fait opposition à la poursuite qui lui a été intentée en 1922 et qui a abouti à un acte de défaut de biens. Cette argumentation n'est pas décisive. Elle ne vaudrait en réalité que dans l'hypothèse où la somme réclamée ne dépasserait pas le montant de l'acte de défaut de biens, car alors pourrait-on admettre que la demanderesse n'a aucun intérêt à obtenir une condamnation au paiement d'une somme pour laquelle elle possède déjà un titre exécutoire. Mais comme, d'autre part, l'allégation d'après laquelle le montant de l'acte de défaut de biens serait inférieur à la somme actuellement réclamée a été formulée pour la première fois devant le Tribunal fédéral et qu'au surplus le dossier ne fournit aucune preuve à ce sujet, il convient, sur ce point également, de confirmer la décision des premiers juges.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.

27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. April 1925

i. S. Schlienger gegen Hasler.

Der Vorausverzicht auf die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes ist gültig und kann nur wegen Willensmängeln angefochten werden. Art. 682, 681 ZGB.

Passivlegitimation der Klage auf Eigentumsübertragung? (Erw. 1); Verzicht ist formlos möglich (Erw. 2); Vorausverzicht; Stillschweigen auf Aufforderung zur Erklärung über Vorkaufsrecht (Erw. 3); Vorausverzicht auch ohne nähere Kenntnis der Kaufbedingungen möglich (Erw. 4); Willensmängel (Erw. 5).

A. — Der Kläger Schlienger, der neben Johann Hasler Miteigentümer des Hausplatzes und Gartens mit Wohnhausanteil Nr. 4 A, sowie des Scheuneanteils Nr. 3 A in Hellikon war, verzichtete am 30. April 1924 auf die

Ausübung seines gesetzlichen Vorkaufsrechtes gegenüber dem Beklagten Edwin Hasler, der den Anteil Johann Haslers an den beiden Grundstücken kaufen wollte. Der Kauf zwischen Johann Hasler und dem Beklagten wurde am 21. Mai 1924 öffentlich beurkundet und ins Grundbuch eingetragen. Der Grundbuchführer von Rheinfelden zeigte ihn dem Kläger gleichen Tages an, unter Hinweis auf sein gesetzliches Vorkaufsrecht und die gesetzliche Erklärungsfrist. Der Kläger hielt in der Folge seinen Verzicht vom 30. April 1924 für rechtsunwirksam und erklärte dem Grundbuchbeamten innert der gesetzlichen Frist, sein Vorkaufsrecht ausüben zu wollen. Da sich der Beklagte weigerte, ihm die Anteile an den beiden Grundstücken zuzufertigen, erhob er gegen ihn Klage mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihm den Anteil an den beiden Grundstücken zum gleichen Preise, zu dem er ihn gekauft habe, zu übertragen, und das Grundbuchamt sei zu ermächtigen, den Eigentumsübergang im Grundbuch einzutragen.

B. — Mit Urteil vom 16. Januar 1925 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Er beantragt, die Klage sei gutzuheissen, eventuell sei die Sache zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Ob der Kläger sein Begehren um Übertragung der veräusserten Eigentumsanteile an ihn mit Recht gegen deren Erwerber erhoben hat, oder ob er seinen Anspruch aus dem Vorkaufsrecht nicht vielmehr (wie THEO GUHL in seiner Arbeit « Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung », Festgabe an das Bundesgericht, S. 125 ff., namentlich S. 142 f., verlangt), gegen den vorkaufsverpflichteten Verkäufer hätte richten sollen, unter gleichzeitiger Verbindung mit einer Berichtigungs-

klage gegen den Käufer der vorkaufbelasteten Liegenschaftsanteile, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, da die Klage ohnehin abzuweisen ist.

2. — Im Streite liegt nicht etwa die Aufhebung des gesetzlichen Miteigentümer-Vorkaufsrechtes in seinem Bestande, die als Änderung des gesetzlichen Miteigentumsinhaltes, wenn sie überhaupt als zulässig betrachtet werden kann, der öffentlichen Beurkundung bedürfte. Streitig ist einzig der Verzicht auf die einmalige Ausübung des Vorkaufsrechtes in einem bestimmten Verkaufsfalle. Dieses Recht ist dem Miteigentümer nicht aus Rücksicht auf die Allgemeinheit eingeräumt worden, sondern lediglich im Hinblick auf ihn selbst, um ihm unter der Voraussetzung des Verkaufes seitens des andern Miteigentümers zu ermöglichen, das alleinige Eigentum durch Erwerb der Anteile seiner Miteigentümer an sich zu ziehen, hauptsächlich um einen neuen Miteigentümer fernzuhalten. Daher kann auf die Ausübung dieses Rechtes wie auf jedes andere Privatrecht verzichtet werden, und da das Gesetz für den Verzicht darauf eine besondere Form nicht vorschreibt, ist der Verzicht auch formlos gültig. Die Einwendung, die der Kläger angesichts des Umstandes, dass er den Verzicht nicht vor einer Urkundsperson erklärt hat und diese Erklärung nicht öffentlich beurkundet ist, gegen die Form seines Verzichtes erhebt, ist daher unbegründet.

3. — Der Kläger macht weiter geltend, auf die Ausübung eines solchen bedingten Rechtes könne erst nach Eintritt der Bedingung, also erst nach Abschluss des Kaufes zwischen dem vorkaufbelasteten Miteigentümer und dem Dritten verzichtet werden. Zu einer solchen Beschränkung gibt aber weder der Wortlaut des Gesetzes, noch Wesen und Zweck des Vorkaufsrechtes irgend welchen Anhalt. Die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechtes beginnt allerdings erst mit dem Eintritt der Bedingung zu laufen, d. h. mit dem Abschluss des Kaufes, der Anlass zur Ausübung des

Vorkaufsrechtes gibt. So gut aber über zukünftige, noch nicht ausübbarere Rechte z. B. durch Abtretung oder Verpfändung verfügt werden kann, ebensogut kann durch Verzicht auf deren künftige Ausübung darüber verfügt werden. Das Gesetz erwähnt mehrfach solche zum Voraus erklärte Verzichte als zulässig (Art. 126, 287 OR); wo jedoch ein Vorausverzicht nicht erlaubt ist, wird es im Gesetz ausdrücklich bestimmt (Art. 34, 100, 141, 505 Abs. 2, 541 Abs. 2, 684 OR). Die rechtspolitischen Erwägungen, welche das Gesetz in einzelnen Fällen zum gesetzlichen Verbote eines solchen Verzichtes führten, fehlen aber beim Verzicht auf die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes des Miteigentümers. Es wäre im Gegenteil zwecklos und sinnwidrig und würde zu unnötigen Kosten zwingen, wenn verlangt werden wollte, dass der Kauf, auf Grund dessen das Vorkaufsrecht wirksam wird, abgeschlossen werden muss, bevor auf das Vorkaufsrecht gültig verzichtet werden kann. Wenn der Vorkaufsberechtigte mit der Person des neuen Miteigentümers einverstanden ist und ohne Rücksicht auf die Kaufbedingungen ohnehin nicht selbst kaufen will, so ist nicht einzusehen, wieso er eine Verzichtserklärung nicht schon vor Abschluss des Kaufes sollte abgeben können, um damit den Verkauf an den Dritten zu ermöglichen. Natürlich ist der Vorkaufsberechtigte, solange der Kauf mit dem Dritten nicht öffentlich beurkundet, also noch nicht gültig ist, nicht verpflichtet, sich darüber auszusprechen, ob er von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen will oder nicht. Sein Stillschweigen auf die Aufforderung, sich zu äussern, ist ohne jeden Rechtsnachteil für ihn. Will er die Ausübung seines Rechtes vom Inhalt des Kaufvertrages abhängig machen, sich also für oder gegen den Eintritt in den Kauf mit dem Dritten je nach dessen Bedingungen entscheiden, so hat er dies in der Hand, indem er sich zum Voraus gar nicht äussert, sondern erst die amtliche Mitteilung des Kaufabschlusses

oder eine sonstige genaue Kenntnissgabe der Kaufbedingungen (EBG 44 II 385 f.) abwartet. Erklärt er aber zum Voraus, sein Recht nicht ausüben zu wollen so gibt er damit zu erkennen, dass es ihm auf die einzelnen Bedingungen nicht ankommt, und dass er ohnehin nicht eintreten will.

4. — So verhält es sich im vorliegenden Falle. Der Kläger war froh, seinen bisherigen Miteigentümer, mit dem er nach seiner eigenen Darstellung seit langem Streit hatte, gegen einen andern zu vertauschen. Hätte er aber nicht zum Voraus auf sein Vorkaufsrecht verzichtet, so wäre, ebenfalls nach seiner eigenen Darstellung, der Verkauf mit dem Beklagten nicht zu stande gekommen und ihm auf diese Weise sein alter Miteigentümer geblieben. Aus dieser Sachlage erklärt sich sein zum Voraus erklärter Verzicht. Dass man, wie der Kläger geltend macht, nur auf Rechte verzichten könne, deren Inhalt man in allen Einzelheiten genau kenne, trifft nicht zu. So ist der Verzicht auf Schadenersatz aus gewissen zukünftigen Handlungen, auf Mängelformen undsoweiter, also auf Ansprüche, deren genauer Umfang und Inhalt nicht bekannt sind, allgemein zugelassen. Es ist daher unerheblich, ob und inwieweit der Kläger die nähern Kaufbedingungen des Beklagten gekannt habe, und eine Beweisergänzung hierüber erscheint nicht geboten. Uebrigens hat der Kläger nach der Feststellung der Vorinstanz die wesentlichen Bedingungen jenes Kaufes gekannt; diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich; der Kläger ficht sie zwar als aktenwidrig an, ohne jedoch anzugeben, mit welchen Aktenstücken sie im Widerspruch stehen soll (Art. 67 Abs. 2 OG); auch könnte von Aktenwidrigkeit nicht die Rede sein, da es sich dabei um eine reine Beweiswürdigung handelt, bei der der Tatsachenrichter frei ist.

5. — Auch die weitere Einwendung des Klägers, seine Verzichtserklärung sei nicht deutlich genug gewesen,

kann nicht gehört werden. Es ist richtig, dass seine schriftliche Erklärung, die er vor dem den Kaufabschluss vermittelnden Gemeinbeschreiber von Hellikon am 30. April 1924 verfasst hat, nur dahin geht, er erkläre « vom Hauskauf Nr. 3/4 keinen Gebrauch zu machen ». Unter den Beteiligten bestand jedoch kein Zweifel darüber, dass damit das dem Kläger genau bekannte Miteigentum, an dem ihm das gesetzliche Vorkaufsrecht zustand, gemeint war. Es könnte sich somit höchstens noch fragen, ob der Kläger seinen Verzicht, wie er in der Berufung geltend macht, wegen Willensmängeln anzufechten im Stande wäre. Im Streitverfahren hat er sich jedoch nicht ausdrücklich hierauf berufen. Wollte man indessen seinen Hinweis auf den Beweggrund seines Verzichtes als Anfechtung wegen Irrtum oder Betrug ansehen, so könnte diese Anfechtung gleichwohl nicht gutgeheissen werden. Ein Irrtum im Beweggrund ist nach Art. 24 Abs. 2 OR nicht wesentlich und vermag nach Art. 28 OR die Unverbindlichkeit eines Vertrages nur dann zu begründen, wenn er durch absichtliche Täuschung des Irrenden von Seiten seines Vertragsgegners hervorgerufen worden ist. Dass er absichtlich getäuscht worden sei, behauptet aber der Kläger selbst nicht. Er macht nicht einmal geltend, es sei unwahr gewesen, dass Johann Hasler nicht habe verkaufen wollen, wenn der Kläger nicht zum Voraus auf sein Vorkaufsrecht verzichtet hätte; er behauptet auch nicht, dass der Beklagte oder Johann Hasler ihm diese Stellungnahme vorgespiegelt hätten, um ihn zum Verzicht zu bewegen, sondern er beruft sich lediglich auf eine Äusserung des Gemeinbeschreibers von Hellikon, der ihm erklärt haben soll, es habe keinen Sinn, dass er das Vorkaufsrecht geltend mache, denn wenn er nicht darauf verzichte, komme der Kauf überhaupt nicht zu stande. Von einer Täuschung des Klägers und damit von einer Anfechtbarkeit des Verzichtes aus Willensmängeln kann daher nicht die Rede sein.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 16. Januar 1925 bestätigt.

28. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. April 1925**i. S. Schweizerische Bodenkreditanstalt gegen Müller.**

Verpfändung eines Eigentümerschuldbriefes zur Sicherung eines Darlehens. Betreibung auf Faustpfandverwertung, Versteigerung des Schuldbriefes nebst drei verfallenen Jahreszinsen. Klage des Ersteigerers auf Bezahlung dieser Zinsen. Einwendung des Beklagten, er habe die Darlehenszinsen für die betreffenden Zinsperioden bezahlt. Auslegung des Faustpfandvertrages. Wirkung der Nichterhebung des Rechtsvorschlages in der Faustpfandverwertungs betreibung.

A. — Die Klägerin war Gläubigerin des vom Beklagten am 3. April/1. Mai 1905 auf seine Liegenschaft in Romanshorn gelegten alljährlich am 1. Mai zu 5 % verzinslichen Schuldbriefes Nr. 8612 von 30,000 Fr., welcher durch § 127 des thurgauischen EG zum ZGB dem Schuldbrief des neuen Rechts gleichgestellt worden ist. Am 10. November 1918 « trat » die Klägerin den Schuldbrief durch Vermerk auf demselben an den Beklagten, der immer noch Eigentümer der belasteten Liegenschaft war, « zu Eigentum ab », und am gleichen Tag stellte der Beklagte der Klägerin eine Faustpfandverschreibung aus, welcher folgende Bestimmungen zu entnehmen sind :

« Der Unterzeichnete... übergibt der Schweizerischen Bodenkredit-Anstalt die unten verzeichneten Wertchriften, nebst den ausstehenden Erträgen (Zinsen, Dividenden etc.) und tritt ihr dieselben im Sinne von Art. 884 u. ff. und 899 u. ff. des Schweiz. Zivilgesetzbuches zu Faustpfand ab.

Das Pfandrecht dient zur speziellen Sicherstellung aller und jeder Verbindlichkeiten, welche derselbe direkte oder indirekte gegenüber der Schweizerischen Bodenkredit-Anstalt bereits eingegangen hat oder noch eingehen wird...

Die Bank ist nicht verpflichtet, den Pfandgegenstand ganz oder teilweise aushinzugeben, bevor sie für ihr gesamtes Guthaben nebst Zinsen, Provisionen und Kosten befriedigt ist...

Terminierte Darlehen sind zu dem Zinsfuss, welcher von der Schweizerischen Bodenkredit-Anstalt für die betreffende Kategorie von Faustpfanddarlehen jeweilen fixiert wird, zu verzinsen...

Verzeichnis der Pfänder :

30,000 Fr. Eigentümer-Schuldbrief Nr. 8612 I. Rg. Schuldprot. R. horn, dd. 3. April 1905, nebst Zinsansprüchen gemäss Art. 818 ZGB. »

Eine solche Umwandlung des bisherigen Rechtsverhältnisses in ein durch Eigentümerschuldbrief faustpfandversichertes Darlehen hatte die Klägerin von ihren thurgauischen Schuldbriefschuldnern allgemein durch Zirkular unter Kündigungsandrohung verlangt und damit gerechtfertigt, dass sie sich mit dem vom thurgauischen Wuchergesetz auf maximal 5 % beschränkten Schuldbriefzins nicht mehr begnügen könne. Der Beklagte musste das Darlehen jeweils am 1. Mai und 1. November mit 7% p. a. verzinsen.

Als der Beklagte nach Bezahlung sämtlicher bisher vorgefallener Zinsen mit dem am 1. November 1922 fällig gewordenen Halbjahreszins im Betrage von 1050 Fr. in Rückstand kam, hob die Klägerin hiefür am 15. Dezember 1922 Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes an, welches im Zahlungsbefehl wie folgt bezeichnet wurde : « Schuldbrief für 30,000 Fr. dat. 3. April 1905 nebst drei verfallenen Jahreszinsen und dem laufenden Zins. » Der Beklagte schlug nicht Recht vor. An der Faustpfandversteigerung vom 7. März 1924