

ZIVILRECHTSPFLEGE
ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

Entscheidungen des Bundesgerichts als oberster
Zivilgerichtsinstanz.

Arrêts rendus par le Tribunal fédéral comme
instance suprême en matière civile.

I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

Arrêts sur le fond du droit.

*Bundesgericht als Berufungsinstanz. — Tribunal
fédéral comme instance de recours en réforme.*

**1. Allgemeines Obligationenrecht. — Code
des obligations.**

76. Urteil vom 10 November 1911 in Sachen
Meyer-Spörri, Bekl. u. Ver.-Kl., gegen **Schweiz. Bankverein**,
Kl. u. Ver.-Bekl.

*Subrogationsfälle des Art. 126 Ziff. 2 und 3 OR. Voraussetzung,
dass «ein Dritter» den Gläubiger befriedigt. — Die Bestimmung
der Ziffer 2 trifft, nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte, nicht
zu, wenn der zahlende Dritte die Stellung eines «Pfandgläubigers»
erst auf Grund seiner Zahlung erlangt. Erfordernis der
Besitzübergabe zur Begründung eines Pfandrechts an Inhaberaktien
(Art. 210 OR). Das Subrogationsrecht im Sinne der Ziffer 2 steht
auch dem vorgehenden gegenüber einem nachstehenden Pfand-*

gläubiger zu. — Die in Ziffer 3 vorgesehene Anzeige des « Schuldners » an den bisherigen Gläubiger kann nicht durch eine solche des zahlenden Dritten ersetzt werden. — Mangelnde Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem zahlenden Dritten über den Eintritt dieses letzteren in das abgelöste Gläubigerrecht: Mangel einer hierauf gerichteten Absicht des Dritten selbst.

Das Bundesgericht hat auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Durch Urteil vom 20. Juni 1911 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt den erstinstanzlichen Entscheid des Zivilgerichts bestätigt, das — in Gutheißung der Klage — die Beklagte zur Zahlung von 12,950 Fr., nebst Zins zu 4½ % vom 16. Juli 1910 bis 26. Oktober 1910 und zu 5 % seit 27. Oktober 1910, an die Klägerin verurteilt hatte.

B. — Gegen dieses Urteil des Appellationsgerichts hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Abänderungsantrag gestellt, die Klage sei abzuweisen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten den schriftlich gestellten Berufungsantrag wiederholt; der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des kantonalen Urteils angetragen; —

in Erwägung:

1. — In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten hervorzuheben: Durch „Schuldschein mit Faustpfandbestellung“ vom 28. November 1907, ausgestellt vor dem Notar Dr. Ründig in Basel, bekannte Adolf Meyer-Spörri in Basel, der Ehemann der heutigen Beklagten, an Ferdinand Rüschi-Burckhardt in Basel aus Kaufgeschäft die Summe von 25,000 Reichsmark schulbig geworden zu sein. Er verpflichtete sich, diese Summe mit 4½ % in halbjährlichen Raten zu verzinsen und alljährlich, jeweilen auf den 1. Januar, und zwar erstmals auf den 1. Januar 1908, 5000 Mk. an das Kapital abzubehalten. Ferner erklärte er, zur Sicherheit für die Forderung nebst Zinsen und allfälligen Kosten 50 Inhaberk Aktien von Thommens Uhrenfabriken, W.-G., in Waldburg, von je 500 Fr., beim heutigen Kläger, dem Schweiz. Bankverein (Depositenkasse I in Basel), als Faustpfand zu hinterlegen. Gleich-

zeitig gab sich auch die Beklagte für das Kapital vom 25,000 Mk. nebst Zinsen und Kosten in der Weise als Schuldnerin hin, daß sie auch mit ihrem Vermögen dafür hafte, falls die Faustpfänder und das Vermögen ihres Mannes zur Befriedigung nicht hinreichen sollten.

Die verpfändeten Aktien wurden zunächst von Notar Ründig in Verwahrung genommen. Als aber die erste Kapitalabzahlung fällig wurde, wandte sich der Schuldner Meyer-Spörri wegen deren Entrichtung an die Depositenkasse I des Klägers in Basel, bei der er eine laufende Rechnung hatte, und stellte ihr am 2. Januar 1908 in Form einer Zuschrift folgende Erklärung aus: „Sie erhalten durch Herrn Dr. Rud. Ründig 50 Aktien Thommens Uhrenfabriken Waldburg, die Sie für mich in Verwahrung nehmen wollen, als Garantie für eine Forderung von 25,000 Mk., welche ich dem Herrn Ferd. Rüschi-Burckhardt laut Schuldschein vom 28. November schulde, und zwar in der Weise, daß je auf den 2. Januar eine Abzahlung von 5000 Mk. bis zur vollständigen Tilgung zu leisten ist. Ich ermächtige Sie, die 1. Zahlung von 5000 Mk. heute an Herrn Dr. Rudolf Ründig zu leisten zu Lasten meiner Rechnung auf Grund dieses Depositums. Bis zur vollständigen Tilgung der schuldigen Summe räume ich Herrn Rüschi eine Faustpfandforderung im 2. Rang auf diesen Titeln ein, wovon Sie gefl. Notiz nehmen wollen.“ Gleichzeitig unterzeichnete Meyer-Spörri der Bank ein gedrucktes Formular für Faustpfand-Bestellungen, wonach er ihr für alle ihre Forderungen an ihn Faustpfandrechte an allen Werttiteln einräumte, welche er jeweilen bei ihr liegen habe. Ebenfalls am gleichen Tage übergab Dr. Ründig tatsächlich die 50 Aktien der Depositenkasse I des Klägers, während die Kasse ihm, laut seiner Quittung, „für Rechnung des Herrn Adolf Meyer-Spörri dahier“ 5000 Mk. ausbezahlte. Von diesen Vorgängen gab die Depositenkasse des Klägers dem Schuldner Meyer-Spörri mit folgendem Schreiben vom 2. Januar 1908 Kenntnis: „Herr Dr. Rudolf Ründig übergab uns heute 50 Stück Aktien Uhrenfabriken Waldburg à 500 Fr. ..., wogegen wir genanntem Herrn gegen Quittung 5000 Mk. erlegten à 123 Fr. 35 Cts. mit 6167 Fr. 50 Cts. val. 2. Januar, zu Lasten Ihrer Rechnung conto separato.“

„Diese Titel sind Ihr Eigentum und dienen als Faustpfand für unsere obige Zahlung von 6167 Fr. 50 Cts. in erster Linie. Im zweiten Range räumen Sie dem Herrn Ferd. Rüschi-Burckhardt hier ein Faustpfandreht ein auf diese Titel für seine Restforderung an Sie von 20,000 Mk. laut Schuldschein vom 28. November 1907.“ Im gleichen Sinne schrieb die Depositionskasse am 3. Januar auch an Dr. Ründig unter Bestätigung des Empfangs der Aktien und erklärte gleichzeitig, Notiz zu nehmen von der Mitteilung Dr. Ründigs, „daß die Restforderung auf Herrn Meyer-Spörry von 20,000 Mk. per gestern seitens des Herrn Ferd. Rüschi an die Herren Fritz Leuenberger-Grauwiler und Salomon Günsburger-Hirsch dahier zediert worden ist und daß nun auch das Faustpfandreht nach uns, d. h. im zweiten Rang, auf die genannten zwei Herren übergegangen ist“.

Diesen Mitteilungen entsprechend belastete die Kasse das Spezialkonto Meyer-Spörrys laut Abschluß vom 30. Juni 1908 mit jener Zahlung an Dr. Ründig, umgerechnet zu 6167 Fr. 50 Cts., nebst Zinsen à 5 % per 1. März und à 4½ % per 30. Juni 1908.

Mit Schreiben vom 25. Januar 1909 sodann benachrichtigte die Depositionskasse I des Klägers den Schuldner Meyer-Spörry, sie habe, seiner telephonischen Ermächtigung zufolge, auf seinem Schuldschein zu Gunsten des Ferd. Rüschi-Burckhardt die zweite Abzahlung von 5000 Mk. nebst 450 Mk. 4½ % Zinsen vom 1. Juli 1908 bis 1. Januar 1909, somit total 5454 Mk., à 122 Fr. 97½ Cts. = 6702 Fr. 15 Cts., val. 23. Januar, geleistet und belaste ihn damit, mit der Bitte um „conforme Buchung“. Ferner bezahlte die Kasse auch noch den Halbjahreszins per 30. Juni 1909 der restierenden 15,000 Mk.; eine weitere Zahlung auf den Schuldbrief vom 28. November dagegen erfolgte nicht, und am 14. April 1910 fiel Meyer-Spörry in Konkurs. Kurz vor diesem Tage, mit Schreiben vom 8. April 1910 sowohl an Meyer-Spörry, als auch an die Beklagte, hatten die nunmehrigen Gläubiger Fritz Leuenberger-Grauwiler und Salomon Günsburger-Hirsch ihr Restguthaben aus dem Schuldbrief vom 28. November 1907 im Betrage von 15,000 Mk. wegen Nichtentrichtung der am 1. Januar 1910 verfallenen Abzahlungsquote

nebst Zinsen titelgemäß auf den 9. Juli 1910 gekündigt und sich dabei ihre Rechte auf die ihnen im ersten Range verpfändeten und beim Schweiz. Bankverein hinterlegten 50 Inhaberaktien von Thommens Uhrenfabriken A.-G. ausdrücklich vorbehalten. Mit dieser Forderung, im umgerechneten Betrage von 18,487 Fr. 50 Cts., nebst ausstehendem Zins, und mit dem Pfandanspruch wurden sie dann im Konkurse Meyer-Spörrys zugelassen. Andererseits wurde der Kläger, gemäß Zuschrift des Konkursamts Basel-Stadt an die Depositionskasse I, darin, soweit hier von Belang, wie folgt kolloziert:

- „I. Darlehen 10,000 Mk.
 „in Schweizwährung à 123,25 . . . 12,325 Fr.
 „4½ % Zins seit 14. April 1910, voraus-
 „gesetzt daß und soweit der Pfanderlös reicht.
 „Pfand: 1. 50 Aktien von Thommens
 „Uhrenfabriken A.-G. Walden-
 „burg, im gleichen Rang mit
 „der Forderung Günsburger und
 „Leuenberger . . . von 18,487 Fr. 50 Cts.
 „nebst 4½ % Zins seit 1. Juli
 „1909.
 „2. (eine näherbezeichnete
 „Hypothekarobligation von 6000
 „Fr.).
 „II. Kredit 17,915 Fr. 60 Cts.
 „Pfand: obige 50 Stück Thommens
 „Uhrenfabriken im zweiten
 „Rang....“

In der Folge übernahm der Kläger auch das Guthaben von Leuenberger und Günsburger, und als dann der Steigerungserlös der Pfänder (20,456 Fr. 35 Cts.) ihn für einen Forderungsbetrag von 12,950 Fr. 35 Cts. ungedeckt ließ, ohne daß hierfür Befriedigung in der V. Klasse zu erhalten war, ersuchte er mit Schreiben vom 19. Juli 1910 die Beklagte unter Hinweis auf ihre Verpflichtung aus dem Schuldschein vom 28. November 1907 um Bezahlung dieser Restforderung. Die Beklagte ließ jedoch am 21. Juli 1910 durch ihren Vertreter antworten, sie könne diesen Anspruch nicht anerkennen; denn an den ursprünglichen Betrag

der fraglichen Schuld von 25,000 Mk. seien 10,000 Mk. abbezahlt worden, und zwar nicht durch den Kläger, sondern durch ihren Ehemann, und der Restbetrag von 15,000 Mk. sei durch den Pfanderlös von 20,456 Fr. 35 Cts. vollständig gedeckt.

Hierauf hat der Kläger seine Forderung unter Berufung auf Art. 126 Ziffern 2 und 3 OR im vorliegenden Prozesse gegen die Beklagte geltend gemacht und ist damit, laut Fakt. A oben, von beiden kantonalen Instanzen geschützt worden.

2. — Das Schicksal der Streitsache ist vom Entscheide der Frage abhängig, ob die Schuld des Ehemanns der Beklagten von ursprünglich 25,000 Mk. durch die zwei Zahlungen des Klägers von je 5000 Mk. um diese Beträge vermindert worden ist, oder ob die beiden Zahlungen lediglich einen Gläubigerwechsel — den Eintritt des Klägers in das bestehende Obligationsverhältnis, an Stelle des befriedigten bisherigen Gläubigers — bewirkt haben. Maßgebend für diese Entscheidung ist Art. 126 OR, auf dessen Ziffern 2 und 3 sich der Kläger beruft. Die Beklagte hat die Anwendung dieses Artikels zu Unrecht mit der Behauptung bestritten, daß nicht der Kläger, als an der Obligation unbeteiligter „Dritter“, sondern ihr Ehemann, der Schuldner Meyer-Spörry selbst, die fraglichen Zahlungen geleistet und den Gläubiger befriedigt habe. Dies würde nur zutreffen, wenn der Kläger die beiden Beträge dem Gläubiger resp. dessen Empfangsberechtigten im Namen des Schuldners ausbezahlt hätte. Es liegt jedoch kein Beweis dafür vor, daß jener bei seinen Zahlungen an Dr. Kündig sich jeweils als Stellvertreter Meyer-Spörrys zu erkennen gegeben und den Empfänger habe wissen lassen, daß Meyer-Spörry durch ihn Zahlung leiste. Vielmehr zeigt die Formulierung der Quittung Dr. Kündigs für die erste Zahlung, daß Dr. Kündig dieselbe als Zahlung des Klägers, allerdings für Rechnung Meyer-Spörrys, entgegengenommen hat. Und daß auch der Kläger seinerseits nicht im Namen, sondern bloß für Rechnung des Schuldners zahlen wollte, ist ohne weiteres daraus zu schließen, daß sein Auftrag, laut Schreiben Meyer-Spörrys vom 2. Januar 1908, lediglich auf Zahlung „zu Lasten der Rechnung“ dieses letzteren ging. Ebenso fehlt jeder Nachweis dafür, daß der Kläger bei Leistung der zweiten Zahlung im Namen des Schuldners ge-

handelt habe. Die Einwendung der Beklagten, daß nicht Zahlungen eines „Dritten“ im Sinne des Art. 126 OR in Frage ständen, geht somit fehl.

3. — Die kantonalen Instanzen haben die Bestimmung des Art. 126 Ziffer 2 als vorliegend zutreffend erachtet, wonach ein „Dritter“ von Gesetzes wegen in die Rechtsstellung des von ihm befriedigten Gläubigers eintritt, „wenn er als Pfandgläubiger eine andere auf seinem Pfande haftende Forderung bezahlt“. Ihre Argumentation geht wesentlich dahin, diese Bestimmung treffe schon nach ihrem Wortlaute, jedenfalls aber bei analoger Ausdehnung im Sinne der gemeinrechtlichen Lehre von der hypothekarischen Substitution, auf der sie beruhe, auch dann zu, wenn — wie dies hier der Fall sei — der Dritte aus eigenen Mitteln den bisherigen Gläubiger befriedige und sich zugleich dessen Pfandsache vom Schuldner verpfänden lasse bzw. dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung des Pfandgläubigers gewähre und sich dabei das Pfandrecht dieses letztern ausbedinge (was keineswegs ausdrücklich zu geschehen brauche, sondern namentlich dann als verstanden zu gelten habe, wenn der neue Gläubiger sich „gleich zu Anfang“ dieselbe Sache habe verpfänden lassen).

4. — Dieser Gesetzesauslegung des kantonalen Richters kann vorab, soweit sie schon aus dem Wortlaut des Art. 126 Ziff. 2 OR abgeleitet werden will, nicht beigetreten werden. Jene Ziffer 2 verlangt ausdrücklich, daß der Dritte als Pfandgläubiger zahle und die auf seinem Pfande haftende Forderung des andern Gläubigers ablöse. Der Gesetzestext setzt also unverkennbar voraus, daß der Dritte im Momente seiner Zahlung bereits Pfandgläubiger sei und diese Rechtsstellung nicht erst gleichzeitig, d. h. zufolge der Zahlung, erlange. Der Wortlaut von Ziffer 2 umfaßt m. a. W., entgegen der Auffassung der kantonalen Instanzen, den Fall nicht, in dem der Schuldner seinem Geldgeber ein Pfandrecht für dessen Regreßforderung versprochen hat, wobei ihm dann in Ausführung dieses Versprechens die Pfandsache gegen seine Zahlung übergeben wird. Gerade so aber liegen die Verhältnisse hier; denn die kantonalen Instanzen selbst haben an Hand der einschlägigen Korrespondenz tatsächlich festgestellt, der Kläger habe, dem Ansuchen Meyer-Spörrys ent-

sprechend, auf dessen Rechnung 5000 Mk. an Dr. Ründig zu Händen der Schuldbriefgläubiger ausbezahlt und Dr. Ründig habe „darauf“ die Aktien dem Kläger ausgehändigt. Der Kläger erwarb somit Pfandrecht jedenfalls erst im Zeitpunkt seiner ersten Zahlung, als ihm die Aktien direkt übergeben wurden; denn es handelt sich um Inhaberaaktien, an denen ein Pfandrecht gemäß Art. 210 Nr. 1 nur als Faustpfand, d. h. durch Besitzübergabe an den Pfandgläubiger, bestellt werden konnte, und dafür, daß diese Besitzübergabe etwa schon vor der körperlichen Tradition der Aktien, zufolge vorheriger Weisung Meyer Spörriß an Dr. Ründig, die Aktien fortan für den Kläger, als dessen Besitzesstellvertreter, in Gewahrsam zu behalten, liegt nichts vor.

5. — Es kann sich demnach nur fragen, ob nach dem Stande der Lehre, auf der die Regelung der Subrogation im schweizerischen Obligationenrecht im allgemeinen ruht, und speziell nach der positiven Entstehungsgeschichte des Art. 126, im Sinne der weiteren Annahme des kantonalen Richters eine ausdehnende Interpretation des Gesetzestextes geboten sei. Hierüber ist zu bemerken:

Die ersten Entwürfe des Obligationenrechts stellten sich, mit dem österreichischen BGB (§ 1358), auf den Boden des grundsätzlichen Eintritts der Subrogation. Noch der Entwurf vom Juli 1879 bestimmte in Art. 34, unter dem Titel: Beziehung der Obligation zu dritten Personen: „Wenn und soweit ein Dritter aus eigenen Mitteln den Gläubiger befriedigt, gehen die Rechte des letzteren „auf ihn über, es sei denn, daß das Gegenteil verabredet wird „oder aus den Umständen hervorgeht.“ Es wurde also eine gesetzliche Vermutung für den Übergang der Forderung ausgesprochen, und die bundesrätliche Botschaft zu dem letzterwähnten Gesetzesentwurf, vom 27. November 1879 (BBl. 1880 I S. 149 ff.), bemerkt hierüber: Dadurch, in Verbindung mit dem Prinzip des Art. 203 des Entwurfs (betr. den unmittelbaren Forderungsübergang gemäß Gesetz oder Richterspruch: Art. 185 des definitiven Gesetzes), sei ein völlig neues Rechtsinstitut ins Leben getreten, das auf dem Grundgedanken einer gesetzlichen Zession beruhe, wie sie wohl so ziemlich überall schon nach dem bisherigen Recht angenommen werde in den besondern Fällen, wo der Dritte als regreßberechtigter Solidarschuldner oder als Bürge eine ihm materiell

fremde Schuld zahle. Man habe geglaubt, durch dieses neue Rechtsinstitut zugleich den Bedürfnissen Rechnung getragen zu haben, auf welchen die Bestimmungen des Code civil über Subrogation (Art. 1250 und 1251) beruhen (a. a. O. S. 184).

Allein diese Regelung der Materie fand bei den eidgen. Räten keinen Anklang. Die nationalrätliche Kommission bemerkte in ihrem Bericht vom November 1880 dazu (BBl. 1881 I S. 153 ff.), es könne von dem in Art. 134 statuierten Eintritte des zahlenden Dritten in die Rechte des Gläubigers jedenfalls nur die Rede sein, wenn der Gläubiger überhaupt gehalten sei, die Bezahlung anzunehmen oder dieselbe freiwillig akzeptiere. Allein auch so verstanden erscheine die Fassung der Bestimmung als zu dehnbar. Die Kommission möchte daher diesen gesetzlichen Rechtsübergang auf bestimmte Fälle beschränkt sehen und ihn dem Zahlenden nur gewähren (a. a. O. S. 161 unten):

1. Wenn er selbst Gläubiger sei und einen andern Gläubiger bezahle, der ihm wegen seiner Vorzugs- oder Pfandrechte vorgehe;

2. wenn er deshalb, weil er mit andern oder für andere hafte, ein Interesse an der Bezahlung der Schuld habe;

3. wenn er von dem auf Zahlung belangten Schuldner dazu bezeichnet werde, an die Stelle des bisherigen Gläubigers zu treten.

Dieser Kommissionsantrag, der inhaltlich den Subrogationsfällen der Art. 1251 Ziffern 1 und 3 und 1250 Ziffer 2 des Code Napoléon entspricht, wurde durch Beschluß des Nationalrates vom 18. Dezember 1880 dem Bundesrate zur Berücksichtigung überwiesen. Hierauf änderte das Justizdepartement die Gesetzesvorlage dahin ab, daß es mit Entwurf vom 19. Januar 1881 den Fall der Ziffer 2 bei Regelung der Regreßverhältnisse unter Mitverpflichteten berücksichtigte (weil dabei der Zahlende selbst Schuldner, also nicht ein Dritter, sei) und für die Fälle der Ziffern 1 und 3 folgende Fassung des Art. 134 vorschlug:

„Wenn und soweit ein Dritter aus eigenen Mitteln den Gläubiger „befriedigt, gehen die Rechte des letzteren auf ihn über:

„1. Wenn er selbst Gläubiger ist und ihm der befriedigte „Gläubiger wegen seiner Pfand- und Vorzugsrechte vorgeht;

„2. wenn der Schuldner dem Gläubiger die Mitteilung gemacht, „daß der zahlende Dritte an die Stelle des Gläubigers treten solle.“

Dieser Modifikation des Gesetzesentwurfes pflichteten dann beide Räte grundsätzlich bei, und es wurde schließlich noch ein weiterer Subrogationsfall (Einführung, durch den Dritten, eines von ihm für eine fremde Schuld bestellten Pfandes) als Ziffer 1 des Art. 126 ins Gesetz aufgenommen, neben welchem die vom Justizdepartement vorgeschlagenen zwei Fälle mit unbedeutender redaktioneller Abänderung als Ziffern 2 und 3 daselbst Aufnahme fanden.

6. — Die entwickelte Entstehungsgeschichte des Art. 126 OR zeigt zur Evidenz, daß eine ausdehnende Interpretation dieser Gesetzesbestimmung, im Sinne der Auffassung des kantonalen Richters, nicht zulässig ist. Es geht danach schlechterdings nicht an, unter die Ziffer 2, worin ausdrücklich verlangt wird, daß der Dritte als Pfandgläubiger eine auf seinem Pfande haftende fremde Forderung bezahlen müsse, auch den Fall zu subsumieren, wo der Dritte sich mit der Gewährung des Geldes an den Pfandschuldner zur Befriedigung seines bisherigen Pfandgläubigers erst ein eigenes Pfandrecht an dem auszulösenden Pfandgegenstande ausbedingt. Die von den kantonalen Instanzen aus der Lehre von der Entwicklung des gemeinrechtlichen Instituts der hypothekarischen Sukzession als entscheidend übernommene Erwägung: daß die beiden Fälle einander deswegen gleichzustellen seien, weil es im einen wie im andern das Geld des neuen Gläubigers sei, mit dem der alte befriedigt werde, ist für die Auslegung des schweizerischen Gesetzes unbehelflich, da ja dieses Kriterium in der Gesetzesberatung, abweichend von den ersten Gesetzesentwürfen, als zu allgemein ausdrücklich abgelehnt und ihm gegenüber die Beschränkung der Subrogation auf die im Gesetze bestimmt umschriebenen Spezialfälle zur Geltung gebracht worden ist.

7. — Gemäß den bisherigen Erwägungen muß der Eintritt des Klägers in die von der Beklagten verbürgte Forderung für seine erste Zahlung vom 2. Januar 1908 ohne weiteres verneint werden. Denn der Kläger war, wie bereits festgestellt, im Zeitpunkt, als er jene Zahlung leistete, noch nicht Pfandgläubiger, sondern erlangte sein Pfandrecht auf Grund der ihm am 2. Januar vom Schuldner ausgestellten Erklärung und Verpfändungsurkunde erst mit der Aushändigung der verpfändeten Titel an ihn, die un-

bestrittenermaßen und auch nach der Annahme des kantonalen Richters erst nach oder doch gleichzeitig mit jener Zahlungslieferung erfolgte. Es braucht somit nicht geprüft zu werden, ob in diesem Momente der um den Zahlungsbetrag befriedigte Gläubiger Rüsch seinerseits bereits das Pfandrecht an den fraglichen Titeln besaß, wie die Anwendbarkeit des Art. 126 Ziffer 2 mit seinem Erfordernis der Rückzahlung einer pfandversicherten Forderung weiterhin voraussetzen würde, ob m. a. W. sein Pfandrecht schon mit der Übergabe der Titel an den die Pfändung beurkundenden Notar entstanden oder ob auch zur Begründung dieses Pfandrechts die effektive Tradition der Titel an den Kläger erforderlich war.

8. — Fragt es sich daher noch, ob hinsichtlich dieser ersten Zahlung die vom Kläger ebenfalls angerufene Ziffer 3 des Art. 126 zutrefte, wonach der Übergang der Gläubigerrechte auf den zahlenden Dritten von Gesetzes wegen erfolgt, „wenn der „Schuldner dem Gläubiger anzeigt, daß der Zahlende an die „Stelle des Gläubigers treten soll“, so ist vorab zu untersuchen, ob die hier vorgeschriebene Anzeige des Schuldners erfüllt werden könne durch eine mit Ermächtigung des Schuldners vom Gläubiger vorgenommene Mitteilung. Von Seiten des Schuldners Meyer-Spörry selbst ist nämlich eine Anzeige an den bisherigen Gläubiger, daß im Umfange seiner Befriedigung die Forderung auf den zahlenden Kläger übergehen solle, zugegebenermaßen niemals erfolgt; der Kläger beruft sich vielmehr darauf, daß die gesetzlich erforderliche Anzeige an den Gläubiger Rüsch bzw. dessen Zessionäre Leuenberger und Günsburger in seinem Schreiben vom 3. Januar 1908 an Notar Ründig liege. Nun kann allerdings im allgemeinen eine Notifikation auch durch Stellvertreter geschehen; allein speziell im Falle des Art. 126 Ziffer 3 OR spricht doch die Fassung des Gesetzes, in Verbindung mit der seiner Entstehungsgeschichte zu entnehmenden Tendenz, unzweifelhaft dafür, daß das Wort „Schuldner“ hier im Gegensatz zum „Gläubiger“ gemeint ist. Jedenfalls kann sich der zahlende Dritte für seine Bevollmächtigung zur gesetzlich vorgeschriebenen Anzeige an den bisherigen Gläubiger, an Stelle des Schuldners, daß er für den bezahlten Betrag in die Gläubigerrechte eintrete, nicht einfach auf die Tatsache der Einwilligung des Schuldners in diesen Forderungs-

übergang berufen. Denn wenn dies im Sinne des Gesetzes genügen sollte, so wäre nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber in Ziffer 3 des Art. 126 nicht lediglich auf den Fall der Vereinbarung zwischen dem zahlenden Dritten und dem Schuldner, daß die bezahlte Forderung auf jenen übergehe, abgestellt hätte. Indem das Gesetz ausdrücklich von einer Anzeige des Schuldners an den (bisherigen) Gläubiger spricht, kann es wohl nur die Meinung haben, daß zur Vereinbarung zwischen dem zahlenden Dritten und dem Schuldner über die Subrogation noch eine besondere Erklärung des Schuldners gegenüber dem bisherigen Gläubiger hinzukommen müsse, um die Rechtswirkungen des gesetzlichen Forderungsübergangs herbeizuführen.

Übrigens könnte im hier gegebenen Falle eine Ermächtigung des Klägers seitens des Schuldners Meyer-Spörry zur Vornahme der streitigen Anzeige an seiner Stelle aus der allein in Betracht fallenden Erklärung Meyers gegenüber dem Kläger vom 2. Januar 1908 nicht abgeleitet werden. Denn dafür, daß die Forderung Rüschs mit der Abzahlungsleistung des Klägers, zu welcher Meyer diesen „ermächtigte“, für deren Betrag von 5000 Mk. auf den Kläger übergehen solle, ist in dieser Erklärung mit keinem Worte die Rede, und ebensowenig vom Übergang eines dem Gläubiger Rüscli bereits zustehenden Pfandrechts. Gegenteils bemerkte der Schuldner, „er räume dem Herrn Rüscli eine Faustpfandforderung im II. Range auf den Titeln ein“, stellte sich also dem Kläger gegenüber auf den Standpunkt, daß auch der bisherige Gläubiger erst jetzt ein Pfandrecht, und zwar ein demjenigen des Klägers nachgehendes Pfandrecht, erhalte (was freilich dem Inhalte des „Schuldscheins mit Faustpfandbestellung“ vom 28. November 1907 widerspricht). Der Vertreter des Klägers hat in seinem heutigen Vortrage eine Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Schuldner Meyer-Spörry, des Inhalts, daß die Forderung des bisherigen Gläubigers nebst deren Accessorien, insbesondere dem Pfandrecht, auf den Kläger im Umfange seiner Zahlung übergehen solle, zu Unrecht daraus abzuleiten versucht, daß der Schuldner in seiner Erklärung vom 2. Januar 1908 den Kläger ermächtigt hat, Zahlung zu leisten „auf Grund dieses Depositions“ (scil. der fraglichen Titel), und daß der Kläger in

seinen Antwortschreiben an den Schuldner und an Dr. Ründig vom gleichen Tage bestätigt hat, daß er gegen seine Zahlung das Pfandrecht im I. Range an den Titeln in Anspruch nehme. Aus dem Zusammenhange der erwähnten Schriftstücke geht klar hervor, daß es sich dabei nicht um die Übertragung eines Pfandrechts des bisherigen Gläubigers auf den Kläger, also um den gesetzlichen Rechtsübergang des Art. 126 OR, sondern vielmehr um die vertragliche Begründung eines neuen Pfandrechts zu Gunsten des Klägers handelte, gerade im Gegensatz zu demjenigen des alten Gläubigers, das der Schuldner im Verkehr mit dem Kläger, wie bereits betont, seiner Schuldbriefverpflichtung zuwider als im II. Range nachstehend bezeichnet hatte. Übrigens scheint der Kläger selbst ursprünglich keineswegs der Meinung gewesen zu sein, daß er mit seiner Zahlung vom 2. Januar 1908 die Forderung Rüschs im abbezahlten Betrage erworben habe. Denn nach dieser Auffassung hätte der Kläger den Gegenwert für seine Zahlung in Gestalt der schuldbriefgemäßen Forderung Rüschs im gleichen Betrage erhalten und daher eben diese Forderung als Anspruch gegenüber dem Schuldner aus seiner Zahlung in den für dieses Rechtsverhältnis angelegten Separatkonto buchen sollen. Tatsächlich aber hat er — laut Kontoabschluß vom 30. Juni 1908 — seine Zahlung mit dem Betrage des ausgelegten Geldes als solchem (in Schweizer Währung) gebucht und diesen Betrag auch nicht zum unveränderlichen Schuldbriefzins von $4\frac{1}{2}\%$, sondern zum wechselnden Konto-Korrent-Zins von zunächst 5% dem Schuldner in Rechnung gebracht. Er wollte also selbst offenbar die Zahlung nicht zum eigenen Erwerb der dadurch abgelösten Forderung des bisherigen Gläubigers verwenden, sondern ihren Betrag dem Schuldner zur Tilgung jener Forderung als pfandversichertes Darlehen vorstrecken. Folglich kann er die Bürgschaft der Beklagten für diese erste Zahlung nicht in Anspruch nehmen.

9. — Was sodann die Zahlung der zweiten 5000 Mk., vom 23. Januar 1909, betrifft, ist die rechtliche Situation des Klägers insofern anders, als er im Zeitpunkte dieser Zahlungsleistung unbestreitbar bereits Pfandgläubiger war: Er hatte nach dem Gesagten für seine frühere Zahlung ein Faustpfandrecht an den in seinen Gewahrsam gebrachten Titeln erlangt, und zwar,

nach seiner Vereinbarung mit dem Schuldner, ein demjenigen des ursprünglichen Gläubigers bzw. nunmehr seiner Zessionare für ihre Restforderung vorgehendes Pfandrecht. Nun darf auch dem vorgehenden Pfandgläubiger das Recht zur Ablösung eines nachstehenden Pfandrechts im Sinne der Art. 126 Ziffer 2 OR unbedenklich zuerkannt werden. Denn während im gemeinen Recht die Frage, ob das jus offerendi auch dem vorgehenden gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger zukomme, sehr bestritten war (vergl. Windscheid, Pandekten, 6. Aufl., § 233 b Anmerkung 14), und die umgearbeitete Departementsvorlage des schweizerischen OR, vom 19. Januar 1884, gleich dem Code Napoléon (Art. 1251 Ziffer 1), die Zulässigkeit der Subrogation ausdrücklich auf den Eintritt des nachstehenden in die Rechte des vorgehenden Pfandgläubigers beschränkt hatte, ist der endgültige Gesetzestext allgemein gehalten und verbietet demnach die fragliche Unterscheidung, verleiht also allen Pfandgläubigern in gleicher Weise das Subrogationsrecht.

Allein auch für diese zweite Zahlung gilt das oben mit Bezug auf die erste Ausgeführte, daß sie nämlich nach der Ansicht der Beteiligten, speziell des Klägers selbst, gar nicht den Übergang der bezahlten Forderung auf den Kläger sondern lediglich die Tilgung der Schuld bezweckte und daher diesen Rechtsübergang auch nicht bewirkt hat. Auch auf sie findet gemäß den vorstehenden Erwägungen weder die Ziffer 2, noch die Ziffer 3 des Art. 126 OR Anwendung.

10. — Nach dem Gesagten besteht die Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten aus der Schuldburkunde vom 28. November 1907 nur noch für die durch die beiden Zahlungen des Klägers nicht getilgte Restschuld von 15,000 Mk. zu Recht. Diese Schuld aber ist durch den Pfanderlös im Konkurse des Schuldners Meyer-Spörry vollständig gedeckt worden. Der vom Kläger geltend gemachte weitergehende Anspruch entbehrt somit der Begründung und ist in Abänderung des kantonalen Entscheides abzuweisen; —

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird gutgeheißen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 20. Juni 1911 dahin abgeändert, daß die Klage abgewiesen wird.

77. Urteil vom 1. Dezember 1911 in Sachen **Zuckermühle Rapperswil A.-G.**, Kl. u. Ber.=Kl.,
gegen „**Weinmann & Kopp**, Zuckermühle“, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Frage der genügenden Unterscheidbarkeit zweier Firmen (Art 868 u. 876 OR). Unerheblichkeit der Verfügung der Registerbehörde über die Zulassung einer Firma, gemäss Art. 21 u. 30 der Verordnung über das Handelsregister v. 6. Mai 1890, für die richterliche Beurteilung dieser Frage. — Das Recht des « ausschliesslichen » Gebrauchs der Firma im Sinne des Art. 876 OR besteht nicht hinsichtlich der Verwendung der sprachgebräuchlichen Geschäftsbezeichnungen, (hier « Zuckermühle ») als Firmenbestandteile; solche darf vielmehr jeder Inhaber eines Geschäfts der bezeichneten Art verwenden, sofern nur seine Firma als Ganzes dem Erfordernis der deutlichen Unterscheidung des Art. 868 OR genügt. Bejahung dieser Voraussetzung im hier gegebenen Falle; mangelnder Nachweis tatsächlich vorgekommener Verwechslungen. — Illoyale Konkurrenz (Art. 50 OR)? Zulässigkeit der Erhebung einer weiteren Klage auf Grund neuen, der Beurteilung vorliegend noch nicht unterstellten Tatsachenmaterials.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Die Klägerin ist seit dem Jahre 1906 als Aktiengesellschaft mit Sitz in Rapperswil, zum Betriebe einer Zuckermühle nebst Handel mit Zuckerprodukten, Drogen und Gewürzen, unter der Firma „Zuckermühle Rapperswil A.-G.“ im Handelsregister eingetragen.

Im Herbst 1910 gründeten ein bisheriger Angestellter der Klägerin, Hans Kopp, und ein Arthur Weinmann zusammen eine Kollektivgesellschaft, ebenfalls zum Zwecke des Betriebes einer Zuckermühle in Rapperswil, und meldeten als Gesellschaftsfirma zur Eintragung in's Handelsregister an: „Weinmann & Kopp, Zuckermühle Rapperswil“. Der Handelsregisterführer verweigerte die Eintragung dieser Firma, mit dem Bemerken, der Zusatz: „Zuckermühle Rapperswil“ sei unzulässig wegen der bereits eingetragenen Firma der Klägerin. Hierauf änderte die Kollektivgesellschaft ihre Anmeldung ab in: „Weinmann & Kopp, Zucker-