

Dafür, dass diese Zahlung aus dem Erlös des Kassenscheins N° 94,422 erfolgt ist, spricht alle Wahrscheinlichkeit. Alsdann muss aus der Tatsache, dass der Beklagte über diesen Kassenschein zur Bezahlung seiner Schulden verfügen konnte, also den Gegenwert der Frau Herzog nicht abgeliefert hat, geschlossen werden, dass eine Schenkung hinsichtlich dieses Werttitels wirklich stattgefunden hat. Angesichts alles dessen, was gegen die Schenkung zeugt, darf aber aus dieser Tatsache nicht gefolgert werden, dass auch die andern Kassenscheine ins Eigentum des Beklagten bzw. seiner Angehörigen übergegangen seien. In Bezug auf diese Titel muss vielmehr der den Klägern obliegende Beweis zur Widerlegung der aus dem Besitze des Beklagten fliessenden Eigentumsvermutung als erbracht betrachtet werden. Die Klage wäre daher nur bezüglich des Kassenscheins N° 94,422 abzuweisen, dagegen bezüglich der übrigen Werttitel gutzuheissen. Da aber auf Grund der Akten nicht feststeht, ob die Kläger zur Klage legitimiert seien, ist die Sache gemäss Art. 64 und 82 Abs. 2 OG zur Beweiserhebung über diesen Punkt und neuen Beurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 3. November 1914 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Motive zur neuen Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

5. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Januar 1915 i. S.
Konkursmasse Zschokke & C^{ie}, Beklagte, gegen Comptoir
d'Escompte de Mulhouse, Klägerin.

1. Lebensversicherungspolice sind keine Wertpapiere im Sinne des Art. 895 ZGB. 2. Verhältnis von Art. 884 Abs. 2 zu Art. 900 ZGB. 3. Die von einem Nichtberechtigten getroffene Verfügung über den Gegenstand eines andern konvalessiert, wenn der Verfügende nachträglich den Gegenstand erwirbt.

A. — Am 10. März 1908 schloss Eugen Petzold in Zürich mit der zürcher Agentur der « Germania », Lebensversicherungsaktiengesellschaft in Stettin, einen Versicherungsvertrag ab, wonach die Versicherin sich verpflichtete, dem Versicherungsnehmer am 10. März 1928, oder, falls dieser früher sterben sollte, nach seinem Tode seiner Ehefrau Katharina Petzold geb. Samberger 100,000 Fr. zu bezahlen. Aus der über diesen Vertrag ausgestellten Police N° 604,281 ist § 7 hervorzuheben, der eingangs bestimmt, dass zur Bezahlung der Versicherungssumme der Versicherungsschein oder der bei seiner Verpfändung ausgestellte Hinterlegungsschein beizubringen sei und der in seinem letzten Absatz folgendermassen lautet : « Die Gesellschaft darf die Zahlungen an den Ueberbringer » des Versicherungs- oder des Hinterlegungsscheines » leisten, wenn nicht im Versicherungsschein eine bestimmte Person als empfangsberechtigt benannt worden » ist. » Von Bedeutung ist ferner § 9, der folgenden Wortlaut hat : « Ist ein Versicherungs- oder Hinterlegungsschein verloren gegangen oder vernichtet worden, so » kann eine neue Urkunde nur dann ausgestellt oder ein

» Anspruch aus dem Versicherungsvertrage erhoben werden, nachdem der Versicherungsnehmer oder sein Rechtsnachfolger eine Erklärung gemäss den Vorschriften des Art. 105 schweiz. Oblig.-Rechts abgegeben hat, und nachdem die Direktion der Germania auf Kosten des Versicherungsnehmers die angeblich verlorene Urkunde zweimal innerhalb 4 Wochen mit einer Präklusivfrist von 4 Wochen in dem verbreitetsten Blatte des Kantons, wo der Versicherungsnehmer oder sein Rechtsnachfolger wohnt, hat ausrufen lassen... » Im April 1908 verpfändete Eugen Petzold seine Rechte aus dem Versicherungsvertrag der Firma Zschokke & C^{ie} in Zürich unter Uebergabe der Police und Anzeige der Verpfändung an die Versicherungsgesellschaft. Am 28./29. Juni 1912 gab die Firma Zschokke & C^{ie} die Police als Deckung für einen ihr eingeräumten Kontokorrentkredit der Klägerin zu Faustpfand. Die Police wurde der Klägerin sofort übergeben; dagegen erstattete die Firma Zschokke & C^{ie} die Anzeige an die Versicherungsgesellschaft erst im November 1912. Am 11. Dezember 1912 trat der versicherte Eugen Petzold die Rechte aus dem Versicherungsvertrag unter Aufhebung der Klausel zu Gunsten seiner Ehefrau an die Firma Zschokke & C^{ie} in Zürich ab, wovon die Versicherungsgesellschaft am 10. Januar 1913 Notiz nahm. In dem am 11. Februar 1913 über die Firma Zschokke & C^{ie} eröffneten Konkurs meldete die Klägerin eine Forderung von 20,000 Fr. nebst 6% Zins seit 26. Dezember 1912 und 140 Fr. 85 Cts. Wechselspesen an, wofür sie ein Faustpfandrecht an der auf Eugen Petzold lautenden Lebensversicherungspolice N° 604,281 im Rückkaufswert von 8275 Fr. 90 Cts. beanspruchte. Nachdem die Forderung von der Konkursverwaltung anerkannt, das Faustpfandrecht dagegen bestritten worden war, leitete die Klägerin am 2. Mai 1913 die vorliegende Klage gegen die Beklagte ein, mit dem Begehren, « es sei das von der Klägerin im Konkurse Zschokke & C^{ie} für eine Forderung von 20,000 Fr. nebst

Zinsen und Spesen geltend gemachte Faustpfandrecht an der Lebensversicherungspolice N° 604,281, Germania, Lebensversicherungsaktiengesellschaft in Stettin, im Rückkaufswert von 8275 Fr. 90 Cts., lautend auf das Ableben des Eugen Petzold, als rechtlich begründet zu erklären ». In der Hauptverhandlung vor erster Instanz machte die Klägerin zur vorzugsweisen Befriedigung im Konkurse neben dem Faustpfandrecht eventuell ein Retentionsrecht an der Police geltend. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen. Sie bestritt in erster Linie sowohl das Faustpfand- als auch das Retentionsrecht. Sodann machte sie geltend, die Pfandbestellung sei jedenfalls gemäss Art. 287 Ziff. 1 und 288 SchKG anfechtbar. Werde als Zeitpunkt der Begründung des Pfandrechts die im November 1912 erfolgte Benachrichtigung der Versicherungsgesellschaft angenommen, so falle diese Handlung innerhalb der sechs monatlichen Frist des Art. 287 Ziff. 1 SchKG. Damals sei die Firma Zschokke & C^{ie} bereits überschuldet gewesen, da der drei Monate später über sie eröffnete Konkurs 1,049,171 Fr. 85 Cts. Passiven gegenüber bloss 123,240 Fr. 65 Cts. Aktiven ergeben habe; diese Ueberschuldung sei der Klägerin auch bekannt gewesen. Werde angenommen, die Bestellung des Faustpfandrechts der Klägerin an der Police habe schon im Juni 1912 stattgefunden, so treffe Art. 288 SchKG zu. Die Gemeinschuldnerin habe schon seit der ersten Hälfte 1912 mit Petzold « in horrendem Masse Wechselreitereien getrieben » und ihre Wechsel auf dem Platze Zürich durch Agenten vertreiben lassen. Aus einem Briefe der Gemeinschuldnerin vom 19. Juni 1912 an den Wechselagenten Meier in Wiedikon gehe hervor, dass die Klägerin von diesen Vorgängen Kenntnis gehabt habe. Für alle diese Behauptungen hat die Beklagte einzeln Beweis angeboten.

B. — Durch Urteil vom 10. Juni 1914 hat das Obergericht des Kantons Zürich erkannt :

« 1. Das von der Klägerin im Konkurse Zschokke & C^{ie}

» geltend gemachte Retentionsrecht an der Lebensversicherungspolice N° 604,281 auf die Germania Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft Stettin, lautend auf » das Ableben des Eugen Petzold, für eine Forderung von » 20,000 Fr. nebst 6% Zins seit 26. Dezember 1912 und » 140 Fr. 85 Cts. Wechselspesen wird als begründet « erklärt. »

Das von der Klägerin beanspruchte Faustpfandrecht hat das Obergericht in den Erwägungen seines Urteils verworfen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage, die Klage sei auch hinsichtlich des Retentionsrechtes abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht
i n E r w ä g u n g :

1. — Die Entscheidung der Frage, ob der Klägerin an der auf Eugen Petzold lautenden Lebensversicherungspolice N° 604,281 ein Retentionsrecht zustehe, hängt davon ab, ob die Police zu der Zeit, als die Klägerin an ihr ein Retentionsrecht erworben haben will (im Jahre 1912) ein Wertpapier im Sinne des Art. 895 ZGB gewesen sei. Diese Frage ist im Gegensatz zur Vorinstanz zu verneinen. Dabei ist in Uebereinstimmung mit der bisherigen Rechtssprechung des Bundesgerichts davon auszugehen, dass als Wertpapiere nur solche Urkunden in Betracht kommen, die das in ihnen verurkundete Recht verkörpern und daher als eigentliche Träger dieses Rechtes erscheinen und dass Namenpapiere mit der Klausel, der Schuldner könne rechtsgiltig an den Inhaber der Urkunde zahlen, nicht als Wert- sondern als Legitimationspapiere anzusehen sind, bei denen lediglich der Schuldner der Prüfung der Legitimation des Inhabers enthoben ist, d. h. ohne Legitimationsprüfung zahlen kann aber nicht zahlen muss (vergl. z. B. AS 25 II S. 330, 27 II S. 195 f und 35 II S. 620 f). Ob die streitige Lebensversicherungs-

police als Trägerin des in ihr verbrieften Rechts zu gelten habe, bestimmt sich nun zunächst nach dem Recht, das zur Zeit der Ausstellung der Police gegolten hat, also, da die Police im Jahre 1908 errichtet worden ist, nach zürcherischem Privatrecht, dessen § 549 bestimmt, dass der Versicherer sowohl berechtigt als verpflichtet ist, die Versicherungssumme an diejenige Person zu bezahlen, die sich als r e c h t m ä s s i g e n Inhaber der Police ausweist. Gestützt hierauf hat die zürcherische Rechtsprechung, da für die Berechtigung nicht das Eigentum oder der Besitz an der Police, sondern die R e c h t m ä s s i g k e i t des Besitzes ausschlaggebend sei, die Lebensversicherungspolice nicht als Wert- sondern bloss als Legitimationspapier behandelt (vgl. Blätter für Zürich. Rechtssprechung Bd. 2 N° 63 und 124). Allerdings ist § 549 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches nicht als eine Bestimmung zwingenden Rechts aufzufassen, sondern er stellt in erster Linie auf die Parteivereinbarung ab. Die Klägerin behauptet denn auch, dass der Police durch § 7 letzten Absatz der allgemeinen Bedingungen von den bei Abschluss des Versicherungsvertrages Beteiligten der Charakter eines Wertpapiers gegeben worden sei. Wie jedoch bereits ausgeführt worden ist, stempelt diese Klausel das Namenpapier noch nicht zum Wertpapier. Ihre rechtliche Bedeutung erschöpft sich darin, dass der (gutgläubige) Schuldner die Vorzeigung des Papiers als zur Erfüllung berechtigenden Ausweis ansehen darf; auch mit dieser Inhaberklausel bleibt die Police eine einfache Beweisurkunde. Für die durch Vertrag begründete Wertpapiernatur der Police kann sich die Klägerin aber auch nicht darauf berufen, dass nach dem genannten § 7 nur gegen Rückgabe der Police Zahlung gefordert werden kann. Eine Bestimmung, wonach die ohne Vorweisung der Police geleistete Zahlung die Versicherungsgesellschaft nicht befreien würde, ist in der Police nicht enthalten. Abgesehen hiervon spricht gegen die Auffassung der Klägerin § 9 der allgemeinen

Bedingungen, der bei Verlust oder Vernichtung der Police nicht die für die Wertpapiere platzgreifende gerichtliche Kraftloserklärung vorsieht (vergl. Art. 791 ff. und 849 ff. OR), sondern sich mit der einfachen Entkräftung gemäss Art. 90 OR (Art. 105 aOR) begnügt. Das alles scheint die Vorinstanz denn auch nicht in Frage zu stellen. Sie macht vielmehr geltend, dass nach den zwingenden Bestimmungen des am 1. Januar 1910 in Kraft getretenen eidg. Versicherungsvertragsgesetzes eine Police, wie die vorliegende, als Wertpapier zu gelten habe. Für diese Auffassung beruft sie sich in erster Linie auf Art. 12 VVG. Allein diese Bestimmung findet nach Art. 102 VVG auf die streitige, vor dem 1. Januar 1910 errichtete Police gar nicht Anwendung; es braucht daher nicht geprüft zu werden, ob wirklich, wie die Vorinstanz annimmt, aus Art. 12 etwas für den Wertpapiercharakter der Police geschlossen werden könne. Die Vorinstanz kann sich aber auch nicht auf Art. 73 VVG stützen, obschon sich diese Bestimmung zweifellos auch auf schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zustande gekommene Versicherungsverträge bezieht und zwingenden Rechts ist. Die Vorinstanz erblickt in Art. 73 VVG deshalb einen Beweis für die Wertpapiernatur der Police, weil darnach, was allerdings zutrifft, zur Uebertragung oder Verpfändung des Versicherungsanspruches die Uebergabe der Police selbst notwendig ist. Die Uebergabe der Police allein genügt indessen zur Uebertragung des Versicherungsanspruches noch nicht. Dazu ist, selbst wenn die Police nicht bloss die alternative, sondern die reine Inhaberklausel enthalten würde, nach Art. 73 VVG weiter erforderlich, dass die Abtretung in schriftlicher Form erfolge und der Versicherungsgesellschaft davon schriftliche Anzeige gemacht werde, was deutlich gegen die Wertpapiernatur der Police zeugt. Abgesehen von diesen Erwägungen ist aber entscheidend, dass die Natur des in der Lebensversicherungspolice verurkundeten Rechts mit dem Wertpapiercharakter überhaupt nicht vereinbar ist. Die Wert-

papiere sind Träger des in ihnen verbrieften Rechts, weil sie ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach für den Verkehr und die Zirkulation bestimmt sind. Dies ist bei der Lebensversicherungspolice regelmässig nicht der Fall. Schon der Zweck der Lebensversicherung, der gewöhnlich auf die Familienfürsorge geht, widerstrebt der leichten Begebarkeit der Police. Auch hängt die Verpflichtung des Versicherers zur Zahlung der Versicherungssumme vor einem der Zeit nach unbestimmten Ereignis ab (Tod des Versicherungsnehmers); sie ist zudem durch eine Reihe von ausserhalb der Police liegenden, auf der Person des Versicherungsnehmers und dessen Verhalten beruhenden Umständen bedingt, wie Prämienzahlung (es sei denn, dass ausnahmsweise eine Kapitalprämie vereinbart worden wäre), Anzeige von Gefahrserhöhung u. s. w. Dazu kommt, dass bei Behandlung der Lebensversicherungspolice als Wertpapiere die Versicherung auf fremdes Leben insofern begünstigt würde, als der Erwerber der Police eine Forderung übertragen bekommt, deren Fälligkeit den Tod des Versicherten voraussetzt. In Art. 74 VVG sieht zwar das Gesetz die Versicherung auf fremdes Leben selber ausdrücklich vor; ebenso lässt es in Art. 73 die Abtretung und Verpfändung des Anspruches aus dem Versicherungsvertrag zu. Voraussetzung der Versicherung auf fremdes Leben ist aber, dass derjenige, auf dessen Tod die Versicherung gestellt ist, vor Abschluss des Vertrages seine Zustimmung erteilt hat, während zur Uebertragung und Verpfändung gemäss Art. 73 Uebergabe der Police, schriftliche Verurkundung und Anzeige an den Versicherer erforderlich ist. Diese Einschränkungen, welche die Versicherung auf fremdes Leben und die sie begünstigende leichte Begebarkeit des Versicherungsanspruches erschweren sollen, würden aber bei Behandlung der Lebensversicherungspolice als Wertpapier teils umgangen teils überhaupt beseitigt werden. Mit Berufung darauf, dass die Natur des in der Urkunde verbrieften Rechts es ausschliesse, dass die Lebensversicherungspolice

zum Träger des Versicherungsanspruches gemacht werde, ist denn auch der Wertpapiercharakter des Versicherungsscheins in der Literatur fast durchwegs verneint worden (vergl. ROELLI, Zeitschrift für Schweiz. Recht NF Bd. 18 S. 594 und Kommentar zu Art. 11 VVG; EHRENBERG, Versicherungsrecht Bd. 1 S. 472 f; LEWIS, Lehrbuch des Versicherungsrechtes S. 171 und JAKOBI, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht S. 311). An dieser Auffassung ändert die Berufung der Klägerin auf WIELAND (Komm. zu Art. 895 ZGB Anm. 6) nichts, der ausführt, dass, sofern die Versicherungsgesellschaft mit befreiender Wirkung an den Inhaber bezahlen dürfe, die Versicherungspolice als Wertpapier zu gelten habe (vergl. auch CURTI, Komm. zu Art. 895 ZGB Anm. 2). Diese Ansicht beruht auf Art. 1682 des Entwurfes zum neuen Obligationenrecht, wonach allerdings unter Wertpapier eine jede Urkunde zu verstehen wäre, mit der ein Recht, auf das sie lautet, derart verknüpft erscheint, dass ohne die Urkunde das Recht weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann. Im Gegensatz zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts sollten darnach auch die Namenpapiere mit der Legitimationsklausel als Wertpapiere zugelassen werden (vergl. BOTSCHAFT zum OR S. 46). Die Bestimmung des Art. 1682 des Entwurfes ist jedoch in der Folge nicht Gesetz geworden, so dass schon aus diesem Grunde die von Wieland vertretene Auffassung dahinfällt. Abgesehen hiervon ist zu bemerken, dass jedenfalls in Bezug auf die Lebensversicherungspolice kein Anlass vorhanden ist, die vom Bundesgericht geschaffene Definition des Wertpapierbegriffes anders und weiter zu fassen. Ist aber die streitige Lebensversicherungspolice nicht als Wertpapier zu betrachten, so ist die Frage, ob die Klägerin daran ein Retentionsrecht erworben habe, im Gegensatz zur Vorinstanz zu verneinen.

2. — Es fragt sich daher weiter, ob der Klägerin an der Police ein Faustpfandrecht zustehe. Die Beklagte macht in erster Linie geltend, dass das Faustpfandrecht abwei-

sende Urteil der Vorinstanz sei in dieser Beziehung in Rechtskraft erwachsen, da die Klägerin dagegen nicht rekuriert habe. Diese Auffassung hält nicht Stand. Die Berufung setzt voraus, dass der Berufungskläger durch den angefochtenen Entscheid benachteiligt werde, was dann der Fall ist, wenn das Gericht nicht gemäss seinem Antrag erkannt hat. Im vorliegenden Fall verlangt nun die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren, es sei der ihr von der Konkursverwaltung im Konkurse Zschokke & C^{ie} bestrittene Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus der Police im Sinne des Art. 219 Abs. 1 SchKG gutzuheissen, sei es dass das Bestehen eines Faustpfand- oder eines Retentionsrechtes an der Police angenommen werde. Das Streitinteresse der Klägerin bestand somit darin, aus dem Ergebnisse der Verwertung der Police vorweg befriedigt zu werden; die Beanspruchung eines Faustpfandrechtes oder eines Retentionsrechtes, das gemäss Art. 37 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 219 Abs. 1 SchKG das gleiche Recht auf vorzugsweise Befriedigung im Konkurs wie das Pfandrecht gewährt, war nur eine verschiedene Begründung jenes Interesses. Vor der Vorinstanz ist nun die Klägerin mit ihrem Begehren völlig durchgedrungen; ein Interesse an der Berufung war für sie darum nicht mehr gegeben. Eine allfällige Berufung (Haupt- oder Anschlussberufung) ihrerseits wäre auch, mangels eines Streitgegenstandes, unstatthaft gewesen. Unter diesen Umständen kann aber aus der Tatsache, dass die Klägerin das Rechtsmittel der Berufung nicht ergriffen hat, nicht geschlossen werden, der vorinstanzliche Entscheid sei hinsichtlich der Frage des Faustpfandrechtes rechtskräftig geworden und daher nicht mehr zu überprüfen. Ist somit zu untersuchen, ob die Klägerin an der streitigen Police bzw. an dem darin verkündeten Versicherungsanspruch ein Faustpfandrecht erworben habe, so ist zunächst mit der Vorinstanz die Einrede der Beklagten abzuweisen, wonach weder aus dem Pfandvertrag noch aus der Anzeige an die Versiche-

rungsgesellschaft hervorgehe, dass die Verpfändung zur Sicherung der Forderung erfolgt sei, für welche die Klägerin das Pfandrecht in Anspruch nehme. Was den Faustpfandvertrag anlangt, so ist darin ausdrücklich erklärt, dass die Verpfändung der Police als Deckung für einen der Gemeinschuldnerin von der Klägerin eingeräumten Kontokorrentkredit dienen sollte, während nicht bestritten ist, dass die im Konkurse der Gemeinschuldnerin angemeldete Forderung von 20,000 Fr. aus dem Geschäftsverkehr zwischen der Klägerin und der Kridarin entstanden ist. Dass aber die Forderung, für welche die Klägerin das Faustpfandrecht beansprucht, aus der Anzeige der Verpfändung an die Versicherungsgesellschaft nicht ersichtlich ist, ist irrelevant, da diese Anzeige lediglich den Zweck verfolgt, zu verhüten, dass die Gesellschaft in Unkenntnis der Verpfändung an den bisherigen Berechtigten zahle. Zweifelhafter ist dagegen die Frage, ob nicht deshalb das von der Klägerin geltend gemachte Pfandrecht nicht zustande gekommen sei, weil es der Gemeinschuldnerin an der Legitimation zur Bestellung desselben gefehlt habe. In dieser Hinsicht steht fest, dass die Gemeinschuldnerin seiner Zeit die Rechte aus der Versicherungspolice von Eugen Petzold zunächst nicht zu Eigentum, sondern pfandweise übertragen erhalten hat. Sie war daher im Juni 1912 nicht berechtigt, die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag des Petzold weiter zu verpfänden, es sei denn, Petzold hätte sie dazu ermächtigt, was nicht zutrifft. Die Klägerin wendet nun ein, das Fehlen einer solchen Ermächtigung sei deshalb nicht von Belang, weil sie, die Klägerin, nach den Regeln des gutgläubigen Erwerbs an Sachen doch in ihrem Pfandrecht zu schützen sei und weil überdies der in der fehlenden Legitimation der Gemeinschuldnerin bestehende Mangel in der Folge dadurch gehoben worden sei, dass Petzold die Police der Kridarin am 11. Dezember 1912 zu Eigentum abgetreten habe. Zur Unterstützung der ersten Einwendung macht die Klägerin insbesondere geltend, dass

gemäss Art. 899 Abs. 2 ZGB das Pfandrecht an Forderungen, wo es nicht anders geordnet sei, unter den Bestimmungen über das Faustpfandrecht stehe. Daher finde auch für die Uebertragung eines Pfandrechtes an Forderungen die Bestimmung des Art. 884 Abs. 2 ZGB Anwendung, wonach, soweit nicht Dritten Rechte aus früherem Besitz zustehen, der gutgläubige Empfänger der Pfandsache das Pfandrecht auch dann erhält, wenn der Verpfänder nicht befugt war, über die Sache zu verfügen. Demgegenüber ist jedoch zu bemerken, dass beim Pfandrecht an Forderungen der Besitz als Grundlage der *bona fides* fehlt. Daraus, dass in Art. 900 ZGB vom gutgläubigen Erwerb nicht die Rede ist, kann daher nicht auf eine « Lücke » im Gesetz geschlossen werden, die durch Heranziehung des Art. 884 Abs. 2 gestützt auf Art. 899 Abs. 2 ZGB auszufüllen wäre. Art. 900 ZGB, dem für die Ordnung des Pfandrechts an Forderungen die gleiche Bedeutung zukommt, wie dem Art. 844 ZGB für die Regelung des Mobiliarpfandrechts, ordnet vielmehr gerade das a n d e r s, was für die Errichtung des Pfandrechts an Forderungen anders gelten soll, als für die Bestellung des Fahrnispfandes. Wenn Art. 900 ZGB den guten Glauben des Pfandgläubigers nicht schützt, so muss daher angenommen werden, dass beim Pfandrecht an Forderungen der gutgläubige Erwerb von einem zur Verfügung über die Forderung nicht befugten Verpfänder ausgeschlossen sein soll (vergl. in diesem Sinne auch WIELAND, Komm. zu Art. 900 ZGB Anm. 7; für das deutsche Recht KOBER, Komm. zu § 1274 BGB Anm. 3). Dagegen ist für die Frage, ob die Klägerin, trotz mangelnder Befugnis der Gemeinschuldnerin zur Verpfändung des Versicherungsanspruchs, daran ein Pfandrecht erworben habe, in der Tat entscheidend, dass die Kridarin nach der Verpfändung zu Gunsten der Klägerin am 11. Dezember 1912 von Eugen Petzold die Rechte aus dem Versicherungsvertrag zu Eigentum abgetreten erhalten hat. Nachdem die Gemeinschuldnerin solchermaßen nachträglich selbst Gläubigerin des Versi-

cherungsanspruches geworden ist, kann die Beklagte die von der Gemeinschuldnerin früher bewirkte Verpfändung dieses Anspruches an die Klägerin nicht mehr damit anfechten, dass die Gemeinschuldnerin damals zur Verpfändung nicht legitimiert gewesen sei. Zu Unrecht führt die Vorinstanz für ihre gegenteilige Auffassung aus, dass obwohl das römische Recht mit der Zeit dazu gekommen sei, eine von einem Dritten im eigenen Namen über die Sache eines andern getroffene Verfügung konvaleszieren zu lassen, wenn der Verfügende die betreffende Sache später erwarb, im vorliegenden Falle eine solche Konvaleszenz doch nicht angenommen werden dürfe, weil das schweizerische Recht sie nicht kenne und sie sich nicht von selbst verstehe. Der Grundsatz der Konvaleszenz einer Verfügung seitens eines Nichtberechtigten, der nachträglich berechtigt geworden ist, muss vielmehr auch ohne ausdrückliche Vorschrift im Gesetz schon gestützt auf Art. 2 ZGB angenommen werden. Die Klägerin hat durch Verpfändung vom 28./29. Juni 1912 ursprünglich allerdings ein Pfandrecht an der Police nicht erworben, weil die Gemeinschuldnerin zur Weiterverpfändung nicht befugt war; Petzold hätte daher ohne weiteres das Recht gehabt, von der Klägerin die Rückgabe der Police zu verlangen. Allein wenn die Gemeinschuldnerin, trotzdem die Police auf sie übergegangen ist, wegen der ursprünglich mangelnden Legitimation das von ihr der Klägerin bestellte Pfandrecht bestreitet, so handelt sie nicht nach Treu und Glauben und muss darum, ebenso wie ihre Masse, das zu Gunsten der Klägerin formgiltig bestellte Pfandrecht anerkennen. Diese Auffassung war denn auch im gemeinen Recht, wenigstens bezüglich der Sachen, allgemein anerkannt. Hier stand dem Dritten, zu dessen Gunsten der Nichtberechtigte verfügt hatte, gegen den dinglichen Anspruch des Verfügenden, welcher später Eigentümer der Sache geworden war, sowie gegen den Anspruch des Berechtigten, welcher den Verfügenden beerbt hatte, die *exceptio rei venditae et traditae* zu (vergl.

z. B. DERNBURG, Pandekten I 2 § 216). Auf dem gleichen Boden steht auch die französische Jurisprudenz. Obschon Art. 1599 Cc ausdrücklich bestimmt: « la vente de la chose d'autrui est nulle », hat die Praxis dennoch immer nur eine relative Nichtigkeit eines solchen Kaufs angenommen und die Nullität des Geschäftes konvaleszieren lassen, wenn der Verkäufer nachträglich Eigentümer der verkauften Sache wurde (vergl. RIVIÈRE, Pandectes françaises N° 727 unter dem Stichwort « vente »). Die nämlichen, auf den Anforderungen von Treu und Glauben im Verkehr, sowie der Billigkeit beruhenden Gründe, die zur Annahme der Konvaleszenz hinsichtlich der Verfügung über Sachen geführt haben, sprechen aber auch für die Zulassung der Konvaleszenz von Verfügungen über andere Gegenstände als Sachen, wie Rechte, Forderungen u. s. w. In diesem Sinne sieht das deutsche Recht in § 185 BGB die Konvaleszenz allgemein für jede Verfügung des Nichtberechtigten über einen G e g e n s t a n d vor. Obgleich nach der Auffassung des deutschen Gesetzgebers das Konvaleszenzprinzip « nach strenger Rechtslogik » eigentlich zu verneinen wäre, so hat er doch dafür gehalten, dass die Anerkennung dieses Grundsatzes « den Anforderungen der Rechtsordnung » allein Genüge leiste (vergl. M o t i v e zum Entwurf des BGB Bd. II S. 139). Die Zulassung der Konvaleszenz ist denn auch insbesondere im Grundbuchverkehr unentbehrlich. Es ist aber auch sonst nicht einzusehen, warum die von einem Nichtberechtigten vorgenommene Verfügung über das Recht eines andern nicht sollte konvaleszieren können, wenn nachträglich der Verfügende das betreffende Recht erwirbt. An sich enthält eine solche Verfügung keinen Mangel; ein Mangel besteht nur insoweit, als der Verfügende in die Rechtssphäre eines andern eingreift, als durch das Rechtsgeschäft über fremde Rechte verfügt wird. Mit dem Augenblick, wo das Recht des andern zum Recht des Verfügenden wird, fällt aber dieser Mangel weg, so dass kein Grund mehr besteht, der an sich mängelfreien Verfügung die

Rechtskraft zu versagen. Im Gegensatz zur Vorinstanz ist daher die Frage, ob die Klägerin an der streitigen Police ein Faustpfandrecht erworben habe, grundsätzlich zu bejahen.

3. — Es fragt sich daher nur noch, ob, wie die Beklagte behauptet, die Verpfändung der Police gestützt auf Art. 287 Ziff. 1 eventuell Art. 288 SchKG anfechtbar sei. Die Vorinstanz hat dies mit der Begründung verneint, dass wenn auch die Pfandbestellung erst im Dezember 1912 erfolgt sei, die Kridarin sich dazu doch schon im Juni 1912 verpflichtet habe, Art. 287 Ziff. 1 SchKG somit nicht zutrefte; dass aber auch Art. 288 SchKG nicht anwendbar sei, weil die Klägerin noch im 7. Dezember 1912 der Gemeinschuldnerin ein Pfand zurückgegeben habe, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein und ohne anderweitige genügende Deckung gehabt zu haben, was dafür spreche, dass sie in die Zahlungsfähigkeit der Gemeinschuldnerin damals keinerlei Zweifel gesetzt habe, also auch nicht habe erkennen können, dass die Kridarin sie begünstigen bzw. andere benachteiligen wollte. Dieses « Pfand » bestand ebenfalls in einer Lebensversicherungspolice von 70,000 Fr. auf das Leben des Eugen Petzold. Ein Verzicht auf eine Sicherheit läge aber nur dann in der Rückgabe dieser Police, wenn sie der Klägerin rechtsgültig zu Pfand gegeben worden wäre. Das steht indessen nicht fest. Die Tatsache, dass gewissermassen Zug um Zug gegen Rückgabe der Police von 70,000 Fr. — am 7. Dezember — die Verpfändung der heute streitigen Police durch die Zession des Versicherungsanspruches von Petzold an Zschokke & C^{ie} rechtsgültig gemacht wurde — am 11. Dezember, — lässt es zum mindesten sehr fraglich erscheinen, ob wirklich die Klägerin durch Aushändigung der Police von 70,000 Fr. auf eine Sicherheit verzichtet habe. Augesichts der vielen relevanten Momente, welche die Beklagte zum Beweis verstellt hat, kann aber auch sonst nicht ohne weiteres angenommen werden, die Klägerin sei anlässlich der Bestellung der

Lebensversicherungspolice auf die Germania harmlos gewesen. So behauptet die Beklagte, die Gemeinschuldnerin habe schon in der ersten Hälfte des Jahres 1912 in « horrendem Masse » Wechselreiterei getrieben, ihre Akzepte durch Wechselagenten vertreiben lassen, was alles der Klägerin genau bekannt gewesen sei u. s. w. Treffen diese Behauptungen zu (was auf Grund der Akten heute noch nicht beurteilt werden kann), so erscheint es zum mindesten zweifelhaft, ob die Klägerin bei Abschluss des angefochtenen Rechtsgeschäftes die Vermögenslage der Gemeinschuldnerin nicht gekannt habe, d. h. normalerweise nicht habe voraussehen können oder müssen, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge das mit der Klägerin abgeschlossene Rechtsgeschäft die Begünstigung eines Gläubigers auf Kosten der andern zur Folge haben werde (vergl. AS 40 III S. 207 und die dort genannten Entscheide). Unter diesen Umständen ist der angefochtene Entscheid gemäss Art. 64 OG aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Beurteilung über den von der Beklagten geltend gemachten Anfechtungsanspruch an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 10. Juni 1914 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Motive zu neuer Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.