

nicht kausal gewesen sei, so entfällt damit ohne weiteres die Annahme eines Betruges, und braucht daher die Frage nach einer dolosen Absicht des Klägers nicht mehr gestellt, und demnach auch nicht untersucht zu werden, ob der Schluß auf eine solche Absicht aus den von der Vorinstanz hiefür angeführten Thatsachen begründet sei oder nicht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerschaft wird in dem Sinne als begründet erklärt, daß die Beklagten, in Abänderung des Urteils des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 10. September/7. November 1896, verurteilt werden, an die Klägerschaft, unter solidarischer Haftbarkeit, zu bezahlen:

- a. 8000 Fr. nebst Zins zu $4\frac{1}{2}\%$ seit 31. Januar 1889 bis zur Zahlung, und
- b. den Zins von 12,000 Fr. zu $4\frac{1}{2}\%$ vom 1. Januar 1889 bis 31. Dezember 1892.

221. Urteil vom 2. Oktober 1897 in Sachen
Wüthrich gegen Hofmann.

A. Mit Urteil vom 7. Mai 1897 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der Beklagte, Ferdinand Wüthrich, ist mit seinen Beweis-einreden abgewiesen.
2. Derselbe ist mit seiner peremptorischen Einrede gegenüber den Klagsbegehren abgewiesen.
3. Dem Kläger, Friedrich Hofmann, mit dem er handelt, ist das erste Klagsbegehren zugesprochen.
4. Demselben ist auch das zweite Klagsbegehren zugesprochen, soweit es die beiden Hauptbeträge von 834 Fr. 15 Cts. und 800 Fr. anbetrifft; soweit das zweite Klagsbegehren weiter geht, ist er mit demselben abgewiesen.
5. Dem Kläger ist auch das dritte eventuelle Klagsbegehren

zugesprochen für den Schaden, der durch die Zinseinbuße entstanden ist, der daherige Betrag wird festgesetzt auf 427 Fr. 65 Cts.

6. Der Kläger ist mit seiner peremptorischen Einrede gegenüber den Widerklagsbegehren abgewiesen.

7. Hinwieder ist der Beklagte mit seinen beiden Widerklagsbegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

1. Der Kläger sei mit seinen Rechtsbegehren ohne Rücksicht auf deren ursprüngliche Begründetheit abzuweisen und es sei der Beklagte von diesen Ansprüchen definitiv zu befreien.

2. Der Kläger sei mit seinen sämtlichen Rechtsbegehren abzuweisen, unter Kostenfolge; eventuell

3. Das vom Widerkläger gestellte Widerklagebegehren Nr. 2 sei demselben zuzusprechen.

4. Das von demselben gestellte Widerklagebegehren Nr. 1 sei demselben zuzusprechen,
und es sei demnach das angefochtene Urteil in allen Teilen aufzuheben.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Berufungsklägers die in der Berufungsschrift gestellten Anträge. Der Vertreter des Berufungsbeklagten trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der heutige Kläger Friedrich Hofmann wurde am 8. November 1877 als uneheliches Kind der im Jahre 1859 zur Welt gekommenen Rosina Elisabetha Hofmann, von Worb in Nychigen, geboren. Als Vater des Kindes wurde durch Urteil des Amtsgerichts von Konolfingen vom 17. Januar 1878 Johann Friedrich Schmutz in Nychigen, gestützt auf seine Anerkennung der Vaterschaftsklage, erklärt, und unter anderm zu einem halbjährlichen, jeweilen zum voraus zahlbaren „Unterhaltungsbeitrag an die Erziehung des Kindes“ bis nach dessen zurückgelegtem 17. Altersjahr verurteilt. Das Kind Friedrich Hofmann blieb bei seiner Mutter, welche sich ihrerseits bei ihrem Vater befand. Am 9. November 1883 verheiratete sie sich mit dem heutigen Beklagten,

Ferdinand Wüthrich, und dieser nahm den Knaben Friedrich Hofmann am 26. Mai 1886 zu sich. Elisabetha Hofmann hatte ihrem Manne einen „Gutschein“ auf die Ersparniskasse Konolfingen, Nr. 13,969, Hauptbuch Nr. XVI, Fol. 858, lautend auf „Friedrich Hofmann von Worb zu Rychigen“ mitgebracht. Laut diesem Gutschein betrug das Guthaben des Friedrich Hofmann auf 1. Juli 1887 2834 Fr. 15 Cts. Am 16. September 1887 zog Ferd. Wüthrich von diesem Guthaben einen Betrag von 834 Fr. 15 Cts. zurück; die Quittung lautet: „Fried. Hofmann erkennt... empfangen zu haben,“ und ist unterschrieben „Ferd. Wüthrich.“ Es erfolgten weitere Einzahlungen, so daß sich das Guthaben am 1. Juli 1891 auf 2416 Fr. 10 Cts. belief. Am 29. September 1892 erfolgte eine weitere Rückzahlung von 800 Fr.; die diesbezügliche Quittung trägt die Unterschrift: „Der Stiefvater: Ferd. Wüthrich.“ Durch. Zuschrift vom 18. März 1896 kündete Ferd. Wüthrich das damals 1907 Fr. 75 Cts. betragende Guthaben auf 20. Juni desselben Jahres, und zwar, wie er sich ausdrückt, als „Inhaber der elterlichen Gewalt.“ Die Ersparniskasse Konolfingen ersuchte ihn hierauf um Mitteilung, in welcher Eigenschaft er die elterliche Gewalt über Hofmann ausübe, und fragte ihn an, ob er dessen bestellter Vormund sei, worauf Wüthrich erwiderte, das Guthaben „sei nicht zu seinem Zwecke,“ sondern er werde es in eine nähere Kasse einlegen. Erst durch diesen Vorgang erfuhr der Einwohnergemeinderat von Worb, die Vormundschaftsbehörde über Fried. Hofmann, daß diesem noch kein Vormund bestellt sei, daß er dagegen Vermögen besitze. Sie ernannte zum Vormund dessen Onkel Wendicht Hofmann in Rychigen und forderte Wüthrich auf, das Sparheft herauszugeben. Da dieser sich dessen weigerte, bevollmächtigte sie den Vormund zur Anhebung eines Prozesses gegen ihn, und es erhob nun der Vormund Klage, indem er folgende Rechtsbegehren stellte: „Es sei zu erkennen:

1. Beklagter sei schuldig, dem Kläger, namens er handelt, den Gutschein des Friedrich Hofmann Nr. 13,970, Einlagebuch Nr. 16, Fol. 858, auf die Ersparniskasse von Konolfingen in Großhöchstetten, per 1. Juli 1896, im Werte von 1974 Fr. 45 Cts. herauszugeben, unter Kostenfolge.

2. Er sei schuldig, dem Kläger, namens er handelt, die zwei erhobenen Beträge von 834 Fr. 15 Cts. nebst gesetzlichem Verzugszins seit 16. September 1887 und Fr. 800 nebst gesetzlichem Verzugszins seit 29. Januar 1892 zurückzuerstatten, unter Kostenfolge.

3. Eventuell: Der Beklagte sei schuldig, dem Kläger, namens er handelt, denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Erhebung zweier Beträge von 834 Fr. 15 Cts. und 800 Fr. von dessen Guthaben bei der Ersparniskasse von Konolfingen entstanden ist, unter Kostenfolge.“

Der Beklagte beantragte, der Kläger, namens er handle, sei mit seinem Rechtsbegehren, ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit, insoweit abzuweisen, als Verjährung eingetreten sei, und im übrigen möge eine materielle Abweisung erfolgen; er erhob ferner folgende Widerklage: „Friedrich Hofmann, handelnd mit Händen seines Vormundes Wendicht Hofmann in Rychigen, sei schuldig und zu verurteilen, dem Widerkläger Ferd. Wüthrich für die ihm durch die Verpflegung und Aufzucht des Friedr. Hofmann entstandenen Kosten und Bemühungen vom 26. Oktober 1891 hinweg eine angemessene Vergütung zu bezahlen und es sei dieselbe bis 26. Oktober 1896 festzusetzen auf einen Gesamtbetrag von 2072 Fr. 80 Cts. nebst Zins zu 5 % von diesem Tage hinweg, unter Kostenfolge; eventuell:

Kläger und Widerbeklagter, mit Händen er handelt, sei schuldig, dem Beklagten und Widerkläger aus denselben Gründen und für dieselbe Zeit einen Betrag von 5703 Fr. zu bezahlen, unter Kostenfolge.“

Der Kläger und Widerbeklagte trug hiegegen auf Abweisung des uneinläßlichen Antwortschlusses der Klagebeantwortung, auf uneinläßliche Befreiung von der Widerklage und auf materielle Abweisung der Widerklage an, alles unter Kostenfolge, worauf der Widerkläger replicando Abweisung der peremptorischen Einrede des Widerbeklagten beantragte. Die Begründung der Klage und der Widerklagebegehren ist aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich, ebenso die Motivierung des sub Fakt. A mitgeteilten Urteils der Vorinstanz.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichts ist bezüglich des Streit-

wertes unzweifelhaft vorhanden. Da jedenfalls die Widerklage in ihrem zweiten Begehren den Streitwert von 4000 Fr. übersteigt, war eine mündliche Verhandlung anzuordnen, was zur Folge hat, daß auf die die Berufung begründende Eingabe des Berufungsklägers keine Rücksicht zu nehmen ist. Was das anzuwendende Recht betrifft, so hat die Vorinstanz ihrem Urteile im wesentlichen das eidg. Obligationenrecht zu Grunde gelegt, auf welches sich auch die Parteien stützen. In der Hauptsache ist sonach die Kompetenz des Bundesgerichts auch nach dieser Richtung gegeben, und ist auf die Berufung einzutreten, wobei immerhin den nachfolgenden Erwägungen die Frage des anzuwendenden Rechts bei den einzelnen Punkten vorbehalten bleibt.

3. Übergehend zum ersten Klagebegehren der Hauptklage, ist dessen rechtliche Natur von der Vorinstanz in der Weise aufgefaßt worden, daß damit nicht eine vindikation des Sparheftes, sondern vielmehr die Feststellung der Gläubigereigenschaft des Klägers an den darin verurkundeten Einlagen verlangt werde, die Klage sonach eine persönliche sei. Dieser Auffassung ist beizustimmen. Denn abgesehen davon, daß laut Feststellung des angefochtenen Urteils die mündliche Klagebegründung ganz entschieden diesen Standpunkt eingenommen hat, und daß nur von diesem Standpunkte aus die Rechtsbegehren 2 und 3 erklärlich sind, folgt derselbe auch aus der rechtlichen Natur des im Streite liegenden Gutscheins. Gemäß § 42 der Statuten der Ersparniskasse von Konolfingen werden die Gutscheine für Spareinlagen auf den Namen des Einlegers ausgestellt, und ist zwar der Kasse gegenüber jeder Überbringer eines Gut- oder Schuldscheins berechtigt, Einlagen zu übergeben und gutschreiben zu lassen, sowie Rückzahlungen zu beziehen und den Empfang gültig zu bescheinigen, die Kasse aber hinwiederum befugt, „die Legitimation zu verlangen, wenn die Umstände einen dahingehenden Zweifel wachrufen.“ Wie nun das Bundesgericht in seinem Urteil in Sachen Appenzeller gegen Brand vom 22. Mai 1897 näher ausgeführt hat, ist ein derartiger Gutschein nicht als Inhaberpapier zu qualifizieren, woraus folgt, daß für die Entscheidung der Frage, ob der Anspruch des Klägers auf die in dem fraglichen Gutschein verbrieftete Forderung begründet sei, nicht etwa die Grundsätze über die vindikation von Wertpapieren,

sondern die gewöhnlichen Grundsätze über den Erwerb von Forderungen maßgebend sind; danach genügt aber für den Zweck des Klägers nicht der Besitz des Papiers, sondern er muß seine Gläubigereigenschaft an demselben feststellen lassen. Fragt es sich sonach, ob die durch den Gutschein Nr. 13,969 verurkundete Forderung dem Kläger oder aber dem Beklagten zustehe, so ist vorerst zu bemerken, daß für die Entscheidung dieser Frage kantonales Recht maßgebend war, soweit es die bis zum 1. Januar 1883, dem Tage des Inkrafttretens des eidg. Obligationenrechts, gemachten Einlagen betrifft; danach ist aber das Bundesgericht zur Überprüfung der diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz nicht zuständig. Diese Feststellungen gehen aber, und zwar für die ganze Zeit der Einlagen, dahin: Es bleibe nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß bis zum Jahre 1886 die Einlagen auf den Gutschein hauptsächlich mit Rücksicht auf die von Fried. Schmutz bezahlten Alimentationsbeiträge gemacht worden seien; wer aber das Geld eingelegt habe, lasse sich nicht mit Sicherheit bestimmen, doch liege die Vermutung nahe, daß die Einlagen von der Mutter des Klägers oder von deren Vater gemacht worden seien gemäß Abrede zwischen diesen beiden, wonach die von Schmutz bezahlten Alimentationsbeiträge für den Knaben Hofmann zinstragend angelegt werden sollten; jedenfalls sei kein Anhaltspunkt vorhanden, um anzunehmen, daß die Person, welche die Gelder auf den Namen des Klägers eingelegt habe, sich dabei vorbehalten habe, später darüber nach Belieben zu verfügen. Übrigens ergebe sich aus dem (in Erwägung 1 mitgeteilten) Verhalten des Beklagten bei der Kündigung des Guthabens, daß es demselben mit der Behauptung, es stehe ihm zu, nicht ernst sein könne. Diesen Feststellungen und Ausführungen der Vorinstanz nun ist, — soweit es die für das Bundesgericht einzig in Betracht kommende Zeit nach dem 1. Januar 1883 betrifft, — durchweg beizustimmen, da sie weder auf altentwidrigen Annahmen, noch auf einer bundesrechtlichen Bestimmungen verletzenden Würdigung des Beweismaterials beruhen, gegenteils mit dem Inhalte der Akten in vollem Einklange stehen. Danach ist aber der Kläger, und zwar durch Stellvertretung, unmittelbar Gläubiger gegenüber der Ersparniskasse geworden. Der Beklagte versucht

num freilich, diesem Rechte des Klägers gegenüber ein besseres Recht zu erweisen, indem er zunächst die Thatsache der Innehabung des Titels geltend macht und weiterhin vorbringt, die Einlagen seien aus den von Schmutz der Mutter des Klägers gezahlten Alimentationsbeiträgen geleistet worden, und zwar von der Mutter, vom Großvater und von ihm selbst, nur vorläufig auf den Namen des Klägers, mit dem Vorbehalt, sie später wieder zu erheben; in Wirklichkeit habe nicht der Kläger, sondern dessen Mutter Darlehensgläubigerin werden sollen und von ihr sei das Guthaben durch Heirat auf ihn übergegangen. Die erste Einwendung fällt dahin, nachdem ausgeführt ist, daß der Gutschein sich nicht als ein Inhaberpapier qualifiziert, an dessen bloßen Besitz sich die im Papier verurkundeten Forderungsrechte knüpfen. Und die zweite Einwendung ist durch die den Akten durchaus entsprechenden, schon angeführten Feststellungen der Vorinstanz widerlegt. Ist nach dem Gesagten das Gläubigerrecht des Klägers festgestellt, so folgt daraus die Guttheilung des ersten Klagebegehrens, da alsdann dargethan ist, daß der Beklagte zu Unrecht sich im Besitze des Gutscheins befindet.

4. Das zweite Hauptklagebegehren stellt sich als ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne des Art. 70 ff. O. R. dar. Es erscheint als begründet, da alle Voraussetzungen der zitierten Gesetzesstelle vorhanden sind: unbestrittenermaßen hat der Beklagte aus dem Vermögen des Klägers eine Zuwendung erhalten, und zwar gemäß dem in Erwägung 3 Ausgeführten ohne Grund, da weder die väterliche Gewalt, — sofern ihm dieselbe überhaupt zustand, — noch der Besitz des Gutscheines einen Grund bilden konnten. Was das Maß der Rückerstattung betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß die Bereicherung in Bargeld bestand, also immer noch vorhanden ist, ganz abgesehen davon, daß die Klage auf Art. 73, Abs. 2 O.-R. gestützt wird, wonach voller Ersatz zu leisten ist, wenn der Empfänger schon beim Empfange nicht in gutem Glauben war. Die Ausführungen der Vorinstanz über diese Gesetzesbestimmung, denen kaum beigetreten werden könnte, sind übrigens nicht weiter zu prüfen, nachdem der Kläger gegen das die Verzugszinsen abweisende Urteil die Berufung nicht ergriffen hat. Ebenso fällt die Einrede der Verjährung dahin,

die vom Beklagten nur bezüglich der Verzugszinsen erhoben worden ist.

5. Mit dem dritten Klagebegehren verlangt der Kläger die Ersetzung des Schadens, der ihm durch die ohne Grund erfolgte Rückzahlung eines Teiles seines Sparkassenguthabens entstanden ist, und bezeichnet als solchen die Differenz zwischen dem Stande seines Guthabens auf 1. Juli 1896 und demjenigen, den dasselbe ohne die Rückbezüge des Beklagten auf diesen Tag erreicht hätte. Was zunächst die rechtliche Natur dieser Klage betrifft, so kann zweifelhaft sein, ob sie mit der Vorinstanz als Klage aus unerlaubter Handlung, gemäß Art. 50 ff. O.-R., oder aber als Schadenersatzklage aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem bösgläubigen Empfänger, Art. 73, Abs. 2 O.-R. zu bezeichnen ist, — eine Frage, die grundsätzlich insofern von Bedeutung ist, als im erstern Falle die Verjährungsfrist des Art. 69, in letzterm dagegen diejenige des Art. 146 O.-R. zur Anwendung kommt. Doch erscheint in concreto eine weitere Erörterung hierüber als überflüssig, da sowohl die Voraussetzungen der einen, wie diejenige der andern Gesetzesstelle zutreffen, und, was speziell die Verjährung nach Art. 69 O.-R. anbelangt, zu sagen ist, daß der Kläger von der Schädigung Kenntnis offenbar erst im Frühjahr 1896 erhielt, so daß die Klage auch als solche nach Art. 50 ff. nicht verjährt wäre; daß aber anderseits, falls die Klage sich auf Art. 73, Abs. 2 O.-R. stützen würde, der Beklagte bei Erhebung der Rückzahlungen nicht im guten Glauben sein konnte, er sei dazu berechtigt, muß nach den Ausführungen in Erwägung 3 ohne weiteres angenommen werden. Die Höhe des Schadens ist von der Vorinstanz auf 427 Fr. 65 Cts. festgestellt worden; hiemit hat sich der Kläger begnügt, während der Beklagte das Quantitativ vor Bundesgericht nicht speziell angefochten, sondern nur prinzipiell seine Schadenersatzpflicht bestritten hat. Danach ist das Urteil der Vorinstanz in diesem Punkte gleichfalls zu bestätigen.

6. Da somit die Hauptklage im wesentlichen gutgeheißen wird, ist die nur eventuell, d. h. eben für diesen Fall, gestellte Widerklage zu behandeln. Der Widerbeklagte hat derselben vor dem kantonalen Gericht in erster Linie die Einrede der Verjährung ent-

gegengehalten, dieselbe aber heute nicht mehr vorgebracht, so daß dieselbe nicht mehr zu prüfen ist, ganz abgesehen davon, daß es sich fragen könnte, ob sie auch heute noch hätte erhoben werden können, nachdem sie von der Vorinstanz nicht etwa nur in der Motivierung ihres Entscheides, sondern im Dispositiv des Urteils selbst abgewiesen worden ist und der Widerbeklagte hiegegen die Berufung nicht erklärt, sondern Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt hat. Wäre demnach auf die Widerklage aus diesem Grunde einzutreten, so kann dies aus einem andern Grunde nicht der Fall sein: wie die kantonale Instanz mit aller wünschbaren Deutlichkeit feststellt, könnte als einziger Rechtsgrund für den Anspruch des Widerklägers ein solcher familienrechtlicher Natur gefunden werden; da dieser sich aber laut Art. 76 D.-R. nach kantonalem Rechte regelt, ist das Bundesgericht zum Entscheid über denselben und somit auch zur Überprüfung des angefochtenen Urteils in diesem Punkte nicht kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten und Widerklägers wird abgewiesen und demgemäß das Urteil des Appellations- und Kassationshofs des Kantons Bern vom 7. Mai 1897 in allen Teilen bestätigt.

222. Arrêt du 8 octobre 1897 dans la cause
Compagnie d'assurance « La Genevoise » contre Huguenin.

A. — Le 11 août 1894, Fritz Nussbaum, fabricant d'horlogerie à La Chaux-de-Fonds, a contracté une assurance sur la vie auprès de la Compagnie « La Genevoise, » de 5000 fr., payables le 11 août 1914 à lui-même, s'il était vivant à cette époque, ou à sa femme et à ses enfants immédiatement après sa mort, si celle-ci survenait avant la dite époque.

La police d'assurance renferme la disposition suivante :

« Art. 14. L'assurance est résiliée de plein droit :

» a) Si l'assuré perd la vie par suite de suicide ou de duel.

» Toutefois, dans ces deux cas, la police conserve son plein effet, si elle est déjà en vigueur depuis cinq ans au moins.

» b) Si l'assuré subit la peine capitale.

» c) S'il est condamné à une détention de deux ans ou plus.

» d) Si, sans accord préalable avec la Compagnie, il entre dans la marine.

» Dans les cas prévus par les quatre alinéas ci-dessus, l'assurance est annulée et les primes versées sont acquises à la Compagnie, si la police n'a pas duré trois ans.

» Si l'assurance a trois ans de durée ou plus, la Compagnie rachète la police en calculant la valeur au jour de l'événement qui a donné lieu à la déchéance. »

Par acte sous seing privé du 29 mai 1895, Nussbaum a remis sa police d'assurance en nantissement à Justin Huguenin pour le garantir des effets d'un cautionnement souscrit par lui en faveur de la Banque cantonale et de la Banque commerciale de Neuchâtel.

Ce nantissement a été signifié officiellement le 19 février 1896 au représentant de « La Genevoise » à La Chaux-de-Fonds.

Nussbaum, qui était gêné dans ses affaires depuis quelque temps, avait obtenu le même jour un sursis concordataire. Le 26 juin suivant, après deux renvois dus à des circonstances étrangères à la cause, le tribunal cantonal homologua le concordat.

Le matin de ce jour, avant que la nouvelle de l'homologation lui fût parvenue, Nussbaum se suicida en se pendant dans son bureau. Sa succession ayant été répudiée par ses héritiers fut liquidée juridiquement.

J. Huguenin, qui avait payé en exécution de son cautionnement 5128 fr. 30 c. à la Banque commerciale de Neuchâtel, se fit inscrire pour cette somme au passif de la masse et obtint de l'office des faillites des pleins pouvoirs pour réclamer à ses frais, risques et périls le paiement de l'assurance contractée par Nussbaum auprès de « La Genevoise, » sous la