

la vente est faite au comptant, la mutation est définitive; si elle est faite à terme, elle est provisoire et ne devient définitive que sur la déclaration du préposé constatant l'acquittement du prix.

La vente de l'hôtel « Alpenklub » a été faite à terme et lors de l'incendie le consortium acquéreur, qui n'avait pas encore payé le prix d'adjudication, se trouvait au bénéfice d'une mutation provisoire. La question de savoir quels sont les effets d'une mutation provisoire est une pure question de droit cantonal et le Tribunal fédéral ne saurait donc revoir sur ce point la décision de l'instance cantonale qui a jugé que la mutation provisoire n'entraîne pas transfert de la propriété. Il s'ensuit que lors de l'incendie le consortium n'était pas devenu propriétaire du mobilier assuré. D'autre part la possession n'en avait pas non plus été transférée, Jenny exploitant l'hôtel pour le compte de la masse et étant donc simple détenteur. Par conséquent la cause de déchéance prévue à l'art. 5 ne peut pas être invoquée par la C^e en ce qui concerne le mobilier.

67. Urteil vom 15. Oktober 1910 in Sachen

Jätker, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Kulka**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Sicherstellung der Vollziehung des Nachlassvertrages im Sinne des Art. 306 Ziff. 3 SchKG und Hinterlegung der auf bestrittene Forderungen entfallenden Nachlassquoten gemäss Art. 313 SchKG, im Verhältnis zu einander: Die Sicherheit des Art. 313 tritt neben diejenige des Art. 306 Ziff. 3, nicht an ihre Stelle, und das Verlangen der ersteren begründet keinen Verzicht auf die letztere. — Art. 209 SchKG: Die Hemmung des Zinsenlaufes zufolge der Konkurseröffnung hört mit der Bestätigung des Nachlassvertrages auf. — Art. 499 Abs. 2 OR: Haftung des Bürgen für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners.

A. — Durch Urteil vom 14. April 1910 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Der Beklagte hat an den Kläger zu bezahlen 40 % von

„a) Fr. 6640 10 nebst 5 % Zins seit 1. Juni 1906,

„b) „ 1375 80 „ 5 % „ „ 16. September 1906,

„c) „ 150 — „ 5 % „ „ 30. Juli 1909.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und in seiner Berufungsschrift den Antrag gestellt und begründet, es sei die Klage in vollem Umfange abzuweisen.

C. — Der Berufungsbeklagte hat in seiner Berufungsantwort den Antrag gestellt und begründet, es sei die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im März 1906 war über E. Kreis-Fischer in Bauma der Konkurs eröffnet worden. Der Gemeinschuldner suchte einen Nachlassvertrag zu erwirken und bewog zu diesem Zwecke den Beklagten Jätker zur Eingehung folgender Verpflichtung: „Der Unterzeichnete Hermann Jätker, Rohmaterialienhandlung, in Winterthur, verpflichtet sich hiedurch gegenüber den Gläubigern des „Emil Kreis-Fischer in Bauma für den Fall, als der angestrebte „Nachlassvertrag gerichtlich genehmigt wird, für die offerierten 40 % „(vierzig Prozent) Nachlassdividende, sowie zur vollständigen Befriedigung der privilegierten Gläubiger und der Konkurskosten „als Bürge und Selbstzahler zu haften. Dabei hat es die Meinung, daß diejenigen Gläubiger, welche ausdrücklich auf Sicherstellung verzichtet haben, hier außer Betracht fallen. Winterthur, „den 9. Juli 1906. jg. Jätker.“

Am 4. September 1906 bestätigte das Bezirksgericht Pfäffikon den Nachlassvertrag. Gleichzeitig verfügte es, daß der Kläger Kulka, der im Nachlassverfahren eine Forderung von 8644 Fr. 95 Cts., herrührend aus einem gerichtlich aufgehobenen Liegenschafts Kauf, angemeldet hatte, diese vom Nachlassschuldner bestrittene Forderung innert drei Wochen einzulagen habe, ansonst Verzicht auf die darauf entfallende Dividende angenommen würde, und daß der Nachlassschuldner innert 10 Tagen von der Klageeinreichung an die Dividende mit 3457 Fr. 98 Cts. nebst einem Jahreszins zu 5 % seit dem 1. Juni 1906 zu deponieren habe, ansonst der Gläubiger für seine Forderung die Aufhebung des Nachlassvertrages verlangen

könne. Der Gläubiger klagte rechtzeitig. Der Schuldner aber leistete das Depositum nicht, und es wurde dann am 20. November 1908 der Nachlaßvertrag für die klägerische Forderung aufgehoben. Den Streit über die Forderung entschied das zürcherische Obergericht am 19. Juni 1909 dahin, daß es den beklagten Schuldner verurteilt, dem Gläubiger zu bezahlen: a) sofort 1375 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 16. September 1906; b) 6640 Fr. 10 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Juni 1906, dem Zeitpunkt der Rückforderung jener gekauften Liegenschaft, c) eine Prozeßentschädigung von 150 Fr. Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Berufung trat das Bundesgericht nicht ein.

Mit der vorliegenden Klage hat nunmehr der Gläubiger Kulla vom Bürgen Jätker gestützt auf dessen Verpflichtung vom 9. Juli 1906 Bezahlung von 40 % der ihm zugesprochenen Forderungs- und Zinsbeträge verlangt. Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen.

2. — Die vor den kantonalen Instanzen aufgestellte Behauptung, daß sich die Bürgschaft nicht auch auf die Forderung des Klägers erstreckt habe, sondern daß für diese Forderung Sicherstellung durch Hinterlegung statt durch Bürgschaftsleistung vorgesehen gewesen sei, hält der Beklagte vor Bundesgericht nicht mehr aufrecht. Dagegen beharrt er darauf, daß die von ihm dem Kläger geleistete Bürgschaft nachträglich, nämlich mit der Anordnung der Nachlaßbehörde, den Betrag der auf die bestrittene Forderung des Klägers entfallenden Dividende zu hinterlegen, erloschen sei, weil sich im Falle einer Hinterlegung nach Art. 313 SchRG der Gläubiger nur an das Depositum halten und nicht mehr auf die nach Art. 306 Ziff. 3 gegebenen Sicherheiten zurückgreifen könne, und weil somit die Nachlaßbehörde und der Beklagte für die klägerische Forderung auf die Bürgschaft verzichtet hätten. Diese Ansicht beruht aber auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung der erwähnten zwei Gesetzesbestimmungen: Die Sicherstellung des Art. 306 Ziff. 3 und diejenige des Art. 313 sind ihrer Natur und ihrem Zweck nach zwei verschiedene Vorkehrungen. Die erste erfolgt vor der Bestätigung des Nachlaßvertrages und will zu Gunsten der Gesamtgläubigerschaft dafür sorgen, daß die vom Schuldner durch den Nachlaßvertrag übernommenen Verpflichtungen später auch voll er-

füllt werden. Der Art. 313 aber bezieht sich auf die Zeit nach der Bestätigung des Vertrages und steht nur zu Gunsten jener Gläubiger, deren Forderung bestritten ist, eine Sicherheitsmaßnahme vor, die von der vorherigen allgemeinen Sicherheitsleistung unabhängig ist. Er regelt nämlich den Fall, wo die Nachlaßdividende an sich verfallen und dem Gläubiger zu entrichten wäre, dieser aber die Bezahlung deshalb nicht verlangen kann, weil die Forderung noch im Streite liegt. Um zu verhindern, daß der Gläubiger durch diese Hinanschiebung der Zahlung Schaden leide (namentlich dadurch, daß die Sicherheit des Art. 306 Ziff. 3 an Wert verliert usw.), gibt der Art. 313 der Nachlaßbehörde die Befugnis, den Nachlaßschuldner zur Hinterlegung der auf die streitige Forderung entfallenden (fälligen) Nachlaßdividende zu verpflichten. Daraus erhellt, daß eine solche Hinterlegung nicht an die Stelle, sondern neben jene Sicherheit tritt, die vor der Bestätigung des Nachlaßvertrages und als Erfordernis für diese Bestätigung geleistet worden war, und daß auf diese Sicherheit nicht dadurch verzichtet wird, daß der Gläubiger die Hinterlegung verlangt — sei es auch, wie der Beklagte hier behauptet, schon vor der Genehmigung des Nachlaßvertrages — oder daß die Nachlaßbehörde sie anordnet.

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst auch die Unrichtigkeit der weiteren Behauptung des Beklagten, daß die Behörde den Nachlaßvertrag erst nach der Hinterlegung der fraglichen Dividende hätte genehmigen sollen. Aus andern Gründen bestreitet der Beklagte vor Bundesgericht seine derzeitige Zahlungspflicht als Bürge und Selbstzahler nicht mehr und auch gegen die Höhe der vorinstanzlich dem Kläger zugesprochenen Kapitalbeträge erhebt er keine Einwendung.

3. — Hinsichtlich der Zinspflicht beruft er sich mit Unrecht auf den Art. 209 SchRG. Denn mit der Bestätigung des Nachlaßvertrages ist hier die den Zinsenlauf hemmende Wirkung der Konkursöffnung wieder aufgehoben worden. Da diese Aufhebung ex tunc geschah, trifft auch die eventuelle Behauptung des Klägers nicht zu, daß Zinsen erst von der Bestätigung des Nachlaßvertrages an gefordert werden können. Daß sich im übrigen die Zinsforderung aus Art. 499 OR rechtfertigt, läßt der Beklagte gelten.

4. — Was die Pflicht zum Ersatze der Parteientschädigung von 150 Fr. anbetrifft, die dem Hauptschuldner im Prozesse mit dem Kläger auferlegt wurde, so stellt die Vorinstanz altengemäß fest, daß der Beklagte vom Prozesse wußte und Gelegenheit hatte, die daraus entstehenden Kosten durch Befriedigung des Klägers zu vermeiden. Somit haftet er nach Art. 499 Abs. 2 OR für die Bezahlung dieser Kostenforderung (vergl. US 15 Nr. 47 Erw. 4). Daß diese Forderung erst nach der Bestätigung des Nachlaßvertrages entstanden ist, tut nichts zur Sache. Denn die Bürgschaftsverpflichtung muß, da sie keinen gegenteiligen Vorbehalt enthält, dahin aufgefaßt werden, daß der Bürge nicht nur für die angemeldete Forderung allein, sondern auch für eine solche mit der Ausklagung des Schuldners hinzutretende Nebenforderung in der Höhe von 40 % gutstehen solle.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. April 1910 bestätigt.

II. Prozessrechtliche Entscheidungen.

Arrêts en matière de procédure.

Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

68. Urteil vom 17. September 1910 in Sachen
Sch., Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Sch., Kl. u. Ber.-Bekl.

Mangelnde Voraussetzung der Anwendung und Anwendbarkeit eidgen. Rechts (Art. 56 OG). Das Begehren um Feststellung des Umfangs einer Verlassenschaft und Herausgabe von beweglichen Sachen (Wertpapiere) kraft Erbrechts beurteilt sich nach kant. Recht.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Nachdem der Vater der Parteien, Joh. Jak. Sch., am 9. September 1902 an seinem Wohnsitz Zürich verstorben war, legte die Beklagte Klara Sch., die mit ihm in gemeinsamer Haushaltung gelebt hatte, ihrem Bruder, dem Kläger J. Ernst Sch., welcher seit Jahren in England wohnt, zum Zwecke der zwischen den beiden als Erben des Vaters vorzunehmenden Nachlaßteilung einen Posten von Werttiteln im Nominalwert von 55,000 Fr., sowie einen kleineren Barbetrag, mit der Behauptung vor, daß dies (neben dem vorhandenen Wohnungsmobiliar) der ganze Nachlaß des Verstorbenen sei. Der Kläger nahm hierauf die Hälfte jener Werttitel und des Bargeldes als Erbchaftsquote entgegen und stellte der Klägerin am 15. September 1902 eine Erklärung des Inhalts aus, er bescheinige, von ihr seinen vollen Anteil an der ganzen Hinterlassenschaft seines Vaters erhalten zu haben, und erkläre sich damit einverstanden, daß das ganze Mobiliar und