

thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen, nicht zu. Denn diese stellen ausdrücklich fest, daß die Gläubigerin bei Eingehung des Nebenvertrages und dessen Nichtmitteilung an die Bürgen eine arglistige täuschende Absicht nicht gehegt habe, daß ihr eine absichtliche Verheimlichung nicht zur Last falle, sie sich vielmehr darauf verlassen haben, der Hauptschuldner, welcher den Verkehr mit den Bürgen und die Redaktion der Vertragsurkunde besorgt habe, werde den Bürgen das Erforderliche mitteilen, oder es sei eine Mitteilung des Separatabkommens an die Bürgen nicht nötig, weil dieses für sie ohne Bedeutung sei. Diese Feststellungen der Vorinstanzen sind thatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich; denn aktenwidrig sind sie nicht, sie erscheinen gegenteils, angesichts des nahen verwandtschaftlichen Verhältnisses der Bürgen zum Hauptschuldner und des Umstandes, daß bei Abschluß des Geschäfts, Stellung der Bürgen, Redaktion der Vertragsurkunde u. dgl., die Initiative und führende Stelle beim Hauptschuldner und nicht bei der Gläubigerin gestanden zu haben scheint, durchaus wahrscheinlich. Steht aber demnach fest, daß die Klägerin nicht in täuschender Absicht, um den Bürgen durch Täuschung zum Vertragschlusse zu verleiten, gehandelt hat, so ist der Einrede des Betrugs die rechtliche Grundlage entzogen. Es kann danach selbstverständlich auch davon keine Rede sein, daß die Klägerin beim Vertragschlusse von einem zur Zeit des Vertragsabschlusses vom Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen geübten Betrüge (für welchen übrigens nach den Feststellungen der Vorinstanzen nichts vorliegt) Kenntnis gehabt habe oder hätte haben sollen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten und der dritten Partei wird als unbegründet abgewiesen.

72. Urteil vom 8. Juli 1899 in Sachen
Basler Wechselcomptoir Gloor & Cie. gegen Kuhn.

Art. 206 O.-R. Vindikation gestohlener Inhaberobligationen, gerichtet gegen den Delentor, der dieselben weiterverkauft, aber noch nicht übergeben hat. Passivlegitimation. — Hinterlegungsvertrag zwischen Verkäufer und Käufer?

A. Durch Urteil vom 24. April 1899 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Beklagte werden zur unbeschwertten Herausgabe der drei Obligationen Nr. 317,113, 322,016 und 338,152 von je 1000 Fr. der Zürcher Kantonalbank nebst allen dazu gehörenden, nach dem 24. September 1898 verfallenden Zinscoupons an die Klägerin verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt in ihrer Vernehmlassung, die Berufung sei abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten, Basler Wechselcomptoir Gloor & Cie., haben am 26. September 1898 einem Heinrich Grieshaber, Buchbinder in Unterhallau, drei Inhaberobligationen der Zürcher Kantonalbank zu je 1000 Fr. (Nr. 317,113, 322,016 und 338,152) um 2833 Fr. 80 Cts. abgekauft, und zwar, wie die Vorinstanz annimmt und in der Berufungsinstanz auch nicht mehr bestritten ist, im guten Glauben, daß derselbe zur Veräußerung berechtigt gewesen sei. Am 30. gl. Monats haben sie die Titel dem Handelsmann Nathan Gittermann um 2899 Fr. 20 Cts. weiterverkauft. Gittermann bezahlte gleichen Tags an den Kaufpreis den Betrag von 2803 Fr. 35 Cts. und ließ die Titel in den Händen der Beklagten, mit der Erklärung, er werde dieselben in 14 Tagen abholen und den Rest des Kaufpreises bezahlen. Die Beklagten stellten ihm eine Quittung für den bezahlten Betrag aus und vermerkten am Fuße derselben: « Les titres restent déposés chez nous. Gloor & Cie. » Sie legten die Titel in ein als „Depot von N. Gittermann“ überschriebenes Couvert. Am

19. Oktober wurden diese durch Vermittlung der Polizei bei den Beklagten beschlagnahmt, und am 23. November 1898 reichte die Klägerin gegen die Beklagten Klage auf unbeschwerter Herausgabe der Obligationen nebst dazu gehörigen Coupons ein, indem sie behauptete, sie seien ihr am 24. September 1898 gestohlen worden. Die Vorinstanz stellt fest, daß die Klägerin diese Obligationen s. Z. zu Eigentum erworben habe, und daß sie ihr im September 1898 gestohlen worden seien. In diesem Punkte wird die Entscheidung nicht angefochten. Dagegen machen die Beklagten in erster Linie geltend, daß ihnen die Passivlegitimation fehle; nach Art. 206 D.-R. müsse die Klage gegen den Inhaber der abhanden gekommenen Sache gerichtet werden. Inhaber im Sinne dieses Artikels sei aber nicht der bloße Detentor, sondern nur derjenige, welcher die Sache mit dem Eigentumswillen, oder dem Willen, aus einem andern Rechtsgrunde für sich zu besitzen, innehabe. Nun sei der Besitz an den Obligationen durch *constitutum possessorium* auf den Käufer Gittermann übergegangen, so daß nur dieser auf Herausgabe derselben belangt werden könnte. Selbst wenn übrigens unter den Begriff Inhaber im Sinne des Gesetzes auch der Detentor fallen sollte, und die Passivlegitimation der Beklagten demnach gegeben wäre, so könnten sich dieselben doch darauf berufen, daß Gittermann die Titel gutgläubig von ihnen (also von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waren handelt) erworben habe.

2. Die von den Berufungsklägern vertretene Ansicht, daß nach eidg. Obligationenrecht die Vindikation gestohlener oder verlorener Sachen nur gegen den juristischen Besitzer und nicht auch gegen den bloßen Detentor angestrengt werden könne, ist nicht richtig. Nach gemeinem Recht kann der Eigentümer seine ihm abhanden gekommene Sache bekanntlich von jedem herausfordern, der sie inne hat und zur Restitution fähig ist (s. Dernburg, Pandekten I, § 225), also nicht bloß vom juristischen Besitzer, sondern auch vom Detentor in fremdem Namen, wie z. B. vom Depositar, Kommodatar, Mieter u. s. w. Nun anerkennt allerdings das eidg. Obligationenrecht das Vindikationsrecht des Eigentums bezüglich beweglicher Sachen nicht in dem ausgedehnten Umfange, wie das gemeine Recht; allein die Beschränkung, welche es gegenüber diesem letztern statuiert, betrifft lediglich den Schutz des gutgläubigen

Erwerbers, bezw. den Grundsatz: Hand muß Hand wahren. Mit der Durchführung dieses Grundsatzes hat aber die Frage, ob die Eigentumsklage nur gegen den juristischen Besitzer der vindizierten Sache, oder auch gegen den bloßen Detentor derselben angestrengt werden könne, nichts zu thun. Aus der grundsätzlichen Stellung, welche das eidg. Obligationenrecht im allgemeinen mit Bezug auf die Vindikation beweglicher Sachen einnimmt, kann demnach nichts zu Gunsten der von den Beklagten vertretenen Ansicht hergeleitet werden. Ebenso wenig aus dem Wortlaut des Gesetzes. Dasselbe steht dieser Ansicht vielmehr ausdrücklich entgegen. Art. 206 D.-R. besagt, gestohlene oder verlorene Sachen können binnen 5 Jahren vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet „jedem Inhaber“ abverlangt werden. „Jeder Inhaber“ (oder wie die welschen Texte sagen: « tout détenteur », « qualsiasi detentore ») ist aber nicht bloß derjenige, welcher den juristischen Besitz an der Sache ausübt, den *animus sibi possidendi* besitzt, sondern im Gegensatz dazu jeder, der die Sache thatsächlich inne hat, ohne Rücksicht auf die juristische Qualifikation des Innehabens. Nach Art. 206 D.-R. kann somit kein begründeter Zweifel obwalten, daß die Eigentumsklage auch gegen den bloßen Detentor, der die vindizierte Sache für einen Dritten im Gewahrsam hat, angestrengt werden kann. Dieser Standpunkt des Obligationenrechts kommt übrigens noch in einem speziellen Anwendungsfalle zum Ausdruck, indem Art. 482 den Depositar einerseits der Verpflichtung zur Rückgabe an den Hinterleger enthebt und anderseits zur Benachrichtigung desselben verpflichtet, wenn gegen ihn (d. h. den Depositar) die Eigentumsklage anhängig gemacht worden ist, also gerade den Fall ins Auge faßt, wo die Vindikation gegen den bloßen Detentor, und nicht gegen denjenigen gerichtet wird, in dessen Namen er die Sache in Händen hat.

3. Ist demnach der Detentor zur Klage passiv legitimiert, so kann sich dagegen fragen, ob er zur Wahrung der Rechte seines Autors auf die Streitverkündung an denselben beschränkt sei, oder ob er auch von sich aus die Einreden, welche diesem zustehen würden, dem Vindikanten gegenüber erheben könne. Es kann dies indes dahingestellt bleiben, denn die Behauptung der Beklagten, sie hätten die vindizierten Titel einem dritten Käufer, dem N. Gittermann,

tradiert, und übt lediglich als Depositare für diesen den Gewahrsam an denselben aus, erscheint jedenfalls als unbegründet. Eine körperliche Übergabe hat unbestrittenermaßen nicht stattgefunden, sondern der Besitzwerb Gittermanns könnte sich nur auf ein *constitutum possessorium* gründen; zum Nachweis eines solchen hätten die Beklagten darzuthun; daß der beidseitige übereinstimmende Vertragswille die Parteien auf Besitzübertragung an den Erwerber gerichtet gewesen, und die körperliche Übergabe an diesen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses unterblieben sei, demzufolge die Titel noch im Gewahrsam der Veräußerer bleiben sollten. Allein dieser Nachweis ist nicht erbracht. Die Beklagten behaupten, aus dem dem Gittermann ausgestellten Vorderreau, in welchem gesagt sei, die Titel seien ihm cediert und folgen mit, ergebe sich, daß sie demselben die Übergabe angeboten hätten, und die Übergabe sei sodann dadurch wirklich zu Stande gekommen, daß sie die Titel fortan als Depositare Gittermanns aufbewahrt hätten. Als Depositare wären die Beklagten jedoch verpflichtet gewesen, demselben die Titel auf jederzeitige Aufforderung hin herauszugeben, ohne sich darauf berufen zu können, daß der Kaufpreis noch nicht völlig bezahlt war. Die Annahme eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Hinterlegungsvertrages würde danach voraussetzen, daß die Beklagten dem Gittermann den noch nicht bezahlten Kaufpreis von 95 Fr. kreditiert hätten. Dies ist nicht zu vermuten, vielmehr mangels Beweises für das Gegenteil anzunehmen, daß nach der beidseitigen Parteimeinung die Titel dem Gittermann nur gegen Bezahlung des Kaufpreises sollten herausgegeben werden. Ein hinreichender Beweis dafür, daß die Beklagten sich verpflichten wollten, dem Gittermann auf erstes Begehren die Titel auch ohne gleichzeitige Bezahlung des Kaufpreises zu verabfolgen, kann nämlich unmöglich in der von ihnen hervorgehobenen Thatsache gefunden werden, daß sie die Titel in ein besonderes, mit der Aufschrift Depot Gittermann versehenes Couvert legten, und in der Quittung über die von Gittermann beim Abschluß des Kaufvertrages bezahlten 2803 Fr. 35 Cts. bemerkten: « les titres restent déposés chez nous. » Wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt hat, ist der gebrauchte Ausdruck Depot in der Geschäftssprache vieldeutig, und es kann

in Anbetracht des Umstandes, daß Gittermann die Titel noch nicht vollständig bezahlt hatte, im vorliegenden Falle in dessen Verwendung mehr nicht gefunden werden, als die Äußerung des Willens, daß die Titel zur Übergabe an Gittermann bereit zu halten seien, bis sie derselbe gegen Entrichtung des noch verbleibenden Kaufpreises in Empfang nehme.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt in allen Teilen bestätigt.

73. Auszug aus dem Urteil vom 14. Juli 1899
in Sachen Schlosser gegen Läng.

*Verhältnis des Art. 104 O.-R. zu Art. 141 und 10 daselbst.
Rückgabe eines Schuldscheines an den Schuldner. Schenkungsweiser Nachlass? Abgrenzung des eidgenössischen und des kantonalen Rechtes.*

Der Beklagte Schlosser hatte am 1. September 1882 zu Gunsten des Klägers Läng, des Onkels seiner Ehefrau, eine „Obligation“ ausgestellt, laut welcher jener diesem 3600 Fr., verzinslich zu $4\frac{1}{2}\%$ schuldete. Bei einem Besuche der Eheleute Schlosser am 8. April 1894 übergab der Kläger der Ehefrau Schlosser u. a. diese Obligation. In der Folge erhob er Klage auf Herausgabe des Schuldscheines, indem er im Wesentlichen behauptete, er habe den Schuldtitel nicht etwa schenkungsweise herausgegeben, sondern nur auf das Vorgeben der Ehefrau Schlosser, sie möchte etwas darin nachlesen, und in der Hoffnung, denselben demnächst wieder zurückzuerhalten. Die Eheleute Schlosser (gegen welche beide die Klage gerichtet war), nahmen den Standpunkt ein, die Schuld sei schenkungsweise erlassen worden. Von beiden Seiten wurde ein umfassender Indizienbeweis geführt. Gestützt auf denselben nahm der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern an, es könnte jedenfalls nicht von einer Schenkung von Hand