

## IV. SACHENRECHT

## DROITS RÉELS

## 26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Februar 1919

## i. S. Spar- und Leihkasse Bern gegen La Roche.

Zulässigkeit eines Berufungsbegehrens, das keinen Antrag in der Sache selbst enthält, sondern nur auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz geht. — Auslegung und rechtliche Natur einer am Fusse einer Hypothekarobligation (Grundpfandverschreibung) angebrachten Erklärung, wodurch der Titelgläubiger selbst und ein Dritter sich verpflichten, für das darin verschriebene Kapital als Bürgen und Selbstzahler einzustehen. Verpflichtung nicht zu Gunsten des gegenwärtigen Titelgläubigers, sondern desjenigen, auf den die Obligation von ihm übergehen wird. Hingabe dieser durch ihn als Faustpfand für ein Darlehen. Unerheblichkeit aus der Bürgschaftserklärung selbst nicht ersichtlicher Beschränkungen des Verpfänders in der Verfügung über dieselbe gegenüber dem gutgläubigen Faustpfandgläubiger. Befugniss des letzteren, den Titel mit der Bürgschaftserklärung verwerten zu lassen und dadurch den Ersteigerer zum Bürgschaftsgläubiger zu machen. Eintritt dieser Folge auch dann, wenn die Versteigerung nicht infolge einer vom Faustpfandgläubiger selbst angehobenen Betreibung auf Pfandverwertung, sondern infolge Pfändung des Titels durch laufende Gläubiger erfolgt.

A. — Paul Ruf-Martin in Basel war Gläubiger einer vom 31. Januar 1903 datierten Hypothekarobligation über 275,000 Fr., haftend im zweiten Range auf dem « Bohrerhof » in Neu-Allschwil. Am 23. November 1903 unterschrieben Ruf selbst und der Beklagte Dr. La Roche, unbeschränkt haftender Teilhaber des Bankhauses La Roche Sohn & C<sup>te</sup> in Basel, am Fusse dieses Titels nachstehende Erklärung: « Wir Paul Ruf-Martin in Allschwil

und Basel und Dr. Alfred La Roche-Iselin, von und in Basel, leisten hiemit für das verschriebene Kapital nebst Zinsen und Kosten Bürgschaft als solidarische Bürgen und Selbstzahler, solidarisch unter uns und mit dem Hauptschuldner, und versprechen als solche alles zu tun und zu leisten, was nach den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts von uns verlangt werden kann. » Auf das Gesuch Rufs, ihm den so verbürgten Titel zu belehnen, gewährte ihm die heutige Klägerin Spar- und Leihkasse in Bern im Dezember 1903 gegen Ausstellung eines an die Ordre der Firma La Roche Sohn & C<sup>te</sup> lautenden und von dieser an die Klägerin indossierten Eigenwechsels ein Darlehen von 250,000 Fr., zu dessen Sicherung die Hypothekarobligation von 275,000 Fr. verpfändet wurde. Die Darlehenssumme von 250,000 Fr. wurde zum grossen Teile zur Bezahlung von Wechseln Rufs, die La Roche Sohn & C<sup>te</sup> diskontiert hatten und für die sie daher hafteten, sowie zur Tilgung einiger weiterer Schulden Rufs verwendet; den Rest zahlten La Roche Sohn & C<sup>te</sup>, die sie für Ruf in Empfang genommen hatten, an ihn aus. Während die Verpfändung der Hypothekarobligation ursprünglich in dem über das Darlehen ausgestellten Eigenwechsel selbst vorgemerkt war, wurde sie später anlässlich einer Prolongation des letzteren daraus ausgeschieden und in einen besonderen Akt verwiesen. In dem Schreiben vom 6. Dezember 1904 an La Roche Sohn & C<sup>te</sup>, worin die Klägerin dieses Begehren stellte, begründete sie es anfänglich damit, dass so die jedesmalige Notifikation an den Hypothekarschuldner bei der Wechselprolongation vermieden werden könne. Als La Roche Sohn & C<sup>te</sup> darauf nicht eingehen wollten, gab sie am 8. Dezember 1904 als Grund weiter die Möglichkeit an, « das Faustpfand auch auf ihre sonstigen Forderungen an Ruf ausdehnen zu können. » Nachdem sie gleichzeitig zugesichert hatte, dass es auch in dieser neuen Form in erster Linie für den von La Roche Sohn & C<sup>te</sup> indossierten Wechsel und erst nachher für weitere

Verbindlichkeiten Rufs haften sollte, liessen La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> ihren Einspruch fallen und stellten den den Verpfändungsvermerk nicht mehr enthaltenden Prolongationswechsel mit ihrem Indossament versehen an die Klägerin zurück. In dem danach zwischen Ruf und der Klägerin abgeschlossenen, auf den 5. Dezember 1903 datierten besonderen Verpfändungsvertrage, wovon der Firma La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> mit dem Briefe vom 8. Dezember 1904 ein Doppel zur Einsicht übermittelt worden war, wird ausdrücklich bestimmt, dass die verpfändete Hypothekarobligation ausser für den Eigenwechsel von 250,000 Fr. auch « für andere Forderungen haften sollte, welche die Spar- und Leihkasse in Bern schon jetzt oder in Zukunft an den Verpfänder zu stellen haben möchte ».

Auf den von La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> geäusserten Wunsch, es möchte zur Liquidation des aus dem Eigenwechsel hervorgehenden Schuldverhältnisses gegen Ruf vorgegangen werden, erklärte die Klägerin sich am 2. Oktober 1907 bereit, Betreuung auf Faustpfandverwertung einzuleiten, machte aber darauf aufmerksam, dass sie, nachdem ihr der verpfändete Titel für alle ihre Forderungen an Ruf verfangen sei, ein Interesse an einem möglichst hohen, den Nominalwert nebst Zinsausstand erreichenden Steigerungserlös habe und auch keinen Anstand nehmen werde, selbst soviel zu bieten, zumal ja Dr. La Roche dafür Bürge sei: sie schlage daher La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> vor, die sämtlichen Forderungen an Ruf gegen Abtretung der dafür haftenden Sicherheiten zu übernehmen. Der von Ruf über den Eigenwechsel von 250,000 Fr. hinaus aus Kontokorrentkredit geschuldete Saldo wurde dabei auf 34,000 Fr. angegeben. In ihrer Antwort vom 5. Oktober 1907 nahmen La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> von dem Angebote gegen Ruf Faustpfandbetreuung anzuheben Vormerk, lehnten dagegen den weiteren Vorschlag ab, indem sie erklärten, es werde Sache des Dr. La Roche sein, sich über den der Klägerin ausser dem Wechsel von 250,000 Fr. zukommenden Betrag mit ihr und Ruf

persönlich auseinanderzusetzen, zweifellos werde sich daraus noch ein gerichtliches Nachspiel ergeben, da Ruf nicht berechtigt gewesen sei, Dr. La Roche über jene Summe hinaus für seine persönlichen Schulden haftbar zu machen. Sowohl sie als Dr. La Roche hörten auch heute zum ersten Mal, dass Ruf tatsächlich solche weitere Schulden bei der Klägerin kontrahiert habe. Die Klägerin erwiderte am 7. Oktober 1907, dass die « privaten Abmachungen des Dr. La Roche mit Ruf » sie nicht berührten und sie sich an das bestehende Rechtsverhältnis, wonach der Hypothekartitel ihr für alle Forderungen an Ruf hafte, halte: sollten La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> etwas anderes behaupten wollen, so müsse sie dies ablehnen. Eine Rückäusserung der Firma La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> darauf findet sich nicht bei den Akten und es ist auch nicht behauptet worden, dass sie erfolgt sei.

In einer im Jahr 1908 von den Hypothekargläubigern ersten Ranges gegen die Eigentümer des Unterpandes der Hypothekarobligation von 275,000 Fr. (des Bohrerhofes) durchgeführten Betreuung auf Grundpfandverwertung kam diese ganz zu Verlust und es erhielt die Klägerin als Vertreterin des Ruf am 25. September 1908 für den Kapitalbetrag nebst mitversicherten rückständigen Zinsen, zusammen 306,682 Fr. 95 Cts. einen Pfandausfallschein. Da sie infolgedessen den Wechsel von 250,000 Fr. nicht mehr verlängern wollte, musste ihn die Firma La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> als Indossantin einlösen, womit das Faustpfandrecht ersten Ranges dafür an der Obligation auf sie überging.

Am 20. April 1910 stellte Ruf der Klägerin eine Erklärung aus, worin er bekannte, ihr ausser dem von der Firma La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> bezahlten Wechselbetrag aus dem früher erwähnten Kontokorrentkreditverhältnis noch 34,825 Fr. nebst Zinsen seit 31. Dezember 1909 schuldig zu sein, und ihr an Zahlungstatt dafür von der Hypothekarobligation über 275,000 Fr. einen Kapitalbetrag von 25,000 Fr. samt Zins und Nebenrechten, insbesondere

der darin vorgemerkten Bürgschaft des Dr. La Roche, abtrat. Gestützt hierauf belangte die Klägerin im November 1910 den Dr. La Roche auf Zahlung dieser 25,000 Fr. nebst verfallenen Semesterzinsen davon seit 16. Februar 1903. Durch Urteil vom 30. März 1910 (AS 38 II S.127 ff.) hiess das Bundesgericht die Klage in dem Umfange, in dem sie letztinstanzlich noch aufrechterhalten worden war, nämlich 25,000 Fr. mit Zinsen zu 4½% seit 16. August 1905 (die vorher verfallenen Zinsen waren von den Vorinstanzen als verjährt erklärt worden) gut und wies die Einrede des Beklagten, dass die Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Ruf mit Rücksicht auf die von diesem geleistete « Mitbürgschaft » und das daraus hervorgehende Regressrecht von ihm nur Zahlung der Hälfte des geltend gemachten Betrages verlangen könne, als rechtlich nicht haltbar ab.

Inzwischen war im Dezember 1911 die Hypothekarobligation von 275,000 Fr. vom Betreibungsamt Binningen zu Gunsten zweier Betreibungsgläubiger des Ruf, des Dr. Adam für eine Forderung von 55,000 Fr. und der Erben Seebach für eine solche von 25,701 Fr. 40 Cts. gepfändet worden. In der Pfändungsurkunde wurden als darauf haftende Faustpfandforderungen vorgemerkt: 313,496 Fr. im ersten Range zu Gunsten von La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> und 10,754 Fr. im zweiten Range zu Gunsten der heutigen Klägerin Spar- und Leihkasse in Bern. Nachdem darauf das Betreibungsamt Binningen durch Akt vom 20. Mai 1914 die Ansprüche aus der gepfändeten Obligation und der dafür bestehenden Bürgschaft den Pfändungsgläubigern Dr. Adam und Erben Seebach und den Faustpfandgläubigern La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> und Spar- und Leihkasse in Bern « im Sinne von Art. 131 SchKG angewiesen » hatte, erhoben die Spar- und Leihkasse in Bern und die Pfändungsgläubiger Klage gegen Dr. La Roche mit dem Begehren, er sei zu verurteilen, an die Erstklägerin den Betrag ihrer Faustpfandforderung zu bezahlen und den nach Abzug des zur Deckung von

La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> nötigen Betrages verbleibenden Rest seiner Bürgschaftsschuld von 105,052 Fr. 83 Cts. im Sinne des Aktes vom 20. Mai 1914 den Klägern 2 u. 3 auszuweisen, eventuell sie auf Rechnung desselben für ihre in Betreibung gesetzten Forderungen abzufinden. Durch Urteil vom 9. November 1916 wies das Bundesgericht die Klage mit der Begründung ab: aus dem Anweisungsakte des Betreibungsamts Binningen lasse sich nicht entnehmen, ob es sich um eine Anweisung nach Art. 131 Abs. 1 (an Zahlungsstatt) oder nach Art. 131, Abs. 2 (zur Eintreibung) handle; der Beklagte habe aber ein Recht darauf zu wissen, in welcher Rechtsstellung ihn die Kläger belangten und welche Wirkungen im Falle der Verurteilung die Zahlung auf den Bestand seiner Schulden ausübe. Eventuell, wenn man eine Auslegung der Urkunde im einen oder anderen Sinne trotz ihres widerspruchsvollen Inhalts für zulässig erachten wollte, müsste eine Anweisung nach Art. 131 Abs. 2 angenommen werden. Dann sei aber die Klage schon deshalb zu verwerfen, weil Dr. La Roche nach dem früheren Urteile vom 30. März 1912 sich nicht zu Gunsten des Ruf, sondern eines allfälligen Dritterwerbers der Hypothekarobligation verbürgt habe, als welche die Kläger bei einer blossen Ueberweisung zur Eintreibung nicht erschienen.

Nach Empfang dieses Urteils ordnete das Betreibungsamt Binningen die Versteigerung der gepfändeten Hypothekarobligation an und schlug sie an der zweiten Gant vom 19. Oktober 1917 der heutigen Klägerin Spar- und Leihkasse in Bern um ihr Angebot von 325,000 Fr. zu. Aus dem Erlöse wurden getilgt die Forderungen der Firma La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> mit 313,496 Fr. 10 Cts. und der Klägerin mit 10,754 Fr. 25 Cts.; der nach Abzug der Kosten verbleibende Rest von 345 Fr. 25 Cts. fiel den Pfändungsgläubigern Dr. Adam und Erben Seebach zu. Am 26. Okt. 1917 bezahlte darauf Dr. La Roche an die Klägerin 305,191 Fr. (250,000 Fr. Kapital und 55,191 Fr. ausstehende Zinsen seit 16. August 1912). Wie er im

Prozesse behauptet, weil er ohne den Erwerb des Titels an der Gant durch die Klägerin der Firma La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> als Faustpfandgläubigerin für diesen Betrag hätte aufkommen müssen und, wenn er ihn behalten, sich ungerechtfertigt bereichert gefühlt hätte. Der Brief vom 26. Oktober 1917 selbst, womit er die Zahlung begleitete, geht dahin: als Bürge des von der Klägerin ersteigerten Hypothekarartikels sei er bereit, mit ihr über « die Bezahlung seiner Bürgschaftsschuld in Verhandlungen zu treten » und übermittle ihr den nach seiner Berechnung derselben entsprechenden Betrag von 305,191 Fr. Dabei sei verstanden, dass es der Klägerin unbenommen bleibe, eine vermeintliche Mehrforderung gegen ihn geltend zu machen, wie er sich andererseits für einen solchen Prozess alle Einreden vorbehalte, auch dahin, dass er überhaupt nichts schulde.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von ihm Zahlung weiterer 144,253 Fr. 89 Cts. nebst Verzugszinsen seit dem 26. Oktober 1917. Sie beruft sich auf das Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 1912, wonach die Bürgschaft des Beklagten erfolgt sei zu Handen des künftigen Erwerbers der verbürgten Forderung für den Fall, als es Ruf gelingen sollte, den Titel zu veräussern. Dieser Fall liege vor, indem ihr die Hypothekarobligation von Ruf nicht nur für den Eigenwechsel von 250,000 Fr. sondern auch für alle weiteren Forderungen an ihn verpfändet worden sei und sie damit das Recht erworben habe, dieselbe zur Deckung dieser Forderungen mit der dafür bestehenden Sicherheit, der Bürgschaft des Beklagten verwerten zu lassen. Nachdem der Titel für laufende Gläubiger gepfändet worden sei, habe sie ihn deshalb zur Wahrung ihrer Faustpfandansprüche ersteigert und sei kraft dessen befugt, vom Beklagten als Bürgen Zahlung aller noch ausstehenden nicht durch Zahlung getilgten Ansprüche daraus zu verlangen. Die Forderung von 144,253 Fr. berechnet sie so, dass sie in Rechnung stellt das Titelkapital von 275,000 Fr. nebst

aufgelaufenen Zinsen seit 16. Februar 1903 und davon abzieht die vom Beklagten auf das Urteil von 1912 hin und am 26. Oktober 1917 gemachten Zahlungen sowie die aus dem zweiten Prozesse von 1916 geschuldeten, von ihr übernommenen Prozesskosten.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Klage. Er bestreitet, dass die Klägerin sich heute noch auf ihre Stellung als Faustpfandberechtigte am Hypothekartitel berufen könne; ihre dahingehenden Ansprüche seien durch Bezahlung aus dem Ganterlös erloschen. Sei sie nur noch Gantkäuferin, so müsse aber die Klage nach den Ausführungen des bundesgerichtlichen Urteils von 1912 über den Sinn der Bürgschaft abgewiesen werden, weil dem Ersteigerer durch die Steigerung nicht mehr Rechte hätten übertragen werden können, als der Betreibungsschuldner Ruf selbst besessen habe. Und zwar, da es sich um eine Forderung aus einem gewöhnlichen Schuldschein, nicht aus einem Wertpapier handle, auch dann nicht, wenn die Klägerin bei der Ersteigerung gutgläubig auf den Bestand des ersteigerten Anspruchs vertraut habe, was übrigens nach den vorangegangenen Korrespondenzen und dem Ausgang der früheren Prozesse ausgeschlossen sei. Eventuell erhebt der Beklagte auch die Einrede der Verjährung der Hauptschuld und beanstandet die Art der Berechnung der Forderung.

B. — Mit Urteil vom 29. Oktober 1918 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz die Klage abgewiesen. Es pflichtet dem Standpunkt des Beklagten bei, dass heute nur noch die Rechte der Klägerin als Gantkäuferin des Titels in Frage kommen könnten, und führt zur Begründung dafür, dass ihr in dieser Eigenschaft keine Ansprüche gegen den Beklagten zustehen, aus: unter dem « zukünftigen Gläubiger », zu dessen Gunsten nach dem bundesgerichtlichen Urteil von 1912 der Beklagte sich verbürgt habe, sei nicht schlechthin jeder Erwerber der Obligation zu verstehen, sondern nur derjenige, für den die Bürg-

schaft nach dem Willen des Beklagten bestimmt gewesen sei. Das sei aber nur ein solcher, « der dem Ruf auf den Titel Geld geben würde » : denn die Bürgschaft sei bloss zu dem Zwecke eingegangen worden, um Ruf eine derartige Geldbeschaffung zu ermöglichen. Hätte dieser um sich Geld zu verschaffen, den Titel verkauft statt nur versetzt, so würde der Beklagte dem Käufer ebenfalls haften, da auch ein solcher Verkauf noch im Rahmen des Bürgschaftszweckes liegen würde, wie er äusserlich in Erscheinung getreten sei. Einem anderen Erwerber, der nicht dem Sinne der Bürgschaft nach unmittelbare Rechte aus ihr erlangt habe, sondern alle seine Rechte nur von Ruf ableiten könne, schulde der Beklagte nichts. In dieser Lage befinde sich aber die Klägerin als Gantkäufer. Zu Gunsten eines solchen, zu besserer Befriedigung der Gläubiger des Ruf, sei die Bürgschaft zweifellos nicht gemeint gewesen. Das einzige Recht, das Ruf selbst erworben, die ihm vom Beklagten eingeräumte Befugnis, sich der Bürgschaftserklärung zur Geldbeschaffung zu bedienen, sei ihrem ganzen Inhalte nach nicht übertragbar und habe also auch nicht an Stelle Rufs vom Betreibungsbeamten ausgeübt werden können. Tatsächlich sei dies auch nicht geschehen, indem die Versteigerung mit dem ausdrücklichen Beifügen erfolgt sei, dass der Beklagte jede Haftung bestreite. Auch könne die Klägerin sich nicht auf den Grundsatz berufen, dass Willenserklärungen so auszulegen seien, wie sie der Empfänger verstehen müsse ; denn aus den früheren Prozessen mit dem Beklagten habe sie den wahren Sinn der Bürgschaftsurkunde schon lange vor der Steigerung gekannt.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin, Spar- und Leihkasse in Bern, die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Begehren, es sei aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung an die kantonale Instanz zurückzuweisen.

Der Beklagte hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Nach der neueren Praxis des Bundesgerichts (vergl. AS 42 II Nr. 11 und 36 und das frühere Urteil in Sachen des heutigen Parteien vom 9. November 1916) ist eine Berufungserklärung, die keinen Antrag in der Sache selbst, sondern nur das prozessuale Begehren auf Rückweisung an die Vorinstanz enthält, dann als genügend anzusehen, wenn einerseits das Ergebnis, das der Berufungskläger mit der Rückweisung erreichen will, feststeht, andererseits eine sofortige endgiltige Erledigung des Streites zu seinen Gunsten auf Grund der vorliegenden Akten ohne vorangegangene Ergänzung nach den Umständen ausgeschlossen ist. Beides ist hier der Fall. Einmal muss, solange Anhaltspunkte für das Gegenteil fehlen, davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die in der Klage geltend gemachten Forderungsansprüche nach wie vor voll aufrechterhält und mit der verlangten Rückweisung deren Gutheissung durch die Vorinstanz bezweckt. Sodann haben die beiden kantonalen Instanzen sich auf die Prüfung der grundsätzlichen Haftung des Beklagten gegenüber der Klägerin als Ersteigererin der verbürgten Hypothekarobligation beschränkt. Ueber die weiteren der Klage entgegengehaltenen Einreden haben sie sich nicht nur nicht ausgesprochen, sondern sie zur Vereinfachung des Verfahrens einstweilen überhaupt von der Verhandlung ausgeschlossen, sodass für deren Beurteilung die notwendigen tatsächlichen und prozessualen Grundlagen mangeln würden. Sollte das Bundesgericht in jener ersten Frage zu einer anderen Auffassung kommen, so könnte daher die Folge keinesfalls im Erlasse eines die Klage gutheissenden Sachurteils, sondern nur in der Rückweisung der Akten an die kantonalen Instanzen zur Behandlung der anderen Einwendungen des Beklagten bestehen. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

2. — Die Bedeutung der vom Beklagten am 23. November 1903 abgegebenen Bürgschaftserklärung ist vom

Bundesgericht schon in dem Urteile vom 30. März 1912 erörtert worden. Aus der Tatsache, dass neben dem Beklagten auch der damalige Gläubiger der verbürgten Hypothekarobligation, Ruf die Erklärung unterzeichnet hat, in Verbindung mit der unbestrittenen Behauptung, dass er die Unterschrift des Beklagten nachgesucht und erhalten habe, um sich auf die Obligation Geld verschaffen zu können, hat es geschlossen, dass damit nicht Ruf selbst gesichert, sondern lediglich ihm die Verwertung des Titels habe ermöglicht werden sollen. Als Gläubiger, für den die Bürgschaft bestimmt gewesen, sei mithin derjenige anzusehen, an den Ruf den Titel zum Zwecke der Geldbeschaffung veräußern werde. Eine solche Bürgschaft gegenüber einem persönlich noch nicht bestimmten Gläubiger erscheine als zulässig. Daran ist auch heute festzuhalten.

Als Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger kann die Bürgschaft allerdings nicht durch das einseitige Versprechen des ersteren, für eine Schuld einzustehen zu wollen, zustandekommen; es bedarf hiezu noch dessen Annahme durch den Gläubiger. Wie andere Verträge kann sie indessen auf dem Wege der Stellvertretung geschlossen werden, dadurch dass ein vom Bürgen Ermächtigter (der Hauptschuldner oder sonst ein Dritter) dessen Erklärung dem Gläubiger übermittelt und die Annahmeerklärung dieses für den Bürgen entgegennimmt. Dabei braucht der Gläubiger nicht von vorneherein in der Bürgschaftsurkunde benannt zu sein. Aus der Zulassung der Verbürgung künftiger Forderungen folgt, dass nicht nur die Uebermittlung der Erklärung des Bürgen, sondern auch die Auswahl der Person, der sie übermittelt werden soll (des Gläubigers) dem Stellvertreter übertragen werden kann. Ein solches Stellvertretungsverhältnis ist dann anzunehmen, wenn der Bürge die auf einen noch zu bestimmenden Gläubiger lautende Bürgschaftsurkunde einem anderen zur Benützung übergibt. Durch diese Entäußerung ermächtigt er zugleich den Empfänger, den

Bürgschaftsvertrag mit dem von ihm aufgesuchten Gläubiger abzuschließen und durch die in der Entgegennahme der Urkunde liegende Annahmeerklärung seitens des Gläubigers wird der Vertrag perfekt. Von dieser rechtlichen Auffassung des Hergangs hat sich denn auch das Bundesgericht, wie die Verweisung auf die entsprechende deutsche Gerichtspraxis (RG in Zivilsachen 11 Nr. 52; 31 Nr. 58, vergl. ferner aus neuerer Zeit ebenda 57 Nr. 15; SEUFFERT N. F. 21 Nr. 177) zeigt, leiten lassen, als es die Gültigkeit der Bürgschaftserklärung des Beklagten in dem Urteile vom 30. März 1912 bejahte.

Die Rechtslage ist demnach eine analoge wie in dem Falle, wo die Bürgschaft nicht wie hier zu Gunsten des künftigen Inhabers einer schon bestehenden Forderung, sondern für ein überhaupt erst noch zu schaffendes Schuldverhältnis eingegangen wird und zur Perfektion der Bürgschaftsurkunde deshalb, weil ihr sonst ein wesentliches Element, die Bestimmbarkeit des daraus Berechtigten fehlen würde, erst noch die Einsetzung des Namens desselben in den dafür leer gelassenen Raum nötig ist. Gleichwie in einem solchen Falle der Träger des Blankobürgscheins gegenüber Dritten als ermächtigt angesehen werden muss, denselben in der aus der Urkunde selbst hervorgehenden Art zu verwenden, und der Bürge sich bei einer dementsprechenden Ausfüllung gegenüber dem darin eingesetzten Gläubiger nicht auf aus dem Schein nicht ersichtliche und dem Gläubiger nicht bekannte, die Vertretungsbefugnis auf bestimmte Fälle beschränkende interne Abreden mit demjenigen, dem er den Schein übergeben hat, berufen kann (AS 35 II S. 402 ff.), so muss auch hier der Beklagte die in der Ausstellung der Bürgschaftserklärung in Verbindung mit deren Uebergabe an Ruf liegende Ermächtigung so gegen sich gelten lassen, wie sie lautet, und kann gegenüber dem Dritten, der im Vertrauen darauf Rechte an der Hypothekarobligation erworben hat, nicht geltend machen, dass sie in Wirklich-

keit nur einen beschränkteren Sinn gehabt habe. Es ist deshalb nicht zutreffend, wenn die Vorinstanz ausführt, der Beklagte hatte nicht jedem Erwerber der verbürgten Hypothekarforderung, sondern nur demjenigen, für den nach seinem Willen die Bürgschaftserklärung bestimmt gewesen sei. Kraft des zwischen dem Beklagten und Ruf bestehenden, für die Ausstellung der Erklärung kausalen Rechtsverhältnisses war letzterer allerdings dem Beklagten dafür verantwortlich, dass er sich ihrer nicht in abredewidriger Weise bediene. Im Verhältnis zu Dritten dagegen bemass sich seine Vertretungsbefugnis wie bei jeder vom Vollmachtgeber nach aussen kundgegebenen Vollmacht ausschliesslich nach dem Inhalt dieser Kundgebung d. h. der Bürgschaftserklärung selbst.

Als « Erwerber », dem die Bürgschaft Sicherheit verschaffen sollte, ist dabei nicht nur der Zessionar, sondern auch der Faustpfandgläubiger, d. h. derjenige zu betrachten, der dem Ruf den verbürgten Titel gegen Hingabe zu Pfand belieh. Wollte der Beklagte die Hypothekarobligation durch seine Unterschrift verkehrsfähig machen, so musste er dabei vor allem diesen Fall ins Auge fassen. Banken, die für die Verwertung einer Forderung in solcher Höhe wenn nicht ausschliesslich, so doch in erster Linie in Frage kommen, pflegen derartige Titel nicht zu erwerben, sondern nur zu belehnen. Es hat denn auch der Beklagte den Standpunkt, dass er sich nur zu Gunsten eines allfälligen Titelkäufers verpflichtet habe, nicht eingenommen, sondern selbst ausgeführt, dass die Bürgschaft vorab im Hinblick auf die Beleihung des Titels eingegangen worden sei. Der Einwand, dass man dabei nur an das infolge der Verwendung der Valuta indirekt auch der Firma La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> zu gute kommende Darlehen von 250,000 Fr. gedacht habe, und Ruf nicht befugt gewesen sei, die Verpfändung auch auf andere von ihm künftig kontrahierte Schulden auszudehnen, kann nach dem Gesagten nicht gehört werden. Wenn der Beklagte die Vertretungsmacht Rufs in der erwähnten

Weise einschränken wollte, hätte er dies in der Bürgschaftsurkunde selbst zum Ausdruck bringen oder dafür sorgen sollen, dass es dem Dritten, an den sich Ruf als Träger der Urkunde wandte, sonst bekannt werde. Tat er dies nicht, sondern erklärte er einfach und ohne Vorbehalt, sich für das in der Hypothekarobligation verschriebene Kapital samt Zinsen und Kosten zu verbürgen, so durfte derjenige, dem Ruf diese Erklärung vorwies, annehmen, dass demselben die freie Verfügung darüber zustehe, d. h. dass die Verpflichtung des Beklagten zu Gunsten eines jeden gelte, der dem Ruf auf den Titel Geld geben werde. Es könnte deshalb der Beklagte jene interne Abrede mit Ruf, sofern sie wirklich stattgefunden haben sollte, der Klägerin nur entgegenhalten, wenn diese in dem Zeitpunkte, als Ruf ihr die Obligation auch für ihre weiteren Forderungen an ihn verpfändete, darum gewusst hätte oder nach den Umständen hätte wissen sollen. Hiefür liegt aber nichts vor. Insbesondere bietet die oben wiedergegebene Korrespondenz zwischen der Klägerin und La Roche Sohn & C<sup>ie</sup> von 1904 und 1907, auf welche sich der Beklagte beruft, dafür keine Anhaltspunkte. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 8. Dezember 1904 erhellt, dass sie La Roche Sohn & C<sup>ie</sup>, als diese auf die vorgeschlagene Ausmerzung der Verpfändungserklärung aus dem Eigenwechsel von 250,000 Fr. nicht eingehen wollten, als Grund dafür schon damals den Wunsch angab, das Pfandrecht am Titel auch auf die übrigen Verbindlichkeiten Rufs auszudehnen. Es kann daher aus der Tatsache, dass sie anfänglich dafür ein anderes Motiv — die Ersparung der jedesmaligen Notifikation an den Hypothekarschuldner — genannt hatte, unmöglich ein Schluss auf die Absicht, jene weitere Verpfändung zu verheimlichen, und damit indirekt auf ihren bösen Glauben hinsichtlich deren Zulässigkeit gezogen werden. Ebenso wenig lässt das spätere Schreiben vom 7. Oktober 1907 eine solche Folgerung zu. Wenn die Klägerin hier auf die Erklärung der Firma La Roche,

Ruf sei nicht berechtigt gewesen, über die Unterschrift des Beklagten zu einem anderen Zwecke als für das Darlehen von 250,000 Fr. zu verfügen, erwiderte, dass die « privaten Abmachungen » des Beklagten mit Ruf sie nicht berühren, sondern sie sich an die auf Grund der Bürgschaftsurkunde zustandegekommene Verpfändung halte, so wollte damit doch offenbar nicht anderes geltend gemacht werden als was oben bereits ausgeführt worden ist, nämlich dass der Beklagte sich auf aus dem Bürgschein nicht hervorgehende Einschränkungen der Vertretungsbefugnis Rufs ihr gegenüber nicht berufen könne. Wieso darin das Zugeständnis gefunden werden soll, jene Abmachungen gekannt zu haben, ist nicht verständlich.

Es bleibt somit lediglich noch festzustellen, in welche Rechtsstellung die Klägerin durch die nach dem Gesagten für den Beklagten verbindliche Verpfändung der Hypothekarobligation mit der in seiner Bürgschaftserklärung liegenden Deckung an sie kam. Als Akzessorium der Forderung gegen den Hauptschuldner können die Forderungsrechte gegen den Bürgen nur dem Gläubiger jener Forderung zustehen. Gleichwie durch die Verpfändung einer Sache aber der Pfandgläubiger nicht in die Rechte des Verpfänders an ihr eintritt, sondern nur die Befugnis erwirbt, sie zur Deckung seiner Pfandforderung zu verwerten zu lassen, so bewirkt auch die Verpfändung von Forderungen nicht den Uebergang der Gläubigerrechte aus ihnen auf den Pfandgläubiger, sondern gibt ihm nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus deren Erlös. Es ist deshalb ausgeschlossen, dass die Klägerin, wie der Beklagte behauptet, auf Grund des ihr von Ruf an der Hypothekarobligation bestellten Faustpfandrechtes direkt gegen den Beklagten auf Zahlung ihrer Faustpfandforderung hätte klagen können. Denn die Bürgschaftserklärung des Beklagten bezog sich ja nicht auf diese, die Pfandforderung, sondern auf die dafür als Sicherheit gegebene, die verpfändete Forderung aus der Hypothekarobligation. Sie stand aber, solange

eine Uebertragung im Vollstreckungsverfahren nicht stattgefunden hatte, nicht der Klägerin als Faustpfandgläubigerin, sondern nach wie vor dem Verpfänder Ruf zu. Da andererseits der Beklagte seine Bürgschaft nicht zu Gunsten Rufs, sondern eines künftigen Titelerwerbers eingegangen hatte, war somit bis zu einem solchen durch Verwertung des Pfandes herbeigeführten Uebergang ein Bürgschaftsgläubiger, der den Beklagten hätte belangen können, überhaupt nicht vorhanden. Wenn letzterer sich für das Gegenteil auf das erste bundesgerichtliche Urteil von 1912 beruft, so übersieht er, dass die Klägerin damals ihre Ansprüche nicht auf ihre Stellung als Faustpfandgläubigerin, sondern auf die ihr von Ruf für einen Teil der Forderung aus der Hypothekarobligation ausgestellte Abtretung stützte. Nur im Hinblick auf diese Abtretung hat denn auch, wie aus dem Schlusse der Urteilerwägungen hervorgeht, das Bundesgericht in jenem Prozesse die Klage gutgeheissen. Die blosser Verpfändung hätte der Klägerin ein solches unmittelbares Klagerecht gegen den Beklagten nicht verschaffen können. Soll die Sicherheit, welche dessen Bürgschaftserklärung einem allfälligen Beleihler der Obligation bieten sollte, eine praktische Bedeutung haben, so ist dies somit nur unter der Voraussetzung möglich, dass unter dem künftigen Titelgläubiger, dem der Beklagte hatten zu wollen erklärte, auch derjenige verstanden wird, der die Obligation in einer vom Beleihler angehobenen Betreibung auf Faustpfandverwertung erwarb, d. h. dass in der Ausstellung der Bürgschaftsurkunde durch den Beklagten auch die Ermächtigung an den Beleihler als eingeschlossen angesehen wird, die Obligation mit der Bürgschaft auf die Gant zu bringen und dadurch den Ersteigerer derselben zum Bürgschaftsgläubiger zu machen. Sonst wäre das Versprechen des Beklagten überhaupt wertlos gewesen, weil eine andere Möglichkeit für den Faustpfandgläubiger es zu realisieren, und den darin steckenden Vermögenswert seiner Befriedigung dienstbar zu machen, überhaupt nicht bestand.

Auch der Beklagte selbst hat denn einen anderen Weg hiezu ausser dem oben als unmöglich bezeichneten nicht weisen können.

Hätte die Klägerin für ihre Faustpfandforderung an Ruf selbst Betreibung auf Pfandverwertung angehoben und in ihr den verpfändeten Hypothekarartikel ersteigert, so könnte demnach über ihre Befugnis, den Beklagten als Bürgen für die aus dem Titel hervorgehenden Ansprüche zu belangen, kein Zweifel bestehen. Dann muss das nämliche aber auch für den Fall gelten, dass die Liquidation ihrer Faustpfandrechte nicht in einem solchen von ihr veranlassten Verfahren, sondern infolge einer von laufenden Gläubigern des Verpfänders erwirkten Pfändung geschah. Nach Art. 106 bis 109 in Verbindung mit Art. 126, 127 und 146 SchKG unterliegen der Pfändung grundsätzlich auch solche Sachen und Forderungen, an denen Pfandrechte haften. Die Tatsache der Verpfändung hat also nicht zur Folge, dass der Pfandgläubiger sich dem Zugriffe der laufenden Gläubiger auf das Objekt widersetzen und dessen Aussonderung aus der von ihnen eingeleiteten Vollstreckung begehren könnte, sondern nur dass der Erlös vorab zur Befriedigung seiner Ansprüche zu verwenden ist. Dementsprechend besteht denn auch die Schranke, welche das Gesetz den Vollstreckungsrechten der Pfändungsgläubiger zieht, einzig darin, dass der Zuschlag nur erfolgen darf, wenn das Angebot den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden — im Verfahren nach Art. 106 ff. angemeldeten und festgestellten — pfandversicherten Forderungen übersteigt, und dass mangels eines solchen Angebotes auch an der zweiten Gant der Gegenstand aus der Betreibung fällt. Der Pfandgläubiger braucht sich also, was zur Widerlegung der Behauptung der Beklagten, sie habe zur Wahrung ihrer Interessen als Ersteigererin auftreten müssen, bemerkt sein mag, um den Ausfall des Verwertungsverfahrens nicht zu bekümmern, weil es ihm unter keinen Umständen einen Verlust bringen kann.

Das ändert indessen daran nichts, dass die Verwertung grundsätzlich — für den Fall eines genügenden Angebots — auch für ihn erfolgt, d. h. auch seine Rechte an dem Gegenstand erfasst. Kann er sich einer solchen Liquidation des Pfandes infolge der von laufenden Gläubigern angehobenen Vollstreckung nicht widersetzen, obwohl er sie selbst nicht verlangt hat, so hat er aber auch Anspruch darauf, dass das Pfand, so wie es ihm zusteht, d. h. mit den daran akzessorisch geknüpften, es sichernden Rechten ausbezahlt werde. Und zwar gleichgiltig, ob diese Rechte auch dem Zugriff der Pfändungsgläubiger unterliegen, d. h. auch für sie verwertet werden können, oder ob sie ausschliesslich dem Pfandgläubiger als solchem zustehen, bzw. verhaftet sind. Es genügt, dass sie sich in ihrem Bestande an das Pfand knüpfen und daher nur in Verbindung mit dessen Uebertragung realisiert bzw. in der Person eines Dritten zur Entstehung gebracht werden können. Bringt die Verwertung des Gegenstandes zu Gunsten der Pfändungsgläubiger auch eine Liquidation der Rechte des Pfandgläubigers mit sich, so muss sie sich folgerichtig auf die Gesamtheit dieser Rechte erstrecken und darf durch die Tatsache, dass es nicht der Pfandgläubiger ist, welcher sie veranlasst hat, seine Rechtsstellung gegenüber einem von ihm selbst betriebenen Verwertungsverfahren nicht verschlechtert werden.

Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob nicht schon die Pfändungsgläubiger befugt gewesen wären, die Ausbietung der Obligation mit der Bürgschaft des Beklagten zu verlangen, eine Frage, die angesichts der in der Doktrin und Gerichtspraxis anderer Länder anerkannten Pfändbarkeit des Rechtes des Schuldners auf Ausfüllung eines ihm übergebenen Blanketts und Ausübbarkeit desselben durch den Vollstreckungsbeamten an Stelle des Schuldners, nicht so einfach zu beantworten ist, wie es die Vorinstanz annimmt, sondern noch näherer Prüfung bedürfte. Entscheidend ist, dass als die Versteigerung erfolgte, der Klägerin an dem Titel

infolge der Verpfändung durch Ruf noch ein Faustpfandrecht für 10,754 Fr. zustand, und dass deshalb jedenfalls sie ein Recht darauf hatte, dass die Ausbietung in der erwähnten Weise geschehe. Da sie ihre Stellung als Bürgschaftsgläubigerin im heutigen Prozesse auf den Erwerb auf Grund eines solchen Ausgebots, nämlich den ihr vom Betreibungsamte im Verwertungsverfahren gegen Ruf erteilten Zuschlag der Obligation mit den Bürgschaftsrechten gegenüber dem Beklagten stützt, muss deshalb dessen Haftung entgegen der Vorinstanz grundsätzlich bejaht, d. h. der Fall, für den er als Bürge der Forderungen aus der Obligation einzustehen erklärte, als eingetreten betrachtet werden, gleichwie dies gegenüber einem anderen Ersteigerer an jener Gant der Fall gewesen wäre. Ob die Klägerin damals von der Behauptung des Beklagten, dass Ruf die Verpfändung nicht über das Darlehen von 250,000 Fr. hätte ausdehnen dürfen, Kenntnis hatte, ist unerheblich, weil eine solche nachträgliche Kenntnis die Befugnisse, die sie einmal gestützt auf die tatsächlich vorgenommene Verpfändung erworben hatte, nicht berühren konnte. Irgendwelche ungerechtfertigte Beeinträchtigung des Beklagten entsteht daraus nicht. Wollte er vermeiden, dass die Verwertung sich auch auf die Rechte gegen ihn aus der Bürgschaftsurkunde erstrecke, so hätte er vor der Versteigerung für die Befriedigung der Faustpfandansprüche der Klägerin sorgen sollen, womit auch ihre Beteiligung am Vollstreckungsverfahren dahingefallen wäre und sich nur noch die Frage gestellt hätte, ob und welche Ansprüche die Pfandgläubiger aus jener Urkunde und deren Uebergabe an Ruf herleiten können. Konnte ersich hiezu nicht verstehen, so muss er auch die Folgen auf sich nehmen, die sich daraus infolge der durch seine Erklärung dem Beleihenden des Hypothekartitels eingeräumten Rechte ergeben. Sie wären für ihn in gleicher Weise auch eingetreten, wenn der Beleihende selbst im Wege der Betreibung auf Faustpfandverwertung die Versteigerung herbeigeführt hätte.

Die Berufung ist deshalb dahin gutzuheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und unter Bejahung der grundsätzlichen Schuldpflicht des Beklagten die Sache zur Behandlung der weiteren Einreden desselben an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 29. Oktober 1918 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die kantonalen Instanzen zurückgewiesen.

**27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Februar 1919**  
i. S. Eich gegen Konkursmasse Jud.

Voraussetzungen der Zugehörigkeit einer Sache nach Art. 644, 645 ZGB. Begründung derselben durch die Erklärung im Verträge über die Hypothekierung einer Fabrikliegenschaft, dass die in diese vom Verpfänder einzubringenden Maschinen den Hypothekargläubigern mitverhaftet sein sollen. Unzulässigkeit des einseitigen Widerrufs einer solchen Erklärung, auch wenn sie im Grundbuch nicht vorgemerkt worden ist. Bedeutung des Umstandes, dass das im Fabrikgebäude betriebene Unternehmen seiner Natur (Munitionsfabrikation) nach nur auf Zeit — zur Ausnützung einer besonderen Konjunktur (Krieg) — bestimmt ist.

A. — Durch Vertrag vom 14. Mai 1917 verkaufte der Kläger Eich dem Gottlieb Jud, Maschinentechner von Stäfa die Liegenschaft « zur Walke » an der Seonerstrasse in Lenzburg, bestehend aus 282,19 Aren Gebäudeplatz mit Fabrikgebäude, Hofraum, Kanal, Wiese und Wasserwerk am Aabach für 58,000 Fr. Auf Rechnung des Kaufpreises hatte der Käufer die bestehende erste Hypothek von 23,705 Fr. zu übernehmen. Für den Rest von 34,295 Fr. wurde ein Grundpfandrecht zweiten Ranges