

9. — Mit dem Gesagten erweist sich das auf Zahlung von 20,382 Fr. 60 Cts. gerichtete erste Widerklagebegehren zunächst hinsichtlich der erwähnten Saldoforderung von 14,732 Fr. 90 Cts. als begründet. Für diesen Betrag kann die Beklagte ferner 5 % Zinsen bis zur Anhebung der Widerklage (6. Juli 1907) beanspruchen, was nach der hierüber in der Widerklagebegründung aufgestellten Berechnung, die richtig und übrigens unbestritten ist, zusammen 3819 Fr. 30 Cts. ausmacht. Dazu kommen die ausgemiesenen Ersatzforderungen für ausgelegte Mietzinse von insgesamt 1562 Fr. 50 Cts. Dagegen rechtfertigt es sich nicht, für die einzelnen Mietziniszahlungen Zinsen bis zur Anhebung der Widerklage anzurechnen, da nicht dargetan ist, daß die Klägerin hinsichtlich des Ersatzes dieser Zahlungen in Verzug gesetzt worden sei. Die unter diesem Titel geforderten 267 Fr. 90 Cts. sind daher zu streichen.

Das zweite Widerklagebegehren endlich, wonach die Beklagte ermächtigt werden will, die mit dem Tode des Ehemannes der Klägerin fällig gewordenen Versicherungssummen auf Rechnung ihres Guthabens bei der Hinterlegungsstelle zu erheben, ist ebenfalls zu schätzen, nachdem der einzige Grund, aus dem die Klägerin das Pfandrecht der Beklagten an den Policen bestreitet, sich als unzutreffend herausgestellt hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheißen, die Klage abgewiesen und die Klägerin als Widerbeklagte verurteilt, der Beklagten zu bezahlen: 14,732 Fr. 90 Cts. samt Zins à 5 % seit dem 30. April 1902, sowie 1562 Fr. 50 Cts. und Zins à 5 % seit Anhebung der Widerklage (6. Juli 1907). Die Beklagte ist ermächtigt, die Versicherungssumme der zwei ihr verpfändeten Policen auf Rechnung ihres Guthabens zu erheben.

**75. Urteil vom 10. November 1910 in Sachen
Schweizerische Volksbank, Bekl. u. Ber.=Kl., gegen
Hofer, Kl. u. Ber.=Bekl.**

Art. 24 OR: Unverbindlichkeit einer Bürgschaftsverpflichtung für den vom Gläubiger bei ihrer Eingehung über ihren Inhalt getauschten Bürgen. — Pflicht des Gläubigers zur Rückerstattung der vom Bürgen geleisteten Zahlung als einer Nichtschuld (Art. 70 OR).

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Durch Urteil vom 13. Mai 1910 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Appellation der Beklagten gegen den die Klage gutheißenen Entscheid der ersten Instanz, des Bezirksgerichts Aarau, abgewiesen. Dieser Entscheid lautet:

„Die Forderung der Beklagten an den Kläger per 3076 Fr. samt Zins à 5 % seit 30. Juni 1908 und $\frac{1}{4}$ % Kommission pro Semester, 1 Fr. 50 Cts. Betreibungs- und 1 Fr. Widmationskosten, sowie 19 Fr. 90 Cts. Gerichtskosten und 8 Fr. Parteientschädigung, wofür durch Erkenntnis des Gerichtspräsidiums Aarau vom 2. November 1908 und Erkenntnis des aargauischen Obergerichts vom 27. November 1908 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde,
wird gerichtlich aberkannt.“

B. — Gegen das Urteil des Obergerichts hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Abänderungsantrag, die Klage sei gänzlich abzuweisen;

C. — Der Kläger hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils angetragen; —

in Erwägung:

1. — Am 30. August 1901 stellten der Kläger Ferdinand Hofer, damals Weichenwärter in Aarau, und J. Schali-Müller, Landwirt in Buchs bei Aarau, zu Händen der Beklagten, der Schweizerischen Volksbank in Zürich, eine „Schadlos-Erklärung“ des Inhaltes aus, „daß sie für jeden Schaden bis auf den Betrag von 3000 Fr. haften wollen,

„welcher der erwähnten Bank aus ihrem Diskontoverkehr mit der Firma A. Imhof & Cie., Zigarettenfabrik in Zürich III, allfällig „entstehen sollte.“ Die fragliche Firma war eine Kollektivgesellschaft, bestehend aus den zwei Teilhabern Albert Imhof und Rudolf Hofer, dem Sohn des Klägers. Auf den 31. Oktober 1902 trat Rudolf Hofer aus der Firma aus, und an seiner Stelle trat am 1. November 1902 als Kollektivgesellschaftler ein Karl Römer von Arth ein. Die so modifizierte Kollektivgesellschaft A. Imhof & Cie. löste sich am 24. Juli 1903 auf, und zwar, laut Handelsregistereintrag von diesem Tage, nach durchgeführter Liquidation der Aktiven und Passiven. Am gleichen 24. Juli 1903 ließ sich unter der Firma A. Imhof & Cie., Fabrik orientalischer Tabake und Zigaretten, in Zürich I, eine Kommanditgesellschaft ins Handelsregister eintragen, die aus Albert Imhof als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und einem Melchior Binkert als Kommanditär bestand. (Siehe Schweiz. Handelsamtsblatt vom 28. Juli 1903, S. 1185.)

Am 14. Februar 1906 schrieb die Beklagte an den Kläger und an dessen Mitbürgen Schäl-Müller: „Mit den periodischen, reglementarisch vorgeschriebenen Erneuerungen der Bürgscheine beschäftigt, übersenden wir Ihnen anbei eine neue Schadlos-Erklärung „auf A. Imhof & Cie., Zigarettenfabrik, in Zürich III, mit dem „Ersuchen, dieses Aktenstück zu unterzeichnen und an uns zurückzusenden . . . Sobald diese Schadlos-Erklärung geordnet in unserem „Besitz ist, werden wir Ihnen die alte Schadlos-Erklärung im gleichen Betrage annulliert zurücksenden.“ — Die beigelegte „Schadlos-Erklärung“ lautete dahin, Ferdinand Hofer und J. Schäl-Müller erklärten hiemit gegenüber der Schweiz. Volksbank, „daß sie für „jeden Schaden bis auf den Betrag von 3000 Fr. solidarisch haften „wollen, welcher der erwähnten Bank aus ihrem Wechselverkehr mit „der Firma A. Imhof & Cie., Zigarettenfabrik in Zürich III, allfällig entstehen sollte.“ Nachdem die beiden Bürgen diese Erklärung unterschrieben und der Beklagten zurückgesandt hatten, erhielten sie von dieser mit Aufschrift vom 4. Mai 1906 die Aufforderung, ihr den verbürgten Betrag von 3000 Fr. einzusenden, da sie damit zufolge Nichteinklösung von diskontierten Wechslern der Firma A. Imhof & Cie. zu Verlust gekommen sei. Der Kläger kam dieser Aufforderung in der Weise nach, daß er sich bei der Beklagten einen ver-

bürgten Kredit in der Höhe von 3000 Fr. eröffnen und die Kreditsumme mit der Bürgschaftsforderung der Beklagten verrechnen ließ. Diese Operation erfolgte, laut Aufschrift der Beklagten an den Kläger, am 17. Mai 1906. Der Kläger verzinsie seine Kreditschuld bis Ende 1907 anstandslos, im Jahre 1908 aber verweigerte er die Bezahlung des auf den 30. Juni verfallenen Zinses, sowie die Anerkennung des ihm zugestellten Kontokorrentauszuges der Beklagten, mit der Begründung, er habe inzwischen wahrgenommen, daß die Beklagte ihn eine Schuld der Kommanditgesellschaft A. Imhof & Cie. habe bezahlen lassen, während er für diese Gesellschaft keine Bürgschaft eingegangen sei. Die Beklagte anerkannte jedoch diesen Einwand nicht, sondern leitete für Kapital und Zinsen der Kreditsumme im Betrage von 3076 Fr., Wert 30. Juni 1908, gegen den Kläger Betreibung ein und erwirkte gegenüber dessen Rechtsvorschlag durch Entscheid des Gerichtspräsidenten Narau vom 2. November 1908, mit Bestätigung seitens des aargauischen Obergerichts vom 27. November 1908, provisorische Rechtsöffnung. Hierauf erhob der Kläger, unter Berufung auf die Rechtstitel der ungerechtfertigten Bereicherung und der Arglist, die vorliegende, von den kantonalen Instanzen gutgeheißene Aberkennungsklage.

2. — Nach dem vorstehenden Tatbestande ist unbedenklich davon auszugehen, daß der Kläger die ihm seitens der Beklagten mit Begleitschreiben vom 14. Februar 1906 vorgelegte „Schadlos-Erklärung“ in der Willensmeinung unterzeichnet hat, damit seine, am 30. August 1901 eingegangene Bürgschaftsverpflichtung für die inzwischen aufgelöste Kollektivgesellschaft A. Imhof & Cie. zu verlängern, und nicht in der Absicht, eine entsprechende Bürgschaftsverpflichtung für die seither unter der gleichen Firma entstandene Kommanditgesellschaft einzugehen. Es bedarf keiner Ausführung, daß jene ursprüngliche Verpflichtung zu Gunsten der Kollektivgesellschaft A. Imhof & Cie. als solche nach der Gründung der Kommanditgesellschaft A. Imhof & Cie. nicht ohne weiteres auch für diese letztere Geltung hatte, da ein rechtlicher Zusammenhang der beiden Gesellschaften aus den Akten nicht ersichtlich ist und von der Beklagten selbst nicht behauptet wird. Aus dem Inhalte des oben erwähnten Begleitschreibens der Beklagten

vom 14. Februar 1906 aber mußte der Kläger schließen, es handle sich bei der ihm zur Unterschrift vorgelegten Urkunde einfach um eine Erneuerung des ablaufenden früheren Bürgschaftsscheines, um so mehr, als auch jene Urkunde selbst mit der Bezeichnung „A. Imhof & Cie., Zigarettenfabrik in Zürich III“ tatsächlich auf die frühere Kollektivgesellschaft und nicht auf die seither gegründete Kommanditgesellschaft, welche laut Handelsregister-Eintrag in Zürich I ihren Sitz hat, Bezug nimmt. Unter diesen Umständen kann die Beklagte dem Kläger nicht entgegenhalten, er habe bei den Beziehungen seines Sohnes zur frühern Gesellschaft im Zeitpunkte der Unterzeichnung der „Schadlos-Erklärung“ von 1906 wissen müssen, daß die Schulden der frühern Gesellschaft liquidiert seien, und daher unmöglich annehmen können, die weitere Bürgschaftsverpflichtung beziehe sich noch auf die frühere Gesellschaft. Wenn die Beklagte von ihren bisherigen Bürgen für die Kollektivgesellschaft A. Imhof & Cie. wirklich eine entsprechende Bürgschaftsleistung für die nunmehr bestehende Kommanditgesellschaft A. Imhof & Cie., mit welcher sie den Geschäftsverkehr fortgesetzt hatte, verlangen wollte, so durfte sie dabei nicht vorschützen, es handle sich lediglich um eine „Erneuerung“ der von den Bürgen bereits eingegangenen Verpflichtung, sondern mußte, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr, die Bürgen ausdrücklich darauf hinweisen, daß der ihnen vorgelegte Verpflichtungsschein, im Gegensatz zur frühern „Schadlos-Erklärung“, auf die Kommanditgesellschaft A. Imhof & Cie. Bezug haben solle. Der Kläger durfte daraus, daß das beklagte Bankinstitut ihn um „Erneuerung“ der Bürgschaftsverpflichtung von 1901 anging, in guten Treuen schließen, daß die seit Juli 1903 aufgelöste Kollektivgesellschaft A. Imhof & Cie., für die er sich damals verbürgt hatte, noch unerledigte Schulden haben müsse, welche die Fortdauer seiner Haftung als Bürge, zufolge der noch fortdauernden Haftbarkeit der Gesellschafter gemäß Art. 585 OR, begründeten. Eine rechtsgültige Bürgschaftsverpflichtung des Klägers zu Gunsten der Kommanditgesellschaft A. Imhof & Cie. liegt somit nicht vor. Danach aber muß mit dem kantonalen Richter angenommen werden, daß der Kläger bei seiner Deckung der Beklagten, im Mai 1906, tatsächlich eine Nichtschuld bezahlt hat, und zwar aus Irrtum

über seine Schuldspflicht, so daß er auf Grund des Art. 70 OR zur Rückforderung seiner Leistung berechtigt ist, die unter den gegebenen Verhältnissen mit der Abkennung des streitigen Kreditguthabens der Beklagten erreicht wird. Die Bezahlung der Nichtschuld erhellt ohne weiteres daraus, daß die Beklagte zugestandenmaßen keine Forderung an die frühere Kollektivgesellschaft A. Imhof & Cie. mehr zu decken hatte, sondern die Leistung des Klägers zur Befriedigung von Wechselansprüchen gegenüber der gleichnamigen Kommanditgesellschaft verwendet hat. Und wenn die kantonalen Instanzen ferner auch den Nachweis als erbracht erachtet haben, daß der Kläger diese Leistung auf Grund der erneuten Bürgschaftsverpflichtung in der irrümlichen Meinung gemacht habe, damit eine Schuld der frühern Kollektivgesellschaft zu tilgen, so kann darin, entgegen der Behauptung der Beklagten, keine Aktenwidrigkeit gefunden werden. Vielmehr liegen für die gegenteilige Annahme, daß der Kläger sich dabei bewußt gewesen sei, für die Kommanditgesellschaft A. Imhof & Cie. einzustehen, keinerlei Anhaltspunkte vor. Die Beklagte kann auch hinsichtlich dieser Zahlungsleistung nicht einwenden, der Kläger habe im Zeitpunkte ihrer Vornahme darüber orientiert sein müssen, daß keine Schuld der Kollektivgesellschaft mehr bestehe, nachdem sie selbst ihm, wie ausgeführt, durch ihr unkorrektes Vorgehen das Gegenteil vorgetäuscht hatte. Der Entscheid des kantonalen Richters ist somit zu bestätigen;

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und damit das Urteil des aargauischen Obergerichts vom 13. Mai 1910 in allen Teilen bestätigt.