichende Sicherstellung zugesichert hat, und sie zieht aus den Aussagen der Zeugen Peyer und Meer, sowie einer Zuschrift des J. Bugmann an die Amtsgerichtskanzlei

Luzern-Stadt vom 18. Februar 1921 mit Recht den Schluss, dass die Beklagte bei Eingehung der Bürgschaft sich in der Tat durch Hinterlagen als sichergestellt betrachtet, und sich wohl nur aus diesem Grunde zur Uebernahme der Bürgschaft habe bewegen lassen. Andererseits hatte der Hauptschuldner Peyer der Klägerin am 2. Mai 1915, im Hinblick auf sein kurz vorher gestelltes Kreditgesuch mitgeteilt, dass er « für die betreffende Summe, für die Bürgen, eine Hinterlage auf ihrer Bank deponieren werde. » Aus dieser Zuschrift ersah die Klägerin mit aller Deutlichkeit, dass Peyer die Pfänder zur Sicherstellung der Bürgen bestimmte, ihr dieselben also für die von diesen verbürgte Schuld geben wollte, und dass demnach, wenn auch die Pfandverschreibung in der angegebenen Weise allgemein lautet, die Pfänder nach dem Willen des Pfandgebers doch unter allen Umständen in erster Linie zur Deckung dieser verbürgten Schuld haften, und daher im Falle einer spätern Erhöhung des Kredits für einen weitem Forderungsbetrag jedenfalls nur subsidiär in Anspruch genommen werden sollten. Hat aber die Klägerin diese anderweitigen Sicherheiten speziell zum Zweck der von der Beklagten verbürgten Kreditschuld erlangt, so wurde sie nach Art. 509 OR dieser dafür verantwortlich, dass sie die genannten Sicherheiten nicht zu ihrem Nachteil für die Vermehrung des Kredits verwende. Indem sie dies, in der angegebenen Weise, dennoch tat, verminderte sie im Effekt zum Nachteil der Beklagten die Deckung, auf welche diese rechnete, und nach der Vertragsmeinung rechnen durfte. Wenn die Vorinstanz darauf abstellt, die Klägerin habe aus der Mitteilung Peyers vom 2. Mai, wofür die Hinterlagen bestimmt seien, noch nicht entnehmen können, dass Peyer den Bürgen gegenüber in dieser Beziehung Zusicherungen gemacht habe, und dass diese sich nur unter der Voraussetzung bereits erfolgter oder noch erfolgender Sicherungen als Bürgen verpflichteten, so übersieht sie dabei, dass Art. 509 OR eben von

der Präsomption ausgeht, dass die Bürgschaft mit Rücksicht auf die vom Hauptschuldner oder Dritten bestellten anderweitigen Sicherheiten eingegangen werde (s. HAFNER, ANM. 3 a zu Art. 508 aOR), wie das auch der Lebenserfahrung entspricht, und dass die Klägerin wusste, dass die Beklagte sich um die von Peyer zu leistende Deckung bekümmerte, beweist ihre Zuschrift vom 27. Mai 1915 an sie wegen der Einlösung der Lebensversicherungspolize.

11. — Zur Begründung ihrer Annahme, dass der Tatbestand des Art. 509 OR nicht gegeben sei, hat die Vorinstanz hauptsächlich darauf abgestellt, dass weder die bei Eingehung der Bürgschaft schon verpfändete Gült, noch die später hinzugekommenen Pfandgegenstände der Klägerin zu dem ausschliesslichen Zweck übergeben worden seien, die von der Beklagten verbürgte Schuld von 10,000 Fr. sicherzustellen. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Es kommt nicht darauf an, ob die Pfandgegenstände nach der Pfandverschreibung ausser der verbürgten Schuld überhaupt eventuell auch noch für andere Schulden Peyers an die Klägerin haften, sondern darauf, in welchem Verhältnis zu der verbürgten Schuld diese andern Schulden aus den Pfändern Befriedigung erlangen sollten, m. a. W., ob die Vertragsmeinung bei Eingehung der Bürgschaft und bei der Pfandbestellung nicht dahin gegangen sei, dass die Pfänder in erster Linie zur Deckung der verbürgten Forderung verwendet werden, und damit vorab zur Sicherstellung der Bürgen dienen sollten, was auf Grund der vorstehenden Erwägung eben zutrifft. Fürs erste ist zu beachten, dass Art. 509 keineswegs bezüglich aller anderweitigen Sicherheiten verlangt, dass sie für die verbürgte Forderung « ausschliesslich » bestimmt worden seien, sondern nur bezüglich der nachträglich erlangten; hier aber sind die streitigen Hinterlagen teils vor, teils bei Anlass der Eingehung der Bürgschaft bestellt worden. Zudem erhellt aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung (s. Srooss,

a. a. O. S. 536), dass man hinsichtlich der nachträglich erlangten Sicherheiten darauf abstellen wollte, ob sie speziell für die verbürgte Forderung bestimmt worden seien, oder sich auf diese etwa nur dank einer im Bankverkehr üblichen generellen Klausel beziehen. Die Abänderung gegenüber aOR Art. 508 (welcher die Einschaltung « und ausschliesslich für die verbürgte Forderung bestimmten » nicht enthielt) wurde bei der Revision des Bundesgesetzes veranlasst durch eine Eingabe des Verbandes zürcherischer Kreditinstitute, welche auf die Gepflogenheit der Banken hinwies, in ihren Faustpfandverschreibungen die Bestimmung aufzunehmen, dass das Pfandrecht auch bestellt gelte für weitere Guthaben, welche zu Gunsten der Bank bereits bestehen oder erst entstehen werden, und die Frage aufwarf, ob, wenn nun der Schuldner eines « Bürgschaftsdarlehens » später bei der gleichen Bank ein Darlehen gegen Hinterlage von Wertschriften erhebe, bei der Liquidation dieses « Faustpfanddarlehens » die dafür bestimmten Pfänder nur mit Zustimmung der Bürgen des früher erhobenen « Bürgschaftsdarlehens » aushingegeben werden dürfen. Um den Banken in einem solchen Falle die Herausgabe ohne Rücksichtnahme auf die gedachte stereotype Verpfändungsklausel zu erlauben, stellte Regierungsrat Keller in der Expertenkommission zur Revision des OR den Antrag, zu sagen: « die ..... vorhandenen oder vom Hauptschuldner speziell in Bezug auf die verbürgte Forderung nachträglich erlangten Sicherheiten », und die Expertenkommission stimmte dieser Redaktion bei. Im Entwurf vom Jahr 1919 ist dann das Wort « speziell » durch « ausschliesslich » ersetzt worden. Es ist aber aus den Materialien nicht ersichtlich, dass damit eine materielle Aenderung bezweckt worden wäre, und es hätte auch kein Grund dafür vorgelegen; dass ein und dieselbe Hinterlage zugleich für zwei sukzessiv entstandene Forderungen ausreichend sei, und mit Rücksicht hierauf von den Beteiligten, sei es von Anfang an oder

erst nachträglich, absichtlich für beide zusammen bestimmt worden sein kann, ist sehr wohl denkbar; weshalb in einem solchen Falle darum, weil die Sicherheit nicht ausschliesslich für die eine oder andere Forderung bestimmt war, die in Art. 509 OR statuierte Diligenzpflicht des Gläubigers zessieren sollte, ist nicht wohl einzusehen.

12. — Die aus Art. 509 OR erhobene Einrede der Beklagten erweist sich somit als begründet. Es ist auch nicht anzunehmen, dass diese durch ihre Erklärung vom 30. Oktober 1919 nachträglich darauf wirksam verzichtet habe. Einmal steht diese Erklärung, wornach es sich von Anfang an um eine sog. Blankobürgschaft gehandelt habe, nach dem Gesagten mit dem wirklichen Vertragswillen im Widerspruch; auch liegt nichts dafür vor, dass die Bürgschaft, wie es in der Erklärung heisst, inzwischen im Einverständnis der Beklagten zu Gunsten der Klägerin abgeändert worden sei. Ob die Einrede der Täuschung, welche die Beklagte gegenüber der Berufung auf diese Erklärung erhoben hat, begründet sei, kann dahingestellt bleiben; denn es ergibt sich aus den Akten, dass sie nur im Hinblick auf das damals unter den Parteien verhandelte Sanierungsprojekt abgegeben wurde, welches dann nicht zur Durchführung gelangte; so hat die Klägerin ja auch die Lebensversicherungspolize welche sie der Beklagten damals übergeben hatte, von dieser zurückverlangt und wieder in Empfang genommen.

13. — Da, wie bereits bemerkt, nach der Darstellung beider Parteien der Kapitalbetrag der verbürgten Forderung durch den Erlös der Hinterlagen, auf welche die Beklagte in erster Linie Anspruch zu erheben berechtigt ist, gedeckt erscheint, so könnte es sich nur noch fragen, ob und in welchem Umfange die Beklagte für Zinsen und Kommissionen hafte. In dieser Beziehung fehlt es aber an einer hinreichenden Substantiierung der Klage. Die Klägerin hat die Zinsen und Kommissionen, mit welchen sie den Hauptschuldner belastete, auf Grundlage ihres

gesamten Verkehrs mit dem Hauptschuldner berechnet, was nach dem bereits Gesagten gegenüber den Bürgen nicht zulässig erscheint. Für eine ziffermässige Ausscheidung derjenigen Beträge, welche die Klägerin auf der verbürgten Forderung an Zinsen etc. eventuell fordern könnte, gibt die klägerische Abrechnung keine genügenden Anhaltspunkte.

*Demnach hat das Bundesgericht erkannt:*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 29. Oktober 1921 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

**31. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung  
vom 7. März 1922**

**i. S. Steiner gegen Staub, Wismer & Siegfried.**

Art. 119 O R. Objektive Lieferungsunmöglichkeit infolge Versetzens einer Schweizerfirma auf die französische schwarze Liste ?

A. — Der Beklagte ist unter der Firma Ferdinand Steiner, Weinhandlung in Winterthur, im zürcherischen Handelsregister eingetragen. Er betreibt ausserdem unter der Firma Ferdinand Steiner, Vins en gros, ein Geschäft in Vilafranca del Panadès (Spanien). Von dieser Firma kauften die Kläger Staub, Wismer & Siegfried in Zürich im Herbst 1916 zu verschiedenen Malen spanische Weine von 10° und 11° Gehalt zu Preisen von 35 Fr. bis 39 Fr. per hl. Die Lieferung war « franco gare Cette » oder « franco gare Cerbère » vorgesehen. Da jedoch der Beklagte am 18. Oktober 1916 schrieb, die Verhältnisse seien gegenwärtig so, dass ein Transport via Cerbère, d. h. auf dem Landweg, voraussichtlich nicht möglich sei, ersuchten die Kläger mit Telegramm vom 27. Ok-