

dem der Beklagte alles aufbieten musste, um den Tob-süchtigen zu beruhigen, der eine schwere Gefahr für sich und seine Umgebung bedeutete. Insbesondere kann unerörtert bleiben, ob mit Rücksicht auf diesen Notfall die Ausserachtlassung der potenzierenden Wirkung als blosser durch die Umstände entschuldigbarer und daher die Haftbarkeit ausschliessender Fehlgriff oder aber als Kunstfehler zu bezeichnen wäre.

d) Was schliesslich die von den Klägern ebenfalls als fehlerhaft beanstandete Nachbehandlung, d. h. die Einspritzung von Herzstärkungsmitteln, anbelangt, so ist auch diesbezüglich eine Verantwortlichkeit des Beklagten zu verneinen. Der Experte führt aus, dass die verabreichten Mengen zwar etwas zu schwach gewesen und zu spät angewendet worden seien, dass aber ein anderer Verlauf bei früherem und energischerem Eingreifen nicht wahrscheinlich sei. Zudem könne auch die Verabreichung starker Dosen von Herzmitteln schädlich wirken, indem die belebende Wirkung in das Gegenteil umschlage.

5. — Ist somit eine Haftbarkeit des Beklagten mangels Verschuldens zu verneinen, so sind Berufung und Klage abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. März 1938 wird bestätigt.

36. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Juni 1938

i. S. Pfister und Konsorten gegen Bank in Langenthal.

Bürgschaft:

Ist dem Gläubiger erkennbar, dass der Bürge die Meinung hat, sich für einen Baukredit zu verbürgen, und behandelt er dann den Kredit als gewöhnlichen Kontokorrentkredit, so entfällt die Haftung des Bürgen.

A. — Am 16. Januar 1932 stellte Hans Schwenter bei der Bank in Langenthal ein Baukreditgesuch im Betrage

von Fr. 16,000.— zwecks Erstellung eines Wohnhauses mit Scheune auf einem Grundstück in Balsthal, Grundbuch Nr. 614, im Halte von 5 ½ Jucharten, welches er um Fr. 11,500.— gekauft hatte. Als Sicherheit für den nachgesuchten Kredit offerierte er der Bank einen Eigentümerschuldbrief von Fr. 19,000.— im Nachgang von Fr. 7000.— auf dem fraglichen Grundstück als Faustpfand, sowie die Verbürgung durch Friedrich Pfister, Oskar Schwenter, Karl Schwenter, Robert Kohler und Christian Schwenter. Mit Schreiben vom 16. Februar 1932 entsprach die Bank dem Baukreditgesuch und forderte den Kreditnehmer auf, den Eigentümerschuldbrief im Betrage von Fr. 19,000.— errichten zu lassen und ihr zu verpfänden, sowie « zu mehrerer Sicherheit für den Kredit » die beigelegte Bürgschaftsverpflichtung durch die in Aussicht genommenen fünf Bürgen unterzeichnen zu lassen. Hans Schwenter kam dieser Aufforderung in allen Teilen nach. Die fünf Bürgen unterzeichneten die Bürgschaftsverpflichtung in der Zeit vom 23. Februar bis 5. März 1932. Gemäss dieser Verpflichtung, für welche die Bank das im Bankverkehr allgemein übliche vorgedruckte Formular verwendete, sollten die Unterzeichner « als unbedingte solidarische Bürgen » haften für die durch faustpfändliche Verschreibung des erwähnten Eigentümerschuldbriefs sichergestellte Schuld des Hans Schwenter von Fr. 16,000.—.

Am 8. März übertrug die Bank einen Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 1540.—, der aus einem dem Hans Schwenter früher gewährten, mit « Baukonto 2 » bezeichneten Kredit herrührte, auf das Konto des neu eröffneten Kredits, der mit « Baukonto 3 » bezeichnet wurde. Ebenfalls am 8. März zahlte die Bank Fr. 4500.— in bar an Hans Schwenter aus. Am 15. März 1932 erfolgte eine weitere Auszahlung an ihn von Fr. 2000.—. Am 18. März 1932 schliesslich zahlte die Bank noch Fr. 3000.— an Hans Schwenter und Fr. 5000.— an den Bürgen Oskar Schwenter aus. Damit war der Kredit bereits um Fr. 40.— überschritten.

Am 9. Juli 1934 wurde über Hans Schwenter der Kon-

kurs eröffnet. Die Bank in Langenthal meldete ihre Forderung, die mit den Zinsen auf Fr. 18,111.— angewachsen war, an. Die Forderung sowie Fr. 197.10 Zinsen wurde im Konkurs zugelassen und von Hans Schwenter anerkannt. Die Verwertung des Grundstückes Balsthal Nr. 164 ergab, da Hans Schwenter darauf gar nicht gebaut hatte, nach Bezahlung des Vorganges von Fr. 7200.— nebst Zinsen nur einen Erlös von Fr. 269.75 zu Gunsten der Bank. Für den Rest ihrer Forderung im Betrage von Fr. 18,038.35 wurde ihr ein Verlustschein ausgestellt.

B. — Gestützt auf die Bürgschaftsverpflichtung vom 23. Februar/5. März 1932 belangte die Bank die Bürgen Friedrich Pfister, Robert Kohler und Christian Schwenter solidarisch auf die Bezahlung der Verlustscheinsforderung von Fr. 18,038.35 nebst 5 % Zins seit 9. Juli 1934, sowie der Betreibungskosten. Von einem Vorgehen gegen die beiden andern Bürgen, Karl und Oskar Schwenter, sah die Bank ab, da diese schon vor Anhebung der Klage zahlungsunfähig geworden waren.

C. — Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage. Sie machen im Wesentlichen geltend, ihre Bürgschaft habe sich auf einen Baukredit bezogen. Die Klägerin habe aber das Geschäft als einen gewöhnlichen Kredit behandelt und die Auszahlungen an den Hauptschuldner gemacht, ohne die übliche und pflichtgemässe Vorsorge dafür zu treffen, dass das Geld zum vorgesehenen Bau auf der Liegenschaft des Hans Schwenter in Balsthal verwendet werde. Dadurch habe die Bank die Treuepflicht gegenüber den Bürgen verletzt und insbesondere verursacht, dass die vom Bau zu erwartende Wertvermehrung der Liegenschaft nicht eingetreten und die weitere, der Klägerin vom Schuldner geleistete Sicherheit, der Eigentümerschuldbrief über Fr. 19,000.—, lastend auf der zu überbauenden Liegenschaft, sozusagen wertlos geblieben sei. Auf diese Weise habe die Klägerin den erlittenen Verlust selbst verschuldet und die Bürgen darum gebracht, durch die Überlassung des Eigentümerschuldbriefs Deckung zu finden.

D. — Der Appellationshof des Kantons Bern erklärte die Einwendung der Beklagten nicht für stichhaltig und schützte mit Urteil vom 23. März 1938 die Klage im Betrage von Fr. 16,312.60 nebst Zinsen und Kosten. Von der Klagesumme wurde lediglich der Betrag von Fr. 1540.—, den die Klägerin aus dem Baukonto 2 herübergenommen hatte, nebst Zinsen, zusammen Fr. 1726.75 in Abzug gebracht.

E. — Gegen das Urteil des Appellationshofes haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat um Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides ersucht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Vorinstanz geht, der Darstellung der Klägerin folgend, davon aus, dass es sich um einen gewöhnlichen Kredit an Hans Schwenter gehandelt habe, der von den Beklagten verbürgt worden sei... Der Kredit sei wohl im Verkehr der Klägerin mit dem Hauptschuldner als Baukredit bezeichnet, dann aber als gewöhnlicher Kredit mit unbeschränktem Verfügungsrecht des Kreditnehmers und Hauptschuldners behandelt worden. Die Bezeichnung als Baukredit sei in den Bürgschaftsvertrag nicht aufgenommen worden, sowenig wie etwa eine sichernde Bestimmung über die Bedingungen der Auszahlung. Auch im Verhältnis zu den Bürgen sei deshalb die Klägerin, mangels Übernahme irgendwelcher anderslautender Verpflichtung, in Bezug auf die Auszahlung und Überwachung des Kredites völlig frei gewesen. Die Kontrolle der Verwendung des Geldes hätte die Klägerin als ein ihr zustehendes Recht gegenüber dem Hauptschuldner ausüben können, ohne aber dazu gegenüber irgendjemand, auch nicht gegenüber den Bürgen, verpflichtet gewesen zu sein.

2. — Diese Argumentation hält einer näheren Prüfung nicht stand...

Bei der Feststellung des Parteiwillens ist wie bei d er

Würdigung der übrigen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen auf die besondere Natur der Bürgschaft als eines Vertrages, durch den sich hauptsächlich nur der eine Teil verpflichtet und zwar zum Vorteil des Gläubigers und zugunsten eines Dritten, des Hauptschuldners. Dabei sind an die Verkehrstreue höhere Anforderungen zu stellen, als wenn die Vertragsparteien sich im Gegensatz der Interessen gegenüberstehen. Die Bürgschaft steht kraft ihrer Eigenart in erhöhtem Masse im Schutz der Bestimmungen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Daher darf der Gläubiger, auch wenn es in der Bürgschaftserklärung nicht zum Ausdruck gelangt ist, die Rechte aus der Bürgschaft nur so geltend machen, wie die Parteien es bei Eingehung der Bürgschaft beabsichtigten (BGE 38 II S. 615; BECKER, Anm. 6 zu Art. 492 OR). Zur Beantwortung der hier wesentlichen Frage, welches und welchen Charakters die von den Beklagten verbürgte Forderung sei, ist dabei neben dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde auch abzustellen auf alle zur Ermittlung des Vertragswillens dienlichen Momente (im gleichen Sinne BGE 44 II S. 64, 48 II S. 208/9).

Die Vorinstanz hat diese Regeln bei der Willensauslegung nicht beachtet, sondern einzig auf eine einzelne Bestimmung des Bürgschaftsaktes abgestellt, der sie zudem eine über ihren Sinn und ihre Tragweite hinausgehende Wirkung beilegte.

3. — Mit Brief vom 16. Januar 1932 ersuchte der Hauptschuldner die Klägerin ausdrücklich um die Gewährung eines Baukredites im Betrage von Fr. 16,000.— mit der genauen Angabe, dass er mit dem Geld auf seinem Grundstück in Balsthal ein Wohnhaus mit Scheune zu erstellen beabsichtige... Weiter erklärte er, er würde « mit dem Land » 5 Bürgen stellen. Vor Abfassung dieses Gesuches hatte der Briefschreiber Hans Schwenter gemäss seiner als Zeuge gemachten Aussage mit den Bürgen persönlich gesprochen und sie angefragt, ob sie einen Baukredit verbürgen würden, und ob er sie der Bank anmelden dürfe...

Durch das Schriftstück, welches das Kreditgesuch und gleichzeitig die Namen der haftungsbereiten Bürgen enthielt, war die Klägerin völlig eindeutig darüber aufgeklärt, dass es sich um einen in seinen Einzelheiten bestimmten Baukredit handle. Sie konnte in guten Treuen nichts anderes annehmen, als dass die Bürgen für diesen so gearbeteten Kredit eintreten wollten, wie dies ja auch der Besprechung des Hans Schwenter mit den Bürgen entsprach. Das durch den Hauptschuldner vermittelte Angebot der Bürgen, eine Bürgschaftsverpflichtung mit der Klägerin eingehen zu wollen, charakterisierte also die zu verbürgende Schuld unmissverständlich.

Nun ist in erster Linie festzustellen, dass die Klägerin nie, weder unmittelbar noch etwa mittelbar durch die Person des Hans Schwenter, den Bürgen eine bestimmte Äusserung zukommen liess, es handle sich um eine andere Schuld, als sie angenommen haben, nämlich um einen gewöhnlichen Kredit. Gewiss hat im allgemeinen der Gläubiger nicht die Pflicht, sich beim Bürgen darüber zu vergewissern, ob dieser über die Art und Natur der zu verbürgenden Hauptschuld im klaren sei. Wenn aber dem Gläubiger klar erkennbar ist, dass der Bürge über den für seine Verbindlichkeit wesentlichen Charakter der Hauptschuld eine Auffassung hat, die sich mit derjenigen des Gläubigers nicht deckt, oder von der der Gläubiger nachträglich bewusst abweichen will, so ist er verpflichtet, dies dem Bürgen vor Eingehung der Bürgschaft kundzutun. Solange das nicht geschieht, darf und muss der Bürge annehmen, die Bürgschaft gelte auf den Grundlagen und für diejenige Hauptschuld, für die sie angeboten wurde.

4. — Nachdem die Klägerin über die Bürgen Erkundigungen eingezogen und sich über das zu bebauende Land noch nähere Angaben hatte machen lassen, erteilte sie dem Hauptschuldner Weisung über Errichtung und Verpfändung eines auf dem Bauland haftenden Eigentümer-schuldbriefes im Betrage von Fr. 19,000.—... Damit war von der Klägerin zunächst gegenüber dem Hauptschuldner

eindeutig der Wille zum Ausdruck gebracht, dass neben der Bürgschaft eine Realsicherheit bestellt werden solle. Die Bürgen unterzeichneten den Bürgschein in der Zeit vom 23. Februar bis 5. März 1932 und liessen ihn durch Hans Schwenter an die Klägerin zurückgehen. Diese nahm ihn an, womit der Bürgschaftsvertrag abgeschlossen war.

Richtig ist, dass sich gemäss dem vorgedruckten Wortlaut des Bürgschaftsaktes die Bürgen als « unbedingte Bürgen » verpflichtet haben. Damit ist aber nichts ausgesagt über den Charakter der Hauptschuld, sondern darunter konnte nur verstanden sein, dass die Rechtswirksamkeit des Bürgschaftsvertrages nicht von einer Bedingung, wie etwa dem Hinzutritt noch weiterer Bürgen, abhängig sein solle. Von der Unbedingtheit der Bürgschaft auf den Charakter der verbürgten Hauptschuld zu schliessen in dem Sinne, dass jeder beliebige Kredit verbürgt sein solle, geht umsoweniger an, als die Worte « als unbedingte solidarische Bürgen » im Rahmen eines Formulars erscheinen und deshalb nicht die Bedeutung eines besonderen Hinweises über den Bürgschaftsvertrag hinaus auf die Art der Hauptschuld beanspruchen können.

Dagegen wird die Hauptschuld, zu der die Bürgschaft als akzessorischer Vertrag hinzutrat, deutlich erwähnt und charakterisiert durch den Ingress der Urkunde. Er lautet: « Herr Johann Schwenter... schuldet der Bank in Langenthal gemäss faustpfändlicher Verschreibung des Eigentümerschuldbriefes haftend auf seiner Liegenschaft vom 4. März 1932 von Fr. 19,000.— den Betrag von Fr. 16,000.—, ... im Range nach Fr. 7200.— Vorgang. »

« Für diese Schuldsumme » — heisst es weiter — ... verpflichten sich die Bürgen. Die Realsicherheit, bestehend in der Verpfändung des erwähnten Eigentümerschuldbriefes, wird also zur Beschreibung der Hauptschuld ausdrücklich erwähnt. Dabei sind Wert, Umfang und Ort der Liegenschaft nicht einmal genannt, was

zeigt, dass die Klägerin ohne weiteres davon ausging, dass den Bürgen die näheren Verhältnisse bekannt seien, und dass man darauf Bezug nehmen könne als auf etwas beiden Parteien Geläufiges in dem Sinne, dass es sich um das bekannte Bauland handle. Damit wurde in Zusammenhang mit dem Kreditgesuch und der Bürgenanmeldung vom 16. Januar 1932 und mangels irgendeiner gegenteiligen Äusserung durch die von der Klägerin vorgenommene Ausfüllung des den Bürgen vorgelegten Formulars diesen erklärt, dass es sich um den nachgesuchten Baukredit für jenes Land handle. Eine andere Auslegung ist nach dem, was voranging, nicht möglich.

Eine andere Auslegung ist aber auch nicht möglich nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr. Der Eigentümerschuldbrief lautete auf Fr. 19,000.— bei einem Vorgang von Fr. 7200.— auf dem leeren Land, das grundsteueramtlich auf nur Fr. 5720.— geschätzt war. Der Eigentümerschuldbrief von Fr. 19,000.— bot also im Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft und der Eröffnung des Kredites der Klägerin keine Sicherheit. Zweifellos war es nicht die Absicht der klägerischen Bank, sich eine Realsicherheit bestellen zu lassen, die für sie keinen Wert hatte, oder gar den Bürgen fälschlicherweise vorzutäuschen, es bestehe eine grundpfändliche Sicherheit, die nötigen Falles mit zur Deckung herangezogen werden könnte. Sondern in guten Treuen konnte die Bank nur die Ansicht haben, die Realsicherheit erhalte durch die vorausgesetzte Bebauung des Grundstückes ihren Wert im Umfange der sukzessiven Geldaufwendung bis zur ungefähren Höhe des Betrages der Hauptschuld, der ja genau dem nachgesuchten Baukredit entsprach. Die Art des Kredites als eines Baukredites war darnach auch nach Ansicht und Absicht der Klägerin festgelegt. Und dadurch, dass sie gegenüber den Bürgen die Hauptschuld durch den Hinweis auf die Realsicherheit, die naturgemäss erst mit dem Bau allmählich ihren Wert erhalten konnte, charakterisierte, gab sie auch innerhalb des Bürgschafts-

verhältnisses ausdrücklich kund, dass es sich um den Baukredit handle, der von Anfang an in Frage war. Auch ohne dass das Wort « Baukredit » als solches darin erwähnt ist, durften und mussten die Bürgen auf Grund des Bürgscheines des Glaubens sein, es handle sich um den Kredit mit dem vorbestimmten Verwendungszweck...

5. — Ist somit der übereinstimmende Wille von Gläubigerschaft und Bürgen hinsichtlich der Verwendung des Kredites festgestellt und ferner dargetan, dass die Zweckgebundenheit des Kredites als Baukredit innerhalb des Bürgschaftsverhältnisses die Voraussetzung und Grundlage des Geschäftes war, so bleibt noch die Frage zu beantworten, ob daraus der Klägerin eine Pflicht erwuchs zur Kontrolle der Verwendung des Geldes und zu einer besonderen Gestaltung des Hauptschuldverhältnisses im Sinne der Eröffnung eines Baukredites, um so die Ausführung des Baues zu sichern. Wird diese Frage bejaht, so hat die Klägerin dadurch, dass sie dem Schuldner einen freien Kontokorrent-Kredit einräumte, das Hauptschuldverhältnis in einer den Bürgschaftsvertrag verletzenden Weise gestaltet.

Die Klägerin und mit ihr die Vorinstanz wollen vom Kredit zu Bauzwecken den « eigentlichen » Baukredit unterscheiden und diesen nur dann als gegeben annehmen, wenn im Krediteröffnungsvertrag die Auszahlung an bestimmte die Ausführung des Bauvorhabens sichernde Vorkehren geknüpft ist. Damit ist indessen nur das Verhältnis des Kreditgebers zum Hauptschuldner berührt, nicht aber die Frage beantwortet, ob jener nicht dadurch, dass er sich von den Bürgen einen zu gewährenden Baukredit sicherstellen lässt, gegenüber den Bürgen verpflichtet ist, dessen richtige Verwendung zu überwachen, insbesondere dann, wenn als weitere Sicherheit eine Hypothek auf dem Bauland haftet.

Im Verhältnis von Gläubiger und Bürgen kann man nicht von eigentlichem und uneigentlichem Baukredit sprechen; der Bürge muss sich darauf verlassen, dass der

Gläubiger den Kreditvertrag so festlege und umschreibe, wie es den beidseitig zum Ausdruck gekommenen Auffassungen und Interessen nach der Verkehrsübung und nach Treu und Glauben entspricht.

Hinsichtlich der Verkehrsübung ist von Bedeutung... die vom ehemaligen Vizedirektor der Klägerin als Zeuge abgegebene Erklärung: « Wäre die Gewährung eines richtigen Baukredites beabsichtigt gewesen und dies auch aus der Bürgschaftsakte hervorgegangen, dann wäre die Auszahlung nur sukzessive, entsprechend dem Fortschreiten des Baues, erfolgt, wie das bei Banken allgemein üblich ist. » ...

Gewiss besteht, wie die Vorinstanz hervorhebt, keine rechtliche Bestimmung, welche die Anwendung besonderer Vorkehren für Baukredite vorschreibt. Den allgemein üblichen Schutz darf aber der Gläubiger dem Bürgen nicht verweigern, besonders dann, wenn die nach allgemeiner Gepflogenheit vorzukehrenden Massnahmen geeignet sind, die gleichlaufenden Interessen von Bürge und Gläubiger gemeinsam zu wahren. Das Gesetz kann nicht alle möglichen Wechselfälle und Vorgänge des Handels und Verkehrs voraussehen und erfassen. Die Sorgfaltpflichten des Gläubigers im einzelnen Fall sind aus dem durch den Bürgschaftsvertrag geschaffenen eigenartigen Verhältnis zu gewinnen, durch das der Bürge meistens ohne jeden Gegenwert einseitig belastet ist und dabei zur Abwendung der Gefahren, die seine Haftung zur Entstehung bringen, nichts zu unternehmen vermag, während der Gläubiger oftmals die Gefahr ganz ausschliessen oder doch vermindern kann, insbesondere beim Baukredit mit hypothekarischer Sicherstellung durch das Baugrundstück. Ist auf diese Sicherheit im Bürgschaftsvertrag gar noch besonders hingewiesen, so weiss der Bürge, dass sich der Gläubiger an sie halten kann und dass dementsprechend im Endergebnis Gefahr und Haftungsumfang sich auch für ihn verringern. Mit dieser für den Bürgen berechtigten Annahme, welche auf die Eingehung der Bürgschaft von wesentlichem Ein-

fluss sein wird, muss der Gläubiger rechnen und danach auch dafür sorgen, dass die naheliegenden, der Übung entsprechenden Voraussetzungen erfüllt werden, welche allein diese Annahme zu rechtfertigen vermögen.

Die Pflicht der Klägerin, den Kredit als « eigentlichen » Baukredit zu behandeln und die Auszahlung demgemäss in einer den Verwendungszweck sichernden Weise vorzunehmen, ergibt sich noch aus einer weiteren Überlegung. Gemäss Art. 505 OR gehen in demselben Masse, als er ihn befriedigt hat, die Rechte des Gläubigers auf den Bürgen über. Bestand für die Hauptschuld ein Grundpfandrecht, so hat der Gläubiger die für den Übergang des Pfandrechtes erforderlichen Handlungen vorzunehmen (Art. 508 Abs. 2 OR). Auf den grundsätzlichen Bestand einer solchen Sicherheit wurden die Bürgen durch die Bürgschaftsurkunde ausdrücklich hingewiesen. Da die Bürgen solidarisches mit dem Hauptschuldner hafteten, war von Anfang an für beide Parteien der Fall denkbar, dass die Bürgen oder einzelne von ihnen den von der Klägerin kreditierten Betrag zahlen und in deren Rechte aus der Verpfändung des Eigentümerschuldbriefes nachrücken würden, um sich daraus zu decken. Der Klägerin war nun, wie früher ausgeführt, die Wertlosigkeit dieses Pfandes im Zeitpunkt der Eingehung des Bürgschaftsvertrages bekannt. Sie wusste, dass die allmähliche Herstellung eines Wertes dieser Sicherheit für sie und die Bürgen ausschliesslich davon abhing, dass auf dem Land des Hauptschuldners gebaut und dass das von ihr geliehene Geld zu diesem Zweck verwendet werde. Unter diesen Umständen verlangte es die Treuepflicht gegenüber den Bürgen, diejenigen Massnahmen nicht zu unterlassen, durch die die zweckmässige Verwendung des Geldes und damit die allmähliche Wertgewinnung des Unterpfandes sichergestellt werden konnte. Solche Massnahmen standen einzig in der Macht der Klägerin, da sie nur mit der Vornahme der Auszahlungen verbunden werden können, wobei die Bürgen nach der Sachlage nicht mitwirken, deren Zeitpunkt und Höhe sie, wie

auch vorliegenden Falles, in der Regel auch gar nicht kennen. Derartige sichernde Massnahmen erscheinen gegenüber der Klägerin umsoeher als zumutbar, als es sich dabei um ihr völlig geläufige und bei Baukrediten übliche Vorkehren handelte, und sodann um blosser Anordnungen, die kein positives Tun und keine besondere Arbeit von der Klägerin erheischten, da lediglich dem Hauptschuldner aufzutragen gewesen wäre, auf die Auszahlungen hin die notwendigen Ausweise beizubringen...

6. — Die Klägerin war also aus dem Bürgschaftsvertrag gehalten, in einer der Übung entsprechenden Weise dem Hauptschuldner einen Baukredit zu eröffnen; nur die Schuld aus einem solchen war von den Bürgen sichergestellt.

Statt dessen hat die Klägerin schon am 16. Februar 1932, noch bevor der Bürgschaftsvertrag abgeschlossen und die Realsicherheit bestellt war, dem Schuldner Hans Schwenter geschrieben, er könne über den Kredit wie gewöhnlich, d. h. frei verfügen. Eine Mitteilung über diese Art der Gestaltung des Hauptschuldverhältnisses ist den Bürgen nicht zugekommen. In völlig unzulässiger Weise übertrug dann die Klägerin zunächst den Saldo von Fr. 1540.— aus einem alten Konto auf den neu eröffneten Kredit. In der Zeit vom 8. bis zum 18. März 1932, also innerhalb 10 Tagen, zahlte sie auf Grund des neuen Kredites Fr. 14,500.— aus, davon Fr. 5000.— an Oskar Schwenter, den Rest an den Hauptschuldner. Damit hat die Klägerin in eigenmächtiger Weise das Hauptschuldverhältnis als freien Kontokorrent-Kredit gestaltet. Und nicht nur das, sie hat die Auszahlungen überhaupt in einer Weise vorgenommen, die mit den praktischen Geldbedürfnissen, wie sie bei einem Neubau bestehen, in gar keinem vernünftigen Zusammenhang stehen. Dies und die unzulässige Übertragung des alten Saldo lässt erkennen, dass die Klägerin nicht im Geringsten darauf bedacht war, die legalen Interessen der Bürgen zu wahren. Das Geld wurde denn auch anderweitig verbraucht und der Bau auf dem Grundstück des

Hauptschuldners gar nicht begonnen. Im Konkurs des Hauptschuldners resultierte aus dem Verkauf jenes Grundstückes für die Klägerin ein Erlös von Fr. 269.75.

Durch ihr Vorgehen hat die Klägerin das Hauptschuldverhältnis entgegen dem Bürgschaftsvertrag gestaltet und der Art nach eine Hauptschuld begründet, für die die Bürgen keine Haftpflicht übernommen haben.

Die Klage muss deshalb abgewiesen werden. Im Verhältnis zum Bürgen Oskar Schwenter, der indessen nicht eingeklagt ist, hätte wohl anders entschieden werden müssen, da er durch die Entgegennahme der Fr. 5000.— die Verwandlung des Baukredites in einen gewöhnlichen Kontokorrent-Kredit offenbar anerkannt hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage in Aufhebung des Urteils des Appellationshofs des Kantons Bern vom 23. März 1938 abgewiesen.

37. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Juni 1938

i. S. Aargauische Hypothekenbank gegen Meier.

Auftrag zu Liegenschafts Kauf.

Aus der Natur des Geschäftes sich ergebendes Nicht-erlöschen des Auftrages bei Tod oder Konkurs des Beauftragten, Art. 405 Abs. 1 OR. Auswirkungen bei Tod des Beauftragten, Ausschlagung der Erbschaft und Nachlasskonkurs; Stellung der Konkursmasse, Art. 211 SchKG.

Auftrag zum Liegenschafts Kauf ist formlos gültig.

Zulässigkeit der Feststellungsklage.

A. — Der Beklagte Meier hegte den Wunsch, eine dem Hotelier Küpfer gehörende Parzelle Rebland in Ennetbaden zu kaufen. Da er nicht auf gutem Fusse stand mit Küpfer, fürchtete er, dieser werde ihm das Grundstück nicht überlassen. Er beauftragte daher den Gemeindegemeinschreiber Berner, das Land im eigenen Namen, aber auf

Rechnung des Auftraggebers zu erwerben. Am 21. März 1936 schloss Berner mit Küpfer den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das Land und bezahlte den Kaufpreis von Fr. 12,000.— in bar. Diesen Betrag hatte Meier fünf Tage zuvor, am 16. März, dem Berner übergeben. Am 4. April 1936 bezahlte Meier an Berner für dessen Tätigkeit die vereinbarte Entschädigung von Fr. 500.—.

Die Übereignung der Liegenschaft von Küpfer auf Berner durch Eintrag im Grundbuch konnte nicht sofort vorgenommen werden, da ein Teil des Landes, ungefähr die Hälfte, mit einem Vorkaufsrecht zu Gunsten eines Dritten belastet war und der Ablauf der Frist für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes abgewartet werden musste.

Am 30. April 1936 schloss Berner mit Meier einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über den vom Vorkaufsrecht nicht belasteten Teil des Grundstücks zu dem bereits bezahlten Preise von Fr. 6000.—.

Am 3. Mai 1936 starb Berner unerwartet. Über seinen überschuldeten Nachlass wurde am 22. Dezember 1936 die konkursamtliche Liquidation eröffnet.

Am 19. Januar 1937 ersuchte Meier das Konkursamt Baden um die Zustimmung, dass das ganze Grundstück von Küpfer direkt auf ihn übertragen werde, womit Küpfer einverstanden sei. Die Konkursverwaltung beschloss, auf die Übernahme des Kaufvertrages zu verzichten und erklärte sich damit einverstanden, dass das Grundstück direkt von Küpfer auf Meier übertragen werde oder dass Küpfer den erhaltenen Kaufpreis von Fr. 12,000.— an die Konkursmasse zuhanden von Meier zurückerstatte.

Die Aargauische Hypothekenbank in Baden, welche Konkursgläubigerin des Berner ist, liess sich am 8. März 1937 von der Konkursverwaltung nach Massgabe von Art. 260 SchKG folgende Rechtsansprüche abtreten :

a) Das Recht, von Küpfer die Erfüllung des Kaufvertrages vom 21. März 1936 und damit das Recht, die Übertragung des fraglichen Grundstückes auf die Konkursmasse zu verlangen. Ferner das Recht, dem Beklagten