

8. Urteil vom 22. Februar 1901 in Sachen  
Zimmermann gegen Käslin.

*Bürgschaft für pfandversicherte Schuld. Eine Pflicht des Gläubigers, den Bürgen von der Verwertung der Pfänder zu benachrichtigen, besteht nicht. Art. 508, 510 O.-R. Verhältnis der Bürgschaft zum Garantiever sprechen des Cedenten. Einrede der Teilung, Art. 496 Abs. 1 O.-R. «Gemeinsame» Verbürgung.*

A. Durch Urteil vom 31. Dezember 1900 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erinstanzliche Urteil bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei die Klage gänzlich abzuweisen.

In der heutigen Hauptverhandlung vor Bundesgericht erneuert der Anwalt der Beklagten diesen Berufungsantrag. Der Anwalt des Klägers beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Aus dem Verkaufe einer Liegenschaft in Gempen (Kanton Solothurn) hatte der Verkäufer Josef Düz eine Kaufpreisrestforderung von 7569 Fr. 65 Cts. an den Käufer Felix Düz, für welche er kraft solothurnischen Rechts ein gesetzliches Pfandrecht am Kaufobjekt besaß. Hiefür wurde ihm am 27. Januar 1897 von der Amtsschreiberei Dorneck eine „grundversicherte Anweisung“ ausgestellt, in welcher er selbst als Bürge genannt ist. Diese Forderung cedierte Josef Düz am 19. März 1897 an J. Schneider, und, nachdem sie ihm letzterer wieder zurückediert hatte, am 25. Mai 1897 an den Kläger, unter Garantie für Bestand und Erhältlichkeit derselben. Zugleich leistete der Chemann der Beklagten für die Schuld des Felix Düz Bürgschaft. Am 24. Dezember 1897 leistete Ludwig Berger für dieselbe Schuld Bürgschaft „in solidarischer Verbindung mit Josef Düz und Hermann Zimmermann,“ ohne daß dabei die letztern irgend eine Willenserklärung abgaben. Als das Unterpfand infolge Grundpfandbetreibung verwertet wurde, meldete der Kläger seine Forderung an

Kapital und Zinsen mit 8212 Fr. 40 Cts. an, und erhielt hierauf angewiesen 130 Fr. 75 Cts.; für den Rest von 8081 Fr. 65 Cts. erhielt er gegenüber Felix Düz mangels pfändbaren beweglichen Vermögens einen Verlustschein. Inzwischen war der Bürge Zimmermann gestorben. Die Bürgschaft wurde von seiner Witwe, der Beklagten, angetreten. Mit Klage vom 18. September 1900 forderte der Kläger von ihr Ersatz seines Verlustes von 8081 Fr. 65 Cts. nebst Verzugszins zu 5% seit der Betreibung vom 4. September 1900. Die Beklagte wendete gegen diese Klage ein, der Kläger habe seine Rechte aus der Bürgschaft dadurch verwirkt, daß er unterlassen habe, dem Bürgen von der Verwertung des Pfandes Anzeige zu machen. Eventuell sei das Begehr auf Zahlung des vollen Verlustes abzuweisen, weil eine Teilung derselben unter die drei Bürge Josef Düz, Zimmermann und Berger, hätte verlangt werden sollen. Die kantonalen Gerichte haben diese Einwendungen als unbegründet abgewiesen, und die Klage im ganzen Umfange gutgeheißen.

2. Was die erstere Einwendung anbelangt, so ist den Vorinstanzen ohne weiteres darin beizupflichten, wenn sie ausführen, daß das eidgenössische Obligationenrecht dem Gläubiger die Pflicht zur Benachrichtigung des Bürgen von der Verwertung der für die Hauptschuld haftenden Pfänder nicht auferlegt, indem weder Art. 510 O.-R. eine analoge Ausdehnung gestattet, noch in der ordnungsmäßigen betreibungsamtlichen Verwertung ohne Aufführung des Bürgen eine Verminderung der Sicherheiten im Sinne des Art. 508 O.-R. liegt. Von einer Verwirfung der Bürgschaftsklage aus dem von der Beklagten angeführten Grunde kann demnach keine Rede sein.

3. In Beziehung auf die Teilungseinrede sodann kann ebenfalls einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben, es falle hier von vornherein der angebliche Bürge Josef Düz außer Betracht. Die Behauptung, daß die Hauptschuld auch durch Josef Düz verbürgt sei, stützt sich auf die Thatstache, daß in der von der Amtsschreiberei Dorneck ausgestellten „grundversicherten Anweisung“ für die dem Verkäufer Josef Düz angewiesene Summe von 7569 Fr. 65 Cts. als Bürge aufgeführt wird: „Josef Düz, der Verkäufer, in Basel.“ Allein es ist klar, daß durch diese Er-

klärung eine Bürgschaftsverpflichtung des Josef Duß nicht begründet worden ist, da Josef Duß selber Gläubiger der fraglichen Forderung war, das wesentliche der Bürgschaft aber gerade darin besteht, daß der Bürge die Haftung für eine fremde Schuld übernimmt. Josef Duß hätte somit, um Bürge zu werden, die Bürgschaft dem Cessionar gegenüber eingehen müssen, und daß dies geschehen sei, ist nicht dargethan. Insbesondere kann die Begründung einer Bürgschaft nicht in der mit der Cession der Forderung verbundenen Erklärung des Josef Duß erblickt werden, daß er für Bestand und Eindringlichkeit derselben garantire. Denn ein solches Garantiever sprechen des Ceden ten ist, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Frey-Wahli gegen Krämer vom 12. Februar 1898 (Amtl. Samml., Bd. XXIV, 2. Teil, S. 117) ausgeführt hat, seiner rechtlichen Natur nach von der Bürgschaft durchaus verschieden; während bei der Bürgschaft lediglich die accessorye Haftung für eine fremde Schuld übernommen wird, begründet das Garantiever sprechen des Ceden ten, wie seine Gewährleistungspflicht überhaupt, eine selbständige Verpflichtung.

4. Es kann sich also nur fragen, ob der Beklagten die Einrede der Teilung mit Rücksicht darauf zustehé, daß außer ihrem verstorbenen Ehemann noch Ludwig Berger sich für die streitige Schuld verbürgt hat. In der Duplicat hat die Beklagte behauptet, mit Zimmermann habe sich gleichzeitig Berger verpflichten wollen, und nun ist allerdings richtig, daß in dem dem Kläger von Josef Duß ausgestellten, und vom Ehemann der Beklagten als Bürge unterzeichneten Cessionsschein vom 25. Mai 1897 die Erklärung aufgenommen war: „Der Unterzeichnete Hermann Zimmermann-Boll, Partikular und Ludwig Berger, Ausläufer, beide in Basel wohnhaft, leisten hiemit für vorstehende Schuld des Felix Duß in Gempen Bürgschaft.“ Allein diese Urkunde ist von Berger nicht unterschrieben und sein Name ist in dem angeführten Text derselben denn auch wieder durchgestrichen. Die von Berger unterzeichnete Bürgschaftsverpflichtung ist erst später, am 24. Dezember 1897, aufgesetzt worden, und lautet dahin: „Ich der Endesunterzeichnete Ludwig Berger, Bürger von und in Basel, ledig und volljährig, leiste anmit in solidarischer Verbindung mit den Herren Josef Duß-Zimmermann und Her-

mann Zimmermann-Boll für diese Forderung von 7569 Fr. 65 Cts. nebst Zinsen und Kosten gemäß den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts Bürgschaft.“ Wieso es kam, daß in dem Text des Cessionsscheins vom 25. Mai 1897 zuerst auch der Name des Berger als Bürge genannt, dann aber wieder durchgestrichen wurde, ist aus den Akten nicht erschlich; insbesondere ist in keiner Weise dargethan, daß Zimmermann sich nur mit Rücksicht darauf, daß Berger Mitbürgschaft leiste, verbürgt habe. Bei diesem Sachverhalt muß mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, daß sich zuerst Zimmermann und zwar unabhängig von Berger als Bürge verpflichtet habe. Nun bestimmt Art. 496 Abs. 1 O. N., auf welchen sich die von der Beklagten erhobene Teilungseinrede stützt, mehrere Bürge, welche gemeinsam die nämliche teilbare Hauptschuld verbürgt haben, haften für ihre Anteile als einfache Bürge, und für die Anteile der übrigen als Nachbürge. Eine teilbare Hauptschuld liegt vor, und die Entscheidung über die Einrede der Beklagten, daß sie mit Rücksicht auf die von L. Berger eingegangene Bürgschaft für die Hälfte der verbürgten Summe lediglich als Nachbürge haftet, hängt somit davon ab, ob gesagt werden könne, Zimmermann und Berger haben mit ihren Bürgschaftserklärungen die Hauptschuld gemeinsam, im Sinne dieser Gesetzesbestimmung, verbürgt. Während Hafners Kommentar zum Obligationenrecht, Anmerkung 2 zu Art. 496, in Ausehnung an die im gemeinen Recht herrschende Doktrin und Praxis, annimmt, eine gemeinsame Verbürgung liege immer vor, wenn zwei sich für denselben Hauptschuldner in gleicher Weise verbürgen, möge der eine von der Bürgschaft des andern gewußt haben, oder nicht, erachten es die Vorinstanzen für den Begriff der gemeinsamen Verbürgung notwendig, daß die mehreren Bürge sich, sei es gleichzeitig oder nicht, mit Rücksicht auf die Mitverpflichtung des andern verbürgen (vergl. Rossel, Manuel du droit federal des obligations, Nr. 664 und Fischer, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. VII u. f., S. 57). Vom ersten Standpunkt aus wäre die Einrede der Teilung offenbar begründet; denn beide Bürge haben sich in gleicher Weise verbürgt, auch wenn der zweite ausdrücklich im Gegensatz zum ersten, Solidarbürgschaft mit dem andern Bürge übernahm. Es ist jedoch dem Standpunkte der Vorinstanzen bei-

zutreten, und anzunehmen, daß Art. 496 D.-R. die Einrede der Teilung nicht schlechthin in allen Fällen gewähren mösse, wo sich Mehrere für denselben Hauptschulden in gleicher Weise verbürgt haben, sondern einen Zusammenhang der mehreren Bürgschaften in der Weise voraussetze, daß dieselben entweder in dem gleichen Bürgschaftsalte, oder doch mit Rücksicht auf einander eingegangen seien. Diese letztere Auffassung wird allein der sprachlichen Bedeutung des in Art. 496 D.-R. gebrauchten Ausdruckes gerecht; denn „gemeinsame Verbürgung“ bedeutet sprachlich nicht bloß mehrfache, auf dasselbe Ziel gerichtete Verbürgung; der Ausdruck gemeinsam schließt die Vorstellung eines Zusammenhangs in sich, und bezeichnet einen Gegensatz zu dem, was man sich getrennt, unabhängig von einander zu denken hat. So geben denn auch die welschen Texte das in der deutschen Redaktion gebrauchte Wort gemeinsam mit *conjointement* und *insieme* wieder. Und da von der Gemeinsamkeit der Verbürgung und nicht von der Gemeinsamkeit der Hauptschuld die Rede ist, trifft somit Art. 496 Abs. 1 auf Bürgschaften, die zwar für dieselbe Hauptschuld in gleicher Weise, aber unabhängig von einander eingegangen werden, der rein sprachlichen Auslegung zufolge nicht zu. Wenn diese Gesetzesbestimmung für die Einrede der Teilung bloß voraussetzte, daß Mehrere sich in gleicher Weise für eine und dieselbe Hauptschuld verbürgt haben, so würde sich hiernach das Wort „gemeinsam“ als ein sachlich durchaus bedeutungsloses Einschubel erweisen. Nach allgemeinen Auslegungsregeln ist aber, sofern sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt, davon auszugehen, daß der Gesetzeswille in der gewählten Redaktion seinen adäquaten Ausdruck finde und daß daher, weil das Wort gemeinsam dem Sache, in welchem es steht, sprachlich seine besondere Bedeutung verleiht, diese Bedeutung habe als Wille des Gesetzes zum Ausdruck gebracht werden wollen. Daß tatsächlich das Wort gemeinsam in diesem Sinne mit Absicht gebraucht worden ist, geht denn auch mit Sicherheit aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung hervor. In dem 1877 gedruckten Kommissionsentwurf und den früheren Entwürfen war nämlich von gemeinsamer Verbürgung noch nicht die Rede. Die in den Jahren 1877 und 1875 gedruckten Entwürfe zu einem schweizerischen Obligationenrecht bestimmten einfach (Art. 503): „Haben Mehrere für die nämliche

Verbindlichkeit eines Schuldners einfache Bürgschaft übernommen, so haftet ein jeder, sofern die Schuld eine teilbare ist, für seinen Anteil als Vorbürge, für die Anteile der Mitbürgen aber als Nachbürge (Art. 502),<sup>14</sup> und ähnlich hatte sich auch der Entwurf vom Jahre 1871 in Art. 527 ausgedrückt. Erst der Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom Jahre 1879 enthält die Fassung: „Mehrere Bürger, die sich gemeinsam für die nämliche teilbare Hauptschuld verbürgt haben,“ und zwar auf Grund eines Redaktionsentwurfes des Prof. von Wyss nach den Beschlüssen der Kommission im September-Oktober 1878. Es steht hiernach außer Zweifel, daß das Wort „gemeinsam“ mit bestimmter Absicht in den Gesetzesstext aufgenommen worden ist, und wenn berücksichtigt wird, daß gerade die Frage, ob das *beneficium divisionis* auch denselben Bürgen zustehe, welche sich nicht gemeinschaftlich, sondern getrennt und unabhängig von einander verbürgten (vergl. Windscheid, Pand., Bd. II, § 479, Anm. 2 und die dort citierte Literatur), im gemeinen Recht Gegenstand der Controverse bildete, so erscheint die Annahme als unabweislich, daß das Gesetz zu dieser Frage Stellung nehmen und sie durch die gegenwärtige, von den ersten Entwürfen abweichende Fassung in dem von den Vorinstanzen vertretenen Sinne entscheiden wollte.

Nun liegen aber, wie bereits bemerkt, in *casu genügende* Anhaltspunkte dafür vor, daß bei der Eingehung der Bürgschaft durch Zimmermann diejenige des Berger wirklich in Aussicht gestanden, und deshalb gesagt werden könnte, Zimmermann habe sich mit Rücksicht auf die Mitbürgschaft Bergers verbürgt. Der in Art. 496 Abs. 1 D.-R. für die Einrede der Teilung geforderte Thatbestand ist somit nicht erfüllt, und die Einrede daher abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Bellagten wird als unbegründet abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 31. Dezember 1900 in allen Teilen bestätigt.