

beiden am Prozesse nicht beteiligten Erben Ferdinand Thoma und Frau Bürer-Thoma erklärte Verzicht nicht einen Verzicht zu Gunsten der Klä g e r darstellt, die genannten Erben vielmehr ausdrücklich erklärt haben, dass sie mit der Durchführung des Prozesses nicht einverstanden seien und dass sie auf ihre Anteile ausdrücklich zu Gunsten des B e k l a g t e n verzichten, hat die Vorinstanz den Klägern mit Recht die Aktivlegitimation zur gerichtlichen Geltendmachung des behaupteten Anspruches abgesprochen. Dass die Kläger übrigens selber nicht der Meinung waren, die am Prozesse nicht beteiligten Erben hätten auf den Anspruch zu ihren Gunsten verzichtet, geht daraus hervor, dass sie mit ihrem Rechtsbegehren nicht Zahlung des streitigen Betrages an sie, sondern ausdrücklich an die E r b e n g e m e i n s c h a f t forderten.

6. — Da somit den Klägern die Aktivlegitimation schon auf Grund von Art. 602 ZGB abgesprochen werden muss, mag hier dahingestellt bleiben, ob nicht auch deswegen auf die Klage nicht hätte eingetreten werden können, weil Frau Meili-Thoma im eigenen Namen als Klägerin aufgetreten ist. Die erste Zivilabteilung des Bundesgerichtes hat nämlich in einem Entscheide vom 15. März 1913 (vgl. AS 39 II S. 89 f. Erw. 4) entschieden, dass bei Rechtsstreitigkeiten um eingebrachtes Frauengut (um solches handelt es sich hier) der E h e m a n n gemäss Art. 168 Abs. 2 ZGB als Verwalter des ehelichen Vermögens eigentliche Prozesspartei sei. Das hätte zur Folge, dass die Klägerin Frau Meili-Thoma, auch wenn ihr seinerzeit von ihrem Ehemann Vollmacht zur Durchführung dieses Prozesses erteilt worden ist, die Klage im Namen des M a n n e s hätte erheben sollen. Obwohl diese Frage im vorliegenden Falle unentschieden bleiben kann, mag doch erwähnt werden, dass nach der Ansicht der zweiten Zivilabteilung an dieser Auffassung wohl kaum festgehalten werden kann. Art. 168 Abs. 2 ZGB macht

den Ehemann lediglich zum gesetzlichen Prozessbevollmächtigten nicht aber zur eigentlichen Prozesspartei. Ein Prozess um eingebrachtes Frauengut ist also im Namen der Ehefrau zu führen. Da die Bestimmung des Art. 168 Abs. 2 ZGB im Interesse des E h e m a n n e s aufgestellt worden ist (damit er imstande sei, die ihm kraft Gesetzes am eingebrachten Frauengut zustehenden Ansprüche wirksam zu wahren), kann er auf die persönliche Führung des Prozesses verzichten und diese der Ehefrau überlassen (vgl. auch den ungedruckten Entscheid vom 25. Juni 1925 i. S. Hauser-Kolb gegen Gross Erw. 1).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 20. April 1925 bestätigt.

IV. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

46. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Juni 1925
i. S. Spar- und Leihkasse Oberfreiamt gegen Egli und Koms.

W i d e r s p r u c h s k l a g e in der Faustpfandverwertungs-
betreibung zur Geltendmachung eines vorgehenden Pfand-
rechts :

Streitwertberechnung (Erw. 1).

Verhältnis zur Kollokationsklage (Erw. 3).

Kann der Dritte den Bestand des vom Schuldner anerkannten Pfandrechts des betreibenden Gläubigers bestreiten? (Erw. 3).

Folgen der Gutheissung der Klage (Erw. 6).

F a u s t p f a n d b e s t e l l u n g f ü r z u k ü n f t i g e
F o r d e r u n g e n :

Zulässigkeit und Wirkung mit Bezug auf den Rang (Erw. 2).
Begründung durch Unterzeichnung eines neben bestehenden
auch zukünftige Forderungen erwähnenden Pfandverschrei-

bungsformulars, auch wenn vorher nur von der Sicherung der bestehenden Forderungen gesprochen worden war (Erw. 3).

Notwendigkeit der einschränkenden Auslegung einer solchen Klausel: Umfasst sie auch Forderungen, welche der Pfandgläubiger von Dritten erwirbt? (Erw. 4).

Retentionsrecht: Zusammenhang verneint (Erw. 5).

A. — Gegen Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung der Kläger eröffnete die Beklagte am 27. August 1920 dem Postangestellten Schreiber einen Kredit in laufender Rechnung (Conto-Corrent) gegen Wechsel oder Obligo bis zum Kapitalbetrage von 25,000 Fr. mit folgender Klausel:

« Der Kreditnehmer ermächtigt die Spar- und Leihkasse Oberfreiamt in Muri, alle in ihrem Besitze befindlichen Wechsel, die mit ihrer Unterschrift versehen sind, zu jeder Zeit, auch vor Verfall so weit möglich auf Rechnung des Kredites zu belasten. »

Am 4. Oktober 1920 bezog Schreiber die ganze Kreditsumme. Am 10. November 1920 schrieb Rechtsanwalt Dr. O. Schneider, einer der Bürgen, an die Beklagte: « In Sachen Otto Schreiber übermache ich Ihnen in der Beilage den Schuldbrief vom 17. März 1920 per 30,000 Franken..... Der Brief haftet Ihnen als Faustpfand für eine Darlehensforderung von 25,000 Fr. nebst Zins und Kosten und ist von Ihnen nach Abherrschung des Darlehens an meinen Klienten unbeschwert wieder auszugeben..... ». Fünf Tage später unterzeichnete Schreiber als « Faustpfandabtretter » den ihm von der Beklagten vorgelegten, in seinen allgemeinen Bestimmungen vordruckten Faustpfandvertrag, wonach er den erwähnten Inhaberschuldbrief an die Beklagte « für alle derselben gegenüber bestehenden und noch erlaufenden Verbindlichkeiten » als Faustpfand abtrat; gleichwie der Kreditschein trägt der Faustpfandvertrag das Zeichen: « C. C. Nr. 187 ».

Am 15. Dezember 1921 belastete die Beklagte den Kontokorrent des Schreiber mit weiteren 6781 Fr., näm-

lich dem Betrag eines von ihm akzeptierten Wechsels an die Ordre des Fürsprechers Lüscher in Aarau, welchen sie diskontiert hatte.

In der Folge bezahlten die von der Beklagten belangten Kläger Egli und Wieser ihre Bürgschaftsschuld in verschiedenen Teilbeträgen, insgesamt 26,113 Fr. 80 Cts. Der verpfändete Schuldbrief war inzwischen auf 22,754 Fr. 70 Cts. reduziert worden.

Am 18. August 1923 sodann hob die Beklagte für den Betrag des erwähnten von ihr diskontierten Wechsels mit Akzessorien Betreibung auf Faustpfandverwertung (Nr. 385) gegen Schreiber an, wobei sie als Faustpfand den Inhaberschuldbrief von 22,754 Fr. 70 Cts. in Anspruch nahm. Der Schuldner erhob « gänzlichen Rechtsvorschlag ». Doch wurde der Beklagten für den Betrag von 7061 Fr. nebst Zins zu 6 % seit 1. Juli 1922 provisorische Rechtsöffnung erteilt und zwar in zweiter Instanz durch das Obergericht des Kantons Aargau, welches in seinem Entscheid davon ausging, dass der Beklagten nicht nur gestützt auf die Faustpfandverschreibung vom 15. November 1920 ein vertragliches Faustpfandrech an dem in Betracht kommenden Schuldbrief zustehe, sondern überdies von Gesetzes wegen (Art. 895 Abs. 2 ZGB) ein Retentionsrecht für alle aus ihrem Geschäftsverkehr mit Schreiber herrührenden Forderungen. Aberkennungsklage strengte Schreiber nicht an.

In diesem Betreibungsverfahren setzte das Betreibungsamt in Anwendung des Art. 109 SchKG den Klägern..... Frist zur Klage gegen das von der Beklagten beanspruchte Faustpfandrech an. Darauf strengten die Kläger die vorliegende Widerspruchsklage an mit dem Hauptantrag (soweit noch streitig), es sei gerichtlich festzustellen:

1. dass die Kläger zur Deckung folgender Forderungen (folgt die Aufzählung der an die Bürgschaft bezahlten Beträge nebst Zinsen zu 6% seit den Zahlungs-

tagen, insgesamt 26,113 Fr. 80 Cts. ohne die Zinsen) ein Faustpfandrecht an dem im Gewahrsam der Beklagten befindlichen Inhaberschuldbrief per 22,754 Fr. 70 Cts. haben, und

2. dass dieses Faustpfandrecht dem von der Beklagten geltend gemachten Faustpfandrecht für ihre Wechselforderung von 7061 Fr. nebst Zins und Kosten im Range vorgeht, sofern dieses Faustpfandrecht der Beklagten überhaupt besteht, und dass daher der Inhaberschuldbrief per 22,754 Fr. 70 Cts. zur Deckung der Forderung von 7061 Fr. nicht in Anspruch genommen werden darf und aus der Betreibung 1923 Nr. 385 ausfällt.

B. — Durch Urteil vom 3. April 1925 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Klage der Bürgen Schneider und Ott abgewiesen, dagegen die Klage der Bürgen Egli und Wieser zugesprochen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen auf Abweisung des Klagebegehrens 2, eventuell « soweit als das Pfandrecht der Beklagten in Frage gestellt, der daraus resultierende Deckungsanspruch verneint und verlangt wird, es habe der Titel aus der Betreibung zu fallen ».

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Für die Streitwertberechnung ist einzig der zweite, das Pfandrecht der Beklagten für eine Forderung von 7061 Fr. betreffende Klagantrag massgebend, da der erste, das Pfandrecht der Kläger für eine weit höhere Forderung betreffende Klagantrag lediglich zur Begründung der Aktivlegitimation der Kläger gestellt wurde und im Grunde eigentlich auch gar nie streitig war. Die Berufung ist daher im schriftlichen Verfahren zu erledigen.

2. — Die Vorinstanz hat angenommen, das Pfandrecht der Beklagten für die Wechselverbindlichkeit sei erst mit der « Annahme » des Wechsels Lüscher am 15. De-

zember 1921 entstanden und gehe daher dem mit der Verschreibung des Inhaberschuldbriefes am 15 November 1920 für die damals bereits geleistete Darlehenssumme samt Zins und Kosten entstandenen, in der Folge auf die Berufungsbeklagten als zahlende Bürgen übergegangenen Pfandrecht im Range nach. Dieser Entscheidung kann nicht beigestimmt werden. Wird nämlich davon ausgegangen, dass das Pfandrecht nicht ausschliesslich für die damals bereits entstandene Kreditforderung, sondern ausserdem noch für erst in Zukunft entstehende Forderungen eingeräumt worden sei (s. hierüber Erw. 3), und dass der in Frage stehende Wechsel zu diesen zukünftigen Forderungen zu rechnen sei (s. hierüber Erw. 4), so würde hieraus folgen, dass das Pfandrecht für die Wechselforderung, welche zur Zeit der Pfandbestellung der Beklagten noch nicht zustand, ja vielleicht überhaupt noch nicht bestand, dennoch gleichzeitig mit demjenigen für die damals bereits bestehende Kreditforderung entstanden wäre. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz versagt der Pfandbestellung für zukünftige Forderungen jede praktische Bedeutung, indem sie dem Verpfänder ermöglichen würde, die Pfandbestellung für zukünftige Forderungen dadurch illusorisch zu machen, dass er noch vor der Entstehung solcher Forderungen durch Abtretung des Herausgabeanspruches bzw. Besitzanweisung zugunsten eines Dritten ein Pfandrecht für eine bereits bestehende Forderung begründet, welchem nach der Auffassung der Vorinstanz der Vorrang zukäme. Nachdem die Pfandbestellung für zukünftige Forderungen nun aber einmal zugelassen ist, muss sie auch in ihrer vollen praktischen Auswirkung anerkannt werden. Eine ausdrückliche, die Pfandsicherung zukünftiger Forderungen vorsehende Vorschrift gibt das ZGB freilich nur für die Grundpfandverschreibung (Art. 824). Allein aus dem Fehlen einer gleichartigen Vorschrift für das Fahrnispfand kann angesichts der knappen Regelung dieses Instituts umsoweniger darauf

geschlossen werden, dass hier die Pfandsicherung zukünftiger Forderungen nicht zulässig sein soll, als diese unter der Herrschaft des aOR von der Rechtsprechung zugelassen worden war, und zwar ebenfalls ohne eine ausdrücklich dazu ermächtigende Vorschrift (AS 34 II S. 777 Erw. 2 mit zu berichtigendem Zitat: HAFNER, Note 1 zu Art. 210). Die mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Kontroverse damals offen gelassene Frage nach Datum und Rang des Pfandrechts für zukünftige Forderungen darf heute unbedenklich dahin entschieden werden, dass dafür der Zeitpunkt der Pfandbestellung und nicht der spätere der Entstehung der Forderung in der Person des Pfandgläubigers massgebend ist. Denn beim Faustpfand kommt dem Besitzserwerb durch den Pfandgläubiger im allgemeinen die gleiche Bedeutung zu wie beim Grundpfand dem Grundbucheintrag; nach Art. 799 Abs. 1 ZGB ist es aber der Grundbucheintrag, welcher das Grundpfand zur Entstehung bringt, ohne dass für den Fall der Pfandbestellung für zukünftige Forderungen eine Ausnahme zugunsten der Zeit der späteren Entstehung der zu sichernden Forderung in der Person des Pfandgläubigers gemacht wäre. Lässt also das Gesetz für die Grundpfandverschreibung einen Einbruch in den Grundsatz der Akzessorietät des Pfandrechts zu, so ist nicht einzusehen, warum beim Fahrnispfand an jenem Grundsatz strenge festgehalten werden müsste. Danach ist unter der Errichtung des Pfandrechts, deren Zeitpunkt gemäss Art. 893 Abs. 2 ZGB seinen Rang bestimmt, bei der Sicherung zukünftiger Forderungen die Belastung der Sache durch die Besitzesübertragung an den Pfandgläubiger zu verstehen und ist dieser von Anfang an Besitzer zu eigenem, bereits präsentem dinglichen Recht mit der Massgabe, dass sein Pfandrecht nicht mehr beeinträchtigt werden kann durch die spätere Errichtung eines Pfandrechts zugunsten eines Dritten vermittelt Besitzanweisung, auch wenn sie erfolgt, bevor die Forderung entsteht,

zu deren Sicherung jenem das Pfand bestellt worden ist.

Nun ist die Beklagte allerdings bereits am 10. oder 11. November 1920 in den Besitz des Schuldbriefes gelangt. Allein die Kläger haben selbst auch nicht etwa nur eventuell den Standpunkt eingenommen, dass dadurch das Pfandrecht der Beklagten für die von ihnen verbürgte, damals bereits entstandene Kreditforderung sofort begründet worden sei, dagegen das Pfandrecht für weitere zukünftige Forderungen erst einige Tage später mit der Einsendung der von Schreiber unterzeichneten, auch weitere zukünftige Forderungen erwähnenden Faustpfandverschreibung vom 15. November. Es erscheint denn auch zweifelhaft, ob die Beklagte das Pfandrecht auf Grund der blossen Erklärung des als Vertreter des Hauptschuldners und Pfandeigentümers Schreiber auftretenden Bürgen Schneider hätte erwerben können, wiewohl eine Vollmacht nicht vorlag.

3. — Abweichend hat die erste Instanz dem Standpunkt der Kläger folgend angenommen, dass das Pfand ausschliesslich zur Sicherung der von den Klägern verbürgten Schuld bestellt worden sei und nun von der Beklagten nicht für eine andere Forderung in Anspruch genommen werden könne. Hiebei hat sich die erste Instanz hauptsächlich auf das von ihr durchgeführte Beweisverfahren gestützt, welches ergab, dass in einer vorgängigen Besprechung nur von der Pfandsicherung jener Forderung gesprochen worden war. Zu Unrecht machen die Kläger geltend, diese Annahme der ersten Instanz unterliege als tatsächliche Feststellung nicht der Nachprüfung durch das Bundesgericht. Beschränkte sich die Vorinstanz auch darauf, nur Bedenken gegen die Annahme der ersten Instanz zu äussern, so konnte sie doch auf die Lösung der Rangfrage nur eintreten, wenn sie von der gegenteiligen Annahme ausging, dass nämlich das Pfand auch für die Wechselforderung der Beklagten hafte. Hievon abgesehen aber ist es eine vom Bundesgericht frei nachzuprüfende Rechtsfrage,

welche Rechtsfolgen die betreffend die Verpfändung ausgetauschten Willenserklärungen nach sich gezogen haben. Ihrer Prüfung steht nicht etwa der Umstand entgegen, dass die Beklagte einen Vollstreckungstitel für ihr Pfandrecht erwirkt hat. Denn für einen solchen Vollstreckungstitel zugunsten der Beklagten ist auch dann Raum, wenn den Klägern ein vorgehendes Pfandrecht zustehen sollte; können aber die Kläger mit dem Vorrang des von ihnen beanspruchten Pfandrechts nur gestützt auf die Behauptung durchdringen, dass das von der Beklagten in der Betreibung geltend gemachte Pfandrecht überhaupt nicht bestehe, so müssen sie auch mit diesem Standpunkt noch gehört werden, da ihre Rechte nicht beeinträchtigt werden können durch die Rechtskraft des Zahlungsbefehls, den die Beklagte in einem Verfahren erlangt hat, welches ausschliesslich gegen den Schuldner und Pfandeigentümer Schreiber gerichtet war bzw. in welches die Kläger zu Unrecht einbezogen worden sind. Es liesse sich freilich fragen, ob der Streit nicht richtigerweise erst nach der Verwertung durch Kollokationsklage hätte zum Austrag gebracht werden sollen; nachdem aber die vorliegende Widerspruchsklage schon von zwei Instanzen beurteilt worden ist, mag dies dahingestellt bleiben, zumal da bei deren Gutheissung der ganze Pfanderlös würde von den Klägern beansprucht werden können und daher die Beklagte kaum mehr ein Interesse an der Durchführung der Verwertung haben dürfte.

Nun hält aber auch die Auffassung der ersten Instanz der Nachprüfung nicht stand. Einmal sind bei Verträgen, welche unter Verwendung von Formularen abgeschlossen zu werden pflegen, wie dies bei Faustpfandverschreibungen zugunsten von Banken ebenso wie z. B. bei Mietverträgen zutrifft, auch die bei den vorangegangenen Unterhandlungen nicht erwähnten Klauseln gültig, wenn bei der nachfolgenden Unterzeichnung kein Widerspruch dagegen erhoben wird. Wäre aber auch davon auszu-

gehen, dass jene Unterhandlungen zu einer eigentlichen Vereinbarung geführt haben, wonach die Pfandsicherheit auf die von den Klägern verbürgte Forderung beschränkt sein sollte, so kommt hierauf nichts mehr an, nachdem Schreiber ohne Rücksicht hierauf durch Unterzeichnung des ihm von der Beklagten vorgelegten Formulars in die Pfandbestellung für « alle derselben gegenüber bestehenden und noch erlaufenden Verbindlichkeiten » eingewilligt hat. Da der von den Klägern verbürgte Kredit damals bereits erschöpft war, konnten unter den « noch erlaufenden Verbindlichkeiten » nur ganz neu entstehende gemeint sein, und zwar angesichts der allgemeinen Ausdrucksweise nicht etwa nur die noch auflaufenden Akzessorien der Kreditforderung, wie die Kläger wollen. Nichts gegenteiliges ergibt sich aus der Verwendung der gleichen Zeichen und Nummer wie beim Kreditschein; dies erklärt sich daraus zur Genüge, dass das Pfand in erster Linie für den Kredit, die einzige damals bestehende Forderung der Beklagten an Schreiber, bestellt wurde, wie nicht bestritten ist. War aber die Pfandsicherung nicht auf die Kreditforderung beschränkt, so lässt sich der Inanspruchnahme des Pfandrechts für den Wechsel auch nicht mit der Behauptung entgentreten, dass die Belastung des Kontokorrents des Schreiber mit jenem Wechsel im Widerspruch zum Kreditvertrag stehe.

4. — Dagegen erweist sich der Standpunkt der Kläger, dass die Wechselforderung der Beklagten nicht durch den Schuldbrief pfandversichert sei, aus einem andern Grunde als zutreffend. Die Klausel des Pfandvertrages, dass der Schuldbrief « für alle..... noch erlaufenden Verbindlichkeiten » des Schreiber gegenüber der Beklagten verpfändet werde, ruft nämlich einer einschränkenden Auslegung, da sie in ihrer Allgemeinheit vor Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht stand zu halten vermöchte. Denn wenn die Pfandbestellung wirklich für alle zukünftigen Forderungen der Beklagten an Schreiber erfolgt wäre,

also auch für solche, welche die Beklagte in Zukunft irgend einmal auf irgend eine Weise von einem dritten Gläubiger des Schreiber erwerben wird, so würde es diesem auch nach der Bezahlung der bestehenden Schulden gar nie mehr möglich sein, das Pfand zurückzuerlangen, weil die Beklagte die Rückgabe stets unter Hinweis darauf verweigern könnte, dass, wenn die direkten geschäftlichen Beziehungen inzwischen auch abgebrochen worden sein mögen, doch nicht ausgeschlossen sei, dass ihr in Zukunft einmal zufolge Erwerbs von einem dritten Gläubiger wiederum eine Forderung an ihm zustehen werde. Danach ist die Klausel nur insoweit gültig, als unter « noch erlaufenden Verbindlichkeiten » solche verstanden werden, an deren Begründung in der Zukunft die Kontrahenten bei Abschluss des Pfandvertrages vernünftigerweise hatten denken können und müssen, m. a. W. solche Verbindlichkeiten, deren Eingehung in den Bereich der bereits bestehenden oder doch in Aussicht genommenen geschäftlichen Beziehungen zwischen den Kontrahenten fielen. Zu den Verbindlichkeiten solcher Art aber kann die Wechselforderung, für welche die Beklagte das Pfandrecht beansprucht, nicht gerechnet werden. Zu diesem Schluss führt hauptsächlich die Überlegung, dass der Verpfänder bei der Pfandbestellung für zukünftige Forderungen des Pfandgläubigers an ihm regelmässig nicht solche im Auge haben wird, welche letzterer von Dritten erwirbt. Denn auf diese Weise würden beliebige Forderungen, die seinerzeit als unversicherte begründet wurden, nachträglich mit Pfandsicherheit ausgestattet, lediglich deshalb, weil sie auf den Pfandgläubiger übergegangen sind, ohne dass dem Schuldner die Möglichkeit offen stünde, diese nachträgliche Sicherung zu verhindern, die doch im Ergebnis dem ursprünglichen Gläubiger zugute kommen wird, der gar keinen Anspruch darauf hat. Vorliegend ergibt sich das Gegenteil nicht etwa aus Ziff. 3 des Kreditscheines, wonach die Beklagte ermächtigt war, « alle in

ihrem Besitz befindlichen Wechsel, die mit ihrer Unterschrift versehen sind, zu jeder Zeit, auch vor Verfall so weit möglich auf Rechnung des Kredites zu belasten ». Einmal hat nämlich die Beklagte selbst gar nicht behauptet, dass sie den von ihr diskontierten Wechsel weiterindossiert habe und dass sie dann aus ihrem Indossament belangt worden sei ; sodann hätte sie hiemit die Belastung des schon längst erschöpften Kredites auch gar nicht zu rechtfertigen vermocht, solange er nicht um einen Betrag zurückgeführt worden war, welcher diese neue Belastung « ermöglichte » (im Sinne der angeführten Klausel), und endlich dürfte jene Klausel wohl überhaupt nur auf solche Wechsel Bezug haben, für welche die Beklagte in irgend einer Form die Haftung übernahm, um sie im Interesse des Schreiber zum Umlauf fähig zu machen, nicht solche, welche sie im Interesse eines Dritten diskontierte. Danach ist die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Wechselforderung durch den Schuldbrief nicht pfandversichert, wiewohl das Pfandrecht entgegen dem Standpunkt der Kläger nicht als ausschliesslich für die verbürgte Kreditforderung bestellt worden ist.

5. — Aus dem eben Gesagten folgt ohne weiteres auch dass die Beklagte zu Unrecht eventuell ein Retentionsrecht geltend macht, weil es an dem durch Art. 895 Abs. 1 ZGB — Abs. 2 kommt nicht zur Anwendung — erforderlichen Zusammenhang zwischen der Wechselforderung und dem Schuldbrief fehlt. Auch in dieser Beziehung brauchen sich die Kläger aus den in Erw. 3 angeführten Gründen den rechtskräftig gewordenen Zahlungsbefehl bzw. den unangefochten gebliebenen Rechtsöffnungsentscheid nicht entgegenhalten zu lassen.

6. — Steht aber der Beklagten ein Pfand- oder Retentionsrecht am Schuldbrief für den Wechsel in Wahrheit nicht zu, bzw. stand es ihr jedenfalls nicht zu, bevor der Zahlungsbefehl rechtskräftig geworden ist, so erweist sich der einzig noch im Streite liegende zweite Klagantrag

als grundsätzlich begründet und ist das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen. Doch kann sich diese Bestätigung freilich, wie die Beklagte mit Recht bemerkt, nicht auch darauf beziehen, dass der Schuldbrief aus ihrer Faustpfandverwertungsbetreibung ausfällt; vielmehr kann die Beklagte gestützt auf den rechtskräftigen Zahlungsbefehl auch jetzt noch auf die Verwertung dringen, sofern sie ein Interesse daran zu haben glaubt, obwohl ihr vom Verwertungserlös nichts wird zugeteilt werden können. Ihr dies im Urteilsdispositiv ausdrücklich vorzubehalten scheint indessen nicht notwendig zu sein.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 2. April 1925 bestätigt.

47. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juli 1925

i. S. Wartmann gegen Lötscher und Habermacher & C^{ie}.

Unzulässigkeit der Anschlussberufung des Beklagten gegen das die Klage als unbegründet abweisende Urteil mit dem Antrag auf Verneinung der Aktivlegitimation des Klägers (Erw. 1).

Aktivlegitimation und **Passivlegitimation** für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer durch Grundpfandverschreibung versicherten Forderung und für die Klage auf Löschung der Grundpfandeintragung im Grundbuch nach Abtretung der Forderung und nach Veräusserung des Pfandgrundstückes: kann der Verkäufer noch auf Löschung klagen? Art. 975 ZGB. Das gesetzliche Grundpfandrecht des Verkäufers steht nur dem Verkäufer laut öffentlich beurkundetem Kaufvertrag und nur für den öffentlich beurkundeten Kaufpreis zu. Art. 837 Ziff. 1 ZGB (Erw. 4).

A. — Am 10. Juli 1916 kaufte Josef Bloch, für den sein Vater Salomon Bloch als bevollmächtigter Vertreter

handelte, durch öffentlich beurkundeten Vertrag von Franz Müller dessen aus 4 Parzellen bestehende Liegenschaft in Hochdorf; als Kaufpreis wurde dabei « die Summe des Verschriebenen samt Zins, berechnet auf den 15. Juli 1916 », angegeben, die an Kapital 44,949 Fr. 16 Cts. betrug. Noch bevor es zur Fertigung (Eigentumsübertragung) gekommen war, schloss Salomon Bloch als Vertreter des Josef Bloch mit der Klägerin Frau Wartmann am 31. Juli 1916 einen nur privatschriftlich aufgesetzten Vertrag ab, durch welchen er ihr die von Franz Müller erworbene Liegenschaft in Hochdorf um 58,000 Fr. verkaufte unter folgenden Bedingungen:

« Diese Summe ist wie folgt abzahlbar: 1813 Fr. durch Bloch für betriebene Zinse an das Betreibungsamt Hochdorf bis 12. August 1916, Übernahme des Gesamtverschriebenen inklusiv nicht betriebene Zinsen und Marchzinsen und die Restanz von zirka 10,000 Fr. bis 12,000 Fr. gemäss sich ergebender Abrechnung tilgbar durch zwei zu errichtende Grundpfandverschreibungen von ungefähr gleicher Grösse. Dieselben kommen in direkt nachfolgender Pfandstelle auf vier Jahre fest verzinslich à 4 ½ %..... Die Kündigung hat je halbjährlich zu geschehen..... »

Gleichen Tages wurde der Kaufvertrag zwischen Müller und Bloch von den Kontrahenten annulliert und verkaufte Müller seine Liegenschaft im Einverständnis des Bloch durch öffentlich beurkundeten Vertrag an die Klägerin Frau Wartmann, wobei als Kaufpreis wiederum « die Summe des Verschriebenen samt Zins und Marchzins, berechnet auf den 15. Juli 1916 », im erwähnten Kapitalbetrage von 44,949 Fr. 16 Cts. angegeben wurde, während die Belastung mit Zinsen 48,617 Fr. 42 Cts. betrug. Ebenfalls noch am gleichen Tage stellte die Klägerin folgende drei « Bescheinigungen » aus:

« Die unterzeichnete Frau Wartmann..... als Liegenschaftsnachfolgerin des Franz Müller-Zeller erklärt hie-