

Le seul préjudice qu'il souffre est ainsi représenté par la perte d'intérêts (114 fr.) sur les sommes qu'il a versées à l'office et qu'il avait empruntées à un taux supérieur à celui des intérêts que lui a bonifiés l'office. Si celui-ci avait procédé correctement, l'immeuble n'aurait pas été adjugé au demandeur, lequel, par conséquent, n'aurait pas été obligé de faire un emprunt pour opérer un versement à l'office. C'est donc dans cette mesure très restreinte que ses conclusions auraient pu lui être allouées, si la faute du sous-directeur Breitenstein (il ne peut être question de celle du directeur qui ne s'est pas occupé de la réalisation de l'immeuble) avait été admise.

Par ces motifs

le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté.

**45. Urteil vom 25. Juni 1910**

in Sachen **Brauerei Neffberg A.-G.**, Bekl. u. Ber.-Kl.,  
gegen **Maurer**, Kl. u. Ber.-Bekl.

**Art. 158 SchKG:** Der sog. Pfandausfallschein schafft keinen neuen Forderungsgrund, im Sinne einer Novation der bisherigen Pfandforderung, sondern enthält lediglich eine betriebsrechtlichen Zwecken dienende Verurkundung dieser Forderung, die den Gläubiger, abgesehen vom Falle des Art. 158 Abs. 2 SchKG, nicht von der normalen Durchführung eines weiteren Betreibungsverfahrens entbindet. — Die Frage, ob bei einer Hypothekarforderung der bisherige Schuldner zufolge der Veräusserung der Pfandliegenschaft mit Ueberbindung der Pfandschuld auf den Liegenschaftserwerber von seiner Schuldpflicht befreit wird, beurteilt sich ausschliesslich nach dem kantonalen Hypothekarrecht.

Das Bundesgericht hat,  
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Durch Urteil vom 29. Januar 1910 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

„Die Aberkennungsflage wird gutgeheißen und damit die vom

„Bezirksgerichtspräsidium Auster durch Verfügung vom 28. Juni 1909 der Beklagten erteilte provisorische Rechtsöffnung für 2674 Fr. 30 Rp. nebst Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten und Entschädigung aufgehoben.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtsgültig die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt, die Aberkennungsflage sei, in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils, abzuweisen.

C. — Der Kläger hat auf Abweisung der Berufung antragen lassen ; —

in Erwägung :

1. — Laut Fertigungsakt vom 22. August 1907 verkaufte der Kläger Maurer seine Liegenschaft zum „Nebstock“ in Müti mit Rechtswirkung auf 1. Oktober 1907 an den Comestibleshändler Santo Cia um den Preis von 26,000 Fr., unter Überbindung der auf der Liegenschaft haftenden Hypothekarforderungen, worunter eine solche der Beklagten, der Brauerei Neffberg A.-G., in Zürich, dritten Ranges, im Kapitalbetrage von 2500 Fr. Im Mai 1908 erhob die Beklagte, welche seitens der die Fertigung besorgenden Notariatskanzlei Wald von dem Kaufabschlusse und der Übernahme ihrer Hypothekarforderung durch den Käufer der Liegenschaft unter Hinweis auf ihre Rechtsstellung gemäß § 363 zürch. PGB sofort in Kenntnis gesetzt worden war, gegen den neuen Eigentümer Betreibung auf Bezahlung des Ende Dezember 1907 verfallenen Hypothekarzinses. Andererseits aber meldete sie, als der Kläger vom Hypothekargläubiger zweiten Ranges auf Pfandverwertung betrieben wurde, für das am 14. November 1908 in dieser Betreibung aufgenommene Lastenverzeichnis ihr Forderungskapital nebst ausstehenden zwei Zinsen (worunter denjenigen, welchen sie gegen den Käufer Cia in Betreibung gesetzt hatte) und Betreibungskosten, mit total 2736 Fr. 70 Cts., als Schuld des Klägers an. Am 28. Januar 1909 wurde die Liegenschaft durch Zwangsversteigerung verwertet. Vom Steigerungserlös entfiel auf die Hypothekarforderung dritten Ranges noch ein Betrag von 52 Fr. 40 Cts.; für den Saldo ihrer angemeldeten Forderung von 2674 Fr. 30 Cts. stellte das Betreibungsamt der Beklagten am 24. Februar 1909 einen Pfandausfallschein aus, welcher den Kläger als „Schuldner“ und Santo Cia als „Pfandeigentümer“

bezeichnet. Gestützt auf diesen Pfandausfallschein leitete die Beklagte am 8. Mai 1909 für den Ausfallsbetrag gegen den Kläger Betreibung ein und erwirkte gegenüber dessen Rechtsvorschlag durch Entscheid des Gerichtspräsidiums Uster vom 28. Juni 1909 provisorische Rechtsöffnung. Hierauf strengte der Kläger den vorliegenden Aberkennungsprozeß an.

2. — Nach § 363 zürch. BGB steht es dem Hypothekargläubiger bei einer Handänderung der verpfändeten Liegenschaft mit Überbindung der Hypothekarschuld frei, sich zunächst noch an den bisherigen Schuldner zu halten, oder den neuen anzuerkennen, wobei er im ersteren Falle seine Forderung binnen zwei Jahren vom ersten offenen Termine an einzuziehen hat, ansonst der bisherige Schuldner frei wird und er sich nur noch an den neuen halten kann.

Die kantonale Oberinstanz ist in Anwendung dieser Bestimmung zur Gutheißung der Aberkennungsklage gelangt, indem sie — abweichend von der ersten Instanz — angenommen hat, die Beklagte habe durch die Betreibung des Cia für den auf Ende 1907 verfallenen Hypothekarzins die ihr in § 363 vorbehaltene Wahl des Schuldners getroffen und in konkludenter Weise zu erkennen gegeben, daß sie jenen neuen Eigentümer der Liegenschaft als Schuldner anerkennen wolle; damit sei der Kläger als Schuldner entlassen worden, und diese Entlassung habe durch die nachträgliche Forderungsammlung der Beklagten im Pfandverwertungsverfahren gegenüber dem Kläger, in welchem ihre Hypothekarforderung auf alle Fälle ins Lastenverzeichnis habe aufgenommen werden müssen, nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

Die Beklagte erblickt in dieser Argumentation eine Verletzung von Bundesrecht, nämlich der Art. 158 und 83 Abs. 2 SchRG. Sie macht wesentlich geltend, durch den vorliegenden Pfandausfallschein werde die Existenz der streitigen Schuld des Klägers verbindlich dargetan: dieser Schuldbekundete gegenüber sei die Bestreitung des darin verurkundeten Schuldgrundes auf dem Wege des Aberkennungsprozesses überhaupt nicht mehr zulässig; der Kläger hätte lediglich die Ausstellung der Urkunde auf seinen Namen als Schuldner anfechten können; nachdem er dies unterlassen habe, könnte er nur noch Schuldbefreiungsgründe aus der Zeit nach der Ausstellung der Urkunde vorbringen; es gehe aber

nicht an, jene bundesrechtliche Schuldbekundete selbst in Anwendung kantonalen Rechts außer Kraft zu setzen.

Dieser Einwand, auf den die Beklagte ihre Berufung gründet, verkennet die rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit des in Art. 158 SchRG vorgesehenen sog. Pfandausfallscheins. Der Pfandausfallschein schafft keinen neuen Forderungsgrund, er bewirkt keine Novation der bisherigen Pfandforderung, sondern enthält lediglich eine besondere, betreibungsrrechtlichen Zwecken dienende Verurkundung dieser Forderung. Die Urkunde verleiht dem Gläubiger nach Art. 158 Abs. 2 SchRG das Recht, auf dem gewöhnlichen Betreibungswege gegen seinen Schuldner vorzugehen. Und zwar bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß im Falle der Betreibung binnen Monatsfrist nach Ausstellung des Pfandausfallscheins ein neuer Zahlungsbefehl nicht erforderlich sei. Danach ist allerdings für diesen Fall die Möglichkeit eines Rechtsvorschlages gegenüber der Betreibung und damit auch die Möglichkeit der Beseitigung eines solchen durch Rechtsöffnung und die Erörterung der Forderung im Wege des Aberkennungsprozesses gemäß Art. 83 Abs. 2 SchRG ausgeschlossen. Allein eben nur für diesen Fall. Sofern der Gläubiger, wie vorliegend, nicht binnen Monatsfrist die Betreibung anhebt, so hat er — *argumentum e contrario* aus der Ausnahmerebestimmung des Art. 158 Abs. 2 SchRG — das Betreibungsverfahren in normaler Weise durchzuführen d. h. mit einem Zahlungsbefehle einzuleiten, dem sich der Schuldner zunächst durch Rechtsvorschlag widersetzen kann. Es fragt sich dann lediglich, ob der Pfandausfallschein nach Analogie des Verlustscheins (Art. 149 Abs. 2 SchRG) als Titel zur Erlangung der provisorischen Rechtsöffnung verwendbar sei. Und wenn dies, wie vorliegend, vom Rechtsöffnungsrichter bejaht wird, so muß dem betriebenen Schuldner nach Art. 83 Abs. 2 SchRG ohne weiteres das Recht zuerkannt werden, sich gegen die Forderung selbst im Aberkennungsprozesse zur Wehr zu setzen. Bei dieser Rechtslage aber erscheint die Behauptung der Beklagten, der Kläger hätte gegenüber der Ausstellung des Pfandausfallscheins als solcher seine Rechte wahren sollen, als offenbar unzutreffend. Denn wenn dem Pfandausfallschein, wie ausgeführt, keine selbständige materiellrechtliche Bedeutung zukommt, so kann die Nichtanfechtung seiner

Ausstellung seitens des darin genannten Schuldners auch schlechterdings keine Beeinträchtigung der materiellen Rechte dieses angeblichen Schuldners zur Folge haben. Es braucht deshalb die Frage, ob der streitige Pfandausfallschein gesetzlich richtigerweise ausgestellt worden sei, in diesem Zusammenhange nicht erörtert zu werden (vergl. hiezu U.S. 35 I Nr. 81 S. 489 ff. \*).

3. — Hat sich demnach die Vorinstanz, entgegen der Auffassung der Beklagten, mit Recht auf die materielle Prüfung der Schuldpflicht des Klägers eingelassen, so muß ihr Urteil ohne weiteres bestätigt werden. Denn die dabei zu entscheidende Frage, ob der Kläger zufolge der Veräußerung der Pfandliegenschaft mit Überbindung der streitigen Hypothekarschuld von seiner Schuldpflicht befreit worden sei, beurteilt sich nach dem kantonalen Hypothekarrecht, in dessen Anwendung die Vorinstanz zur Verneinung der Schuldpflicht des Klägers gelangt ist. Dieser Entscheid aber entzieht sich der Kognitionskompetenz des Berufungsrichters (Art. 56 OG); —

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und damit das Urteil der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 29. Januar 1910 in allen Teilen bestätigt.

\* Sep.-Ausg. 12 Nr. 28 S. 109 ff.

(Ann. d. Red. f. Publ.)

## II. Prozessrechtliche Entscheidungen.

### Arrêts en matière de procédure.

#### Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

46. Arrêt du 14 avril 1910, dans la cause Mottet et consorts, déf. et rec., contre Commune de Henniez, dem. et int.

**Défaut de la valeur litigieuse (art. 59 OJF).** Cette valeur correspond à l'intérêt économique de la partie demanderesse à l'adjudication de ses conclusions, donc, dans le cas d'une action révocatoire, au montant de la prétention du demandeur et non pas au montant intégral de la valeur des objets que l'action tend à faire rentrer dans le patrimoine du débiteur.

*Vu* les conclusions du recours tendant à faire prononcer la libération des défendeurs des fins de la demande de la commune d'Henniez;

*Vu* les conclusions de cette demande, du 17 février 1909, formulées comme suit:

« La Commune d'Henniez conclut a ce qu'il soit prononcé avec suite de dépens:

» 1° que l'acte notarié Cosandey, du 11 novembre 1907,  
» par lequel Philippe Mottet a vendu à Lina de Dompierre  
» et à Marie Mottet ses biens meubles et immeubles ci-  
» dessous désignés, est nul et de nul effet. »

(Désignation des biens, d'une valeur totale, d'après la taxe cadastrale, de 5747 francs).

» 2° qu'en conséquence l'inscription de ces immeubles au  
» chapitre de Lina de Dompierre et Marie Mottet dans les  
» registres des droits réels doit être radiée et que les dits