

**47. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. September 1933
i. S. Epting und Wagner gegen Levy-Marx.**

Bürgschaft für Schuldbriefforderung.
Die Löschung des Schuldbriefes im Grundbuch bewirkt den Untergang der Schuldbriefforderung und damit der Bürgschaft. Die Berufung des Bürgen hierauf bedeutet keinen Rechtsmissbrauch.

Auslegung des Bürgschaftsvertrages.

Art. 2, 842, 974 ZGB ; Art. 114, 116, 501 OR.

A. — Am 16. Juni 1933 errichteten die Eheleute Herr Keller als Solidarschuldner auf der in ihrem Miteigentum stehenden Liegenschaft Steinentorstr. 6 in Basel, Sektion III Parzelle 164 des Grundbuches Basel-Stadt, einen Inhaberschuldbrief über Fr. 80,000.— im dritten Rang, mit Nachrückungsrecht, bei Vorgängen von Fr. 100,000.— im ersten und Fr. 31,000.— im zweiten Rang. Die Mitverpflichtung der Ehefrau wurde durch die Vormundschaftsbehörde genehmigt. Für den Inhaberschuldbrief von Fr. 80,000.— leisteten die heutigen Kläger Friedrich Epting und Ernst Wagner Solidarbürgschaft. Die Bürgschaftsurkunde gibt den wesentlichen Inhalt des Schuldbriefes (Kapital, Zinsfuss, Zinstermine, Amortisation, Kündigung, Vorgang) wieder, nicht dagegen dessen Ausstellungsdatum. Der Schuldbrief wurde zusammen mit der Bürgschaftsurkunde von den Schuldnern an Lucien Levy begeben.

Als in der Folge die dem Schuldbrief vorgehenden Hypotheken zu einer einzigen Grundpfandverschreibung von Fr. 131,000.— zusammengelegt wurden und der Schuldbrief daher in den zweiten Rang vorrückte, liess der Inhaber Lucien Levy, statt einen blossen Nachrückungsvermerk im Grundbuch und auf dem Titel anbringen zu lassen, im Einverständnis mit den Schuldnern den Titel vom 16. Juni 1933 im Grundbuch löschen und entkräften und gleichzeitig einen neuen, vom 21. September 1934 datierten

Schuldbrief errichten, der sich vom früheren inhaltlich nur darin unterschied, dass er von Anfang an auf den zweiten Rang, mit Nachrückungsrecht, lautete. Auch für diesen Titel wurde die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde für die Mitverpflichtung der Ehefrau eingeholt. Der Notar, der den neuen Schuldbrief errichtete, verband die oben erwähnte, für den früheren Schuldbrief errichtete Bürgschaftsurkunde mit dem neuen Schuldbrief durch Schnur und Siegel. Eine Benachrichtigung der Bürgen von diesen Vorgängen unterblieb jedoch.

Durch Zession vom 20. Dezember 1934 trat Lucien Levy den Schuldbrief vom 21. September 1934 an den heutigen Beklagten Alfred Levy-Marx in Burgdorf ab. Am 9. Juni 1937 kündigte der Beklagte den Schuldbrief auf 15. September 1937 zur Rückzahlung und teilte gleichzeitig den Bürgen mit, dass er sie vor den Schuldnern zu belangen gedenke. Die Bürgen nahmen jedoch den Standpunkt ein, dass sie für den Schuldbrief vom 21. September 1934 keine Bürgschaft eingegangen hätten.

B. — Am 27. August 1937 reichten die Bürgen auf Grund einer mit dem Beklagten getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung beim Zivilgericht Basel-Stadt Klage ein mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass die Kläger keine Bürgschaftsverpflichtung eingegangen seien für den in Händen des Beklagten befindlichen Inhaberschuldbrief von Fr. 80,000.—, eingetragen im zweiten Range auf der Liegenschaft Sektion III Parzelle 164 des Grundbuches der Stadt Basel.

Zur Begründung berufen sie sich wesentlich auf die Tatsache, dass der Schuldbrief vom 16. Juni 1933, auf welchen allein sich ihre Bürgschaftsverpflichtung bezogen habe, im Grundbuch gelöscht worden sei ; damit sei die Bürgschaft kraft ihrer akzessorischen Natur untergegangen.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er bestreitet, dass die Löschung des ersten Schuldbriefes den Untergang der darin verbrieften Forderung zur Folge gehabt habe ; eine Novation sei nicht beabsichtigt gewesen,

sondern nur eine Neuverurkundung. Eventuell stelle die Einwendung der Kläger einen Rechtsmissbrauch dar.

C. — Sowohl das Zivilgericht, wie das Appellationsgericht Basel-Stadt wiesen die Klage ab, im wesentlichen mit der Begründung, dass die beiden Schuldbriefforderungen identisch seien und dass die Berufung der Kläger auf einen allfälligen Untergang der Schuldbriefforderung rechtsmissbräuchlich wäre.

D. — Gegen das Urteil der oberen kantonalen Instanz vom 6. Mai 1938 haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem erneuten Antrag auf Gutheissung ihres Feststellungsbegehrens betr. das Nichtbestehen einer Bürgschaftsverpflichtung.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — ... (Zulässigkeit der Feststellungsklage; vergl. BGE 64 II S. 223).

2. — a) In der Sache selbst ist davon auszugehen, dass es sich bei der von den Klägern verbürgten Forderung um eine *Schuldbriefforderung* handelte, also um eine Forderung, die mit dem Pfandrecht an einem Grundstück untrennbar verbunden und in einer als Wertpapier ausgestalteten Urkunde verkörpert ist. Grundbucheintragung und Ausstellung des Titels bedeuten nicht nur die Verurkundung, sondern die Begründung von Forderung und Pfandrecht, und umgekehrt haben die Entkräftung des Schuldbriefes und die Löschung des entsprechenden Grundbucheintrages den Untergang von Forderung und Pfandrecht zur Folge. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur dann, wenn die Eintragung bzw. Löschung sich als ungerechtfertigt im Sinne von Art. 974 Abs. 2 ZGB herausstellt, d. h. wenn sie ohne Rechtsgrund oder auf Grund eines unverbindlichen Rechtsgeschäftes erfolgt ist; dann bestehen, unter dem Vorbehalt der Rechte gutgläubiger Dritter, trotz dem Grundbucheintrag Forderung und

Pfandrecht nicht, bzw. sie bestehen trotz erfolgter Löschung weiter (sog. materielles Legalitäts- oder Kausalitätsprinzip, vergl. HOMBERGER, N. 3 ff. zu Art. 974 ZGB).

Im vorliegenden Falle haben nun die Parteien des Schuldbriefverhältnisses im gemeinsamen Einverständnis von den Klägern verbürgten Schuldbrief entkräften und den entsprechenden Grundbucheintrag löschen lassen. Damit haben sie den Untergang von Forderung und Pfandrecht herbeigeführt, da keine der oben genannten Ausnahmen zutrifft. Denn die Löschung entbehrte nicht des Rechtsgrundes; sie erfolgte auf Grund der zwischen Schuldbriefgläubiger und -Schuldner getroffenen Vereinbarung. Diese Vereinbarung war auch nicht etwa unverbindlich. Die Vertragsparteien gingen zwar irrtümlicherweise von der Annahme aus, dass die Bürgschaft von den durch sie veranlassten Änderungen im Grundbuch unberührt bleibe. Dieser Irrtum bezog sich aber auf die von Gesetzeswegen eintretenden Rechtsfolgen ihrer Vereinbarung und war deshalb als blosser Rechtsirrtum über den Beweggrund auf die Verbindlichkeit der Vereinbarung ohne Einfluss (OSER-SCHÖNENBERGER, N. 19 zu Art. 24 OR).

Ging mit der Löschung des Grundbucheintrages die Schuldbriefforderung unter, so erlosch nach Art. 114 und 501 OR auch die dafür eingegangene Bürgschaft der Kläger kraft ihrer akzessorischen Natur. Für eine Verbürgung der neuen Schuldbriefforderung hätte es einer neuen schriftlichen Verpflichtung der Bürgen bedurft.

b) Der Beklagte macht geltend, den Parteien des Schuldbriefverhältnisses habe bei der Löschung des Grundbucheintrages und der Entkräftung des Schuldbriefes die Tilgungsabsicht gefehlt. Dieser Einwand ist jedoch zum vorneherein deshalb unbehelflich, weil von den genannten hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen, der Untergang von Forderung und Pfandrecht die zwangsläufige Rechtsfolge der Löschung des Grundbucheintrages ist, die durch den Parteiwillen nicht aufgehalten werden kann.

Eine derartige Parteivereinbarung könnte lediglich die Bedeutung einer Neubegründung der Forderung haben.

Abgesehen hiervon trifft die Behauptung des Beklagten tatsächlich gar nicht zu, wie aus den Umständen ersichtlich ist, die zur Errichtung des neuen Titels führten. Anlass hiezu gab das Nachrücken des von den Klägern verbürgten Schuldbriefes vom dritten in den zweiten Rang. Damit nicht ersichtlich sei, dass es sich um einen ursprünglich im dritten Rang befindlichen Titel handle, was die Verwertung desselben unter Umständen erschwert hätte, verfiel der Gläubiger auf den Ausweg der Löschung des ursprünglichen und Errichtung des neuen, auf den zweiten Rang lautenden Titels. Dieser allein sollte für Rechtsbestand und Inhalt des Schuldbriefverhältnisses massgebend sein. Der Wille der Vertragsparteien war somit unzweifelhaft auf Tilgung der alten Schuldbriefforderung durch Errichtung der neuen gerichtet. So erklärt es sich denn auch, dass für die Mitverpflichtung der Ehefrau auch für den neuen Titel die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde als erforderlich betrachtet wurde.

Das Vorgehen der Parteien des Schuldbriefverhältnisses weist alle Begriffsmerkmale einer Novation im Sinne von Art. 116 OR auf, sodass auch aus diesem Grunde ein Erlöschen der Bürgschaft der Kläger angenommen werden müsste.

c) Zum gegenteiligen Resultat konnten die Vorinstanzen nur dadurch kommen, dass sie das Schuldbriefverhältnis in die Forderung und den sie verkörpernden Titel auflösten und annahmen, der erstern komme eine selbständige, vom Titel unabhängige Existenz zu. Diese Zerlegung ist jedoch mit den Grundregeln des Schuldbriefrechtes, das auf der Untrennbarkeit von Recht und Urkunde beruht, nicht vereinbar. Es geht daher nicht an, in der Neueintragung im Grundbuch und der Ausstellung eines neuen Titels die blosser Neuverurkundung eines trotz erfolgter Löschung weiterhin bestehenden Rechtsverhältnisses zu erblicken. Der neue Titel hat auch nicht bloss den Charakter eines

Ersatztitels. Ein solcher kann nur auf Grund des unverändert fortbestehenden Grundbucheintrages an Stelle eines abhanden gekommenen Titels (nach durchgeführter Kraftloserklärung) oder an Stelle eines schadhafte, unleserlich oder unübersichtlich gewordenen Titels ausgestellt werden (GrBVo 64 Abs. 3).

d) Unhaltbar ist es sodann auch, wenn die Vorinstanz das Weiterbestehen der Bürgschaft damit begründen will, dass die neue und die alte Schuldbriefforderung identisch seien. Rechtlich ist die Schuldbriefforderung mit keiner andern Forderung identisch. Von Identität kann höchstens im wirtschaftlichen Sinne gesprochen werden. Wirtschaftliche Identität ist aber für das Weiterbestehen der Bürgschaft belanglos; denn sonst könnte die Novation, bei der die ursprüngliche mit der novierten Forderung meist identisch ist, nicht den Untergang der Bürgschaft zur Folge haben.

3. — a) Für den Fall, dass der Untergang der Schuldbriefforderung angenommen würde, macht der Beklagte geltend, dass die Berufung der Kläger auf den daraus sich ergebenden Untergang der Bürgschaft gegen Treu und Glauben verstosse; denn die Stellung der Bürgen sei durch die Errichtung des neuen Titels in keiner Weise verschlechtert worden.

Diese Auffassung ist jedoch unhaltbar, wie auch die Vorinstanz anerkennt. Von einem Rechtsmissbrauch kann nicht die Rede sein, wenn der Schuldner den Untergang der Forderung geltend macht, der ohne jedes Zutun von seiner Seite ausschliesslich infolge einer Handlung des Gläubigers, sei es aus Unachtsamkeit, sei es aus mangelnder Rechtskenntnis, sei es aus irgend einem andern Grunde, eingetreten ist (BGE 43 II S. 76). Sonst wäre dem Schuldner die Berufung auf eine Fristversäumnis des Gläubigers im Prozess oder auf den unbenützten Ablauf einer Verwirkungs- oder Verjährungsfrist verunmöglicht, womit die Fristbestimmungen und Verjährungsvorschriften des Gesetzes ihres Sinnes entkleidet würden. Aus dem Gesichts-

punkt des Art. 2 ZGB ist die Geltendmachung des Untergangs eines Rechtes nur unstatthaft, wenn darin irgendwie ein Verstoss gegen erwecktes Vertrauen liegt, d. h. wenn der Schuldner die Handlungsweise des Gläubigers beeinflusst hat (BGE 49 II S. 321), was hier, wie bereits erwähnt, nicht der Fall ist.

b) Die Vorinstanz glaubt jedoch, der Untergang der ursprünglichen Schuldbriefforderung sei auf die Bürgschaft der Kläger deshalb ohne Einfluss geblieben, weil nach Treu und Glauben angenommen werden müsse, dass die Bürgschaftsverpflichtung von Anfang an auch die neue, inhaltlich genau gleiche Schuld mitumfasst habe; denn da die Stellung der Bürgen nach dem neuen Schuldbrief genau die gleiche sei, so hätten sie zweifellos, wenn man bei der Begründung ihrer Verpflichtung an einen solchen Fall gedacht hätte, einer solchen Ausdehnung ausdrücklich zugestimmt.

Allein auch dieser Auffassung kann nicht beigeplichtet werden. Für die Auslegung eines Vertrages ist der erklärte Wille der Parteien massgebend. Danach umfasste die Bürgschaftserklärung der Kläger nichts anderes und nicht mehr als den Schuldbrief vom 16. Juni 1933. Allerdings erwähnt die Bürgschaftsurkunde das Datum des Schuldbriefes nicht; allein wenn sie von dem durch die Ehegatten Herr-Keller ausgestellten Schuldbrief spricht, so kann kein anderer gemeint sein als derjenige vom 16. Juni 1933, da dieser allein damals ausgestellt war. Dafür, dass die Kläger nicht nur diesen hätten verbürgen wollen, sondern darüber hinaus jeden an dessen Stelle tretenden, inhaltlich mit ihm übereinstimmenden Schuldbrief, gibt die Bürgschaftserklärung keinen Anhaltspunkt. Es steht keineswegs fest, dass die Bürgen, wenn man sie bei Eingehung der Bürgschaft gefragt hätte, einem solchen Vorgehen zum vorneherein zugestimmt hätten, insbesondere, wenn der Gläubiger sie über den eigentlichen Zweck des Manövers aufgeklärt hätte, der darin bestand, durch Verschleierung des Umstandes, dass der Titel sich ursprüng-

lich im dritten Rang befunden hatte, die Verkäuflichkeit des Titels zu erhöhen.

Ist aber unsicher, ob eine Erklärung in einem weiteren oder einem engeren Sinne zu verstehen ist, so gilt nach allgemeiner Auslegungsregel, dass nur aus der weniger weit reichenden Bedeutung Rechte abgeleitet werden können; insbesondere Bürgschaftserklärungen müssen wegen ihres einseitig onerosen Charakters einschränkend ausgelegt werden.

4. — Schliesslich macht der Beklagte noch geltend, er habe den neuen Schuldbrief mit der Bürgschaftsurkunde verbunden erworben und in guten Treuen annehmen dürfen, die Bürgschaft beziehe sich auf die Forderung aus diesem Titel. Es steht jedoch fest, dass die Bürgen von dieser Verbindung keine Kenntnis hatten. Ihre Rechtsstellung gegenüber dem Beklagten konnte daher durch die Verbindung der ursprünglich separaten Bürgschaftsurkunde mit dem neuen Titel keine Änderung erfahren.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Basel-Stadt vom 6. Mai 1938 wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass eine Bürgschaftsverpflichtung der Kläger für den in Händen des Beklagten befindlichen Inhaberschuldbrief von Fr. 80,000.—, eingetragen im 2. Rang auf der Liegenschaft Sektion III Parzelle 164 des Grundbuches der Stadt Basel, nicht besteht.

Vgl. auch Nr. 50 und III. Teil Nr. 36.
Voir aussi n° 50 et III^e partie n° 36.