

von $\frac{1}{6}$ der verbürgten Summe auf Sicherstellung zu belangen, behauptete, sondern es müßte nach den Umständen angenommen werden können, daß er einerseits von diesem Rechte Gebrauch gemacht hätte, und andererseits, daß dies von Erfolg gewesen wäre. Weder die eine noch die andere Annahme ist jedoch in casu gerechtfertigt. Gegen die erste Annahme spricht, daß der Beklagte die Bürgschaft, soweit aus den Akten ersichtlich, für die ganze Summe, bezw. $\frac{1}{3}$ derselben, ohne Sicherstellung seitens des Hauptschuldners eingegangen, und nach dem 17. Juni 1896, als ihm die Klägerin die Art der Bürgschaftsverpflichtung des S. H. Bernheim kundgab, keine Schritte gegen den Hauptschuldner gethan, sondern nach allen Seiten stillgeschwiegen hat, und was den Erfolg eines allfälligen Sicherstellungsbegehrens betrifft, so hat die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise festgestellt, daß die Akten über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners in den Jahren 1893 und 1896 keinen Aufschluß geben und der Beklagte den Beweis dafür, daß seit 1893 eine Verschlechterung derselben eingetreten sei, weder geleistet noch anerböten habe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen in allen Theilen bestätigt.

108. Urteil vom 15. Mai 1897 in Sachen Konkursmasse Engelberger gegen Waser und Konsorten.

A. Anfangs des Jahres 1895 geriet Joseph Engelberger in Stansstad in Konkurs; unter seinen Aktiven befanden sich ein Wohnhaus mit Anbau und Garten (Kat. Nr. 81), ein Grundstück benannt Niedmatt, und $\frac{50}{100}$ Anteil an der Scheune im untern Frankenbach. Am 4. Juni 1895, bevor die Steigerung stattgefunden hatte, machte Fürsprech Lussi in Stans, namens des Dr. Cubasch in Stansstad, eine Eingabe an das Konkursamt von Nidwalden, worin er ausführte: Dr. Cubasch habe am

15. März 1885 von den Gebrüdern (Karl, Albert und Eduard) Engelberger, Burg, ein an Joseph Engelbergers Haus angrenzendes Grundstück gekauft. Im Kaufakt sei bemerkt, das Kaufobjekt sei mit Ausnahme der übergreifenden Hypotheken pfandfrei. Nun sollen aber dem Vernehmen nach auf diesem Grundstück gleichwohl spezielle Hypotheken lasten, welche bisher von Joseph Engelberger verzinst worden seien. Für diesen Fall verlange Dr. Cubasch die Belastung der Liegenschaft Engelbergers mit den benannten Hypotheken, und daheriger Zinspflicht; ferner verlange er, sofern er irgendwie für Zins und Hauptgut dieser Hypotheken belangt, oder durch dieselben persönlich oder als Inhaber seines Grundstücks betroffen oder geschädigt würde, die Vergütung des bezüglichen Betrages durch den in Konkurs geratenen Joseph Engelberger, unter Wahrung seines Regressrechtes auf die Verkäufer, und indem er sich das Konkursprotokoll für alle sachbezüglichen Ansprüche nach jeder Richtung offen behalte. In Ergänzung dieser Eingabe richtete Dr. Cubasch am 5. Juni 1895 eine weitere Zuschrift an das Konkursamt von Nidwalden, worin er erklärte, er betrachte es als selbstverständlich, daß der Konkursit für den vollen Betrag von Hauptgut und ausstehenden Zinsen der ab seiner Liegenschaft auf das Grundstück Dr. Cubasch's allfällige übergreifenden Hypotheken aufzukommen habe, welche er bisher zu verzinsen gehabt habe, und für die Dr. Cubasch nunmehr irgendwie belangt, betroffen oder geschädigt werden könnte. Eine gleiche Eingabe machte Advokat Lussi am 5. Juni für Metzger Klühler in Stansstad. Auf den 2. November 1896 wurde die zweite Liegenschaftengant angeordnet, und in Ziff. 4 der Steigerungsbedingungen bestimmt: „Insofern der Steigerungserlös für den Scheunenanteil die auf demselben zum Verzinsen abgetheilten und auf den benachbarten Grundbesitz übereingehenden Hypotheken und der ausstehenden grundversicherten Zinsen nicht zu decken vermag, haben die betreffenden Gültinhaber das Steigerungsobjekt am Hypothekarprotokoll zu entlasten, und in der Folge den Zins hievon an denjenigen Grundeigentümern zu fordern, auf welche ihre Kapitalien übergreifen.“ Der Einzelruf ergab für das Haus und Garten 11,720 Fr., für die Niedmatt 7660 Fr., für den Anteil Scheune 2000 Fr., zusammen 21,380 Fr.

Der Gesamtruf über die drei Grundstücke dagegen ergab 24,520 Fr., somit einen Mehrerlös von 3140 Fr., resp. 14,69 % Erhöhung gegenüber den Einzelangeboten, auf den Scheunenanteil also 2293 Fr. 70 Cts. Diesen Betrag schied das Konkursamt laut Gantprotokoll und Schlußrechnung den auf dem $\frac{58}{100}$ Anteil Scheune lastenden Gülten im Betrage von 4542 Fr. 74 Cts. Kapital zu, d. h. die 2293 Fr. 74 Cts. Gantpreis blieben als Gültenschuld weiter auf der Liegenschaft liegen und der Rest von 2249 Fr. wurde auf der verkauften Liegenschaft gestrichen und nur noch auf den übrigen mitverhafteten Liegenschaften gültig erklärt. Demgemäß wurden die Eigentümer der Gültbriefe durch Publikation im Amtsblatt aufgefordert, die Abschreibung des Scheunenteils aus ihren Gülten vornehmen zu lassen.

B. Hierauf erhob Advokat Lussi namens seiner Kommittenten, unter welchen nun neben den früher genannten Dr. Cubasch und Flübler auch Albert Waser und Valer Odermatt erscheinen, beim Konkursgericht von Nidwalden das Rechtsbegehren: Es sei das Konkursamt von Nidwalden namens der Konkursmasse des Joseph Engelberger, gew. Negociant in Stansstad, pflichtig, anzuerkennen, daß vorab aus dem Steigerungserlös der Liegenschaften des Konkursiten, Haus, Garten und Gelände, Niedmattli und Scheune, die auf denselben haftenden Hypotheken zu decken seien. Eventuell seien die Kläger als Inhaber mitverpfändeter Grundstücke für den auf sie entfallenden und von ihnen fortan zu verzinsenden Betrag derselben von der Konkursmasse entsprechend zu entschädigen, unter Kostenfolge. Ein Protokoll über die Verhandlungen vor dem Konkursgericht liegt nicht vor.

C. Durch Urteil vom 30. Dezember 1896 hat das Konkursgericht von Nidwalden erkannt: „1. Das Hauptbegehren der Impetranten sei zu Recht gesprochen. 2. Die Konkursverwaltung habe den Klägern das Gerichtsgeld mit 13 Fr. zurückzubeguten, und denselben ferner an die Kosten 60 Fr. beizutragen.“ Die Erwägungen dieses Urteils gehen dahin: „1. Die Kläger seien Inhaber von Grundstücken, die mit der zinspflichtigen Liegenschaft mitverpfändet seien; sie werden von dem anzuwendenden Konkursrecht direkt betroffen, und seien daher nach Art. 148 u. a. des Sch. u. R.-Gesetzes klageberechtigt. 2. Dem Konkursiten Engel-

berger sei die Zinspflicht der auf seinem Anteil Scheune abgetheilten Kapitalien obgelegen. Diese Gülten, von denen die letzte anno 1748 bekannt sei, lasten nun nicht einzig auf des Schuldners Anteil Scheune, sondern auch auf dessen Haus und Garten und der Besitzung der Kläger. Die Zinspflicht jedoch habe der Gemeinschaftsdner, resp. dessen Rechtsvorgänger, übernommen und bisher erfüllt. 3. Der Steigerungserlös habe vorab zur Entlastung der mitverpfändeten Grundstücke zu dienen; eine andere Zweckbestimmung würde eine nach Art. 70 D.-R. ungerechtfertigte Bereicherung mit sich bringen, die gesetzlich unzulässig sei.“

D. Dieses Urteil wurde vom Kantonsgericht des Kantons Nidwalden, laut einer auf der Urteilsausfertigung vorhandenen Bescheinigung der Gerichtskanzlei Nidwalden, unterm 16. Januar 1897 „vollinhaltlich bestätigt“. Eine besondere Ausfertigung des kantonsgerichtlichen Urteils liegt nicht vor.

E. Mit Eingabe an das Kantonsgericht Nidwalden vom 13. Februar 1897 hat Advokat Dr. Bucher in Luzern namens der Konkursmasse des Joseph Engelberger gegen das kantonsgerichtliche Urteil die Berufung an das Bundesgericht erklärt und dabei folgende Anträge gestellt:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Ebenso das Urteil des Konkursgerichts von Nidwalden vom 30. Dezember 1896.
3. Die Kläger, bezw. Impetranten, seien mit ihren Begehren gänzlich abzuweisen.

Advokat Lussi bestreitet namens der Kläger in seiner Antwortschrift zunächst die Kompetenz des Bundesgerichts, in dieser Sache als Berufungsinstanz zu urteilen, und beantragt sodann gänzliche Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der von den Klägern gegen die Konkursmasse des Joseph Engelberger geltend gemachte Anspruch ist unzweifelhaft ein civilrechtlicher; dieser Anspruch ist von dem kantonalen Gerichte unter Anwendung des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht entschieden worden. Gemäß Art. 56 D.-G. ist demnach die Berufung an das Bundesgericht zulässig, sofern das Urteil des Kantonsgerichts sich als ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes

Haupturteil darstellt, und der gesetzliche Streitwert von mindestens 2000 Fr. vorhanden ist. Diese beiden Voraussetzungen sind von den Berufungsbeklagten nicht bestritten worden und sind in der That gegeben. Das angefochtene Urteil ist von der letzten kantonalen Instanz erlassen worden, und entscheidet den eingeklagten materiellen Rechtsanspruch definitiv, ist also ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil. Was den Streitwert anbelangt, so bestimmt sich derselbe nach dem in Folge des Konkurses über Joseph Engelberger auf die Kläger entfallenden und von ihnen fortan zu verzinsenden Betrag der auf ihre Grundstücke übergreifenden, bisher von Joseph Engelberger allein verzinsten Hypotheken und dieser Betrag beläuft sich laut der Schlussrechnung des Konkursamtes auf 2249 Fr.

2. Da das Verfahren vor den kantonalen Gerichten mündlich war, und über die Parteiverhandlungen ein Sitzungsprotokoll nicht vorliegt, die Parteien auch von der ihnen in Art. 63, Ziff. 2, Abs. 2 D.-G. eingeräumten Befugnis, eine Zusammenstellung ihrer mündlichen Vorträge zu den Akten zu legen, keinen Gebrauch gemacht haben, so kann, was die Festlegung des Streitverhältnisses in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung anbetrifft, einzig auf den Inhalt des konkursgerichtlichen Urteils, welches vom Kantonsgericht ohne weitere Beifügung bestätigt worden ist, abgestellt werden. Was das konkursgerichtliche Urteil in dieser Beziehung bietet, ist nun allerdings sehr unvollständig. Insbesondere mangelt es an einer bestimmten Angabe über die Natur der Klage; es fehlt namentlich jede Erklärung darüber, ob die Kläger mit ihren Rechtsbegehren einen Kollokationsstreit im Sinne des Art. 250 Sch. u. K.-Ges. beabsichtigen, ob sie also als Konkursgläubiger auftreten, oder ob sie nicht vielmehr die Masse selbst als ihre Schuldnerin betrachten, und eine Leistung von dieser direkt verlangen. Je nachdem die Klage im einen oder im andern Sinne aufzufassen ist, sind ihre materiellen und prozessualen Voraussetzungen verschieden; die Beurteilung der Klage erfordert daher in erster Linie die Feststellung darüber, ob es sich um einen Kollokationsstreit, oder um die Geltendmachung einer der Masse obliegenden Verpflichtung handle. Im erstern Falle wäre es Sache der Kläger gewesen, bei dem Konkursgerichte gemäß den Bestim-

mungen des Art. 250 den Kollokationsplan selbst anzufechten und eine Änderung desselben in der Weise zu verlangen, daß sie in denselben als Gläubiger des Konkursiten eingetragen und eventuell ihre Forderungen in bevorzugter Stellung kolloziert würden. (Entscheid. des Bundesgerichts XXII, S. 295.) Je nach dem Entscheide des Gerichts hätte sich dann allerdings auch ein Recht der Kläger auf Vornahme eines bestimmten Teiles des Erlöses aus dem Vermögen des Konkursiten ergeben, aber die definitive Berechnung und Zuteilung der betreffenden Summe wäre erst nachträglich durch das Konkursamt bei Erstellung der Verteilungsliste vorgenommen worden. Nirgends geht nun aus den Akten hervor, daß Kläger gemäß Art. 244 bis 251 ein Begehren auf Änderung des Kollokationsplanes in's Recht gesetzt hätten und nirgends ist insbesondere erwähnt, daß Kläger Forderungen auf den Konkursiten besitzen, die im Sinne von Art. 219 des Betreibungsgesetzes ein Recht auf vorgehende Befriedigung aus der Konkursmasse beanspruchen könnten. Vielmehr läßt der Wortlaut der beiden dem Konkursgericht unterbreiteten Rechtsbegehren darauf schließen, daß es sich bei der Klage um Geltendmachung eines direkten Anspruches gegen die Konkursmasse gehandelt habe. Es ist dies insbesondere bei dem eventuellen Begehren der Fall. Die in demselben gestellte Entschädigungsforderung wird nicht etwa in der Meinung geltend gemacht, daß dieselbe in den Kollokationsplan aufgenommen und bei der Verteilung des Masseerlöses anteilmäßig berücksichtigt werde, sondern die Kläger verlangen die Entschädigung von der Masse selbst, als ihrer angeblichen Schuldnerin und zwar in vollem Betrage, ohne Rücksicht auf die im Konkurse sich ergebende Konkursdividende. Was das Hauptbegehren anbetrifft, so wäre es angesichts des Wortlautes desselben an und für sich zwar möglich, es als ein Begehren um Abänderung des Kollokationsplanes zu behandeln, insofern als dasselbe dahin aufgefaßt werden kann, es seien die klägerischen Forderungen als Hypothekarforderungen, die auf den Liegenschaften des Konkursiten lasten, und die daher gemäß Art. 219 vorab aus dem Erlöse der Pfänder zu decken sind, zu kollozieren. Soweit jedoch aus den Akten ersichtlich ist, haben die Kläger nie behauptet, Hypothekargläubiger des Konkursiten zu sein. Entscheidend fällt in dieser

Sinnsicht schließlich in Betracht, daß das Konkursgericht selbst, das aus den Parteiverhandlungen sich am besten hätte orientieren können, den Prozeß offenbar nicht als einen Kollokationsstreit aufgefaßt hat. Sonst hätte dasselbe nach der Aktenlage sich veranlaßt gesehen zu untersuchen, ob nicht bereits ein unanfechtbarer Kollokationsplan vorliege und ob eventuell die Forderungen der Kläger als pfandversicherte oder privilegierte im Sinne von Art. 219 eine bevorzugte Stellung beanspruchen könnten. Diese Fragen hat das Gericht mit keinem Worte berührt, sondern sich gegenteils auf den Standpunkt gestellt, daß ein Anspruch der Kläger gegen die Masse direkt vorliege. Einen Anspruch an die Masse haben nun aber die Kläger in keiner Weise nachgewiesen, und läßt sich ein solcher insbesondere auch nicht aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung begründen. Ein Anspruch an die Masse würde voraussetzen, daß die Kläger, abgesehen von dem zwischen ihnen und dem Konkursiten bestehenden Rechtsverhältnis, in ein solches zu der Masse selbst getreten wären, aus welcher dieser ihnen gegenüber eine civilrechtliche Verpflichtung erwachsen konnte. Hievon aber ist keine Rede. Wenn beim Konkurs Engelberger Vermögensrechte der Kläger mitbetroffen werden, so geschieht dies lediglich auf Grund des zwischen dem Konkursiten und ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse; an diesen haben sie sich daher zur Wahrung ihrer Rechte zu halten. Und es soll nun gerade das Konkursverfahren dazu dienen, die vermögensrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Konkursiten zu wahren, und den Gläubiger zu einer anteilmäßigen Befriedigung gelangen zu lassen. Zu diesem Zwecke wird dem Gläubiger und allen denjenigen, welche Ansprüche auf die im Besitze des Schuldners befindlichen Vermögensstücke haben, unter den gesetzlichen Präklusivfolgen, Gelegenheit gegeben, ihre Rechte anzumelden. Unterläßt ein Berechtigter die Anmeldung oder Wahrung seines Anspruches, und tritt infolgedessen eine Präklusion ein, so kann der Anspruch nicht auf andere Weise geltend gemacht werden und es kann auch selbstverständlich in Bezug auf den verwirkten Anspruch nicht von einer Bereicherung der Masse ohne rechtlichen Grund und demnach auch nicht von einer Anwendung der Grundsätze über Bereicherung die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt und daher das Urteil des Kantonsgerichts von Nidwalden vom 16. Januar 1897 aufgehoben und die gestellte Klage abgewiesen.

109. Urteil vom 15. Mai 1897 in Sachen
Herby gegen Matter.

A. Mit Urteil vom 15. März 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Die Klägerin wird mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage:

Das Bundesgericht wolle in Aufhebung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses der Klägerin das Klagebegehren zusprechen, eventuell: Das Bundesgericht wolle, in grundsätzlicher Gutheißung der Klage, entweder selbst oder durch das aargauische Handelsgericht für die Bestimmung der Größe des Schadens die in der Klage beantragten Beweise durchzuführen lassen.

C. In seiner Vernehmlassung auf die Berufungsschrift stellte der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Berufung; eventuell ersuchte er darum, das Bundesgericht wolle die Einvernahme der vor dem Instruktionsrichter abgehörten Zeugen vor der Gesamtheit des Handelsgerichts anordnen, ebenso die Einvernahme der Zeugen Jakob Laufer und Jakob Herby-Eichy.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In seiner Berufungs-Beantwortungsschrift bestreitet der Beklagte die Kompetenz des Bundesgerichts zur Behandlung der vorliegenden Streitsache, freilich ohne einen bestimmten diesbezüglichen Antrag zu stellen, mit der Begründung, das Handelsgericht stütze sein Urteil nicht auf Bundesrecht, sondern auf Handelsgewohnheitsrecht. Diese letztere Behauptung ist zunächst thatsächlich durchaus unrichtig, indem im ganzen angefochtenen Urteil kein Wort von Handelsgewohnheitsrecht steht, sondern das Handels-