

tung, wenn die beiden Schuldbriefe durch Indossament oder Abtretungserklärung auf dem Papier verpfändet worden wären. Nur bei einer solchen skripturmässigen Verpfändung können die aus dem Schuldbrief nicht ersichtlichen Gegenforderungen des Schuldners dem Pfandgläubiger nicht entgegengehalten werden, der im guten Glauben, ohne Kenntnis dieser Gegenforderungen, die Skripturrechte in dem aus dem Papier sich ergebenden Umfang erworben hat. In diesem Sinne setzt Art. 866 ZGB, wonach der Schuldbrief seinem Wortlaut gemäss für jedermann zu Recht besteht, der sich in gutem Glauben auf die Urkunde verlassen hat, bei Namenspapieren voraus, dass der sich beim Erwerb auf den Schuldbrief verlassende Erwerber so erworben habe, wie es das Gesetz in Art. 869 für Schuldbriefe vorschreibt. Ebenso schliesst Art. 872 ZGB, wonach der Schuldner nur solche Einreden geltend machen kann, die sich auf den Eintrag oder auf die Urkunde beziehen, oder ihm persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen, die Geltendmachung von dem Verpfänder gegenüber begründeten Einreden nur gegenüber demjenigen Pfandgläubiger aus, der ein eigenes Skripturrecht aus dem Papier erworben hat; macht der Pfandgläubiger nur die Rechte des Verpfänders gegenüber dem Schuldner geltend, so kann ihm der Schuldner auch die Einreden gegen den Verpfänder entgegengehalten. Wenn nun auch bei Forderungen, die in Namenspapieren verurkundet sind, wie bei allen andern Forderungen, neben der Verpfändung durch Indossament noch eine gewöhnliche Verpfändung ausserhalb des Briefes zulässig ist (vgl. WIELAND, Komm. zu Art. 901 N. 3c; für das deutsche Recht GIERKE, Deutsches Privatrecht II S. 1019 und die dort zitierte Literatur), so erwirbt doch in einem solchen Falle der Pfandgläubiger die Rechte aus dem Papier nur, soweit sie dem Verpfänder zustehen, was zur Folge hat, dass der Schuldner dem Pfandgläubiger sämtliche dem Verpfänder gegenüber begründeten Einreden entgegengehalten kann (vgl. WIE-

LAND, Komm. zu Art. 901 ZGB N. 3c). *In concreto* hat nun die Beklagte, welche die Beweislast für den Umfang des Pfandrechtserwerbes trifft, nicht bewiesen, dass die beiden Schuldbriefe durch Indossament oder Abtretung auf dem Titel verpfändet worden sind; gegenteils geht aus dem allein bei den Akten befindlichen Schuldbrief von 30,000 Fr. hervor, dass dies für diesen Brief nicht zutrifft und es ist auch bezüglich des andern Briefes nichts gegenteiliges behauptet worden. Unter diesen Umständen ist, da die Beklagte nicht mehr bestreitet, dass die Kontokorrentforderung der Klägerin schon zur Zeit der Verpfändungsanzeige bestand, die von der Klägerin geltend gemachte Einrede der Kompensation zu schützen und die Klage in diesem Sinne gutzuheissen.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 28. März 1916 bestätigt.

50. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Juni 1916
i. S. Mayer, Kläger, gegen Konkursmasse Jordy, Beklagte.

Rechte des Vermieters im Konkurse des Mieters.

A. — Am 1. Januar 1913 schloss der Kläger als Vermieter mit dem Buchdrucker Stephan Jordy als Mieter einen Mietvertrag über die nach den Wünschen des Jordy erstellten Parterräumlichkeiten in einem Neubau des Klägers in Ragaz ab. Der Mietpreis betrug 4600 Fr. per Jahr, *praenumerando* zahlbar in vier gleichen Raten je am ersten Tage eines Kalenderquartals; der Vertrag sollte bis Ende 1928 unkündbar sein.

Nachdem Jordy verschiedene Mal versucht hatte, eine stärkere Reduktion des Mietzinses oder eine Abkürzung

der Vertragsdauer zu erreichen, liess er am 10. August 1915 dem Kläger den Mietvertrag auf Ende 1915 «künden». Der Kläger nahm die Kündigung als vertragswidrig nicht an; Jordy beharrte aber darauf, unterliess es jedoch, eine am 16. August vor Vermittleramt anhängig gemachte Klage auf Aufhebung des Mietvertrages gerichtlich zu prosequieren.

Am 13. Oktober 1915 wurde über Jordy der Konkurs erkannt. Damals standen die am 1. Juli und am 1. Oktober fällig gewordenen Mietzinsraten für das 3. und 4. Quartal 1915 aus. Der Kläger meldete folgende Forderungen an:

- a) Verfallener Mietzins vom 1. Juli bis 31. Dezember 1915 (incl. Nebenentschädigungen und Verzugszins). Fr. 2 396 95
- b) Laufender Mietzins vom 1. Januar bis 30. Juni 1916 (incl. Nebenentschädigungen) » 2 534 70
- c) Schadenersatz wegen Ausfall des Mietzinses » 28 750 —
- d) Schadenersatz für Aufwendung von Baukosten. » 30 000 —
- e) Schadenersatz für nötige bauliche Veränderungen » 5 000 —

Die Konkursverwaltung anerkannte die Mietzinsforderung bis zum 31. März 1916, wies dagegen alle weiteren Ansprüche des Klägers ab.

B. — Durch Urteil vom 20./21. März 1916 hat das Kantonsgericht St. Gallen über folgendes Rechtsbegehren des Klägers:

« Es sei der Kollokationsplan im Konkurse des Stephan Jordy, Ragaz, in nachfolgendem Sinne abzuändern:

« 1. Es sei die klägerische Mietzinsforderung von 1150 » Franken für die Zeit vom 1. April 1916 bis 30. Juni 1916, » als retentionsberechtigt zu kollozieren.

« 2. Es sei der Kläger in V. Klasse mit folgenden Be- » trägen zu kollozieren:

- « a) Fr. 28 750 — Schadenersatz infolge Ausfall an Mietzins,
- « b) » 30 000 — Schadenersatz infolge Aufwendungen von Baukosten,
- « c) » 5 000 — Schadenersatz infolge baulichen Veränderungen,

erkannt:

« Die Forderung des Klägers wird im Betrage von » 6000 Fr., zu kollozieren in V. Klasse, geschützt, im » übrigen wird die Klage abgewiesen. »

Dieses Urteil ist in der Hauptsache, wie folgt, begründet:

a) In Bezug auf die Mietzinsforderung für das 2. Quartal 1916: Nachdem die Beklagte die Erklärung abgegeben habe, dass sie am 31. März 1916 vom Mietvertrag zurücktrete und die Mietobjekte auf diesen Termin räume, sei klar, dass der Kläger für die Zeit ab 1. April 1916 keinen Mietzinsanspruch mehr besitze. Vom Tage der Aufhebung des Mietzinsverhältnisses an erlösche dieser Anspruch, sofern sie auf einen Kündigungstermin erfolge, was im vorliegenden Falle zutrefte.

b) In Bezug auf die Schadenersatzforderung: Diese sei auf Grund des Art. 211 Abs. 1 SchKG grundsätzlich gutzuheissen, jedoch falle dem Kläger ein für den Schaden kausales Mitverschulden zur Last, weil er dem Gemeinschuldner zuviel Vertrauen entgegengebracht habe. Es sei ihm deshalb nicht der ganze Schaden zu ersetzen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung, die Beklagte die Anschlussberufung an das Bundesgericht ergriffen, der Kläger mit dem Antrag auf gänzlichen Zusppruch, die Beklagte mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Bei der Frage, bis wann die vom Kläger geltend gemachte Mietzinsforderung als solche zu kollozieren

sei — der Kläger verlangt, dass sie bis Ende Juni 1916 kolloziert werde — ist davon auszugehen (vgl. BGE 27 II S. 46 f.), dass Mietzinsforderungen zwar grundsätzlich erst nach Massgabe des dem Mieter gewährten Gebrauchs entstehen, dass sie aber im Konkurse immerhin soweit müssen geltend gemacht werden können, als dafür nach der bezüglichen Bestimmung des OR ein Retentionsrecht besteht; denn ein Retentionsrecht ohne Forderung ist undenkbar. Nach Art. 272 OR hat nun der Vermieter einer unbeweglichen Sache ein Retentionsrecht « für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ». Unter « einem verfallenen Jahreszins » ist dabei — unabhängig davon, wann die einzelnen Zinsraten fällig wurden, — der Mietzins für das verflossene Jahr zu verstehen; denn aus der Entstehungsgeschichte des Art. 272 (vgl. insbesondere Botschaft zum OR, vom 3. März 1905, S. 30) geht deutlich hervor, dass mit der Ersetzung der Worte « für den Mietzins des verflossenen Jahres » (in Art. 294 alt OR) durch die Worte « für einen verfallenen Jahreszins » (in Art. 1320 des Entwurfs von 1905 und in Art. 272 des definitiven neuen Gesetzestextes, bloss eine redaktionelle, keine materielle Aenderung getroffen werden wollte. Das « verflossene Jahr » ist nun aber, wie bisher (vgl. HAFNER, Note 4 zu Art. 294), vom letzten « Ziel » an zurückzurechnen. Ist danach auch unter « einem verfallenen Jahreszins » im Sinne des Art. 272 neu OR der Mietzins für das vom letzten « Ziel » zurückzurechnende Jahr zu verstehen — selbst wenn noch ein weiterer Quartal- oder Semesterzins fällig sein sollte —, so kann unter dem « laufenden Halbjahreszins » desselben Artikels nur der Zins für das vom letzten « Ziel » an nach vorn zu rechnende halbe Jahr verstanden werden, und es ist also der Begriff des « laufenden Halbjahreszinses » davon, ob die einzelnen Zinsraten *post-* oder *praenumerando* zahlbar waren, ebenso unabhängig wie der Begriff des « verfallenen Jahreszinses ».

Im vorliegenden Falle war nun das letzte « Ziel » vor

der Konkursöffnung der 1. Oktober 1915 gewesen. Als « ein verfallener Jahreszins » erscheint deshalb (ohne Rücksicht darauf, dass am Tage der Konkursöffnung, nämlich am 13. Oktober 1915, bereits auch der Zins für das 4. Quartal 1915 fällig war) der Zins für die Zeit vom 1. Oktober 1914 bis zum 30. September 1915, und als der « laufende Halbjahreszins » erscheint der Zins für die Zeit vom 1. Oktober 1915 bis zum 31. März 1916. Erstreckt sich aber danach das dem Kläger zustehende Retentionsrecht bis zum 31. März 1916 und nicht weiter, so hat er nach dem Gesagten eine im Konkurs anzuerkennende Mietzinsforderung bis zu diesem Datum und nicht weiter. Das Urteil der Vorinstanz ist deshalb hinsichtlich dieses Punktes im Dispositiv zu bestätigen.

2. — Für die Zeit nach dem 31. März 1916 besteht nach dem Gesagten zwar keine Mietzinsforderung, die als solche im Konkurse kolloziert werden könnte. Ebenso wenig besteht eine dem Mietzins entsprechende Massschuld; letzteres deshalb nicht, weil die Konkursmasse des Mieters nach Art. 266 OR, wie auch nach Art. 211 Abs. 2 SchKG, zum Eintritt in den Vertrag (unter Sicherheitsleistung) nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, ein solcher Eintritt aber im vorliegenden Falle nicht stattgefunden hat.

Dagegen hat der Konkurs des Mieters an dessen Verpflichtung, den Mietvertrag zu halten, nichts geändert; denn eine dem Art. 295 OR entsprechende Bestimmung besteht für die Miete nicht. Nun hatte aber Jordy schon vor Konkursausbruch (durch einen Brief seines Anwalts vom 10. August 1915) kategorisch erklärt, den Mietvertrag nicht länger als bis zum 31. Dezember 1915 halten zu wollen. Diese « Kündigung » hatte zwar der Kläger nicht « angenommen »; andererseits wurde sie aber auch von Jordy nicht zurückgezogen, und es blieb also bei der Erklärung des Jordy, dass er den Vertrag nicht länger als bis Ende 1915 halten werde. Auch als der Konkurs ausgebrochen war, erklärte weder Jordy noch die Konkurs-

verwaltung, den Vertrag über den 31. März 1916 hinaus erfüllen zu wollen. Der Kläger hatte daher keine Veranlassung, vom Gemeinschuldner oder von der Konkursverwaltung Sicherstellung im Sinne der Art. 211 Abs. 2 SchKG oder 266 OR zu verlangen. Vielmehr konnte er nunmehr, mit oder ohne förmliche «Auflösung der Miete» im Sinne des Art. 266, Schadenersatz fordern und sich dafür in V. Klasse kollozieren lassen. Dies konnte er sowohl gestützt auf Art. 97 OR, als auch gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG. Was speziell den erstgenannten Artikel betrifft, so fällt in Betracht, dass die Beklagte den Beweis, dass dem Gemeinschuldner «keinerlei Verschulden zur Last falle», nicht angetreten hat und übrigens auch nicht hätte erbringen können. Dass aber auf die Nichthaltung eines Mietvertrages infolge Konkurses des Mieters auch Art. 211 Abs. 1 SchKG anwendbar ist — ebenso wie auf die Nichthaltung eines Kaufvertrages infolge Konkurses des Käufers (vgl. JÄGER, Note 5 a zu Art. 211) — ergibt sich *per arg. a contrario*, und zwar zwingend, aus dem in Abs. 3 für den Pachtvertrag gemachten Vorbehalt.

3. — Zu ersetzen, bzw. als Konkursforderung zu kollozieren ist, wiederum sowohl nach Art. 97 OR als nach Art. 211 Abs. 1 SchKG, das Erfüllungsinteresse, d. h. im vorliegenden Falle die Differenz zwischen dem (auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung zurückzudiskontierenden) Gesamtbetrag der Mietzinse, die bei Haltung des Vertrages zu bezahlen gewesen wären, einerseits, und demjenigen (ebenfalls zurückzudiskontierenden) Ertrag, den der Kläger nach Auflösung des Vertrages mit Jordy voraussichtlich erzielen wird oder doch zu erzielen in der Lage sein dürfte.

Die Mietzinse, die bei Haltung des Vertrages vom 1. April 1916 an bis zum Schluss der vereinbarten Mietdauer (Ende 1928) zu bezahlen gewesen wären, belaufen sich auf 58650 Fr. Welchen Ertrag der Kläger unter den veränderten Umständen während derselben Dauer voraussichtlich erzielen können, ist eine Schätzungs-

frage, deren Beantwortung allzusehr von der Beurteilung lokaler Faktoren und persönlicher Verhältnisse abhängt, als dass das Bundesgericht sie in einem von der Auffassung der kantonalen Instanz abweichenden Sinne lösen könnte. Das vorliegende Urteil, durch welches dem Kläger als Schadenersatz bloss 6000 Fr. zugesprochen worden sind, müsste daher bestätigt werden, wenn es nicht u. a. auf der Erwägung beruhen würde, dass dem Kläger ein für den entstandenen Schaden kausales Mitverschulden zur Last falle, weil er dem Gemeinschuldner zuviel Vertrauen entgegengebracht habe. Diese Erwägung kann nicht gutgeheissen werden. Abgesehen von der Frage, ob der Kläger unter den Umständen, wie sie vorlagen, nicht alle Veranlassung hatte, sowohl auf die Kreditwürdigkeit als auf die technischen und kaufmännischen Fähigkeiten des ihm wohl empfohlenen Stephan Jordy zu vertrauen, fällt grundsätzlich in Betracht, dass im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner das Zutrauen, welches der Gläubiger dem handlungs- und urteilsfähigen Schuldner bei der Begründung des Schuldverhältnisses entgegenbrachte, jenem nicht zum Verschulden angerechnet werden darf. Der Konkursmasse des Mieters stehen aber, wenn es sich um die als Konkursforderung zu kollozierende Schadenersatzforderung des Vermieters handelt, keine weitem Rechte zu, als dem Mieter selbst.

Die Vorinstanz spricht sich nicht darüber aus, welchen Betrag sie dem Kläger zuerkannt haben würde, wenn sie nicht davon ausgegangen wäre, dass ein Abzug für Mitverschulden gemacht werden müsse. Es kann aber angenommen werden, dass sie das vermeintliche Mitverschulden des Klägers durch einen Abzug von etwa 25 % berücksichtigen wollte, und dass sie also den dem Kläger entstandenen Schaden auf rund 8000 Fr. veranschlagte. Auf diesen Betrag ist daher die Urteilssumme zu erhöhen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In teilweiser Gutheissung der Hauptberufung und in Abweisung der Anschlussberufung wird die in V. Klasse zu kollozierende Forderung des Klägers von 6000 auf 8000 Fr. erhöht. Im übrigen werden beide Berufungen abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

51. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Juni 1916
i. S. Konkursmasse der Leih- u. Sparkasse Eschlikon, Beklagte,
gegen Schweizerische Bodenkreditanstalt, Klägerin.

Form der Verpfändung von Namen- und Ordrepapieren, insbesondere auf den Namen lautender Schuldbriefe oder Gülden.
— Anwendungsfall des Art. 288 Ziff. 1 SchKG. — Anrechnung des Pfanderlöses im Konkursfalle, wenn die pfandversicherte Forderung nicht voll gedeckt wird.

A. — Die Leih- und Sparkasse Eschlikon (im Folgenden mit «Leihkasse» bezeichnet) stand seit einer Reihe von Jahren mit der Thurg. Hypothekenbank, der Rechtsvorgängerin der Klägerin, im Geschäftsverkehr. Die Hypothekenbank hatte der Leihkasse einen Kontokorrentkredit eröffnet und pflegte die von der Leihkasse ausgestellten Eigenwechsel, wie auch solche Wechsel, die von Kunden der Leihkasse auf diese gezogen und von der Leihkasse akzeptiert worden waren, zu diskontieren und der Leihkasse im Kontokorrent zu belasten. Die fälligen Wechsel wurden in der Regel von der Leihkasse nicht eingelöst, sondern vor Verfall erneuert. Am 21. Dezember 1911 erreichten die in Zirkulation befindlichen Eigenwechsel der Leihkasse den Betrag von 1,550,000 Fr., die in Zirkulation befindlichen, von der Leihkasse akzeptierten Tratten des Müllers Stücheli den

Betrag von 991,887 Fr. Der Umsatz auf dem Eigenwechselkonto der Leihkasse betrug im I. Semester 1912 2,750,000 Fr.

Zur Sicherstellung des ihr von der Hypothekenbank eröffneten Kredits hatte die Leihkasse der Hypothekenbank eine Anzahl Grundpfandtitel verpfändet, die in ihrem Bestande wechselten, aber von 1905 bis 1912 immer einen Gesamtnominalwert von 500,000 bis 600,000 Fr. darstellten.

Im Frühjahr 1912 geriet die Hypothekenbank in finanzielle Schwierigkeiten, die dazu führten, dass im Auftrage verschiedener Grossbanken, deren Beistand in Frage kam, der Präsident des Direktoriums der Nationalbank Kundert, sowie Handelsbankdirektor Müller in Basel eine Prüfung der Situation der Hypothekenbank vornahmen. Am 22. April — ob auf Veranlassung der Revisoren oder von sich aus, ist nicht festgestellt — liess der Verwaltungsratspräsident der Hypothekenbank die Leihkasse brieflich davon in Kenntnis setzen, dass die Bank « nicht im Fall sein » werde, die am 30. April fällig werdenden Wechsel im Betrage von 100,000 Fr. zu erneuern; das Gleiche werde voraussichtlich für die « Fälligkeiten vom 25./28. Mai » (300,000 Fr.) zutreffen. Ungefähr zur gleichen Zeit (das genaue Datum ergibt sich nicht aus den Akten) forderte er den Verwalter der Leihkasse, Fr. Schiltknecht, persönlich auf, für Ablösung der grossen Schuld der Leihkasse bei der Hypothekenbank besorgt zu sein, worauf Schiltknecht antwortete, die Mittel der Leihkasse seien festgelegt und er, Schiltknecht, könne « auch kein Geld aus den Steinen klopfen ». Da sodann den Revisoren Kundert und Müller das nur ungenügend gedeckte grosse Kontokorrentguthaben der Hypothekenbank an die Leihkasse auffiel, die Hypothekenbank aber nach ihrem Geschäftsreglement, mit Ausnahme von Darlehen an Gemeinden, Korporationen, Genossenschaften und Vereine, nur gedeckte Kredite gewähren sollte, liessen sie am 28. April durch einen Prokuristen der Hypothekenbank