

vertrages verpflichtet ist. Der Ausdruck Unternehmer ist hier im gleichen Sinne zu verstehen wie in Art. 363 OR, als Bezeichnung der zur Werkleistung verpflichteten Vertragspartei. Ob auf Bestellerseite der Bauherr selber oder, wie im vorliegenden Falle, ein Dritter, etwa eine Bauunternehmung, als Partner des Werkvertrags auftrete, ist für die Anspruchsberechtigung des Werklieferanten unerheblich (BGE 39 II 214 f., 40 II 265, 56 II 166).

Dass das als Bestandteil des Baues mit individueller Anpassung an dessen technische Gegebenheiten hergestellte und auf den Platz gelieferte Werk auch vom Lieferanten selber in den Bau eingefügt werde, verlangt das Gesetz nicht. Die sachliche Voraussetzung des Art. 837 Ziff. 3 — Lieferung von Material und Arbeit « zu der Baute » — ist mit dem durch den Bauunternehmer (Wetzel A.-G.) vollzogenen Einbau der abgepassten Deckenbalken erfüllt; denn dadurch wurden diese Bestandteile des Gebäudes und ihr Wert dem Grundstück einverleibt. In dieser Tatsache liegt der Rechtsgrund für dessen Pfandhaftung und daher die Voraussetzung für die Entstehung des gesetzlichen Pfandbestellungsanspruchs des Baugläubigers gegen den Grundeigentümer. Die gegenteilige Auffassung, wonach das Pfandrecht zu versagen wäre, wenn ein Dritter und nicht der Werklieferant selber die gelieferte Sache einbaute (vgl. WIELAND, Komm. Art. 837 N. 7 b a.E. und ZR 12 Nr. 152), widerspräche dem Schutzzweck des Instituts. Denn damit würden z. B. Schreiner, Spengler und andere Unternehmer, die ihr Werk (Fenster, Türen, Dachkännel) nicht selbst im Bau anschlagen, ausgeschaltet, obwohl sie zum Bau Material und Arbeit geliefert haben, wie das Gesetz die sachliche Voraussetzung des Pfandbestellungsanspruches bestimmt.

Die Einwendung der Beklagten endlich, die Klägerin sei mit ihrer Lieferung nicht vorleistungspflichtig gewesen, sondern habe nach Art. 83 OR ohne gleichzeitige Bezahlung ihre Leistung zurückbehalten können, ist nicht stichhaltig. Da es sich bei den Granito-Balkendecken um eine

auf die Bauten abgepasste und daher nicht vertretbare Sache handelte, die nach der Feststellung der Vorinstanz nicht oder nur schwer, also nicht ohne Schaden, anderweitig verwendbar war, wäre der Klägerin mit dem Zurückbehaltungsrecht wenig geholfen gewesen. Zudem kann — ebenfalls nach vorinstanzlicher Feststellung — die Tauglichkeit der Betonbalken vor ihrem Einbau nicht abschliessend geprüft werden. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei nicht vorleistungspflichtig, geht übrigens schon deshalb fehl, weil diese das Werk, die Betonbalken, zuerst herstellen muss, bevor sie sie abliefern kann; und mit diesem Hauptteil ihrer Werklieferungspflicht muss sie auf alle Fälle in Vorleistung treten, selbst wenn sie dann die Ablieferung nach Art. 82 f. OR ohne gleichzeitige Bezahlung verweigern könnte. Eben wegen dieser Vorleistungspflicht und gegen das damit verbundene Risiko kann sich der Baugläubiger nicht durch andere Mittel als durch den gesetzlichen Pfandbestellungsanspruch sichern. Der Einwand der Beklagten, dessen Bejahung im vorliegenden Falle führe zu einer unzulässigen Erweiterung dieses Rechtsinstituts, trifft daher nicht zu.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgericht des Kantons Zürich vom 14. Mai 1946 bestätigt.

54. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. September 1946 i. S. Neue Fleisch A.-G. gegen Massmünster und Streitberufene.

Art. 886 und 903 ZGB : Nichtanwendung dieser Vorschriften auf einen Fall mehrfacher Verpfändung, der sich nicht als eigentliche Nachverpfändung darstellt.

Art. 886 et 903 CC : Ces dispositions ne s'appliquent pas à un cas de nantissement multiple dans lequel il ne s'agit pas d'un droit de gage subséquent.

Art. 886 e 903 CC : Queste disposizioni non si applicano ad un caso di pegno multiplo, che non appare come un vero e proprio pegno posteriore.

A. — Die Fleisch A. G. verpfändete am 15. September 1946 einen auf ihrer Liegenschaft Heinrichstrasse 9 in Zürich errichteten Inhaberschuldbrief im 5. Rang von Fr. 10,000.— den Brüdern Emil und Adolf Guggenbühl für « laufende Darlehen ». Am 10. Dezember 1943 verpfändete sie den nämlichen Schuldbrief dem Beklagten Massmünster für ein Darlehen von Fr. 5000.—. Sie hatte den Schuldbrief nicht zurückerhalten. Vielmehr befand sich dieser bei Adolf Guggenbühl, der ihn dem Beklagten zuerst zur Einsicht, dann zu Pfandbesitz aushändigte und hiebei (auf Veranlassung des Geschäftsleiters der Fleisch A. G., Walder) für sich und seinen Bruder (mit dessen Zustimmung) dem Pfandrecht des Beklagten den Vorrang einräumte.

B. — Am 17. Mai 1944 verkaufte die Fleisch A. G. die Pfandliegenschaft an die Klägerin, Neue Fleisch A. G. Diese übernahm auf Anrechnung an den Kaufpreis von Fr. 200,000. — die Hypotheken im 1. bis 4. Rang und ferner die restliche Schuld von Fr. 4000.— gegenüber dem Beklagten. Der Kaufvertrag bestimmt hiezu: « Mit der Anerkennung des Käufers als Schuldner durch A. Massmünster geht der Faustpfand-Schuldbrief ins Eigentum des Käufers über. — Sollte Herr Massmünster allfällig weitere Ansprüche an den Schuldbrief geltend machen wollen, so übernimmt die Käuferin Neue Fleisch A. G. die Erledigung dieser Angelegenheit ».

C. — Von dieser Schuldübernahme gab das Grundbuchamt dem Beklagten am 20. Mai 1944 Kenntnis. Am 7. Juni 1944 teilte die Bank A. G. Leu und Co. dem Beklagten mit, sie sei von der Klägerin mit der Einlösung des Schuldbriefes beauftragt und stelle ihm den Kapitalbetrag von Fr. 4000.— samt dem am 10. Juni 1944 verfallenden Halbjahreszins von Fr. 120.— gegen Rückgabe des Schuldbriefes zur Verfügung. Der Beklagte wies demgegenüber auf das nachgehende Pfandrecht der Brüder Guggenbühl hin, denen er den Schuldbrief nach Tilgung seiner eigenen Forderung herauszugeben habe.

Die Brüder Guggenbühl machten denn auch sowohl der Klägerin wie dem Beklagten gegenüber ihr Pfandrecht geltend.

D. — Die vorliegende Klage auf Herausgabe des Schuldbriefes gegen Zahlung von Fr. 4129.75 wurde, gemäss dem Antrage des Beklagten und der Intervenienten Emil und Adolf Guggenbühl, in beiden kantonalen Instanzen abgewiesen, vom Obergericht des Standes Zürich am 26. März 1946. Mit der vorliegenden Berufung hält die Klägerin an ihrem Begehren fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Legitimation der Klägerin zur Sache ist gegeben. Die Klägerin ist nach der eindeutigen Klausel des Kaufvertrages Eigentümerin des Schuldbriefes geworden, sobald der Beklagte der Schuldübernahme zustimmte. Das hat er nach den Feststellungen der kantonalen Gerichte getan. Freilich war ihm der Eigentumsübergang nicht gemäss Art. 924 Abs. 2 ZGB von der Verkäuferin mitgeteilt worden. Aber nach dem Kaufvertrag muss die Klägerin als befugt gelten, dies von sich aus zu tun. Und sie hat den Eigentumsübergang dem Beklagten spätestens mit der vorliegenden Klage angezeigt, mit wörtlicher Wiedergabe der betreffenden Vertragsklausel. Sie ist daher berechtigt, als Eigentümerin des Schuldbriefes aufzutreten, und nicht auf einen bloss obligatorischen Herausgabeanspruch angewiesen.

2. — Der Faustpfandgläubiger ist von Gesetzes wegen verpflichtet, nach Tilgung seiner Forderung den Pfandgegenstand « dem Berechtigten » herauszugeben (Art. 889 ZGB). Gleiches gilt bei verpfändeten Wertpapieren (Art. 899). « Berechtigter » ist in der Regel der Eigentümer des Pfandes. Doch kann es unter Umständen eine andere Person sein. Insbesondere steht im Fall einer Nachverpfändung der Herausgabeanspruch nicht dem Eigentümer, sondern dem nachgehenden Pfandgläubiger zu (Art. 886 und 903 ZGB; die letztere Vorschrift gilt unter Aus-

schluss der erstern bei Wertpapieren, auch solchen auf den Inhaber, BGE 66 II 21). Entsprechendes muss auch in andern Fällen mehrfacher Verpfändung derselben Sache oder desselben Wertpapiers gelten; dies dann, wenn neben dem Pfandrechte des befriedigten Gläubigers ein solches im gleichen oder sogar in vorgehendem Range eines Andern besteht, der (was ausnahmsweise vorkommen mag) den Pfandgegenstand dem nachgehenden anvertraut hat.

Sollte den Brüdern Guggenbühl ein noch gültiges Pfandrechte zustehen, so widersetzt sich also der Beklagte dem Herausgabebegehren der Klägerin mit Recht. Es handelt sich keineswegs um konkurrierende « Forderungen » mehrerer « Gläubiger », von denen jeder ohne Rücksicht auf den andern klagen könnte (v. TUHR, Schweiz. Obligationenrecht § 2 VIII). Vielmehr hat der in Frage stehende weitere Pfandgläubiger einen auch vom Eigentümer zu respektierenden dinglichen Herausgabeanspruch. Einem solchen allfälligen Rechte der Brüder Guggenbühl gegenüber kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass ihr davon beim Kauf der Liegenschaft nicht Kenntnis gegeben worden sei, sie also den Schuldbrief nach Art. 933 ZGB gutgläubig ohne weitere Lasten ausser dem Pfandrechte des Beklagten erworben habe. Der Pfandbesitz, wie ihn der Beklagte auch für die Brüder Guggenbühl ausübt, ist stärker als der fiktive Besitz, wie er der Klägerin ohne Übergabe des Schuldbriefes übertragen worden ist. Sollte sie von der (inzwischen in Konkurs geratenen) Verkäuferin getäuscht worden sein, so mag sie dies mit deren Konkursmasse ausmachen.

3. — Keinem Zweifel unterliegt, dass die Brüder Guggenbühl seinerzeit durch Faustpfandbestellung ein gültiges Pfandrechte erworben haben. Kein Untergang dieses Rechtes folgt an und für sich aus der Übergabe des Schuldbriefes an den Beklagten; denn ein Faustpfand kann ohne Rechtsverlust Dritthänden anvertraut werden, sofern es nur nicht in die ausschliessliche Gewalt des Eigentümers

gerät (Art. 884 Abs. 3, 888 ZGB). Auch ein Verzicht der Brüder Guggenbühl liegt nicht vor. Dagegen wurde dem Beklagten mündlich der Vorrang eingeräumt. Es fragt sich, ob dies ohne schriftliche Anzeige im Sinne von Art. 903 ZGB gültig geschehen konnte.

Vor dem Inkrafttreten des ZGB galt für die Nachverpfändung von Sachen und Forderungen gleicherweise Art. 217 aOR. Darnach bedurfte es einer (nicht notwendig schriftlichen) Anzeige an den ersten Pfandgläubiger mit entsprechender Anweisung. Der Vorentwurf zum ZGB sah für die Nachverpfändung von Sachen eine schriftliche Anzeige vor (Art. 866). Für die Nachverpfändung von Forderungen stellte er keine besondere Vorschrift auf, hielt also den Art. 866 kraft der allgemeinen Verweisung auf die Vorschriften über die Verpfändung von Sachen für analog anwendbar. Die Erläuterungen heben die Schriftlichkeit nicht hervor, sondern bemerken, Nachverpfändung und Verpfändung durch den Pfandgläubiger seien in der gleichen Art beschränkt wie in Art. 217 und 218 OR. Und als man auf Antrag der ständerätlichen Kommission eine besondere Vorschrift für die Nachverpfändung von Forderungen aufnahm (als Art. 887 bis), war hiebei wiederum nicht von Schriftlichkeit die Rede (Sten. Bull. der Bundesversammlung 1906 S. 1425 ff., 1907 NR S. 341 ff.). Erst die Redaktionskommission ergänzte die Vorschrift so, wie sie nun lautet, offenbar um sie in dieser Beziehung in Einklang mit der für Sachen geltenden Vorschrift zu bringen.

Zweck der Anzeige ist bei Wertpapieren wie bei Sachen, den vorgehenden Pfandgläubiger, in dessen Gewahrsam sich das Pfand gewöhnlich befindet, zum Pfandhalter für den nachgehenden zu machen. Eine schriftliche Anzeige kann das Rechtsverhältnis klarer zum Ausdruck bringen als eine mündliche. Aber warum die Schriftform geradezu Gültigkeitserfordernis sein soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Es kann sich nicht darum handeln, den Verpfänder vor übereilem Handeln zu schützen.

Die Befugnis zur Anzeige steht ja nach Art. 903 ZGB nicht nur ihm, sondern auch dem nachgehenden Pfandgläubiger zu. Und die Gewähr dafür, dass das nachgehende Pfandrecht des Dritten dem vorgehenden Pfandgläubiger eindringlich zum Bewusstsein komme, könnte sich auch aus andern Umständen, z. B. aus dem eigenen Verhalten des vorgehenden Pfandgläubigers, ergeben. Im Schrifttum ist als Zweck der Schriftform noch erwähnt, dass auf solche Weise die Daten der Nachverpfändungen, namentlich wenn es mehrere sind, festgelegt sein sollen (vgl. HOMBERGER, zu Art. 924 Nr. 9). Allein die mehrfache Nachverpfändung ist ein Sonderfall und Datierung der Anzeige nicht vorgeschrieben. Wie dem aber auch sei, lässt der Wortlaut von Art. 903 gleichwie 886 ZGB nicht wohl eine andere Auslegung zu, als dass eine Nachverpfändung nur durch schriftliche Anzeige gültig zustande kommt.

Dagegen besteht keine Veranlassung, dieser Schriftform Fälle zu unterstellen, die sich nicht als eigentliche Nachverpfändung darstellen. Im vorliegenden Falle leiten die Brüder Guggenbühl ihr Pfandrecht nicht aus einer Nachverpfändung, sondern aus einer einwandfreien Faustpfandbestellung her. Als sie später den Schuldbrief dem Beklagten übergaben, geschah dies nach Feststellung der kantonalen Gerichte keineswegs im Sinn eines Verzichtes. Vielmehr einigte man sich dahin, dem Pfandrecht des Beklagten stehe der Vorrang zu, m.a.W. das eigentlich vorgehende Pfandrecht der Brüder Guggenbühl trete in nachgehenden Rang. Es ist verständlich, dass die Beteiligten nicht auf den Gedanken verfielen, ein Pfandrecht könne gar nicht in andern Rang versetzt werden, es verlöre damit Identität und Existenz, somit sei es um der angestrebten Reihenfolge wegen aufzuheben und dafür ein neues, eben durch Nachverpfändung des Schuldbriefes gemäss Art. 903 ZGB, zu begründen. Entgegen der vorherrschenden Lehre zu § 1209 des deutschen BGB ist denn auch Leemann (zu Art. 893 Nr. 4) der Ansicht,

der nach Art. 893 Abs. 2 ZGB durch die Zeit der Errichtung bestimmte Rang der Pfandrechte an Fahrnis könne durch Vereinbarung mit dinglicher Wirkung verschoben werden, mit Vorbehalt der Zustimmung durch Dritte, zu deren Gunsten die zurücktretende Forderung allenfalls belastet ist (was im vorliegenden Falle keine Rolle spielt). Indessen mag diese Frage auf sich beruhen. Da der Wille der Beteiligten eindeutig dahin ging, das Pfandrecht der Brüder Guggenbühl fortbestehen zu lassen und ihm lediglich nachgehenden Rang anzuweisen, kommt nur eine andere Art der Konversion der Vereinbarung in Betracht, falls ihr dingliche Wirkung versagt sein müsste: die Umdeutung in eine bloss obligatorische Verpflichtung der Brüder Guggenbühl, den Pfanderlös vorweg dem Beklagten bis zu dessen Deckung zu überlassen.

So oder so bleibt also das Pfandrecht der Intervenienten bestehen, und demgemäss auch die gesetzliche Pflicht des Beklagten, den Schuldbrief nach Tilgung seiner Forderung ihnen, nicht der Klägerin herauszugeben.

4. — Diese behauptet endlich mit Unrecht, die Stellungnahme des Beklagten verstosse gegen Treu und Glauben. Sie will ihn bei folgender Stelle des von ihm mit der Fleisch A. G. abgeschlossenen Pfandvertrages vom 10. Dezember 1943 behaften: « Nach restloser Saldierung dieser Darlehensschuld wird dieser Schuldbrief wieder unbeschwert an die Fleisch A. G. ausgehändigt ». Allein diese Vertragsstelle, die von einer durch die Fleisch A. G. vorgenommenen Übergabe des Schuldbriefes ausgeht, während der Beklagte diesen von Adolf Guggenbühl erhielt, und welche dem Pfandrecht der Brüder Guggenbühl keine Rechnung trägt, vermag diesem Recht nichts anzuhaben und auch die gesetzliche Pflicht des Beklagten, sich daran zu halten, nicht aufzuheben. Höchstens fragt sich, ob die Klägerin daraus (gegen die in Konkurs geratene Fleisch A. G., die ihm das Pfandrecht der Intervenienten verschwiegen zu haben scheint, sowie allenfalls) gegen den Beklagten Schadenersatzansprüche herleiten

könne. Dies bildet jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Standes Zürich vom 26. März 1946 bestätigt.

55. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Oktober 1946 i. S. Konkursmasse der Verlassenschaft Bucher gegen Witwe Bucher.

Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB) im Konkurs des eingetragenen Eigentümers (Art. 242 SchKG) auf Grund einer beim Kaufe getroffenen Simulationsabrede. Abweisung der Klage wegen Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB).

Action en rectification du registre foncier (art. 975 CC) exercée dans la faillite du propriétaire inscrit (art. 242 LP) et fondée sur le fait que la vente en vertu duquel le failli est devenu propriétaire de l'immeuble était simulée. Rejet de l'action pour cause d'abus de droit (art. 2 CC).

Azione di rettifica del registro fondiario (art. 975 CC) promossa nel fallimento del proprietario iscritto (art. 242 LEF) e fondata sul fatto che la vendita, in virtù della quale il fallito è diventato proprietario dell'immobile, era simulata. Rigetto dell'azione per abuso di diritto (art. 2 CC).

A. — Die Klägerin Ida Bucher-Grünenfelder ist die Witwe des im November 1944 verstorbenen Möbelfabrikanten Walter Bucher. Sie hatte diesem schon vor der Eheschliessung, als damalige Witwe Gossweiler, laut Kaufvertrag vom 26. Dezember 1923 ihr pfandfreies Heimwesen in Nidfurn verkauft. Der Kaufpreis wurde auf Fr. 18,000.— beziffert und war nach den Vertragsbestimmungen zum Teil mit Darlehensforderungen des Käufers zu verrechnen und im übrigen bar zu zahlen. Die Verkäuferin ermächtigte die Urkundsperson, Dr. David Hefti in Haslen, Glarus, zur Anmeldung des Kaufvertrages im Grundbuch. Dr. Hefti « beurkundete öffentlich » am Fuss des Kaufvertrages, « dass vorstehende Urkunde den dem Unterzeichneten mitgeteilten Parteiwillen enthält... » Die Eintragung erfolgte am 8. Januar 1924. Im gleichen Jahre

errichtete der Käufer auf dem Grundstück drei Inhaberschuldbriefe von je Fr. 5000.—. Im folgenden Jahre ehelichte er die Verkäuferin. Im Jahre 1926 bzw. 1927 verpfändete er die Schuldbriefe der Obwaldner Kantonalbank. Diese ist Faustpfandgläubigerin geblieben.

B. — Die Erbschaft des Walter Bucher gelangte zufolge allseitiger Ausschlagung zur konkursamtlichen Liquidation. Nun verlangte die Witwe die Aussonderung der seinerzeit auf den Namen des Erblassers übertragenen Liegenschaft und die Zuerkennung einer Frauengutsforderung von Fr. 15,000.—, entsprechend dem Betrag der beiden vom Erblasser für eigene Verbindlichkeiten verpfändeten Schuldbriefe, mit Privileg der 4. Klasse nach Art. 219 SchKG für den hälftigen Betrag von Fr. 7500.—. Sie stützte das Aussonderungsbegehren auf eine Simulationsvereinbarung. In der Tat liegt eine vom 26. Dezember 1923 datierte, von der Klägerin mitunterzeichnete Erklärung des Käufers folgenden Inhaltes vor: « Der Unterzeichnete erklärt hiermit, dass es sich beim Kaufvertrag Gossweiler/Bucher vom 26. Dezember 1923 um ein in seiner inneren Wirkung null und nichtiges Scheingeschäft handelt, speziell, dass Frau Gossweiler nie irgendwelche Darlehen von ihm bezogen hat. » Dr. Hefti, der den Kaufvertrag beurkundet hatte, bekannte sich im Prozess auch als Verfasser dieser Erklärung. Er bezeugte, die Parteien des Kaufvertrages seien damals übereingekommen, diesen nur zum Schein abzuschliessen; der Kauf solle intern keine Rechtswirkung haben.

C. — Auf Grund dieses Urkunden- und Zeugenbeweises hiessen die kantonalen Gerichte das von der Konkursverwaltung abgewiesene Aussonderungsbegehren der Witwe gut. Sie schützten ferner deren Frauengutsersatzforderung mit Privileg für die Hälfte. (Eine ausserdem eingeklagte Lohnforderung ist rechtskräftig abgewiesen).

Mit der vorliegenden Berufung hält die beklagte Konkursmasse am Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage fest.