Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 7 (1888)

Artikel: Über die Verpfändung grundversicherter Forderungen

Autor: Hafner, H.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896743

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 08.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Ueber die Verpfändung grundversicherter Forderungen.

Von Bundesrichter Dr. H. Hafner in Lausanne.

Ueber die Frage, ob für die Verpfändung grundversicherter Forderungen das eidg. O. R. (Art. 210 ff.) oder ferner das kantonale Recht massgebend sei, gehen bekanntlich die Ansichten auseinander. Im Herbst v. J. wurde ich von der Regierung des Ct. Appenzell A.-Rh. eingeladen, meine Ansicht darüber auszusprechen, ob die appenzell-ausserrhodischen Zedel[1]) als Inhaberpapiere im Sinne des schweiz. O. R., speciell bei der Verwendung als Faustpfand, betrachtet und behandelt werden können. Dadurch wurde ich veranlasst, die Frage, welches Recht überhaupt für die Verpfändung grundversicherter Forderungen gelte, ob kantonales oder eidgenössisches, einer nähern Prüfung zu unterziehen, und gelangte dabei zu dem Schlusse, dass für die Verpfändung der grundversicherten Forderungen nicht das eidgenössische, sondern fernerhin das kantonale Recht gelte. Eventuell sprach ich mich — von der Auffassung ausgehend, dass die appenzell-ausserrhod. Zedel zwar keine Inhaberpapiere im Sinne des eidg. O. R. seien, wohl aber zu den Werthpapieren, d. h. denjenigen Papieren gehören, bei welchen Recht und Verbindlichkeit in der Weise an die Urkunde geknüpft sind, dass Uebertragung und Geltendmachung des Rechts (der Forderung) durch den Besitz des

[1]) Titel über grundversicherte Forderungen wie z. B. auch der zürcherische Schuldbrief u. s. w.

Papiers bedingt sind,[2]) — dahin aus, dass für die Verpfändung der benannten Zedel nicht Art. 215, sondern Art. 210 und 213 O. R. analog zur Anwendung kommen.[3])

Diese Ansicht habe ich folgendermassen zu begründen versucht:[3a])

Es ist bekannt, dass die Fortgeltung des kantonalen Rechtes für die Verpfändung grundversicherter Forderungen von Prof. Schneider in seinem Commentar zum eidg. O. R. (2. Aufl. S. 190 Anm. 5 zu Art. 215) und von der vom zürch. Regierungsrathe bestellten Commission für Revision des zürch. priv. Ges. B. behauptet wird, während dagegen andere Juristen und auch das schweiz. Bundesgericht, in dem Urtheile vom 28. Septbr. 1885 i. S. Frau Metzger ca. Neuenburgische Kantonalbank (abgedruckt in der amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. XI. S. 376 ff.) sich für die Anwendung des eidg. Rechts ausgesprochen haben.[4]) Allein

---

[2]) S. Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. II, S. 147 u. 178; Randa, das Eigenthumsrecht nach österr. Recht Bd. I, S. 317 bei Note 49; Gierke in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XXIX, S. 256 ff., und Goldschmidt, in der gleichen Zeitschrift Bd. XXVIII, S. 69 ff.

[3]) Dieser eventuelle Schluss wird acceptirt von Prof. Zeerleder in Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. XXIII, S. 414, während Prof. Heusler die Auffassung theilt, dass für die Verpfändung grundversicherter Forderungen das kantonale Recht fortgelte, s. diese Zeitschrift Bd. XXVIII, S. 447 f. Ständerath Dr. C. Hoffmann in St. Gallen, welchem von der Appenzell-ausserrhod. Regierung die gleiche Frage vorgelegt worden, hat sich dagegen dahin ausgesprochen, dass die Verpfändung grundversicherter Forderungen sich nach eidg. Rechte und daher, soweit das kantonale Recht denselben nicht die Natur von Inhaberpapieren oder Ordrepapieren beilege (was bezüglich der Appenz. Zedel nicht der Fall sei), nach Art. 215 O. R. richte. S. die Anzeigen der beiden Gutachten in dieser Zeitschrift a. a. O. und in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins a. a. O. S. 408 ff.

[3a]) Das von mir im Januar 1887 erstattete Gutachten gelangt hier im Wesentlichen unverändert zum Abdruck.

[4]) Auch Haberstich, Handbuch des schweiz. O. R., Bd. I S. 311 lit. d., scheint dieser Ansicht zu sein, wenn er dort sagt: „Dagegen ist Art. 215 auch auf die Verpfändung grundversicherter Forderungen anwend-

dieses bundesgerichtliche Urtheil ist, wie seine Begründung zeigt und mir auch sonst bekannt ist, nicht das Resultat einer eingehenden Untersuchung der Frage. Dieselbe blieb vielmehr, da die Parteien sie nicht aufgeworfen hatten, unerörtert; das Bundesgericht nahm mit den Parteien und der Vorinstanz ohne Weiteres an, dass das eidg. Recht zur Anwendung komme. Es kann daher m. E. jenes Urtheil, bei aller Hochhaltung der Autorität, von welcher es ausgegangen ist, nicht als das Ende alles Widerspruches angesehen werden und von einer erneuten Prüfung der Frage nicht abhalten.

Die Ansicht, dass das eidg. Recht für die Verpfändung der grundversicherten Forderungen gelte und daher, soweit jenen Forderungen nicht etwa nach dem kantonalen Recht die Natur von Inhaberpapieren oder Ordrepapieren zukommt, Art. 215 O. R. seine Anwendung finde, stützt sich ausschliesslich auf den Wortlaut jener Gesetzesbestimmung,[5]) indem, wie Hoffmann sich ausdrückt, „eine hypothekarisch versicherte Forderung immerhin eine Forderung sei und, weil (resp. soweit) sie nicht zu den in Art. 210 und 214 O. R. gesondert behandelten Forderungen[6]) zähle, eben zu den andern Forderungen gerechnet werden müsse, von welchen der Art. 215 in so bindender Weise spreche.“ Es gilt nun allerdings als oberster Grundsatz aller

---

bar, insoweit das kantonale Recht hierüber nichts besonderes vorschreibt, wie z. B. diejenige (?), dass zur Gültigkeit der Verpfändung die Eintragung im Grundbuche erforderlich sei.“ Dass Haberstich das eidg. O. R. nur dann anwendbar erklärt, wenn das kantonale Recht keine besondern (i. e. abweichenden) Bestimmungen enthält, hängt zweifellos mit dessen eigenthümlicher Auffassung über das Verhältniss des eidg. Rechts zum kant. Recht zusammen. S. Haberstich a. a. O., Bd. I S. 11 ff.

[5]) Dieselbe lautet: „Zur Verpfändung einer andern Forderung ist nothwendig, dass der Schuldner davon benachrichtigt, ein etwa vorhandener Schuldschein an den Pfandgläubiger übergeben und die Verpfändung schriftlich beurkundet worden ist.“

[6]) Inhaberpapiere und Ordrepapiere. Das Gesetz (Art. 210, 213 u. 214) betrachtet indess die Verpfändung von Inhaberpapieren und Ordrepapieren nicht als Forderungs-, sondern als Sachverpfändung. Der Wortlaut des Art. 215 ist daher — entgegen den Entwürfen — nicht korrect.

Auslegung, dass von dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht abgewichen werden darf. Aber dieser Grundsatz ist keineswegs dahin aufzufassen, dass der Richter, welcher das Gesetz anzuwenden und auszulegen hat, unbeugsam am Buchstaben haften und die logische Interpretation derart hinter die grammatische zurücktreten müsse, dass von dem durch die letztere, nach den Sprachgesetzen, gefundenen Sinn nicht abgewichen werden dürfe. Vielmehr muss sich — wie m. W. allgemein gelehrt und anerkannt wird — mit der grammatischen die logische Interpretation verbinden und es darf resp. soll von dem an sich klaren Wortsinn abgewichen werden, wenn zwingende objective Gründe, welche dem Zwecke der Gesetzesbestimmung, ihrer Entstehungsgeschichte, dem Zusammenhange des Gesetzes und seinem Verhältniss zu dem bestehenden Rechtszustand zu entnehmen sind, dafür vorliegen, dass der Buchstaben des Gesetzes dem wahren Sinne desselben nicht gerecht werde.[7]) Nicht mit Unrecht bezeichnet Sohm[8]) eine grammatische Interpretation, welche den Buchstaben des Gesetzes im Widerspruch mit dem Sinne des Gesetzes (der logischen Interpretation) geltend macht, als ein Verfahren in fraudem legis. In der That scheinen mir nun solche objective zwingende Gründe, aus der Entstehungsgeschichte, dem Zusammenhang des Gesetzes und dem bestehenden Rechtszustand, für die Annahme vorhanden zu sein, dass der eidg. Gesetzgeber trotz des Wortlautes des Art. 215 nicht beabsichtigt habe, die Verpfändung der grundversicherten Forderungen dem eidg. Rechte zu unterwerfen. Uebrigens spricht m. E. der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung, wenn man nicht bloss das Wort „andre“, sondern, wie es geschehen muss, den ganzen Inhalt derselben berücksichtigt, keineswegs so klar und unzweideutig für die gegentheilige Ansicht, dass gesagt werden dürfte, derselbe könne nicht anders verstanden werden.[9])

---

[7]) Vgl. Dernburg, Pandecten Bd. I §. 35, S. 74 ff.

[8]) Institutionen des röm. Rechts, 2. Aufl., S. 18.

[9]) Siehe unten S. 83.

Professor Schneider und die oben erwähnte zürch. Commission stützen ihre Ansicht, soviel ich sehe, lediglich auf Art. 198 O. R., welcher die Bestimmungen des kantonalen Rechts für die Abtretung grundversicherter Forderungen vorbehält. Dieser Vorbehalt findet seinen Grund zweifellos darin, dass das Hypothekarrecht als Theil des Immobiliarrechts zur Zeit noch der kantonalen Gesetzgebung anheimfällt und man bei der grossen Verschiedenheit des kantonalen Hypothekarrechts und der daraus resultirenden verschiedenen rechtlichen Natur der grundversicherten Forderungen in die betreffenden Rechtsverhältnisse nicht eingreifen wollte. Bekanntlich haben einzelne kantonale Gesetzgebungen[10]) das Princip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs in dem Umfange zur Anwendung gebracht, dass sie zur Gültigkeit der Abtretung grundversicherter Forderungen die Eintragung im Hypothekenbuche verlangen, während nach andern Gesetzen diese Eintragung wenigstens erforderlich ist, um den Cessionar gegen die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs zu schützen.[11]) Andre Gesetzgebungen haben an dem accessorischen Character des Grundpfandrechtes nicht festgehalten, sondern behandeln dasselbe als selbständiges Recht. Die rechtliche Natur der grundversicherten Forderungen ist sodann nach den 25 cantonalen Gesetzgebungen eine äusserst verschiedene. Nach dem Rechte z. B. der Kantone Zürich, Schaffhausen, Obwalden, beider Appenzell u. a. sind die über die grundversicherten Forderungen errichteten (notarialischen oder kanzleiischen) Hypothekartitel (Schuldbrief, Zedel, Hypothekenschein) Repräsentanten der Forderung und als solche wahre Werthpapiere, die zwar nicht zu den Inhaberpapieren gerechnet werden können, sich jedoch diesen Papieren sehr nähern, indem sie namentlich auch nach sachenrechtlichen Grundsätzen (wie

---

[10]) Z. B. diejenige des Kantons Glarus, s. Planta, Beitrag zur Kenntniss des deutsch-schweiz. Hypothekenrechts S. 120.

[11]) Vgl. z. B. Aargauisches bürg. Ges. B. § 826; Civilgesetzbuch des Kantons Solothurn § 1427 f.; Civilgesetzbuch des Kantons Bern, Satzung 982.

bewegliche Sachen) veräussert und verpfändet werden[12]) und ihr Untergang nur durch Entkräftung des Titels und Löschung des Eintrags im Hypothekenbuch herbeigeführt werden kann. Es ist daher klar, dass die Bestimmungen des allg. Obligationenrechtes über Cession und Untergang von Forderungen auf die Abtretung und auf das Erlöschen der grundversicherten Forderungen nicht ohne Eingriff in die kantonalen Hypothekarrechte zur Anwendung gebracht werden konnten und der eidg. Gesetzgeber, da er sich solcher Eingriffe zu enthalten hatte, das kantonale Recht — wie es in den Art. 198 und 130 wirklich geschehen ist — bezüglich Abtretung und Erlöschen jener Forderungen in Kraft belassen musste. Nun kann zwar allerdings die Verpfändung von Forderungsrechten nicht als (bedingte) Cession aufgefasst und daher der Vorbehalt des Art. 198 nicht direkt auch auf die Verpfändung grundversicherter Forderungen ausgedehnt werden. Allein auch für die Verpfändung dieser Forderungen ist deren, unbestreitbar und unbestritten vom kantonalen Rechte bestimmte, rechtliche Natur von entscheidender Bedeutung, und es scheint mir nun sowohl aus der Entstehungsgeschichte der Art. 210, 213 und 215 O. R. als ihrem Inhalte mit zwingender Nothwendigkeit hervorzu-

---

[12]) S. Planta a. a. O. S. 67 f., wo folgende Stelle aus Bluntschli, zürch. Staats- und Rechtsgeschichte (Bd. II S. 223) über die Natur des zürcherischen Schuldbriefs abgedruckt ist: „Der mit gerichtlichem Siegel ausgefertigte Schuldbrief hat als solcher obligirende Kraft, eben weil die Urkunde mit öffentlichem Glauben ausgerüstet ist. Nicht bloss wird durch die Production des Schuldbriefes ein vollständiger Beweis für das wirkliche Dasein der darin bezeichneten Schuld geleistet, sondern die Schuld selbst ist durch die Form des Schuldbriefes zu einer eigenthümlichen Schuld geworden, deren Dasein und Anerkennung weder von andern Beweisen abhängt, noch selbst an die rein obligatorischen Schicksale des ursprünglich dem Schuldbrief vorausgegangenen Darlehensvertrages gebunden ist. Das früher auf blossem Vertrag beruhende Darlehen wird nun eben zum schuldbrieflichen Darlehen und erhält in und mit der neuen Form auch ein neues eigenes Leben. Ja, der Schuldbrief wird als solcher hinwieder Gegenstand des Verkehrs, er wird zur Sache, an der man Eigenthum haben kann, und das Eigenthum an der Sache zieht auch die darin eingeschlossene Forderung mit in den Bereich seiner Herrschaft hinein.“

gehen, dass der eidg. Gesetzgeber beabsichtigt habe, auch für die Verpfändung jener Forderungen, gleichwie bei der Cession, das kantonale Recht fortgelten zu lassen. Denn m. E. können und wollen die bezeichneten eidg. Vorschriften sich insbesondere auf die Verpfändung derjenigen grundversicherten Forderungen, welche in Urkunden (Werthpapieren) verkörpert sind (wie der appenzell. Zedel, der zürch. Schuldbrief u. s. w.), nicht beziehen. Wären freilich für die Uebertragung des Eigenthums an solchen Titeln (wie Prof. Schneider und die erwähnte Commission anzunehmen scheinen) die bundesgesetzlichen Bestimmungen betreffend den Uebergang des Eigenthums an Mobilien (Art. 199 ff. O. R.) als solche anwendbar, so liesse sich auch die Anwendbarkeit des Art. 210 ibidem auf deren Verpfändung kaum bestreiten. Allein ersteres könnte nur dann angenommen werden, wenn Art. 198 des Obligationenrechtes das kantonale Recht bloss bezüglich der obligationenrechtlichen Vorgänge (Abtretung, Erwerb der Forderung), nicht auch bezüglich der dinglichen, sachenrechtlichen Vorgänge (Uebertragung, Erwerb der Urkunde, des Papiers) vorbehalten würde. Allein ich kann diess nicht zugeben.

Es ist zwar ja gewiss richtig, dass man bei den Werthpapieren, d. h. den Urkunden, welche Träger, Organe von Rechten (Forderungen) sind, das in der Urkunde verkörperte Recht von der Urkunde selbst und demnach auch die dinglichen Vorgänge mit der Urkunde (die Besitzesübergabe) von der Uebertragung des in derselben verkörperten Rechtes (dem obligationenrechtlichen Vorgang) unterscheiden kann. Man könnte daher versucht sein, etwa folgendermassen zu argumentiren: Nach Art. 198 seien die Kantone allerdings competent, die rechtliche Natur der grundversicherten Forderungen zu normiren, also zu bestimmen, ob und inwiefern dieselben an Urkunden geknüpft und dingliche Vorgänge mit der Urkunde (die Besitzesübergabe) zum Zweck des Eigenthumsübergangs u. s. w. genügen sollen, die Forderung auf den Erwerber der Urkunde zu übertragen; dagegen normire

das eidgenössische Recht den Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen in Folge Veräusserungsvertrages (Art. 199 O.-R.), somit auch an den Urkunden, welche als körperliche, bewegliche Sachen selbständig Gegenstand von Veräusserungsgeschäften und dinglichen Rechten seien. Wenn daher ein kantonales Recht (wie in der That z. B. dasjenige von Appenzell A. Rh. bezüglich der Zedel und dasjenige von Zürich bezüglich der Schuldbriefe) bestimme, dass der Verkehr mit den in Urkunden verkörperten grundversicherten Forderungen nach sachenrechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden solle, so komme eben das eidgenössische Obligationenrecht zur Anwendung, d. h. es gelten die bundesgesetzlichen Bestimmungen über den Uebergang des Eigenthums an Mobilien als solche. So scheint in der That die erwähnte Commission argumentirt zu haben, indem sie lediglich § 1025 ff. des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches als fortbestehend erklärt hat. Allein diese Ansicht, wonach also das eidgenössische Recht (wenigstens indirect) den Erwerb des Gläubigerrechtes an solchen Forderungen bestimmte, könnte nur dann als richtig angesehen werden, wenn das eidgenössische Obligationenrecht unter den „beweglichen Sachen" im Sinne des Art. 199 ff. nicht bloss bewegliche Sachen, welche im Begriff der körperlichen Sachen aufgehen und von den Werthpapieren nicht nur die Inhaberpapiere, sondern auch andere Werthpapiere, speciell diejenigen, welche grundversicherte Forderungen verbriefen und welche in der That[13]) noch allein in Betracht kommen können (vergleiche Urtheil des Bundesgerichtes in Sachen Hauert ca. zürcherische Kantonalbank vom 21. Juni 1883, in der amtl. Samml. der bundesg. Entscheid. Bd. X, 278, und in Sachen Metzger ca. Neuenburger Cantonalbank, a. a. O., Bd. XI, S. 376 ff.), verstehen würde und daher den Kantonen das Gesetzgebungsrecht über den Verkehr mit solchen Papieren entzogen, beziehungsweise nur die Wahl

[13]) Abgesehen von Rectawechsel und Rectascheck.

gelassen wäre, die rechtliche Natur der grundversicherten Forderungen in der Weise zu bestimmen, dass auf deren Uebertragung entweder die gewöhnlichen Grundsätze über die Cession oder (sofern sie in Urkunden verkörpert sind), die gewöhnlichen Grundsätze über die Veräusserung beweglicher Sachen zur Anwendung gebracht werden können. Allein hievon ist überall keine Rede. Die Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze des Sachenrechtes auf den Verkehr mit Werthpapieren (welche weder Inhaberpapiere noch indossable Papiere sind) mag ja der rechtlichen Natur dieser Papiere ganz entsprechen, wofür Autoritäten, wie Gierke (a. a. O., Seite 265), Randa (a. a. O., S. 319) und wohl auch Goldschmidt (a. a. O., S. 64 ff.)[14]) angerufen werden können, und wofür weiter das bisherige Recht einer Reihe von schweizerischen Kantonen (Appenzell, Zürich, Luzern) spricht.[15]) Allein darüber kann doch kein begründeter Zweifel obwalten, dass den Kantonen nach wie vor das Gesetzgebungsrecht bezüglich der Abtretung, Uebertragung der grundversicherten Forderungen voll und unbeschränkt zusteht und daher nicht nur die allfällig in einzelnen Kantonen früher bezüglich des Verkehrs mit Schuldbriefen, Zedeln u. dgl. Schuldurkunden aufgestellten, von den gewöhnlichen obligationenrechtlichen oder sachenrechtlichen Grundsätzen abweichenden Bestimmungen in Kraft verblieben sind,[16]) sondern die Kantone auch in Zukunft ganz nach ihrem freien Ermessen und ohne alle Rücksicht auf die im eidgenössischen Obligationenrecht für die Cession von Forderungen oder die Eigenthumsübertragung an beweglichen Sachen aufgestellten Grundsätze diejenigen Bestim-

---

[14]) Es ist zweifelhaft, ob sich dessen Ausführung a. a. O. auch auf andere Werthpapiere als Inhaberpapiere bezieht.

[15]) Vergleiche indess auch Brunner, a. a. O., S. 163.

[16]) So verlangt z. B. Schaffhausen zur Veräusserung von Schuldbriefen 1. die Uebergabe des Schuldbriefes und 2. die Ausstellung einer Cessionsurkunde, § 769 des Schaffhauser privatrechtlichen Gesetzbuches; die Regel „Hand wahre Hand“ gilt aber nichtsdestoweniger für die Uebertragung solcher Titel auch in diesem Kanton.

mungen über die Abtretung jener Forderungen erlassen können, welche ihnen angemessen erscheinen.

Damit ist aber die Frage im Sinne der unbedingten Fortgeltung des kantonalen Rechtes (mag die Uebertragung der grundversicherten Forderungen nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes über die Cession oder nach sachenrechtlichen Grundsätzen geschehen) entschieden. Denn wie das Bundesgericht in seinem Urtheile vom 8. October 1886 in Sachen Leihcassa Zurzach ca. Dölker (abgedruckt in der Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts, Bd. V, S. 5 Nr. 4) gewiss richtig ausgeführt hat, enthält das eidgenössische O. R., sofern nicht ganz unzweideutig etwas anderes bestimmt ist, absolut und nicht nur subsidiär gemeines Recht für die ganze Eidgenossenschaft. Soweit inhaltlich sein Geltungsgebiet reicht, gilt es unbedingt und nicht nur dann, wenn die cantonale Gesetzgebung keine oder keine besonderen Bestimmungen enthält; die kantonale Gesetzgebung kann das Gebiet seiner Wirksamkeit weder ausdehnen noch einschränken. Es ist daher in der Regel nicht anzunehmen, dass die Anwendbarkeit von Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes auf gewisse Materien vom Bestehen oder Nichtbestehen kantonalgesetzlicher Specialbestimmungen über dieselben abhänge und daher je nach dem Stande der einzelnen kantonalen Gesetzgebung für den einen Kanton zu bejahen, für den andern zu verneinen sei. Wenn daher Art. 198 des Obligationenrechtes die Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Abtretung grundversicherter Forderungen vorbehält, so bezieht sich dieser Vorbehalt auf das gesammte, für die Abtretung solcher Forderungen bisher massgebende, allgemeine und specielle kantonale Recht, also auch auf die sachenrechtlichen Bestimmungen, welche bisher für die Uebertragung solcher Forderungen massgebend gewesen sind, wofür übrigens auch in Art. 507 a. E. O. R. eine

Bestätigung zu finden ist. In denjenigen Kantonen, welche bisher die Regel „Hand wahre Hand“ nicht kannten oder derselben eine andere Bedeutung als das eidgenössische Obligationenrecht beilegten (vergleiche § 653 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches), oder welche die Vindication gestohlener oder verlorener Sachen ganz oder doch in grösserem Umfange als das eidgenössische Obligationenrecht ausschlossen, würden daher auch diese Bestimmungen für die grundversicherten Forderungen unbeschränkt in Kraft verbleiben, sofern das kantonale Recht nicht etwa dahin auszulegen ist, dass auf den Verkehr mit Schuldbriefen, Zedeln u. s. w. die jeweilen für den Verkehr mit beweglichen Sachen geltenden Grundsätze massgebend sein sollen, — was wohl bezüglich § 845 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches und wohl auch bezüglich des appenzell-ausserrhodischen Rechtes allerdings der Fall ist. Allein dadurch werden die Schuldbriefe, Zedel u. s. w. noch keineswegs zu beweglichen Sachen im Sinne des Art. 199 ff. des O. R., sondern sie werden denselben nur gleichgestellt. Diese Gleichstellung, welche der kantonale Gesetzgeber kraft der ihm in Art. 198 des O. R. vorbehaltenen Competenz jeden Augenblick aufheben könnte, hätte zur Folge, dass so lange die kantonale Gesetzgebung nichts anderes verfügt, die Art. 199 ff. des O. R. auf den Verkehr mit Schuldbriefen als kantonale (nicht bundesgesetzliche) Bestimmungen Anwendung finden würden. (S. m. Aufsatz in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. V, Seite 72 ff.) Und zwar würde dies auch gelten, wenn die grundversicherten Forderungen in reinen Inhaberpapieren verkörpert sind. Denn das Gesetzgebungsrecht der Kantone über die Abtretung grundversicherter Forderungen ist, wie bereits bemerkt, unbeschränkt.

Aus dem Gesagten folgt nun aber, was die Verpfändung derjenigen Werthpapiere betrifft, welche grundversicherte Forderungen verbriefen, ohne weiteres die Unanwendbarkeit der Art. 210 und 213 des O. R. als bun-

desgesetzliche Bestimmungen auf dieselben. Denn es kann gewiss nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, dass Art. 210 und 213 O. R. mit den Bestimmungen über den Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen (Inhaberpapiere inbegriffen) im engsten Zusammenhange stehen und den Pfanderwerb nur bezüglich derjenigen Gegenstände normiren, welche auch von Art. 199 ff. O. R. als eidgenössischem Rechte betroffen werden, also an beweglichen Sachen, welche im Begriffe der körperlichen Sachen aufgehen, und an den Inhaberpapieren (mit Ausschluss der grundversicherten Forderungen). Insbesondere ist klar, dass Art. 213 O. R. als eidgenössisches Recht (als bundesgesetzliche Bestimmung) nur soweit anwendbar ist, als auch Art. 205 des O. R. als eidgenössisches Recht gilt. Uebrigens folgt die Unanwendbarkeit der Art. 210 und 213 des O. R. auf andere Werthpapiere als Inhaberpapiere schon ganz bestimmt aus deren Wortlaut („Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen oder Inhaberpapieren kann nur als Faustpfand bestellt werden" und „Sind bewegliche Sachen oder Inhaberpapiere von einem Nichtberechtigten zu Faustpfand übergeben worden.").

So wenig aber Art. 210 (und 213) O. R. als bundesgesetzliche Bestimmung auf die appenzellischen Zedel[17]) anwendbar ist, auch wenn dieselben als wahre Inhaberpapiere zu betrachten wären, ebensowenig findet Art. 215 ibidem auf dieselben und die ihnen gleichstehenden sachenrechtlichen Werthpapiere (zürcherische und schaffhauserische Schuldbriefe u. s. w.) Anwendung, sondern ist vielmehr die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung vollends ausgeschlossen.

Um zu einer richtigen Erkenntniss der Tragweite des Art. 215 O. R. zu gelangen, ist es nothwendig, die Entstehungsgeschichte und den Inhalt desselben, sowie die Con-

---

[17]) Und die gleichartigen Hypothekartitel anderer Kantone.

sequenzen, welche sich aus seiner Anwendung auf grundversicherte Forderungen ergeben würden, ins Auge zu fassen.

Was die Entstehungsgeschichte des erwähnten Artikels angeht, so lautete derselbe in den drei ersten Entwürfen dahin: „Zur Verpfändung einer Forderung, welche nicht an den Besitz einer Urkunde gebunden ist, wird gefordert, dass der Schuldner derselben davon benachrichtigt und der Schuldschein an den Pfandgläubiger übergeben werde.“ In den Beschlüssen der Redactionscommission vom Januar und März 1878 bekam der Artikel (aus welchen Gründen ist mir nicht bekannt) folgende Fassung: „Zur Verpfändung einer gewöhnlichen Forderung (der französische Text sagt: simple créance) ist nothwendig, dass der Schuldner davon benachrichtigt und der Schuldschein oder eine sonstige Beweisurkunde an den Pfandgläubiger übergeben oder in Ermanglung solcher Urkunden die Verpfändung mit beglaubigtem Datum schriftlich vollzogen worden ist,“ und diese Fassung ist denn auch in dem (4ten) Entwurfe, welchen der Bundesrath der Bundesversammlung vorlegte, beibehalten.

Der Ständerath änderte resp. kürzte nun (am 17. Februar 1881 auf den Antrag seiner Commission) den Artikel dahin ab: „Zur Verpfändung einer gewöhnlichen Forderung ist nothwendig, dass der Schuldner davon benachrichtigt ist, ein etwa vorhandener Schuldschein an den Pfandgläubiger übergeben und die Verpfändung schriftlich beurkundet worden sei.“ In dieser Fassung ging der Artikel aus den Berathungen der Bundesversammlung vom März 1881 hervor.

Bekanntlich ernannte dann der Bundesrath eine Experten-Commission zur Bereinigung und nochmaligen genauen Durchsicht des Entwurfes (s. Schneider und Fick, Commentar zum eidgenössischen Obligationenrecht, 2. Auflage, Seite 17 unten).

Diese Commission verwandelte nun die Worte „einer gewöhnlichen Forderung“ in „einer andern Forde-

rung" und in dieser Form wurde der Artikel schliesslich (ohne Discussion) angenommen.[18])

Aus dieser Entstehungsgeschichte geht nun m. E. zur Evidenz hervor, dass Art. 215 bis zur letzten Feststellung seines Wortlautes durch die soeben erwähnte Commission sich nicht auf Forderungen bezog, welche an eine Urkunde geknüpft sind; denn auch unter gewöhnlichen Forderungen (wie die letzten Entwürfe sich ausdrückten) versteht man, obgleich dieser Ausdruck kein juristisch-technischer ist, ebensowenig Forderungen, die in Urkunden verkörpert sind, als grundversicherte Forderungen.

Da nun die letzteren nach der Gesetzgebung der meisten Kantone, wenn auch regelmässig nicht in dem eminenten Sinn wie die Inhaberpapiere und die Wechsel, an Urkunden geknüpft sind, so wird man, ohne Widerspruch befürchten zu müssen, behaupten dürfen, dass bis zu der letzten Redaction dieser Bestimmung allseitig, beim eidgenössischen Gesetzgeber wie bei den vorberathenden Behörden und Commissionen, die Absicht obwaltete resp. obwalten musste, die Regelung der Verpfändung grundversicherter Forderungen nach wie vor der kantonalen Gesetzgebung zu überlassen. Merkwürdiger Weise (und wie mir von verschiedenen mitwirkenden Personen bestätigt worden ist) hat hierüber niemals, und zwar auch in der erwähnten letzten bundesräthlichen Expertencommission nicht,[19]) eine Discussion gewaltet. Dagegen ist mir von Mitgliedern der grossen Commission, welche in den Jahren 1876 bis 1880 den Entwurf (d. h. die 4 ersten Entwürfe) zum eidgenössischen Obligationenrecht berathen und festgestellt hat, versichert worden, dass sie, in völliger Uebereinstimmung mit dem Wortlaut der Entwürfe, nie eine andere Meinung gehabt

---

[18]) Bekanntlich wurde der revidirte Entwurf von beiden Räthen in globo, ohne alle Discussion angenommen, s. Bundesblatt 1881 Bd. III S. 523 u. 665.

[19]) Wie mir von Herrn Nationalrath Dr. Niggeler, Mitglied dieser Commission, ausdrücklich bestätigt worden ist.

haben, als dass das kantonale Recht für die Verpfändung grundversicherter Forderungen in Kraft verbleibe.

Ist nun die Annahme begründet, dass man schliesslich, ohne dass ein hierauf gerichteter Auftrag vorlag, ohne alle Discussion, stillschweigend, und ohne sich aus den kantonalen Hypothekenrechten genau und vollständig darüber zu orientiren, welche Vorschriften dieselben erfordern, übereingekommen sei (im Gegensatz zu der bisher gewalteten Absicht), auch die grundversicherten Forderungen in das Gesetz einzubeziehen und desswegen den Ausdruck „gewöhnlichen" in „andern" umgewandelt habe? Eine solche Annahme wäre, wie mir scheint, nur dann gerechtfertigt, wenn sich diese Aenderung nicht anders erklären liesse, und diess ist nun gewiss nicht der Fall.[20])

Vielmehr scheint mir eine andere Erklärung sehr nahe zu liegen. Wie bereits bemerkt, ist der Ausdruck „gewöhnliche Forderung" kein juristisch-technischer, sondern ein unbestimmter, vieldeutiger. Derselbe wird oft im Gegensatz zu den an Urkunden geknüpften, dann wieder im Gegensatz zu den grundversicherten, und endlich, und zwar, wenn ich nicht sehr irre, gerade in der bundesrechtlichen Praxis bei Anwendung des Art. 59 B.-V. häufig für „laufende Forderungen" gebraucht, im Gegensatz zu den (durch bewegliche oder unbewegliche Pfänder) versicherten. Schon diese Unbestimmtheit desselben, und da Art. 215 natürlich auch die durch bewegliche Pfänder versicherten Forderungen umfassen sollte, war ein hinreichender Grund zu dessen Entfernung. Allein dazu kommt noch, dass Art. 215 ja in der That auf alle andern, d. h. in den Art. 210—214 noch nicht behandelten Forderungen sich beziehen

---

[20]) Nach Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 21. Brachmonat 1877 (A. S. d. B.-Ges. N. F. Bd. III S. 109 und 111) bestand die Aufgabe des Bundesrathes und der von ihm bestellten Commission darin, „die Gesetzesvorlage oder die einzelnen Abschnitte derselben, bezüglich welcher Abänderungen beschlossen worden waren, im Sinne dieser Beschlüsse umzuarbeiten." S. auch Botschaft des Bundesrathes vom 18. Mai 1881.

sollte, deren rechtliche Behandlung (rechtliche Natur, Entstehung, Uebertragung und Erlöschung) vom eidgenössischen Obligationenrecht überhaupt normirt wird. Und nun will mir scheinen, dass der Ausdruck „andere Forderung" in Art. 215 des Obligationenrechtes jedenfalls dann in dem soeben bezeichneten beschränkteren Sinne, wonach er nur alle andern im eidgenössischen Obligationenrecht behandelten Forderungen begreift, aufgefasst werden müsse, wenn sich ergibt, dass die Bestimmung auf die vom eidgenössischen Recht auch **sonst nicht normirten** grundversicherten Forderungen nicht passt. Und diess ist nun in der That der Fall.

Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Art. 215 O. R. auf grundversicherte Forderungen erregt nämlich auch dessen Wortlaut. Ich finde in unserm Bundesgesetze (vergleiche Art. 102 ff. O. R.) keinen Anhalt dafür, dass der Ausdruck „Schuldschein" in demselben, speciell in Art. 215, in einem andern Sinne gebraucht sei, als wenigstens in der Schweiz der gewöhnliche Sprachgebrauch und speciell § 859 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, welcher dem Artikel als Vorbild gedient hat, demselben beilegt und wonach darunter bloss Beweisurkunden, Beweistitel, dagegen keineswegs auch solche Schuldurkunden, welche Träger der in ihnen verbrieften Forderungen sind, zu verstehen sind. Sicher ist, dass der Ausdruck in Art. 215 bis zur letzten endgültigen Redaction desselben nur in diesem und keinem andern Sinn gebraucht gewesen ist. Es weist also m. E. auch der Wortlaut des Art. 215 darauf hin, dass derselbe sich nicht auf solche Forderungen beziehen kann und will, die an Urkunden geknüpft sind, was, wie bemerkt, bei den grundversicherten Forderungen fast regelmässig der Fall ist.

Entscheidend für die Annahme, dass die Verpfändung grundversicherter Forderungen weiter durch das kantonale Recht geregelt werde, scheint mir aber der materielle Inhalt des Art. 215 O. R., d. h. die in dieser Gesetzes-

bestimmung für die Begründung des Pfandrechts (Gegenstand, Voraussetzung und Verpfändungsform) aufgestellten Rechtsgrundsätze zu sein.

Es ist schon mehrfach hervorgehoben worden, dass nicht alle Forderungen den gleichen rechtlichen Character, die gleiche rechtliche Natur haben. Die einen Forderungen sind an Urkunden geknüpft, bei denen Geltendmachung und Erfüllungspflicht von der Vorlegung des Papieres abhängt und die Urkunde daher als Träger der Forderung erscheint (Scripturobligationen, Werthpapiere). Für andere sind entweder gar keine Urkunden vorhanden, oder dieselben dienen nur dazu, die Forderung zu beurkunden, zu beweisen (Schuldscheine).

Unter den Werthpapieren, welche Träger von Forderungen sind, unterscheiden sich wieder die indossabeln (Wechsel, Cheque, Anweisung an Ordre u. s. w. siehe Art. 720 ff., 830 ff., 838 ff., 847 ff. O. R.) von den nicht indossabeln (den Inhaberpapieren Art. 846 ff. O. R., und den Namenspapieren, welch letztere, wie bereits bemerkt,[20a]) als Werthpapiere unter der Herrschaft des eidgenössischen O. R. nur noch für grundversicherte Forderungen vorkommen können). So verschieden wie die rechtliche Natur der Forderungen ist auch überall die Verpfändungsform und zwar sowohl im zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuche, welches dem eidgenössischen O. R. in dieser Materie augenscheinlich zum Vorbild gedient hat, als in allen andern mir bekannten Gesetzgebungen; überall hat man die Verpfändungsform der rechtlichen Natur der Forderungen angepasst, dem Verkehr mit solchen Forderungen entsprechend gestaltet. Für Inhaberpapiere wird für den Pfanderwerb wie für den Eigenthumserwerb m. W. überall Besitzübergabe erfordert, aber auch genügend erklärt; für indossable Papiere wird Uebergabe des indossirten Papiers verlangt und für die Verpfändung von Forderungen, für welche gar keine Urkunde oder nur Beweistitel bestehen, sind wenn

---

[20a]) Siehe oben bei Note 13.

auch mit etwas anderer Bedeutung und Wirkung ähnliche Formen, wie für die Cession aufgestellt (schriftliche Beurkundung, Uebergabe des Schuldscheines, Anzeige an den Schuldner). Vergleiche Stobbe a. a. O., Band II (2. Auflage) Seite 697 Ziffer 3; Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes, Band I (4. Auflage) Seite 931 bei Note 7—9.

Ganz so ist, wie es auch ja gar nicht anders sein konnte und wie ein Blick auf den Abschnitt über das Faustpfandrecht beweist, auch der eidgenössische Gesetzgeber verfahren. Diejenigen vom eidgenössischen Recht normirten Papiere, welche, wie die Inhaberpapiere und die indossablen Papiere, Gegenstand des Eigenthums sind, können auch Gegenstand des Pfandrechtes sein (wie bewegliche Sachen), und regelmässig entspricht auch im eidgenössischen Obligationenrecht, wie in den andern Gesetzgebungen, die Verpfändungsform den Formen, welche für die Uebertragung der verschiedenen Forderungen bestehen (vergleiche Art. 210 mit Art. 199 O. R., Art. 214 mit Art. 727, 735 Absatz 1 und 755 Absatz 1 u. s. w.; Art. 215 mit Art. 184, 186 und 191.).

Dass bei den laufenden, resp. den nicht an Urkunden geknüpften Forderungen die Verpfändung erst durch die Anzeige an den Schuldner und die Uebergabe des Schuldscheines vollendet wird, während bei der Cession schon die schriftliche Beurkundung zur Perfection genügt (Art. 184, 186 und 191 des O. R.), die Anzeige an den Schuldner also bei der Verpfändung nicht, wie bei der Cession, lediglich rechtssichernd, sondern rechtsbegründend wirkt, verstösst nicht gegen das oben Gesagte; denn Grund und Zweck der Vorschrift ist doch immerhin der gleiche, wie bei der Cession, nämlich den Pfandgläubiger gegen Zahlungen und Abmachungen des Drittschuldners mit dem Pfandschuldner oder einem Cessionar desselben zu schützen. Nun ist schon wiederholt betont worden, übrigens auch bekannt, dass die grundversicherten Forderungen je nach der massgebenden kantonalen Gesetzgebung eine sehr verschiedene

rechtliche Natur haben und namentlich davon gar keine Rede ist, dass dieselbe immer den laufenden (gewöhnlichen) Forderungen gleichgestellt seien. M. W. sind dieselben vielmehr nach den meisten cantonalen Gesetzgebungen, insbesondere der Ost- und Mittelschweiz, z. B. Appenzell, Zürich, Schaffhausen, St. Gallen, Luzern u. s. w., wenn auch nicht immer im gleichen Masse, an Urkunden geknüpft. Je nach der hiedurch bedingten rechtlichen Natur vollzieht sich die Uebertragung der grundversicherten Forderungen fast regelmässig nach den (gewöhnlichen oder modificirten) Grundsätzen des Sachenrechts oder nach den (gewöhnlichen oder modificirten) Regeln des Obligationenrechts. Soweit die Forderungen an Urkunden geknüpft sind, wird — wenigstens der Regel nach — der Verkehr mit denselben nach sachenrechtlichen, wo dies nicht der Fall ist, nach obligationenrechtlichen Grundsätzen beurtheilt, und der Uebertragungsform entspricht in den kantonalen Gesetzgebungen auch die Verpfändungsform (vergl. z. B. §§ 845 und 858 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, §§ 769 und 789 des Schaffhauser privatrechtlichen Gesetzbuches u. s. w.).

In dieser Hinsicht ist nun in erster Linie darauf aufmerksam zu machen, dass die in Art. 215 vorgeschriebene Anzeige an den Schuldner bei Forderungen, die an Urkunden geknüpft sind, (wenigstens bezüglich der Capitalforderung, worauf sich die mir unterbreitete Frage allein bezieht) gar keinen vernünftigen Sinn und Zweck hat, sondern lediglich eine lästige und desshalb unverständige Fessel des Verkehrs wäre. Denn wie bereits bemerkt, ist zweifellos jene Anzeige nur desshalb vorgeschrieben, um das Recht des Pfandgläubigers gegen Zahlungen oder Abmachungen des Drittschuldners (indem sie dessen guten Glauben ausschliesst) zu sichern.

Bei den grundversicherten Forderungen, welche an Urkunden geknüpft sind, liegt aber diese Sicherheit schon vollständig darin, dass der Schuldner mit befreiender Wirkung nur gegen Rückgabe der Urkunde, beziehungs-

weise Abschreibung auf derselben, Zahlung leisten kann,[21]) während dagegen allerdings die Nothwendigkeit der Anzeige zur Sicherung des Rechtes des Pfandgläubigers bei allen andern Forderungen sich nicht leugnen lässt. Ich vermag nun keinen ernsthaften Grund zu entdecken, welcher den Gesetzgeber hätte bestimmen können, die Anzeige dennoch nicht bloss für die nicht an Urkunden geknüpften Forderungen, sondern ganz allgemein für alle in den Art. 210 und 214 noch nicht behandelten Forderungen vorzuschreiben, wenn er wirklich auch die Verpfändung der grundversicherten Forderungen regeln und hiefür nicht das kantonale Recht in Kraft belassen wollte. Es konnte ihm doch unmöglich entgehen, dass nicht nur die Rechtssicherheit für die Verpfän-

---

[21]) Das Gegentheil beweist auch das bei Planta a. a. O., Seite 73 angeführte Urtheil des st. gallischen Cantonsgerichtes vom 3. März 1874 i. S. Schwendimann contra Bank in Wyl nicht. Dieses Urtheil argumentirt folgendermassen: Die Bank habe, als sie den fraglichen Kaufschuldbrief zu Faustpfand erwarb, von der an der Kaufschuld erfolgten, aber im Titel nicht abgeschriebenen Abzahlung nichts gewusst, sich also im guten Glauben befunden, und müsse daher bei ihrem Pfandrecht geschützt werden. Dagegen habe sie später, und zwar bevor sie den Kaufschuldbrief im Concurse des Pfandschuldners zu Eigenthum erwarb, von der Abzahlung Kenntniss erhalten und stehe ihr deshalb, soweit sie mehr als Schutz der durch den Faustpfandvertrag erworbenen Rechte verlange, die Einrede der Arglist, exceptio doli, entgegen. Ob diese Argumentation richtig ist, mag dahin gestellt bleiben. Kaum zu bestreiten ist, dass die rechtliche Natur der Werthpapiere die Einrede der Arglist nicht unbedingt ausschliesst (vergleiche Brunner a. a. O., Seite 169 ff. und Seite 213), sondern es lediglich eine rechtspolitische Frage ist, ob und inwieweit dieselbe im Interesse der Circulationsfähigkeit des Papiers durch positives Gesetz ausgeschlossen oder beschränkt werden soll. Die in Art. 215 O. R. vorgeschriebene Anzeige an den Schuldner hat aber hiemit gar nichts zu thun. Dieselbe hat nicht etwa, je nach der Natur der Forderung resp. der über dieselbe ausgestellten Urkunde, bald den Zweck, den Schuldner vor Begründung des Pfandrechtes zur Geltendmachung seiner Rechte resp. seiner Einreden gegen die verpfändete Forderung zu veranlassen oder gar etwa den Eigenthümer des Titels gegen Veraberwandlung desselben zu schützen, sondern Zweck und Bedeutung der Anzeige bestehen, wie oben bemerkt, immer nur darin, den Pfandgläubiger gegen künftige Zahlung und Abmachungen des Schuldners zu sichern.

dung von Schuldbriefen, Zedeln u. s. w. keine solche Vorschrift erheische, sondern der Verkehr mit denselben dadurch unnöthigerweise belästigt werde. Für eine besondere Normirung der Verpfändung von Schuldbriefen, Zedeln etc. durch eine specielle Bestimmung wäre doch gewiss noch Raum gewesen; irgend ein äusserer oder innerer Grund, sie mit den laufenden Forderungen in einer gemeinsamen Gesetzesvorschrift zusammenzuwerfen, war gewiss nicht vorhanden.

Ein solches Verfahren liesse sich ja nur durch die Annahme erklären, der eidgenössische Gesetzgeber habe die kantonalen Hypothekarrechte nicht gekannt. Aber ein Gesetzgeber, der die Verpfändung grundversicherter Forderungen normiren will, muss es doch in allererster Linie als seine Aufgabe erachten, sich über die rechtliche Natur derselben aus den massgebenden kantonalen Gesetzen zu vergewissern. Es scheint mir daher der Umstand, dass die Anzeige an den Drittschuldner allgemein als Erforderniss der Pfandbestellung vorgeschrieben ist, deutlich darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber Forderungen, die an Urkunden geknüpft sind, also die grundversicherten Forderungen (welche, wie nochmals zu betonen ist, allein in Betracht kommen können), gar nicht im Auge gehabt hat.

Ein anderes Bedenken erregt sodann der Umstand, dass (was bekanntlich bei allen andern Forderungen ausgeschlossen ist) bei den grundversicherten Forderungen nach der Begründung des Pfandrechtes an denselben ein Wechsel des Schuldners, durch Singularsuccession in die Schuld kraft Gesetzes, eintreten kann, ohne dass der Pfandgläubiger von diesem Wechsel oder der neue Schuldner von dem an der grundversicherten Forderung bestellten Pfandrecht etwas erfährt. Denn, wie bereits oben bemerkt, folgt z. B. nach dem Rechte des Kantons Appenzell A. Rh. (und auch nach andern Rechten) die persönliche Schuld ohne weiters und von Rechts wegen dem Pfand, geht also mit der Veräusserung des Pfandes kraft Gesetzes auf den Erwerber desselben über, während in andern Kantonen der Eintritt des

Pfanderwerbers in die Schuld zwar nicht sofort, aber doch nach Ablauf einer bestimmten Frist erfolgt, sofern der Gläubiger nicht ausdrücklich die Annahme desselben als neuen Schuldners verweigert. Es scheint mir nun nicht verneint werden zu können, dass dieser Wechsel auf der Schuldnerseite, durch Singularsuccession kraft Gesetzes, die Quelle von Verwicklungen werden kann und muss. Es lässt sich die Frage aufwerfen, ob in solchem Falle die an den ursprünglichen Drittschuldner gemachte Anzeige ohne weiteres, auch wenn der neue Drittschuldner davon keine Kenntniss erhalten hat, fortwirke. Die Bejahung wie die Verneinung der Frage, vornehmlich natürlich die Verneinung, aber auch die Bejahung (wo die Forderung ausnahmsweise nicht an eine Urkunde geknüpft ist) kann sehr bedenkliche Consequenzen haben.

Aus dem gleichen Grunde ist ferner aus den Zedeln, Schuldbriefen u. s. w. der gegenwärtige Schuldner sehr häufig nicht zu entnehmen. Der Gläubiger, welcher eine grundversicherte Forderung verpfänden will, müsste daher in der Regel noch eine Bescheinigung der Hypothekarbehörde über den gegenwärtigen Schuldner beibringen, was jedenfalls sehr lästig wäre, aber nicht einmal völlig sicherte; denn bekanntlich sind Streitigkeiten darüber, ob der frühere Pfandeigenthümer als Schuldner entlassen und der neue als solcher angenommen worden sei, gar nicht so selten. Man würde daher oft die Anzeige an den neuen und den alten Schuldner machen müssen.

Allein bei den an Urkunden geknüpften Forderungen geschieht nicht nur die Verpfändung in sachenrechtlichen Formen, sondern das Pfandrecht wird in Wahrheit an der Urkunde selbst bestellt; Gegenstand des Pfandrechtes ist, wie bei den Inhaberpapieren, das Papier, die Urkunde, und es findet daher auch bezüglich des Pfanderwerbs die Regel: „Hand wahre Hand“ im gleichen Umfange, wie sie für den Eigenthumserwerb gilt, ihre Anwendung (so in Zürich, Schaffhausen, Appenzell u. s. w.). — Das würde nun bei Anwendung des Art. 215 O. R. auf

alle grundversicherten Forderungen (welche nicht etwa in reinen Inhaberpapieren verkörpert wären) mit einem Schlag anders geworden sein!

Die Urkunde als Werthpapier wäre nicht mehr Gegenstand des Pfandrechtes und die Regel „Hand wahre Hand" würde nicht mehr Platz greifen. Gegenstand des Pfandrechtes sind nämlich nach den Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes, wie aus denselben mit aller wünschbaren Klarheit hervorgeht, nur bewegliche Sachen, Inhaberpapiere, indossable Papiere und Forderungen. Werthpapiere, welche weder zu den Inhaberpapieren noch zu den indossabeln Papieren gehören, können nach dem eidgenössischen Recht nicht mehr Gegenstand des Pfandrechtes sein. Die Uebergabe der Schuldurkunde, des Schuldscheines, erfolgt nach Art. 215 des O. R. nur als Mittel zur Begründung des Pfandrechtes[22]) an einer Forderung. Das Pfandrecht wird nach Art. 215 nicht am Papier selbst, sondern an der darin beurkundeten Forderung constituirt. Daraus erklärt sich denn auch (wovon noch weiter unten zu sprechen sein wird) der Ausschluss der Regel „Hand wahre Hand", welche nach Art. 213 nur für den Pfanderwerb an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren gilt und selbstverständlich, als dem Sachenrecht angehörige Regel, nur auf den Pfanderwerb an beweglichen Sachen und solchen Werthpapieren, welche denselben bezüglich der Uebertragung und Verpfändung gleichgestellt, also (selbst) Gegenstand dinglicher Rechte (des Eigenthums, Pfandrechtes, Niessbrauchs) sind, Anwendung finden kann. Für den Erwerb des Gläubigerrechtes und des Pfandrechtes an Forderungen, welche nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes übertragen werden, kann jene Regel natürlich nicht Platz greifen; der Ausschluss

---

[22]) Dies ist ausschliesslich die Bedeutung der Uebergabe von Beweisurkunden. Bei den Werthpapieren, wie den Zedeln, wäre sie natürlich auch erforderlich zur Geltendmachung, Realisirung des Pfandrechtes, da ohne deren Besitz der Pfandgläubiger ja sein Recht gar nicht verwerthen kann.

derselben bei Art. 215 des O. R. ist daher selbstverständlich, wenn diese Gesetzesbestimmung, wie nachgewiesenermassen ursprünglich beabsichtigt war, nur auf solche Forderungen angewendet wird, welche nicht an Urkunden geknüpft sind und welche daher nach den Regeln der Cession übertragen werden. Denn solche Forderungen, bei denen das Eigenthum an der Urkunde (dem Schuldschein) vom Gläubigerrecht abhängig ist (nicht umgekehrt) und bei denen daher die Schuldurkunde nicht selbständig Gegenstand von dinglichen Rechten (Eigenthum, Pfandrecht u. s. w.) ist, kann eben nur der (wahre) Gläubiger, d. h. der ursprüngliche Gläubiger oder wer die Forderung durch eine ununterbrochene Reihe rechtsgültiger Uebertragungsacte von dem ursprünglichen Gläubiger erworben hat, verpfänden. Die Vorschrift des Art. 215 wäre aber nicht correct, sondern völlig verfehlt, wenn sie auch auf solche grundversicherten Forderungen, welche in Urkunde verkörpert sind (Werthpapiere, wie die appenzellischen Zedel) angewendet werden sollte. Um sicher zu gehen, muss der Pfandgläubiger nach Art. 215, wenn der Verpfänder nicht der in der Urkunde (dem Schuldschein) benannte Gläubiger ist, den Nachweis der Ordnungsmässigkeit und Rechtsgültigkeit sämmtlicher Uebertragungsacte vom ursprünglichen Gläubiger an verlangen. Dieser Nachweis dürfte nun für Inhaber von zürcherischen Schuldbriefen, appenzellischen Zedeln und ähnlichen Papieren manchmal desshalb sehr schwierig sein, weil die Uebertragung der Zedel nicht, wie nach Art. 184 O. R. die Abtretung von Forderungen, an die schriftliche Beurkundung gebunden ist. In andern Fällen könnte aber jener Nachweis desshalb ganz unmöglich sein, weil ja (gemäss dem in dieser Hinsicht massgebenden kantonalen Rechte) der Erwerb der Forderung **aus** dem Zedel vom Eigenthumserwerb **an** dem Zedel abhängig ist und nach der für diesen Erwerb geltenden Regel: „Hand wahre Hand“ das Eigenthum an (nicht gestohlenen oder verlorenen) Zedeln auch vom Nichteigenthümer erworben werden kann, der spätere Eigen-

thümer des Zedels also sein Recht gar nicht nothwendig von einem frühern resp. dem ursprünglichen Eigenthümer ableiten muss. Im weitern ist klar, dass der Verlust, die Aushingabe des Zedels seitens des Pfandgläubigers, dessen rechtlicher Natur als Träger der Forderung und den über den Eigenthumserwerb an demselben geltenden Grundsätzen nach, ganz andere Folgen für die Fortexistenz des Pfandrechtes hätte, als die Aushingabe eines blossen Schuldscheins, welcher nicht Träger, sondern blosse Zubehörde der Forderung ist.

Allein so ungereimt und unverständlich schon aus diesen Gründen die Gleichbehandlung der laufenden mit den grundversicherten, resp. der nicht an Urkunden gebundenen mit den in Urkunden verkörperten Forderungen, bezüglich der Pfandbestellung an denselben wäre, so würde dieselbe vollends ganz unbegreiflich, wenn man bedenkt, dass der Ausschluss der Regel „Hand wahre Hand“ zur Folge hätte, dass nur noch der Eigenthümer des Titels gültig ein Pfandrecht an demselben resp. der darin verbrieften Forderung bestellen könnte, also bei solchen Titeln, wenn sie von einem Nichtberechtigten zu Pfand gegeben worden sind, der gutgläubige Empfänger desselben kein Pfandrecht daran erwerben würde.

Die practische Bedeutung der Frage, ob eidgenössisches Recht oder kantonales Recht für die Verpfändung grundversicherter Forderungen gelte, reducirt sich keineswegs etwa darauf, ob in Zukunft die Verpfändung solcher Forderungen, beziehungsweise der über dieselben ausgestellten Titel (Zedel, Schuldbriefe, Gülten u. s. w.), eine Anzeige an den Schuldner erfordere oder nicht. Sondern die Bedeutung der Frage ist die, ob in Zukunft resp. seit Inkrafttreten des eidgenössischen Obligationenrechtes ohne Rücksicht auf die rechtliche Natur dieser Titel und die für den Verkehr mit denselben nach kantonalem Rechte geltenden Grundsätze einfach die Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes über Verpfändung **nicht an Urkunden geknüpfter**, nur nach

den Regeln des Obligationenrechtes über die Cession übertragbarer Forderungen zur Anwendung kommen?

Und nun scheint es mir geradezu undenkbar, dass der eidgenössische Gesetzgeber zwar die kantonale Gesetzgebung competent erklärt habe, die für die Entstehung, Erlöschung und Uebertragung der grundversicherten Forderungen und den Verkehr mit denselben massgebenden Vorschriften aufzustellen,[23]) also zu bestimmen, ob diese Forderungen an Urkunden geknüpft sein und ob der Verkehr mit denselben sich nach sachenrechtlichen oder obligationenrechtlichen Grundsätzen vollziehen, ob insbesondere die Regel „Hand wahre Hand" gelten solle, — dass derselbe dann aber plötzlich im Capitel über das Faustpfandrecht aus der Rolle gefallen sei und nicht nur die Regelung auch der Verpfändung grundversicherter Forderungen für sich in Anspruch genommen, sondern dieselbe ohne alle Rücksicht auf die kantonale Gesetzgebung, beziehungsweise den durch letztere den Pfandurkunden (Zedeln, Schuldbriefen) beigelegten rechtlichen Character und unbekümmert um die Conflicte, die aus einander widerstreitenden Vorschriften des kantonalen und des eidgenössischen Rechts unvermeidlich entstehen müssten, ausgeführt habe, — in gänzlicher Verkennung der der kantonalen Gesetzgebungsgewalt eingeräumten resp. vorbehaltenen Competenzen. Eine solche Gedankenlosigkeit ist aber auch gewiss dem eidgenössischen Gesetzgeber resp. den Urhebern der gegenwärtigen Fassung des Art. 215 nicht begegnet. Dieselben haben vielmehr, als sie an diesen Artikel ihre Hand anlegten, an die grundversicherten Forderungen offenbar gar nicht gedacht.[24]) Die ganze Frage, ob dieser Artikel, beziehungsweise das Capitel des eidgenössischen Obligationenrechtes über das Faustpfandrecht, auch auf diese Forderungen Anwendung finde, ist nur dadurch entstanden und hat nur dadurch entstehen können, dass man, statt zu

---

[23]) Sowie für das grundversicherte Darleihen, Art. 337 O. R.

[24]) Siehe oben bei Note 19.

untersuchen, ob Art. 215 seiner Entstehungsgeschichte und dem Sinne und Zusammenhange des Gesetzes nach für jene Forderungen bestimmt sei resp. bestimmt sein könne, einseitig auf das Gesetzeswort resp. darauf abstellte, dass das Bundesgesetz in dieser Materie das kantonale Recht nicht (wie bei der Cession und der Erlöschung, der Anweisung, dem grundversicherten Darleihen) ausdrücklich vorbehalte. Man übersah, dass ein solcher Vorbehalt früher (d. h. bis zur letzten Feststellung des Textes von Art. 215) gar nicht nöthig war, und legte der letzten Aenderung am Texte jenes Artikels eine Bedeutung bei, die sie weder haben wollte noch konnte.[25]) Man übersah, dass der eidgenössische Gesetzgeber, ohne mit sich selbst in schreienden Widerspruch zu gerathen, den kantonalen Zedeln, Schuldbriefen etc. die Anerkennung als Werthpapiere und damit die Anwendung sachenrechtlicher Grundsätze auch für deren Verpfändung nicht versagen konnte; dass es insbesondere eine durchaus ungerechtfertigte und unbegreifliche Massregel wäre, die Regel „Hand wahre Hand" für den Pfanderwerb an solchen Papieren auszuschliessen, wenn der kantonale Gesetzgeber den Eigenthumserwerb an denselben unter jene Regel gestellt, überhaupt für den Verkehr mit solchen Papieren die (gewöhnlichen oder besonderen) sachenrechtlichen Grundsätze als anwendbar erklärt habe (vergleiche Stobbe a. a. O., Band II [2. Auflage] Seite 699 Ziffer 4; Roth, deutsches Privatrecht, Band III Seite 721). Wollte der eidgenössische Gesetzgeber auch die Verpfändung grundversicherter Forderungen regeln, so musste er hiefür gestützt auf eingehendes Studium der verschiedenen kantonalen Hypothekarrechte eben auch besondere, für dieselben passende Bestimmungen aufstellen, gerade so gut, wie dies hätte geschehen müssen, wenn derselbe die Uebertragung dieser Forderungen hätte regeln wollen. Wie der eidgenössische Gesetzgeber letzteres aber in der richtigen Erkenntniss, dass er sich vor Eingriffen in die kantonalen Hypothekarrechte

---

[25]) Siehe oben Note 20.

zu hüten habe, unterlassen und das kantonale Recht als fortbestehend erklärt hat, gerade so gut ist und musste diess geschehen bezüglich der Verpfändung grundversicherter Forderungen.

So wenig als bezüglich der Uebertragung lassen sich die grundversicherten Forderungen bezüglich der Verpfändung unter eine Regel zusammen zwängen, so lange das Hypothekarrecht der kantonalen Gesetzgebung anheimfällt.

Zu den Aufgaben der Hypothekargesetzgebung gehört bekanntlich die Hebung des Bodencredites. Dieser Aufgabe haben insbesondere die neuen Hypothekargesetze in der Weise gerecht zu werden gesucht, dass sie, um dem creditbedürftigen Grundbesitz gegenüber der grossen Concurrenz anderer Geldanlagen (Actien, Inhaberpapiere u. A.) die nöthigen Capitalien zuzuführen und zu erhalten, den Verkehr (Veräusserung und Verpfändung) mit den Pfandbriefen (Schuldbriefen, Zedeln u. s. w.) möglichst erleichterten. Gerade das neueste Zedelgesetz des Cantons Appenzell A. Rh. verfolgt unzweifelhaft diesen Zweck.

In diese Bestrebungen und Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebung theils durch Aufstellung ebenso zweckloser als lästiger mit der Natur der Pfandbriefe (Zedel u. s. w.) in Widerspruch stehender Verpfändungsformen, theils durch Nichtachtung der für den Verkehr mit solchen Titeln massgebenden Grundsätze störend und hemmend einzugreifen, konnte der eidgenössische Gesetzgeber, ohne einen schweren Missgriff zu begehen, unmöglich als seine Aufgabe erachten. Er hat dies aber auch, davon bin ich gestützt auf das vorstehend Gesagte vollkommen überzeugt, nicht als in seinen Beruf fallend angesehen, sondern sich, wie ausgeführt, gewissenhaft jeden Eingriffs in diese Materie enthalten.[26])

---

[26]) Wenn Zeerleder a. a. O. (s. oben Note 3) geltend macht: „Wir glauben, nach dem Gesetzestext müsse angenommen werden, die Verpfändung aller Arten von Forderungen sei durch das eidg. Recht beherrscht, und es liessen sich hiefür auch gesetzgeberische Gründe anführen, wie namentlich dass dieses Rechtsgeschäft für den nicht auf die Gesetzes-

Sollte den vorstehenden Ausführungen entgegen von den Gerichten an der Ansicht festgehalten werden, dass das eidgenössische Obligationenrecht auch die Verpfändung grundversicherter Forderungen regeln wolle, so hoffe ich doch unter allen Umständen den Beweis dafür erbracht zu haben, dass Art. 215 des O. R. nicht auf alle Forderungen dieser Art, insbesondere also nicht auf die appenzellischen Zedel, die zürcherischen Schuldbriefe und ähnliche Werthpapiere, Anwendung finden könne.

Man müsste dann vielmehr nothwendig annehmen, das Gesetz enthalte für diese Papiere keine bestimmte Norm, in welchem Falle dasselbe aus seinem Geiste, nach den für die Analogie geltenden Regeln,[27]) vom Richter zu ergänzen wäre. Bei der Natur der Zedel und der Gleichheit der für die Uebertragung der Inhaberpapiere und der Zedel geltenden Grundsätze, wonach diese beiden Arten von Werthpapieren wie bewegliche Sachen behandelt werden, kann es nach den früheren Ausführungen nicht zweifelhaft sein, dass in solchem Falle Art. 210 des O. R. auf die Verpfändung der Zedel analog zur Anwendung gebracht werden müsste. Denn der auf der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere beruhende Rechtsgrund, aus welchem diese Papiere bezüglich der Pfandbestellung an denselben den (sonstigen) beweglichen Sachen gleichgestellt sind, würde für die appenzellischen Zedel, die zürcherischen Schuldbriefe und ähnliche Werthpapiere vollkommen zutreffen.

---

grenzen beschränkten Verkehr der Banken die grösste Bedeutung besitzt," so ist zu bemerken, dass letzteres für die Cession kaum in geringerem Grade zutrifft.

[27]) S. Unger, System des österreichischen Privatrechtes, Band I Seite 59 ff.; Dernburg, Pandekten, Band I S. 84 ff.