

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

5. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. April 1940

i. S. Kellenberger gegen Lienhard u. Kons.

- I. Übergang der Rechte von *Pfändungsgläubigern* an die *Konkurrenzmasse*? Ist eine Pfändung infolge Ergebnislosigkeit des Verwertungsverfahrens dahingefallen, so kann sie keine Wirkungen mehr äussern. Erw. 2.
- II. Art. 903 ZGB gilt, unter Ausschluss von 886, auch für die *Nachverpfändung* von *Inhaberpapieren*. Erw. 3 u. 4.
- I. Les droits des *créanciers saisissants* passent-ils à la *masse en faillite*? Lorsqu'une saisie est tombée parce que la procédure de réalisation est restée sans résultats, elle ne peut plus avoir aucun effet. Consid. 2.
- II. L'art. 903 CC vaut aussi, à l'exclusion de l'art. 866 CC, en cas d'*engagement subséquent* d'un *titre au porteur* déjà grevé d'un droit de gage.
- I. I diritti dei *creditori partecipanti al pignoramento* passano alla *massa fallimentare*? Un pignoramento, diventato caduco pel fatto che la procedura di realizzazione è stata infruttuosa, non può più avere nessun effetto. Consid. 2.
- II. L'art. 903 CC torna applicabile, ad esclusione dell'art. 866 CC, anche per la costituzione in *pegno posteriore* di un *titolo al portatore*.

A. — Jakob Baumann in Opfikon hatte einen auf seiner Liegenschaft errichteten Inhaberschuldbrief von Fr. 17,000.— der Zürcher Kantonalbank für einen Baukredit von Fr. 3,903.— verpfändet. Durch schriftliche Erklärung vom 6. April 1935 räumte er dem J. Kellenberger für ein Darlehen von Fr. 3,500.— ein Nachpfandrecht an dem Schuldbrief ein. Am 15. August 1935 sodann bestätigte er durch eine gleiche schriftliche Erklärung seinem Stiefsohn E. Freissler, dass er ihm für eine Forderung von Fr. 8,500.— den Titel verpfände, im Nachgang zu den Pfandrechten der Kantonalbank und Kellenbergers. Freissler gab hievon den beiden vorgehenden Pfandgläubigern am 1. Mai 1936 schriftlich Kenntnis. Kellen-

berger machte der Kantonalbank von der zu seinen Gunsten erfolgten Pfandbestellung am 9. Mai 1936 schriftliche Mitteilung.

In einer Reihe von Betreibungen gegen Baumann wurde dessen Liegenschaft am 6. Januar 1936 für Forderungen des Klägers H. Lienhard im Betrage von Fr. 1,461.20 und am 28. April 1936 für Forderungen des Klägers E. Girsberger im Betrage von Fr. 1,363.05 gepfändet. Kellenberger und Freissler machten ihre Nachpfandrechte an dem auf der Liegenschaft lastenden Schuldbrief geltend. Lienhard und Girsberger bestritten die Pfandrechte, worauf Kellenberger und Freissler Widerspruchsklagen erhoben. Kellenberger zog seine Klage nachträglich zurück, die Klage Freisslers wurde in zwei Betreibungen geschützt, in drei Betreibungen abgewiesen. Das Verwertungsverfahren über die Liegenschaft verlief mangels genügenden Angebotes ergebnislos. Darauf erwirkten Lienhard und Girsberger Nachpfändung des Schuldbriefes, die jedoch auf Beschwerde des Schuldners aufgehoben wurde (Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes vom 17. März 1939, BGE 65 III 33). Am 25. April und 3. Mai 1939 erfolgte nach Darstellung von Lienhard und Girsberger eine neue Nachpfändung des Schuldbriefes zu ihren Gunsten.

B. — Am 12. Mai 1939 brach über Baumann der Konkurs aus. In dem am 27. Juni 1939 aufgelegten Kollokationsplan wurden die Forderungen Kellenbergers im Betrage von Fr. 4,235.— (Fr. 3,500.— Kapital plus Zins vom 8. April 1935 bis 8. April 1939), zuzüglich 5½% Zins seit 8. April 1939, und die Forderungen Freisslers im Betrage von Fr. 9,433.80 (Fr. 8,500.— Kapital plus Zins vom 4. April 1937 bis 15. Juni 1939), zuzüglich 5% Zins seit 15. Juni 1939, als durch den Inhaberschuldbrief von Fr. 17,000.— pfandversichert kolloziert, die Forderungen Kellenbergers mit Nachpfandrecht an erster, die Forderungen Freisslers mit Nachpfandrecht an zweiter Stelle nach dem Pfandrecht der Zürcher Kantonalbank.

C. — Diese Kollozierung ist von drei Gläubigern V. Klasse, H. Lienhard, E. Girsberger und F. Seitz, rechtzeitig angefochten worden. Sie verlangen mit getrennten Klagen, einerseits gegen Kellenberger, anderseits gegen Freissler, dass die Forderungen der Beklagten als nicht pfandversichert in V. Klasse zu kollozieren seien.

Beide Klagen sind von den kantonalen Instanzen gutgeheissen worden, vom Einzelrichter des Bezirkes Bülach durch Urteile vom 4. August 1939, vom Obergericht des Kantons Zürich durch Urteile vom 16. November 1939.

D. — Die Beklagten haben gegen die beiden Urteile des Obergerichtes die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Kläger haben Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Berufungsstreitwert).

2. — Die Kläger berufen sich darauf, dass Kellenberger bei der Pfändung der Liegenschaft für Lienhard und Girsberger in einzelnen Betreibungen durch Nichterhebung, in andern durch nachträglichen Rückzug der Widerspruchsklage auf seine Pfandansprache am Schuldbrief verzichtet habe und dass die Widerspruchsklage Freisslers in drei Betreibungen rechtskräftig abgewiesen worden sei. Diese Verzichte und abweisenden Urteile seien für die ganzen betreffenden Betreibungen und damit auch für die Nachpfändung des Schuldbriefes rechtswirksam gewesen. Somit habe im Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu Gunsten der Pfändungsgläubiger Lienhard und Girsberger ein Vorrecht bestanden, in der Weise, dass ihnen aus der Verwertung der Liegenschaft oder des Schuldbriefes der Betrag zuzuweisen gewesen wäre, den die Beklagten kraft ihrer Pfandrechte zu beanspruchen gehabt hätten. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung trete aber die Konkursmasse in die Rechte der Pfändungsgläubiger ein. Die Rechte von Lienhard und Girsberger

seien deshalb auf die Konkursmasse übergegangen, sodass die Beklagten ihre Pfandrechtsansprüche gegen die Masse ebensowenig geltend machen können, wie sie dieselben gegen die genannten Pfändungsgläubiger geltend zu machen vermöchten.

Über die Nachpfändung des Schuldbriefes vom 25. April/3. Mai 1939 finden sich in den Akten keine Ausweise. Es wird indessen von den Beklagten nicht bestritten, dass diese zweite Nachpfändung, unmittelbar vor der Konkurseröffnung, tatsächlich stattgefunden hat, nachdem die erste, vom Herbst 1938, auf Beschwerde hin aufgehoben worden war. Unrichtig ist hingegen die Auffassung der Kläger, dass die Erledigung der Pfandansprachen, welche die Beklagten bei der Pfändung der Liegenschaft im Jahre 1936 am Schuldbrief geltend machten, für die Nachpfändung des Titels im Jahre 1939 Recht geschaffen habe. Das kann schon deswegen nicht zutreffen, weil die Pfändung der Liegenschaft mit der ergebnislosen zweiten Steigerung dahingefallen ist und daher bei der Nachpfändung des Schuldbriefes keine Wirkungen mehr äussern konnte.

Aus dem nämlichen Grunde erübrigt es sich, den Grundsatz der Praxis, wonach die Rechte der Pfändungsgläubiger auf die Konkursmasse übergehen (BGE 61 III 56), zu überprüfen. Da im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein den Pfandrechten der Beklagten vorgehendes Pfändungsbeschlagsrecht am Schuldbrief nicht bestanden hat — die Nachpfändung erfolgte erst im April/Mai 1939, also lange nach der Bestellung der Pfandrechte —, so konnten solche Rechte von Pfandgläubigern auch nicht auf die Masse übergehen.

Die betreibungsrechtlichen Einwendungen, welche die Kläger gegen die Kollokation erheben, sind somit unzutreffend.

3. — Zum gleichen Ergebnis sind auch die Vorinstanzen gekommen, doch haben sie die Klage dann aus materiellen Gründen gutgeheissen. Das Obergericht geht davon

aus, dass Art. 903 ZGB, der die Nachverpfändung von Forderungen regle, auf Inhaberpapiere keine Anwendung finde. Zwar scheine der Wortlaut zunächst für das Gegenteil zu sprechen, aber damit würde sich nicht die sachlich richtige Lösung ergeben. Der Rechtsverkehr behandle Inhaberpapiere durchwegs als körperliche Sachen, und es sei kein Grund erkennbar, warum das bei der Nachverpfändung anders sein sollte. Kraft der allgemeinen Verweisung von Art. 899 Abs. 2 gelte daher für die Nachverpfändung von Inhaberpapieren die Vorschrift von Art. 886 ZGB mit dem sachenrechtlichen Besitz- und Publizitätsprinzip, demzufolge nach Befriedigung des ersten Pfandgläubigers der nachgehende den unmittelbaren Besitz an der Sache erhalte. Für die Bestellung eines (ersten) Pfandrechts am Inhaberpapier sei das Faustpfandprinzip in Art. 901 zudem ausdrücklich anerkannt. Ferner könne für die Auffassung, dass Art. 903 auf Inhaberpapiere nicht anwendbar sei, auf die Entstehungsgeschichte verwiesen werden; man habe vom genannten Prinzip nur gewöhnliche Forderungen ausnehmen wollen. Gelte aber für Inhaberpapiere Art. 886 ZGB, so seien gültige Pfandrechtsbestellungen zu Gunsten der Beklagten nicht zustande gekommen. Der Schuldner Baumann habe weder die Kantonalbank bei der Nachverpfändung des Titels an Kellenberger noch Kellenberger bei der Nachverpfändung an Freissler schriftlich benachrichtigt, die Anzeige sei vielmehr im ersten Falle von Kellenberger, im zweiten von Freissler ausgegangen. Sodann fehle in beiden Fällen die schriftliche Anweisung des Schuldners an den vorgehenden Pfandgläubiger, nach seiner Befriedigung das Pfand an den nachgehenden herauszugeben.

Dieser Betrachtungsweise kann sich das Bundesgericht nicht anschließen.

Art. 903 ZGB bestimmt für die gültige Begründung eines nachgehenden « Forderungspfandrechts », dass der Gläubiger der Forderung oder der nachgehende Pfandgläubiger den vorgehenden Pfandgläubiger von der Nach-

verpfändung schriftlich zu benachrichtigen hat. Nach dem allgemeinen rechtlichen Sprachgebrauch bezeichnet der Ausdruck Forderungspfandrecht das Pfandrecht an irgend einer Forderung; auch das Pfandrecht an einer Forderung, die in einem Wertpapier und speziell in einem Inhaberpapier verkörpert ist, stellt ein Forderungspfandrecht dar. Ob der Ausdruck tatsächlich in diesem allgemeinen Sinne verwendet ist, steht damit freilich noch nicht fest; das muss aus dem Zusammenhang von Art. 903 mit den übrigen Vorschriften des Gesetzes ermittelt werden.

Art. 903 steht im Abschnitt über « Das Pfandrecht an Forderungen und andern Rechten ». Dass in dieser Überschrift unter Forderungen alle Kategorien von Forderungen verstanden sind, ergibt sich aus den im Abschnitt enthaltenen Bestimmungen, welche sowohl das Pfandrecht an gewöhnlichen Forderungen (Art. 900) wie an Inhaber- und andern Wertpapierforderungen (Art. 901) betreffen. Die Art. 900-903 sind sodann unter dem gemeinsamen Rand-Obertitel « B. Errichtung » (sc. des Pfandrechts) zusammengefasst und durch fortlaufende Nummerierung ihrer einzelnen, speziellen Randtitel einander gleichgeordnet; dabei lautet der Randtitel von Art. 903 ganz allgemein « Nachverpfändung ». Der Wortlaut der Bestimmung bringt also zusammen mit ihrer Stellung im Gesetze und dem Randtitel klar zum Ausdruck, dass sich Art. 903 auf alle Forderungen, sowohl auf gewöhnliche wie auf Wertpapier-, und des nähern auch auf Inhaberpapierforderungen, bezieht. In Übereinstimmung damit spricht der französische Text und Randtitel des Art. 903 von « créance » schlechthin, während der Randtitel zu Art. 900 « Créances ordinaires » lautet. Für die Anwendung der Vorschriften über das Faustpfand, die nach Art. 899 gelten, « soweit es nicht anders geordnet ist », bleibt daher hier kein Raum. Die Verpfändung von Forderungen jeder Art ist in den Art. 900 und 901, ihre Nachverpfändung in Art. 903 erschöpfend

und abschliessend geregelt. Daraufhin deutet auch der besondere Inhalt des Art. 901 Abs. 1, der die Verpfändung von Inhaberpapieren zwar nach dem Faustpfandprinzip, aber doch ausdrücklich behandelt. Das lässt erkennen, dass für die Inhaberpapiere nicht einfach der Gesetzesabschnitt über das Faustpfand vorbehalten bleiben sollte.

Die Vorinstanz gibt denn auch selber zu, dass die hier vertretene Auffassung sich zunächst aufdränge. Wenn sie trotzdem auf Art. 886 ZGB zurückgreift, so geschieht das im Bestreben, die sachlich richtige Lösung zu finden. In der Tat ist nicht zu bestreiten, dass die konsequente Befolgung der Gesetzessystematik, welche das Inhaberpapier im allgemeinen wie eine körperliche Sache behandelt, für die Nachverpfändung die Anwendung des Art. 886 nahelegen würde. Die Erwägungen, welche die Vorinstanz darüber anstellt, wären daher für eine Gesetzesrevision der Beachtung wert. De lege lata jedoch sind sie unbehelflich. Was die Vorinstanz will, wäre nicht mehr Auslegung, sondern Korrektur des Gesetzes. Art. 903 stellt sich, wie eben ausgeführt wurde, nach Wortlaut und Zusammenhang als die erschöpfende Regelung der Nachverpfändung von Forderungen, einschliesslich der Nachverpfändung von Inhaberpapierforderungen, dar. Darauf muss sich der Rechtsverkehr verlassen können. Es darf ihm bei der an sich klaren und geschlossenen Ordnung der Art. 900-903 ZGB nicht zugemutet werden, im Gesetze und vielleicht sogar in den Gesetzesmaterialien Umschau zu halten, ob nicht doch etwas anderes gelte. So würden diese Bestimmungen geradezu irreführend wirken und eine stossende Rechtsunsicherheit schaffen. Die Kommentare bejahen demgemäss die Anwendbarkeit von Art. 903 auf Inhaberpapiere ohne nähere Begründung; sie wird als selbstverständlich betrachtet.

Man könnte sich übrigens fragen, ob bei der Nachverpfändung eines Inhaberpapiers die Anzeige an den vorgehenden Pfandgläubiger nach Art. 903 nicht eine Besitzeinweisung im Sinne von Art. 924 einschliesse (wobei

der nachgehende Pfandgläubiger dazu als durch den Pfandvertrag ermächtigt gelten dürfte). Auf jeden Fall ist aber das von der Vorinstanz verteidigte Besitz- und Publizitätsprinzip solange nicht gefährdet, als der Titel sich beim vorgehenden Pfandgläubiger befindet und damit der Verfügungsgewalt des Eigentümers entzogen bleibt; und dass der vorgehende Pfandgläubiger, der die Anzeige von der Nachverpfändung gemäss Art. 903 erhalten hat, nach seiner Befriedigung den Titel zum mindesten nicht etwa in gutem Glauben dem Eigentümer zurückgeben kann, liegt auf der Hand (vgl. hiezu LEEMANN, Nr. 2 zu Art. 903).

Schliesslich spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 903 keineswegs gegen seine Anwendung auf Inhaberpapiere, wie die Vorinstanz annimmt. Die von ihr zitierte Beratung im Nationalrat ist widerspruchsvoll und zeigt lediglich, dass man sich über die Tragweite der Vorschrift keine bestimmte Rechenschaft gab. Dagegen hatte schon in der Expertenkommission der Referent Huber ausdrücklich und grundsätzlich erklärt: « Man könnte allerdings das Inhaberpapier wie eine bewegliche Sache behandeln und ein Faustpfandrecht daran geben; es wird jedoch auch die Verpfändung von Inhaberpapieren unter der Verpfändung von Rechten behandelt. » (III. Protokoll S. 120/21.) Dass man hievon bei Aufnahme der heutigen Bestimmung des Art. 903, die im Vorentwurf noch nicht enthalten war, hätte abgehen wollen, ist nirgends ersichtlich.

4. — Gilt somit Art. 903 ZGB, so ist die Bestellung der von den Beklagten beanspruchten Nachpfandrechte gültig zustandegekommen. Kellenberger hat die Kantonalbank als vorgehende Pfandgläubigerin am 9. Mai 1936 schriftlich von der Nachverpfändung des Schuldbriefs benachrichtigt, und Freissler hat seinerseits Kellenberger über die zu seinen Gunsten erfolgte Bestellung eines zweiten Nachpfandrechtes am 1. Mai 1936 eine entsprechende schriftliche Mitteilung zugehen lassen.

Die Vorinstanz stellt sich freilich auf den Standpunkt, eine Anweisung an den vorgehenden Pfandgläubiger gemäss Art. 886 ZGB, den Titel nach seiner Befriedigung an den nachgehenden Pfandgläubiger herauszugeben, wäre selbst dann erforderlich, wenn im übrigen Art. 903 gelten sollte. Diese Auffassung ist indessen bereits durch die vorstehenden Ausführungen widerlegt. Da Art. 903 die Nachverpfändung von Inhaberpapieren erschöpfend regelt, kann Art. 886 weder direkt noch analog und weder ganz noch teilweise zur Anwendung kommen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. November 1939 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

III. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

6. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 17 janvier 1940 dans la cause S. A. Ideal Film contre Nobile.

Lorsqu'il y a doute sur la stipulation d'une *reprise cumulative de dette* ou d'un *cautionnement*, le juge optera pour le cautionnement. L'indication du minimum de la garantie est indifférente pour la validité du cautionnement ; c'est le maximum qui seul importe, art. 493 CO.

Ist zweifelhaft, ob eine *kumulative Schuldübernahme* oder eine *Bürgschaft* vorliege, so wird der Richter sich eher zu Gunsten der letzteren entscheiden.

Die Angabe des Minimums des Haftungsbetrages ist für die Gültigkeit der Bürgschaft bedeutungslos ; massgebend ist ausschliesslich das Maximum ; Art. 493 OR.

Allorchè è dubbio se ci si trovi di fronte ad un'*assunzione cumulativa di debito* oppure ad una *fideiussione*, il giudice si deciderà per quest'ultima.

L'indicazione del minimo della garanzia è irrilevante ai fini della validità della fideiussione ; importante è solo il massimo (art. 493 CO).

A. — En 1934 et 1935, la S. A. Ideal Film et la S. A. Art cinématographique, représentée par Nobile et Lansac,

ont passé quatre contrats de location de films destinés à l'Alhambra Théâtre, à Genève. Le prix de location était calculé en pour-cent de la recette brute des spectacles où les films loués étaient projetés sur l'écran, avec garantie d'un minimum.

Les quatre contrats renferment la clause suivante (avec des différences rédactionnelles sans importance) : « Sieur Nobile, cosignataire du présent contrat, se déclare personnellement responsable de la bonne exécution du présent contrat ainsi que des paiements qui en résultent ». Dans les deux contrats du 13 juillet 1934 et le contrat du 28 février 1935, Nobile a signé cet engagement, mais non dans le contrat du 26 janvier 1935.

La Société cinématographique étant tombée en faillite, la Société Ideal Film produisit dans la masse une créance de 30.543 fr. 65, et le 20 février 1936 poursuivit Nobile en paiement de la somme totale de 30.603 fr. 60. Le débiteur fit opposition à la poursuite n° 115.957. La créancière l'actionna alors le 30 juillet 1936 devant le Tribunal de première instance de Genève en paiement des sommes indiquées dans le commandement de payer.

Le défendeur a conclu au rejet de la demande, par le motif que son engagement de caution simple était nul en vertu de l'art. 493 CO, faute d'indication d'un chiffre déterminé jusqu'à concurrence duquel il pouvait être recherché.

Le Tribunal, par jugement du 30 novembre 1938 et la Cour de Justice civile du Canton de Genève, par arrêt du 10 novembre 1939, ont débouté la demanderesse de son action et l'ont condamnée aux dépens des deux instances. Ils ont admis qu'il ne s'agissait pas d'une reprise de dette cumulative, mais d'un cautionnement nul aux termes de l'art. 493 CO.

B. — La demanderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour cantonale. Elle reprend ses conclusions originales.

L'intimé a conclu au rejet du recours.