

Erst durch diese erhielt er — ihre Richtigkeit vorausgesetzt — Kenntnis von seiner Zeugungsunfähigkeit und damit die Grundlage zur Anfechtungsklage, die er nach weitem drei Tagen einreichte. Damit wird der Anforderung der Praxis Genüge getan, dass nach Wegfall des Entschuldigungsgrundes nach Art. 257 Abs. 3 ZGB die Klage mit aller nach den Umständen gebotenen Beschleunigung zu erheben ist (BGE 55 II 12). Die Klage ist daher noch als zulässig zu betrachten und materiell zu prüfen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

61. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1945 i. S. Aebischer gegen Schweizerische Bankgesellschaft.

Die Verpflichtung des Grundeigentümers zur Verpfändung eines erst noch zu errichtenden Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefs bedarf der öffentlichen Beurkundung (arg. Art. 799 Abs. 2 ZGB).

Le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble s'oblige à donner en gage une cédula hypothécaire qui doit encore être créée en son nom ou au porteur n'est valable que s'il est passé en la forme authentique (arg. art. 799 al. 2 CC).

Il contratto, col quale il proprietario d'un immobile si obbliga a dare in pegno una cartella ipotecaria, che dev'essere ancora creata a suo nome o al portatore, è valido soltanto se stipulato mediante atto pubblico (arg. art. 799 ep. 2 CC).

A. — Die Beklagte, Fräulein Louise Aebischer in Zürich, kaufte am 21. Juni 1943 das Grundstück Neuhoﬀ/Seeblick in Meggen für Fr. 60,000.—. Der Verkäufer, Kurt von Jahn, verpflichtete sich, die bestehenden Grundpfandrechte

(einen Schuldbrief von Fr. 6000.— und eine Grundpfandverschreibung von Fr. 27,500.—) auf den 1. Juli 1943 abzulösen und löschen zu lassen. An deren Stelle sollte eine neue Grundpfandverschreibung von Fr. 31,000.— auf Rechnung des Kaufpreises errichtet werden, « Maximalzins 5 %, Gläubiger nach Wahl des Verkäufers ». Die Restsumme des Kaufpreises wurde teilweise mit Gegenforderungen verrechnet, für den übrigen Teil sollte eine Grundpfandverschreibung, der erwähnten nachgehend, errichtet werden. Diese letztere Pfandbelastung ist nicht streitig. Dagegen kam es nicht zur Errichtung der an erster Stelle vorgesehenen Pfandverschreibung von Fr. 31,000.—.

B. — Am 15. Juli 1943 zahlte die « Creditanstalt in Luzern » (Rechtsvorgängerin der Klägerin) im Auftrage des Verkäufers Fr. 30,000.— an die Gläubigerin der Grundpfandverschreibung von Fr. 27,500.—. Sie liess sich diese abtreten und ausserdem den Schuldbrief von Fr. 6000.— aushändigen. Den Verkäufer behielt sie vorderhand als Schuldner bei. Am 25. August 1943 schloss sie mit der Beklagten einen Faustpfandvertrag in einfachschriftlicher Form ab. Darnach « verschreibt und übergibt » ihr die Beklagte « als Pfand ... zur speziellen Sicherstellung aller Ansprüche an Kapital, Zinsen, Provisionen und Kosten, welche die Creditanstalt in Luzern aus irgendwelchem Rechtsgrunde an Fräulein Louise Aebischer ... derzeit besitzt oder in Zukunft haben wird », den (bisherigen) Schuldbrief von Fr. 6000.— und zwei weitere (noch zu errichtende) Schuldbriefe von Fr. 14,000.— und Fr. 10,000.—.

C. — Am 28. Oktober 1943 erklärte sich die Creditanstalt in Luzern beim Grundbuchamt mit der Löschung der Grundpfandverschreibung von Fr. 27,500.— (aber nicht des Schuldbriefes von Fr. 6000.—) einverstanden unter der Bedingung, dass ihr ein Schuldbrief von Fr. 14,000.— mit einem Vorgang von Fr. 6000.— (eben dem bereits bestehenden Schuldbrief) und ein solcher von Fr. 10,000.— (mit einem Vorgang von Fr. 20,000.—) unbeschwert zugestellt

werde. Das Grundbuchamt nahm die Löschung vor, ohne dass die Bank die gewünschten neuen Schuldbriefe erhielt. Die Beklagte weigerte sich, diese auszustellen. Sie hatte gegen den Verkäufer des Grundstückes Klage erhoben, um den Kaufvertrag als nichtig, eventuell unverbindlich erklären zu lassen.

D. — Als Zessionarin der Ansprüche der « Creditanstalt in Luzern » reichte die Schweizerische Bankgesellschaft die vorliegende Klage ein mit den Begehren, die Beklagte habe die Schuldbriefe von Fr. 14,000.— und Fr. 10,000.— zu unterzeichnen; eventuell seien diese Schuldbriefe durch behördliche Massnahmen zu perfektionieren; ferner habe die Beklagte die betreffenden Titel der Klägerin als Faustpfand auszuhändigen oder das Grundbuchamt zu beauftragen, dies zu tun. Sie bezeichnete den gegenwärtigen Zustand als vertragswidrig und fügte bei, die Beklagte wäre durch die Löschung der alten Grundpfandverschreibung ohne Errichtung der neuen Grundpfandbelastung ungerechtfertigt bereichert.

E. — Die kantonalen Gerichte, das Obergericht des Standes Zürich mit Urteil vom 31. August 1945, hiessen die Klage dahin gut, dass die Beklagte die beiden Schuldbriefe zu unterzeichnen und der Klägerin als Faustpfand auszuhändigen habe.

Die Beklagte zieht dieses Urteil an das Bundesgericht weiter mit dem erneuten Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Ob eine durch die streitigen Schuldbriefe als Faustpfand sicherzustellende Schuld der Beklagten gegenüber der Klägerin bestehe, kann dahingestellt bleiben. Pfandbestellung ist auch für eine ungewisse zukünftige Schuld zulässig (vgl. BGE 69 II 286). Es mag auch auf sich beruhen, ob die Vorinstanzen mit Recht oder Unrecht dem Faustpfandvertrag vom 25. August 1943 eine Verpflichtung der Beklagten zur künftigen Verpfändung zweier damals noch nicht zur Entstehung gelangter Schuldbriefe entnehmen,

obschon jener Vertrag nur von einer gegenwärtigen Hingabe zu Pfand spricht. Selbst wenn der Vertrag gemäss der Ansicht der Vorinstanzen ausgelegt wird, ist deren Entscheidung nicht haltbar angesichts der Vorschrift von Art. 799 Abs. 2 ZGB, wonach Verträge auf Errichtung eines Grundpfandes der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Eine in einfach-schriftlicher Form eingegangene Verpflichtung zu solcher Pfanderrichtung ist demnach ungültig (Art. 11 Abs. 2 OR). Verpflichtet sich jemand, einen auf seinem Grundstück zu errichtenden Pfandtitel (Schuldbrief oder Gült, sei es auf den Eigentümer oder auf den Inhaber) zu verpfänden, so enthält diese Erklärung zwei Verpflichtungen: diejenige zur Errichtung des betreffenden Grundpfandrechtes und diejenige, den alsdann in seinem Besitze befindlichen Pfandtitel zu Faustpfand auszuhändigen. Die erste dieser Verpflichtungen aber kann eben nur in der Form der öffentlichen Beurkundung gültig eingegangen werden.

Nichts Abweichendes ergibt sich daraus, dass die Vorinstanzen den Faustpfandvertrag, soweit er sich auf die beiden neuen Schuldbriefe bezieht, als einen Vorvertrag auffassen (es sei « kein dinglicher Pfandvertrag, aber der Vorvertrag zu einem solchen »). Einmal ist diese Ansicht gar nicht zutreffend. Es handelt sich vielmehr um einen eigentlichen Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes in Form von Schuldbriefen und auf Bestellung eines Faustpfandes an denselben. Sodann unterstünde ein Vorvertrag gleichfalls der Formvorschrift von Art. 799 Abs. 2 ZGB (vgl. Art. 22 OR).

2. — An dieser Vorschrift darf auch nicht deshalb vorbeigegangen werden, weil freilich ein Grundeigentümer durch einseitigen Willensakt Eigentümer- und Inhaberschuldbriefe auf seinem Grundstück errichten kann, ohne darüber eine öffentliche Urkunde aufnehmen zu lassen (Art. 20 der Grundbuchverordnung). Besitzt er einen auf solchem Wege zur Entstehung gebrachten Pfandtitel, so kann er sich dann auch zu dessen Verpfändung formlos

verpflichten, gleichwie zur Verpfändung eines auf fremder Liegenschaft lastenden Pfandtitels oder eines sonstigen Wertpapiers. Aber zu einer nicht freiwillig, kraft Verfügungsrechtes über sein Grundeigentum, vorgenommenen Grundpfanderrichtung kann er eben nicht kraft vertraglicher Verpflichtung von einem Andern angehalten und gerichtlich verurteilt werden, wenn die Verpflichtung nicht nach Vorschrift von Art. 799 Abs. 2 ZGB öffentlich beurkundet wurde. (So richtig LEEMANN, zu Art. 799 N. 27 und 28). Auch das eventuelle Begehren um « Perfektionierung » der Schuldbriefe durch behördliche Massnahmen setzt eine gültige Verpflichtung der Beklagten voraus, woran es nach dem Gesagten fehlt.

3. — Höchstens dann könnte der Faustpfandvertrag hinsichtlich der beiden neuen Schuldbriefe verbindlich sein, wenn die Beklagte vor dessen Abschluss von sich aus solche Schuldbriefe beim Grundbuchamt angemeldet und erst nachträglich deren Unterzeichnung verweigert hätte. Die Klägerin scheint von einem solchen Sachverhalt ausgegangen zu sein. Aber die Beklagte hat in der Rechtsantwort erklärt, sie habe « diesbezüglich mit dem Grundbuchamt keine Rücksprache genommen », und hierauf hat die Klägerin keinerlei Beweis für eine solche Anmeldung seitens der Beklagten, noch für eine Tagebucheinschreibung oder gar einen Hauptbucheintrag erbracht. Es muss also angenommen werden, das Grundbuchamt habe die Pfandtitel lediglich auf Wunsch der Klägerin (bezw. ihrer Rechtsvorgängerin) vorbereitet, was die Beklagte zu nichts verpflichtet und es nicht zulässt, von bereits (im Grundbuch) errichteten Schuldbriefen zu sprechen.

4. — Auf den Liegenschafts Kaufvertrag vom 21. Juni 1943 lässt sich die vorliegende Klage keineswegs stützen. Es ist nicht zu prüfen, ob die Klägerin die « nach Wahl des Verkäufers » anzuerkennende neue Grundpfandgläubigerin sein soll. Nach der vorliegenden Klage beansprucht sie nicht diese Stellung, sondern will neue Schuldbriefe als Faustpfand erhalten. Der Kaufvertrag, der die Errichtung

einer neuen Grundpfandverschreibung vorsieht, enthält keine Verpflichtung zur Errichtung von Schuldbriefen und zu deren Verpfändung.

Ob die Beklagte zufolge der Löschung der alten Grundpfandverschreibung ungerechtfertigt bereichert sei, spielt endlich für die hier zu treffende Entscheidung keine Rolle. Bereicherung verpflichtet nicht zur Errichtung eines Grundpfandes und zur Verpfändung von Pfandtiteln, was hier allein in Frage steht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Standes Zürich vom 31. August 1945 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

III. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

62. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. November 1945 i. S. ZITAG, Zur Immobilien-Treuhand A.-G. gegen Stingelin.

Mäklervertrag : Einfluss eines Verzichts auf die Ausführung des Hauptvertrages oder einer Aufhebung desselben. Art. 413 Abs. 1 OR (Erw. 2).

Zustandekommen des Hauptvertrages, Abgrenzung der wesentlichen Punkte von blossen Nebenpunkten im Sinne von Art. 2 OR. Zahlungsbedingungen beim Kauf als wesentliche Nebenpunkte gemäss dem Willen der Parteien (Erw. 3).

Courtage : Influence d'un accord par lequel les contractants renoncent à l'exécution du contrat principal ou à ce contrat lui-même. Art. 413 al. 1 CO (consid. 2).

Conclusion du contrat principal, distinction entre points essentiels et points secondaires au sens de l'art. 2 CO. Conditions de paiement dans une vente, considérées comme des points secondaires par leur nature, mais essentiels selon la volonté des parties (consid. 3).