

## S. 10 / Nr. 3 Sachenrecht (d)

## BGE 59 II 10

3. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Februar 1933 i. S. Thaler und Scherrer gegen Kantonalbank Appenzell A. Rh.

Regeste:

OG Art. 87 Ziff. 1: Die zivilrechtliche Beschwerde ist insbesondere dann zulässig, wenn streitig ist, ob eine auf das alte oder aber eine auf das neue Recht verweisende Bestimmung des Übergangsrechtes des ZGB anzuwenden

Seite: 11

ZGB Art. 853: Bei Zedeln des alten Appenzeller Rechtes (Appenzell A. -Rh.) ist der Umfang der Pfandsicherung nach wie vor auf die in den letzten 18 Monaten verfallenen (und die laufenden) Zinse beschränkt.

A. - Auf den Liegenschaften Nr. 1467 und 1428 B des Johann Frommenwiler in Herisau lasten im ersten Rang zwei am 17. September 1906 errichtete, je am 1. Mai verzinssliche liegende Zedel von je 12000 Fr. und in hinteren Rängen verschiedene teils am gleichen Tage, teils im Jahre 1910 errichtete liegende Zedel und Handwechselzedel, sowie seit 1912 errichtete Terminschuldbriefe und Grundpfandverschreibungen. In dem am 26. April 1932 über Frommenwiler eröffneten Konkurs wurden die Beklagten als Inhaber je eines der liegenden Zedel ersten Ranges mit den je am 1. Mai der Jahre 1929, 1930, 1931 und 1932 fälligen Zinsen von je (2160 Fr. abzüglich einer Abschlagszahlung =) 1856 Fr. 75 Cts. nebst Betreuungskosten und Verzugszinsen zugelassen.

B. - Mit der vorliegenden Kollokationsplananfechtungsklage verlangt die Klägerin, Inhaberin nachgehender Zedel, Verweisung der je am 1. Mai 1929 und 1930 verfallenen Zinsen der Beklagten in die fünfte Klasse.

C. - Das Obergericht des Kantons Appenzell A. Rh. hat am 1. November 1932 die Klage zugesprochen und das Konkursamt angewiesen, «die Kollokation der beklagtischen Zinsforderungen gemäss Art. 33 EG zum SchKG durchzuführen.» Diese am 27. April 1913 erlassene Vorschrift lautet: «Bei den appenzell-ausserrhodischen Zedeln des bisherigen kantonalen Rechtes haftet das Unterpfund... c) für die in der Zeit von 18 Monaten vor der Konkurseröffnung... verfallenen und die laufenden Zinse...», und entspricht inhaltlich dem § 37 des früheren EG zum SchKG, der lautete: «Das Unterpfund haftet ausser für das Kapital a) für den laufenden Zins und auf die Dauer von 18 Monaten für den verfallenen», sowie dem Art. 5 des entsprechend abgeänderten kantonalen Zedelgesetzes.

Seite: 12

D. - Gegen dieses Urteil haben die Beklagten zivilrechtliche Beschwerde geführt mit dem Antrag, das Obergericht sei anzuweisen, die Streitsache statt nach kantonalem nach eidgenössischem Recht zu entscheiden.

E. - Die Klägerin hat die Anträge gestellt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell, sie sei abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Klägerin meint, die zivilrechtliche Beschwerde gemäss Art. 87 Ziff. 1 OG sei nicht zulässig, weil sich der vorliegende Streit darauf konzentriert, ob als Übergangsbestimmung Art. 853 ZGB oder Art. 26 des Schlusstitels, beides Vorschriften des Bundesrechtes, Platz greife. Allein ob Bundesrecht oder aber kantonales Recht zur Anwendung zu bringen sei, wird gerade vornehmlich durch die bundesrechtlichen Übergangsvorschriften bestimmt, ebenso wie durch die bundesrechtlichen (geschriebenen oder ungeschriebenen) Normen des internationalen Privatrechtes bestimmt wird, ob Bundesrecht oder ausländisches Recht zur Anwendung zu bringen sei. Die der zivilrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 87 Ziff. 1, erste Hälfte, zugeordnete Aufgabe, den Kantonen zu verwehren, ihr früheres Zivilrecht noch weiterhin anzuwenden, soweit es nicht aus besonderen Gründen gerechtfertigt ist, könnte gar nicht erfüllt werden, wenn es bei der Anwendung kantonalen Rechtes überall da sein Bewenden haben müsste, wo sie auf die präjudizielle Anwendung einer bundesrechtlichen Übergangsbestimmung gestützt wird, gleichgültig ob diese Übergangsbestimmung unrichtig ausgelegt wurde. Zutreffend haben daher die Beklagten zivilrechtliche Beschwerde geführt, um geltend zu machen, dass Art. 853 ZGB die weitere Geltung der von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachten Art. 33 des EG zum SchKG bzw. Art. 5 des Zedelgesetzes für den Kanton Appenzell A. Rh., die auf die Verdrängung des Art. 818 ZGB hinauslaufen, nicht zu rechtfertigen vermöge. Wie

Seite: 13

schon vielfach entschieden worden ist (vgl. z. B. BGE 53 II S. 461/2), kommt darauf nichts an, dass diese Vorschriften vom Bundesrate genehmigt worden sind.

2.- Die Beschwerdeführer wollen nicht gelten lassen, dass Art. 853 ZGB eine *lex specialis* im Verhältnis zu den Art. 22 ff. des Schlusstitels des ZGB sei, wie die Vorinstanz im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtes angenommen hat (vgl. BGE 47 I S. 101; 53 II S. 457; 55 II S. 238). Allein entgegen ihrer Ansicht kann die Aufstellung des Art. 853 ZGB bzw. die später erfolgte Aufstellung der Übergangsbestimmungen für Grundpfandrechte im Schlusstitel unmöglich darauf zurückgeführt werden, dass bei der Aufstellung der ersteren Vorschrift die letzteren übersehen worden seien oder umgekehrt. Ist doch Art. 853 ZGB schon von der Expertenkommission in den ihr vorliegenden sogenannten Vor-Entwurf eingeschaltet worden, dessen Schlusstitel zwar noch nicht endgültig formuliert war, jedoch in Ziff. VII des dritten Abschnittes die für die Einführung des Grundpfandes «in Aussicht genommenen» Übergangsbestimmungen bereits in aller Ausführlichkeit enthielt, und insbesondere lassen sich aus dem Protokoll der Expertenkommission, Band 3 Seite 270 der Originalausgabe, Seite 330 des Nachdruckes, die Gründe ersehen, welche die von den sonstigen Übergangsbestimmungen für Grundpfandrechte unabhängige, ganz eigenartige Übergangsbestimmung für Gülten erfordert haben, die dann zum Art. 853 des ZGB geworden ist. (Übereinstimmend auch die Referate in der Bundesversammlung, zumal im Nationalrat, stenographisches Bulletin 1906 Seite 669 (und 1412), sowie eine Meinungsäusserung des Gesetzesredaktors aus dem Jahre 1910 in der Schweizerischen Juristenzeitung 11 Seite 256, drittes Alinea der rechten Spalte.) Danach kann nicht erstlich von einem Widerspruch der einen zu den andern Übergangsbestimmungen gesprochen werden, welcher einer Lösung analog dem Grundsatz «*lex posterior derogat priori*» bedürftig oder

Seite: 14

auch nur zugänglich wäre. Vielmehr bleibt es dabei, dass Art. 863 ZGB als eine auf ganz wenige Kantone zugeschnittene Sondervorschrift für alte Gülten von den für alle übrigen alten Pfandarten und daher in allen andern Kantonen geltenden Übergangsbestimmungen der Art. 22 ff. des Schlusstitels nicht berührt worden ist.

3.- Freilich betrifft der Vorbehalt des Art. 853 ZGB nur «diejenigen Vorschriften des bisherigen kantonalen Hypothekarrechtes, welches sich speziell auf die Gülten im Gegensatz zu andern Grundpfandarten bezogen» (vgl. BGE a.a.O.). Warum hiezu heute auch solche Vorschriften des Hypothekarrechtes von Appenzell A. Rh. gerechnet werden dürfen, die seinerzeit auch für Widerlegbriefe galten, die nicht Gülten waren, ist in BGE 55 II S. 241 näher ausgeführt, in Berichtigung der zuvor in BGE 53 II S. 461 niedergelegten gegenteiligen Auffassung; hieran ist festzuhalten. Hievon abgesehen verneint die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Auslegung des kantonalen Rechtes, dass die hier streitige Vorschrift des Art. 33 (alt § 37) des EG zum SchKG bzw. Art. 5 des entsprechend abgeänderten Zedelgesetzes auf die Widerlegbriefe angewendet worden sei. An der gleichen Stelle ist auch begründet worden, inwiefern Terminzedel mindestens eines der Gültmerkmale aufweisen - weshalb den auf sie anwendbaren Vorschriften die Eigenschaft spezifischer Gültrechtssätze nicht abgesprochen werden kann. Zudem hat die Vorinstanz auf Seite 17 ihres Urteils überzeugend dargetan, dass die hier streitige Beschränkung der Pfandsicherung auf wenige rückständige Zinsen durch die Unkündbarkeit, also ein typisches Gültmerkmal, bedingt ist. Endlich steht nicht das mindeste Bedenken entgegen, auf die unter dem alten Recht begründeten Zedel den abgeänderten Art. 5 des Zedelgesetzes bzw. den übereinstimmenden Art. 33 (früher § 37) des EG zum SchKG anzuwenden, dagegen auf die unter dem neuen Recht errichteten Grundpfandrechte, welche zwar die gleichen Liegenschaften, jedoch in

Seite: 15

anderen Rängen belasten als jene, Art. 818 ZGB, m.a.W. die Pfandsicherung für Zinze verschieden weit auszudehnen; denn deswegen entsteht keinerlei Kollision, anders als in dem von den Beschwerdeführern angeführten umgekehrten Fall, und als zwingende bundesrechtliche Vorschrift kann Art. 818 Ziff. 3 ZGB höchstens in der vorgeschriebenen Maximaldauer angesehen werden. Somit verstösst das angefochtene Urteil der Vorinstanz in keiner Weise gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes, sondern wird im Gegenteil von Art. 853 ZGB gedeckt. Demnach erkennt das Bundesgericht . Die Beschwerde wird abgewiesen