

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 Nichterlöschen 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

Meier die Eintragung dieses Grundstückes auf seinen Namen zu bestreiten ;

b) das Recht, von Küpfer die Rückzahlung des Kaufpreises von Fr. 12,000.— an die Konkursmasse zu verlangen. Ferner den Anspruch, dem Beklagten die Aussonderung und Aushändigung der Fr. 12,000.— zu bestreiten.

B. — Innert der ihr vom Konkursamt gesetzten Frist hat die Aargauische Hypothekenbank als Abtretungsgläubigerin gemäss Art. 260 SchKG gegen Meier Klage erhoben mit den Begehren :

« In Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Konkursverwaltung habe der Beklagte anzuerkennen, dass ihm keinerlei Sonderrechte an den Fr. 12,000.— zustehen, welche Herr Konrad Küpfer der Klägerin zurückerstattet. Eventuell sei festzustellen, dass der Beklagte nicht berechtigt ist, von Herrn Konrad Küpfer die Übertragung des Grundstückes I.-R. Ennetbaden Nr. 417 auf sich zu verlangen. »

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

In der Replik vor erster Instanz hat die Klägerin das Hauptbegehren ihrer Klage fallen gelassen, da Küpfer am 14. April 1937 die schriftliche Erklärung abgegeben hatte, dass er bereit sei, den am 21. März 1937 mit Berner abgeschlossenen Vertrag zu halten.

C. — Sowohl das Bezirksgericht Baden, wie das Obergericht des Kantons Aargau haben die Klage, soweit sie aufrecht erhalten wurde, abgewiesen.

D. — Gegen das Urteil des Obergerichtes vom 8. April 1938 hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem erneuten Antrag, es sei die Klage gutzuheissen und demgemäss festzustellen, dass der Beklagte nicht berechtigt sei, in den Kaufvertrag vom 21. März 1936 einzutreten und von Herrn Konrad Küpfer die Übertragung des Grundstückes I.-R. Ennetbaden Nr. 417 auf sich zu verlangen.

Der Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Gegenstand des Rechtsstreites bildet nach dem Verzicht auf das ursprüngliche Hauptbegehren lediglich noch das Begehren auf Feststellung, dass der Beklagte nicht berechtigt sei, an Stelle Berners bzw. seiner Masse in den Kaufvertrag über das Grundstück einzutreten und die Übertragung des Grundstückes auf sich zu verlangen.

Ob eine Feststellungsklage zulässig sei, bestimmt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes grundsätzlich das kantonale Prozessrecht, mit der Ausnahme, dass dort, wo das Bundesprivatrecht eine Feststellungsklage gewährt, das kantonale Prozessrecht diese auch dann zulassen muss, wenn es im übrigen das Institut der Feststellungsklage nicht kennt. Will ein Kanton aber weitergehen und die Feststellungsklage darüber hinaus auch in andern Fällen zulassen, so steht ihm dies auf Grund seiner Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiet des Prozessrechts frei, es wäre denn, dass für den konkreten Fall aus dem Bundesrecht geradezu das Gegenteil abgeleitet werden müsste (BGE 63 II S. 185, 55 II S. 139, 49 II S. 430). Da im vorliegenden Fall hievon nicht die Rede sein kann, so ist auf die materielle Behandlung des von den kantonalen Gerichten ohne weiteres als zulässig betrachteten Feststellungsbegehrens einzutreten.

2. — Zwischen dem Beklagten und Berner ist ein Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 ff. OR begründet worden. Der Beklagte, der den dem Küpfer gehörenden Rebberg erwerben wollte und befürchtete, dass Küpfer ihn abweisen würde, beauftragte Berner, ihm als Mittelsperson zu dienen. Der von Berner übernommene Auftrag bestand darin, die Liegenschaft von Küpfer im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Beklagten zu kaufen. Berner hätte somit schon auf Grund von Art. 400 Abs. 1 OR seine Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis erst mit der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf Meier erfüllt gehabt.

In Ausführung des übernommenen Auftrages schloss Berner zunächst den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag mit Küpfer über das ganze Grundstück und den ebenfalls öffentlich beurkundeten Kaufvertrag mit dem Beklagten über den vom Vorkaufsrecht unbelasteten Teil des Grundstücks. Die zur vollständigen Durchführung des Auftrages gehörende Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft auf den Beklagten, die durch den plötzlichen Tod des Berner verhindert wurde, hätte in der folgenden Weise vor sich gehen können: Berner hätte auf Grund des Kaufvertrages vom 21. März 1936 von Küpfer, oder, bei dessen Weigerung, vom Richter (Art. 665 Abs. 1, 963 Abs. 1 ZGB) die Übertragung des ganzen Grundstückes auf sich verlangen und hierauf mit dem Beklagten den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über den vom Vertrag vom 30. April 1936 nicht erfassten Teil abschliessen, sowie die schriftliche Zustimmung nach Art. 963 Abs. 1 ZGB zur Übertragung der ganzen Liegenschaft auf Meier geben können.

3. — Es fragt sich nun, welchen Einfluss der Tod Berners und die darauf folgende Eröffnung des Konkurses über seine Verlassenschaft auf das unvollendete Auftragsverhältnis gehabt hat.

a) Nach Art. 405 Abs. 1 erlischt der Auftrag mit dem Tod, sowie mit dem Konkurs des Beauftragten, sofern nicht das Gegenteil ausdrücklich vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden muss. Eine ausdrückliche Vereinbarung dieses Inhalts fehlt im vorliegenden Fall. Dagegen muss aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden, dass weder der Tod noch der Konkurs des Beauftragten das Erlöschen des Auftrages nach sich ziehen sollte, nachdem dessen Ausführung bis zu dem Punkte gediehen war, an welchem er sich beim Tode Berners befand. In diesem Zeitpunkt hatte Berner auf Grund des Vertrages mit Küpfer das Recht, die Eintragung im Grundbuch als Eigentümer zu verlangen (Art. 665 Abs. 1 ZGB); nach deren Vornahme wäre er ausschliesslich zur grundbuchlichen Verfügung über das Grundstück

befugt gewesen, mit andern Worten, er allein hätte die zur Übertragung der Liegenschaft auf Meier erforderliche schriftliche Zustimmung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB geben können. Die Rechtslage war also die, dass einzig Berner oder seine Erben den Auftrag zu Ende führen, d. h. dem Auftraggeber Meier das Eigentum an der Liegenschaft verschaffen konnten, für die er den Kaufpreis bereits bezahlt hatte.

b) Sofern die Erben Berners seine Erbschaft angetreten hätten, wären sie also verpflichtet gewesen, dem Beklagten das Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen. Zur Erreichung dieses Zieles hätten sie in der gleichen, oben geschilderten Weise vorgehen müssen, wie Berner selbst, wenn er nicht gestorben wäre. Infolge der Ausschlagung der Erbschaft und der Eröffnung des Konkurses über sie hatte die Konkursverwaltung somit ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten zu erklären, ob sie die Durchführung der letzten Phase des Auftragsverhältnisses übernehme oder nicht. Entschied sie sich für die Übernahme, so gingen die Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis auf die Masse über. Im gegenteiligen Falle erhielt der Beklagte gegen die Masse einen Anspruch auf Rückerstattung der bezahlten Fr. 12,000.— sowie einen Schadenersatzanspruch wegen Rücktritts vom Auftragsverhältnis zur Unzeit (Art. 211 Abs. 2 SchKG und Art. 404 Abs. 2 OR; OSER-SCHÖNENBERGER Anm. 8 zu Art. 405 OR).

c) Aus dem Verhalten der Konkursverwaltung ist nun mit genügender Deutlichkeit ersichtlich, dass die Masse den Auftrag zu Ende führen wollte. Hätte die Masse die Durchführung des Auftrages abgelehnt, so hätte dies zur Folge gehabt, dass sie das Recht, die Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft zu verlangen, behalten hätte, oder dann hätte sie, bei Rückgängigmachung des Kaufes im Einverständnis mit Küpfer, von diesem die bezahlten Fr. 12,000.— zurückerhalten. Dieser Betrag wäre in die Konkursmasse gefallen, und der Beklagte hätte

lediglich, wie oben erwähnt, eine Konkursforderung auf Rückerstattung der Fr. 12,000.— und Schadenersatz gehabt (JÄGER, Anm. 4 zu Art. 211 SchKG). Von dieser Möglichkeit hat die Konkursmasse keinen Gebrauch gemacht. Sie hat sich vielmehr damit einverstanden erklärt, dass entweder die Liegenschaft von K pfer direkt auf den Beklagten übertragen werde, oder dass K pfer die empfangenen Fr. 12,000.— an die Masse zu Handen des Beklagten zur ckerstatte. Die Möglichkeit einer solchen direkten Übertragung von K pfer auf den Beklagten ist nun allerdings fraglich. Die Frage kann jedoch unentschieden bleiben; selbst wenn sich nämlich das Konkursamt in dieser Hinsicht in einem Rechtsirrtum befunden haben sollte, so ist aus seiner Erklärung doch das eine ersichtlich, dass es zu dem vom Auftraggeber und Beauftragten beim Abschluss des Vertrages beabsichtigten Resultat gelangen wollte, nämlich zur Übertragung der Liegenschaft auf den Beklagten oder dann zur Rückerstattung der vollen Fr. 12,000.— an ihn. Indem das Konkursamt die Erklärung abgab, dass die Masse auf die Übernahme des Kaufvertrages mit K pfer verzichte, hat es also den Willen bekundet, die aus dem Auftragsverhältnis für Berner sich ergebenden Pflichten zu erfüllen.

Ob die Entscheidung des Konkursamtes auf dem Beschwerdewege nach Art. 17 SchKG hätte angefochten werden können, braucht nicht untersucht zu werden; denn eine solche Beschwerde ist nicht erhoben worden. Dass der Entscheid der Konkursverwaltung durch die Gläubigerversammlung aufgehoben worden sei (Art. 238 und 253 SchKG), wird nicht behauptet. Die Tatsache der auf Grund von Art. 260 SchKG erfolgten Abtretung an die Kl gerin beweist im Gegenteil, dass die Masse auf den Vorteil, den sie aus einer Ablehnung der Weiterführung des Auftrags hätte ziehen können, verzichtet hat.

d) Die Entscheidung der Konkursverwaltung, in die Pflichten Berners aus dem Auftragsverhältnis einzutreten, ist endgültig und bindet auch die Kl gerin in der Weise, dass sie nicht etwa unter Berufung auf Art. 260 SchKG

Rechte geltend machen kann, welche der Masse bei Ablehnung des Eintritts in das Auftragsverhältnis zugestanden wären. Nur im letzteren Falle aber hätte die Masse entweder die Übertragung der Liegenschaft auf sie verlangen und diese hernach verwerten, oder dann den Vertrag mit K pfer rückgängig machen und von ihm die Fr. 12,000.— in Empfang nehmen können, wobei sie jedoch unter allen Umständen den Anspruch des Beklagten auf Rückerstattung der Fr. 12,000.— und auf Schadenersatz wegen Rücktritts vom Auftrag zur Unzeit hätte kollozieren müssen. Nachdem der Beklagte zufolge der Erklärung der Konkursverwaltung, in das Auftragsverhältnis einzutreten, mit seinen Forderungen nicht kolloziert worden ist, kann er selbstverständlich nicht auf dem Umweg über Art. 260 SchKG um seine Erfüllungsansprüche gebracht werden, so dass er vollständig leer ausginge. Dies würde sich nicht in Einklang bringen lassen mit dem Wesen der Abtretung nach Art. 260 SchKG als einer blossen Prozessf hrungsvollmacht (JÄGER, Anm. 3 S. 257 zu Art. 260 SchKG).

Richtigerweise hätte das Konkursamt daher die beiden von der Kl gerin verlangten Abtretungen verweigern sollen. Denn bei näherem Zusehen erweist sich, dass sie sich auf gar nicht existierende Rechte beziehen, also gegenstandslos sind, weil die Masse der Kl gerin Rechte abgetreten hat, welche nur dann zur Entstehung gelangt wären, wenn sie den Eintritt in das Auftragsverhältnis abgelehnt hätte.

4. — Hat sich die Konkursverwaltung zur Übernahme der Pflichten aus dem Auftragsverhältnis bereit erklärt, so kann sie, und damit auch die im Prozess an ihrer Stelle stehende Kl gerin, sich einer direkten Übertragung der Liegenschaft von K pfer auf den Beklagten — sofern diese überhaupt möglich ist — nicht widersetzen.

a) Ob der Beklagte berechtigt sei, von K pfer die Übertragung der Liegenschaft zu verlangen, ist eine Frage, die nur in einem Prozess zwischen diesen beiden entschieden werden kann. Das Begehren der Kl gerin auf Feststellung

des Nichtbestehens dieses Rechtes des Beklagten im vorliegenden Verfahren ist daher unzulässig.

b) Ist die direkte Übertragung der Liegenschaft von Kùpfer auf den Beklagten zulässig, was in diesem Verfahren, wie bereits bemerkt, dahingestellt bleiben kann, so hat die Konkursmasse Berner auch kein Interesse daran, dass an Stelle dieses kürzeren Weges der längere eingeschlagen werde, der darin bestünde, dass die Liegenschaft zunächst auf die Masse und erst nachher auf den Beklagten übertragen würde. Daher kann auch die Klàgerin, welche an Stelle der Masse steht, nicht die Benützung des längeren Weges verlangen.

c) Die Klàgerin nimmt schliesslich noch den Standpunkt ein, der vom Beklagten dem Berner erteilte Auftrag hätte zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedurft. Es könnte sich nun fragen, ob in der Erklärung der Masse, in das Auftragsverhältnis einzutreten, nicht auch ein Verzicht auf die Geltendmachung allfälliger Formmängel erblickt werden müsse mit der Wirkung, dass auch eine Abtretung des Rechtes zur Geltendmachung der genannten Formmängel im Rahmen von Art. 260 SchKG ausgeschlossen wäre. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da der von der Klàgerin behauptete Mangel nicht besteht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wie nach der in der Literatur herrschenden Ansicht ist nämlich der Auftrag, durch welchen sich der Beauftragte dem Auftraggeber gegenüber zum Abschluss eines Vertrages mit einem Dritten verpflichtet, selbst dann formlos gültig, wenn das abzuschliessende Rechtsgeschäft, wie z. B. ein Grundstückskauf, formbedürftig ist; mindestens ist dies der Fall, wenn der Beauftragte den Vertrag im Namen des Auftraggebers abschliessen soll (BGE 57 II S. 504, sowie OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 11 zu Art. 216 OR, und dort erwähnte Literatur). Dasselbe gilt aber auch für den Auftrag zum Kauf eines Grundstücks im Namen des Beauftragten, aber auf Rechnung des Auftraggebers. Denn die gleiche Überlegung, welche für den zuerst erwähnten Fall zur Verneinung der Formbedürftigkeit führt, trifft

auch hier zu: Im einen wie im andern Falle handelt der Beauftragte nicht in seinem eigenen Interesse und bedarf daher nicht eines besonderen Schutzes. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird denn auch die Formbedürftigkeit für den letzteren Fall ebenfalls verneint (vgl. WARNEYER I Ziffer III zu § 313 BGB, S. 602; OBERNECK, Das Reichsgrundbuchsrecht I S. 476; Reichsgerichtsentscheid vom 25. Januar 1926, veröffentlicht in der Jur. Wochenschrift 1926 II S. 2571). Ein Vorbehalt ist lediglich für den einen Fall zu machen, dass das Auftragsverhältnis den Zweck hat, die Schutzfunktion der öffentlichen Beurkundung zum Nachteil des Auftraggebers auszuschalten und den Abschluss eines Kaufvertrages zu ermöglichen, der sonst am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung scheitern müsste (vgl. Reichsgerichtsentscheid Bd. 104 S. 237 f.). Von einer solchen, das Schutzbedürfnis des Auftraggebers, d. h. hier des Beklagten als des wirklichen Käufers, verletzenden Gesetzesumgehung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht die Rede.

5. — Muss die Klage schon aus den vorstehenden Erwägungen abgewiesen werden, so erübrigt sich eine Prüfung des weiteren Standpunktes, auf welchen der Beklagte vor der Vorinstanz das Hauptgewicht gelegt hat, nämlich ob der Beklagte als Auftraggeber vom Beauftragten Berner bzw. dessen Konkursmasse gestützt auf Art. 401 OR die Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft verlangen könne, und der damit zusammenhängenden Frage nach der Zulässigkeit und Form der Abtretung des persönlichen Anspruches des Käufers aus dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag gegen den Verkäufer auf Übertragung des Eigentums am Grundstück.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 8. April 1938 wird bestätigt.

Vgl. auch Nr. 40, 42. — Voir aussi n^{os} 40, 42.