

51. **Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Juni 1913**
in Sachen **Schnorf, Kl. u. Ver.-Kl., gegen**
Rhyner, Befl. u. ebenfalls Ver.-Kl.

Die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners gehört nicht zu den « Sicherheiten » des Art. 508 aOR. Lieferung an den zahlungsunfähigen Hauptschuldner. Liegt unerlaubte Handlung oder Verstoß gegen die guten Sitten vor? — Art. 50, 127, 508 aOR: 41 nOR: 2 ZGB.

Das Bundesgericht hat,

da sich ergibt:

A. — Durch Urteil vom 5. April 1913 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Rechtsfrage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, an den Kläger zu bezahlen: „4118 Fr. 85 Cts. plus 5 % Zins seit Datum der Weisung „und die Protest- und Retourspesen auf dem Retourwechsel per „30. Juni 1911?“

erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 2464 Fr. 60 Cts. nebst 5 % Zins seit 7. Juli 1911 zu bezahlen. Kosten u. s. w.

B. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung auf schriftlichem Wege ergriffen: der Kläger mit dem Antrag auf Erhöhung des zugesprochenen Betrages um 744 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 7. Juli 1911, der Beklagte mit dem Schlusse: es sei das erwähnte Urteil aufzuheben und die Klage, soweit sie den anerkannten Betrag von 358 Fr. 40 Cts. übersteigt, gänzlich abzuweisen.

C. — In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten hervorzuheben: Mit schriftlicher und detaillierter Bestellung vom 16. Februar 1911 übergab die Firma Gebrüder Frittschi, Baugeschäft in Abliswil dem Kläger, Alfred Schnorf in Rüschlikon, die Lieferung des zur Ausführung zweier Neubauten nötigen Holzes (Schmittwaren). Der Kläger übernahm die Bestellung nur unter der Bedingung, daß der Beklagte, E. Rhyner-Haab, für ihre Zahlung einstehe. Nachdem Rhyner mündlich und schriftlich (durch Mitteilung einer

Kopie der Bestellung) über den Umfang der künftigen Holzlieferung unterrichtet worden war, stellte er am 27. Februar 1911 dem Kläger folgenden Schein aus: „Gebrüder Frittschi beziehen für die „in Abliswil zu erstellenden Häuser von mir den Baukredit und „werde ich Ihnen für die bestellte Lieferung von dem Baukredit „direkt Zahlung leisten, wollen Sie mir daher ein Doppel der „Rechnung zustellen. . . .“ In einer spätern Unterredung vom 3. März 1911 mit einem Angestellten des Klägers hat Rhyner erklärt, zur Zahlung der Lieferung die bei ihm domizilierten Wechsel auf die Gebrüder Frittschi einlösen zu wollen. Die Holzlieferungen erfolgten darauf rasch auf einander: den 27. Februar 1911 die erste für 358 Fr. 40 Cts., sodann weitere am 2., 3., 28. März, 13., 18. April und 10. Mai 1911. Sämtliche Lieferungen erreichten nach der ursprünglichen Angabe des Klägers die Summe von 4098 Fr. 15 Cts. Dem Beklagten wurden jeweilen Kopien der Fakturen zugestellt, die Lieferungen gaben nie Anlaß zu Reklamationen. Bei der letzten Lieferung vom 10. Mai 1911 (744 Fr. 55 Cts.) gab es indessen einen Anstand. Als der Angestellte des Klägers, Leemann, die Ware auf dem Bauplatze Frittschi abladen wollte, erklärte ihm ein Teilhaber der Firma Frittschi, er lasse es nicht geschehen, der Beklagte Rhyner wolle die Gebrüder Frittschi an den Konkurs bringen. Leemann telephonierte dies dem Kläger, worauf ihm befohlen wurde, die Ablieferung gleichwohl vorzunehmen, da ja der Beklagte dafür hafte. Dies geschah dann ohne weiteren Widerspruch seitens der Firma Frittschi.

Kurz nachher (den 20. Mai 1911) geriet die Firma Gebrüder Frittschi in Konkurs. Schnorf klagte beim Bezirksgericht Zürich E. Rhyner-Haab ein auf Zahlung von 4098 Fr. 15 Cts. für die Holzlieferungen an die Firma Frittschi und von 35 Fr. 30 Cts. Wechsel- und Retourspesen für zwei Tratten auf die Gebrüder Frittschi, die am Domizil des Beklagten zahlbar gestellt und die uneingelöst zurückgekommen waren. Dieser Klage gegenüber nahm der Beklagte vor erster Instanz den Standpunkt ein, er hafte nur für den Betrag der ersten Lieferung (358 Fr. 40 Cts.); denn nur darauf beziehe sich seine Erklärung vom 27. Februar 1911. Eventuell verlangte er, es müsse ein Betrag von 724 Fr. 50 Cts. für Lieferungen, die in der ursprünglichen Bestellung Frittschi nicht

292 A. Oberste Zivilgerichtsstanz. — I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

enthalten gewesen, von der klägerischen Forderung abgezogen werden und es sei davon ein weiterer Abzug von 20 % deswegen zu machen, weil die Durchschnittspreise der Ware nicht angemessen, bzw. übersteigt seien. In keinem Falle aber, wandte der Beklagte ein, könne er angehalten werden, für die letzte Lieferung vom 10. Mai im Betrage von 744 Fr. 55 Cts. zu haften, da sie gegen den Willen der Firma Fritschli und trotz ihrer Erklärung, daß sie vor dem Konkurse stehe, erfolgt sei.

D. — Mit Urteil vom 25. Oktober 1912 sprach das Bezirksgericht Zürich dem Kläger eine Summe von 3408 Fr. 95 Cts. zu, d. h. es zog von der klägerischen Forderung (4133 Fr. 45 Cts.) die Summe von 724 Fr. 50 Cts. ab, weil eine Expertise festgestellt hatte, daß Lieferungen in diesem Betrage in der ursprünglichen Bestellung nicht inbegriffen waren. Das Obergericht indessen an das der Beklagte allein appellierte, änderte das Urteil dahin ab, daß es den Beklagten auch von der Zahlungspflicht für die Lieferung vom 10. Mai 1911 befreite. Zur Begründung ihres Urteils stützt sich die Vorinstanz auf die Bestimmung des Art. 508 *ad* per analogiam. Sie vertritt die Ansicht, daß der Gläubiger, ohne Treu und Glauben zu verletzen, den Garanten nicht mit Lieferungen belasten durfte, im sichern Bewußtsein, der Schuldner könne seinen Verpflichtungen nicht nachkommen und der Garant werde für ihn eintreten müssen. In jedem Falle hätte der Kläger die Ausführung der letzten Lieferung von der Zustimmung des Beklagten abhängig machen müssen; —

in Erwägung:

1. — Von den Einwendungen, die der Beklagte vor den kantonalen Instanzen erhoben hat, hält er in seiner Berufungsschrift nur noch die aufrecht, daß seine sog. Garantieerklärung sich einzig auf die erste Lieferung beziehe und er daher auch nur zur Zahlung des Betrages von 358 Fr. 40 Cts. angehalten werden könne. Aber auch diese Einwendung ist unhaltbar. Sie steht mit dem Verhalten des Beklagten vor und nach der Aufstellung des Verpflichtungssaktes vom 27. Februar 1911 im Widerspruch. Auch der Wortlaut dieser Verpflichtung reicht keineswegs hin zur Unterstützung der beklaglichen Auffassung. Die kantonalen Instanzen haben in einwandfreier Weise festgestellt, daß der Beklagte vor der Unter-

zeichnung des Verpflichtungsscheines über den Umfang der gesamten Bestellung unterrichtet war, daß ihm jeweilen, bei jeder Lieferung, eine Kopie der Faktura übermittelt wurde und daß er niemals eine Einsprache erhob. Aus diesen Tatsachen ergibt sich in zwingender Weise der Schluß, daß der Beklagte den gesamten Holzbedarf der Firma Fritschli sicherstellen wollte und daß auch der Kläger die sog. Garantieerklärung nicht anders als in diesem Umfange auflassen konnte. Der Ausdruck des Garantiescheines „Lieferung“ steht dieser Auslegung nicht entgegen, indem er sich zwanglos auf die Gesamtlieferung anwenden läßt.

Nach den Aussagen des Zeugen Schenk versprach der Beklagte die Akzente der Gebrüder Fritschli für die Holzlieferungen einzulösen. Da er dieser Pflicht nicht nachkam, so haftet er auch für die aufgelaufenen Protest- und Retourspesen, deren Höhe (35 Fr. 30 Cts.) übrigens nicht streitig ist.

2. — Der Kläger seinerseits hat den von der ersten Instanz vorgenommenen Abzug von 724 Fr. 50 Cts. an die zweite Instanz nicht weiter gezogen und auch nicht zum Gegenstand der Berufung an das Bundesgericht gemacht. Seine Weiterziehung betrifft vielmehr einzig die Frage, ob der Beklagte auch für den Betrag von 744 Fr. 55 Cts. haftbar sei. Mit Unrecht hat das angefochtene Urteil diese Frage verneint. Mag in der beklaglichen Erklärung vom 27. Februar 1911 eine wirkliche Bürgschaft erblickt werden oder ein Rechtsgeschäft nach Art. 127 *OR* (alt), sicher ist, daß die Bestimmung des Art. 508 *OR* (alt) in ihrem Wortlaute sich darauf nicht anwenden läßt. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners kann unmöglich zu jenen „Sicherheiten“ gezählt werden, wovon dieser Artikel spricht, abgesehen davon, daß nicht der Gläubiger (Kläger) es war, der die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Gebrüder Fritschli) herbeigeführt hat. Aber auch dann wäre die — analoge — Anwendung dieser Bestimmung unzulässig, wenn man, von ihrem Wortlaute absehend, auf das allgemeine Prinzip zurückgreifen wollte, das ihr zu Grunde liegt: daß der Gläubiger nämlich durch eigene Handlungen die Haftung des Bürgen nicht strenger gestalten dürfe, als sie übernommen worden ist. Im vorliegenden Falle war die Forderung von Anfang an in ihrer Höhe bestimmt; besondere Sicherheiten bestanden nicht. Der

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. — Ebensovienig 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 Frittschi 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-