

instanz fest, daß der Beklagten auf Grund des kantonalen öffentlichen Rechts in der That die Befugnis zur Durchführung derartiger Korrekturen unter Inanspruchnahme von Privatreden dritter zustehe. Ist dies aber der Fall, so genügt die Thatsache, daß durch die Korrektur in die Privatreden des Klägers eingegriffen worden ist, nicht, um der Durchführung derselben den Charakter einer widerrechtlichen Handlung beizulegen. Von einer Widerrechtlichkeit könnte vielmehr nur gesprochen werden, sofern die Beklagte sich dabei nicht innerhalb der durch das öffentliche Recht gezogenen Schranken gehalten, z. B. eine etwa erforderliche obrigkeitliche Bewilligung nicht eingeholt hätte, oder sich bei der Ausführung Schädigungen des Klägers hätte zu schulden kommen lassen, die unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätten vermieden werden können. Nach dieser Richtung hin ist jedoch gegen die Beklagte nichts vorgebracht worden. Der Kläger hat weder behauptet noch bewiesen, daß von der Beklagten bei der Korrektur unnötige Maßnahmen getroffen worden seien, die eine schädigende Wirkung bezüglich der klägerischen Liegenschaft ausübten, oder daß sie Maßregeln unterlassen habe, die zur Verhütung von Schaden geboten gewesen wären. Hieraus folgt, daß die Schädigungen, die der Kläger durch die fragliche Korrektur erlitten hat, nicht auf eine widerrechtliche Handlung der Beklagten zurückzuführen sind, und es kann sich daher dessen Entschädigungsanspruch nicht auf Art. 50 D.-R., sondern nur darauf gründen, daß nach dem maßgebenden kantonalen Recht derartige Eingriffe in die Privatrechtsverhältnisse dritter nicht unbedingt, sondern nur gegen Schadloshaltung gestattet sind. Inwieweit die Entschädigungsforderung des Klägers aus diesem letztern Gesichtspunkt begründet sei, hat die Vorinstanz auf Grund des st. gallischen Dienstbarkeitsgesetzes untersucht, und zur Überprüfung dieses Entscheides ist das Bundesgericht, da es sich hier ausschließlich um die Anwendung kantonalen Rechts handelt, nicht kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers sowohl als die Anschlußberufung der Beklagten werden als unbegründet abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen in allen Teilen bestätigt.

107. Urteil vom 14. Mai 1897 in Sachen
Picard gegen Schweizerische Unionbank in St. Gallen.

A. Durch Urteil vom 2. März 1897 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt: Die klägerische Forderung ist im Betrage von 35,680 Fr. 15 Cts. sammt Zinsen zu 5% ab 1. November 1896 geschützt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei die klägerische Forderung auf den Betrag von 18,779 Fr. 60 Cts., Wert 31. Oktober 1896, eventuell auf eine andere geringere Summe als die gutgesprochene zu reduzieren. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt des Beklagten diesen Antrag. Der Anwalt der Klägerin beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. S. W. Bernheim, Inhaber eines Konfektionsgeschäftes in Zürich, fragte am 3. August 1891 die Klägerin an, ob und zu welchen Konditionen sie ihm gegen Bürgschaft der Herren Marx H. Bernheim in Thingen, (welcher nach dem angefochtenen Urteile der Onkel des S. W. Bernheim sein soll, zugleich aber nach den Akten auch der Schwiegervater des Beklagten ist, der seinerseits auch als Schwager des Hauptschuldners bezeichnet ist), S. H. Bernheim, Vorsteher und Stadtrat in Thingen (nach dem Urteil der Vater des S. W. Bernheim) und Simon J. Picard in Wangen (nach dem Urteil der Schwager des S. W. Bernheim) einen Kontokorrentkredit von 25,000 Fr. bewilligen würde, worauf die Klägerin ihm ihre Bedingungen mitteilte. S. W. Bernheim ließ die drei genannten Personen als Bürgen und Selbstzahler den von der Klägerin ihm zugestellten gedruckten Bürgschein, lautend auf 25,000 Fr., unterzeichnen, und handigte denselben der Klägerin ein. Im Frühjahr 1892 stellte S. W. Bernheim bei der Klägerin das Gesuch um Erhöhung des Kredits auf 35,000 Fr., worauf die Klägerin am 18. Mai gleichen Jahres demselben schrieb: „Der Einfachheit und der richtigen Form wegen übermachen wir Ihnen hiemit ein neues Bürg-

schaftsformular für 35,000 Fr., das Sie durch die gleichen frühern Bürgen Marx Bernheim, S. H. Bernheim in Chiengen, sowie Simon Picard in Wangen unterzeichnen lassen wollen, wobei jede Unterschrift amtlich zu legalisieren ist. Gegen Rückgabe dieses Bürgscheins folgt der alte Schein, auf 25,000 Fr. ausgestellt, alsdann zurück. Am 27. Mai gl. J. übermachte S. W. Bernheim der Klägerin den betreffenden, von den drei Bürgen unterzeichneten Bürgschein wieder, welcher folgendermaßen lautet: „Die Endsunterzeichneten erklären sich hiemit als solidarische Bürgen und Selbstzahler für Kontokorrent- und andere Kredite, welche die Schweiz. Unionbank in St. Gallen der Firma S. W. Bernheim in Zürich gewährt hat oder gewähren wird, und zwar in dem Sinne, daß wenn die Schweiz. Unionbank bei genannter Firma zu Verlust kommen sollte, die Unterzeichneten sich verpflichten, bis zum Betrage von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten zu haften u. s. w.“ Dabei wählten die Bürgen den Gerichtsstand in St. Gallen. Dieser neue Bürgschein ist unterzeichnet von Simon Picard und Marx Bernheim als Bürgen, und von S. H. Bernheim „als Überbürgen für die zwei Hauptbürgen.“ Am 28. Mai erhielt S. W. Bernheim den frühern Bürgschein zurück. Im April 1893 suchte S. W. Bernheim um Bewilligung einer weiteren Krediterhöhung nach, welche ihm im Betrage von 15,000 Fr. gewährt wurde, wogegen derselbe 2 Hypothekartitel im Nominalwert von zusammen 8410 Fr. 35 Cts. als Deckung gab, die ihm später in diesem Nominalwerte gutgeschrieben wurden. Bei den Akten findet sich hierüber nur ein Brief der Klägerin vom 20. April 1893 an S. W. Bernheim, worin lediglich gesagt ist: „Unter Bezugnahme auf unsere jüngste mündliche Besprechung teilen wir Ihnen mit, daß wir bereit sind, Ihnen einen Blankokredit von 15,000 Fr. auszugeben.“ Am 15. April 1893 übermachte die Klägerin dem Beklagten auf dessen Verlangen eine „Kopie des fraglichen Bürgscheins,“ welche jedoch dem Original insoweit nicht entsprach, als unter dem Text des Bürgscheins einfach die Namen Simon Picard, Marx Bernheim und S. H. Bernheim aufgeführt wurden, ohne die amtlichen Beglaubigungen und ohne die über der Unterschrift des S. H. Bernheim im Original enthaltenen Worte: „als Über-

bürge für die 2 Hauptbürgen.“ Auf bezügliche Anfrage vom 28. April 1896 teilte die Klägerin dem Beklagten am folgenden Tage mit, daß der fragliche Bürgschein voll und ganz engagiert sei, und auf eine telephonische Anfrage vom 17. Juni 1896 an Direktor Brettauer schrieb die Klägerin dem Beklagten am gleichen Tage, sie teile ihm, nachdem sie von dem betreffenden Bürgschein Einsicht genommen habe, mit, daß er und Marx Bernheim Bürgen seien, und S. H. Bernheim als Überbürgen hafte. Auf diese Eröffnung scheint der Beklagte nach den Akten keine Antwort gegeben zu haben. Am 28. Juni 1896 kündete die Klägerin dem S. W. Bernheim den Kredit, da derselbe absolut keinen Umsatz aufweise, und gab hievon am 26. August 1896 sowohl dem Marx Bernheim als dem Beklagten Kenntnis mit dem Bemerkten, daß er als Bürge und Selbstzahler hafte für den Betrag von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten. Der Beklagte antwortete am 3. September, er und Marx Bernheim seien bereit, den betreffenden Teil mit je einem Drittel der genannten Summe zu leisten, dagegen fühlen sie sich nicht verpflichtet, den weitem Drittel, der auf den dritten Bürgen falle, zu bezahlen. Am 31. Oktober, resp. 5. November 1896, erhob darauf die Klägerin beim Bezirksgericht St. Gallen gegen Picard Klage, indem sie das Rechtsbegehren stellte, es sei gerichtlich zu erkennen, Beklagter habe in seiner Eigenschaft als Bürg- und Selbstzahler von S. W. Bernheim in Zürich, gemäß Bürgschein vom 25. Mai 1892 der Klägerin 40,242 Fr. sammt Verzugszins zu 5 % vom 1. November 1896 an zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge; in einem Anhang ist jedoch bemerkt, daß die Klägerin (vor zweiter Instanz) freiwillig die Forderung auf 35,680 Fr. 15 Cts. reduziere, zuzüglich des erwähnten Zinses. Der Beklagte anerkannte 18,779 Fr. 60 Cts. zu schulden, bestritt dagegen die Mehrforderung, indem er geltend machte: Der eingetretene Gesamtschaden von 40,202 Fr. verteile sich pro rata auf den verbürgten Kredit und auf den nicht verbürgten Kredit von 15,000 Fr. Sonach entfallen auf die verbürgten 35,000 Fr. nur 28,169 Fr. 40 Cts. Hievon gehen ab wegen Entlassung eines Drittbürgen $\frac{1}{3}$ mit 9389 Fr. 80 Cts., die zwei übrigen Drittel betragen 18,779 Fr. 60 Cts. Der Bürg-

schaftschein vom August 1891 sei von drei solidarisch haftenden Bürgen unterzeichnet gewesen. Im Mai 1892 habe es sich nur um die Erhöhung der Bürgschaftsverpflichtung um 10,000 Fr. gehandelt, wodurch keine Novation eingetreten sei. Klägerin habe durch Annahme des neuen Bürgscheines, durch welchen der eine Bürge entlastet worden sei, ohne bezügliche Kenntnizgabe und Verständigung an die beiden andern Mitbürgen sich diesem gegenüber gemäß Art. 168 und 504 O.-R. verantwortlich gemacht, da ihnen hiedurch ein Regreß verunmöglicht worden, und sie jedenfalls zu einer Erhöhung des Kredites ihre Einwilligung verweigert hätten. Demnach sei die Klägerin für den Drittel des entlassenen Bürgen an sich selbst zu verweisen. Im schlimmsten Falle wäre dies hinsichtlich der 25,000 Fr. der Fall. In der Ausföhlung einer unrichtig auf drei gleichhaftende Bürgen lautenden Bürgscheinskopie liege unter allen Umständen ein Verschulden der Klägerin, durch welches der Beklagte verhindert worden sei, den damals noch solventen Schuldner zur Deckung zu veranlassen, oder die Bürgschaft im beklaglichen Sinne zu regulieren oder zu kündigen. Seither sei der Hauptschuldner gezwungen worden, einen Nachlaßvorschlag von 30 % zu machen. Der daherige Schaden würde daher mindestens ein Drittel der klägerischen Ansprüche ausmachen. Die Klägerin führte dagegen aus: Maßgebend sei der Bürgschein vom 25./27. Mai 1892 und es sei durchaus gleichgültig, wie der frühere Bürgschein gelautet habe. Für das Nichtvorhandensein eines Regreßes gegen S. H. Bernheim sei die Klägerin nicht verantwortlich, weil weder eine ausdrückliche Verabredung zwischen dem Beklagten und der Klägerin dahin bestehe, daß Beklagter nur bei der Mitverpflichtung des S. H. Bernheim haften wolle, noch diese Bedingung stillschweigend festgestellt sei. Ferner sei das frühere Schuldverhältnis noviert worden, indem durch jede Übertragung des Saldos auf neue Rechnung ohne weiteres eine Novation der alten Schuld eintrete. Immerhin sei die Bürgschaft selbst durch diese Novation nicht untergegangen, weil sie eine Kreditbürgschaft, und also für jede künftig in Kontokorrent entstehende Schuld eingegangen worden sei. Die Klägerin sei auch nicht für die irrtümliche Ausstellung der Abschrift des Bürgscheins

verantwortlich, denn dadurch sei an der Verbindlichkeit der Bürgschaftsverpflichtung nichts geändert worden. Eine proportionelle Schadensverteilung auf den gedeckten und ungedeckten Kredit sei bei der Einheitlichkeit des Kontokorrentgeschäftes und dem Wortlaut des Bürgscheins ausgeschlossen.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist gegeben. Beide Parteien haben sich auf Bestimmungen des eidg. O.-R. berufen und damit anerkannt, daß der Rechtsstreit nach eidgen. Rechte zu beurteilen sei. Allein auch abgesehen hievon käme in casu das eidgenössische Recht zur Anwendung. Daß bezüglich der Hauptobligation zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner kein anderes als das eidgenössische Recht maßgebend sein kann, ergibt sich daraus, daß nicht nur beide Parteien in der Schweiz wohnen, sondern auch der Vertrag in der Schweiz abgeschlossen und zu erfüllen ist. Dagegen haben allerdings die sämtlichen Bürgen schon zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages im Ausland gewohnt. Indem sie jedoch nach dem Bürgschaftsvertrage für alle Anstände aus dem Bürgschaftsverhältnis den Gerichtsstand von St. Gallen als ausschließlich verbindlich wählten, haben sie anerkannt, daß sie das Bürgschaftsverhältnis im ganzen Umfange dem schweizerischen Rechte unterstellen wollten.

3. In der Hauptsache fragt es sich zunächst, ob die an sich zahlenmäßig anerkannte Forderung der Klägerin in dem vor zweiter Instanz noch geltend gemachten Betrage von 35,680 Fr. 15 Cts. deshalb eine Reduktion erleiden müsse, weil darin auch Vorschüsse enthalten seien, welche dem S. M. Bernheim auf den Blankokredit hin gemacht worden seien. Dies ist jedoch aus folgenden Gründen zu verneinen. Vorerst ist es unrichtig, wenn der Beklagte bei seiner Ausscheidung die ursprünglich geforderte Summe von 40,262 Fr. zu Grunde legt; denn die Vorinstanz stellt fest, daß die beiden Hypothekartitel, welche dem Hauptschuldner in den klägerischen Buchauszügen gutgeschrieben worden sind, ausschließlich zur Deckung des Blankokredites gegeben worden seien, und es findet sich für eine gegenteilige Annahme in den Akten kein Anhaltspunkt. Ist dies aber richtig, so müssen die beiden Gutschriften von zusammen 8410 Fr. 35 Cts. an den,

dem Hauptschuldner auf den Blankokredit hin gemachten Vorschüssen angerechnet, und darf der nach Abzug derselben bleibende Rest nicht pro rata auf die Kredite von 15,000 Fr. und 35,000 Fr., sondern nur auf den von dem Blankokredit von 15,000 Fr. verbleibenden Rest von 6589 Fr. 65 Cts. einerseits und den verbürgten Kredit von 35,000 Fr. anderseits verteilt werden, was für den letztern Kredit per Ende Juni 1896 (die nachher erlaufenden Zinsen und Kosten außer Betracht gelassen) eine Summe von 33,565 Fr., statt, wie der Beklagte angenommen hat, von 28,169 Fr. 40 Cts. ergeben würde. Allein auch nur der Abzug von 1435 Fr. würde sich nicht rechtfertigen. Denn es besteht nach den Akten kein Zweifel, daß der Blankokredit von 15,000 Fr. zwischen den Parteien nur als ungedeckte Erhöhung des vom Beklagten verbürgten Kredites von 35,000 Fr. verstanden war, so daß derselbe nur insofern vom Kreditnehmer benutzt und vom Kreditgeber gewährt werden sollte, als der verbürgte Kredit erschöpft war. Dafür spricht einerseits der Umstand, daß es nicht verständlich ist, wie die Klägerin dazu gekommen sein sollte, neben dem gedeckten Kredit, so lange derselbe nicht erschöpft war, dem S. M. Bernheim ungedeckte Vorschüsse zu gewähren, und anderseits entscheidend die von der Vorinstanz festgestellte Thatfache, daß eine besondere Buchung des Blankokredites bei der Klägerin nicht stattgefunden hat, sondern für beide Kredite nur eine einzige, einheitliche, und daß der Hauptschuldner nach Erhalt der halbjährlichen Rechnungsabschlüsse niemals Einsprache erhoben hat. Demnach haftet aber der Beklagte gemäß dem Inhalt des Bürgscheins vom 25./27. Mai 1892 bis auf den Betrag von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten, und kann nur der überschießende Betrag der Forderung der Klägerin als auf dem Blankokredit gewährt betrachtet werden. Unerheblich ist dabei, wie hoch die Schuld des S. M. Bernheim bei den einzelnen Rechnungsabschlüssen gewesen sei. Denn die Klägerin war gemäß Art. 100 D.-R. berechtigt, alle Zahlungen vorerst auf den unversicherten Teil ihrer Forderung anzurechnen, und es haftete daher der Beklagte, da die Bürgschaft für alle Forderungen aus dem Kontokorrentverhältnis bis auf den Betrag von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten geleistet worden

ist, für den jeweiligen Saldo, soweit derselbe die verbürgte Summe nicht überstieg. Für die Verpflichtung der Bürgen gegenüber der Klägerin ist es vollständig gleichgültig, ob der verbürgte Kredit von den Parteien ohne bezügliche Verpflichtung seitens der Klägerin überschritten worden sei oder nicht.

4. Aus zutreffenden Gründen hat die Vorinstanz auch die Einrede des Beklagten verworfen, daß er nur für zwei Drittel der verbürgten Summe hafte, weil entgegen der frühern Bürgschaftsverpflichtung S. H. Bernheim nicht mehr als solidarischer Mitbürge, sondern nur noch als Überbürge, d. h. als Nachbürge sich verpflichtet habe. Diese Einrede könnte nur gutgeheißen werden, wenn entweder der Beklagte vor Abschluß des neuen Bürgschaftsvertrages der Klägerin seinen Willen, daß er auch in Zukunft nur in gleicher Weise wie die beiden übrigen Bürgen haften wolle, deutlich zu erkennen gegeben, oder die Klägerin demselben zugesichert hätte, daß sie die Krediterhöhung nur gegen die Solidarbürgschaft aller drei bisherigen Bürgen bewilligen werde, oder endlich wenn der Beklagte vom Hauptschuldner oder von S. H. Bernheim getäuscht worden, und diese Täuschung der Klägerin bekannt gewesen wäre, oder doch hätte bekannt sein müssen. Keiner dieser Fälle liegt jedoch in casu vor. Direkte Unterhandlungen zwischen der Klägerin und den Bürgen sind nach der mit dem Inhalt der Akten übereinstimmenden Feststellung der Vorinstanz dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages nicht vorausgegangen; vielmehr hat die Klägerin einfach dem Hauptschuldner das Bürgschaftsformular übermacht, und ihm die Einholung der Unterschriften der Bürgen anheimgestellt. Ebenso steht fest, daß der unterschriebene Bürgschein der Klägerin vom Hauptschuldner zugestellt worden ist, und dieser dafür den alten Bürgschein zurück erhalten hat. Die Vorinstanz stellt sogar fest, es sei weder bewiesen, noch auch nur behauptet worden, daß der Hauptschuldner den Bürgen den Brief der Klägerin vom 18. Mai 1892, mit welchem sie dem Hauptschuldner das neue Bürgschaftsformular übermachte, mitgeteilt habe, oder daß eine solche Mitteilung an die Bürgen direkt seitens der Klägerin erfolgt sei. Übrigens enthält jener Brief nicht die Erklärung der Klägerin, daß sie die Erhöhung des Kredites auf 35,000 Fr. nur unter der Bedingung bewillige,

daß alle drei genannten Personen sich als solidare Mitbürgen verpflichten und eine andere Vereinbarung der Bürgen mit dem Hauptschuldner nicht berücksichtigt, sondern ohne weiteres zurückgewiesen werde. Es ist also der Vorinstanz darin beizustimmen, daß eine Erklärung resp. Zusicherung der Klägerin gegenüber den Bürgen, speziell gegenüber dem Beklagten nicht vorlag, wonach sie (mit Ausschluß jeder anderweitigen Vereinbarung zwischen Schuldner und Bürgen, resp. der Bürgen unter sich) nur einen Bürgschein annehmen werde, welcher von allen 3 bisherigen Bürgen in gleicher Weise, wie der frühere, unterzeichnet sei, sondern daß der Klägerin nur gegenüber dem Hauptschuldner selbst das Recht zustand, eine solche Bürgschaft zu verlangen, von welchem Rechte sie Gebrauch machen konnte oder nicht. Eine solche Zusicherung kann insbesondere auch nicht in der Form des Bürgschaftsformulars, welches im Texte, ohne einer Nachbürgschaft zu erwähnen, lediglich von solidarisch haftenden Bürgen und Selbstzahlern spricht, und dem Umstande erblickt werden, daß die Bürgen sich früher für den Kredit von 25,000 Fr. sämtlich als solidare Mitbürgen verpflichtet hatten. Eine solche Annahme ließe sich nur etwa dann rechtfertigen, wenn schon der Text des Bürgscheins die Personen der Bürgen bezeichnet, und sie sämtlich als Solidarbürgen aufgeführt, oder wenigstens die Zahl der Solidarbürgen mit drei angegeben hätte, was jedoch nicht der Fall war. Der Form des Bürgscheins war offenbar Genüge geleistet, wenn auch nur zwei Personen sich als Solidarbürgen unterzeichneten. Allerdings ging die Klägerin, als sie dem Hauptschuldner den Bürgschein zur Besorgung der Unterschriften zusandte, unbestritten tatsächlich von der Annahme aus, daß die bisherigen drei Bürgen den neuen Bürgschein in gleicher Weise, wie den früheren, unterzeichnen werden; allein darin lag keine Zusicherung an die Bürgen in dem vom Beklagten geltend gemachten Sinne. Ganz unerheblich ist hierbei, ob das Schulverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger am 30. Juni 1892, wie die Vorinstanz annimmt, durch Vortragung des Saldos auf neue Rechnung noviert worden sei, oder nicht. Denn darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit, und konnte auch angesichts des klaren Wortlautes der Bürgschaftsverpflichtung vom 25./27. Mai 1892 kein Zweifel

bestehen, daß dieselbe sich auch auf den früher von der Klägerin dem S. W. Bernheim gewährten Kredit von 25,000 Fr. beziehen, die frühere Bürgschaftsverpflichtung mit der Ausstellung und Behändigung des neuen Bürgschafts Scheines an die Klägerin dahinsinken, und der letztere für die Zukunft allein maßgebend sein solle. Darin ist allerdings in casu gemäß Art. 142 Ziff. 1 O.-R. eine Neuerung der Bürgschaft, welche natürlich auch ohne Novation der Hauptobligation möglich war, zu erblicken, indem unverkennbar der Wille sämtlicher Beteiligten darauf gerichtet war, die alte Bürgschaft durch die neue zu ersetzen. Die frühere Bürgschaftsverpflichtung ist somit erloschen, und die Klägerin durchaus berechtigt gewesen, den frühern Bürgschein dem Hauptschuldner, welcher ihr denselben auch übergeben hatte, zurückzustellen.

5. Hat demnach die Klägerin durch Annahme der neuen Bürgschaftsverpflichtung nicht einer dem Beklagten gegebenen Zusicherung zuwider gehandelt, so kann der Beklagte die Verbindlichkeit jener Verpflichtung in dem von ihm beanspruchten Umfange nur dann ablehnen, wenn er durch Betrug des Hauptschuldners oder eines Mitbürgen zur Unterzeichnung des Bürgscheins verleitet worden ist, und die Klägerin den Betrug zur Zeit der Annahme des Bürgscheins gekannt hat, oder hätte kennen müssen, d. h. wenn die Nichtkenntnis nur ihrem eigenen Mangel an gehöriger Sorgfalt, also ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist. Der Beweis einer stattgefundenen Täuschung liegt dem Beklagten ob. Nun stellt die Vorinstanz thatsächlich fest, daß ein Beweis dafür weder vorliege, noch anerboden worden sei, daß der Schuldner mit dem Beklagten hinsichtlich der Neueingehung der Bürgschaft eine Abrede getroffen habe, wonach die Mitbürgen und Solidarschuldner neben einander für den zu verbürgenden Betrag einzutreten hatten. An diese Feststellung ist das Bundesgericht, da dieselbe nicht als aktenwidrig bezeichnet werden kann, gebunden. Damit fällt aber ohne weiteres die Annahme eines gegen den Beklagten verübten Betruges dahin und ist daher auch nicht mehr zu untersuchen, ob die Klägerin einen solchen Betrug gekannt habe, oder hätte kennen müssen. Es ist in der That nach den Akten nicht wahrscheinlich, daß die Art und Weise, wie die

drei Bürgen den Bürgschein vom 25./27. Mai 1892 unterzeichnet haben, nicht auf einer Verständigung der Beteiligten beruhe. Gegen die Annahme, daß der Beklagte und der den Bürgschein als solidarischer Bürg- und Selbstzahler mitunterzeichnende Marx Bernheim vom Hauptschuldner oder von S. H. Bernheim getäuscht worden sei, spricht neben den nahen verwandtschaftlichen Beziehungen dieser Personen zu einander namentlich auch das Verhalten des Beklagten auf den Brief der Klägerin vom 17. Juni 1896, durch welchen ihm der wirkliche Inhalt des Bürgscheins mitgeteilt wurde. Denn auf diese Mitteilung hin hat der Beklagte gegenüber der Klägerin einfach stillgeschwiegen, und es ist auch weder behauptet noch bewiesen, daß er hierauf etwa gegenüber dem Hauptschuldner oder S. H. Bernheim irgend welche Schritte gethan habe, was doch kaum unterblieben wäre, wenn er nicht schon früher von dem wahren Sachverhalte Kenntnis gehabt hätte.

6. Mit der Verwerfung dieser Einrede fällt die Berufung des Beklagten auf Art. 168, 504 und 508 D.-R. dahin. Von Aufgabe einer Sicherheit des Gläubigers durch Entlassung eines Mitbürgen könnte natürlich nur bezüglich des Kredites von 25,000 Fr. gesprochen werden, da nur für diesen Kredit S. H. Bernheim sich als solidarischer Mitbürge verpflichtet, für die spätere Erhöhung dagegen eine solche Verpflichtung niemals übernommen hat. Es kann jedoch auch von einer, die Klägerin zum Schadenersatz verpflichtenden Entlassung des S. H. Bernheim aus der Haftung für jene 25,000 Fr. keine Rede sein, weil sämtliche Beteiligte damit einverstanden waren, daß mit der Ausstellung der neuen Bürgschaftsverpflichtung vom 25./27. Mai 1892 die frühere dahinfalle, und nicht dargethan ist, daß der neuen Bürgschaftsverpflichtung Mängel anhaften, welche die Klägerin an deren unbeschränkten Geltendmachung hindern könnten.

7. Ebenso ist endlich mit der Vorinstanz die Einrede des Beklagten abzuweisen, welche aus der Behändigung der unrichtigen Kopie des Bürgscheins vom 25./27. Mai 1892 entnommen wird. Daß hierbei der Klägerin kein Dolus zur Last fällt, hat die Vorinstanz festgestellt und der Beklagte selbst anerkannt; derselbe hat die Ausstellung der unrichtigen Abschrift nicht etwa mit der an

ihm von S. M. und S. H. Bernheim angeblich verübten Täuschung in Beziehung gebracht, sondern der Klägerin nur Fahrlässigkeit vorgeworfen. Es kommt demnach die Ausstellung der unrichtigen Kopie rechtlich nur insofern in Betracht, als dadurch dem Beklagten ein Schaden entstanden ist, welchen er der Forderung der Klägerin gegenüber zur Kompensation verstellen könnte. Nun steht aber der Annahme, daß der Beklagte einen solchen Schaden erlitten habe, schon die bereits hervorgehobene Thatsache entgegen, daß weder bewiesen, noch zum Beweise verstellt worden ist, daß der Beklagte bei Ausstellung des Bürgscheins vom 25./27. Mai 1892 getäuscht worden sei, bezw. daß der Hauptschuldner mit dem Beklagten die Abrede getroffen habe, daß auch S. H. Bernheim als solidarischer Mitbürge und nicht bloß als Überbürge unterzeichne, während bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden muß, der Inhalt des Bürgscheins entspreche der zwischen den Beteiligten getroffenen Abrede. Im übrigen ist der Vorinstanz beizutreten, wenn dieselbe angenommen hat, daß der Beweis für die Existenz des behaupteten Schadens dem Beklagten obläge, und daß er denselben nicht geleistet habe. Wie die Vorinstanz mit Recht annimmt, gehört die Ausstellung von Abschriften von Bürgschaftsverpflichtungen nicht zu den vertraglichen Pflichten des Gläubigers. Es kann von demselben jedenfalls nicht mehr verlangt werden, als daß er den Bürgschein den Bürgen zur Einsicht stelle, und es denselben anheingebe, selbst oder durch Dritte davon Abschriften zu machen. Wenn daher die Klägerin eine unrichtige Kopie ausgestellt hat, so verlegte sie damit keine aus dem Bürgschaftsvertrag für sie resultierende Pflicht. Allein auch abgesehen davon läge es dem Beklagten ob, den Eintritt des Schadens und den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Denn nach Art. 110 D.-R. hat bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten der Vertragsbrüchige nur zu beweisen, daß die nicht gehörige Erfüllung nicht auf seinem Verschulden beruhe, während die Beweislast für den Schaden, wie bei Schadenersatzforderungen aus unerlaubten Handlungen, den die Entschädigung fordernden Kläger trifft. Dieser Beweis könnte nun nicht einfach damit geleistet werden, daß der Beklagte die Möglichkeit, den Hauptschuldner für das Mehrbetreffnis

von $\frac{1}{6}$ der verbürgten Summe auf Sicherstellung zu belangen, behauptete, sondern es müßte nach den Umständen angenommen werden können, daß er einerseits von diesem Rechte Gebrauch gemacht hätte, und andererseits, daß dies von Erfolg gewesen wäre. Weder die eine noch die andere Annahme ist jedoch in casu gerechtfertigt. Gegen die erste Annahme spricht, daß der Beklagte die Bürgschaft, soweit aus den Akten ersichtlich, für die ganze Summe, bezw. $\frac{1}{3}$ derselben, ohne Sicherstellung seitens des Hauptschuldners eingegangen, und nach dem 17. Juni 1896, als ihm die Klägerin die Art der Bürgschaftsverpflichtung des S. H. Bernheim kundgab, keine Schritte gegen den Hauptschuldner gethan, sondern nach allen Seiten stillgeschwiegen hat, und was den Erfolg eines allfälligen Sicherstellungsbegehrens betrifft, so hat die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise festgestellt, daß die Akten über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners in den Jahren 1893 und 1896 keinen Aufschluß geben und der Beklagte den Beweis dafür, daß seit 1893 eine Verschlechterung derselben eingetreten sei, weder geleistet noch anerbieten habe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen in allen Teilen bestätigt.

108. Urteil vom 15. Mai 1897 in Sachen Konkursmasse Engelberger gegen Waser und Konsorten.

A. Anfangs des Jahres 1895 geriet Joseph Engelberger in Stansstad in Konkurs; unter seinen Aktiven befanden sich ein Wohnhaus mit Anbau und Garten (Kat. Nr. 81), ein Grundstück benannt Niedmatt, und $\frac{50}{100}$ Anteil an der Scheune im untern Frankenbach. Am 4. Juni 1895, bevor die Steigerung stattgefunden hatte, machte Fürsprecher Ruffi in Stans, namens des Dr. Cubasch in Stansstad, eine Eingabe an das Konkursamt von Nidwalden, worin er ausführte: Dr. Cubasch habe am

15. März 1885 von den Gebrüdern (Karl, Albert und Eduard) Engelberger, Burg, ein an Joseph Engelbergers Haus angrenzendes Grundstück gekauft. Im Kaufakt sei bemerkt, das Kaufobjekt sei mit Ausnahme der übergreifenden Hypotheken pfandfrei. Nun sollen aber dem Vernehmen nach auf diesem Grundstück gleichwohl spezielle Hypotheken lasten, welche bisher von Joseph Engelberger verzinst worden seien. Für diesen Fall verlange Dr. Cubasch die Belastung der Liegenschaft Engelbergers mit den benannten Hypotheken, und daheriger Zinspflicht; ferner verlange er, sofern er irgendwie für Zins und Hauptgut dieser Hypotheken belangt, oder durch dieselben persönlich oder als Inhaber seines Grundstücks betroffen oder geschädigt würde, die Vergütung des bezüglichen Betrages durch den in Konkurs geratenen Joseph Engelberger, unter Wahrung seines Regressrechtes auf die Verkäufer, und indem er sich das Konkursprotokoll für alle sachbezüglichen Ansprüche nach jeder Richtung offen behalte. In Ergänzung dieser Eingabe richtete Dr. Cubasch am 5. Juni 1895 eine weitere Zuschrift an das Konkursamt von Nidwalden, worin er erklärte, er betrachte es als selbstverständlich, daß der Konkursrit für den vollen Betrag von Hauptgut und ausstehenden Zinsen der ab seiner Liegenschaft auf das Grundstück Dr. Cubasch's allfällige übergreifenden Hypotheken aufzukommen habe, welche er bisher zu verzinsen gehabt habe, und für die Dr. Cubasch nunmehr irgendwie belangt, betroffen oder geschädigt werden könnte. Eine gleiche Eingabe machte Advokat Ruffi am 5. Juni für Metzger Klühler in Stansstad. Auf den 2. November 1896 wurde die zweite Liegenschaftengant angeordnet, und in Ziff. 4 der Steigerungsbedingungen bestimmt: „Insofern der Steigerungserlös für den Scheunenanteil die auf demselben zum Verzinsen abgetheilten und auf den benachbarten Grundbesitz übereingehenden Hypotheken und der ausstehenden grundversicherten Zinsen nicht zu decken vermag, haben die betreffenden Gültinhaber das Steigerungsobjekt am Hypothekarprotokoll zu entlasten, und in der Folge den Zins hievon an denjenigen Grundeigentümern zu fordern, auf welche ihre Kapitalien übergreifen.“ Der Einzelruf ergab für das Haus und Garten 11,720 Fr., für die Niedmatt 7660 Fr., für den Anteil Scheune 2000 Fr., zusammen 21,380 Fr.