

Mensch wegen der mit ihr verbundenen Gefahren ohne weiteres von sich weisen würde, behauptet die Beschwerdeantwort positiv selbst nicht, sodass die Frage, ob es angehe, eine ursprünglich unbegründeterweise auf Grund des Art. 372 ZGB angeordnete Vormundschaft wegen später eingetretener Tatsachen wider den Willen des Bevormundeten aufrechtzuhalten, nicht erörtert zu werden braucht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die über Johann Baptist Koster bestehende Vormundschaft aufgehoben.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

100. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. November 1917

i. S. Konkursmasse

der Leih- und Sparkasse Eschlikon, Klägerin,
gegen Konkursmasse Stücheli, Beklagte.

Vor dem 1. Januar 1912 ohne Benachrichtigung des Drittschuldners i. S. von Art. 215 aOR erfolgte Verpfändung von Forderungen. Konvaleszenz durch Inkrafttreten des neuen Rechtes, wenn dessen Formvorschriften, Uebergabe des Schuldscheins und schriftlicher Pfandvertrag, erfüllt sind? — Perfekte Zession oder blosser Verpflichtung zur künftigen Vornahme einer solchen (pactum de cedendo)? — Retentionsrecht der Bank an Grundpfandtiteln, die ihr von einem Kontokorrentkreditkunden zur Sicherung ihrer Ansprüche aus diesem Verhältniss ohne formgiltigen Verpfändungsakt übergeben worden sind. Konnexität zwischen Retentionsforderung und Besitz. Unerheblichkeit des Fehlens der papiermässigen Legitimation des Retentionsgläubigers zufolge Art. 898, 2 ZGB. Wertpapiernatur des Schuldbriefes und der früheren kantonalen Grundpfandtitel, die durch das betr. EG i. S. von Art. 33 SchlT zum ZGB dem Schuldbriefe gleichgestellt worden sind. Ausschluss der Retention mangels jener Eigenschaft in Bezug auf solche Titelarten, welche das kantonale EG der Grundpfandverschreibung des neuen Rechtes gleichstellt. Behauptung des angefochtenen Urteils, dass diese Gleichstellung nur als teilweise, die Wertpapiernatur der Titel nicht berührende gewollt bzw. die betr. Bestimmung des EG (Art. 209 des st. gallischen EG zum ZGB in Bezug auf die st. gallischen Kaufschuldversicherungsbriefe) authentisch dahin interpretiert worden sei. Nachprüfungsbefugnis des Bundesgerichts oder verbindliche Auslegung kantonalen Rechts?

A. — In dem am 9. Juli 1912 eröffneten Konkurse über Konrad Stücheli, Müller in Mörikon, meldete die Leih- und Sparkasse Eschlikon, bzw. da auch sie am 5. August 1912

in Konkurs geraten war, deren Masse eine Forderung aus Kontokorrentkredit von 2,961,967 Fr. 53 Cts. an und beanspruchte zugleich zu deren teilweiser Deckung folgende « Vorzugsrechte »:

1. Abtretung aller am 30. Juni 1912 bestehenden Buchguthaben des Gemeinschuldners aus Warenlieferungen an seine Kunden im Betrage von über 400,000 Fr.

2. Abtretung der Forderungsrechte des Gemeinschuldners aus den in einer Beilage aufgeführten « Oblighi »,

3. Faustpfandrecht an 25 Grundpfandtiteln gemäss beigelegtem Verzeichnis im Nominalbetrage von 170,747 Franken.

Forderung und Vorzugsrechte wurden von der Konkursverwaltung Stücheli im Kollokationsplan « mangels Ausweis » abgewiesen.

Mit der vorliegenden Klage verlangt deshalb die Konkursmasse der Leihkasse deren Anerkennung und entsprechende Kollokation, wobei sie einerseits die Kontokorrentkreditforderung um 621,839 Fr. 15 Cts. also auf 2,340,127 Fr. 68 Cts. reduziert, anderseits die Ansprache unter 3 dahin erweitert, dass sie darein noch weitere 12 Titel im Nominalbetrage von 56,853 Fr. einbezieht, und eventuell für den Fall der Verneinung des Faustpfandrechtes ein Retentionsrecht nach Art. 895 ff. ZGB geltend macht.

Der Anspruch auf Anerkennung der Gläubigerrechte an den Buchguthaben stützt sich auf eine von Stücheli ausgestellte, nicht datierte Erklärung folgenden Wortlauts:

« Der Unterzeichnete tritt anmit an die Leihkasse Eschlikon zur Sicherheit des derselben schuldenden Kontokorrentdebets die vorhandenen und bestehenden Buchguthaben unbedingt zu Eigentum ab. Mörikon... (folgt die Unterschrift des Stücheli). »

Die erweiterte Ansprache sub 3 bezieht sich auf 37 Hypothekartikel des früheren st. gallischen und thurgauischen Rechtes, nämlich st. gallische Pfandbriefe,

Kaufschuldversicherungsbriefe, thurgauische Schuldbriefe, Kaufschuldbriefe, Ueberbesserungsbriefe und Kreditbriefe, welche der Leihkasse zu verschiedenen Malen von Stücheli zur Sicherung ihrer Kontokorrentforderung übergeben worden waren, sich zur Zeit der Konkursöffnung über jenen in ihren Händen befanden, in der Folge dann aber von ihr dem Konkursamt Sirnach, welches den Konkurs Stücheli durchzuführen hatte, ausgeliefert worden sind. Nach der Darstellung der Klage hätte darüber eine besondere Faustpfandverschreibung bestanden, die indessen nicht vorgelegt werden konnte. Die Klägerin hat sich deshalb für deren Bestehen auf eine Reihe von Zeugen berufen, die von den kantonalen Instanzen auch teilweise einvernommen worden sind.

Die beklagte Konkursmasse Stücheli hat im Prozesse die Kontokorrentforderung von 2,340,127 Fr. 68 Cts. als solche anerkannt, ihr aber eine Summe von 167,047 Fr. 95 Cts. — Betrag von vier durch Stücheli « gefälligkeits halber » an die Ordre der Leihkasse ausgestellter und von dieser zum Zwecke der Geldbeschaffung für sich bei anderen Banken diskontierter Solawechsel, welche nunmehr von den Inhabern in beiden Konkursen geltend gemacht werden — zur Verrechnung gegenübergestellt. Im ferneren hat sie an der Bestreitung aller und jeder Vorzugsrechte, auch des nachträglich beanspruchten Retentionsrechtes, festgehalten und verlangt, dass die gesamte nach Vornahme der Verrechnung noch verbleibende Forderung in V. Klasse verwiesen werde.

B. — Durch Urteil vom 11. September 1917 hat das Obergericht des Kantons Thurgau e r k a n n t:

» 1. Die Klage wird im reduzierten Betrag von 2,340,127 Fr. 70 Cts. gerichtlich geschützt.

» 2. Der Anspruch der Klägerin auf die Vorzugsrechte bestehend in der Abtretung von Buchguthaben und Forderungen wird abgewiesen.

» 3. Der Klägerin wird das Retentionsrecht zuerkannt an den bei Konkursausbruch in ihrem Besitz befindli-

» chen in Akt. 9 und 10 der klägerischen Akten Fascikel I
 » aufgeführten Wertpapieren (Grundpfandtiteln) mit Aus-
 » nahme des Kreditbriefes per 5000 Fr. lautend auf
 » Stephan Rossi in Mettlen, und des Ueberbesserungs-
 » kreditbriefes per 8000 Fr. lautend auf Johann Kaiser
 » in Wallenwil als Schuldner. » 4. bis 5. (Kosten- und
 » Mitteilungsverfügung.)

Dieses Urteil beruht, soweit die Anerkennung des Retentionsrechtes an den in Dispositiv 3 erwähnten Grundpfandtiteln betreffend, auf nachstehenden Erwägungen :
 « In letzter Linie macht die Klägerschaft an den Grund-
 » pfandtiteln ein Retentionsrecht geltend. Damit kann
 » sie nur durchdringen, wenn ihnen Wertpapiercharakter
 » zueignet (Art. 896 ZGB ; WIELAND, Nr. 1 dazu). Nach
 » st. gallischem Rechte haben sowohl der Versicherungs-
 » wie der Kaufschuldversicherungsbrief Wertpapiernatur
 » (siehe Amtsbericht des Kantonsgerichts St. Gallen,
 » Botschaft des Regierungsrates vom 9. Mai 1913 und
 » Bericht der grossrätlichen Kommission vom 26. Mai 1913
 » betreffend die Kaufschuldversicherungsbriefe). Art. 209
 » des st. gallischen Einführungsgesetzes zum ZGB hat
 » allerdings den Kaufschuldversicherungsbrief der Grund-
 » pfandverschreibung schlechthin gleich gestellt. Da
 » jedoch Art. 33 SchlT zum ZGB den Kantonen anheim-
 » stellt, die Grundpfandarten des bisherigen Rechtes den-
 » jenigen des neuen Rechtes nur zum Teil gleichzustellen,
 » und da nun der st. gallische Gesetzgeber die Wertpapier-
 » natur des Kaufschuldversicherungsbriefes in authenti-
 » scher Interpretation des Art. 209 Einf.-Ges. vorbehält,
 » ist dieselbe anzuerkennen. Soweit also st. gallische
 » Grundpfandtitel in Frage kommen, ist ein Retentions-
 » recht daran möglich. § 127 des thurg. Einf.-Ges. hat die
 » Ueberbesserungs- und Kaufschuldbriefe den Schuld-
 » briefen und die Kreditbriefe der Grundpfandverschrei-
 » bung des neuen Rechtes im vollen Umfange gleich-
 » gestellt. Dementsprechend ist von den in Frage kom-
 » menden Titeln einzig dem Kreditbriefe Nr. 12,408 für

» 5000 Fr. lautend auf Stephan Rossi in Mettlen und dem
 » Ueberbesserungskreditbrief Nr. 14,344 per 8000 Fr.
 » lautend auf Johann Kaiser in Wallenwil die Wert-
 » papiernatur abzusprechen. Hinsichtlich der übrigen
 » beanspruchten Titeln sind die Erfordernisse des Reten-
 » tionsrechtes gegeben. Darüber besteht ja kein Streit,
 » dass sie sich mit Willen des Stücheli im Besitze der
 » Kasse befunden haben und dass sie ihr gerade zum
 » Zweck der Deckung übergeben worden sind. Da es sich
 » beiderseits um Kaufleute handelt, erübrigt es sich, zu
 » untersuchen, ob eine Konnexität zwischen Forderung
 » und Retentionsbesitz bestehe, (Art. 895 Abs. 2 OR.) »

C. — Zum Verständnis dieser Ausführungen ist aus den darin angerufenen Akten (Botschaft des st. gallischen Regierungsrates an den Grossen Rat vom 9. Mai 1913, Bericht der grossrätlichen Kommission vom 26. Mai 1913 und im Prozesse eingezogener Amtsbericht des st. gallischen Kantonsgerichtes) Folgendes hervorzuheben : die st. gallischen Kaufschuldversicherungsbriefe wurden bis zum Jahre 1912 in der kantonalen Praxis im Wesentlichen wie Wertpapiere behandelt und unterschieden sich von den Pfandbriefen und Versicherungsbriefen hauptsächlich dadurch, dass Pfandbriefe und Versicherungsbriefe nur innert der amtlichen Schätzung des Grundstückes errichtet werden durften, während die Bestellung diese überschreitender Pfandrechte nur in der Form des Kaufschuldversicherungsbriefes zulässig war. In der Absicht diesen Unterschied festzuhalten, wollte man bei Erlass des EG zum ZGB beide Titelarten nicht gleichbehandeln und stellte daher in dessen Art. 209 die Pfand- und Versicherungsbriefe dem Schuldbrief, die Kaufschuldversicherungsbriefe dagegen der Grundpfandverschreibung des neuen Rechtes gleich, wobei man nicht beachtete, dass damit *implicite* auf die letzteren auch die Vorschrift des Art. 825 ZGB anwendbar erklärt wurde, wonach der über die Grundpfandverschreibung ausgestellte Grundbuchauszug nur die Bedeutung eines Be-

weismittels, nicht eines Wertpapieres hat. Als dann in der Folge die st. gallischen Banken, welche für über 100 Millionen Franken solcher Kaufschuldversicherungsbriefe belehnt hatten, auf die fatalen Folgen der Neuerung aufmerksam machten, erstattete der Regierungsrat dem Grossen Rate am 9. Mai 1913 einen Bericht, worin er zunächst auf die bisherige Anerkennung des Wertpapiercharakters dieser Titel hinwies und sodann feststellte, dass weder der Regierungsrat noch der Grosse Rat bei Erlass des EG hieran etwas zu ändern beabsichtigt hätten. Obwohl somit das EG die Kaufschuldversicherungsbriefe den Grundpfandverschreibungen gleichstelle, habe doch der gesetzgeberische Wille gefehlt, ihnen damit die Eigenschaft von Wertpapieren zu nehmen. Es sei das tatsächlich auch nicht geschehen, da die Fortdauer dieser Eigenschaft mit Art. 209 EG sehr wohl verträglich sei. Der Kaufschuldversicherungsbrief enthalte zwei Momente: ein unter öffentlicher Beurkundung abgegebenes Schuldversprechen (obligationenrechtlicher Teil) und die Bescheinigung der Pfandsetzung (sachenrechtlicher Teil). Die Gleichstellung mit der Grundpfandverschreibung habe nur den letzteren Teil im Auge gehabt, nicht die obligationsrechtlichen Wirkungen. Es frage sich daher bloss, ob nicht Massnahmen zu treffen seien, um den allerdings nicht klar zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers zu verdeutlichen. Als solche fielen in Betracht:

1. Der Rückzug der bundesrätlichen Genehmigung des Art. 209 EG, ausgehend von der Erwägung, dass er nach seinem Wortlaute ausgelegt eine mit Art. 1 und 17 SchlT zum ZGB unvereinbare Alterierung wohlervorbener Rechte bedeuten würde. Abgesehen davon, dass diese Begründung nicht einwandfrei erscheine, hätte ein solches Vorgehen aber etwas Stossendes für den Kanton St. Gallen.

2. Die Revision des Art. 209 im Sinne der Aufhebung der Gleichstellung des Kaufschuldversicherungsbriefes mit der Grundpfandverschreibung. Dieser Weg sei vom

Regierungsrat erwogen worden, sei aber nach einem von ihm eingezogenen Bericht des eidgenössischen Justizdepartementes nicht gangbar, weil die Kantone, wenn sie einmal vom Rechte des Art. 33 SchlT zum ZGB Gebrauch gemacht hätten, die so getroffene Verfügung nicht mehr abändern könnten.

3. Die authentische Interpretation des Art. 209 EG durch den Grossen Rat in dem Sinne, dass die Wertpapiernatur des Kaufschuldversicherungsbriefes durch die mehrerwähnte Gleichstellung nicht aufgehoben worden sei. Auch dieses Mittel sei zu verwerfen. Denn entweder habe der Art. 209 wirklich den Sinn, der durch die authentische Interpretation festgestellt werden solle, dann bedürfe es einer solchen nicht. Oder er habe ihn nicht, dann könnte daran auch durch die authentische Interpretation nichts geändert werden, da diese nichts verfügen dürfe, was dem bestehenden Rechte widersprechen würde.

Dagegen empfehle es sich, das Gesetz betr. die Kraftloserklärung von Wertpapieren dahin zu fassen, dass unter den amortisablen Papieren auch die Kaufschuldversicherungsbriefe aufgeführt würde. Geschehe dies, so sei damit klar ausgesprochen, dass der st. gallische Gesetzgeber diese Titel als Wertpapiere betrachte. Die vom Grossen Rate eingesetzte Kommission pflichtete in ihrem Berichte vom 26. Mai 1913 in allen Teilen den Anschauungen des Regierungsrates bei. Die vorgeschlagene Fassung des Gesetzes über die Kraftloserklärung von Wertpapieren ist dann beschlossen worden: sie ist Gesetz geworden.

D. — Gegen das vorstehend erwähnte Urteil des thurgauischen Obergerichts haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen:

Die Klägerin Konkursmasse der Leih- und Sparkasse Eschlikon mit den Anträgen, in Abänderung desselben auch ihre Ansprüche auf die Buchguthaben und die 9 Oblighi sowie die Faustpfandrechte an den beiden thurgauischen

Kreditbriefen zu schützen, eventuell die Sache zur Abnahme der beantragten weiteren Beweise an die Vorinstanz zurückzuweisen ;

Die beklagte Konkursmasse Stücheli, mit den Begehren, es sei die Forderung der Klägerin um den von ihr zur Verrechnung gestellten Betrag von 167,047 Fr. 95 Cts. zu kürzen und die Retentionsansprüche an den sämtlichen Grundpfandtiteln, eventuell wenigstens an den durch die kantonalen EG der Grundpfandverschreibung gleichgestellten, insbesondere also den st. gallischen Kaufschuldversicherungsbriefen, weiter eventuell zum mindesten an denjenigen Titeln abzuweisen, welche nicht schon in der Beilage zur Konkurseingabe aufgeführt worden seien.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. (Abweisung der zur Verrechnung verstellten Gegenforderungen aus den vier Solawechseln.)

2. Hinsichtlich des Anspruches auf die zur Zeit der Konkursöffnung bestehenden Buchguthaben des Stücheli im Betrage von ungefähr 400,000 Fr. ist nicht ganz klar, ob die Klägerin behaupten will, diese seien ihr abgetreten oder bloss verpfändet worden. In der Konkursingabe wird ein « Vorzugsrecht » also ein Pfandrecht geltend gemacht, während die Urkunde, aus der der Anspruch hergeleitet wird, auf eine Abtretung hindeutet. Doch kommt darauf nicht an, weil die Ansprache von einem wie vom anderen Gesichtspunkte aus unbegründet ist.

Ein Forderungspfandrecht kann deshalb nicht in Frage kommen, weil die zu dessen Bestellung nach Art. 215 aOR nötige Benachrichtigung der Schuldner der verpfändeten Forderungen nicht stattgefunden hat. Dass das neue Recht diese Benachrichtigung nicht mehr fordert, ist unerheblich. Denn die Formgiltigkeit der vor dem 1. Januar 1912 erfolgten Verpfändungen beurteilt sich ausschliesslich

nach dem alten OR. Wenn Art. 16 Abs. 2 SchlT zum ZGB bestimmt, dass eine unter dem alten Rechte in formell nicht gültiger Weise errichtete letztwillige Verfügung als gültig zu betrachten sei, sofern sie den Formvorschriften des neuen Rechtes entspreche, so handelt es sich hierbei um eine Ausnahme von dem Grundsätze der Nichtrückwirkung, wonach für die unter dem alten Rechte vorgenommenen Rechtsgeschäfte das alte Recht gilt. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf andere Fälle ist daher ausgeschlossen.

Was aber die Begründung des Anspruches vom Gesichtspunkte der Abtretung betrifft, so kann dahingestellt bleiben, ob eine Vereinbarung, wodurch nicht nur die in einem bestimmten Zeitpunkte bereits begründeten, sondern auch alle künftig entstehenden Forderungsrechte des Stücheli gegenüber seinen Kunden der Leihkasse abgetreten worden wären, rechtlich möglich und zulässig gewesen wäre. Denn aus den Akten geht unzweideutig hervor, dass dies nie der Wille der Parteien war. Nicht nur lautet die massgebende Urkunde lediglich auf die « vorhandenen und bestehenden Buchguthaben », sondern es ist auch die Sache tatsächlich nie so behandelt worden, wie es alsdann folgerichtig hätte geschehen müssen. Nach wie vor hat vielmehr Stücheli unbeschränkt über die fraglichen Guthaben verfügt, Zahlungen entgegengenommen, Quittungen ausgestellt, Stundungen bewilligt u.s.w., ohne dass die Leihkasse je dagegen Einsprache erhoben oder die Schuldner von der erfolgten Abtretung benachrichtigt hätte. Beides wäre nicht verständlich, wenn wirklich der Abtretungsurkunde jene Bedeutung hätte zukommen sollen. Aus den Zeugeneinvernahmen des Stücheli und des gewesenen Verwalters der Leihkasse, Schildknecht, erhellt denn auch, dass der wahre Sinn des Abkommens ein ganz anderer war. Die Leihkasse besass als Sicherheit für den dem Stücheli schon vor Jahrzehnten eröffneten Kontokorrentkredit eine sog. Generalschätzung des thurgauischen Rechtes, d. h. ein Pfandrecht am gesamten Ver-

mögen des Stücheli. An Stelle dieser durch die eidgenössische Gesetzgebung hinfällig gewordenen Sicherheit sollte die undatierte Abtretungsurkunde treten. Hierbei hatte es nicht etwa die Meinung, dass die Forderungen des Stücheli aus seinem Geschäftsbetriebe von jetzt an ohne weiteres auf die Leihkasse übergehen sollten, Stücheli also überhaupt nicht mehr Gläubiger geworden wäre. Vielmehr sollte die Leihkasse so lediglich die Möglichkeit erhalten, jederzeit dadurch auf die vorhandenen Buchguthaben greifen zu können, dass sie in die Urkunde das Datum einsetzte und so die Abtretung wirksam machte. Deshalb spricht denn auch jene, obwohl man bei ihrer Errichtung auch erst künftig entstehende Forderungsrechte ins Auge fasste, doch nicht von solchen, sondern nur von den bestehenden Buchguthaben, eben von denjenigen, welche in dem Augenblicke bestehen, wo die Leihkasse die Abtretung geltend machen werde. Die Rechtsauffassung, von der die Parteien ausgingen, war die, dass der Abtretungswille schriftlich niedergelegt und daher gültig festgestellt sei, so dass es nur noch der Geltendmachung durch die Leihkasse bedürfe, um die Abtretung in Kraft treten zu lassen. Diese Anschauung war aber rechtsirrtümlich. Fehlte auf Seite der Parteien der Wille, dass durch die streitige Erklärung die Leihkasse Gläubigerin der im Geschäftsbetriebe des Stücheli entstehenden Forderungen werden sollte, sollte vielmehr Stücheli nach wie vor deren Gläubiger bleiben, bis die Leihkasse von der « Abtretung » Gebrauch zu machen erklärte, so ist eben mangels eines auf die sofortige Uebertragung von Forderungen gerichteten Willens eine Abtretung, d. h. ein Uebergang der Forderungen nicht erfolgt. Was vorliegt, ist höchstens ein *pactum de cedendo* (Verpflichtung zur späteren Abtretung), das der Klägerin im Konkurse keine Vorrechte zu verschaffen vermag, weil dadurch die Forderungen nicht aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden sind. Anders verhielte es sich nur, wenn Stücheli nachträglich in einem bestimmten Zeitpunkte die bereits schriftlich

vorbereitete Abtretung im Sinne ihres nunmehrigen Inkrafttretens bestätigt hätte. Träfe dies zu, so wäre durch eine solche Erklärung, die zu der bereits vorhandenen Schriftform hinzutrat, der Forderungsübergang offenbar perfekt geworden. Ob eine derartige Bestätigung in dem Schreiben des Stücheli an die Leihkasse vom 13. Juli 1912 erblickt werden könnte, braucht indessen nicht geprüft zu werden, weil in jenem Zeitpunkte der Konkurs über Stücheli schon eröffnet war und von ihm vorgenommene Verfügungen über sein Vermögen daher gegenüber seiner Konkursmasse nicht mehr wirksam waren (Art. 204 SchKG).

3. — (Verwerfung des Vorzugsrechtes an den 9 Oblighi).

4. — (Inkompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der Frage des Vorliegens eines formgiltigen Verpfändungsaktes in Bezug auf die 37 Grundpfandtitel, weil die Verpfändung grundversicherter Forderungen bis zum 1. Januar 1912 dem kantonalen Rechte unterstand).

5. — Anders verhält es sich mit dem eventuell beanspruchten *Retentionsrechte*. Da der Konkurs, in welchem es geltend gemacht wird, nach dem 1. Januar 1912 ausgebrochen ist, beurteilt sich dessen Bestehen, auch soweit die Retentionsforderung vor jenem Zeitpunkt entstanden ist, bezw. die Retentionsobjekte vorher in den Besitz der Klägerin gekommen sind, gemäss der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 36 SchlT zum ZGB ausschliesslich nach neuem Rechte und ist daher in diesem Punkte materiell auf die Sache einzutreten.

a) Dabei kann zunächst nicht darauf ankommen, dass die Klägerin im Gegensatz zur Haltung im Prozesse ursprünglich, in der Konkurseingabe vom August 1912 ein « Vorzugsrecht » nur an einer kleineren Zahl von Titeln und nur aus dem Gesichtspunkte des Faustpfandrechts, nicht des Retentionsrechts beansprucht hatte. Da der Gläubiger bis zum Schlusse des Konkursverfahrens noch Ansprüche anmelden kann, ist es nach ständiger Praxis auch zulässig, dass er mit der Klage auf Anfechtung

tung des Kollokationsplanes die in der Konkurseingabe geltend gemachten Ansprüche erweitere, bzw. sie auf einen anderen Rechtsgrund stütze, als dort angegeben wurde (vergl. JAEGER, Kommentar zu Art. 250 SchKG Nr. 8 und zu Art. 232 Nr. 1). Ebenso ist unerheblich, dass die Titel, auf welche die Ansprache sich bezieht, nach Konkursausbruch an die Konkursverwaltung herausgegeben worden sind. Hiezu war die Klägerin nach Art. 232 Ziff. 4 SchKG verpflichtet. Eine Aufgabe des Besitzes, welche das Retentionsrecht zum Erlöschen gebracht hätte, kann darin nicht gesehen werden, weil die zitierte Vorschrift ausdrücklich bestimmt, dass die Aushändigung ohne Nachteil für allfällige Vorzugsrechte erfolge, die Konkursverwaltung, an welche sie geschieht, also den Besitz nur für den Retentionsberechtigten ausübt.

b) Da beide Parteien als Kaufleute zu betrachten sind, das Kontokorrentkreditverhältnis zwischen einer Bank und ihrem Kunden, aus dem hier die Forderung hergeleitet wird, sich zweifellos als « geschäftlicher Verkehr » nach Art. 895 Abs. 2 ZGB darstellt und nach den Akten als festgestellt angesehen werden muss, dass die Titel der Leihkasse im Hinblick auf dieses Verhältnis, d. h. zur Sicherung ihrer Ansprüche daraus und nicht etwa bloss zur Verwahrung, d. h. im Sinne eines Hinterlegungsvertrages übergeben worden sind, womit der notwendige Zusammenhang zwischen Forderung und Besitz hergestellt ist, erscheinen daher die Voraussetzungen für die Retention dann und insoweit gegeben, als die in Frage kommenden Titel Wertpapiere und nicht etwa blosser Beweisurkunden über gewöhnliche, unabhängig von ihnen bestehende Forderungen sind.

c) der Begriff des Wertpapiers nach Art. 895 ZGB ist ein solcher des eidgenössischen Rechtes. Nachdem Titel retiniert werden, die unter dem alten kantonalen Rechte errichtet worden sind und deshalb nach den allgemeinen Grundsätzen des SchIT zum ZGB materiell von diesem Rechte beherrscht werden, wäre an sich auf Grund der

früheren kantonalen Gesetzgebung zu prüfen, welche Eigenschaften ihnen hinsichtlich der Uebertragung und Geltendmachung der darin verurkundeten Rechte zukommen, während alsdann nach dem eidgenössischen Rechte zu entscheiden sein würde, ob jene Eigenschaften ihnen den Charakter von Wertpapieren zu verleihen vermögen. Nun ermächtigt aber Art. 33 SchIT zum ZGB die Kantone, sei es « im allgemeinen » sei es « in bestimmten Beziehungen » eine Grundpfandart des bisherigen Rechtes einer solchen des neuen Rechtes gleichzustellen. Macht ein Kanton von dieser Befugnis Gebrauch, so finden die für die betr. Pfandart des neuen Rechtes geltenden Vorschriften auch auf die vor dem 1. Januar 1912 errichteten kantonalen Grundpfandtitel Anwendung. Damit ist die Wertpapiernatur derjenigen Titel festgestellt, die durch das thurgauische und st. gallische EG zum ZGB den Schuldbriefen des neuen Rechtes gleichgestellt worden sind (thurgauische Schuldbriefe, Ueberbesserungsbriefe, Kaufschuldbriefe, st. gallische Pfandbriefe und Versicherungsbriefe). Denn der Schuldbrief des ZGB ist, obwohl es das Gesetz nirgends ausdrücklich ausspricht, ohne Frage Wertpapier. Als solches hat ihn denn auch das Bundesgericht schon in dem Urteile in Sachen der Schweiz. Bodenkreditanstalt gegen die heutige Klägerin vom 8. Juni 1916 (AS 42 III Nr. 51 Erw. 2) behandelt. Ob er auf den Namen oder Inhaber ausgestellt sei, macht dabei keinen Unterschied. Unter die Wertpapiere im Sinne der Art. 895 ff. ZGB fallen, wie aus Art. 898 Abs. 2 unzweideutig hervorgeht, im Gegensatz zu der den früheren Art. 224 ff. aOR vom Bundesgericht gegebenen Auslegung, nicht nur Inhaber- und Ordre- sondern auch Namenpapiere, sobald ihnen nur die Bedeutung zukommt, welche allgemein das Wesen der Wertpapiere ausmacht, d. h. sobald das Recht, auf welches die Urkunde lautet, so mit ihr verknüpft ist, dass es ohne sie wieder geltend gemacht noch übertragen werden kann. Das trifft für den Schuldbrief zu, da das Recht aus ihm gemäss Art. 868

nur in Verbindung mit dem Besitz des Papieres geltend gemacht und veräussert werden kann und da es bei Verlust des Papieres eines Ersatzes desselben durch das die Kraftlosigkeit erklärende Urteil bedarf. Dazu kommt, dass der Schuldbrief des ZGB, auch wenn darin eine bestimmte Person als Gläubiger bezeichnet ist, doch nicht als Rektapapier erscheint, indem die Anmerkung der Uebertragung auf dem Titel (Indossament) dem gutgläubigen Erwerber selbständige, von der Person seines Vormannes unabhängige Rechte verleiht, so dass er sich nur die Einreden entgegenhalten lassen muss, die sich aus dem Grundbucheintrag oder der Urkunde selbst ergeben oder dem Schuldner ihm persönlich gegenüber zustehen (Art. 866, 867, 868 und 871 ZGB). Gerade in diesem Ausschluss von Einreden aus der Person der Vormänner, der skripturrechtlichen Wirkung des auf dem Papier angebrachten Uebertragungsvermerks, liegt aber das entscheidende Merkmal, welches nach schweizerischem Recht (Art. 811, 843 OR) wie übrigens auch nach allgemeiner Lehre die Ordre- von den Namenpapieren unterscheidet. Man hat es demnach mit einer auf den Namen lautenden Urkunde zu tun, der von Gesetzes wegen die Eigenschaft eines Ordrepapieres zukommt (so auch WIELAND zu Art. 859 Nr. 2 bb).

Sobald aber dies zutrifft, ist die Retention an dieser Kategorie von Titeln zulässig, ohne dass dafür noch ein weiteres, nämlich deren Uebertragung seitens des Stücheli an die Leihkasse durch Indossament oder besondere Abtretungserklärung verlangt werden könnte. Zur Geltendmachung des Retentionsrechtes genügt es, dass sie sich mit Wissen und Willen jenes im Besitze der Leihkasse befanden, der notwendige Zusammenhang zwischen Retentionsforderung und Besitz vorliegt und auch keine Ausschliessungsgründe im Sinne von Art. 896 ZGB bestehen. Dass der Retentionsberechtigte legitimierter (d. h. durch Indossament oder Abtretung ausgewiesener) Inhaber des Papieres sei, ist im Gegensatz zu den für die vertragliche Verpfändung geltenden Vorschriften nach

Art. 898 Abs. 2 ZGB nicht erforderlich. Wenn hier bestimmt wird, dass « bei der Verwertung zurückbehaltener Namenpapiere in Vertretung des Schuldners der Betreibungs- oder Konkursbeamte das Erforderliche vornehme », so kann dabei nicht an den Fall gedacht sein, wo auf den Retentionsgläubiger übertragene Namenpapiere versteigert werden und nunmehr der Betreibungs- oder Konkursbeamte die zur Uebertragung der Rechte daraus von jenem auf den Ersteigerer nötigen Umschreibungen vorzunehmen hat. Denn in diesem Falle würde er ja bei deren Vornahme nicht als Vertreter des Schuldners, sondern des Retentionsgläubigers handeln. An Stelle des Retentionsschuldners kann er nur tätig werden, wenn wie hier die Retentionsansprache sich auf Papiere bezieht, die noch auf den Namen dieses lauten, d. h. von ihm nicht auf den Retentionsgläubiger papiermässig übertragen worden sind. Auch dann — das ist der unmissverständliche Gedanke des Gesetzes — soll die Retention zulässig sein, und die fehlende papiermässige Legitimation vom Vollstreckungsbeamten nachgeholt werden können. Dass Art. 898 Abs. 2 nur von Namenspapieren spricht, kann nicht zur Folge haben, die Ordrepapiere davon auszunehmen. Die Begründung des Retentionsrechtes durch den blossen Besitz des Wertpapieres ohne weitere Legitimation, lässt sich nur aus der den Wertpapieren eigenen Verkörperung des Rechtes durch die Urkunde erklären, kraft deren schon die Aufgabe des Besitzes an der Urkunde ohne damit verbundene Rechtsübertragung genügt, um dem Retentionsschuldner die Möglichkeit der Verfügung über das darin verurkundete Recht zu nehmen. Hat diese Erwägung dazu geführt, sogar bei den eigentlichen Namenpapieren von dem Erfordernis der papiermässigen Legitimation abzusehen, so muss das nämlich umsomehr auch für Ordrepapiere gelten, bei denen ja die Verknüpfung des Rechtes mit der Urkunde, wie bereits ausgeführt, noch eine weit engere ist als bei den Namenpapieren. Der Ausdruck Namenpapiere in Art. 898 Abs. 2

ist demnach nicht im technischen Sinne von Rektapapieren zu verstehen, sondern umfasst auch die Ordrepapiere, m. a. W. er gibt lediglich die Unterscheidung wieder, die in Art. 901 ZGB für die Verpfändung zwischen Inhaberpapieren einerseits und « anderen Wertpapieren » andererseits gemacht wird.

d) Dagegen hat die Vorinstanz die Ansprache mit Recht abgewiesen in Bezug auf die beiden thurgauischen Titel, Kreditbrief von 5000 Fr. auf Stephan Rossi und Uebesserungskreditbrief von 8000 Fr. auf Johann Kaiser. Beide Titelarten werden in § 127 des thurgauischen EG der Grundpfandverschreibung des neuen Rechtes gleichgestellt. Sie haben demnach nach Art. 825 ZGB nur die Bedeutung eines Beweismittels, nicht eines Wertpapiers, so dass ein Retentionsrecht daran ausgeschlossen ist.

e) Das Gleiche muss auf Grund des Art. 209 des st. gallischen EG zum ZGB im Gegensatz zur Ansicht des angefochtenen Urteils auch gelten für die st. gallischen Kaufschuldversicherungsbriefe. Ob der st. gallische Gesetzgeber bei Erlass des EG an diese Konsequenz gedacht habe oder nicht ist unerheblich. Nach Art. 33 SchlT zum ZGB hatte er sich lediglich darüber auszusprechen, ob er die Grundpfandarten des bisherigen kantonalen Rechtes einer solchen des neuen Rechtes gleichgehalten wissen wolle oder nicht. Das hat er getan, indem er in Art. 209 EG die Pfandbriefe und Versicherungsbriefe dem Schuldbrief, die Kaufschuldversicherungsbriefe dagegen der Grundpfandverschreibung des neuen Rechtes gleichstellte. Die Folgen, welche diese Gleichstellung nach sich zieht, bestimmt das eidgenössische Recht: sie ergeben sich aus den Vorschriften des ZGB über den Schuldbrief einerseits, die Grundpfandverschreibung anderseits. Eines besonderen auf deren Eintritt gerichteten Willens des kantonalen Gesetzgebers bedurfte es hiefür nicht. Es ist daher bedeutungslos und trifft den Kern der Sache nicht, wenn die Botschaft des st. gallischen Regierungsrats vom 9. Mai

1913 ausführt, dass es nie im Willen der gesetzgebenden Behörden gelegen habe, durch Art. 209 EG den Kaufschuldversicherungsbriefen den Charakter von Wertpapieren zu nehmen. Ebenso hinfällig ist der Hinweis darauf, dass die Gleichstellung eben nur als « teilweise » im Sinne von Art. 33 Abs. 1 SchlT gedacht gewesen sei. Wenn hier den Kantonen überlassen wird, die Gleichbehandlung mit einer Pfandart des neuen Rechtes « allgemein » oder nur « in bestimmten Beziehungen » vorzuschreiben, so ist damit klar ausgesprochen, dass da, wo nur eine teilweise Gleichstellung beabsichtigt ist, die Punkte, auf welche sie sich beziehen soll, im EG selbst genau bezeichnet werden müssen. Erfolgt eine solche gesetzliche Beschränkung nicht, so muss eben die Gleichstellung als eine allgemeine betrachtet werden und geht es nicht an, deren Bedeutung nachträglich durch ausserhalb des klaren Gesetzestextes liegende Erwägungen einzuschränken. Im übrigen ist die Erklärung der Botschaft darüber, worauf sich die Gleichstellung hier allein habe erstrecken sollen, auch sachlich offenbar unhaltbar. Alle unter dem Titel Grundpfandverschreibung aufgestellten Vorschriften, die sachenrechtliche Bedeutung haben (Stellung des Eigentümers, Kündigungsbestimmungen des Art. 831, Wirkungen der Pfandsetzung Art. 832-835) gelten auch für den Schuldbrief des neuen Rechtes und finden nach den intertemporalen Bestimmungen des Schlusstitels (Art. 26 Abs. 2), ohne dass dazu eine besondere Unterstellung nötig wäre, kraft eidgenössischen Rechtes auf alle kantonalen Pfandrechte Anwendung. Denn soweit in den Art. 827-835 pfandrechtliche Vorschriften enthalten sind, handelt es sich dabei nicht um Vertragswirkungen im Sinne von Art. 26 Abs. 1 SchlT, die allein noch vom alten Rechte beherrscht werden. Ein Unterschied zwischen Grundpfandverschreibung und Schuldbrief besteht nur hinsichtlich der Pfandforderung, d. h. hinsichtlich der Eigenschaften dieser Forderung und hauptsächlich ihres Verhältnisses zur

Urkunde. Die Urkunde über die Grundpfandverschreibung ist blosses Beweismittel, der Schuldbrief dagegen Wertpapier, der in Bezug auf Pfandrecht und Forderung dem Erwerber die Vorteile des öffentlichen Glaubens verschafft. Hat das st. gallische EG eine Kategorie von Titeln dem Schuldbrief, eine andere der Grundpfandverschreibung gleichgestellt, so hat es eben damit diesen Unterschied geschaffen, der der einzige ist, der in diesem Zusammenhang überhaupt in Betracht fallen kann. Auch die Vorinstanz nimmt denn an, dass die Gleichstellung der Kaufschuldversicherungsbriefe mit der Grundpfandverschreibung an sich deren Wertpapiercharakter ausschliessen würde. Wenn sie denselben gleichwohl bejaht, so geschieht es lediglich deshalb, weil der st. gallische Gesetzgeber seither durch « authentische Interpretation des Art. 209 EG » dessen Tragweite in dem erwähnten Sinne eingengt habe. Auch diese Argumentation hält indessen nicht Stand. Authentische Interpretation ist die Feststellung des Inhaltes eines Gesetzes durch ein neues Gesetz, das sich den Charakter einer authentischen Interpretation entweder ausdrücklich oder sonst unzweideutig beilegt. Sie hätte mithin hier — sofern sie überhaupt zulässig wär, was dahingestellt bleiben mag —, nur so erfolgen können, dass im zweiten Gesetze festgestellt worden wäre, in welchem Umfange, d. h. in welchen « Beziehungen » Art. 209 EG die angeblich bloss teilweise Gleichstellung enthalte. Das ist aber nicht geschehen. Aus der Einreihung der Kaufschuldversicherungsbriefe unter die amortisablen Schuldurkunden kann höchstens geschlossen werden, dass der st. gallische Gesetzgeber nach einer bestimmten Richtung diese Titelart als Wertpapier betrachtet: hierüber entscheidet aber, nachdem eine Gleichstellung derselben mit einer Pfandart des neuen Rechtes stattgefunden hat, nicht mehr das kantonale, sondern das eidgenössische Recht. Eine weitere Bedeutung kann der betreffenden Gesetzesbestimmung nicht beigemessen werden, wie denn auch der Regierungsrat

in seiner Botschaft deren Deutung als authentische Interpretation des Art. 209 EG ausdrücklich abgelehnt hat. Es bleibt mithin nur ein Widerspruch zwischen zwei kantonalen Gesetzen, von denen das zweite, so lange das erste besteht, gegen Bundesrecht, nämlich gegen Art. 825 ZGB verstösst. Dazu kommt, dass eine solche authentische Interpretation, auch wenn sie vorläge, solange bedeutungslos wäre, als sie nicht die Genehmigung des Bundesrates erhalten hat. Denn die zwingende Kraft der authentischen Interpretation beruht ausschliesslich auf ihrem Gesetzescharakter. Ist daher die Giltigkeit eines kantonalen Gesetzes, wie es für die auf Grund des Art. 33 SchlT erlassenen kantonalen Vorschriften zutrifft, von der Sanktion durch eine Bundesbehörde abhängig, so muss die letztere auch für die authentische Interpretation eingeholt werden. Es geht nicht an, dass ein Kanton von sich aus einer eidgenössisch genehmigten Vorschrift durch authentische Interpretation eine Bedeutung beilegt, welche sich mit dem klaren Wortlaute der genehmigten Bestimmung nicht vereinbaren lässt.

Wenn die Klägerin einwendet, dass es sich bei diesen Erörterungen um eine Auslegung kantonalen Gesetzesrechtes, nämlich des Art. 209 EG handle, die nach Art. 57 OG der Kognition des Bundesgerichts entzogen sei, so kann ihr darin nicht beigestimmt werden. Zu entscheiden ist, ob die rechtlichen Eigenschaften und Wirkungen einer bestimmten Art von Grundpfandtiteln sich nach dem kantonalen Rechte, unter dem sie errichtet worden sind, oder nach dem neuen eidgenössischen Zivilrechte beurteilen. Diese Frage ist aber eine solche des Bundesrechtes. Der Bundesgesetzgeber, der die in Betracht kommenden zivilrechtlichen Vorschriften erlassen hat, ist grundsätzlich auch allein zuständig, deren zeitliche Wirksamkeit zu bestimmen, d. h. darüber zu befinden, inwiefern durch sie auch vor ihrem Inkrafttreten eingetretene Tatsachen bzw. Rechtshandlungen betroffen werden sollen. An dieser Rechtslage wird dadurch nichts geändert,

dass der SchlT zum ZGB es in Art. 33 den Kantonen überlassen hat, in Abweichung von den intertemporalen Kollisionsnormen der Art. 1, 22, 24, 26 Abs. 1 und 28 ebenda in ihren EG Grundpfandarten des bisherigen Rechtes einer solchen des neuen Rechtes gleichzustellen. Denn die Folge einer derartigen Gleichstellung ist nicht etwa, dass alsdann die entsprechenden Bestimmungen des ZGB als subsidiäres kantonales Recht auch für solche alte Pfandtitel gelten würden. Vielmehr bestimmt Art. 33 Abs. 2 SchlT ausdrücklich, dass « soweit dies geschehen sei », d. h. soweit die Gleichstellung stattgefunden habe, die Bestimmungen « dieses Gesetzes » (d. h. des ZGB) auch auf die kantonalen Pfandrechte Anwendung finden, m. a. W. dass dann die Titel auch in den Beziehungen, in denen sonst noch kantonales Recht anwendbar wäre, dem neuen Rechte unterstehen. Ist die Frage, ob ein Grundpfandtitel vom früheren kantonalen oder vom neuen Rechte beherrscht werde, eine solche des Bundesrechts, so ist aber das Bundesgericht auch zuständig nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen, an welche das ZGB d. h. das B u n d e s r e c h t, die Anwendung des neuen Rechtes knüpft, erfüllt seien. So wenig es daher vor der Erklärung eines kantonalen Gerichtes, dass eine Gleichstellung im Sinne des Art. 33 SchlT zwar im EG nicht vorgenommen worden sei, dass sie sich aber sonst aus dem kantonalen Rechte ergebe, Halt zu machen hätte, so wenig kann es umgekehrt daran gebunden sein, wenn der kantonale Richter die aus einer tatsächlich vorgenommenen Gleichstellung sich ergebenden Wirkungen unter Berufung auf eine angebliche nachträgliche authentische Interpretation der betreffenden Vorschrift des EG ablehnt. Auch hier muss es ihm vielmehr freistehen zu untersuchen, inwiefern durch die Vorgänge, in denen jene authentische Interpretation erblickt wird, die Folgen, welche durch den Erlass des EG auf Grund des Art. 33 SchlT eingetreten sind, haben alteriert werden können.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird daher begründet erklärt, dass das von der Klägerin beanspruchte Retentionsrecht an den st. gallischen Kaufschuldversicherungsbriefen abgewiesen wird. Im übrigen wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 11. September 1917 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

101. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1917
i. S. Kühn und Mitbeteiligte, Beklagte,
gegen Klesel und Mitbeteiligte, Kläger.

Kaufvertrag über ein Stück «Bauland». Anfechtung wegen wesentlichen Irrtums i. S. von Art. 24 Ziff. 4 OR, weil der Kauf in der dem Verkäufer bei den Vertragsunterhandlungen bekanntgegebenen Voraussetzung geschlossen worden sei, dass sich auf dem gekauften Platze ein Bau mit einer bestimmten beschränkten Zahl von Geschossen und entsprechendem Kostenaufwande erstellen lasse, die Ausführung dieses Projektes sich aber infolge baupolizeilicher Vorschriften, die für das betr. Quartier eine grössere Zahl von Stockwerken vorschrieben, als unmöglich erwiesen habe. Gutheissung der Anfechtung.

A. — Am 31. Januar 1914 erschien im Winterthurer «Landboten» ein Inserat: «Neubauten an schöner sonniger Lage, mitten in Veltheim werden mit 1500 Fr. Anzahlung für 12,000 und 16,000 Fr. günstig verkauft.» Auf die von den Klägern bei der Expedition des «Landboten» eingereichten Offerten meldete sich bei ihnen der Winterthurer Architekt Bartholomé, der als Eigentümer