

unfähig wäre, selbst einen Vermögensverwalter zu bestellen. In dieser Hinsicht aber fehlt es sogar an einer Behauptung von seiten der Vormundschaftsbehörde und des Regierungsrates. Die früheren Vorwürfe Häfligers, die übrigens nicht ohne weiteres als von der Beklagten anerkannt zu betrachten sind, betrafen vor allem die Willensschwäche der Rekurrentin, ihre Beeinflussbarkeit durch die Tochter. Diese Willensschwäche wie auch das vorgerückte Alter bilden aber keine Grundlage für die Annahme, dass der Rekurrentin die Fähigkeit abgeht, einen Verwalter zu bestellen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die über die Beschwerdeführerin am 10. September 1920 angeordnete Beistandschaft aufgehoben.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

61. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. September 1920 i. S. Konkursmasse Jenny gegen Kämpf.

Verpfändung von Schuldbriefrechten nach der Eintragung im Grundbuch aber vor der Ausstellung des Titels. Art. 868, 869 ZGB.

A. — Am 25. Februar 1919 ersuchte der Kridar Jenny das Grundbuchamt Küsnacht, auf seiner Liegenschaft in Küsnacht zwei Inhaberschuldbriefe von je 10,000 Fr. zu errichten und die Titel nach ihrer Ausstellung ihm aussuhändigen. Das Grundbuchamt übergab ihm darauf zwei

« Interimsscheine », welche diese Anmeldung bestätigen. Am 8. März 1919 ermächtigte Jenny das Amt schriftlich, die Titel seinerzeit dem Kläger Dr. Kämpf « als Zessionar » zu übergeben. Gleichzeitig übermachte er diesem die beiden Interimsscheine. In einem Briefe an Dr. Kämpf, vom 24. März 1919, in welchem der Kridar dessen Forderungen gegen ihn aufzählte, bemerkte er sodann : « Als Sicherheit besitzen Sie meinerseits zwei Inhaberschuldbriefe.... » Nachdem über Jenny unterm 15. Mai 1919 der Konkurs eröffnet worden war, wurden am 30. Juni 1919 die vom Grundbuchamt inzwischen ausgestellten beiden Schuldbriefe durch den Präsidenten des Bezirksgerichtes gemäss Art. 857 Abs. 2 ZGB unterzeichnet.

Im Konkurse Jennys meldete der Kläger ein Faustpfandrecht an den beiden Titeln für eine Forderung von 79,022 Fr. 25 Cts. an und klagte, als die Konkursverwaltung nur die Forderung nicht aber das Pfandrecht kollozierte, auf Anerkennung dieses letzteren. Er machte insbesondere geltend, die Interimsscheine haben die beiden Werttitel vor ihrer Ausfertigung ersetzt und ihm das Pfandrecht an ihnen verschafft. Die Masse beantragte demgegenüber Abweisung der Klage und zwar im wesentlichen unter Hinweis darauf, dass es an einem schriftlichen Verpfändungsvertrage fehle, und dass zudem eine Verpfändung ohne Uebertragung der Briefe ausgeschlossen gewesen sei.

B. — Beide Vorinstanzen, das Obergericht mit Urteil vom 26. April 1920, haben das mit der Klage beanspruchte Pfandrecht anerkannt. Das Obergericht hat ausgeführt :

Die Eintragung eines Eigentümerschuldbriefes begründe nur formell ein Pfandrecht, dem mangels Vorhandenseins einer Forderung materielle Wirksamkeit fehle. Eine Aenderung trete aber ein, sobald der Eigentümer des Grundpfandes über den im Schuldbrief bezeichneten Wertteil verfüge, was durch Uebertragung der Briefrechte oder durch ihre Verpfändung geschehen könne. Im letzteren Falle erhalte der Pfandgläubiger das Recht, das

einstweilen noch ruhende Forderungsrecht aus dem Vermögen des Grundeigentümers auf dem Wege der Pfandverwertung auszuschneiden, das gelte auch für die Verpfändung von Schuldbriefrechten, die zwar im Grundbuch eingetragen, aber noch nicht in einem Titel verkörpert seien. Der Art. 868 ZGB stehe der Verpfändung eines erst eingetragenen Inhaberschuldbriefes durch den Eigentümer des Grundpfandes nicht entgegen, er beziehe sich nicht auf Verfügungen des Pfandeigentümers, welche der Begründung der Schuldbriefforderung dienen. Für die Form der Verpfändung sei Art. 900 Abs. 1 ZGB massgebend, dessen Requisite die Parteien im vorliegenden Falle erfüllt haben.

C. — Gegen das Urteil des Obergerichtes hat die beklagte Konkursmasse die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Der Kläger hat auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides antragen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Es ist der Vorinstanz ohne weiteres darin beizustimmen, dass ein Pfandrecht an den Schuldbriefen selbst nicht in Frage kommen kann, weil sie erst nach der Konkursöffnung durch die Unterzeichnung seitens des Bezirksgerichtspräsidenten also zu einer Zeit perfekt wurden, in der keine neuen Rechte mehr am Vermögen des Kridaren bw. der Masse entstehen konnten. Zu untersuchen bleibt daher nur, ob vor der Errichtung der Titel die Schuldbriefrechte, die nach Art. 856 Abs. 2 schon mit der Eintragung in das Grundbuch zur Entstehung gelangen, verpfändet werden konnten. Dabei ist die Tatsache der Ausstellung von Interimsscheinen seitens des Grundbuchamtes ohne jede Bedeutung. Als blosser Bescheinigung, dass eine Anmeldung erfolgt ist, sind diese Interimsscheine nicht im Stande die Pfandtitel irgendwie bei der Begründung eines Pfandrechtes zu ersetzen. Die Antwort auf die gestellte Frage ergibt sich vielmehr aus Art. 868 und

869 ZGB und zwar, da diese Bestimmungen keine Unterscheidung machen, in gleicher Weise für Schuldbriefe auf den Inhaber wie für solche auf den Namen.

Nach Art. 868 Abs. 1 kann die Forderung aus Schuldbrief und Gült nur in Verbindung mit dem Besitze des Pfandtitels « veräussert, verpfändet oder überhaupt geltend gemacht werden ». Für das hier streitige Vorstadium nach Eintragung aber vor Ausstellung des Briefes dagegen behält Art. 868 Abs. 2 die « Geltendmachung » der Forderung vor. Diese « Geltendmachung » des Abs. 2 kann somit auch ohne den Besitz des Papiers erfolgen.

Unter « Geltendmachung » im Sinne von Abs. 2 versteht nun die erste Instanz auch die Veräusserung und Verpfändung der pfandversicherten Forderung, da in Abs. 1 die Veräusserung und Verpfändung durch das verbindende « überhaupt » dem nachfolgenden Oberbegriff der Geltendmachung unterstellt werde. Diese Argumentation hat um so mehr den Anschein der Berechtigung für sich, als auch das Marginale den Artikel ganz allgemein mit « Geltendmachung » überschreibt. Allein dass die Auffassung der ersten Instanz dennoch unrichtig ist, ergibt sich aus Art. 869 Abs. 1: « Zur Uebertragung der Forderung aus Schuldbrief oder Gült bedarf es in allen Fällen der Uebergabe des Pfandtitels an den Erwerber ». Die kategorische, eine Ausnahme ausschliessende Fassung dieser Bestimmung zeigt, dass der Begriff der « Geltendmachung » in Art. 868 Abs. 2 doch nur eine beschränkte Bedeutung haben, dass er Rechtsübertragungen nicht umfassen kann. Hiefür sprechen übrigens auch sowohl der französische als der italienische Text. Beide verwenden für das, was im deutschen Text in Abs. 1 und 2 gleicherweise als « Geltendmachung » bezeichnet wird, verschiedene Ausdrücke und vermeiden insbesondere in Abs. 2 sorgfältig eine Terminologie, die irgendwie auf eine Rechtsübertragung hinweisen könnte. So sagt der französische Text zwar in Abs. 1, die Forderung könne ohne das Papier weder veräussert noch verpfändet werden noch « faire l'objet de

quelque autre disposition», in Abs. 2 aber ist nur die Rede von «faire valoir la créance». Noch augenfälliger unterscheidet die italienische Fassung «essere negoziato» und «far valere il credito».

Die im vorstehenden gegebene Interpretation wird aber auch allein den Zwecken gerecht, denen zu dienen der Schuldbrief berufen ist. Durch die Einführung dieser Grundpfandart sollte «der Bodenwert mobilisiert werden». (Erläut. II S. 191.) Damit sie hiezu im Stande sei, wurde für sie ein besonderes Verkehrsinstrument geschaffen, das Forderung und Pfandrecht in sich derart verkörpert, dass sie damit wertpapiermässig übertragen werden können, ohne dass ein Auseinanderfallen von Brief und pfandversicherter Forderung und damit eine Schädigung des Verkehrs zu befürchten ist. Wenn nun auch die blosser Eintragung eines Schuldbriefes in das Grundbuch schon eine gewisse Bedeutung, namentlich für den Konkursfall hat, so kann ihr doch nicht die spezifische Verkehrsfunktion zukommen, um deretwillen gerade die Errichtung des besonders ausgestalteten Pfandtitels vorgeschrieben wurde. Es ergäbe sich die Gefahr, dass, sei es auf Veranlassung des Eigentümers, sei es auf irgendwelchem unrechtmässigem Wege, der Titel dem, der im Vorstadium Schuldbriefrechte erworben hat, nicht zukommen würde. (Erläut. II S. 295.) Insbesondere steht nichts im Wege, dass der Pfandeigentümer selbst, auch wenn er dem Grundbuchamt die Anweisung gegeben hat, den Titel dem im Vorstadium mit gewissen Rechten Ausgestatteten auszugeben, diese Anweisung, die als bloss einseitiger Verfügungsakt zu qualifizieren ist, widerruft. (Das ZGB kennt aber auch keine dem § 1117 BGB analoge Bestimmung, wonach die Vereinbarung mit dem Gläubiger, der Titel solle nach der Errichtung ihm übergeben werden, an Stelle der Uebergabe des Titels treten kann.)

Das Verhältnis zwischen Bestand des Rechtes und Verfügbarkheit über das Recht, so wie es im vorgehenden umschrieben wurde, ist endlich auch nicht etwas dem

ZGB Fremdes. Auch Art. 656 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass zwar ein Recht entsteht, dass aber vor Erfüllung gewisser Formvorschriften darüber nicht verfügt werden kann.

Nach dem Gesagten gilt für die Uebertragung der Schuldbriefforderung Art. 869 Abs. 1 bzw. 868 Abs. 1 unbeschränkt, d. h. diese Uebertragung ist nur in Verbindung mit dem Papier zulässig, vor Ausstellung des Titels also überhaupt ausgeschlossen. Was aber für die Uebertragung des Rechtes gilt, muss der Natur der Sache nach auch gelten für die Verpfändung. In diesem Sinne nur ist daher, weil durch die *lex specialis* der Art. 868 Abs. 1 und 869 Abs. 1 eingeschränkt, die grundsätzliche Bestimmung des Art. 856 Abs. 2 aus zulegen, — die Eintragung von Schuldbrief- und Gült habe schon vor Ausstellung der Titel Schuldbrief- und Gültwirkung.

2. — Das Obergericht hat, weniger weit gehend als die erste Instanz, die Verfügung über eingetragene, aber noch nicht in einem Titel verkörperte Schuldbriefrechte nur ausnahmsweise gelten lassen wollen, nämlich nur für die hier streitige erste Verfügung des Pfandeigentümers über einen Inhaberschuldbrief, welche die Schuldbriefforderung erst zur Entstehung bringe. Allein, wenn nach Art. 868 Abs. 1 und 869 Abs. 1 Abtretung und Verpfändung der Schuldbriefrechte ohne Titel grundsätzlich ausgeschlossen sind, ist nicht einzusehen, warum das für Uebertragung und Verpfändung dieser Rechte seitens des Grundeigentümers auf den ersten Inhaber anders sein sollte. Gerade bei einer solchen vorzeitigen Verfügung über einen Inhaberschuldbrief ist die Gefahr besonders gross, dass nachher der Titel nicht in die Hände des aus dem Eintrag Berechtigten, sondern in die Hände Dritter kommt. Diesen Erwägungen gegenüber, können die mehr konstruktiven Argumente der Vorinstanz nicht in Betracht fallen. Dass beim Inhaberschuldbrief die Forderung erst im Augenblick der Verfügung über den Brief entsteht oder die infolge Zusammenfallens von Gläubiger und Schuldner latent bleibende Forderung durch die Verfügung wirksam wird,

schliesst nicht aus, dass auch hier die Verfügung nur in Verbindung mit dem Titel möglich ist. Beim Inhaberschuldbrief fehlt es vor seiner Ausstellung sogar dem Grundpfandrechte an einem Berechtigten, da erst durch die erste Begebung die Person des Berechtigten festgestellt wird; ein Grundpfandrecht ohne Berechtigten anzunehmen, erscheint aber so wie so als ausgeschlossen.

3. — Richtig ist allerdings, dass die Verfügungsbeschränkung während der Zeit von der Grundbucheintragung an bis zur Schuldbriefausstellung für den Verkehr ein gewisses Hemmnis bedeutet, weil so lange die Valuta nicht erhältlich gemacht werden, die Finanzoperation, die mit der Verpfändung verbunden wird, nicht durch geführt werden kann. Die Parteien kommen damit in Abhängigkeit vom guten Willen und von der Geschäftslast des Grundbuchamtes (dass wie im vorliegenden Fall von der Eintragung an über 4 Monate verstreichen bis die Titel ausgestellt sind, dürfte allerdings zu den Ausnahmen gehören). Allein diese Bedenken wiegen nicht so schwer wie die Gefährdung des Verkehrs, die aus der gegenteiligen Lösung nach den schon gemachten Ausführungen resultieren würde. Zudem ist es Sache der Kantone dafür zu sorgen, dass das Pendencystadium nicht von zu langer Dauer sei.

4. — Da eine Verpfändung des unverbrieften Schuldbriefrechtes nach den vorstehenden Ausführungen überhaupt ausgeschlossen ist, fällt die von der Vorinstanz weiter geprüfte Frage der Wahrung der Verpfändungsformen für das Bundesgericht ausser Betracht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt und die Klage abgewiesen.

62. Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. November 1920
i. S. Bierbrauerei am Uetliberg
gegen Schweiz. Liegenschaftsgenossenschaft.

Art. 58 OG: Haupturteil oder Feststellungs-
urteil. Auslegung einer Servitutsein-
tragung. Art. 738 ZGB.

A. — Auf der Liegenschaft der Beklagten, Kataster Nr. 1003 in Zürich 1, haftet eine Dienstbarkeit zu Gunsten der Liegenschaft der Klägerin, Kataster Nr. 982 in Zürich 1, wonach dem jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstückes verboten ist, darauf ein Hotel oder ein Restaurant zu betreiben oder betreiben zu lassen. Im Frühling 1916 leitete gestützt hierauf die Klägerin gegen die Beklagte, die auf dem erwähnten Grundstück den Betrieb einer Conditorei zulies, Klage ein. Sie verlangte 1. Feststellung, dass dem jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstückes verboten sei, ein Conditorei-Café oder eine Conditorei mit Erfrischungsraum zu betreiben; 2. gerichtliche « Einstellung » des bestehenden Conditoreibetriebes. Mit Urteil vom 23. März 1916 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage in dem Sinne teilweise gut, dass es erklärte, es sei « der Beklagten nicht gestattet, Dessertweine und andere Weine, Wurst- und Fleischwaren zum Genuss an Ort und Stelle zu verkaufen oder verkaufen zu lassen und dem Verkaufslokal den Namen Café beizulegen. » Das Bezirksgericht nahm an, diese Auslegung der Servitut ergebe sich im Rahmen des Eintrages aus dem Erwerbsgrund und aus der Art, wie die Dienstbarkeit seit langer Zeit ausgeübt worden sei (Art. 738 ZGB). Dieses Urteil vom 23. März 1916 erwuchs in Rechtskraft. In der Folge stellte die Klägerin beim Einzelrichteramt Zurich das Begehren,