

26. Urteil der II. Zivil-Abteilung vom 23. Mai 1912
in Sachen Allgemeine Gewerbekasse Kloten, Konkursmasse,
Bekl. u. Ver.-Kl.,
gegen Jean Kesselring-Studer, Kl. u. Ver.-Bekl.

Erw. 1: Zeitliche Rechtsanwendung.

Erw. 2: Bestellung eines Faustpfandrechtes an einem blanko indossierten Akzept, durch Uebergabe des Papiers « zum Inkasso » in Verbindung mit der Anerkennung, darauf einen « Vorschuss » von so und so viel Franken erhalten zu haben.

Erw. 3: Inhaberoobligationen können durch den Titelschuldner selbst verpfändet werden. Die Titel brauchen nicht schon vorher zirkuliert zu haben.

Erw. 4: Untersuchung der Frage, ob in casu ein paulianisch anfechtbares Rechtsgeschäft vorlag.

A. — Einige Monate vor dem Ausbruch des Konkurses über die „Allgemeine Gewerbekasse Kloten“ hatte Müller, der Direktor dieser Bank, dem Agenten Theodor Engeler in Zürich ein Akzept eines gewissen Herzogs Litta im Betrage von 100,000 Fr. zur Verwertung übergeben. Engeler hatte sich darauf mit Studer, dem Schwager des Klägers, in Verbindung gesetzt und die Zusicherung erhalten, daß der Kläger auf jenes Akzept und gegen Verpfändung von Obligationen der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten einen „Vorschuss“ von zirka 60,000 Fr. zu leisten bereit sei. Am 3. August 1910 ließ der Kläger dem Engeler durch Vermittlung Studers einen Check von 62,400 Fr. zukommen, wogegen Engeler dem Studer zu Händen des Klägers außer jenem Akzept Litta (das blanko indossiert war) 75 Inhaber-Obligationen der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten à 1000 Fr., sowie folgende, von Müller ausgestellte Erklärung d. d. 3. August 1910 übergab:

„Die Allgemeine Gewerbekasse Kloten übergibt hiermit J. Kesselring-Studer, in Romanshorn zum Inkasso einen Wechsel „100,000 Fr. per Ende September crt. a/ Mailand und bekennt „darauf ein Vorschuss von 62,400 Fr. (zweiundsechzigtausend- „vierhundert Franken) erhalten zu haben, wofür dies als Quittung „gilt. Zins für drei Monate bezahlt.

„Als besondere Sicherheit für den obigen Vorschuss übergibt „hiermit die Allgemeine Gewerbekasse zu Faustpfand mit dem „Recht der Weiterverpfändung 75,000 Fr. 4 1/4 % Obligationen „ihres Institutes Nr. 9001/75 mit Coup. per 31. Mai 1911 ff.“

Der Kläger seinerseits ließ dem Agenten Engeler zu Händen der Gewerbekasse Kloten folgende, von ihm unterzeichnete, ebenfalls vom 3. August 1910 datierte „Faustpfandbescheinigung“ aufstellen:

„Der Unterzeichnete Herr J. Kesselring-Studer in Romanshorn bescheinigt hiermit von der Lit. Allgemeinen Gewerbekasse „in Kloten zu Faustpfand gemäß Verschreibung vom heutigen „Tage erhalten zu haben:

„Wechsel ital. Lire 100,000 per Ende September crt. a/ Mailand; 75,000 Fr. 4 1/4 % Obligationen der Gewerbekasse Kloten „Nr. 9001/75 mit Coupons per 31. Mai 1911 und ff.“

Engeler behielt die „Faustpfandbescheinigung“, erhob jene 62,400 Fr. und ließ sie der Gewerbekasse Kloten durch Vermittlung des Agenten Lips zukommen.

Das erwähnte Akzept Litta wurde am Verfalltage nicht eingelöst.

Im Konkurse der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten meldete der Kläger unter Vorlegung des Akzeptes und der 75 Obligationen als „Faustpfandforderung“ an: „62,400 Fr. Darlehen vom 3. August 1910“ nebst Zinsen und Kosten.

Die Konkursverwaltung anerkannte die Forderung von 62,400 Fr. nebst Akzessorien, bestritt jedoch die Existenz eines Pfandrechtes an dem Akzept und an den Obligationen.

In dem hieraus entstandenen Kollokationsprozeß erhob die Bellagte außerdem eine auf Art. 288 SchRG gegründete Anfechtungseinrede.

B. — Durch Urteil vom 29. Dezember 1911 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

„Das dem Kläger für eine Darlehensforderung von 62,400 Fr. „bestellte Faustpfandrecht an einem Akzept des Herzogs Litta per „Lire 100,000 fällig Ende September 1910 und an 75,000 Fr. „Obligationen der Kridarin, Nr. 9001/9075, mit Coupons ist „rechtlich begründet und dementsprechend zu kollokieren.“

C. — Gegen dieses Urteil hat die Konkursverwaltung recht-

zeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag:

„Gänzliche Abweisung der Klage und demgemäß Verwerfung des vom Kläger für seine Darlehensforderung von 62,400 Fr. und an den 75 Stück 1000 Fr. Obligationen Nr. 9001 bis 9075 der Allgemeinen Gewerbekasse selbst nebst Coupons an dem Wechsel-Akzept des Herzogs Litta per 100,000 Fr. fällig Ende September 1910 angesprochenen Faustpfand- und eventuell Retentionsrechtes.“

Der Kläger hat Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach Art. 1 und 17 Abs. 1 der Anwendungs- und Einföhrungsbestimmungen des ZGB ist der vorwüfliche Rechtsstreit auf Grund des alten OR zu beurteilen, dessen einschlägige Bestimmungen (Art. 210 und 214) sich übrigenz mit den entsprechenden Artikeln des ZGB (Art. 901 Abs. 1 und 2) im wesentlichen decken.

2. — Fragt es sich zunächst, ob dem Kläger an dem Akzept des Herzogs Litta ein Pfandreht zustehe, so ist diese Frage jedenfalls dann zu bejahen, wenn auf die vom Kläger ausgestellt „Faustpfandbescheinigung“ abgestellt wird. Denn danach hat der Kläger das Akzept, ebenso wie die Obligationen, „zu Faustpfand erhalten“. Die Beklagte bestreitet nun zwar die Beweiskraft der erwähnten Urkunde, weil sie einseitig vom Kläger ausgestellt worden und nie in den Besitz der Kreditarin gekommen sei, wie denn auch die Konkursverwaltung sich ihrerseits nie darauf berufen habe. Allein einmal steht fest, daß jene Bescheinigung vom Kläger, bezw. dessen Schwager Studer, dem Agenten Engeler übergeben worden ist, und zwar Zug um Zug mit der Übergabe des Akzeptes Litta an Studer; andererseits aber ist unbestritten, daß Engeler dem Studer gegenüber als Vertreter der Gewerbekasse Kloten auftrat und von dieser hiezu ermächtigt worden war. Wenn also Engeler jene, die Übergabe „zu Faustpfand“ konstatierende Bescheinigung von Studer entgegengenommen und, wie auch der Direktor der Gewerbekasse selbst, nie gegen deren Inhalt Einsprache erhoben hat, so ist anzunehmen, es habe dieser Inhalt in der Tat dem gemeinsamen Willen beider Vertragsparteien entsprochen.

Aber auch, wenn von jener „Faustpfandbescheinigung“ abgesehen wird, muß die Existenz des streitigen Pfandrehtes bejaht werden. Gleich wie ein eigentliches Procura-Indoffament (vergl. Art. 735 OR) mit der Verpfändung eines Wechsels oder eines wechselähnlichen Papiers nicht unvereinbar ist, ebenso wird der Verpfändungswille auch durch den Gebrauch des Ausdrucks „zum Inkasso“ in einer besondern Urkunde, die gleichzeitig mit dem blanko indoffierten Wechsel übergeben wird, keineswegs ausgeschlossen. Vielmehr ist, weil das Gesetz für den Mobiliarpfandvertrag keine bestimmte Form vorschreibt (vergl. auch Art. alt 16 = neu 18 OR), in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, ob die Parteien nicht gerade mit der Übergabe „zum Inkasso“ eine Verpfändung bezweckten. Im vorliegenden Falle ist nun teils aktenmäzig erstellt, teils selbstverständlich, daß die Gewerbekasse Kloten, die ja selber ein Inkassogeschäft betrieb, nicht zu dem Zwecke an den Kläger — einen Privatmann und Kapitalisten — gelangt ist, um von diesem gegen die übliche Provision die Arbeit der Einkassierung eines einzelnen Akzeptes besorgen zu lassen, sondern daß sie eines Darlehens bedurfte und zur Sicherheit für dieses, ihr vom Kläger zu gewährende Darlehen dem Genannten das sonst schwer zu realisierende Akzept Litta übergab. Wenn hiebei in euphemistischer Weise, wie das Wort „Darlehen“ durch „Vorschuß“, so auch das Wort „Verpfändung“ durch „zum Inkasso“ ersetzt wurde, so genügte doch auch dieser letztere Ausdruck, um dasjenige zu präzisieren, worauf es der schulnerischen Bank in erster Linie ankam, nämlich: daß es sich nicht um ein gewöhnliches Diskontogeschäft handle, bei welchem der Kläger im Falle der Honorierung des Akzeptes berechtigt gewesen wäre, den Mehrerlös über den von ihm geleisteten Betrag für sich zu behalten, sondern daß, gleich wie bei einem wirklichen Inkassomandat, eine Abrechnung stattzufinden habe. Die Beklagte hat denn auch die Forderung des Klägers als eine solche aus Darlehen ohne weiteres anerkannt. Alsdann aber ist klar, daß die vom Darlehensnehmer an den Darlehensgeber erfolgte Übergabe des Wechsels „zum Inkasso“ hier nur den Sinn einer Pfandbestellung haben konnte, zumal da das Darlehen ausdrücklich als Vorschuß „darauf“, d. h. auf den Wechsel, dieser aber (zusammen mit den Obligationen) als „Sicherheit“ bezeichnet wurde.

3. — Was das Pfandrecht an den 75 Inhaber=Obligationen der schulnerischen Bank selber betrifft, so steht zunächst außer Frage, daß in der Tat die Bestellung eines Faustpfandrechtes beabsichtigt war, und daß auch die in Art. 210 OR geforderte Übergabe der Papiere an den Pfandgläubiger stattgefunden hat. Die Existenz des vom Kläger beanspruchten Pfandrechtes könnte daher nur dann verneint werden, wenn davon ausgegangen würde, daß die Bestellung eines Pfandrechtes an eigenen Obligationen, zumal solchen, die noch nicht zirkuliert haben, überhaupt unmöglich sei. Dies ist denn auch der Standpunkt der Beklagten. Nach ihrer Auffassung (vergl. ferner Wieland, Anm. 7 zu Art. 901 ZGB) kann, weil das Gesetz auf dem Boden der sog. „Begebungstheorie“ stehe, eine rechtsgültige, zur Verpfändung geeignete Forderung aus einer Inhaberobligation erst in dem Momente zur Entstehung gelangen, da der Aussteller das Papier einer andern Person in der Absicht übergibt, diese andere Person dadurch zu seinem Gläubiger zu machen. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Falle nicht erfüllt; denn einerseits habe die Übergabe an den Kläger nicht den Zweck gehabt, diesen zum Titular der verpfändeten Forderung zu machen, andererseits aber habe vor der Übergabe eine verpfändbare Forderung deshalb nicht bestanden, weil sonst die Bank ihr eigener Schuldner gewesen wäre, was undenkbar sei. Also fehle es überhaupt an einem tauglichen Pfandobjekt.

Es kann hier unerörtert bleiben, ob das OR wirklich auf dem Boden der „Begebungs“- oder nicht vielmehr (vergl. Art. 846) auf demjenigen der „Kreationstheorie“ stehe. Selbst die „Begebungstheorie“ hat ja nur den Sinn, daß die Entstehung von Rechten gegen den Willen des Ausstellers — infolge Diebstahls, Verlusts, Vertrauensmißbrauchs seitens eines Depositars oder Mandatars usw. — verhindert werden soll; nicht aber will sie der Verwirklichung jenes Willens Hindernisse in den Weg legen. Sofern also der Aussteller selber ein Papier, in welchem er sich als Schuldner des „Inhabers“ bekennt, einer andern Person in der Absicht übergibt, um dieser dadurch, wenn auch nicht die verbrieftete Forderung als solche, so doch ein Pfandrecht an dieser Forderung zu verschaffen, so ist in Wirklichkeit das

Erfordernis der „Begebung“ erfüllt. Dabei kommt es im Resultate auf dasselbe heraus, ob angenommen wird, die in der Obligation verkörperte Forderung gelange zwar schon in der Person des Pfandgläubigers zur Entstehung, könne jedoch von diesem, solange keine Verwertung des Pfandes stattgefunden habe, nicht geltend gemacht werden; oder aber: sie entstehe überhaupt erst mit der Weiterbegebung des Papiers, insbesondere mit dessen Verwertung nach durchgeführter Pfandbetreibung, und es handle sich somit um die Verpfändung einer zukünftigen Forderung; oder endlich: die Forderung entstehe zunächst nur in der Person des Schuldners, der ja Eigentümer des Papiers bleibe, und sie gehe auf eine andere Person erst über, wenn ein Dritter, sei es im Pfandverwertungsverfahren, sei es kraft Art. 205 OR (Art. 714 Abs. 2 und 933 ZGB), Eigentümer des Papiers werde. Alle diese Konstruktionen führen zu demselben praktischen Resultate, daß nämlich die Forderung als solche nicht schon von dem Pfandgläubiger, sondern erst von einem spätern Erwerber des Titels geltend gemacht werden kann, der Pfandgläubiger aber in der Lage ist, auf dem Wege der Pfandverwertung den in seinen Händen befindlichen Titel zu realisieren.

Bei dieser Sachlage ist auch kein Unterschied zu machen zwischen dem Fall, da eine Inhaberobligation überhaupt erst im Momente ihrer Verpfändung und zum Zwecke der Pfandbestellung „begeben“ wird, einerseits, und dem Fall, da sie bereits zirkuliert hat und wieder in die Hände des Schuldners gelangt ist, der sie erst jetzt dem Pfandgläubiger übergibt, andererseits. Wenn wirklich die Verpfändung eines Papiers, das noch nicht zirkuliert hat, deshalb, weil niemand sein eigener Schuldner sein könne und also eine verpfändbare Forderung noch gar nicht existiere, als unmöglich zu betrachten wäre, so müßte die Möglichkeit der Verpfändung durch den Titelschuldner auch bei einem solchen Papier verneint werden, das bereits zirkuliert hat; denn mit der Rückkehr des Titels in die Hände des Schuldners wäre die im Papier verkörperte Forderung durch Konfusion untergegangen, sodas ein taugliches Pfandobjekt wiederum fehlen würde. Abgesehen davon würde sich eine verschiedene Behandlung der Inhaberpapiere, die bereits zirkuliert haben, aber wieder in die Hände des Schuldners

gelangt sind, und derjenigen, die überhaupt noch nicht ausgegeben wurden, auch deshalb nicht rechtfertigen, weil einerseits dem Papier in der Regel nicht anzusehen ist, ob es schon zirkuliert hat oder nicht, und weil andererseits, wenn es wirklich darauf anlände, daß der Titel schon zirkuliert habe, eine solche Zirkulation jeberzeit rasch, bloß zum Zwecke der Vorbereitung der Verpfändung, bewerkstelligt werden könnte, wogegen der Beweis der Simulation ebenso schwierig wäre, wie umgekehrt in Nichtsimulationsfällen der Beweis, daß das Papier früher einmal in Zirkulation gewesen sei.

Gegen das Argument, daß die Verpfändung eigener Inhaberpapierobligationen deshalb nicht möglich sei, weil die zu verpfändende Forderung noch gar nicht existiere, bezw. durch Konfusion untergegangen sei, spricht endlich auch die Erwägung, daß alsdann im Falle der Weiterbegebung des Titels der durch Art. 205 und 213 OR (714 Abs. 2, 884 Abs. 2, 933 und 935 ZGB) verfolgte Zweck (Schutz des gutgläubigen Erwerbers) völlig vereitelt würde, da das Papier, an welchem er gestützt auf die zitierten Gesetzesbestimmungen Eigentum bezw. Pfandrecht erwirbt, infolge Nichtexistenz der verbrieften Forderung wertlos wäre. Es ist mit den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr nicht vereinbar, daß demjenigen, der ein vom Titelschuldner selbst in Verkehr gesetztes Inhaberpapier in gutem Glauben und auf Grund eines gültigen Rechtstitels aus Drittmanshand erworben hat und also Eigentümer des Papiers ist, vom Schuldner die Einrede entgegengehalten werden könne, die verurkundete Forderung bestehe in Wirklichkeit nicht, weil s. Zt. kein eigentlicher „Begebungs-“, sondern nur ein „Verpfändungsakt“ stattgefunden habe, oder weil seit dem ursprünglichen Begebungsakt das Papier vorübergehend wieder in den Händen des Schuldners gewesen und der „Begebungsakt“ dann nicht wiederholt worden sei.

4. — Eine andere Frage ist es, ob nicht die Verpfändung eigener Kassa-Obligationen, die doch selber nur eine Chirographarforderung darstellen, als ein unrechtmäßiges Mittel zur Schaffung eines Konkursprivilegs zu betrachten und daher gemäß Art. 288 SchKG anfechtbar sei, da ja eine solche Verpfändung nur den Zweck haben könne, dem „Pfandgläubiger“ im Konkurse des „Pfandschuldners“ eine höhere Dividende zu verschaffen, als ihm

sonst zukommen würde. Allein, da im vorliegenden Falle die Verpfändung der Obligationen an den Kläger Zug um Zug mit der Gewährung eines Darlehens seitens des Klägers an die Kribarin stattgefunden hat — und zwar eines Darlehens, das den wirklichen Wert jener Obligationen bedeutend überstieg, — so ist klar, daß die Konkursgläubiger durch die in Frage stehende Operation, die als Ganzes zu betrachten ist, nicht geschädigt worden sind, und daß somit der Anfechtungsgrund des Art. 288 SchKG hier nicht zutrifft. Daß aber die Voraussetzungen des Art. 287 Ziff. 1 erfüllt seien, hat die Beklagte mit Recht selber nicht behauptet, da es sich ja im vorliegenden Fall nicht um die Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit handelte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Dezember 1911 in allen Teilen bestätigt.

27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Juni 1912
in Sachen **Christen, Kl. u. Ver.-Kl.**, gegen **Steuacher & Kneff**,
Bekl. u. Ver.-Bekl.

Spedition. Eigentumserwerb des Empfängers am rollenden Frachtgute tritt erst ein, wenn der Spediteur Besitzvertreter des Empfängers ist; während des Transportes besitzt der Frachtführer mangels anderer Abrede für den Versender.

Der Frachtvertrag gilt im Zweifel als Vertrag zu Gunsten des Empfängers, wobei regelmässig als Parteiwillen im Sinne von Art. 128 Abs. 2 aOR anzusehen ist, dass der Empfänger selbständig die Erfüllung fordern kann, jedoch erst, nachdem das Gut am Bestimmungsort angelangt ist.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Mit Urteil vom 4. November 1911 hat das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt über die Rechtsbegehren: