

wirkung gesprochen werden kann, wenn die besondere Art der Bewirtschaftung eines Grundstückes nicht wegen ihrer unmittelbaren Einwirkung auf die Sinne der Nachbarn, sondern nur wegen der Gedankenassoziation, die diese daran knüpfen, als unangenehm und lästig empfunden wird. Wenn auch, von diesem Gesichtspunkte aus, die Anstalt der Beklagten für die Bewohner des klägerischen Hauses unangenehm, lästig und sogar nachteilig wirken kann, so handelt es sich nicht um Einwirkungen, die als übermässig zu bezeichnen wären. Da die angefochtene Anlage mit möglichster Schonung der Nachbarn betrieben und ihre unangenehmen Einwirkungen auf ein unbedeutendes, also erträgliches Mass herabgesetzt werden sollen, so ist nicht anzunehmen, dass ihre blosse Nähe, in der Vorstellung der Nachbarn, aus objektiven Gründen, derartige Zustände der Depression und des Unbehagens hervorrufen werde, dass deshalb die Untersagung der Baute auf Grund des Art. 684 sich rechtfertigen liesse.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons-Baselstadt vom 11. Juli 1916 bestätigt.

70. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1916
i. S. **Neue Zürcher Kreditgenossenschaft, Klägerin,**
gegen **Wey, Beklagten.**

Schuldbriefrecht. Zulässigkeit der Einrede, dass in Wirklichkeit nicht die auf dem Titel als Schuldner bezeichnete, sondern eine andere Person Schuldner sei.

A. — Der Beklagte war Eigentümer eines in Obfelden gelegenen Grundstückes, auf welchem im III. Rang ein am 12. September 1913 errichteter, auf den Inhaber lautender Schuldbrief von 2000 Fr. haftete. Am 21. No-

vember 1914 verkaufte er diese Liegenschaft einem gewissen Oberhänsli. Im Kaufprotokoll des Notariats Affoltern wurde der erste Schuldbrief als der Zürcher Kantonalbank, der zweite als dem Verkäufer und der dritte als dem Käufer gehörend bezeichnet. Auf Rechnung des Kaufpreises von 26,000 Fr. wurde dem Käufer, nebst den beiden vorgehenden Schuldbriefen, auch der dritte « zur Verzinsung und Abzahlung überbunden ».

Am 23. November desselben Jahres diskontierte die Klägerin zwei von einem gewissen Reutimann auf Oberhänsli gezogenen Wechsel und erhielt dafür als Sicherheit — wie sie behauptet, von Reutimann und Oberhänsli — jenen Inhaberschuldbrief von 2000 Fr. zu Pfand.

Am 10. Februar 1915 forderte die Klägerin den Beklagten zur Zahlung des am 14. Dezember 1914 verfallenen Jahreszinses auf. Der Beklagte bestritt seine Schuldpflicht, weil die Schuld von Oberhänsli übernommen worden sei und es sich übrigens um einen Eigentümercoupone gehandelt habe, den er, der Beklagte, bis zum Verkauf seiner Liegenschaft stets selber in Händen gehabt und den er dem Oberhänsli nur als Eigentümercoupone übergeben habe.

Am 22. Februar 1915 erklärte die Klägerin, den Beklagten im Sinne des Art. 832 Abs. 2 ZGB bei seiner Schuldpflicht zu « behaften »; zugleich kündigte sie den Schuldbrief auf den 24. August 1915 zur Rückzahlung.

Am 27. März 1915 erhob sie sodann die vorliegende Klage mit dem Rechtsbegehren :

« Hat der Beklagte anzuerkennen, dass er gegenüber » der Klägerin noch Schuldner ist für den Schuldbrief » per 2000 Fr. dat. den 12. November 1913 haftend auf » einer Liegenschaft in Obfelden und dass der Beklagte » der Klägerin das Kapital mit dem Jahreszins per 1. Dezember 1914 und den laufenden Zins seither auf den » Kündigungstermin abzubezahlen hat ? »

Während der Pendenz des Prozesses vor den kantonalen Instanzen hat die Klägerin den streitigen Schuld-

brief, den sie bis dahin bloss als Faustpfandgläubigerin besessen hatte, zu Eigentum erworben.

B. — Durch Urteil vom 1. März 1916 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage mit wesentlich folgender Begründung abgewiesen :

Auf die vorliegende Feststellungsklage sei nach § 92 ZPO hinsichtlich der Kapitalforderung, dagegen nicht auch hinsichtlich des bereits auf dem Betreibungswege geltend gemachten, verfallenen Jahreszinses einzutreten. In materieller Beziehung sei zunächst zu untersuchen, ob es sich zur Zeit der Verpfändung um einen Eigentüsertitel oder aber um einen begebenen Schuldbrief gehandelt habe. Der Beklagte habe dafür Beweis anboten, dass er den Schuldbrief bei Veräusserung des Unterpfandes an Oberhänsli noch besessen und dem Käufer übergeben habe. Es brauche aber dieser Beweis nicht abgenommen zu werden, weil sich schon aus den vorliegenden Akten die Tatsache ergebe, dass Oberhänsli als Eigentümer des Unterpfandes den Schuldbrief der Klägerin zu Faustpfand gegeben habe. Die Eigentumsübertragung bezüglich des Unterpfandes, von dem Beklagten an Oberhänsli, habe nach der unbestritten gebliebenen Behauptung des Beklagten am 21. November 1914, also bevor der Schuldbrief am 25. November 1914 der Klägerin verpfändet wurde, stattgefunden. Wenn auch damals Oberhänsli Gläubiger des Schuldbriefes gewesen und ihm dieser nicht vom Beklagten als nicht begebener Titel übergeben worden sein sollte, so sei mit dem Erwerb des Unterpfandes die Schuld durch Konfusion untergegangen und der Schuldbrief dadurch zum Eigentüsertitel geworden. Dass er in der Folge von Oberhänsli der Klägerin zu Faustpfand gegeben worden sei, dafür spreche schon die aus den erstinstanzlichen Akten zu ersehende Tatsache, dass die Klägerin von der Konkursmasse Oberhänsli die Bewilligung einholte, den Titel zur freihändigen Versteigerung bringen zu dürfen. Die von der Verwaltung des Konkurses Oberhänsli beigezogene Konkurseingabe zeige,

dass « nach eigener Angabe der Klägerin der Schuldbrief von Reutimann und Oberhänsli als Faustpfand übergeben wurde ». Aus diesen tatsächlichen Feststellungen sei zu folgern, dass die Klägerin « aus Art. 832 ZGB keinerlei Rechte gegen den Beklagten herleiten » könne. Sei der Schuldbrief vor der Veräusserung des Unterpfandes noch im Besitze des Beklagten gewesen, so habe eine Haftung des letztern, welche hätte unverändert bleiben können, überhaupt nicht bestanden. Habe dagegen der Schuldbrief vor der Veräusserung des Grundstücks dem Oberhänsli gehört, so falle der Untergang der Schuld durch Verrechnung oder Konfusion unter die in Art. 832 erwähnten « andern Verabredungen ». Die Möglichkeit, den Beklagten binnen Jahresfrist als Schuldner beizubehalten, habe daher nicht bestanden, wie denn auch unbestrittenmassen eine Überbundsanzeige nicht ergangen sei, noch habe ergehen können. — Auf Art. 847 OR, sowie Art. 865, 866 und 872 ZGB, könne sich die Klägerin nicht berufen, usw.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung mit dem Antrag auf Guttheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — Die von der Vorinstanz in der Hauptsache bejahte Frage, ob eine Feststellungsklage, wie die vorliegende, zulässig sei, war eine Frage des kantonalen Prozessrechts und kann daher vom Bundesgericht nicht überprüft werden. Auf die Klage ist somit in demselben Masse einzutreten, wie es von Seiten der Vorinstanz geschehen ist, d. h. insoweit, als es sich um die Schuldpflicht hinsichtlich des Kapitals und des « laufenden Zinses » handelt, dagegen nicht in Bezug auf den am 1. Dezember 1914 verfallenen, von der Klägerin bereits in Betreibung gesetzten Jahreszins.

2. — Materiell fällt in Betracht, dass die Klägerin im Besitze eines vom Beklagten als Schuldner unterzeichne-

ten, formrichtig ausgestellten Inhaberschuldbriefes ist, wogegen der Beklagte behauptet, dass es sich dabei um einen Eigentübertitel handle, den er, der Beklagte, anlässlich des Verkaufs der belasteten Liegenschaft seinem Käufer Oberhänslı als Eigentübertitel übergeben habe; eine « Begebung » des Titels zum Zwecke der Begründung einer Schuld des Beklagten habe somit damals nicht stattgefunden, und der Beklagte sei daher überhaupt nie Schuldner geworden. Eventuell sei der Beklagte dadurch von seiner Schuldpflicht befreit worden, dass der zur « Übernahme der Schuld » verpflichtete Käufer Oberhänslı selber Gläubiger des Schuldbriefes geworden sei.

Bei dieser Sachlage ist vor Allem die Frage zu entscheiden, ob dem gutgläubigen Erwerber eines Schuldbriefes überhaupt die Einrede entgegengehalten werden könne, dass die auf dem Titel und im Grundbuch als Schuldner bezeichnete Person, die den Titel gemäss Art. 57 Abs. 3 der Grundbuchverordnung auch als Schuldner unterschrieben hat, in Wirklichkeit nicht Schuldner sei.

Einer Bejahung dieser Frage scheinen *a priori* die Art. 865, 866, 872 und 874 Abs. 3 ZGB, wonach die Schuldbriefforderung für den gutgläubigen Erwerber so zu Recht besteht, wie sie aus dem Grundbuch und dem Titel ersichtlich ist, entgegenzustehen; desgleichen, soweit es sich um Inhaberschuldbriefe handelt, auch Art. 847 OR. Der nominelle Schuldner könnte also die Einrede, dass er entgegen dem Inhalt der Urkunde und des Grundbucheintrags aus der Schuld entlassen, oder dass er überhaupt nie Schuldner geworden sei, gegenüber dem gutgläubigen Titelinhaber ebensowenig erheben, wie die in Art. 874 Abs. 3 ZGB ausdrücklich als unzulässig erklärte Einrede, dass eine weder aus dem Titel, noch aus dem Grundbuch ersichtliche « Abzahlung, Schuldverleicherung oder Pfandentlassung » stattgefunden habe.

Nun bestimmt aber Art. 846 ZGB, dass « für die Folgen der Veräusserung des Grundstücks » auch bei Schuldbrief

und Gült « die Bestimmungen über die Grundpfandverschreibung gelten ». Dadurch ist insbesondere Art. 832, wonach im Falle der Übernahme der Schuldpflicht durch den neuen Eigentümer der Liegenschaft und in Ermangelung einer ausdrücklichen Behaftung von Seiten des Gläubigers innerhalb Jahresfrist der bisherige Schuldner von seiner Schuld befreit wird, auf den Schuldbrief anwendbar erklärt worden.

Es ist nicht zu verkennen, dass zwischen den angeführten Art. 865, 866 und 874 ZGB einerseits, sowie Art. 846 und 832 ZGB andererseits wenigstens äusserlich ein Widerspruch besteht; denn die in Art. 832 vorgesehene Befreiung des bisherigen Schuldners durch Zeitablauf und Unterlassung der Behaftung seitens des Gläubigers ist der Natur der Sache nach aus dem Titel nicht ersichtlich. Wird die Entstehungsgeschichte des Gesetzes berücksichtigt, so erklärt sich dieser äusserliche Widerspruch daraus, dass ursprünglich (in Art. 877 des Vorentwurfs von 1896, wie in Art. 820 desjenigen von 1900) die Befreiung des Veräusserers durch Zeitablauf und Nichtbehaftung auch bei der Grundpfandverschreibung nicht vorgesehen war, während andererseits schon in jenen Entwürfen die dem heutigen Art. 846 entsprechende Bestimmung (damals Art. 885, bezw. 828), dass beim Schuldbrief für die Folgen der Grundstückveräusserung « die Bestimmungen über die Grundpfandverschreibung gelten » sollten, enthalten war. Ein Widerspruch zwischen diesem Hinweis auf die für die Grundpfandverschreibung geltende Regelung einerseits und dem Schutze des gutgläubigen Schuldbrıeferwerbers andererseits bestand somit damals nicht. Erst als infolge der Beratungen der Expertenkommission (Protokoll III S. 224 ff.) für die Grundpfandverschreibung die heutige Regelung eingeführt, beim Schuldbrief aber der Hinweis auf « die Bestimmungen über die Grundpfandverschreibung » unverändert gelassen wurde, nahm dieser Hinweis eine Bedeutung an, die mit der Wertpapiernatur des Schuldbriefes und dem Grund-

sätze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in Konflikt geraten konnte. Gerade die Verhandlungen der Expertenkommission lassen nun aber erkennen, dass es nicht etwa auf einem Versehen beruhte, wenn der auf die « Bestimmungen über die Grundpfandverschreibung » hinweisende Artikel unverändert gelassen wurde, nachdem jene « Bestimmungen über die Grundpfandverschreibung » selber abgeändert worden waren, sondern dass man im Gegenteil durch das Mittel ihrer Abänderung zugleich auch für den Schuldbrief eine andere Regelung treffen wollte; denn einerseits wurde schon bei der Behandlung des damaligen Art. 820 (der sich zunächst nur auf die Grundpfandverschreibung bezog) darauf aufmerksam gemacht, dass er « mit Art. 828 (Schuldbrief) und Art. 833 bis 834 (Gült) in Verbindung » stehe (Protokoll S. 223), und andererseits wurde umgekehrt bei Art. 828 ausdrücklich auf « die Verhandlungen zu Art. 820 » verwiesen. Ein Einbruch in den für den Schuldbrief sonst geltenden Grundsatz, dass das Schuldverhältnis aus dem Titel, wie auch aus dem Grundbuch ersichtlich sein müsse, war somit tatsächlich beabsichtigt, und es wurde bloss unterlassen, bei der endgültigen Redaktion der heutigen Art. 865, 866, 872 und 874 Abs. 3 einen auf den Fall der Grundstückveräußerung bezüglichen Vorbehalt aufzunehmen.

Allein auch abgesehen von der Entstehungsgeschichte des vorliegenden Gesetzestextes muss der durch Art. 846 in Verbindung mit Art. 832 ZGB vorgenommene Einbruch in den Grundsatz, dass das Schuldverhältnis aus dem Titel und aus dem Grundbuch ersichtlich sein solle, als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend anerkannt werden. Mit dem « Schuldbrief » wollte für das ganze Gebiet der Schweiz ein dem bisherigen ostschweizerischen Schuldbrief nachgebildeter Pfandtitel eingeführt werden, der sich vor allem durch seine Verkehrsfähigkeit auszeichnen sollte, weshalb denn auch die Entwürfe von 1896 und 1900 (in Art. 883, bzw. 826) ausdrücklich erklärt

hatten, durch den Schuldbrief werde eine « für den Verkehr bestimmte persönliche Forderung sichergestellt ». Diesem Zwecke der Schaffung eines verkehrsfähigen Papiers oder, wie man sich auch ausdrückte, der « Mobilisierung des Grundstückwertes » entsprechen einerseits die Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Titelerwerbers, andererseits aber nicht minder auch diejenigen über den Übergang der persönlichen Schuld auf den Erwerber des belasteten Grundstücks; denn, wiewohl die Bestimmungen der letztern Art vor Allem den Veräusserer der Liegenschaft schützen, also den Grundstückverkehr erleichtern, so lehrt doch die Erfahrung, dass es auch im Interesse der Verwertbarkeit der Pfandtitel liegt, Personal- und Realhaft womöglich nicht auseinanderfallen zu lassen. In den ostschweizerischen Kantonen hat nun die Rechtsentwicklung dazu geführt, den Übergang der persönlichen Schuld auf den neuen Grundstückseigentümer dermassen zu erleichtern (vgl. z. B. § 361 zürch. PGB), dass im Schuldbriefverkehr auf die Person des Schuldners überhaupt kein entscheidendes Gewicht mehr gelegt zu werden pflegte; der Gläubiger verliess sich darauf und konnte sich darauf verlassen, dass eine Forderung in dem Umfange, wie sie aus dem Schuldbrief ersichtlich war, bestehe und, was für ihn die Hauptsache war, nach der von ihm selber oder von staatlichen Organen vorgenommenen Schätzung des Grundstücks durch dessen Verkehrswert gedeckt sei, pflegte aber, wenn er von einer Veräußerung der Liegenschaft Kenntnis erhielt, auf eine Behaftung des bisherigen Eigentümers meist zu verzichten und verlor infolgedessen das Recht, später auf ihn zurückzugreifen.

Dieser Rechtsentwicklung folgend, hat auch das ZGB die Entlassung des Grundstückveräusserers aus seiner Schuldpflicht in einer Weise erleichtert, die zur Folge hat, dass der « Schuldbrief », ähnlich wie die Gült, obwohl nicht ganz in demselben Masse, mehr ein Institut des Realkredits als des Personalkredits darstellt.

Wer einen Schuldbrief erwirbt, kann sich trotz Art. 865, 866, 872 und 874 Abs. 3 nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass die darin verkündete Forderung gegenüber dem im Titel bezeichneten oder im Grundbuch eingetragenen Schuldner bestehe, sondern Grundbuch und Titel bieten ihm bloss eine Gewähr dafür, dass die Schuld in dem aus ihnen ersichtlichen Umfang entweder gegenüber dem gegenwärtigen oder aber gegenüber einem frühern Eigentümer des belasteten Grundstücks besteht. Demgemäss sieht denn auch Art. 874 Abs. 1 zwar wohl die Eintragung einer « Abzahlung, Schuld-erleichterung oder Pfandentlassung », dagegen nicht auch die Eintragung des Schuldnerwechsels im Grundbuch vor, und aus demselben Grunde ist nach den vom Bundesrat vorgeschriebenen Formularen anlässlich der Ausstellung des Schuldbriefs der Name des Schuldners unter der Rubrik « Schuldner zur Zeit der Errichtung » anzubringen. Ein Konflikt zwischen Art. 846 und 832 ZGB einerseits und Art. 865, 866, 872 und 874 Abs. 3 andererseits liegt also in Wirklichkeit nicht einmal vor; denn die Person des jeweiligen Schuldners ist schon nach dem Wortlaute des Schuldbriefes aus diesem ebensowenig ersichtlich, wie aus dem bezüglichen Grundbucheintrag.

Dazu kommt, dass der bisherige Schuldner oft gar nicht in der Lage wäre, eine Eintragung des Schuldnerwechsels auf den Titel selbst oder im Grundbuch zu bewirken; denn er hat kein Mittel, feststellen zu lassen, in wessen Besitz sich der Schuldbrief nach Ablauf der Jahresfrist des Art. 832 Abs. 2 befindet. Weder ist nämlich der neue Schuldner zur Nennung des augenblicklichen Gläubigers, sofern er diesen überhaupt selber kennt, verpflichtet, noch besteht für denjenigen, der zur Zeit der Grundstückveräusserung Gläubiger war, eine Verpflichtung, dem frühern Schuldner die Person zu nennen, der er den Titel abgetreten hat, noch ist diese letztere Person, wenn sie den Titel ihrerseits weiterveräussert hat, zur Nennung ihres Zessionars verpflichtet, noch gibt endlich das in

Art. 66 Abs. 2 und 108 der Grundbuchverordnung vorgesehene Gläubigerregister, dessen Benutzung für den Gläubiger ja nicht obligatorisch ist, darüber sichern Aufschluss. Kennt aber der frühere Schuldner den nunmehrigen Gläubiger nicht, so ist er nicht nur ausser Stande, die Vormerkung des Schuldnerwechsels auf dem Titel selbst anbringen zu lassen, sondern er vermag auch einen bezüglichen Grundbucheintrag, der doch zum mindesten das Einverständnis des Gläubigers oder ein gegen diesen erlassenes gerichtliches Urteil voraussetzen würde, nicht zu erwirken.

3. — Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zunächst, dass der frühere Schuldner eines Schuldbriefes jedem Erwerber des Titels die Einrede entgegenhalten kann, dass er infolge Nichtbehauptung innerhalb der Frist des Art. 832 von seiner Schuldhafung befreit worden sei. Ebenso und *a fortiori* muss er ihm dann aber auch die Einrede entgegenhalten können, dass er durch ausdrückliche Schuldentlassung befreit worden sei. Nur eine Unterart dieser letztern Einrede ist es nun aber, wenn der frühere Schuldner, wie es im vorliegenden Fall der Beklagte tut, sich darauf beruft, dass der Gläubiger selber, d. h. diejenige Person, die zur Zeit der Grundstückveräusserung Gläubiger war, sich ihm gegenüber zur Übernahme der Schuld verpflichtet habe, oder wenn — wie dies ebenfalls von Seiten des Beklagten geschehen ist — behauptet wird, diejenige Person, die sich zur Übernahme der Schuld verpflichtet habe, sei in der Folge selber Gläubiger geworden. Alle diese Einreden, mit denen er seine Entlassung aus der Schuldhaf geltend macht, kann derjenige, der auf dem Titel als Schuldner bezeichnet ist, nach dem Gesagten erheben. Alsdann aber muss ihm auch die Einrede gestattet werden, dass er überhaupt nie Schuldner geworden sei. Es wäre unbegreiflich, wenn derjenige, der einmal Schuldner war, dann aber ausdrücklich oder stillschweigend entlassen wurde, gegenüber demjenigen, der überhaupt nie Schuld-

ner war, bessergestellt sein sollte. Ist einmal die Wertpapiernatur des Schuldbriefs soweit eingeschränkt worden, dass der Gläubiger sich hinsichtlich der Frage, wer Schuldner sei, nicht unbedingt auf den Titel verlassen kann, so muss die vom scheinbaren Schuldner erhobene Einrede, dass er nicht der wirkliche Schuldner sei, u. a. auch damit begründet werden können, dass er es überhaupt nie gewesen sei.

In diesem Sinne ist auf die im vorliegenden Falle vom Beklagten erhobenen Einreden einzutreten.

4. — Nach dem Wortlaute des vom Notariat Affoltern am 21. November 1914 verkündeten Kaufvertrages hätte sich der Schuldbrief von 2000 Fr., um den es sich im gegenwärtigen Prozesse handelt, vor der Grundstücksveräußerung im Eigentum des Käufers Oberhänsli befunden. In der von Oberhänsli erklärten Übernahme der Verpflichtung, den Schuldbrief zu «verzinsen» und «abzuzahlen», müsste also eine Entlassung des Beklagten aus seiner Schuldverpflichtung erblickt werden, und es wäre dann die Frage zu entscheiden, ob infolge der später stattgefundenen Übergabe des Schuldbriefs an einen gutgläubigen Dritten die Schuld des Beklagten, der auf dem Titel als Schuldner genannt war, wiederauflebte, oder ob infolge dieser Begebung Oberhänsli Schuldner wurde. Nun hat aber der Beklagte selber ausgeführt, dass entgegen dem Wortlaute des Kaufvertrages der Schuldbrief sich nicht in Händen des Käufers Oberhänsli befunden, sondern dass es sich um einen, vom Beklagten überhaupt noch nie begebenen Eigentümercoupone gehandelt habe, den er als solchen dem Käufer übergeben habe, und der nur deshalb als dem Oberhänsli gehörig bezeichnet worden sei, um die Kosten einer Löschung und einer allfälligen Neuerrichtung zu ersparen. Eine Abweisung der Klage aus dem Grunde, weil Oberhänsli damals durch Übernahme der Schuld aus dem ihm selber als Gläubiger zustehende Titel den Beklagten als Schuldner entlassen habe, kann somit nicht in Betracht kommen, und es

braucht daher zu jener grundsätzlichen Frage, welches in einem solchen Falle die Wirkungen der Wiederinverkehrsetzung des Titels seien, hier nicht Stellung genommen zu werden. Andererseits ist auch nicht festgestellt, übrigens vom Beklagten selber vor den kantonalen Instanzen nicht behauptet worden, dass Oberhänsli später einmal Alleininhaber des Schuldbriefes gewesen sei (sodass die Frage untersucht werden müsste, ob der Umstand, dass Oberhänsli, der sich zur Befreiung des Beklagten von seiner Schuld verpflichtet hatte, später selber Gläubiger wurde, eine endgültige Entlassung des Beklagten aus seiner Schuldverpflichtung bewirkt habe). Die Vorinstanz erklärt allerdings (auf S. 5 ihres Urteils), es ergebe sich aus den Akten, «dass Oberhänsli ... den Schuldbrief der Klägerin zu Faustpfand gegeben hat». Allein diese Feststellung — die aktenwidrig wäre, wenn damit wirklich gesagt werden wollte, dass im Momente der Verpfändung Oberhänsli Alleininhaber des Titels gewesen sei, — wird von der Vorinstanz selber (auf S. 6) dahin präzisiert, dass «nach eigener Angabe der Klägerin der Schuldbrief von Reutimann und Oberhänsli als Faustpfand übergeben wurde». Ist aber, wie sich hieraus ergibt, nicht festgestellt, dass Oberhänsli nach dem Erwerb der belasteten Liegenschaft einmal Alleininhaber des Schuldbriefes geworden sei, so entfällt damit die tatsächliche Unterlage für die Annahme einer spätern Entlassung des Beklagten aus seiner Schuldpflicht, und es fragt sich nur noch, ob seine Behauptung, dass er überhaupt nie Schuldner geworden sei, der Wirklichkeit entspreche. Die Entscheidung des Prozesses hängt somit davon ab, ob der Beklagte beweisen könne, dass im Momente des Kaufabschlusses und entgegen dem Wortlaute des Kaufvertrages er selber, der Beklagte, Inhaber des Schuldbriefes war und diesen dem Käufer als Eigentümercoupone übergab. Kann er nämlich diesen Beweis erbringen, so folgt daraus in der Tat, dass der Beklagte überhaupt nie Schuldner geworden ist; denn aus

einem Inhaberpapier entsteht eine Forderung erst im Momente der Begebung; die Übergabe eines Eigentümerschuldbriefs an den neuen Eigentümer der Liegenschaft erscheint aber deshalb nicht als Begebung, weil in einem solchen Falle die Absicht der Begründung eines Schuldverhältnisses fehlt. Ob die Übergabe des Titels etwas vor oder etwas nach dem Übergang des Grundeigentums stattfindet, — auf die Minute oder Sekunde genau wird sie kaum je mit ihm zusammenfallen — macht dabei keinen Unterschied; es kommt vielmehr darauf an, ob sie im Hinblick auf den Übergang des Grundeigentums, im Sinne der Übergabe eines Eigentüsertitels, oder aber im Gegenteil zum Zwecke der Begründung der Titelschuld erfolgt. Im erstern Falle wird sie auch dadurch nicht zur Begebung, dass sie vielleicht einige Stunden oder sogar Tage vor der Fertigung des Liegenschaftskaufs stattfindet.

Kann also der Beklagte durch ein nach dem kantonalen Prozessrecht zulässiges Beweismittel, insbesondere z. B. (wozu er sich anboten hat) durch eine Zeugenaussage des Notars, — die Beweiskraft der bei den Akten liegenden bezüglichen schriftlichen Erklärung ist bestritten worden — den rechtsgenügenden Beweis erbringen, dass er selbst, der Beklagte, sich im Besitze des Schuldbriefes befand, bis er ihn anlässlich des Verkaufs der Liegenschaft, kurz vor oder nach der Fertigung, als Eigentümerhypothek dem Käufer Oberhänsli übergab, so muss die Klage abgewiesen werden. Sollte dagegen dem Beklagten dieser Beweis nicht gelingen, so wäre sie gutzuheissen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. März 1916 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an den kantonalen Richter zurückgewiesen wird.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

71. Arrêt de la II^e section civile du 21 septembre 1916 dans la cause François Grangier, défendeur et recourant, contre David Reymond, demandeur et intimé.

Les dispositions du Code des obligations sur la Gestion d'affaires (CO anc. Titre XVIII et CO rev. Titre XIV) concernent uniquement les rapports de droit existants entre le gérant et le maître, mais non les droits du tiers contractant avec ce dernier.

A. — Le défendeur et recourant, François Grangier à Montbovon, est propriétaire d'un petit domaine qu'il exploite avec l'aide de ceux de ses enfants qui vivent avec lui. Il avait été privé en 1878 de l'exercice de ses droits civils et son interdiction a duré jusqu'en 1914, sans cependant que, pendant les dernières années, il lui ait été désigné de tuteur, et ce furent ses fils qui ont dès ce moment traité avec les tiers les affaires de leur père en signant tantôt en leur nom personnel, et tantôt en employant la dénomination de « frères Grangier »; quant au bétail dépendant du domaine, il était inscrit dans les registres de l'inspecteur sous le nom du recourant. Le 29 mai 1911, les cinq fils du défendeur, Gaspard, Paul, Xavier, Hippolyte et Théodore Grangier ont, sous le nom de frères Grangier, reconnu solidairement devoir au demandeur et intimé David Reymond, à Château-d'Ex, une somme de 3200 fr., dont 1900 fr. pour argent prêté et 1300 fr. comme prix d'achat de deux vaches; ils se sont engagés à rembourser cette somme en livrant au demandeur le produit de leur fabrication de fromages pendant l'été 1911, mais lui ont en réalité versé seulement des acomptes se mon-