

Frage nichts. Was für Befugnisse ein durch Rechtsgeschäft nicht näher umgrenztes Fuss- und Fahrwegrecht umfasse, wird nach Art. 740 ZGB durch das kantonale Recht und den Ortsgebrauch bestimmt. Auch daraus lässt sich indessen hier nichts Entscheidendes herleiten (vgl. die §§ 184 und 186 des zürcherischen EG zum ZGB). Weder der allgemeine noch der örtliche Begriff des Fuss- und Fahrwegrechtes gibt eine Grundlage dafür ab, dass dieses Recht noch weitere Befugnisse umfasse, als wie sie bis 1933 tatsächlich ausgeübt wurden. Was die Beklagte für sich und ihren Mieter in Anspruch nimmt, stellt daher eine Erweiterung der Dienstbarkeitsrechte dar. Deren Zulässigkeit ist nach dem Gesagten auf Grund des ZGB zu beurteilen. Es ist der gute Sinn der erwähnten Bestimmungen von Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 3 SchlT, dass dingliche Verhältnisse unter Vorbehalt dessen, was durch Wortlaut und Auslegung der rechtsgeschäftlichen Umschreibungen und Anordnungen festgelegt ist, den Wandel der Rechtsordnung mitmachen sollen, auch insoweit, als diese nicht in zwingenden Bestimmungen ihren Ausdruck gefunden hat. Diese Lösung entspricht auch der intertemporalen Ordnung des Nachbarrechtes. Dessen Inhalt bestimmt sich, was ebenfalls aus Art. 17 SchlT folgt, seit 1912 nach dem neuen Recht, obwohl es ja, als Inbegriff der Eigentumsbeschränkungen privatrechtlicher Natur, nachgiebiges Recht darstellt und denn auch rechtsgeschäftliche Abweichungen ausdrücklich vorgesehen sind (Art. 680 Abs. 2 ZGB). Soweit mit Bezug auf Dienstbarkeiten in frühern Entscheidungen eine andere Auffassung bekundet wurde (vgl. BGE 52 II 349, 53 II 109, 384), kann daran nicht festgehalten werden.

2. — Art. 739 ZGB mutet dem Eigentümer des belasteten Grundstückes gewisse Änderungen der Ausübung der Dienstbarkeit gegenüber deren bisherigem Inhalte (vgl. Art. 738) zu, nicht aber eine Mehrbelastung. Die kantonalen Gerichte haben nun mit Recht entschieden, dass das Befahren des Weges mit Motorfahrzeugen an und

für sich zugelassen werden müsse, da der Entwicklung der Technik und des Verkehrswesens Rechnung zu tragen sei. Ebenso zutreffend haben sie andererseits eine unzumutbare Mehrbelastung darin gesehen, dass Kunden der Beklagten oder ihres Mieters den Weg mit solchen Fahrzeugen gerade dazu benutzen, um diese oder dazu gehörende Einrichtungen ausbessern zu lassen oder für sie Treibstoff zu fassen. Eine derartige Benutzung der Dienstbarkeit nicht nur mit Motorfahrzeugen, sondern für sie, zufolge eines darauf umgestellten Werkstattebetriebes, braucht sich der Kläger nicht gefallen zu lassen. Er ist sofort dagegen aufgetreten, sodass sich die Beklagte auch nicht etwa auf eine durch gutgläubige Ausübung erwirkte Erweiterung ihrer Rechte (Art. 738 Abs. 2 ZGB) berufen kann.

Von der Einsprache des Klägers unberührt bleibt die Benutzung des Weges insoweit, als dafür sein Grund und Boden mit dem dazu gehörenden Luftraume gar nicht in Anspruch genommen wird; es wäre denn, dass ein solcher Gebrauch des Weges ihn seinerseits in der Ausübung des ja auch ihm zustehenden Dienstbarkeitsrechtes beeinträchtigte.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1937 im Sinne der Erwägungen bestätigt.

**73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Dezember 1938**  
i. S. Gertsch gegen Minoretti.

**Pfandrecht.** Verhältnis des Faustpfandgläubigers zum Schuldner des Faustpfandtitels; ZGB Art. 891, 906:  
— der Faustpfandgläubiger eines Eigentümerpfandtitels des Schuldners kann nicht die Kündigung der Schuldbriefforderung gemäss Art. 906 Abs. 1 verlangen;  
— von Gesetzes wegen ist der Faustpfandgläubiger nicht befugt, die ihm verpfändete Grundpfandforderung gegenüber dem

Grundpfandschuldner direkt zu kündigen und in eigenem Namen einzuziehen; er kann hiezu aber durch den Faustpfandvertrag ermächtigt werden.

Mit Vertrag vom 30. Mai 1936 verkaufte Louis Gertsch sein Lebensmittelgeschäft in Zürich an Frau Maria Minoretti-Lorenzini zum Preise von Fr. 6000.—, über dessen Tilgung folgendes festgelegt wurde: der Verkäufer erhalte « als Zahlung » einen auf der Liegenschaft Kanonengasse 15 lastenden Schuldbrief von Fr. 5000.— und Fr. 1000.— in Form von Wechseln; am Schuldbrief seien ab Oktober 1936 jeden Monat Fr. 100.— abzubezahlen; bei Verzug der Zahlungen sei der Verkäufer berechtigt, den Schuldbrief auf drei Monate zur Zahlung des ganzen Betrages zu kündigen, und unter bestimmten Bedingungen werde der ganze Schuldbriefbetrag zur Zahlung fällig; nach Abzahlung des schuldigen Betrages sei der Schuldbrief an die Käuferin zurückzugeben.

Schuldner des erwähnten, auf den Inhaber lautenden Schuldbriefes und Eigentümer der Pfandliegenschaft ist der Ehemann der Käuferin, Giovanni Minoretti. Er hatte den Titel seiner Frau zur Ermöglichung des Kaufgeschäftes zur Verfügung gestellt. Der Schuldbrief enthält ein tägliches, sechsmonatliches Kündigungsrecht des Gläubigers.

Am 30. September 1936 schrieb Gertsch der Käuferin Frau Minoretti, er kündige den Inhaberschuldbrief wegen Zahlungsverzuges auf drei Monate. Im September 1937 leitete er für den dem Kaufpreisrest entsprechenden Betrag gegen Minoretti gestützt auf den Schuldbrief die Grundpfandbetreibung ein, in welcher er provisorische Rechtsöffnung erwirkte. Gegen diese richtet sich die vorliegende Aberkennungsklage.

Sie ist von beiden kantonalen Instanzen, vom Obergericht mit Urteil vom 5. Juli 1938, gutgeheissen worden. Das Obergericht nimmt als Ausgangspunkt die Behauptung beider Parteien, der Schuldbrief habe einen Eigentümerpfandtitel des Klägers dargestellt und sei von der Ehefrau

des Klägers zur Sicherung ihrer Kaufpreisschuld dem Beklagten lediglich zu Faustpfand übergeben worden. Hieraus folgert es, der Beklagte sei nicht Gläubiger des Klägers geworden und demgemäss nicht zur Grundpfandbetreibung legitimiert.

Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, den Antrag auf Abweisung der Aberkennungsklage wiederholende Berufung des Beklagten.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Mit der von beiden Parteien und ihnen folgend auch von der Vorinstanz zum Ausgangspunkt gewählten Annahme eines Faustpfandrechtes des Beklagten an dem auf den Kläger lautenden Inhaberschuldbrief zwecks Sicherung seiner Kaufpreisforderung gegen die Ehefrau des Klägers ist das Rechtsverhältnis der Parteien zutreffend beurteilt. Ob hiebei als Verpfänder des Titels die Ehefrau des Klägers betrachtet wird, wie letzterer es in seiner Berufungsantwort tut in der Meinung, dass seine Frau aus Schenkung oder einem andern Rechtsgrund Gläubigerin des Titels geworden sei, oder ob mit der Vorinstanz angenommen wird, der Kläger habe lediglich durch Vermittlung seiner Ehefrau den als Eigentümerpfandtitel ihm selbst gehörenden Schuldbrief für die Schuld seiner Frau zu Pfand gegeben, ist ohne Einfluss auf die aus diesem Faustpfandverhältnis zu entscheidenden Fragen.

Im einen wie im andern Falle steht dem Faustpfandgläubiger kein aus dem Pfandtitel fliessendes Gläubigerrecht gegen den Schuldner des Titels, vorliegend somit keine Grundpfandforderung gegen den Aberkennungskläger zu. Sein Recht beschränkt sich von Gesetzes wegen darauf, sich aus dem Erlös des Pfandes bezahlt zu machen (ZGB Art. 891). Sowenig wie er vom Pfandschuldner ohne Einwilligung des Verpfänders Zahlungen einziehen darf (ZGB Art. 906 Abs. 2), sowenig ist er auch zu irgend einem andern eigenmächtigen Vorgehen gegen den Pfandschuldner befugt. Zu einer Kündigung der Forderung aus

dem Pfandtitel gegenüber dem Schuldner ist er selbst dann nicht ermächtigt, wenn die sorgfältige Verwaltung des Titels diese als geboten erscheinen lässt. Art. 906 Abs. 1 gibt ihm nur das Recht, vom Verpfänder zu verlangen, dass dieser die Kündigung vornehme, und ihn nötigenfalls durch den Richter hiezu zu zwingen. Diese Kündigungsmöglichkeit entfällt, wenn kein vom Schuldner verschiedener Verpfänder vorhanden, sondern ein Eigentümerpfandtitel des Schuldners zu Pfand gegeben worden ist. In diesem Falle dem Faustpfandgläubiger gleich einem Grundpfandgläubiger das Recht zur Kündigung und Einziehung der im Pfandtitel verkörperten und umschriebenen Forderung einzuräumen, ist nicht angängig; denn gerade dadurch, dass er sich den dem Schuldner gehörenden Titel nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zu Faustpfand hat übertragen lassen, bekundet er, dass er nicht Grundpfandgläubiger werden und seine Beziehungen zum Schuldner nicht durch den Inhalt des Grundpfandtitels, sondern durch den ursprünglichen Schuldvertrag und den Faustpfandvertrag geregelt wissen will.

Die gesetzliche Umschreibung der Stellung des Faustpfandgläubigers ist indessen nicht zwingenden Rechtes. Mit Ausnahme der Verfallklausel, die Art. 894 ZGB als unzulässig erklärt, kann der Faustpfandvertrag die Rechte des Faustpfandgläubigers ausdehnen und insbesondere festlegen, auf welche Art der Erlös des Pfandes zu gewinnen ist, aus dem er sich bezahlt machen darf. Wie er nach ständiger Praxis berechtigt erklärt werden kann, den Pfandtitel ohne Beschreitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens selbst zu verwerten, kann ihm auch die gemäss Art. 906 Abs. 2 sonst fehlende Befugnis eingeräumt werden, die im Pfandtitel verkörperte Forderung bei ihrer Fälligkeit, wenn auch nicht aus eigenem Recht, so doch in eigenem Namen geltend zu machen und die Fälligkeit durch direkte Kündigung an den Schuldner herbeizuführen. Eine Abmachung dieses Inhaltes bietet, weil sie zur Realisierung des vollen Pfandwertes führt, für den Verpfänder

weniger Gefahren als der Auftrag an den Pfandgläubiger zur freihändigen Verwertung der Pfandsache; der Verfallklausel ist sie nicht gleichzustellen, da sie die Verpflichtung des Pfandgläubigers in sich schliesst, den Überschuss über die Befriedigung seiner Forderung hinaus dem Verpfänder auszuliefern.

Ein solcher Auftrag an den Faustpfandgläubiger zur direkten Geltendmachung der verpfändeten Forderung liegt im vorliegenden Falle in der Vertragsbestimmung, durch welche der Beklagte als berechtigt erklärt wird, bei Verzug der Käuferin mit ihren Kaufpreistraten den Schuldbrief zur Zahlung des ganzen Betrages auf drei Monate zu kündigen. Die Ermächtigung der Käuferin zur Festlegung dieser Vertragsbestimmung folgt aus ihrer Verfügungsmacht über den zu Pfand gegebenen Titel; der Kläger, der den Titel nach eigener Erklärung gerade zum Zwecke dieser Verpfändung zur Verfügung gestellt hat, bestreitet dies denn auch nicht. Ob er vom Inhalt des Verpfändungsvertrages Kenntnis hatte und es billigte, dass die im Schuldbrief auf sechs Monate bemessene Kündigungsfrist auf drei Monate verkürzt werde, steht nicht fest. Sollte es nicht zutreffen, so wäre deswegen die Vereinbarung nicht als ungültig zu betrachten, sondern als eine auf die zulässige Frist gerichtete Abmachung umzudeuten. Das gleiche gilt für die vom Beklagten auf Grund der Vereinbarung vollzogene, zu kurz befristete Kündigung; die Frist von sechs Monaten, auf die sie wirkte, war im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung verstrichen.

Das Kündigungsschreiben hat der Beklagte freilich an seine Kaufvertragsgegnerin, die Ehefrau des Klägers, und nicht an diesen selbst gerichtet. Durch sein Verhalten vor dem Rechtsöffnungsrichter, wo er nur die Missachtung der Kündigungsfrist rügte, und durch seine Stellungnahme zu den Zahlungsbegehren des Beklagten zeigte der Kläger aber, dass auch er die Kündigung zur Kenntnis genommen und sie als eine gegen ihn als Grundpfandschuldner persönlich gerichtete betrachtet hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 5. Juli 1938 aufgehoben und die Aberkennungsklage abgewiesen.

## V. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

74. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. November 1938 i. S. « Zürich », Allgemeine Unfall- und Haftpflichtversicherungs A.-G. gegen SUVAL.

Strassensignalisation: Rechtslage bei Anbringung einer Signaltafel für Hauptstrasse mit Vortrittsrecht an einer Strasse, die nicht als Hauptstrasse vorgesehen ist (Erw. 2).

Versorgerschaden, Art. 45 OR; Anrechnung des Ertrags ererbten Vermögens (Erw. 4).

Subrogation der SUVAL, Art. 100 KUVG; der Subrogation unterliegen nur die identischen Schadensposten, und diese nur, soweit sie versichert sind (Erw. 5 a).

Zeitpunkt der Subrogation: diese tritt ein mit der verbindlichen Anerkennung der Leistungspflicht durch die SUVAL (Erw. 5 b).

*Aus dem Tatbestand :*

Der Radfahrer Mock stiess auf der Kreuzung der Überlandstrasse St. Gallen-Winterthur mit der Strasse Oberwinterthur-Seen mit dem Auto der Frau Weiss zusammen und wurde getötet. Die SUVAL, bei der er obligatorisch versichert war und die seiner Witwe eine Rente ausrichtet, nahm auf Grund von Art. 100 KUVG Regress auf die Haftpflichtversicherung des Autohalters. Diese bestritt jede Ersatzpflicht, weil den Radfahrer das alleinige Verschulden am Unfall treffe.

Das Obergericht Zürich nahm an, dass den Radfahrer und die Autofahrerin ein gleichwertiges Verschulden treffe, ermässigte daher die Ersatzpflicht des Halters um 50 % und gewährte der SUVAL Regress für 50 % des Versorgerschadens der Witwe Mock.

Das Bundesgericht hat auf Berufung der Versicherungsgesellschaft hin entschieden, dass das Verschulden am Unfall zu 2/3 den Radfahrer und nur zu 1/3 die Autofahrerin treffe, und sodann den Regress in einer von der Vorinstanz abweichenden Weise geregelt.

*Aus den Erwägungen :*

2. — Nach der Ansicht der Beklagten liegt das alleinige Verschulden deshalb beim Verunfallten, weil er das Vortrittsrecht des auf der Hauptstrasse fahrenden Autos nicht respektiert habe.

Die Vorinstanz hat ein Verschulden des Mock unter diesem Gesichtspunkt verneint; sie stellt in tatsächlicher Hinsicht fest, dass damals sowohl die Strasse St. Gallen-Winterthur, wie die vom Radfahrer benützte Strasse Oberwinterthur-Tösstal auf dem an der Kreuzungsstelle befindlichen Wegweiser mit der zur Bezeichnung von Hauptstrassen mit Vortrittsrecht dienenden blauen, weissbeschrifteten Tafel angeschrieben waren, und dass keine der beiden Strassen ein das Vortrittsrecht aufhebendes Signal aufwies. Daraus zieht die Vorinstanz den Schluss, dass sowohl die Automobilistin wie der Radfahrer sich für vortrittsberechtigt halten durften. Dass die Strasse Oberwinterthur-Tösstal in dem vom Bundesrat herausgegebenen Verzeichnis der Strassen mit Vortrittsrecht vom 26. März 1934 nicht enthalten ist, und dass die blaue Wegweisertafel lediglich zufolge eines Versehens angebracht worden war, ist nach der Ansicht der Vorinstanz unerheblich, da die an Ort und Stelle angebrachte Kennzeichnung einer Strasse massgebend sei; denn dem Strassenbenützer könne nicht zugemutet werden, das Strassenverzeichnis auswendig zu lernen, er müsse sich vielmehr auf die Strassensig-