

45. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Juni 1952 i. S. Bauer und Orlando gegen Walliser Kantonalbank.

Art. 503 Abs. 1, 3 und 4, in Verbindung mit Art. 504 Abs. 1, Art. 507 Abs. 1 und 2 und Art. 497 Abs. 2 OR.

Die Pflicht des Gläubigers zur Herausgabe der Beweismittel besteht grundsätzlich auch bei teilweiser Befriedigung durch den, neben anderen haftenden, Bürgen. Den Gläubiger trifft aber keine eigentliche Anbieterspflicht. Die befreiende Wirkung für den die Herausgabe erfolglos verlangenden Bürgen tritt nur ein bei *ungerechtfertigter* Weigerung des Gläubigers. Auslegung dieser Bedingung. Deren Erfüllung im gegebenen Fall verneint.

Soweit nach Grundpfandverwertung die verspätete Herausgabe des Pfandausfallscheins die Fortführung der Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl (Art. 158 SchKG) verunmöglicht, liegt bloss eine Verminderung von Vorzugsrechten vor.

Art. 503 al. 1, 3 et 4 CO, combiné avec les art. 504 al. 1, 507 al. 1 et 2, et 497 al. 2.

Lorsque la dette est garantie par plusieurs personnes, le créancier est en principe tenu de remettre les preuves à la caution qui le désintéresse partiellement. Mais il n'a pas l'obligation de les lui offrir. La caution qui les réclame en vain n'est libérée que si le refus du créancier est *injustifié*. Interprétation de cette condition.

Si, après la réalisation du gage, la remise tardive du certificat d'insuffisance de gage empêche de continuer la poursuite sans un nouveau commandement de payer (art. 158 LP), les droits préférentiels du créancier sont simplement réduits.

Art. 503, cp. 1, 3 e 4 CO combinato con l'art. 504 cp. 1, 507 cp. 1 e 2, e 497 cp. 2.

Quando il debito è garantito da più persone, il creditore è in massima tenuto a rimettere le prove al fideiussore che lo disinteressa parzialmente; non ha però l'obbligo di offrirglielo. Il fideiussore che le domanda invano è liberato soltanto se il rifiuto del creditore è *ingiustificato*. Interpretazione di questa condizione.

Se, dopo la realizzazione del pegno, la rimessa tardiva dell'attestato d'insufficienza di pegno impedisce di proseguire l'esecuzione senza un nuovo precetto esecutivo (art. 158 LEF), i diritti preferenziali del creditore sono semplicemente ridotti.

Sachverhalt :

Die beklagte Walliser Kantonalbank gewährte dem Anton Amacker in Glis ein Hypothekendarlehen ersten Ranges von Fr. 18,000.— und einen Kontokorrentkredit von Fr. 12,000.—, welcher durch Grundpfand im zweiten Rang und ausserdem durch drei Bürgen sichergestellt

wurde. Die öffentliche Bürgschaftsurkunde (als « Zusatzakt für einen Konto-Korrentkredit mit Grundpfandbestellung ») datiert vom 18. Dezember 1946. Darin verpflichteten sich die Kläger Emil Anton Bauer und Hugo Orlando sowie die Witwe Marie Manz, solidarisch unter einander und mit dem Hauptschuldner, für den Kontokorrentkredit von Fr. 12,000.— samt Zinsen und Nebenforderungen bis zum Höchstbetrage von Fr. 14,400.— als Bürgen einzustehen.

Im November 1947 beehrte Bauer von der Gläubigerbank die Rechtsverfolgung gegenüber dem Hauptschuldner gemäss Art. 511 OR. Die Bank kam dem Ansuchen nach, kündigte ihr Darlehen und schritt, da Amacker die Schuld nicht bezahlte, zur Zwangsvollstreckung. Anlässlich der betreibungsamtlichen Grundpfandversteigerung vom 16. November 1948 erwarben Bauer und Orlando die Liegenschaft je zu hälftigem Miteigentum für Fr. 27,600.—. Damit war die erste Hypothek voll gedeckt, während beim verbürgten Kontokorrent ein Ausfall von Fr. 5028.30 entstand. Die Zahlung des Kaufpreises und zugleich die Vergütung des restlichen Guthabens an die Bank, ausgenommen den Zins seit 16. November 1948, erfolgten am 15. März 1949 im Wege der Verrechnung durch Gewährung eines Darlehens in entsprechender Höhe an die beiden Bürgen.

Mit Schreiben vom 7. Januar 1950, bestätigt am 30. Januar 1950, verlangten Bauer und Orlando von der Kantonalbank die « Herausgabe sämtlicher Papiere..., die ihre Zahlung dartun ». Darauf liessen sie zu einem Sühnevorstand vor dem Gemeinderichter von Sitten vorladen. In der Antwort vom 7. März 1950 erklärte die Kantonalbank u.a., sie habe den Pfandausfallschein vom Betreibungsamt noch nicht erhalten, und es müssten vorerst die auf Fr. 1 246.40 angelaufenen Zinsrückstände durch die Bürgen bezahlt werden. Das Betreibungsamt überreichte der Walliser Kantonalbank den Pfandausfallschein am 4. April 1950. Nach verschiedenen Weiterungen

offerierte die Bank am 11. Oktober 1950 den beiden Bürgen die Aushändigung des Dokumentes gegen Zahlung von Fr. 507,25 für ausstehende Zinsen. Als Bauer und Orlando darauf nicht eingingen, teilte ihnen die Bank am 3. November 1950 mit, dass sie ihr Konto mit Fr. 507.25 belaste, und stellte ihnen zugleich den Pfandausfallschein sowie den mit Rechtsabtretung versehenen Bürgschaftsakt zu. Jedoch wurde von den Bürgen die Annahme abgelehnt.

Im nachfolgenden Prozess gegen die Walliser Kantonalbank stellten Bauer und Orlando die Rechtsbegehren um Feststellung ihrer Befreiung von den Bürgschaftsverpflichtungen, um Rückzahlung des aus Bürgschaft Geleisteten und um Schadenersatz. Das Kantonsgericht des Kantons Wallis wies die Klage mit Urteil vom 20. Juni 1951 ab. Auf Berufung der Kläger hin bestätigt das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid.

Aus den Erwägungen :

5. — Das revidierte Bürgschaftsrecht auferlegt dem Gläubiger im Verhältnis zum Bürgen nicht eine umfassende allgemeine Sorgfaltspflicht, sondern eine Reihe besonderer Obliegenheiten, deren Gehalt und Tragweite im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzulegen sind. So bestimmt Art. 503 OR, dass der Gläubiger « dem Bürgen, der ihn befriedigt, die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden herauszugeben und die nötigen Aufschlüsse zu erteilen » hat (Abs. 3), mit der Rechtsfolge, dass bei ungerechtfertigter Weigerung des Gläubigers der Bürge frei wird, das Geleistete zurückfordern und Schadenersatz verlangen kann (Abs. 4). Die nämliche Vorschrift sieht vor (Abs. 1), dass eine Verminderung von Pfandrechten, sonstigen Sicherheiten oder Vorzugsrechten zum Nachteil des Bürgen durch den Gläubiger eine Verringerung der Haftung des Bürgen um einen der Verminderung entsprechenden Betrag nach sich zieht, « soweit nicht nachgewiesen wird, dass der Schaden weniger hoch ist ».

6. — Die Beweismittel um deren von den Klägern behauptete Vorenthaltung durch die Beklagte sich der Streit dreht, sind die Bürgschaftsurkunde vom 18. Dezember 1946 und der Pfandausfallschein vom 4. April 1950. Sie stellen zweifellos « dienliche Urkunden » zur Geltendmachung der Bürgenrechte im Sinne des Art. 503 Abs. 3 OR dar. Die dort umschriebene Herausgabepflicht des Gläubigers besteht gegenüber « dem Bürgen, der ihn befriedigt ». Von den Klägern wurde am 15. März 1949 die Hauptschuld samt Zins auf den Steigerungstag getilgt. Nicht inbegriffen war der Zins für die Zeit ab 16. November 1948 bis 15. März 1949. Zwar äussert sich die Vorinstanz nicht im besonderen zu diesem Einwand der Beklagten. Aber seine Richtigkeit ergibt sich aus den Akten, da nach den eingereichten Belegen die unter den Parteien vorgenommene Schuldenregelung der von der Beklagten bereits am 11. November 1948 mit Fr. 32,620.30 bezifferten Forderung per 16. November 1948 galt. Ob der ungedeckte Zinsanspruch der Beklagten Fr. 1246.40 betrug, wie im Schreiben vom 7. März 1950 angegeben, oder nur Fr. 507.25, wie später den Klägern belastet, braucht nicht geklärt zu werden. Wesentlich ist, dass er bestand, weil alsdann der Gläubiger nicht voll befriedigt war. Das beeinflusst die Verpflichtung zur Herausgabe der Beweismittel.

Gemäss Art. 507 Abs. 1 OR gehen auf den Bürgen « in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über ». Wo Pfandrechte haften und infolge bloss teilweiser Zahlung nur zum Teil auf den Bürgen übergehen, gibt Art. 507 Abs. 2 OR dem Gläubiger für den verbleibenden Teil den Vorrang. An sich kann in solchem Falle dem Gläubiger nicht verwehrt werden, dass er die zur Durchsetzung seiner Restforderung geeigneten Urkunden bis zur gänzlichen Befriedigung behalte. Daneben ist aber zu beachten, dass laut Art. 504 Abs. 1 OR der Bürgschaftsgläubiger bei Haftung mehrerer Bürgen, abweichend von der allgemeinen Ordnung in Art. 69 OR, auch eine Teilzahlung entgegenzunehmen hat, wenn sie

mindestens so gross ist wie der Kopfanteil des einzelnen Bürgen. Für derartige Teilleistung muss dem Bürgen der Rückgriff auf den Hauptschuldner gemäss Art. 507 OR oder auf den Mitbürgen gemäss Art. 497 Abs. 2 OR ermöglicht werden. Er hat daher grundsätzlich Anrecht auf Herausgabe der Beweismittel und Sicherheiten, die für den erlegten Teil der Schuld bestehen, allenfalls auf Teilabtretung oder wenigstens auf beglaubigte Urkundenabschrift (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, zu Art. 503 OR N. 34). In diesem Sinne war auch die Beklagte, ungeachtet ihres offenen Zinsanspruches, vom 15. März 1949 hinweg den Klägern verpflichtet.

7. — Die Herausgabe der Beweismittel und Urkunden durch den Gläubiger hat, ohne andere Abrede, Zug um Zug mit der Zahlung des Bürgen zu geschehen (BGE 64 II 27). Immerhin ist es Sache des Bürgen, ob er seine Rückgriffrechte wahrnehmen will. Er muss darum die Unterlagen verlangen, wenn er ihrer bedarf, was auch daraus erhellt, dass nach dem Gesetz seine Befreiung nur bei « Weigerung » des Gläubigers eintritt. Eine eigentliche Anbietungspflicht trifft den Gläubiger nicht. Es genügt, dass er sich auf Begehren des zahlenden Bürgen hin zur Herausgabe bereit findet.

Von den Klägern wurden am 7. Januar 1950 « sämtliche Unterlagen » zur Vorkehr der « nötigen Schritte » angefordert. Entsprochen hat ihnen die Beklagte erst am 3. November 1950, bei gleichzeitiger Zinserhebung durch Kontobelastung. Zu prüfen ist, ob in ihrem Verhalten eine « ungerechtfertigte Weigerung » liege.

a) Dass nach dem neuen Recht nicht jegliche, sondern allein die ungerechtfertigte Herausgabeverweigerung des Bürgschaftsgläubigers den Bürgen zu befreien vermag, geht zurück auf Anregungen, welche VON TUHR (SJZ 19 S. 249) und STAUFFER (ZSR n. F. 54 S. 98a) zu Art. 510 aOR, allerdings vornehmlich zur dortigen Ordnung des Annahmeverzugs des Gläubigers, machten. Der revidierte Art. 503 OR hat aus Art. 510 aOR die Rechtsfolge über-

nommen, dass der Bürge frei wird, wenn der Gläubiger die Übertragung der Sicherheiten verweigert, sie aber ausgedehnt auf die Verweigerung der Herausgabe von Beweismitteln oder der Erteilung von Aufschlüssen. Aus den Materialien ergibt sich, dass man durch Einfügung des Wortes « ungerechtfertigterweise » der inhaltlich erweiterten Vorschrift « die Schärfe nehmen », sie dem Art. 91 OR angleichen und dem Richter für seine Entscheidung Ermessensfreiheit belassen wollte (vgl. Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung 1937 Art. 502 und 503 mit zugehöriger Erläuterung S. 56; Zusammenfassung der Eingaben zum Vorentwurf der Justizabteilung unter Art. 503; Vorentwurf zu Händen der Expertenkommission vom 11. März 1939 Art. 503 und 504; Protokoll über die Verhandlungen der Expertenkommission vom April 1939 S. 36ff; Botschaft des Bundesrates vom 20. Dezember 1939 S. 50/51).

Weiter ist hervorzuheben, dass für Beweismittel der Gläubiger nach Art. 509 aOR lediglich dann, wenn er sich ihrer entäusserte, dem Bürgen haftbar wurde. Damit war der Kern der Verantwortlichkeit des Gläubigers getroffen. Denn wichtig ist vor allem die Erhaltung der Beweismittel, während ihre Herausgabe bei Ausübung des Bürgenregresses mit prozessualen Mitteln (z. B. durch Edition) erreicht werden kann. Im revidierten Art. 503 OR ist die Entäusserung von Beweismitteln durch den Gläubiger mit befreiender Wirkung für den Bürgen verknüpft, aber nur wenn sie « böswillig oder grobfahrlässig » geschieht. Es besteht kein sachlicher Grund, den Tatbestand der Herausgabeverweigerung strenger zu beurteilen als denjenigen der Entäusserung. Die Auffassung, dass die Herausgabeverweigerung « in jedem Falle eine Verletzung der dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen obliegenden Treuepflicht » bedeute, jedoch der Verlust oder die Verminderung der Sicherheiten « nicht notwendigerweise auf einem Treubruch » beruhe, sondern « die Folge einer blossen Fahrlässigkeit des Gläubigers sein » könne (BGE 64 II 27/28), liess sich zur Not auf die unterschiedliche Sanktion

in den Art. 509 und 510 aOR stützen, hält aber vor dem geltenden Art. 503 OR nicht stand, ganz abgesehen davon, dass sich die Tatbestände der genannten Gesetzesartikel (des aOR und des revOR) nicht völlig decken.

b) Am 7. Januar 1950, als die Kläger ihr erstes Herausgabebegehren stellten, und auch am 30. Januar 1950, als sie es wiederholten, war die Beklagte noch nicht im Besitz des Pfandausfallscheines. Sie hat vermutlich deswegen zwar während etwa zwei Monaten nicht reagiert, dann aber weder in ihrer Antwort vom 7. März 1950 noch später die Herausgabe der Beweismittel geradezu verweigert, sondern nur die vorgängige Erfüllung der Zinsverpflichtungen der Kläger zur Bedingung gemacht. An dieser Stellungnahme hielt sie fest, nachdem sie den Pfandausfallschein unterm 4. April 1950 erhalten hatte. Schliesslich händigte sie die Urkunden aus gegen Belastung des Kontos der Kläger. Gewiss hätte sie das schon früher tun oder Abschriften überreichen können. Indessen ist zu sagen, dass die Kläger ihrerseits eine solche Lösung erschwerten, indem sie jede Schuld bestritten, fortgesetzte Vorwürfe wegen Verletzung der Gläubigerpflichten erhoben, Befreiung aus ihrer Bürgenstellung in Anspruch nahmen und sich selber als Gläubiger der Bank bezeichneten. Hinzu kommt, dass die Beklagte nach der ganzen Sachlage damit rechnen durfte, die Kläger würden die Angelegenheit ohnehin fallen lassen. Denn beim Hauptschuldner war längst nichts mehr zu holen, wurden doch in der Zeit vom 8. Juli 1949 bis 19. Mai 1950 gegen ihn nicht weniger als vier Verlustscheine ausgestellt, darunter zwei für kleine Beträge von ca. Fr. 50.—. Und hinsichtlich der Mitbürgin fehlt in den Akten jeder Anhalt dafür, dass ein Vorgehen gegen sie irgendwelche Aussicht auf Erfolg geboten hätte. Hängt auch die Herausgabepflicht des Gläubigers nicht davon ab, ob und welchen Nutzen der Bürge aus den Beweismitteln ziehen könne, so ist doch die offensichtliche Uneinbringlichkeit der Rückgriffsforderung in Verbindung mit den anderen Umständen geeignet,

die Handlungsweise der Beklagten einigermaßen zu rechtfertigen; dies umso mehr, als die schwankende und anmassende Haltung der Kläger den Verdacht aufkommen lässt, sie seien darauf ausgegangen, durch ihre Verhandlungsweise einen Befreiungsgrund zu schaffen.

8. — Soweit die verspätete Aushändigung des Pfandausfallscheines die Fortführung der Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl nach Art. 158 SchKG verunmöglichte, trat bloss eine Minderung von Vorzugsrechten gemäss Art. 503 Abs. 1 OR ein. Sie ist wohl von der Beklagten zu vertreten. Jedoch scheidet in diesem Punkte die Klage daran, dass laut verbindlicher Feststellung der Vorinstanz kein Schaden entstand.

46. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour civile du 4 mars 1952 dans la cause Froidevaux contre Banque populaire suisse.

Art. 48 al. 3 OJ. Le recours en réforme dirigé contre la décision finale se rapporte aussi aux décisions incidentes qui l'ont précédée et qui auraient pu être déférées au Tribunal fédéral séparément du fond conformément à l'art. 50 OJ.

Art. 250 al. 2 LP. Qualité du créancier colloqué pour attaquer la collocation d'un autre créancier.

Perte de cette qualité par la cession de la créance colloquée (consid. 2).

Portée du mandat donné par le cessionnaire au cédant de soutenir le procès de collocation? Réserve du droit d'action (Klagerecht)? Réserve du droit accessoire d'attaquer la collocation? (consid. 3).

Art. 884 al. 2 CC, 684 sv. CO. Validité d'un droit de gage constitué sur des actions nominatives dites liées, qui n'étaient pas la propriété du constituant et qui ont été remises au créancier gagiste de bonne foi, munies d'un endossement en blanc (consid. 6).

Art. 48 Abs. 3 OG. Die Berufung gegen das Endurteil bezieht sich auch auf die ihm vorausgegangenen Zwischenentscheide, die gemäss Art. 50 OG selbständig an das Bundesgericht hätten weitergezogen werden können (Erw. 1).

Art. 250 Abs. 2 SchKG. Legitimation des kollozierten Gläubigers zur Anfechtung der Kollokation eines andern Gläubigers. Wegfall dieser Legitimation infolge Abtretung der kollozierten Forderung (Erw. 2).

Tragweite des vom Zessionar dem Zedenten erteilten Auftrags zur Durchführung des Kollokationsprozesses? Vorbehalt des Klagerechts? Vorbehalt des Rechts zur Kollokationsanfechtung? (Erw. 3).