

in Erwägung:

1. — Hinsichtlich der Hauptklage fällt zunächst in Betracht, daß sich beide Parteien vor der Vorinstanz auf deutsches Recht berufen haben. Im umgekehrten Falle, wo die Parteien vor den kantonalen Gerichten einig gehen, daß schweizerisches Recht anzuwenden sei, nimmt das Bundesgericht in ständiger Praxis an, daß alsdann die Parteien in der Regel auch beim Vertragsschluß das Rechtsverhältnis dem schweizerischen Rechte haben unterstellen wollen und daß dieses Recht unter solchen Umständen auch Platz greife, soweit nicht eine Parteidisposition hierüber aus besondern Gründen ausgeschlossen ist. Das entsprechende muß nun aber auch gelten, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Parteien sich für die Anwendung ausländischen statt schweizerischen Rechtes aussprechen. Denn an einem Grunde, dem Parteiwillen in diesem Falle nicht ebenfalls Rücksicht zu tragen, fehlt es. Schon von dieser Erwägung aus ist also hier das Bundesgericht zur Beurteilung der Hauptklage unzuständig. Dazu kommt noch, daß die Klageforderung auch nach der Natur und dem Inhalt des ihr zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses dem deutschen Rechte untersteht. Der Preis ist vertraglich in Mark bestimmt und durch Check auf Deutschland zahlbar gestellt worden, so daß als Erfüllungsort für die Preisforderung Deutschland gelten muß. Und was die Lieferungsspflicht der Klägerin und die damit zusammenhängende Mängelrüge der Beklagten anlangt, so ergibt sich die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes daraus, daß die Ware in Deutschland und zudem am dortigen Domizil der Beklagten abgeliefert war.

2. — Aus den zuletzt erörterten Gründen untersteht auch der Forderungsposten von 2500 Fr. der Widerklage dem deutschen Rechte: Es handelt sich hier um eine Schadenersatzforderung, die aus ungemügender Erfüllung der Lieferungsspflicht der Beklagten abgeleitet wird und die nach der nämlichen Gesetzgebung zu beurteilen ist, wie diese Pflicht selbst. Und wenn sodann auch die Parteien in diesem Punkte nicht ausdrücklich von der Anwendbarkeit des deutschen Rechtes gesprochen haben, so darf doch angenommen werden, daß sie ihre sämtlichen Rechtsbeziehungen aus dem Vertrage in einheitlicher Weise diesem Rechte haben unterstellen wollen.

3. — Von dem letztern Gesichtspunkte aus kommt man endlich

noch dazu, für die Widerklageforderung von 6457 Fr. 50 Cts. ebenfalls das deutsche Recht als maßgebend anzusehen. Freilich liegt hier ein späteres, neues Vertragsverhältnis vor. Allein dieses ist doch ähnlichen Inhalts wie das früher begründete, und man darf daher, solange keine Gegengründe vorliegen, voraussetzen, die Parteien hätten dieses spätere Geschäft hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes nicht anders behandeln wollen, als das frühere; das um so mehr, als sie im Prozesse ja allen Anlaß gehabt hätten, gegen-
teiliges zu bemerken; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

50. Urteil vom 23. Juni 1911 in Sachen
Konkursmasse Franceschetti & Pfister, Bekl. u. Ber.-Kl.,
gegen Meyer-Franceschetti, Kl. u. Ber.-Bekl.

Mangel der Anwendung und Anwendbarkeit eidg. Rechts (Art. 56 OG). Das Retentionsrecht an grundversicherten Forderungen beurteilt sich nach der kantonalen Gesetzgebung.

Das Bundesgericht hat,
nachdem sich aus den Akten ergeben:

A. — Durch das Urteil vom 4. Februar 1911 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streitsache erkannt:

„Die Beklagte ist verpflichtet, den Kläger mit einer Forderung „von 59,652 Fr. 50 Cts. Wert 1. Oktober 1908 nebst Zinsen „zu 5 1/2 %, hievon ab 1. Oktober 1907 zu kollozieren, und es „steht dem Kläger für diese Forderung ein Retentionsrecht zu an „dem Schuldbriefe von 15,000 Fr. datiert 19. November 1907 „auf R. Sonntag.“

Der genannte Titel ist ein nach Schaffhauser Recht errichteter grundversicherter Schuldbrief.

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage: Es sei

dem Kläger ein Retentionsrecht am genannten Schuldbrief nicht zuerkennen.

C. — Anderseits hat der Kläger das obergerichtliche Urteil durch Beschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich angefochten mit dem Begehren, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und zu erkennen, daß dem Kläger für seine Forderung ein Pfandrecht an dem Schuldbriefe Sonntag zustehet. Dieses Begehren entspricht einem gestellten Hauptantrage der Klage, wogegen der Antrag auf Zuerkennung eines Retentionsrechtes in der Klage nur eventuell gestellt worden war.

Das Kassationsgericht hat die Beschwerde mit Entscheid vom 13. April 1911 abgewiesen; —

in Erwägung:

1. — Nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vergl. z. B. US 35 II S. 709 Erw. 2 und die dortigen Zitate) untersteht die Verpfändung grundversicherter Forderungen nicht den Vorschriften des Art. 210 ff. OR, sondern dem kantonalen Sachenrechte, das freilich durch kantonalen Rechtsfatz jene Vorschriften als anwendbar erklären kann. Wie sich sodann namentlich aus dem diese Rechtsprechung eröffnenden grundsätzlichen Entscheide i. S. Volksbank Luzern gegen Stirnemann (US 19 Nr. 91 S. 550 Erw. 4) ergibt, ist das Bundesgericht zu dieser Lösung der Frage im wesentlichen von der Erwägung aus gelangt, daß das kantonale Recht die grundversicherten Forderungen und den Inhalt der in ihnen enthaltenen Befugnisse normiere und daß für die Form und die Wirkung der Verpfändung die rechtliche Natur des Pfandobjektes mitbestimmend sei. Diese Erwägung muß aber folgerichtig für das Retentionsrecht an einer grundversicherten Forderung ebenfalls gelten. Denn wenn auch Pfand- und Retentionsrecht in ihrer rechtlichen Gestaltung vielfach von einander abweichen, so haben sie doch den Charakter von Sicherungsrechten an bestimmten Vermögensstücken gemein, und diese Ähnlichkeit kommt bei der Realisierung des Rechtes, wenn es sich darum handelt, dessen wirtschaftlichen Wert zu erschöpfen, so entschieden zur praktischen Geltung, daß dem Retentionsberechtigten schlechthin die Stellung eines Pfandgläubigers eingeräumt wird (vergl. Art. 228 OR und Art. 38 SchRG). Anderseits erhebt sich, ganz gleich wie beim Pfandrecht

auch beim Retentionsrecht an grundversicherten Forderungen die Frage, welche Bedeutung für die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Normen — hier der Art. 224—228 OR — dem Umstand beizumessen sei, daß das den Retentionsgegenstand bildende Forderungsrecht der kantonalen Gesetzgebung untersteht; und es liegt kein Grund vor, die Bedeutung dieses Umstandes hier geringer einzuschätzen als dort. Berücksichtigt man vielmehr, daß die Voraussetzungen und Wirkungen des Retentionsrechtes wesentlich durch die Natur des Retentionsgegenstandes bestimmt sind, so ist nicht anzunehmen, daß der eidgenössische Gesetzgeber beabsichtigt habe, die Art. 224—228 OR hinsichtlich grundversicherter Forderungen — soweit solche überhaupt als mögliche Retentionsgegenstände nach Art. 224 in Betracht fallen — anwendbar zu erklären, trotzdem doch für die Begründung und den Inhalt dieser Forderungen der kantonale Gesetzgeber die maßgebenden Vorschriften aufstellt.

2. — Der hier fragliche schaffhauserische Schuldbrief ist zweifellos eine grundversicherte Forderung und damit fehlt dem Bundesgericht die Zuständigkeit zur Beurteilung des klägerischen Begehrens, der Beklagten ein Retentionsrecht an diesem Titel abzuerkennen.

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.