

angeführten wirtschaftlichen Gründe, die ihn bestimmten, von einem Neubau abzusehen, seien so überzeugend, dass jedenfalls nicht gesagt werden könne, es habe ihm an gutem Willen gefehlt, und er habe etwa den Wiederaufbau nur deshalb unterlassen, um den ihm unbequem gewordenen Verpflichtungen aus dem Vertrag zu entgehen. Es könne übrigens mit Bestimmtheit angenommen werden, dass die Vergütung der Brandassekuranz für die Erstellung eines Neubaus nicht ausgereicht haben würde. Die Brandassekuranz habe ihm 113,340 Fr. ausbezahlen wollen, indem sie den Wert der übrig gebliebenen Reste auf 11,660 Fr. und das ganze Gebäude auf 125,000 Fr. geschätzt habe. Dabei sei jedoch bereits ein Abzug für Altersentwertung des abgebrannten Gebäudes gemacht, und es sei ferner naheliegend, dass die Schätzungen der Brandassekuranz eher niedrig gehalten seien. Dazu komme, dass der Brand in eine Zeit gefallen sei, in welcher mit gesteigerten Baukosten habe gerechnet werden müssen und auch auf vorsichtige Voranschläge nicht unbedingt habe abgestellt werden können.

Gegenüber der Einwendung der Kläger, es hätte auch untersucht werden sollen, ob nicht nach den Preisen vom April 1922 ein Wiederaufbau angängig gewesen wäre, ist mit der Vorinstanz daran festzuhalten, dass dem Beklagten nicht zugemutet werden konnte, jahrelang mit der Entschliessung, ob er wieder aufbauen wolle, zuzuwarten; denn es wäre eine unerträgliche Erschwerung seiner persönlichen Verhältnisse, wenn er die Neugestaltung seiner geschäftlichen Einrichtungen für so lange hätte in der Schwebe lassen müssen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. April 1922 bestätigt.

56. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. September 1922
i. S. Spar- und Leihkasse Bern gegen Ursenbacher.

Bürgerschaft: Unbeachtlicher Rechtsirrtum begründet in der irrigen Annahme einer gültigen Faustpfandbestellung. — Stillschweigende Zusicherung des Gläubigers an den Bürgen bei Entgegennahme der Bürgerschaft, für die vom Hauptschuldner versprochene Bestellung eines Faustpfandes besorgt zu sein. Haftung des Gläubigers für die Folgen der Nichtbestellung.

A. — Unterm 31. Juli 1921 stellte Ernst Kaufmann, Alteisenhändler in Nidau, der Spar- und Leihkasse Bern folgenden Eigenwechsel aus :

« Am 31. Oktober 1921 nächsthin zahle ich gegen diesen Sola-Wechsel, ohne Präsentation, im Kassalokal an die Ordre der Spar- und Leihkasse in Bern die Summe von Franken zwanzigtausend, den Wert bar erhalten, hiefür, sowie für alle andern Forderungen, welche die Spar- und Leihkasse in Bern aus irgend einem Rechtsgrund an mich zu fordern hat und in Zukunft noch zu stellen haben wird, verschreibe und übergebe ich der Spar- und Leihkasse in Bern unter gleichzeitiger Abtretung der auf den Namen lautenden Wertpapiere im Sinne von Art. 901 Abs. 2 ZGB zu Pfand : 1 Partie Lumpen, laut meinem Verzeichnis vom 22. Januar und 12. November 1920 in m/ Lager in Nidau, mit einem Exportwert von ca. 30,000 Fr. mit der Verpflichtung, sämtliche Ausgänge diesem Wechsel zuzuführen. »

Der Kläger Ursenbacher hat diesen Wechsel als Bürge unterzeichnet. Ursprünglich lautete der Wechsel bei gleichem Kontexte auf 37,000 Fr.; unter sechsmaliger Erneuerung hat ihn dann der Schuldner Kaufmann bis auf 19,000 Fr. abbezahlt. Die letzte Teilzahlung von 1000 Fr. erfolgte im September 1921. Das Pfandrecht an den Lumpen wurde in der Folge nie bestellt; diese verblieben in der Verfügungsgewalt des Schuldners Kaufmann. Mit Schreiben vom 13. Dezember 1921

machte die Beklagte den Kläger darauf aufmerksam, dass der Eigenwechsel des am 8. Dezember verstorbenen Hauptschuldners am 31. Oktober 1921 verfallen sei. Sie sei indessen bereit, die Sache durch einen Schuldschein zu regeln, damit nicht Barzahlung erfolgen müsse. In seiner Antwort vom 16. Dezember 1921 führte der Anwalt des Klägers aus, dass nach Aussage seines Klienten für die Forderung Waren als Faustpfand haften, sodass der Kläger erst nach Verwertung derselben für einen allfälligen Ausfall in Anspruch genommen werden könne. Daraufhin schrieb die Beklagte am 19. Dezember zurück, sie könne sich nicht entschliessen, die Durchführung des Konkurses Kaufmann, « bezw. die Verwertung der Pfänder abzuwarten ». Sollte der Kläger nicht zur Regelung der Sache Hand bieten, so müsste nach Ablauf der Weihnachtsferien gegen ihn Betreibung eingeleitet werden. Am 20. Dezember 1921 erkundigte sich der Anwalt des Klägers, ob die Wechselforderung und das Pfandrecht im Konkurse des Kaufmann angemeldet und anerkannt worden seien und welchen Wert das Faustpfand heute approximativ habe, worauf ihm die Beklagte am 21. Dezember 1921 antwortete, die Anmeldung der Forderung « mit Geltendmachung des Pfandrechts » werde erfolgen, sobald die Konkurspublikation erschienen sei. Wie die Pfänder bewertet werden können, entziehe sich ihrer Kenntnis. Mit Schreiben vom 22. Dezember gab der Anwalt des Klägers seinem Erstaunen darüber Ausdruck, dass die Beklagte über den Wert der Pfänder nicht orientiert sei. Daraus könne gefolgert werden, dass dieselben gar nie in ihren Besitz und Gewahrsam übergegangen seien und daher, wenn dies zutreffen sollte, ein gültiger Pfandvertrag nicht vorliege. Er müsse sie deshalb bitten, ihm den Faustpfandvertrag zur Prüfung zuzustellen. Hierauf erwiderte die Beklagte am 28. Dezember, dass sie die Forderung gegenüber Kaufmann in dessen Konkurs anmelden und « das Pfandrecht geltend machen

werde ». Der Kläger werde im Konkursverfahren Gelegenheit haben, die ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel einzusehen.

Im Januar 1922 belangte sodann die Spar- und Leihkasse den Kläger Ursenbacher als Bürgen im Betreibungswege auf Zahlung der noch ausstehenden 19,000 Fr. Auf dessen Rechtsvorschlag hin wurde ihr durch Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 7. März 1922 die provisorische Rechtsöffnung für die in Betreibung gesetzte Forderung von 19,000 Fr. nebst 7% Zins seit 31. Oktober 1921 erteilt.

B. — Hiegegen richtet sich die vorliegende Aberkennungsklage mit dem Begehren um Aberkennung dieser Forderung nebst 113 Fr. 40 Cts. Rechtsöffnungskosten. In der Begründung bestreitet der Kläger die Rechtsverbindlichkeit der eingegangenen Bürgschaft, indem er in erster Linie geltend macht, er sei von der Beklagten dadurch absichtlich getäuscht worden, dass sie ihn mit dem von ihr geschriebenen Pfandvermerk in den Glauben versetzt habe, es handle sich um eine formrichtige Verpfändung der bezeichneten Waren, während eine gültige Faustpfandbestellung gar nicht erfolgt sei. Allerdings habe er mit der Bank nie persönlich verkehrt, allein die Täuschung sei auch von Seiten des Wechselschuldners Kaufmann begangen worden, der als Vertreter der Beklagten die Unterschrift eingeholt und dabei die Versicherung abgegeben habe, es handle sich bloss um eine Formsache, und es riskiere der Kläger mit Rücksicht auf die Verpfändung nichts. Dieses dolose Verhalten ihres Vertreters habe die Beklagte zu verantworten.

Sodann beruft sich der Kläger für die Unverbindlichkeit des Vertrages auf wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 24 Ziff. 1, 3 u. 4. Er habe sich nur für eine durch Faustpfand sichergestellte Forderung verpflichten wollen; tatsächlich aber habe er seine Zustimmung zu einem ganz andern Vertrage erklärt und damit auch

eine Leistung von erheblich grösserem Umfang versprochen als es sein Wille gewesen sei. Endlich habe er die Existenz einer gültigen Pfandbestellung auch als notwendige Grundlage des von ihm eingegangenen Vertrages betrachten dürfen. Eventuell stelle sich die persönliche Verpflichtung des Schuldners Kaufmann aus dem Pfandvermerk als Sicherheit im Sinne von Art. 509 OR dar, und es sei daher die Beklagte für deren Verminderung verantwortlich. Kaufmann habe tatsächlich grössere Posten der in den Verzeichnissen vom 22. Januar und 12. November 1920 aufgeführten Waren veräussert, ohne den jeweiligen Erlös zur Abzahlung des Wechsels zu verwenden. Den daraus erwachsenen Schaden habe die Beklagte an sich zu tragen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem sie ausführte: Aus dem Pfandvermerk gehe deutlich hervor, dass die Waren im Lager des Schuldners Kaufmann verblieben und somit eine Besitzesübertragung nicht stattgefunden habe. Von einer absichtlichen Täuschung könne daher keine Rede sein; auch Kaufmann habe sich einer solchen nicht schuldig gemacht, jedenfalls aber werde bestritten, dass er als Vertreter der Bank gehandelt habe. Der Irrtumsstandpunkt gehe fehl, indem es sich wie im Rechtsöffnungsentscheid zutreffend ausgeführt werde, um einen Irrtum im Motiv oder um einen Rechtsirrtum handle, der nach Gesetz und Praxis unbeachtlich sei. Art. 509 OR sei nicht anwendbar; eventuell sei für den Kläger ersichtlich gewesen, dass der Pfandvermerk nur eine obligatorische Verpflichtung darstellte. Kaufmann sei gestattet worden, die Ware zu behalten, um sie ungehindert verkaufen und den Erlös zur Abtragung seiner Schuld verwenden zu können. Eine besondere Aufsichtspflicht der Beklagten habe nicht bestanden. Eventuell habe Kaufmann der eingegangenen persönlichen Verpflichtung nicht zuwidergehandelt. Die relativ niedrige Schätzung der Waren durch das Konkursamt sei nicht auf eine

vertragswidrige Verwendung, sondern auf die ausserordentliche Entwertung derselben zurückzuführen. Aber auch wenn es sich so verhielte, wie der Kläger behauptete, wäre für ihn kein Schaden entstanden, da es nach dem Konkursausbruch ganz gleichgültig gewesen sei, ob die Waren noch vorhanden waren oder nicht, da sie nach der dem Kläger bekannten Sachlage doch nicht zur privilegierten Deckung des fraglichen Wechsels hätten Verwendung finden dürfen.

C. — Mit Urteil vom 6. Juli 1922 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Einrede des wesentlichen Irrtums gutgeheissen und demgemäss die Forderung von 19,000 Fr. nebst 7% Zins seit 31. Oktober 1921 und 113 Fr. 40 Cts. Rechtsöffnungskosten aberkannt.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, die Klage gänzlich, eventuell teilweise abzuweisen und die Sache, wenn nötig, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie bemerkte dabei, angesichts des Rechtsöffnungsentscheides vom 7. März 1922 habe sie keine Veranlassung gehabt, sich in erster Instanz auf Art. 25 Abs. 2 OR zu berufen. Dies werde hiermit nachgeholt und die Bereitschaft erklärt, den Bürgschaftsvertrag gelten zu lassen, wie ihn der Aberkennungskläger Ursenbacher verstanden haben will, sofern das Bundesgericht wider Erwarten den Standpunkt der I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes teilen sollte.

E. — In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten diese Anträge erneuert. Der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Zunächst unterliegt keinem Zweifel, dass, wie auch die Vorinstanz mit Recht annimmt, ein gültiges Faustpfand an der im Wechsel genannten Partie Lumpen zu Gunsten der Beklagten als Gläubigerin wegen Nicht-

erfüllung des gesetzlichen Erfordernisses der Besitzesübertragung nicht begründet worden ist. Der Kläger beruft sich hierauf für die Unverbindlichkeit der Bürgschaftsverpflichtung mit der Begründung, dass er sich bei Eingehung der Bürgschaft in einem wesentlichen Irrtum befunden habe, indem er von der Annahme ausgegangen sei, das Pfand sei gültig bestellt und die zu verbürgende Schuld durch dasselbe gesichert. Die Vorinstanz hat diesen Standpunkt auf Grund der Erwägung gutgeheissen, dass dieser Irrtum einen Sachverhalt betroffen habe, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages habe betrachtet werden dürfen. Dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden. Mit dem Vorderrichter ist allerdings anzunehmen, dass der Kläger in der Tat glaubte, es bestehe ein gültiges Pfandrecht. Allein diese unrichtige Annahme des Klägers beruhte nicht auf einer irrümlichen Auffassung über den Vertragstatbestand, wie er dem zwischen dem Wechselschuldner Kaufmann und der Beklagten vereinbarten Pfandgeschäft zu Grunde lag, d. h. über die in der Pfandklausel verkündeten Tatsachen, sondern auf einer solchen über die Rechtsfolgen derselben, nämlich dass dadurch eine rechtsgültige Pfandverhaftung der Lumpen zu Gunsten der Bank zustande gekommen und damit die zu verbürgende Forderung dinglich gesichert sei. Diese Meinung des Klägers stützte sich somit auf eine rechtsirrigte Beurteilung ihm bekannter Tatsachen, die ihre Quelle in einer falschen Vorstellung über die das Fahrnispfand beherrschenden Rechtsnormen hatte. Ein solcher Rechtsirrtum aber, der lediglich die wirtschaftliche Tragweite der Bürgschaftsübernahme betraf, und insofern nur als Irrtum im Beweggrunde wirksam war (vgl. v. TUHR, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. Bd. 15 S. 307), vermochte die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages nicht zu beeinträchtigen, es sei denn, dass er durch betrügerische, vom Gläubiger

zu vertretende Handlungen herbeigeführt worden wäre. Allein von einer absichtlichen Täuschung des Klägers durch die Bank, darin liegend, dass sie bei ihm wider besseres Wissen den Glauben an das Vorliegen einer dinglichen Sicherung der Forderung erweckt hätte, kann keine Rede sein, da die Beklagte selbst, wie aus ihrem Schreiben vom 21. Dezember 1921 hervorgeht, noch im damaligen Zeitpunkt der Meinung war, sie besitze ein gültiges Pfandrecht an den Lumpen. Ausserdem hat die Beklagte nach dem eigenen Zugeständnis des Klägers nie persönlich mit ihm verkehrt. Dass sie aber für ein allfälliges arglistiges Verhalten des Wechselschuldners Kaufmann, wofür übrigens nach den Akten alle Anhaltspunkte fehlen, nicht verantwortlich gemacht werden könnte, bedarf keiner weitem Erörterung.

2. — Wenn nun aber durch die in die Wechselurkunde aufgenommene Erklärung des Hauptschuldners Kaufmann, die fraglichen Waren der Beklagten zu Pfand zu übertragen, an sich noch keine gültige Verpfändung stattgefunden hat, so lag darin doch wenigstens die Verpflichtung, diese Übergabe vorzunehmen und damit denjenigen Rechtsakt zu vollziehen, durch welchen dann das der Beklagten einzuräumende dingliche Recht begründet worden wäre. Die Beklagte hatte durch diese Erklärung des Hauptschuldners einen obligatorischen Anspruch auf Begründung des Pfandrechts an den gedachten Waren erlangt, und der Bürge durfte darauf zählen, dass die Beklagte diesen für sie und ihn selbst wertvollen Anspruch nicht preisgeben, sondern selbstverständlich gestützt auf denselben nunmehr die Bestellung des Pfandrechts erwirken werde. Umgekehrt konnte die Beklagte darüber ihrerseits nicht im Zweifel sein, dass der Kläger sich nur gestützt auf diese vom Hauptschuldner eingegangene Verpflichtung zur Pfandbestellung und im Vertrauen darauf als Bürge dargab, dass die Beklagte ihre Erfüllung bewirken, also den

Hauptschuldner zur ordnungsmässigen Pfandbestellung verhalten werde. Unter diesen Umständen lag in der Entgegennahme der Bürgschaft die stillschweigende Zusicherung des Gläubigers an den Bürgen, für die vom Hauptschuldner versprochene Bestellung des Pfandrechts besorgt zu sein, und die Beklagte kann demzufolge nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vom Kläger keine weitergehende Leistung fordern, als die, zu welcher er durch seine Bürgschaft so wie so, d. h. auch dann verpflichtet wäre, wenn sie sich das Pfand dinglich hätte bestellen lassen; m. a. W. sie kann gegen den Kläger ihre Forderung nur unter Abzug des Erlöses, der ihr aus den versprochenen Pfändern zugekommen wäre, geltend machen.

Abgesehen hievon wurde die Beklagte dem Kläger in Bezug auf die Sicherheit, welche in dem obligatorischen Anspruch auf Pfandbestellung lag, auch nach Art. 509 und 505 OR verantwortlich. Nach Art. 505 kann der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigt, verlangen, dass dessen Rechte auf ihn übergehen. Nachdem nun die Beklagte ihren obligatorischen Anspruch gegenüber dem Hauptschuldner auf Einräumung eines Pfandrechts dadurch verscherzt hat, dass sie ihn nicht rechtzeitig, d. h. bevor der Hauptschuldner in Konkurs geraten war, geltend machte, hat sie dem Kläger die Ausübung dieses Eintrittsrechts verunmöglicht.

3. — Um beurteilen zu können, ob der Kläger der Beklagten aus der Bürgschaft etwas schulde und eventuell wieviel, wäre somit zu ermitteln gewesen, bis zu welchem Betrag ihre Forderung an den Hauptschuldner aus der Verwertung der ihr versprochenen Pfänder gedeckt worden wäre, wenn diese ordnungsmässig bestellt worden wären. Auch von dem Standpunkte aus, aus welchem die Vorinstanz die Aberkennungsklage zugesprochen hat, ergäbe sich übrigens gemäss Art. 25 Abs. 2 OR das gleiche Resultat, angesichts der in der Berufungserklärung abgegebenen Erklärung der Beklagten, den Bürgschaftsvertrag so gelten zu lassen,

wie ihn der Aberkennungskläger verstanden wissen wolle. Nun haben es aber die Parteien unterlassen, in der kantonalen Instanz irgend welche Angaben darüber zu machen, wie viel von den zu Pfand versprochenen Waren im Konkurse des Hauptschuldners überhaupt zur Verwertung gelangt seien und was daraus gelöst worden sei. Unter diesen Umständen ist es auf Grund der vorliegenden Akten unmöglich, festzustellen, ob und in welchem Umfange die Bürgschaftsforderung, deren Aberkennung verlangt wird, heute zu Recht bestehe. Eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Beweiserhebung über die in der angegebenen Richtung relevanten Tatsachen erscheint deshalb nicht angängig, weil es an den erforderlichen Parteienbringen gebricht. Es bleibt darnach nur die Lösung des Prozesses übrig, die Aberkennungsklage angebrachtermassen (vgl. JAEGER, Komm., I. Ergänzung: Art. 83 Anm. 10), beziehungsweise in dem Sinne zuzusprechen, dass festgestellt wird, es bestehe keine liquide, auf Grund der vorliegenden Akten heute schon ziffermässig bestimmbare Forderung gegen den Bürgen, für welche der Beklagten hätte Rechtsöffnung erteilt werden können, dass es aber anderseits der Beklagten vorbehalten bleiben muss, in einem besondern Verfahren darzutun, dass und in welchem Betrage ihre Hauptforderung auch dann ungedeckt geblieben wäre, wenn sie sich rechtzeitig die vom Hauptschuldner versprochenen Pfänder hätte bestellen lassen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils wird die Aberkennungsklage im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und darnach festgestellt, dass der Kläger von der Beklagten grundsätzlich nur für denjenigen Betrag der verbürgten Forderung belangt werden kann, welcher durch die Verwertung der ihr versprochenen Pfänder nicht gedeckt worden wäre.