

worden) oder aber um solche Prozeßkosten, welche der Beklagten bei Verfechtung ihres ungerechtfertigten Standpunktes gegenüber dem Kläger erwachsen sind und welche daher gleich zu behandeln sind wie die im Hauptprozeß erlaufenen Kosten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und damit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 10. Dezember 1906 bestätigt.

17. Urteil vom 9. März 1907 in Sachen

Fischer, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Spengler**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Stellung der kantonalen Instanzen bei Rückweisung einer Streitsache nach Art. 82 Abs. 2 OG. — Bürgschaft für eine Solidarschuld. —

1. Novation oder Schulderrlass und Stundung? Art. 142 OR. —
2. Einfluss der Entlassung des einen Solidarschuldners auf die Bürgschaft. Art. 166 Abs. 2 OR; 168 Abs. 4 OR. — 3. Art. 303 SchKG gilt nicht für den aussergerichtlichen Nachlassvertrag. —
4. Art. 508 OR.

A. Durch Urteil vom 28. November 1906 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage:

Sind die Appellaten pflichtig, die von Heinrich Spengler-Guster für Jakob Egloff und August Wyler in Tägerwilen zu Gunsten des Appellanten eingegangene Bürgschaft für ein Darlehen von 15,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 15. Februar 1905 als für sie verbindlich anzuerkennen und demzufolge auch den Regreß auf sie für den in dem Konkurse der Hauptschuldner ungedeckt bleibenden Betrag anzuerkennen? —

erkannt:

Sei die Rechtsfrage verneinend entschieden.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Er stellt die Anträge:

1. Es sei das Urteil des thurgauischen Obergerichts vom

28. November 1906 aufzuheben und die Streitsache im Sinne des Urteils des Bundesgerichts vom 22. Dezember 1905 (US 31 II Nr. 92) in der gleichen Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen des angeführten bundesgerichtlichen Urteils an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen.

2. Eventuell sei, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Sache zur Aktenvervollständigung und neuer Entscheidung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen in dem Sinne, daß die Berufungsbeklagtschaft den effektiven Schaden zu beweisen habe, der ihr durch das Abkommen des Klägers mit dem einen der Solidarschuldner, Wyler, erwachsen sei, unter Eröffnung des Gegenbeweises für die Berufungsklägerschaft.

3. Eventuell sei, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen in dem Sinne, daß die Berufungsbeklagtschaft zu beweisen habe, daß durch die angebliche Novation der klägerischen Forderung gegenüber dem einen der Solidarschuldner, Wyler, die Entlassung des andern Solidarschuldners, Egloff, beabsichtigt war, unter Eröffnung des Gegenbeweises für den Berufungskläger.

4. Eventuell sei die Annahme einer gänzlichen Befreiung auch des andern Solidarschuldners, Egloff, und damit der Bürgen als billigem richterlichem Ermessen nicht entsprechend, jedenfalls als nach Aktenlage unbegründet und willkürlich zu erklären und daher die Streitsache zu neuer Entscheidung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen, eventuell zur Aktenvervollständigung im Sinne der Eröffnung von Beweis für die Beklagtschaft und von Gegenbeweis für die Klägerschaft für das Bestehen bezw. Nichtbestehen von sogenannten Billigkeitsgründen.

5. Eventuell seien von den kantonalen Instanzen diejenigen Akten und Protokollauszüge einzuverlangen, auf welche sie die behauptete Gerichtsnotorietät betreffend angebliche Art der Schuldentilgung und Erwirkung des Konkurswiderrufes durch den einen der Solidarschuldner, Wyler, stützen, insbesondere auch die Akten der vom Obergericht angerufenen Beschwerde, eventuell sei unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur Aktenver-

vollständigkeit in diesem Sinn und neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers seine Berufungsanträge erneuert.

Der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten zunächst hervorzuheben: Der Kläger hatte einem August Wyler und Jakob Egloff am 15. Februar 1903 ein Darlehen von 15,000 Fr. gegeben, wofür die Schuldner Wechsel ausgestellt hatten; zur Ermöglichung der Prolongation der Wechsel unterschrieb der Rechtsvorgänger (Chemann und Vater) der heutigen Beklagten am 19. Mai 1903 einen Bürgschaftsschein des Inhaltes: „Der „Unterszeichnete verpflichtet sich hiemit als Bürge für das von „Jakob Egloff und August Wyler in Lägerwilen bei Albert „Fischer in Horn erhobene Darlehen im Betrage von 15,000 Fr.“ Am 16. Juli 1903 starb Spengler. Anfangs des Jahres 1905 gerieten beide Hauptschuldner, sowie auch die Kollektivgesellschaft Egloff und Wyler in Konkurs. Im Konkurse Wyler meldete der Kläger eine Forderung von 15,000 Fr. laut Wechseln „mit Negreß auf den Bürgen Heinrich Spengler-Custer in Lägerwilen“ an, ferner eine solche aus Wechseln und Guthaben laut Nota von 10,050 Fr. „mit Negreß auf die beiden Konkursmassen Jakob Egloff und Egloff und Wyler“. Im Mai 1905 leitete er sodann den Prozeß gegen die heutigen Beklagten, mit dem aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren, ein. Die Beklagten machten vor den kantonalen Instanzen folgende Einwendungen geltend: Der Aussteller der Bürgschaft, Spengler, sei zur Zeit der Ausstellung unzurechnungsfähig gewesen; ferner sei die Bürgschaftsurkunde gefälscht; endlich, der Kläger habe durch Nichtgeltendmachen bzw. einfache Prolongation der vom einen Hauptschuldner (Wyler) an seine, des Klägers, Ordre ausgestellten und vom andern Hauptschuldner (Egloff) akzeptierten Wechsel vorhandene Sicherheiten im Sinne von Art. 508 OR vermindert. Die kantonale II. Instanz wies die Klage (mit Urteil vom 30. August 1905), in Gutheißung dieser letzten Einwendung der Beklagten,

ab, ohne auf eine Prüfung der übrigen Einreden der Beklagten einzutreten; auf Berufung des Klägers hin hob jedoch das Bundesgericht, durch Urteil vom 22. Dezember 1905, das obergerichtliche Urteil, in Abweisung jenes Standpunktes der Beklagten, auf und wies die Sache zur Erörterung der übrigen Einreden der Beklagten an die Vorinstanz zurück (BGE 31 II Nr. 92 S. 724 ff.). Mit Eingabe an das Obergericht des Kantons Thurgau vom 2. März 1906 teilte nun der damalige Anwalt der Beklagten mit, es habe sich während der Litispändenz ergeben, daß der Kläger sich mit dem Hauptschuldner Wyler verglichen resp. daß er seine Forderung im Konkurse zurückgezogen habe, wodurch es dem Wyler ermöglicht worden sei, den Widerruf des Konkurses herbeizuführen; hieraus leiten die Beklagten, gestützt auf Art. 501, 504 und 507 OR die Befreiung für die Restschuld her. Das Obergericht wies die Sache zur Beurteilung dieses Incidentspunktes an die I. Instanz zurück. Hier hat sich nun ergeben: Mit — nicht datierter, aber nach Feststellung der Vorinstanz vom 31. August 1905 stammender — Eingabe an das Konkursamt hatte der Kläger, gegen Sicherstellung von 2500 Fr., den Rückzug seiner Konkursangabe im Konkurse Wyler erklärt; er hatte sich ferner, unter nicht festgestelltem Datum, von Wyler ein Obligo folgenden Inhaltes ausstellen lassen: „Der Unterszeichnete erklärt hiermit dem Hrn. A. Fischer in Horn an Darlehen in Bar 5000 Fr. (fünftausend Franken) schuldig geworden zu sein. Diese Schuld verpflichte ich mich nebst Zins zu 5% abzutragen wie folgt: (Je 500 Fr. 1. Januar, 1. Mai, 1. September 1906, 1907, 1908, die letzte Rate am 1. Januar 1909). „Lägerwilen, sig. August Wyler.“ Die 2500 Fr. sind bezahlt worden; der Konkurs über Wyler wurde am 9. Oktober 1905 zufolge Zustimmung aller Gläubiger und außergerichtlichen Nachlaßvertrages widerrufen. Am 23. Januar 1906 erließ der Kläger eine Mahnung an Wyler auf Zahlung der am 1. Januar 1906 fällig gewesenen Rate samt Zinsen. Eine Begrüßung der Beklagten hat bei der Abmachung mit Wyler nicht stattgefunden.

2. Aus diesem Incidentspunkte haben nun die Beklagten die Befreiung aus dem Bürgschaftsverhältnis hergeleitet, und beide Vorinstanzen sind ihnen hierin beigetreten. Das Urteil der II.

Instanz beruht im wesentlichen auf folgenden Erwägungen: Das Abkommen zwischen dem Kläger und Wyler sei als außergerichtlicher Nachlassvertrag anzusehen; die Bürgen könnten nun nur soweit belangt werden, als noch eine Haftung des Hauptschuldners bestehe. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß immer noch der Kritar Jakob Egloff für die Schuld haftbar bleibe. Es brauche nicht untersucht zu werden, ob der Nachlassvertrag mit Wyler auch eine Haftentlassung des Egloff im Sinne der Art. 166 ff. OR bedeutet habe (was die I. Instanz angenommen hatte); denn die Befreiung des Bürgen sei zu folgern aus Art. 508 OR: Der Regreß des Bürgen sei durch das Übereinkommen des Klägers mit Wyler „zu Genüge untergraben“, „die Hauptschuldner wären dem Bürgen Solidarschuldner gewesen, und er hätte sich nach aller Voraussicht an den entlassenen Schuldner ausschließlich zu halten gehabt, indem der zweite Hauptschuldner, Egloff, nach Konkursausbruch landesflüchtig geworden und eine Belangung desselben auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist.“ Indessen sei für den Bürgen nicht bloß die Teilschuld getilgt, vielmehr sei durch das Abkommen mit Wyler Novation eingetreten, somit die Bürgschaft untergegangen. Endlich müsse ein Untergang der Bürgschaft auch gefolgert werden zufolge Art. 303 SchRG, welche Bestimmung hier analog anzuwenden sei. Es sei auch zu erwähnen, daß es dem Kläger leicht hätte möglich sein sollen, volle Zahlung oder wenigstens Zahlung in höherem Betrag, als geschehen, zu erwirken; Wyler habe nach Kenntnis des Obergerichts wenigstens einen Gläubiger, der die Zustimmung zum Konkurswiderruf verweigert habe, allerdings für eine Forderung geringeren Umfangs, vollständig befriedigt.

3. Vorerst nun ist es eine Frage des kantonalen Prozeßrechts, ob die Vorinstanzen die erst nach Streithängigkeit eingetretene Tatsache des Abkommens des Klägers mit Wyler berücksichtigen dürfen, und zwar auch noch nach Erlass des bundesgerichtlichen Urteils vom 22. Dezember 1905, das die Streitfache zu neuer Beurteilung auf Grundlage des bundesgerichtlichen Urteils an die Vorinstanz zurückgewiesen hat. Allerdings war mit dieser Rückweisung der Vorinstanz eine bestimmte Direktive gegeben, in

welchem Sinne sie ihre Neuurteilung vorzunehmen hatte. Allein der Schwerpunkt dieser Direktive beruhte darauf, daß die frühere Auffassung der Vorinstanz (Untergang der Bürgschaft infolge Verminderung der Sicherheiten durch Prolongation der Wechsel) als unrichtig erklärt und die Abweisung der Klage aus diesem Grunde aufgehoben wurde. Das weitere Vorgehen der kantonalen Instanzen mußte sich, unter Zugrundelegung des Rückweisungsurteils, nach den Vorschriften des kantonalen Prozeßrechtes richten. Die Berücksichtigung der in Frage stehenden neuen Tatsache nun war jedenfalls durch das Rückweisungsurteil nicht ausgeschlossen; sie verstößt nicht gegen jenes Urteil, und das allein ist für das Bundesgericht maßgebend. Das Bundesgericht hat daher auf diesen Incidentpunkt ebenfalls einzutreten, und zwar ist es in Überprüfung des angefochtenen Urteils ebenfalls auf diesen Incidentpunkt beschränkt, während alle im Urteil des Bundesgerichtes vom 22. Dezember 1905 offen gelassenen Fragen auch heute noch offen zu lassen sind.

4. Bei Prüfung der aus dem Incident hergeleiteten Einreden der Beklagten ist in erster Linie festzustellen, ob, wie die Vorinstanz annimmt, in dem Abkommen des Klägers mit Wyler eine Novation der alten Schuld zu finden sei. In Betracht kommen kann von den Arten der Neuerung, die das Obligationenrecht kennt, nur die erste: die Eingehung einer neuen Schuld seitens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger in dem Sinne, daß dadurch die alte erlischt. Es erscheint nun aber nicht richtig, das Abkommen des Klägers mit Wyler als Aufhebung der alten (Darlehens-) Schuld und Begründung einer neuen Schuld zu bezeichnen. Zur Annahme des Novationswillens fehlt es vor allem am Interesse, das Gläubiger und Schuldner oder einer von beiden an der Aufhebung der alten Schuld und der Eingehung einer neuen gehabt hätten; es war kein Anlaß vorhanden, den Rechtsgrund der Forderung zu ändern; auch ist nicht eine Quittung für die alte Schuld ausgestellt worden. Es handelt sich bei jenem Abkommen um nichts anderes, als um einen teilweisen Schuldverlaß und um eine teilweise Stundung; die ursprüngliche Forderung sollte nicht aufgehoben und es sollte nicht eine neue an ihre Stelle gesetzt werden, sondern sie sollte nur

teilweise erlassen und gestundet werden; Erlaß und Stundung aber sind nicht Novation. Dabei hat das von Wyler ausgestellte Obligo nicht die Bedeutung der Eingehung einer neuen Schuld, sondern diejenige einer Hingabe an Zahlungsstatt für die alte Schuld.

5. Wäre nun Wyler der einzige Hauptschuldner, für den Spengler die Bürgschaft eingegangen, so könnten die Beklagten (an Stelle des ursprünglichen Bürgen) dem Kläger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden — vergl. Art. 501 und 505 OR — entgegensetzen, d. h. sie würden für die Hauptschuld nur noch in dem Umfange haften, in dem Wyler selber noch Schuldner ist. Allein da ja die Bürgschaft nicht bloß für Wyler, sondern auch für Egloff eingegangen ist, und Wyler und Egloff Solidarschuldner sind, sind mit dem Abkommen des Klägers mit Wyler die Beklagten nicht ohne weiteres frei geworden, sondern die Frage, ob sie frei geworden sind, hängt davon ab, ob die Entlassung des einen Solidarschuldners (Wyler) auch eine Befreiung des andern Solidarschuldners (Egloff) bewirkt hat. Diese, von der Vorinstanz ununtersucht gelassene Frage ist daher nimmehr, als für den Entscheid von Bedeutung (wie der Vertreter des Klägers richtig betont hat), zu untersuchen. Die Frage ist zu entscheiden an Hand des Art. 166 Abs. 2 OR, der lautet: „Wird ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers „befreit, so wirkt die Befreiung zu Gunsten der anderen nur so „weit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es „rechtfertigen.“ Danach ist die befreiende Wirkung der Befreiung des einen Solidarschuldners auf den andern als Ausnahme, die aus den Umständen oder der Natur der Verbindlichkeit hervorgehen muß, zu betrachten; es fragt sich daher, ob hier aus den Umständen oder der Natur der Verbindlichkeit eine Befreiung des Egloff zu folgern ist, und hiefür liegt die Beweislast den Beklagten ob. Die I. Instanz hatte dies bejaht, mit der Ausführung, Wyler habe in der „angeblichen Firma Egloff und Wyler“ die Hauptrolle gespielt; er habe die Firma nach außen vertreten und das Geschäft geleitet; auch erschiene es in hohem Grade unbillig, den Egloff, der hauptsächlich durch Schuld Wylers in das „schwindelhafte Treiben“ des letztern hineingerissen worden,

dabei um sein ganzes Vermögen gekommen sei und wegen drohender Strafflage die Heimat habe verlassen müssen, als weiter haftbar zu erklären, zumal, da mit keinem Worte ein Vorbehalt betreffend die Nachhaftung Egloffs gemacht worden sei. Allein diese Ausführungen vermögen die Annahme einer Befreiung des Egloff, worin doch ein Untergang der Rechte des Klägers liegt, in keiner Weise zu rechtfertigen. Daß die Natur der Verbindlichkeit — ein Darlehen an zwei (angebliche) Kollektivgesellschaften — die Befreiung des einen Schuldners durch Befreiung des andern nicht zu bewirken vermag, ist ohne weiteres klar; aber auch die von der I. Instanz angeführten Umstände sind keine solchen, die Art. 166 OR im Auge hat. Die Umstände sprechen gegenteils dagegen, daß der Kläger mit dem Teilerlaß gegenüber Wyler auch eine Befreiung des Egloff habe vornehmen wollen; denn der Erlaß ist nur mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Wyler, nicht mit Rücksicht auf die Forderung an sich erfolgt. Aber auch der Fall des Art. 168 Abs. 4 OR liegt nicht vor, da der Kläger durch das Abkommen mit Wyler dessen rechtliche Stellung nicht zum Schaden des Egloff besser gestellt hat. Denn da der Erlaß ein rein persönlicher ist, wirkt er nur im Verhältnis des Schuldners Wyler zum Gläubiger, dem Kläger, nicht aber im Verhältnis der Solidarschuldner unter sich, so daß die Regressforderung des Egloff gegen Wyler nicht geschmälert ist.

6. Es fragt sich nun aber, ob dieses Resultat nicht dadurch eine Änderung erleide, daß im Abkommen des Klägers mit Wyler ein außergerichtlicher Nachlaßvertrag liegt und die für den gerichtlichen Nachlaßvertrag in Art. 303 SchKG aufgestellten Bestimmungen über den Verlust der Rechte des Gläubigers gegenüber Wittschuldnern und Bürgen im außergerichtlichen Nachlaßvertrag analog zur Anwendung zu bringen seien, wie die Vorinstanz annimmt. Hierüber ist zu bemerken: Allerdings vertritt Hafner (in Anm. 2 zu Art. 501 OR, 2. Aufl.) die Ansicht, hinsichtlich des Erlöschens bzw. Weiterbestehens der Bürgschaft beim Nachlaßvertrag mit dem Hauptschuldner gelten die Bestimmungen des SchKG über den Zwangsnachlaßvertrag wohl auch für den freiwilligen Nachlaßvertrag, da kein Grund zu verschiedener Be-

Handlung bestehe. Dieser Ansicht kann nun aber nicht beigetreten werden. Denn Art. 303 SchRG ist an sich schon eine Bestimmung singulärer Natur, indem er den Verlust von Rechten gegen (solidarische) Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige an die Nichtmitteilung der Gläubigerversammlung und die Nichtanbietung der Abtretung der Forderung gegen den Nachlassschuldner seitens des dem Nachlassvertrag zustimmenden Gläubigers knüpft. Er ist aber auch in seinem ganzen Inhalte derart auf den Zwangsnachlassvertrag zugeschnitten, daß eine analoge Anwendung auf den freiwilligen Nachlassvertrag auch aus diesem Grunde ausgeschlossen sein muß. Die genannte Bestimmung will denn auch gewiß dem Art. 166 OR nicht derogieren; sie ist, als Ausnahmebestimmung, die streng nur auf den Zwangsnachlassvertrag zutrifft, nicht analog auf den freiwilligen Nachlassvertrag anzuwenden. Hinsichtlich des letztern bleiben vielmehr die Bestimmungen des gemeinen Rechts, also des OR, bestehen.

7. Wenn die Beklagten endlich für ihre Nichthaftbarkeit noch auf Art. 508 OR abstellen und die Vorinstanz ihnen hierin beistimmt, so ist hiegegen zunächst zu bemerken, daß es überhaupt zweifelhaft erscheint, ob für den Bürgen in der Tatsache, daß zwei solidarische Hauptschuldner bestehen, eine Sicherheit im Sinne dieser Gesetzesbestimmung liege. Wird das bejaht, so fragt es sich dann, ob in der Entlassung des einen Solidarschuldners eine Verminderung der Sicherheit des Bürgen liege: das muß nun aber aus dem in Erwägung 5 i. f. angeführten Grunde verneint werden, daß der Erlaßvertrag zwischen dem Kläger und Wyler nur im Verhältnis zwischen diesen Personen wirkt und von Wyler dem Bürgen nicht entgegengehalten werden kann. Aber auch wenn diese Auffassung nicht geteilt werden wollte, kann von einer Anwendbarkeit des Art. 508 OR keine Rede sein. Denn: Diese Bestimmung gewährt dem Bürgen einen Schadenersatzanspruch gegen den Gläubiger, den er allerdings im Wege der Einrede geltend machen kann (Hafner, 2. Aufl., Anm. 1 zu Art. 508). Der Bürge hat daher gemäß allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Eintritt eines Schadens zu beweisen, wobei dann dem Gläubiger der Beweis offen bleibt, daß die Verursachung des Schadens nicht auf sein Verschulden zurückzuführen ist (Hafner, a. a. O.

Anm. 5 a). Die Vorinstanz scheint diese Frage als zweifelhaft hinstellen zu wollen, indem sie ausführt, der Kläger hätte wohl bessere Bedingungen gegenüber Wyler erwirken können. Indessen müssen die von ihr angeführten Zweifelsgründe verstummen vor der Tatsache, daß beim Konkursausbruch laut Inventar den Aktiven im Betrage von 38,933 Fr. (wovon 32,000 Fr. in Liegenschaften) Passiven im Betrage von 62,743 Fr. 35 Cts. gegenüberstanden, und im Kollokationsplan gar pfandversicherte Forderungen für 103,033 Fr. und nicht pfandversicherte im Betrage von über 100,000 Fr. als anerkannt aufgenommen werden mußten. Daß ein derartiger Hauptschuldner für den Bürgen eine „Sicherheit“ gewesen und durch dessen Entlassung eine Verminderung einer „Sicherheit“ herbeigeführt worden sei, kann gewiß nicht mit Grund behauptet werden.

8. Keiner ausführlicheren Widerlegung bedarf schließlich der heute neu eingenommene Standpunkt der Beklagten, das Rechtsbegehren des Klägers könne schon deshalb nicht zugesprochen werden, weil der Konkurs über einen der Hauptschuldner (Wyler) aufgehoben sei. Damit bleibt die Frage des Bestehens und des Umfangs der Bürgschaft ja natürlich unberührt, wie die Ausführungen in Erw. 4—7 ergeben haben.

9. Da die Rechtsauffassung, auf Grund der die Vorinstanz die Klage wegen Erlöschens der Bürgschaft abgewiesen hat, sich nach den vorstehenden Ausführungen als rechtsirrtümlich erweist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben, und da die im früheren bundesgerichtlichen Urteil vorbehaltenen Einreden, die zum Teil endgültig vom kantonalen Richter zu entscheiden sind, von der Vorinstanz immer noch nicht beurteilt sind, ist die Sache neuerdings an die Vorinstanz zurückzuweisen. Über den Einfluß des heutigen grundsätzlichen Entscheides auf den Umfang der Bürgschaft ist an diesem Orte keine Ausführung zu machen, sondern der Entscheid darüber zunächst ebenfalls der Vorinstanz anheimzustellen, zumal da hierüber auch heute nicht verhandelt worden ist. Bemerkt werden mag nur, daß die Bürgschaft jedenfalls insoweit erloschen ist und erlöschen wird, als der Kläger von Wyler Zahlung erhalten hat oder noch erhalten wird.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird dahin als begründet erklärt, daß das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 28. November 1906 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung, im Sinne der Erwägungen, an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

18. Urteil vom 23. März 1907 in Sachen

Juzi und Genossen, Kl. u. Ber.-Kl., gegen A. Frangi & Cie.,

1. Bekl. u. Ber.-Kl. **Biser**, 2. Bekl. u. Ber.-Bekl.

1. Haft des Eigentümers eines Werkes, Art. 67 OR. — 2. Haft des Geschäftsherrn, Art. 62 OR. Was ist unter « Angestellter » und « Arbeiter » zu verstehen? Rechts- und Tatfrage.

A. Durch Urteil vom 27. April 1906 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der Klägerschaft sind ihre Rechtsbegehren gegenüber der Kollektivgesellschaft A. Frangi & Cie. zugesprochen und es ist demgemäß die letztere zur Bezahlung nachgenannter Entschädigungsbeträge verurteilt:

- a) an die Rechtsnachfolger der Frau Juzi 1700 Fr.,
- b) an die Emma Juzi 1112 Fr.,
- c) an die Marie Burri 575 Fr.,
- d) an Friedrich Burri 912 Fr.,
- e) an Bertha Nobs 487 Fr.,

nebst Zins zu 5 % von diesen Beträgen seit 9. Februar 1900.

2. Die Klägerschaft ist mit ihren Rechtsbegehren abgewiesen, soweit solche gegen Franz Biser gerichtet sind.

B. Gegen dieses Urteil haben rechtzeitig und formrichtig sowohl die Kläger als die Beklagten Frangi & Cie. die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Die Kläger stellen den Antrag: 1. (folgt Spezifikation betr. Erhöhung.)

3. Die Klagen seien gegenüber der Firma A. Frangi & Cie. und

gegenüber Franz Biser zuzusprechen und zwar unter solidarischer Haftbarkeit der Beklagten.

Die Beklagten Frangi & Cie. beantragen Abweisung der Klage, eventuell Reduktion der zugesprochenen Entschädigungen.

C. In der bundesgerichtlichen Verhandlung vom 19. Januar 1907 haben die Vertreter der Berufungskläger je Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung beantragt. Der Vertreter des Beklagten Biser hat Abweisung der klägerischen Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit der vorliegenden Klage werden der Beklagte Biser auf Grund von Art. 50 ff. und Art. 67 OR, die Beklagten Frangi & Cie. auf Grund von Art. 50 ff. und Art. 62 OR für den Schaden verantwortlich gemacht, welchen die Kläger dadurch erlitten haben, daß ihr Vater und Stiefvater Christian Juzi am 9. Februar 1900, als er an einem Neubau des Beklagten Biser arbeitete, durch einen vom III. Stock herabgefallenen Steinblock getötet wurde.

Der Unfall hat sich unter folgenden Umständen ereignet: Biser hatte die Kloakenarbeiten dem Baumeister Riefer (dem Arbeitgeber des Juzi) und die Stein- und Bildhauerarbeiten den Beklagten Frangi & Cie. übertragen. Er hatte den letztern die Benutzung des Baugerüsts gestattet und seinen Parlier angewiesen, an dem Gerüst diejenigen Änderungen vorzunehmen, die von den Stein- und Bildhauern etwa gewünscht werden würden. Die Beklagten Frangi & Cie. hatten ihrerseits die Bildhauerarbeiten einem gewissen Salvadé zum Pauschalpreise von 100 Fr. übertragen. Dieser arbeitete nun am III. Stock, zu einer Zeit, wo unten die Arbeiter des Riefer beschäftigt waren. Dabei entglitt ihm beim „Bosieren“ ein zirka 10 Kg. schwerer Steinblock, dessen Loslösung früher stattfand, als er erwartete. Der Block fiel zwischen den Gerüstladen und der Fassadenmauer hindurch in die Tiefe und traf den unten arbeitenden Juzi auf den Kopf. Juzi erlag seinen Verletzungen noch am gleichen Tage.

Seine Witwe starb im Verlaufe des Prozesses, den sie gemeinsam mit ihren Kindern (dem eigenen Kinde und drei Stiefkindern des Verunglückten) gegen die Beklagten angehoben hatte.