wobei immerhin die in erster Linie zu entscheidende Frage vorbehalten bleibt, ob die Klageforderung eine grundversicherte sei, und aus diesem Grunde nach Maßgabe des kantonalen Rechts der Verrechnung mit den von der Beklagten vorgeschützten Gegenforderungen nicht unterliege.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin für begründet erklärt, daß das angefochtene Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 4. Februar 1901 aufgehoben, und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuer Beurteilung im Sinne der obstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

18. Urteil vom 16. März und 20. April 1901
in Sachen Fierz gegen Aargauische Bank.

Vindikation von zu Faustpfand gegebenen Wertpapieren. Art. 205, 206, 207, 213 O.-R. Redlicher Erwerb (guter Glaube des Empfängers). « Gestohlene » Sachen.

A. Durch Urteil vom 12. Dezember 1900 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt:

In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei das Klagebegehren gutzuheißen.

Eventuell sei auf Aktenergänzung zu erkennen im Sinne der Befragung des Klägers über seine Behauptung, daß auch er stets ein Doppel des Kassaschlüssels, speziell auch des Schlüssels zum betreffenden Valorenbehälter besessen habe.

In der Hauptverhandlung vor Bundesgericht beantragte der Anwalt des Klägers Gutheißung der Berufung. Der Anwalt der Berufungsbeklagten beantragte Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 4. Dezember 1897 übergab Michael Küng in Zürich der beklagten Bank als Sicherheit für einen ihm schon früher eröffneten Kredit, und im Austausch gegen andere Hinterlagen 35 Inhaberobligationen der Stadt Zürich zu je 1000 Fr. vom Jahr 1896, Nr. 52,901/52,935. Küng, der seiner Zeit bei der Beklagten seine Lehrzeit durchgemacht hatte, war seit 1874 in dem Exportgeschäft des Klägers Theodor Fierz angestellt. Seit 1887 besaß er die Procura, und hatte speziell die Geschäftskasse unter sich. Am 12. Februar 1900 entdeckte der Kläger anlässlich der Revision der Kassabücher ein Defizit von circa 150,000 Fr. Küng, dem der Kläger bis anhin sein volles Vertrauen geschenkt hatte, gestand, im Laufe der Jahre eine große Anzahl von Werttiteln, u. a. auch die bei der Beklagten verpfändeten 35 Inhaberobligationen, dem Kassaschrank seines Prinzipals entfremdet und für private Spekulationen verwendet zu haben. Durch Erkenntnis vom 20. Juni 1900 wurde er von der III. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes des fortgesetzten einfachen Diebstahls im Gesamtbetrage von 188,648 Fr. schuldig erklärt und unter Berücksichtigung des abgelegten Geständnisses und des bisherigen unbescholtenen Leumundes zu vier Jahren Arbeitshaus verurteilt. Über die Art, wie die Titel verwahrt waren, ist den Akten und den Feststellungen der Vorinstanz zu entnehmen: Der Kläger hatte mit der Zeit Werttitel in bedeutendem Betrage im untern Teil seines Kassaschranks versorgt, welcher in dem dem Küng zugewiesenen Zimmer der Geschäftsräumlichkeiten stand, und in seinem oberen Teile die eigentliche Geschäftskasse enthielt. Der untere und der obere Teil hatten jeder seinen besondern Verschluss; der Schlüssel des untern Teils lag (laut Erklärung des Klägers in der Strafuntersuchung) in der Kasse selbst, d. h. im oberen Teil, für welch' letzteren sowohl der Kläger als Küng einen (selbständig öffnenden) Schlüssel besaß. Nach der eigenen Darstellung des Klägers hatte Küng den Einzug der Coupons der im untern Teil versorgten Werttitel zu besorgen. Dagegen bestreitet der Kläger die von der Beklagten aufgestellte Behauptung, daß Küng auch ermächtigt gewesen sei, die Titel für das Geschäft zu lombardieren. Umgekehrt bestreitet die Beklagte die Behauptung des

Klägers, daß der Kläger außer dem im obern Teil des Kassaschranks liegenden noch einen besondern Schlüssel für das untere Fach, in dem sich die Werttitel befanden, besessen habe. Über diese beiden bestrittenen Punkte enthält das angefochtene Urteil keine bestimmte Feststellung; es konstatiert in dieser Beziehung lediglich: „Als Prokurist genoß er (Küng) das unbegrenzte Vertrauen des Klägers; er verwaltete seit Jahren Kasse und Titel nicht nur selbständig, sondern ohne irgend welche Kontrolle; er war im Stande, — wenn auch nicht dazu berechtigt — Barschaft und Titel zu verwenden, ohne daß, beim Fehlen jeder Kontrolle, der Kläger davon Kenntnis erhielt.“ In seiner Zeugeneinvernahme im Strafprozeß gab der Kläger zu, daß er während der ganzen Zeit, da Küng die Kasse führte, bloß ein einziges Mal eine Kassaprobe gemacht, und daß er auch während einer längeren Reise, die er vom Mai 1893 bis Mai 1894 ausführte, Niemanden bezeichnet habe, der für ihn den Küng zu kontrollieren gehabt hätte. Während dieser Reise seien aber bloß die Titel der Schwester des Klägers in Küngs Kasse gelegen.

2. Der Kläger stellte nun beim aargauischen Handelsgericht gegenüber der Beklagten das Rechtsbegehren: Dieselbe sei zur unbeschwertten Herausgabe der bei ihr von W. Küng zu Unrecht verpfändeten, dem Kläger gehörigen 35 Stück $3\frac{1}{2}$ prozentigen Obligationen der Stadt Zürich vom Jahre 1896, Nr. 52,901—52,935 à 1000 Fr. samt den noch nicht verfallenen Coupons, sowie zum Ersatz derjenigen Summe zu verurteilen, welche sie durch Einkassierung der seit der Verpfändung der genannten Titel fällig gewordenen Zinskoupons vereinnahmt habe. Er stützte sich auf das gegen Küng ergangene Strafurteil, durch welches festgestellt sei, daß ihm die Titel von Küng gestohlen worden seien, und behauptete überdies, die Beklagte habe sich bei der Empfangnahme derselben nicht im guten Glauben befunden, indem sie bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte den Verdacht schöpfen müssen, daß hinter den (fortgesetzten) Verpfändungen Küngs etwas Unlauteres stecke. Die Beklagte zog den Antwortschluß, die Klage sei abzuweisen. Sie verwahrte sich gegen die Bestreitung ihres redlichen Erwerbes und vertrat den Standpunkt, daß sich das Verbrechen des Küng nicht als Diebstahl, sondern als Unter-

schlagung qualifiziere, so daß im vorliegenden Falle weder Art. 207 noch Art. 206 O.-R. zutreffe, und daher eine vindikation ausgeschlossen sei.

3. Es herrscht zunächst unter den Parteien darüber kein Streit, daß die mit der gegenwärtigen Klage vindizierten 35 Obligationen der Stadt Zürich, welche sich zweifellos als Inhaberpapiere qualifizieren, dem Kläger auf verbrecherische Art von Küng entfremdet und der Beklagten somit vom Nichteigentümer ohne Bewilligung des Eigentümers verpfändet worden sind. Wenn bewegliche Sachen oder Inhaberpapiere von einem Nichtberechtigten zu Faustpfand übergeben worden sind, so erwirbt jedoch der gutgläubige Empfänger derselben, vorbehaltlich der Grundsätze über die Vindikation gestohlener oder verloreener Sachen, dennoch Faustpfand (Art. 213 O.-R.). Was nun den guten Glauben der Beklagten beim Empfang der fraglichen Titel anbelangt, so ist an demselben nicht zu zweifeln. Die Vorinstanz führt hierüber im wesentlichen aus: Die Beklagte habe den Küng, der bei ihr i. J. die Lehrzeit gemacht, als ruhigen, bescheidenen und fleißigen Arbeiter von einfacher Lebensweise gekannt und auch gewußt, daß er sich durch eigenen Erwerb und durch Heirat ein ordentliches Vermögen erworben habe. Nächste Verwandte haben volles Vertrauen in Küng gesetzt und ihm Beträge von 10,000 Fr. zur Anlage übergeben. Für die Beklagte habe es gar nicht zweifelhaft sein können, daß die ihr präsentierten Wertpapiere nicht Spekulationspapiere seien, und es lasse sich auch nicht behaupten, daß Küng jeweilen verhältnismäßig zu viel Titel geboten habe. Bei einem jahrelangen geschäftlichen Verkehr erscheine ein Kontokorrent-Kredit von 33,500 Fr. gegen Faustpfandhinterlage, wie ihn die Beklagte einräumte, nichts außerordentliches. Auch sei der Verkehr kein geheimer gewesen, die Briefe seien alle unter der Adresse des Hauses Fierz gegangen. Dazu komme, daß Küng in Zürich überhaupt als solider, wohlhabender Mann gegolten, von dem man füglich angenommen habe, daß er ein bedeutend größeres Salär beziehe, als es wirklich der Fall gewesen sei. Es hätten auch verschiedene Direktoren von zürcherischen Banken, mit denen Küng direkt verkehrte, erklärt, daß sie die Belehnung von diesem durch vorgewiesenen Titel nicht abschlägig beschieden haben würden. Die

in dieser Ausführung enthaltenen tatsächlichen Feststellungen sind attengemäß; auf Grund derselben darf ohne weiteres angenommen werden, daß die Beklagte im Glauben gewesen sei, und auch ohne sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig zu machen, habe glauben dürfen, Küng sei zur Verfügung über die ihr angebotenen Titel berechtigt.

4. Die Beklagte hat demnach der klägerischen vindikation gegenüber Anspruch auf Anerkennung ihres Faustpfandrechtes, sofern nicht die Titel dem Kläger als ihrem Eigentümer gestohlen worden, oder verloren gegangen sind. Denn gestohlene oder verlorene Sachen können (binnen 5 Jahren vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet) jedem Inhaber, ohne Rücksicht auf den gut- oder bösgläubigen Erwerb derselben, abverlangt werden; insbesondere auch gemäß dem ausdrücklichen Vorbehalt in Art. 213 D.-R. dem Pfandgläubiger. Bei Prüfung der Frage, ob die in Rede stehenden Wertpapiere zu den gestohlenen oder verlorenen zu rechnen seien, hat die Vorinstanz mit Recht den Standpunkt eingenommen, daß die in dem Strafurteil ausgesprochene Qualifikation des von Küng begangenen Verbrechens den Zivilrichter nicht kinde. Wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Bachofen gegen die Schweiz. Volksbank vom 25. März 1893 (Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XIX, S. 310 Erw. 2) ausgeführt hat, stellt Art. 206 D.-R. eine für die ganze Schweiz gleichmäßig geltende Norm eidgenössischen Rechts auf. Die hier verwendeten Begriffe „gestohlen“ und „verloren“ dürfen daher nicht in dem verschiedenen Sinne aufgefaßt werden, welchen die kantonalen Strafgesetzbücher ihnen beilegen. Es kommt ihnen vielmehr ein für die ganze Schweiz übereinstimmender Sinn zu, welcher durch Wissenschaft und Praxis ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Begriffsbestimmungen der kantonalen Strafgesetze, einheitlich festzustellen ist.

5. Die Vorinstanz geht hierbei übereinstimmend mit den Ausführungen des citierten bundesgerichtlichen Urteils in Sachen Bachofen gegen Schweiz. Volksbank davon aus, daß nach dem Grundgedanken des Obligationenrechts die in Art. 206 genannten gestohlenen und verlorenen Sachen den Gegensatz zum anvertrauten Gut bilden, und daß Art. 206, seiner historischen Wurzel

entsprechend, überhaupt die Fälle unfreiwilligen Verlustes des Gewahrsams, aber auch nur diese, im Auge hat (vgl. die angeführte Entscheidung des Bundesgerichtes, Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 311 Erw. 3). Hieran anschließend, führt sie sodann aus: Wenn somit gefolgert werden müsse, daß der Kläger seinem Prokuristen Küng den Gewahrsam an den Titeln tatsächlich übertragen habe, so sei die vindikation nicht statthaft; und angesichts der konkreten Verhältnisse, bei der Stellung des Küng im Geschäft, und bei der ihm seit Jahren zugestandenen Eigenmächtigkeit und Selbständigkeit dürfe unbedenklich der Schluß gezogen werden, daß der Kläger die Titel diesem seinem Angestellten anvertraut, in tatsächlichen ausschließlichen Gewahrsam gegeben habe. Denn angenommen auch, der Kläger habe einen Schlüssel in seinem Besitze gehabt, so stehe fest, daß er von seinem Gewahrsam, von seinem Aufsichtsrechte, beziehungsweise seiner Kontrollpflicht, mit einer einzigen Ausnahme bezüglich der Kasse niemals Gebrauch gemacht habe. Die Kasse habe sich in Wirklichkeit fortwährend im Gewahrsam des Prokuristen befunden, der Kläger habe sie diesem unter Aufgabe seines eigenen Gewahrsams anvertraut. Wenn aber gleichwohl auf ein formelles Verfügungsrecht des Prinzipals abgestellt werden wollte, so stehe fest und sei entscheidend, daß zwischen dem Prinzipal Fierz und dem Angestellten Küng ein solches Vertrauensverhältnis bestanden habe, daß angesichts der konkreten Verhältnisse der Schluß gerechtfertigt sei, die Titel seien dem Prokuristen anvertraut gewesen und haben daher (von diesem) nicht „gestohlen“ werden können. Aus diesen Erwägungen erhellt, daß die Vorinstanz zwar allerdings in erster Linie annimmt, der Kläger habe seinen eigenen Gewahrsam an den Titeln aufgegeben, daß sie aber das Hauptgewicht nicht hierauf legt, sondern als das Entscheidende betrachtet, daß jedenfalls Küng mit dem Willen des Klägers Gewahrsam erlangt habe, und deshalb dessen rechtswidrige Aneignung auch dann nicht als Diebstahl, sondern als Unterschlagung zu betrachten sei, wenn man annehme, neben seinem Gewahrsam habe noch ein Gewahrsam des Klägers fortbestanden. Diesem Standpunkt kann jedoch nicht beigetreten werden. Wie bemerkt, begreift das Bundesgesetz über das Obligationenrecht in Art. 206 schlechthin die Fälle un-

freiwilligen Verlustes des Gewahrsams, aber auch nur diese. Die Worte „gestohlen“ und „verloren“ sind daher allerdings nicht bloß auf Diebstahl und Verlieren im engern Sinne zu beziehen, sondern bezeichnen überhaupt sämtliche Fälle unfreiwilligen Verlustes des Gewahrsams, dagegen dürfen sie nicht weiter ausgedehnt, insbesondere nicht auf Fälle des Betrugs, der Unterschlagung u. dgl. ausgedehnt werden (Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XIX, S. 311 Erw. 3). Entscheidend für die Zulässigkeit der vindikation ist demnach, ob der Eigentümer seinen Gewahrsam freiwillig aufgegeben habe, und diese Frage beantwortet sich nicht ohne weiteres darnach, ob im Momente der Entwendung Gewahrsam des Thäters angenommen werden müsse, vielmehr kommt es darauf an, ob der Thäter den ausschließlichen Gewahrsam gehabt, bezw. ob der Eigentümer ihm den Gewahrsam an der betreffenden Sache mit dem Willen und in der Weise übertragen habe, daß er damit den eigenen Gewahrsam daran verlor. Denn so lange der Gewahrsam des Eigentümers als fortdauernd betrachtet werden muß, liegt in der eigenmächtigen Aneignung der Sache durch den Dritten, auch wenn diesem ebenfalls ein Gewahrsam daran zustand, immer ein Bruch jenes Gewahrsams des Eigentümers. In solchen Fällen kann somit dem sein Eigentum behauptenden vindikationskläger nicht entgegengehalten werden, er habe seinen Gewahrsam an der vindizierten Sache freiwillig aufgegeben, und müsse deshalb seinen Glanzen suchen, wo er ihn gelassen, da er eben diesen Gewahrsam nicht mit seinem Willen, sondern nur durch die Eigenmacht des Dritten verlor. In diesem Sinne unterscheidet denn auch die Strafrechtswissenschaft zwischen Diebstahl und Unterschlagung. Nicht als Unterschlagung, sondern als Diebstahl wird es z. B. betrachtet, wenn ein Diensthote Sachen der Dienstherrschaft, ein Handlungsgehilfe oder Lehrling Sachen des Kaufherrn, die er in Händen hat, sich rechtswidrig aneignet, sofern die Sache sich auch noch im Gewahrsam der Dienstherrschaft u. s. w. befindet. Ebenso begeht der Geschäftskassierer, der sich aus der Geschäftskasse, an welcher neben ihm der Prinzipal den Gewahrsam besitzt, Beträge aneignet, strafrechtlich einen Diebstahl, und nur, wenn ihm die Kasse zu ausschließlicher Verwaltung anvertraut ist, kann bei ihm

von Unterschlagung gesprochen werden (vgl. Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 86, Ziff. 4; Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, § 172, II, B; Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 125, III).

6. Es geht also zu weit, den Begriff des anvertrauten Gutes als Gegensatz zum gestohlenen und verlorenen im Sinne des Art. 206 so aufzufassen, daß es einzig darauf ankomme, ob die Entwendung unter Mißbrauch eines Vertrauensverhältnisses stattgefunden habe oder nicht, sondern es ist für die gedachte Unterscheidung bestimmend, ob die Sache mit dem Willen des Eigentümers aus dessen Gewahrsam in den fremden Gewahrsam gelangt, der Gewahrsam des Eigentümers also von diesem freiwillig aufgegeben worden sei. Anvertraute Sachen sind diejenigen, welche Jemand (der Eigentümer) freiwillig, mit der Verpflichtung zu späterer Rückgabe in den Gewahrsam eines Andern übergeben hat (siehe Hafner, Komm. zum Obligationenrecht, Art. 206, Anm. 2).

7. Die Frage, von der die Entscheidung über das streitige Faustpfandrecht der Beklagten abhängt, ist somit nicht so zu stellen, ob der Kläger dem Verpfänder König in Hinsicht auf die Verwaltung der Titel sein Vertrauen geschenkt habe, sondern so, ob der Kläger ihm daran den Gewahrsam unter Aufgabe des eigenen Gewahrsams eingeräumt habe, ob sich also die Titel zur Zeit der Entwendung noch im Gewahrsam des Klägers befunden haben, oder nicht. Diese Frage kann nicht im Sinne der Vorinstanz beantwortet werden. Die Titel befanden sich in dem Kassaschrank des Klägers, der in dessen Geschäftsräumlichkeiten stand, und die Geschäftskasse enthielt. Als Kassier des klägerischen Geschäfts hatte König Zutritt zu diesem Kassaschrank, und war insbesondere auch in der Lage, das die Wertschriften enthaltende Fach zu öffnen, indem der Schlüssel zu diesem in der Geschäftskasse, dem obern Teil des Kassaschranks, lag, wozu er den Schlüssel hatte. Allein es steht aktengemäß fest, daß auch der Kläger einen Schlüssel, jedenfalls denjenigen, der diesen obern Teil öffnete, für sich behielt, und demnach jeden Augenblick über den Kassaschrank und dessen Inhalt verfügen konnte. Der Kläger

hat also dem Rüng jedenfalls nicht den ausschließlichen Gewahrsam an dem Kassaschrank und damit an den darin befindlichen Titeln übertragen, sondern denselben in seiner Verfügungsgewalt behalten, sich somit seines eigenen Gewahrsams nicht entäußert. Unter der, von der Beklagten behaupteten Voraussetzung, daß zu dem Wertschristenfach bloß ein Schlüssel existiert habe, welcher sich in der Geschäftskasse befand, war dem Rüng allerdings die Möglichkeit gegeben, den Zutritt des Prinzipals zu jenem Fache, wenigstens für den Moment, dadurch zu hindern, daß er den fraglichen Schlüssel der Geschäftskasse entnahm und zu sich steckte. Wenn man indessen auch annehmen wollte, daß der Kläger in diesem Falle den Gewahrsam an den Titeln verloren hätte, so ist doch klar, daß alsdann der Verlust des Gewahrsams nicht mit, sondern wider seinen Willen würde stattgefunden haben. Dieser Fall würde sich in Beziehung auf die hier zu entscheidende Frage nicht anders verhalten, als wenn der Schlüssel zu dem Wertschristenfach statt in der Kasse, an einem andern Orte der Geschäftsräumlichkeiten verwahrt worden wäre, zu dem Rüng Zutritt gehabt hätte. Da nämlich der Kläger einen Schlüssel zur Geschäftskasse für sich selbst behielt und somit den Gewahrsam an derselben und den darin befindlichen Gegenständen nicht aufgegeben hatte, befand sich auch der dorthin gelegte Schlüssel zum Wertschristenfach in seinem Gewahrsam; er würde also, wenn Rüng sich diesen Schlüssel einseitig angeeignet hätte, seinen Gewahrsam daran wider seinen Willen verloren haben. Die ausschließliche Herrschaft, die sich Rüng dadurch über die Wertschristen heigemeßten hätte, würde demselben nicht vom Kläger anvertraut worden sein; die Verwendung der Titel im eigenen Interesse würde auch in diesem Falle einen Bruch des Gewahrsams des Klägers in sich geschlossen und sich somit als Diebstahl dargestellt haben. Wenn schließlich die Vorinstanz mit der Beklagten darauf abgestellt hat, daß der Kläger von seinem Gewahrsam tatsächlich so viel wie keinen Gebrauch gemacht, den Rüng beinahe ohne Kontrolle habe schalten und walten lassen, so kann hierauf deshalb kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil der Gewahrsam des Klägers eben durch dessen bloßen Willen seine Sachen zu behalten, und nach Belieben darüber verfügen

zu können, verbunden mit der tatsächlichen Möglichkeit, dies zu thun, fort dauerte, so daß also dessen Erhaltung von einer Kontrollthätigkeit nicht abhängig war. Allerdings mochte die Unterlassung einer wirksamen Kontrolle die Gefahr, daß dieser Gewahrsam durch Eigenmacht des Kassiers gebrochen werde, fördern, aber wenn sich diese Gefahr verwirklichte, ging eben der Gewahrsam, worauf es hier einzig ankommt, nicht mit, sondern wider Willen des Eigentümers verloren. Die Behauptung, daß der Kläger seinen Gewahrsam tatsächlich nicht mit der gehörigen Sorgfalt ausgeübt, ist somit für die Frage, ob er die ihm entfremdeten Sachen gemäß Art. 206, erster Satz, dem gegenwärtigen Inhaber derselben abverlangen könne, irrelevant. Denn diese Gesetzesbestimmung knüpft die Vindikation an keine andern Voraussetzungen, als daß die Sachen gestohlen oder verloren seien; ob sie genügend verwahrt, und ob überhaupt der Eigentümer an deren Verlust ein Verschulden trage, kommt bei der rein sachenrechtlichen Frage nach dem Erwerb und Verlust des Eigentums nicht in Betracht. Es darf deshalb bei der Entscheidung des vorwürfigen Prozesses nicht darauf abgestellt werden, welche Partei die geringere Schuld an dem entstandenen Schaden trage. Da es sich nach dem Gesagten bei den vindizierten Titeln um gestohlene Sachen handelt, können sie vom Kläger der Beklagten trotz ihrem gutgläubigen Erwerb zu Faustpfand abverlangt werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird für begründet erklärt und demgemäß in Aufhebung des angefochtenen Urteils des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 12. Dezember 1900 die Klage gutgeheißen.