35. Urteil vom 5. April 1900 in Sachen
Wernli gegen Ackermann.

Bürgschaft für die dem Pächter obliegenden Verpflichtungen. Auflösung der Pacht infolge Konkurses des Pächters, Art. 315 O.-R. Klage des Verpächters gegen die Bürgen. Einrede aus Art. 508 O.-R. Das Retentionsrecht des Verpächters ist « Sicherheit » im Sinne dieses Artikels. Art. 502 und 503 eod. Umfang der Verpflichtung der Bürgen.

A. Durch Urteil vom 3. November 1899 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt:

Die Beklagten sind mit ihrer Appellation abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten, unter Einreichung einer Rechtschrift, die Berufung an das Bundesgericht erklärt, und den Antrag gestellt, es sei in Aufhebung desselben die Klage abzuweisen. Die Kläger beantragen in ihrer Beantwortungsschrift, es sei die Berufung abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger (Frau Ackermann und Kinder) haben durch Vertrag vom 7. April 1892 dem Johann Jakob Wernli in Brunegg ein Heimwesen im Dorfe Hendschikon um einen jährlichen Pachtzins von 1080 Fr., zahlbar in zwei Hälften auf 1. Dezember und 15. März, auf sechs Jahre, d. h. bis 31. März 1898, verpachtet. In Art. 10 des Vertrages ist bestimmt: „Der Pächter hat die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten durch zwei habhafte Bürgen zu versichern, welche in solidum zu haften sich verpflichten für alles, was der Pächter nach diesem Vertrage nicht selbst erfüllt. Auf Verlangen der Verpächter haben die Pachtbürgen die Pacht selbst nach Inhalt dieses Vertrages zu vollenden.“ Diesen Pachtvertrag haben außer den Kontrahenten die beiden Beklagten (Samuel und Johann Wernli) „als solidarische Pachtbürgen“ unterzeichnet. Am 16. Dezember 1897 wurde über den Pächter der Konkurs eröffnet. In diesem Konkurs machten die Kläger folgende Forderungen geltend:

a.	restanzlicher Pachtzins	verfallen	31. März 1895	Fr.	936	28
b.	Pachtzins	verfallen	31. März 1896	„	1080	—
c.	„	„	„	1897	„	1080
d.	„	„	„	1898	„	1080
e.	Betriebs-, Retentions- u. Steigerungskosten			„	15	32

Zusammen Fr. 4191 60

und beanspruchten für die Pachtzinse der Jahre 1896/1897 und 1897/1898 das Retentionsrecht. Das Konkursamt anerkannte die letzte Pachtzinsforderung unter Berufung auf Art. 315 O.-R. nur für die Dauer vom 1. April 1898 bis zur Konkursöffnung, und rechnete demgemäß für die Zeit vom 16. Dezember 1897 bis zum 31. März 1898 einen Betrag von 315 Fr. ab. Als retentionsberechtigt anerkannte es die Pachtzinsforderungen vom 31. März 1896 bis zur Konkursöffnung (1845 Fr.), sowie die Kostenforderung von 15 Fr. 32 Cts. Die restierende Pachtzinsforderung wurde (nach Abzug einer Gegenforderung von 79 Fr. 74 Cts. = 1936 Fr. 54 Cts.) in die V. Klasse verwiesen. Ein Begehren der Verpächter, ihnen als Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Pachtvertrages dasjenige Quantum Futter und Stroh, welches über das angetretene hinaus vorhanden war, zu überlassen, wurde vom Konkursamt abgewiesen, dafür aber eine Entschädigungsforderung im Betrage von 315 Fr. wegen Nichterfüllung des Pachtvertrages für die Zeit vom 16. Dezember 1897 bis 31. März 1898 in die V. Klasse aufgenommen. Die Kläger kamen auf der retentionsberechtigten Forderung mit 27 Fr. 57 Cts., sowie gänzlich mit den in V. Klasse kollozierten Forderungen von 1936 Fr. 54 Cts. und 315 Fr. zu Verlust. Sie belangten nun die Beklagten, gestützt auf die von diesen eingegangene Bürgschaft, auf Bezahlung ihres ungedeckt gebliebenen Forderungsbetrages, den sie auf 2251 Fr. 40 Cts. bezifferten, samt Zins zu 5% seit 1. Juli 1898 (Datum des Verlustscheines). Die Beklagten anerkannten, den Klägern für den Ausfall an der retentionsberechtigten Pachtzinsforderung im Betrage von 27 Fr. 57 Cts. ersatzpflichtig zu sein; im übrigen bestritten sie die Klage, indem sie einwendeten: Die Verpächter haben den Schaden an sich zu tragen, der ihnen durch den Verlust der Pachtzinse pro 31. März 1895 und 1896 entstanden sei, weil

sie es unterlassen haben, diese Pachtzinse einzuziehen und sich damit das dafür bestehende Retentionsrecht, — eine Sicherheit im Sinne des Art. 508 O.-R. — entgehen lassen. Sie hätten es in der Hand gehabt, diesen Schaden abzuwenden, indem sie bloß nach Art. 312 O.-R. hätten vorzugehen brauchen. Jedenfalls wären sie gehalten gewesen, den Bürgen von der Nichtzahlung der Pachtzinse Anzeige zu machen, um ihnen damit die Gelegenheit zu geben, ihrerseits nach Art. 503 O.-R. vorzugehen. Die Forderung von 315 Fr. sei unbegründet: nach Art. 10 des Pachtvertrages haften die Bürgen nur für die vom Kreditoren eingegangenen Verbindlichkeiten, also für die Pachtzinse, und auch für diese nur bis zum Betrage des laufenden und eines verfallenen Zinses, wie dies in Art. 499 O.-R. festgesetzt sei. Auf die Vereinbarung, wonach die Bürgen auf Verlangen der Verpächter die Pacht selbst zu vollenden haben, können sich die Kläger nicht stützen, weil diese an die Bürgen niemals das Begehren gestellt haben, daß sie die Pachtzeit zu 31. März 1898 vollenden, so dann es dabei bewendet sein lassen, den Bürgen (durch Anzeige vom 7. Januar 1898) mitzuteilen, daß sie sich bezüglich der in Rede stehenden Vertragsbestimmung auf Unterhandlungen einlassen und unter gewissen Bedingungen auf ihren Anspruch verzichten. Die beiden kantonalen Instanzen haben diese Einwendungen der Beklagten als nicht stichhaltig erachtet, und demgemäß die Klagesumme im vollen Umfange, mit Zins zu 5 % vom 9. September 1898 an (als Tag der gegen die Beklagten angeordneten Betreibung), gutgeheißen.

2. Nach Art. 508 O.-R. ist der Gläubiger dem Bürgen dafür verantwortlich, daß er nicht zu dessen Nachteil die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen, oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindere. Daß diese Vorschrift sich auch auf die dem Vermieter oder Verpächter zustehenden Retentionsrechte erstreckt, ist zu Unrecht aus dem Grunde in Abrede gestellt worden, weil dieselbe nach Fassung und Zweck nur solche Sicherheiten beschlage, über die der Regel nach dem Gläubiger die Verfügung zustehe, welche Voraussetzung beim Retentionsrecht nicht zutrefte (s. Urteil des bernischen Appellations- und Kassationshofes, mitgeteilt in Revue der Gerichtspraxis im

Gebiete des Bundescivilrechtes, Bd. 14, Nr. 89). Allerdings hat der Vermieter oder Verpächter regelmäßig die seinem Retentionsrechte unterliegenden Sachen des Mieters oder Pächters nicht im Besitz (s. Sträuli, Das Retentionsrecht, S. 96); er hat somit in der Regel, bevor die Retention vollzogen ist, keine Verfügungsgewalt über dieselben; allein dieser Umstand nötigt keineswegs zu der Annahme, daß das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters nicht zu den Sicherheiten des Art. 508 cit. gehöre. Denn unter diesen Sicherheiten sind nicht etwa bloß die körperlichen Gegenstände, auf die der Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderung greifen darf, zu verstehen; der allgemeine Begriff der „Sicherheit“ umfaßt vielmehr die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen, welche dem Gläubiger eine Gewähr für die Befriedigung für seine Forderung bieten, wie denn auch zweifellos der Gläubiger dem Bürgen nach Art. 508 dafür verantwortlich wird, daß er zu dessen Nachteil einen solventen Mitbürgen eigenmächtig aus der Bürgschaft entläßt. (Vgl. Hafner, Comment. zum Obligationenrecht, Art. 508 Anm. 5; Bundesger. Entsch., Aml. Samml., Bd. 20, S. 617 Erw. 8). Hieron ausgegangen, kann es für die Frage, ob das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters als Sicherheit im Sinne des Art. 508 anzusehen sei, nicht darauf ankommen, ob die dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenstände in der Verfügungsgewalt des Retentionsberechtigten stehen oder nicht, sondern es fragt sich einzig, ob das Retentionsrecht selbst, die Berechtigung des Vermieters oder Verpächters, unter Umständen auf gewisse Gegenstände seines Schuldners zu greifen, derart der Disposition seines Inhabers anheimgestellt sei, daß bei dessen Untergang oder Verminderung von einer Haftbarkeit dem Bürgen gegenüber die Rede sein kann. Dies ist aber unzweifelhaft zu bejahen, indem die Ausübung des Retentionsrechtes ausschließlich in die Hand des Gläubigers gelegt ist, der Bürge aber an der Wahrung desselben ebenso ein Interesse hat, wie an der Wahrung anderweitiger Sicherheiten. (Vgl. auch Hafner, Comment. zum Obligationenrecht, a. a. O.; Schneider und Fick, Kommentar zu Art. 508 Anm. 10).

3. Im vorliegenden Falle haben jedoch die Kläger das ihnen zustehende Retentionsrecht nicht preisgegeben und auch nicht ver-

mindert. Sie haben es, wie auch die Beklagten anerkennen, vollständig ausgeübt. Die klägerische Forderung ist durch die Ausübung des Retentionsrechtes soweit gedeckt und dadurch die Bürgschaftsschuld soweit gekürzt worden, als die Sicherheit, die es bot, überhaupt reichte. Daß die Kläger für ihre Forderung trotz ihrem Retentionsrecht nicht völlig befriedigt wurden, hatte seinen Grund lediglich darin, daß mehr Pachtzinse aufgelaufen waren, als durch das Retentionsrecht hätten gedeckt werden können. Der Nachteil, für den die Bürgen die Kläger verantwortlich machen, beruht demnach nicht darauf, daß diese die vorhandene Sicherheit vermindert, sondern daß sie von derselben nicht so rechtzeitig Gebrauch gemacht haben, daß dieselbe zur Deckung ihrer Forderung vollständig ausgereicht hätte. Denn es wäre den Klägern allerdings möglich gewesen, durch sofortige Beschreitung des Rechtsweges, nachdem der Pächter mit der Bezahlung eines Pachtzinses in Rückstand geraten war, und eventuell durch ein Vorgehen nach Art. 312 Abs. 1 D.-R. der Gefahr vorzubeugen, daß mehr Pachtzinse auflaufen, als durch das Retentionsrecht gedeckt sein würden. Eine Verpflichtung der Kläger, dies von sich aus im Interesse der Bürgen zu thun, läßt sich jedoch weder aus Art. 508 noch überhaupt aus der Stellung des Gläubigers zum Bürgen, wie sie im Bundesgesetz über das Obligationenrecht geordnet ist, ableiten. Die Frage, inwieweit der Gläubiger dem Interesse des Bürgen an rechtzeitiger Beitreibung der geschuldeten Hauptleistung, oder an rechtzeitiger Aufkündigung des Schuldverhältnisses gerecht zu werden verpflichtet sei, ist besonders geregelt in Art. 502 und 503 D.-R. Danach wären die Kläger allerdings verpflichtet gewesen, nach Eintritt der Fälligkeit der einzelnen Pachtzinse auf Verlangen der beklagten Bürgen diese Zinse gemäß Art. 503 Abs. 1 D.-R. rechtlich geltend zu machen, und den beschrittenen Rechtsweg ohne Unterbrechung fortzusetzen. Bevor dieses Verlangen an sie gestellt wurde, brauchten sie es jedoch nicht zu thun; und da die Beklagten die Beitreibung der Pachtzinse, für welche das Retentionsrecht entgangen ist, von den Klägern nicht verlangt haben, besteht auch kein Rechtsgrund, weshalb ihnen diese für das Versäumte verantwortlich wären; denn dazu, den Bürgen etwa von dem Rückstand, in dem sich

der Pächter mit der Bezahlung der Pachtzinse befand, Anzeige zu machen, waren die Kläger weder gesetzlich noch vertraglich verpflichtet.

4. Was endlich die von der Konkursverwaltung in die V. Klasse aufgenommene und gänzlich zu Verlust geratene Forderung von 315 Fr. für Pachtzins von der Konkursöffnung an bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Pachtzeit anbetrifft, so haben die Beklagten ihre Zahlungspflicht lediglich aus dem Grunde bestritten, weil die Kläger von ihnen die Vollenbung der Pacht an Stelle des Pächters nicht verlangt haben, so daß sie auch für den dahierigen Pachtzins nicht aufzukommen brauchen. Nun stützt sich aber der gegen die Beklagten erhobene Ersatzanspruch nicht auf die von diesen eingegangene Verpflichtung, auf Verlangen der Verpächter die Pacht selbst zu vollenden, sondern auf ihre Verpflichtung, den Verpächtern für alle Leistungen, die aus dem Pachtvertrag dem Pächter obliegen, einzustehen. Kraft dieser von den Beklagten übernommenen Bürgschaft haften diese daher — ganz abgesehen davon, ob ihre Verpflichtung, die Pacht eventuell selbst zu vollenden, existent worden sei — den Klägern auch für die in Rede stehende Entschädigung, es wäre denn, daß der Hauptschuldner selbst diese Entschädigung nicht schulden würde. Hierauf haben die Beklagten jedoch nicht abgestellt; sie haben niemals behauptet, daß die dahierige Forderung zu Unrecht in den Kollokationsplan aufgenommen worden sei, und damit stillschweigend anerkannt, daß der Hauptschuldner den Klägern als Ersatz des auf die unbeendigte Pachtzeit entfallenden Pachtzinses eine Entschädigung in genanntem Betrage schulde. Da sich ihre Bürgschaft nach dem Bürgschaftsvertrage auch auf diese Schuld erstreckt, sind sie somit verpflichtet, den Klägern den vollen Betrag, mit dem diese im Konkurse des Hauptschuldners zu Verlust gekommen sind, zu ersetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Argau vom 3. November 1899 in allen Teilen bestätigt.