

Ebenso wenig lässt sich aus dem Zivilrecht ein Ausschluss der Betreibung ableiten. Das Zivilrecht bestimmt deutlich, wann eine Betreibung gar nicht erst eingeleitet werden kann; vgl. Art. 173 ZGB, 586 ZGB oder den früher geltenden Art. 46 des BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen. Wenn es die Betreibung während des Ablösungsverfahrens hätte verbieten wollen, hätte es dies auch deutlich statuiert.

Die einseitige Ablösung von Grundpfandrechten ist in den welschen Kantonen und im Kanton Tessin seit dem Code Napoléon bekannt. In der Regel ist der Grundbuchbeamte oder Notar, im Kanton Tessin der Betreibungsbeamte, für die Durchführung der Ablösung zuständig. Bei Erlass des Zivilgesetzbuches waren die Einzelheiten des Verfahrens bekannt; vgl. Eugen Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, Basel, 1889, Bd. III, S. 621–23; Leemann, Komm. z. Sachenrecht, N. 15 zu Art. 828 ZGB.

In den Kantonen, die einzig die Schätzung, nicht die Versteigerung des Grundstücks auf Begehren eines Grundpfandgläubigers vorsehen, bleibt der Entscheid über die Höhe des Übernahmeprices bis zur Rechtskraft des letzten Entscheides oder Urteils ungewiss. Es bleibt auch unsicher, ob ein Übernehmer diesen allenfalls erheblich höheren Schätzungsbetrag leisten kann und leisten will. Die Grundpfandgläubiger sind bei dieser Ungewissheit auf die Möglichkeit der Grundpfandbetreibung geradezu angewiesen, um ihre Rechte zu wahren.

ABSchKG 5.7.1974 (RBer 1973/74, S. 48)

3027

Grundpfandrecht. Pfandhaft für Zinsen bei altrechtlichen Zedeln (Art. 853 ZGB, Art. 5 des Gesetzes vom 30. April 1881 über das Pfandrecht an Liegenschaften; bGS 213.21).

Die Auffassung, dass unter den in Art. 853 ZGB vorbehaltenen «besonderen gesetzlichen Bestimmungen» die in Art. 26 Schlusstitel zum ZGB zu verstehen seien, ist unhaltbar. Das ergibt sich klar aus den Beratungen der eidgenössischen Räte, wo Ständerat Dr. Hoffmann laut stenogr. Bulletin 1906, Seite 1412, wörtlich ausführte: «Endlich haben wir in Art. 839 (dem heutigen Art. 853) den sehr wichtigen Grundsatz, dass für die unter den

kantonalen Rechten erstellten Gülten mit Einschluss der Zinsbeschränkung *die Bestimmungen unter denen sie errichtet wurden*, vorbehalten sind.»

Im übrigen hat auch das Bundesgericht in seinem Entscheide Bd. 47 I 101 ausdrücklich festgestellt: *«Unter diesen Bestimmungen können, da das ZGB selbst für die alten Gülten keine besonderen materiellrechtlichen Normen aufstellt, nur die Vorschriften des bisherigen kantonalen Hypothekarrechtes verstanden sein.»*

Es kann deshalb gar keinem Zweifel unterliegen, dass der Gesetzgeber die Gülten alten Rechtes *in ihrem Bestande* nach den gesetzlichen Bestimmungen gewährleisten wollte, die das kantonale Recht für sie aufgestellt hatte.

Diese Ausnahmebestimmung lässt daher auch die Anwendung des Art. 818 ZGB auf diese altrechtlichen Gülten nicht zu, umso mehr, als diese altrechtlichen Normen auch nicht der Auffassung des neuen Rechtes in bezug auf die öffentliche Ordnung widersprechen. Im Gegenteil würde die plötzliche Erweiterung der pfandrechtlichen Sicherheit auf drei volle Jahreszinse statt wie bisher für maximal zwei vor der Konkurseröffnung usw. verfallene Jahreszinse eine förmliche ungerechtfertigte Begünstigung der Eigentümer alter Appenzeller Zedel zum Nachteile der nachgehenden Zedelgläubiger bedeuten. Die Pfandstelle, die ihnen nach dem alten Recht eingeräumt war und die neben dem Kapital auch die gesetzlich geforderten Zinse umfasste, würde plötzlich um mindestens 4½% verschlechtert, weil nach unten verschoben. (...)

Aus der Unkündbarkeit der Appenzeller Zedel ergab sich von jeher auch die sehr starke Einschränkung der Haftung des Grundpfandes für verfallene Zinse (s.A. Hoffstetter, «Die verschiedenen Arten des appenzellischen Zedels nach ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung», Herisau 1894). Da der Zedeld кредитор nicht kündigen konnte, hätte er ohne diese Einschränkung riskieren müssen, dass die vorangehenden Zedelgläubiger den «guten Mann» gespielt, d.h. Zinse über Zinse hätten aufwachsen lassen. Man suchte dem sogar durch die sogenannten «abzinsigen» Zedel vorzubeugen (siehe Art. 5 Abs. 1 des Zedelgesetzes von 1882, welcher die Verhinderung des Auflaufenlassens von pfandrechtlich gesicherten rückständigen Zinsen bezweckte). Schliesslich bestimmte das Gesetz über das Pfandrecht an Liegenschaften vom 30. April 1882, dass bei allen Zedeln das Unterpfand nicht nur für die Zedelsumme, sondern auch für den laufenden und weiter auf die Dauer eines Jahres für den verfallenen Jahres-

zins hafte (Art. 5 des zit. Gesetzes). Das Vollziehungsgesetz zum SchKG von 1895 enthielt in Art. 37 die Vorschrift, dass das Unterpfand ausser für das Kapital für den laufenden Zins und auf die Dauer von 18 Monaten für den verfallenen Zins hafte. Man war sich also stets bewusst, dass die Unkündbarkeit des Appenzeller Zedels nicht zulasse, dass zu viele Zinsen pfandrechtl. gesichert bleiben und dadurch die Position der nachgehenden Pfandgläubiger gefährdet werde.

Die Bestimmung von Art. 5 des Zedelgesetzes von 1882 ist dann als Anhang zum Einführungsgesetz zum ZGB mit dem gesamten Zedelgesetz als weiterhin gültig erklärt worden, immerhin mit der sich aus dem BG zum SchKG von 1895 und der allgemeinen Klausel in Art. 63e der Schlussbestimmungen desselben ergebenden Ausdehnung der Haftung von einem Jahr auf 18 Monate.

Damit bestand die Bestimmung in dem Wortlaut, wie sie im Anhang zum EG zum ZGB von 1911 abgedruckt ist, als eine Sonderbestimmung für die appenzellischen Zedel zu Recht, was auch heute noch für die Zedel des alten appenzellischen Rechtes gilt.

Die Ansicht, Art. 5 des Zedelgesetzes von 1885 sei keine Sonderbestimmung und gelte gleichermassen auch für offene Liegenschaftszahlungen und für Widerlegbriefe, ist unrichtig.

Die früheren gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung des Unterpfandes für verfallene oder laufende Zinsen haben sich stets nur auf die eigentlichen Zedel bezogen. Der Name «Zedel» kam nur den unaufkündbaren, Gültcharakter tragenden Grundversicherungen zu, während kündbare und eine persönliche Haftung des Schuldners neben dem Unterpfand bedingende den Namen «Brief» trugen. So unterscheidet sich auch der «Widerlegbrief» schon durch diese blosser Benennung als «Brief» von den Zedeln, ganz abgesehen von seinem materiellrechtlichen Inhalt. Die Bestimmung des Zedelgesetzes über Errichtung und Zinsfuss, Klassifikation der Zedel, ihre Abzahlung, zeitweise Unkündbarkeit und Tilgung, die Rechte des Zedeleigentümers bei Verkauf oder Schwächung des Unterpfandes usw. beziehen sich ausschliesslich auf diejenigen Grundpfandarten, welche den Namen «Zedel» tragen.

Abgesehen davon diente der Widerlegbrief nur zur Sicherstellung von Frauengut und von Vermögen minderjähriger oder unter Vormundschaft stehender Kinder. Eine Verzinsung der diesbezüglich sichergestellten Forderungen fand in der Regel überhaupt nicht statt, da die Zinsen des Frauengutes und Kindergutes ja dem Ehemann bzw. dem Vater gehören.

Endlich ist der Widerlegbrief durch die ausdrückliche Vorschrift des Art. 201 EG zum ZGB schon seit 1915 verschwunden, und es ist schon aus der Ausmerzung desselben ersichtlich, dass er durchaus nicht den Charakter eines Appenzeller Zedels hatte.

Die Gleichbehandlung der Sicherheit offener Liegenschaftszahlungen in Art. 37c des EG zum SchKG von 1895 findet sich sodann lediglich in letzterem Gesetz, nicht aber auch im Zedelgesetz. Ausserdem ist sie im EG zum SchKG von 1913 verschwunden, indem die Sicherstellung offener Kaufforderungen mit Art. 837 ZGB zwingend und neu geregelt ist.

Wir haben es also in der Bestimmung des Art. 5 des als Anhang zum EG zum ZGB weiter zu Recht bestehenden Zedelgesetzes von 1882 mit einer *Sonderbestimmung* zu tun, die *allein* für die alten Appenzeller Zedel gilt, somit nur für die Grundpfandrechte alten Rechtes, deren Gültcharakter unwidersprochen ist (liegende Zedel, Handwechsel, Terminzedel).

Die Anführung der gleichen Vorschrift in Art. 33 des EG zum SchKG von 1913 bedeutet lediglich eine Wiederholung der an sich absolut zedelrechtlichen Sonderbestimmung.

Handelt es sich also bei der Vorschrift des Art. 5 des Zedelgesetzes von 1882, bzw. Art. 33 EG zum SchKG um eine klare, besondere gesetzliche Bestimmung für die Gülten alten Rechtes, so bleibt nur noch zu untersuchen, ob die Anwendung dieser besonderen Bestimmung mit der Auslegung des Art. 853 ZGB, wie sie bisher durch die Praxis des Bundesgerichtes zum Ausdruck kam, in Widerspruch steht.

Diesbezüglich fallen folgende gedruckte Entscheide in Betracht:

a) Band 47 I 101: Hier hat das Bundesgericht ausdrücklich festgestellt, dass Art. 853 als *lex specialis* den Bestimmungen des Schlusstitels ZGB vorgeht und die Weitergeltung des alten kantonalen Rechtes für altrechtliche Gülten auch in Beziehungen gewährleistet, für welche sich sonst aus den letzteren Vorschriften etwas anderes ergeben würde.

Es wurde dabei nur die Frage offen gelassen, ob der Vorbehalt ein absoluter sei oder ob auch hier das alte Recht vor dem neuen wenigstens insoweit weichen müsse, als dieses über die betreffende Frage um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte und daher zwingende Vorschriften enthalte.

b) «Praxis» Band XIX Nr. 10: Hier hat das Bundesgericht speziell in bezug auf die Appenzeller Zedel anerkannt, dass sie als altrechtliche Gülten im Sinne von Art. 853 ZGB zu gelten haben und dass durch Art. 201 EG zum ZGB die Vorschriften des kantonalen Zedelgesetzes zu besonderen gesetz-

lichen Bestimmungen für die Gülten im Sinne des Art. 853 ZGB erhoben worden sind.

Endlich, dass gemäss Art. 853 ZGB auf alte Zedel nach wie vor ausschliesslich die Vorschriften des früheren Zedelgesetzes anwendbar sind, sofern nicht wegen der Anwendbarkeit der Vorschriften des ZGB auf die gleiche Liegenschaft belastende Grundpfandrechte ablösbare Kollisionen entstehen oder zwingende Vorschriften des neuen Rechtes entgegenstehen.

Auf der Liegenschaft, welche im heutigen Prozess in Frage kommt, hatten bis auf zwei kleinere Grundpfandverschreibungen nur Pfandrechte des alten Rechtes. Bei Grundpfandverschreibungen ist aber die persönliche Forderung die Hauptsache und die Haftung des Grundstückes nur Akzessorium. Ihre Errichtung setzt keinerlei Pfandschätzung voraus und es besteht auch keinerlei Belastungsgrenze.

Es ist nun rechtlich von grösster Bedeutung, dass durch Art. 202 EG zum ZGB das frühere Nachrücken der Zedel aufgehoben worden ist. Damit haben die alten Appenzeller Zedel ab 1. Januar 1912 die sogenannte feste Pfandstelle erhalten. *Sie bleiben damit in dem Range, in dem sie seinerzeit durch Vereinbarung unter den Parteien begründet worden sind.* Sie sind dadurch, soweit nicht besondere, ausdrücklich im Zedel enthaltene Vereinbarungen dies ausschliessen, unverrückbar geworden.

Da auch das neue Recht auf dem Prinzip der offenen Pfandstelle beruht, können also durch Beibehaltung der Umschreibung des Umfanges der Pfandstelle der alten Zedel nach altem Recht keine Kollisionen mit dem neuen Recht entstehen.

Nur das Festhalten am Grundsatz des Art. 5 des Zedelgesetzes von 1882 gewährleistet die Durchführbarkeit des Art. 814 Abs. 2 ZGB, wonach an Stelle des gelöschten Grundpfandtitels ein anderer errichtet werden darf.

Das hat nach dem Votum von Prof. Eugen Huber im Nationalrat (stenoogr. Bulletin 1906, S. 669) die Konsequenz «dass, wenn eine Gült nach kantonalem Rechte errichtet worden ist, der Eigentümer an derselben Pfandstelle und ohne Einhaltung der in Art. 848 vorgesehenen Belastungsgrenze eine neue Gült errichten darf.»

Da die Pfandstelle nicht nur Sicherheit für das Kapital, sondern auch für die pfandrechtlich gesicherten Zinse zu bieten hat und die Pfandstelle eine *vertraglich* eingeräumte ist, so ist auch der Umfang der Pfandstelle durch die zur Zeit der Errichtung des Grundpfandes gültigen Vorschriften *vertraglich* umschrieben.

Ein zwingender Charakter kann daher der Bestimmung des Art. 818 ZGB nur in bezug auf die unter dem neuen Recht errichteten Pfandrechte zukommen.

Deshalb steht die Auslegung, die das Obergericht aus eminent volkswirtschaftlichen Gründen und zum Zwecke der Verhinderung einer unbilligen Benachteiligung der nachfolgenden Zedelgläubiger dem Art. 5 des alten Zedelgesetzes zu geben sich verpflichtet erachtet, keineswegs im Widerspruch mit den vom Bundesgerichte bisher bekanntgegebenen Auslegungsgrundsätzen in bezug auf Art. 883 ZGB. Sie entspricht im Gegenteil – ganz abgesehen davon, dass seit Inkrafttreten des ZGB keine andere Auslegung Platz gegriffen hat und dass sowohl das Einführungsgesetz zum ZGB wie dasjenige zum SchKG bundesrätlich genehmigt sind – allein dem Rechte und der Billigkeit.

Die Beanspruchung einer Pfandstelle für drei Jahreszinse durch einen Zedelgläubiger, der bei Erwerb des Titels ganz genau gewusst hat, dass ihm das Unterpfand maximal nur für die Dauer von 18 Monaten für den verfallenen Jahreszins haftet, müsste im Gegenteil geradezu als Missbrauch eines Rechtes qualifiziert werden.

Der vorinstanzlich ergangene, die Klage abweisende Entscheid ist daher aufzuheben und das Konkursamt anzuweisen, die Kollokation der beklagischen Zinsforderung nach den Grundsätzen des Art. 33 EG zum SchKG, bzw. Art. 5 als «Anhang» zum EG zum ZGB im Jahre 1911 amendierten Zedelgesetzes von 1882 vorzunehmen.

OGer 1.11.1932; vom Bundesgericht bestätigt am 3.2.1933 (RBer 1933/34, S. 34)

3028

Besitzanweisung. Anforderungen an den Besitzanweisungsvertrag (Art. 924 ZGB).

Zur Annahme einer Besitzanweisung ist erforderlich, dass der Veräußerer und der Dritte rechtlichen Besitz hatten und dass eine Willenseinigung über den Besitzwechsel zwischen Veräußerer und Erwerber stattgefunden hat (Komm. Ostertag N. 1 f. zu Art. 924 ZGB; Komm. Homberger, N. 3 f. zu Art. 921 ZGB). Der Besitz des Dritten (Beklagten) an der Sache ist unbe-