

Anwendung gebracht mit der Begründung, über die Herabsetzungsgründe enthalte das kantonale Beamtenverantwortlichkeitsgesetz keine abweichenden Bestimmungen. Allein wenn Lücken in der besonderen kantonalen Ordnung der Beamtenverantwortlichkeit von der Rechtsprechung durch die Heranziehung einzelner Vorschriften des OR über die Deliktobligationen ausgefüllt werden, so sind letztere als Bestandteil des kantonalen Rechtes anzusehen, umsomehr als dies sogar bei ausdrücklicher Verweisung angenommen wird (BGE 49 II S.436).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung der Kläger wird nicht eingetreten.

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

64. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. Oktober 1927

i. S. Sparkasse Berneck gegen Kanton St. Gallen.

ZGB Art. 955: Verantwortlichkeit der Kantone aus der Grundbuchführung. Zu dieser gehört auch die Ausstellung von Grundbuchauszügen, besonders über Grundpfandverschreibungen. Voraussetzungen, unter denen ein nicht vom Grundbuchverwalter (oder seinem Stellvertreter) beglaubigter Auszug einen Akt der Grundbuchführung darstellt (Erw. 1).

Dem beklagten Kanton stehen die Einreden aus Art. 44 OR zu (Erw. 2).

Abweisung der Verantwortlichkeitsklage einer Kleinbank, welche gegen Auslieferung eines Auszuges über eine zu ihren Gunsten errichtete Grundpfandverschreibung auf der Liegenschaft des Grundbuchverwalters diesem ein Darlehen gewährt hatte, obwohl der Pfandbestellungsvertrag vorher nur telephonisch besprochen worden war (Erw. 2).

(Gekürzt) A. — Im Kanton St. Gallen, wo das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist, gelten bis zur Einführung des Grundbuches für die Errichtung des Grundpfandes, speziell der Grundpfandverschreibung, folgende Formvorschriften des Gesetzes vom 16. Mai 1911 und der regierungsrätlichen Verordnung vom 9. Dezember 1911 betr. die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches : Art. 208, 224, 228, 230 des Gesetzes und Art. 41, 75, 79 Abs. 2, 80, 82 (52 Abs. 2), 83, 84, 85, 88 der Verordnung, wesentlich folgenden Inhaltes : Für öffentlich zu beurkundende Verträge über dingliche Rechte ist der Gemeinderatsschreiber Urkundsperson. Für die Errichtung neuer Grundpfandrechte bleiben im wesentlichen die Formen des bisherigen Hypothekarrechtes in Kraft. Wer ein Grundpfand errichten will, hat somit durch den Gemeinderatsschreiber eine Kopei (Grundstücksbeschreibung) mit den Einträgen in den öffentlichen Büchern entsprechenden Angaben über die bestehenden Grundpfandverhältnisse errichten zu lassen, die vom Gemeinderatsschreiber, dem Grundeigentümer und nach Prüfung der Übereinstimmung mit den bestehenden Einträgen in den öffentlichen Büchern auch vom Gemeindevorsteher zu unterzeichnen ist. Sodann wird die Kopei dem Schuldner ausgehändigt « zur Einholung der unterschriftlichen Erklärung eines allfälligen Gläubigers, dass er sich verpflichte, das in der Kopei beschriebene Grundstück für einen bestimmten Schuldbetrag als Pfand anzunehmen », u. a. mit Angabe des Zinsfusses usw. Nach Wiedereinlieferung der Kopei « erfolgt die öffentliche Beurkundung durch den Gemeinderatsschreiber durch eine Vormerkung auf der Pfandkopei, ohne dass die Parteien zugezogen werden müssen. » Hierauf werden die Parteien auf die nächste Sitzung des Gemeinderates zur Pfanderkenntnis eingeladen ; wenn sie ausbleiben, kann die Pfanderkenntnis in ihrer Abwesenheit doch erfolgen. Sie ist jedoch (beispielsweise)

« bis Austrags der Sache » zu verweigern, wenn eine Partei dies verlangt, oder wenn dem Gemeinderat bekannt ist, dass Lasten gar nicht oder nicht richtig aufgeführt sind. Nach der Pfanderkenntnis ist vom Gemeinderatsschreiber die Eintragung in das Pfandprotokoll vorzunehmen. Der Eintragung der gemeinderätlichen « Titel » Erkenntnis in das Pfandprotokoll nach Massgabe der bisherigen Bestimmungen über das Hypothekarwesen kommt die Grundbuchwirkung im Sinne von Art. 48 des Schlusstitels des ZGB in bezug auf die Entstehung der Grundpfandrechte zu. Als Beweismittel für das Pfandrecht wird eine vom Gemeindammann und Gemeinderatsschreiber zu unterzeichnende Abschrift des Eintrages im Pfandprotokoll ausgestellt.

B. — Gegen Ende Juli 1925 fragte David Nüesch, Gemeinderatsschreiber in Balgach, Eigentümer einer daselbst gelegenen mit Grundpfandrechten von zusammen 12,000 Fr. belasteten Liegenschaft, die Klägerin telephonisch an, ob sie ihm gegen Verpfändung seiner auf 26,700 Fr. geschätzten, bis zu 10,800 Fr. mit Grundpfandrechten belasteten Liegenschaft ein Darlehen von 5000 Fr. gewähre. Als die Klägerin dies sofort zusagte, füllte Nüesch ohne weiteres ein vorgedrucktes amtliches Formular für « Schuldschein mit Grundpfandverschreibung » mit auf der zweiten und dritten Seite angehängtem « Auszug aus dem Pfandprotokoll der politischen Gemeinde Balgach über die Eintragung einer Grundpfandverschreibung » aus, welches letzterer lautet: (Pfandprotokoll) « Bd. XII Fol. — Nr. 236. Auf Grund des umstehenden Schuldscheines ist am 31. Juli 1925 zugunsten von Sparkasse Berneck eine Grundpfandverschreibung im Betrage von 5000 Fr. auf nachstehend bezeichnete Grundstücke des Eigentümers Nüesch David Erwin, Gemeinderatsschreiber, Balgach, im Pfandprotokoll der polit. Gemeinde Balgach eingetragen worden. Wohnhaus (folgt nähere Beschreibung). Total Schätzungsbetrag

26,700 Fr. Hierauf haften an Grundpfandrechten.....
Total Pfandlasten 10,800 Fr.

Für getreuen Auszug.

Balgach, den 31. Juli 1925.

Für die Gemeinderatskanzlei :

Der Gemeinderatsschreiber : i.V.

A. Nüesch. »

Die Unterschrift wurde auf Geheiss des David Nüesch von dessen auf der Gemeinderatskanzlei beschäftigtem 18 jährigen Sohne Arnold Nüesch hingesetzt. Dieser überbrachte die Urkunde noch am gleichen Tage der Klägerin mit einem Begleitschreiben des Vaters, worin er bittet, « den Betrag unserem Angestellten, der Ihnen die Grundpfandverschreibung übergibt, auszuhändigen », was dann auch geschah.

In der Folge sah sich die Klägerin auf die gewöhnliche Betreibung angewiesen, da eine Grundpfandverschreibung weder vom Gemeinderat erkannt noch in das Pfandprotokoll eingetragen worden war ; hiebei erhielt sie einen Verlustschein über 5238 Fr. 65 Cts.

C. — Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin gestützt auf Art. 955 ZGB (Haftbarkeit der Kantone für die Grundbuchbeamten) Verurteilung des Kantons St. Gallen zum Schadenersatz in diesem Betrage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Erste Voraussetzung der Gutheissung der Klage ist, dass sie aus einem Akt gesetzwidriger Grundbuchführung hergeleitet wird. Und zwar steht hiebei der Führung des eidgenössischen Grundbuches, wo dieses noch nicht eingeführt und ihm auch nicht eine andere Einrichtung gleichgestellt wurde, die Handhabung der kantonalen Formen gleich, denen gemäss Art. 48 des Schlusstitels des ZGB — beschränkte — Grundbuchwirkung beigelegt worden ist (BGE 51 II S. 388 ff. Erw. 2). Vorliegend fällt als Akt gesetzwidriger Grundbuchführung

nicht etwa die Nichteintragung einer Grundpfandverschreibung zugunsten der Klägerin in das Pfandprotokoll in Betracht; denn notwendige Grundlage einer solchen Eintragung wäre nicht nur eine entsprechende Pfanderkenntnis durch den Gemeinderat gewesen, die zwar ebenfalls zur Grundbuchführung zu rechnen ist, sondern vor allem schon die öffentliche Beurkundung eines entsprechenden Pfandvertrages in der Pfandkopi, deren Vornahme nicht mehr zur Grundbuchführung gehört, obwohl hierfür nach der Organisation der öffentlichen Beurkundung im Kanton St. Gallen ausschliesslich der Grundbuchverwalter bezw. Gemeinderatsschreiber zuständig ist. Allein die Grundbuchführung erschöpft sich nicht in der Führung des Hauptbuches und der Hülsregister bezw. der kantonalen Ersatzregister oder -protokolle, sondern umfasst, gleichwie die Ausstellung und Löschung von Pfandtiteln (vgl. BGE a.a.O. und das dort angeführte frühere Urteil), so auch die Ausstellung von Auszügen aus dem Grundbuch bezw. den kantonalen Ersatzregistern oder-protokollen, die von Art. 105 der Grundbuchverordnung allgemein und von Art. 825 Abs. 2 ZGB im besondern « über die errichtete Pfandverschreibung » vorgesehen worden ist und seit dem Inkrafttreten des ZGB eine Amtsfunktion des Grundbuchverwalters — bezw. bis zur Einführung des eidgenössischen Grundbuches des- oder derjenigen Beamten, welche die Obliegenheiten des Grundbuchverwalters besorgen — darstellt, der er sich nicht entziehen kann. Freilich vermag sich die Klägerin nicht auf einen vom Grundbuchverwalter (oder seinem Stellvertreter) beglaubigten (vgl. Art. 105 der Grundbuchverordnung) Auszug zu berufen, ja weitergehend bedarf der Auszug « über die errichtete Pfandverschreibung » nach Art. 88 Abs. 4 der zitierten Einführungsverordnung zum ZGB (EV) der Unterschrift nicht nur des Gemeinderatsschreibers, sondern ausserdem auch des Gemeindammannes. Nichtsdestoweniger kann der der Klägerin ausgestellte

Auszug nicht etwa als blosser Fälschung einer vom Grundbuchverwalter verschiedenen Drittperson angesehen werden, für welche natürlich die Haftbarkeit des Kantons nicht in Anspruch genommen werden könnte. Denn wenn auch nicht der Gemeinderatsschreiber von Balgach den Auszug beglaubigt hat, so stellt dieser doch einen Akt seiner Grundbuchführung dar, weil als Urheber desselben der Gemeinderatsschreiber selbst anzusehen ist und infolgedessen auf das Fehlen der vorgeschriebenen Unterschriften nichts ankommt. Lässt der Grundbuchverwalter einen Auszug aus dem Grundbuch durch einen Angestellten des Amtes beglaubigen (der nicht zugleich sein Stellvertreter ist), anstatt es selbst zu tun, wie es Art. 105 der Grundbuchverordnung vorschreibt, so nimmt er damit eine Amtshandlung vor, wiewohl er einer Vorschrift des formellen Grundbuchrechtes zuwiderhandelt, und wenn durch einen auf diese Weise erstellten unrichtigen Auszug Schaden angerichtet wird, so kann sich der Kanton seiner Haftbarkeit nicht wegen jener Formwidrigkeit entziehen. Schreibt aber das kantonale Recht die Unterzeichnung eines Auszuges durch einen zweiten Beamten vor, so liegt es dem Grundbuchverwalter ob, ihn gegenzeichnen zu lassen, und wenn er ihn ohne Einholung der zweiten Unterschrift ausstellt, so kann der Kanton seine Haftbarkeit für die materielle Richtigkeit des Auszuges nicht unter Hinweis auf jene in der Nichtbeobachtung einer Vorschrift des formellen Grundbuchrechtes bestehenden Amtspflichtverletzung des Grundbuchverwalters ablehnen. Es ist nicht einzusehen, wieso es sich in dieser Beziehung anders verhalten sollte als bezüglich der von Art. 857 Abs. 2 ZGB geforderten Unterschrift der Pfandtitel (Schuldbrief und Gült) durch eine vom kantonalen Recht bezeichnete Behörde oder Amtsstelle, deren Einholung das Bundesgericht in dem bereits erwähnten Urteil i. S. Gebr. Fretz A.-G. gegen den Kanton Wallis vom 27. November 1924 als zur Grundbuchführung gehörend bezeichnet hat. Unbe-

helflich ist insbesondere die Einwendung des Beklagten, dass der Gemeinderatsschreiber Nüesch zu eigenem Nutzen verbrecherisch gehandelt habe. Denn sein Verbrechen bestund eben gerade darin, dass er unter Missbrauch der ihm als mit der Grundbuchführung betrautem Beamten zustehenden Amtsgewalt seinen Sohn in Vertretung des Grundbuchverwalters bzw. Gemeinderatsschreibers eine zur Aushändigung an die Klägerin bestimmte inhaltlich unwahre Urkunde in der Form eines Grundbuchauszuges « über die errichtete Pfandverschreibung » unterzeichnen liess. Ebenso wenig wird die Haftbarkeit des Beklagten von der Mitwirkung des Sohnes irgendwie berührt, da die Haftbarkeit der Kantone für den « aus der Führung des Grundbuches » entstehenden Schaden nicht auf die Grundbuchbeamten beschränkt, sondern auch auf deren Hilfspersonen ausgedehnt ist, mögen diese vom Beamten befugterweise zugezogen worden sein oder nicht (vgl. OSTERTAG, Note 2 zu Art. 955 ZGB).

2. — Die Gutheissung der Klage setzt weiter voraus, dass der Schaden, dessen Ersatz die Klägerin verlangt, durch den Akt gesetzwidriger Grundbuchführung verursacht worden ist, aus welchem die Klage hergeleitet wird. Und sogar wenn dies zutrifft, kann der beklagte Kanton von der Ersatzpflicht entbunden (oder kann die Ersatzpflicht ermässigt) werden, sofern auf die Entstehung des Schadens Umstände eingewirkt haben, für welche die Klägerin einstehen muss (Art. 44 OR). In der Tat wäre nicht einzusehen, wieso das Selbstverschulden des Geschädigten nicht als « Herabsetzungsgrund » in Betracht kommen sollte gegenüber einer Haftung, die kein Verschulden des Haftenden voraussetzt, wie denn z. B. die Anwendung des Art. 44 OR auf die Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR) dem Zusammenhang der bezüglichen Bestimmungen nach nicht in Zweifel gezogen werden könnte.

Nun wird der Klägerin ja freilich zugegeben werden müssen, dass sie die Darlehenssumme nicht ausbezahlt

haben würde, wenn der Schuldschein nicht von einem Auszug aus dem Pfandprotokoll begleitet worden wäre, wonach zur Sicherung des Darlehens eine Grundpfandverschreibung im fünften Range nach einem Vorgange von 10,800 Fr. eingetragen war. Allein selbst wenn der Auszug der Wahrheit entsprochen hätte und wenn der Eintragung der Grundpfandverschreibung im Pfandprotokoll die Pfanderkenntnis durch den Gemeinderat vorausgegangen wäre, so hätte die Klägerin doch kein Grundpfandrecht geltend machen können, weil der ohne Rechtsgrund, nämlich ohne Erfüllung der gemäss Art. 799 Abs. 2 ZGB für die Gültigkeit des Pfandvertrages erforderlichen Form der öffentlichen Beurkundung erfolgte Eintrag ihr kein Grundpfandrecht zu verschaffen vermochte (Art. 965 ZGB). Grundsätzlich sind die Kantone gemäss Art. 955 ZGB zwar auch dafür verantwortlich, dass keine Eintragungen ohne Nachweis der für die Gültigkeit des Rechtsgrundes erforderlichen Form vorgenommen werden. Indessen ist es doch in erster Linie Sache desjenigen, welcher sich durch Vertrag ein Grundpfandrecht einräumen lassen will, darauf zu achten, dass ein verbindlicher Vertrag auf Errichtung des Grundpfandes abgeschlossen werde, und hiezu bedarf es nach Art. 799 Abs. 2 ZGB eben der öffentlichen Beurkundung. Von der Art und Weise, wie die öffentliche Beurkundung von Grundpfandverträgen durch das Übergangsrecht des Kantons St. Gallen (EV zum ZGB Art. 80 Abs. 2) in auffallendem Gegensatz zur öffentlichen Beurkundung im allgemeinen (vgl. EG zum ZGB Art. 38) geordnet ist, muss nun freilich gesagt werden, dass sie sich kaum durch irgend ein wesentliches Merkmal von der blossen (privaten) Schriftlichkeit unterscheidet; dies lässt sich nicht anders als aus dem Bestreben erklären, die antiquierten Formen des kantonalen Gesetzes über das Hypothekarwesen von 1831 ohne eigentliche Anpassung an das neue eidgenössische Liegenschaftsrecht weiterzupflegen, was jedoch höchstens dann hätte gebilligt werden können, wenn durch schleunige Inangriff-

nahme der Einführung des eidgenössischen Grundbuches die Geltungszeit dieses Übergangsrechtes möglichst gekürzt worden wäre. Allein trotz dieser weitgehenden Formlosigkeit der Willenserklärungen der Pfandvertragsparteien ist es ganz unerfindlich, wieso die Klägerin durch den ihr vorgelegten Auszug aus dem Pfandprotokoll in die Meinung versetzt werden konnte, ein vertragliches Grundpfandrecht erworben zu haben, obwohl über den Pfandvertrag lediglich durchs Telephon gesprochen worden war. Wenn auch einzuräumen ist, dass dem Pfandgläubiger nicht zugemutet werden darf, sich um die Beobachtung aller Einzelheiten der vom st. gallischen Übergangsrecht vorgeschriebenen Form der Grundpfandbestellung, die zum Teil als leere Formalitäten erscheinen, zu kümmern, zumal insoweit sie aus internen Vorgängen im Schosse der Gemeindebehörde bestehen, so kann dem Pfandgläubiger doch nicht zugestanden werden, gänzlich ausser acht zu lassen, dass ein vertragliches Grundpfandrecht nicht ohne seine irgendwie verurkundete Mitwirkung zustande kommen kann, jedenfalls nach dem Übergangsrecht des Kantons St. Gallen. Dazu kommt nun aber noch, dass die geschäftsführenden Organe der Klägerin, welche das Hypothekargeschäft gewerbmässig betreibt, aus dem täglichen Geschäftsbetrieb mit den vom Übergangsrecht ihres Kantones festgesetzten besonderen Formalitäten der vertraglichen Grundpfandbestellung, insbesondere mit der Funktion der Pfandkopei und der gemeinderätlichen Pfanderkenntnis, zu welcher die Kontrahenten vorgeladen werden, vertraut sind. Somit kann es nur ihrer unentschuldbaren Nachlässigkeit zugeschrieben werden, wenn sie sich durch den Auszug aus dem Pfandprotokoll verleiten liessen zu glauben, ein vertragliches Grundpfandrecht erworben zu haben, ohne eine Kopei unterzeichnet zu haben und ohne dass eine gemeinderätliche Pfanderkenntnis stattgefunden hatte, zu der sie ja nicht nur nicht vorgeladen worden waren, sondern die durch den Auszug auch gar nicht vorgespiegelt werden wollte.

Musste sich die Klägerin bei einiger Aufmerksamkeit Rechenschaft darüber geben, dass mangels Abschlusses eines öffentlich beurkundeten Pfandbestellungsvertrages unmöglich eine gültige Grundpfandverschreibung zu ihren Gunsten im Pfandprotokoll eingetragen sein konnte, so kann sie aus dem das Gegenteil vortäuschenden Auszug nichts für sich herleiten. Übrigens war vermehrte Aufmerksamkeit am Platze, weil es sich um ein Geschäft handelte, an welchem der Gemeinderatsschreiber persönlich interessiert war. Indessen hätte schon die einfachste Überlegung bei der Klägerin die Auffassung erwecken müssen, dass entweder der Protokollauszug unwahr oder aber die Grundpfandverschreibung rechtswidrig eingetragen worden sei.

Nach dem Ausgeführten trifft die Klägerin ein derart schweres Selbstverschulden, dass es sich rechtfertigt, den Beklagten gänzlich von der Ersatzpflicht zu entbinden, sofern nicht überhaupt die eigentliche und einzige Schadensursache darin gesehen werden will, dass die Klägerin einen Hypothekarkredit gewährte, ohne einen öffentlich beurkundeten Pfandvertrag abgeschlossen zu haben. Weder die eine noch die andere Auffassung lässt für die Berücksichtigung des schweren Verschuldens des Gemeinderatsschreibers Nüesch zugunsten der Klägerin Raum, und ebensowenig für die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, welcher sich der Gemeinderat von Balgach schuldig gemacht haben mag. Übrigens ist weder dargetan, dass es geradezu Gepflogenheit der Gemeinderatskanzlei Balgach gewesen wäre, vertragliche Grundpfandverschreibungen ohne Errichtung einer Pfandkopei und ohne Pfanderkenntnis des Gemeinderates auszustellen, noch dass die Klägerin je bei einem der früheren Vorkommnisse dieser Art als Pfandgläubigerin beteiligt gewesen wäre.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.