

mentaire du code de commerce : Exkurs ad § 372, 8^e édit., T. II p. 1412 et suiv. note 5 et suiv.).

Le projet de loi du 3 mars 1905 « destiné à compléter le projet de code civil suisse (droit des obligations) » adoptait cette solution comme étant « celle de la majorité des auteurs » (voir Message du Conseil fédéral p. 54 ch. 3)*. L'article 1769 disposait : « Lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre une intention contraire des parties, les dispositions du Code civil concernant les obligations régissent tous les contrats dont l'exécution doit avoir lieu en Suisse. » Cet article ne faisait donc aucune distinction, quant à la loi applicable, entre les effets et la formation du contrat.

Mais même si l'on considérait que la loi applicable est celle du lieu où le contrat a pris naissance (voir dans ce sens RO 32 II p. 418) le droit belge n'en devrait pas moins être appliqué en l'espèce. Le lien de droit existant entre les parties s'est en effet formé au moment où les demandeurs ont reçu à Bruxelles la lettre du défendeur dans laquelle celui-ci leur écrivait : « Je possède votre lettre du 25 mai suivant laquelle je vous confirme que j'ai acheté de vous à fin juin 50 Mexico-Tram à 776 fr. », c'est-à-dire au moment où l'avis de l'acceptation est parvenu aux auteurs de l'offre.

Dans ces conditions, c'est bien le droit belge qui régit l'ensemble du contrat conclu entre les parties, et le droit suisse apparaît dès lors comme inapplicable aussi en ce qui touche le moyen du défendeur tiré de ce qu'il aurait été trompé par l'agent des demandeurs de connivence avec eux.

2. — La seule question rentrant dans la compétence du Tribunal fédéral est donc celle de l'exception de jeu (voir RO 20 p. 449 c. 6). Or le défendeur n'a pas soulevé cette exception ; le tribunal de première instance le constate expressément, et dans l'énumération des points attaqués de l'arrêt cantonal, l'acte de recours passe sous silence la question du jeu. Le Tribunal fédéral, il est vrai, n'est pas lié par la déclaration de recours (voir WEISS, *Berufung an das*

* Feuille féd. 1905 II p. 54.

(Note du Réd. R.O.)

Bundesgericht, p. 102 et 286 ch. 4) et, conformément à sa jurisprudence constante, il doit examiner d'office si l'exception de jeu est fondée ; mais en l'espèce cette exception manque évidemment de toute base. Il suffit à cet égard de renvoyer aux conclusions d'audience du défendeur, du 21 juin 1910, ainsi qu'à ses écritures des 17 janvier et 26 octobre 1910, résumées dans la partie fait du présent arrêt, sub litt. B.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

88. **Urteil vom 10. November 1911 in Sachen**
Pianfo, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Waldburger-Secchi**,
Bekl. u. Ber.-Bekl.

Mangel des Berufungserfordernisses der Anwendung oder Anwendbarkeit eidgen. Rechts. (Art. 56 OG): Die Art. 199 bis 209 OR regeln nur die rechtsgeschäftliche Uebertragung des Mobiliareigentums und haben nicht auch die originären Erwerbsarten dieses Eigentums im Auge. Speziell die Frage, in welcher Weise und gegen wen der Vindikant einer verlorenen Sache, die der Finder dem rechtmässigen Eigentümer als solchem vorschriftgemäss zur Verfügung hält, zur Geltendmachung seines Eigentumsanspruchs vorzugehen hat, beurteilt sich nicht nach Art. 206 OR, sondern nach dem kantonalen Recht.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage :

A. — Am Vormittag des 12. April 1908 fand die beklagte Frau Henriette Waldburger-Secchi in Samaden auf der Straße zwischen der Eisenbahnstation und dem alten Hotel „Bernina“ daselbst vier zusammengefaltete 500 Fr.-Banknoten. Sie lieferte den Fund dem Gemeindevorstand von Samaden ab, und dieser setzte gemäß § 192 bündn. BG das zuständige Kreisamt Oberengadin in Kenntnis.

Der Kreispräsident ließ die Banknoten vorläufig als unveränderliches Depot bei der Kantonalbank von Graubünden hinterlegen und erließ ferner, nach weiterer Vorschrift des § 192 bündn. PG, im kantonalen Amtsblatt vom 24. April 1908 die öffentliche Bekanntmachung, daß auf Gebiet der Gemeinde Samaden ein „größerer Geldebetrag“ gefunden worden sei, den der rechtmäßige Eigentümer bei genügendem Ausweis und gegen Erlegung des gesetzlichen Finderlohnes innert den nächsten drei Monaten beim Kreisamt in Empfang nehmen könne. Auf diese Publikation erhob, mit Schreiben an den Kreispräsidenten vom 27. Mai 1908, der Kläger Paolo Pianto, Wirt zum „Weißen Kreuz“ in Samaden, Anspruch auf Herausgabe des gefundenen Geldes, indem er geltend machte, daß dasselbe offenbar einen Teil der ihm zwischen dem 6. und 9. April 1908 gestohlenen Geldsumme von 4000 Fr. bilde. Der Kläger hatte nämlich schon am 10. April 1908 beim Kreisamt die Anzeige erstattet, daß er am 9. April abends das Verschwinden eines Geldebetrages von 4000 Fr. in Banknoten (worunter vier inländische zu 500 Fr.) aus einer in seinem Schlafzimmer untergebrachten Kaffette, welches Geld am 5. April abends noch vorhanden gewesen sei, festgestellt habe. Andere Fundansprecher meldeten sich beim Kreisamt nicht.

Nachdem die wegen der Diebstahlsanzeige des Klägers eingeleitete Strafuntersuchung durch Beschluß des Ausschusses des Graubündner Kantonsgerichts vom 19./20. Februar 1909 als ergebnislos eingestellt und der Fall „ad acta“ gelegt worden war, bewirkte der Kreispräsident — auf Drängen der Beklagten, die den gesetzlichen Finderlohn (gemäß § 193 bündn. PG in der Regel 10 % des Fundwertes) reklamierte — den Erlaß folgender Verfügung des Kreisgerichts Oberengadin vom 27. September 1909:

„Frau Henriette Waldburger-Secchi hat von nun an das Recht „an den jährlichen Zinsen der von ihr gefundenen 2000 Fr. „Diese 2000 Fr werden bei der Kantonalbank angelegt und durch „das Kreisamt Oberengadin verwaltet, bis der gesetzliche Eigentümer „eruiert ist oder die Verjährung eingetreten und konstatiert ist, in welchem „letzterem Fall dann die Finderin ohne weiteres Eigentümerin des „Kapitals wird.“

Gleichzeitig belastete das Gericht die Finderin mit den aufgelaufenen Spesen, im Betrage von 18 Fr., mit eventuellem Regreß gegen

den Eigentümer, und bestimmte ferner, daß vor der Verfügung über die Banknoten dem Verhöramt noch Gelegenheit zu deren Reproduktion zu geben sei (die dann auch auf photographischem Wege vorgenommen wurde).

B. — Mit Zeitschein vom 31. März 1910 hat nun der Kläger gegen die Beklagte das Begehren ans Recht gesetzt: die Beklagte sei pflichtig zu erklären, die am 12. April 1908 beim Bahnhof Samaden gefundenen vier Banknoten à 500 Fr., bezw. deren Wert, plus 5 % Zins vom 27. September 1909 an, an den Kläger auszuhandigen, unter gerichtlicher und außergerichtlicher Kostenfolge.

Die Beklagte hat diesem Begehren gegenüber eingewendet, sie habe sich von Anfang an bereit erklärt, die gefundenen Banknoten dem rechtmäßigen Eigentümer gegen den gesetzlichen Finderlohn nebst Ersatz ihrer Auslagen auszuhandigen; sie habe den Fund deshalb der Behörde abgeliefert und könne nun nicht als Prozeßpartei ins Recht gefaßt werden, nachdem gemäß kreisgerichtlichem Entscheid das Geld bei der Bank deponiert worden sei, weil der Kläger sich nach der Auffassung des Gerichts nicht genügend als Eigentümer desselben auszuweisen vermocht habe.

C. — Durch Urteil vom 19. Januar 1911 hat das Kantonsgericht von Graubünden auf Appellation des Klägers gegen den erstinstanzlichen, die Klage „wegen Mangels von Beweisen“ abweisenden Entscheid des Bezirksgerichts Maloja erkannt:

„Klage und Appellation des Paolo Pianto werden wegen „mangelnder Passivlegitimation abgewiesen.“

D. — Gegen dieses Urteil des Kantonsgerichts hat der Kläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Änderungsantrage, es sei die Klage im ganzen Umfange zu schützen.

E. — Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung antragen lassen und dabei in erster Linie die Einrede der Inkompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der Streitsache (wegen Anwendbarkeit kantonalen Rechts) erhoben; —

in Erwägung:

Das Kantonsgericht hat die Passivlegitimation der Beklagten mit der Begründung verneint, die Beklagte habe an den gefundenen Banknoten seit deren Ablieferung an die zuständige Behörde weder natürlichen, noch juristischen Besitz und könne daher nicht als „In-

haber“ derselben gelten, gegen den die auf Art. 206 OR gestützte Windikationsklage zu richten sei. In dieser Argumentation erblickt der Kläger eine Verletzung des Art. 206 OR, indem er ausführt, daß nach heutiger Rechtsauffassung der Finder als juristischer Besitzer des Fundes zu betrachten sei. Die Beklagte dagegen nimmt vorab den Standpunkt ein, daß der kantonsgerichtliche Entscheid, weil auf der Anwendung des § 192 bündn. PR beruhend, der Prüfung des Bundesgerichts nicht unterstehe. Es erhebt sich somit in erster Linie die Frage, ob Art. 206 OR auf den gegebenen Tatbestand überhaupt anwendbar sei. Sie ist aus folgender Erwägung zu verneinen:

Die Art. 199—209 OR, welche von der Begründung des Eigentums an Mobilien handeln, ordnen diese Materie nicht schlechthin, sondern nur, soweit dies für die Zwecke des obligationenrechtlichen Mobilienverkehrs erforderlich war, d. h. soweit die vom Obligationenrecht umfaßte rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an Mobilien in Frage kommt. Jene Bestimmungen haben somit allgemein nur den derivativen Eigentumserwerb, den vertragsgemäßen Übergang des Eigentums vom Veräußerer auf den Erwerber, im Auge und beziehen sich nicht auch auf die originären Eigentumserwerbarten, zu denen der Fundenerwerb gehört. Dies folgt — abgesehen vom bereits erwähnten Zusammenhang des Gesetzes — zwingend auch aus dem Titel des fraglichen Abschnittes: „Übergang des Eigentums an Mobilien“, sowie ferner aus dem Texte des einleitenden Art. 199, worin ausdrücklich nur von der „Übertragung“ des Eigentums „infolge eines Vertrages“ die Rede ist.

Nun hat allerdings das Bundesgericht schon mehrfach, wenigstens beiläufig, die Auffassung vertreten, daß immerhin speziell die Windikationsbestimmung des Art. 206 OR auch für die gefundenen Sachen unbedingte Geltung habe (vgl. NS 17 Nr. 44 Erw. 2 S. 283; 21 Nr. 66 Erw. 2 S. 473; 27 II Nr. 71 Erw. 3 S. 660). Allein dabei wollte das Gericht stets nur der Meinung Ausdruck geben, daß ein kantonalrechtlich begründeter Eigentumserwerb des Finders dem vindizierenden früheren Eigentümer während der im Art. 206 normierten Frist von 5 Jahren nicht entgegengehalten werden könne. Es wollte also mit diesem Vorbehalt des Art. 206 die Gültigkeit der kantonalgesetzlichen Regelung des Fundrechts an sich und im übrigen keineswegs verneint werden; viel-

mehr ist im lehterwähnten Urteil ausdrücklich betont, daß über die Anzeige-, Bekanntmachungs-, Verwaltungs-, und Rückerstattungs-pflicht etc., sowie auch über den eventuellen Eigentumserwerb des Finders das kantonale Recht zu bestimmen habe. (Vgl. in diesem Sinne auch Huber, Schweizerisches Privatrecht, III, S. 258, und noch weitergehend Wilh. Beck, das Fundrecht nach dem schweiz. ZGB unter Berücksichtigung des kantonalen und ausländischen Rechts [Zürcher Dissertation von 1911] S. 54 f., der die Windikation gemäß Art. 206 OR gegenüber dem kantonalrechtlichen originären Eigentumserwerb des Finders als grundsätzlich ausgeschlossen erklärt.)

Demnach aber beurteilt sich jedenfalls die Frage, in welcher Weise der Windikant einer verlorenen Sache, die, wie hier, vom Finder gar nicht zu Eigentum angesprochen sondern gemäß den einschlägigen Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung dem rechtmäßigen Eigentümer als solchem zur Verfügung gehalten wird, zur Geltendmachung seines Eigentumsanspruchs vorzugehen hat, nicht nach eidgenössischem Recht. Es hängt insbesondere ausschließlich von jenen kantonalen Gesetzesvorschriften ab, gegen wen die Windikationsklage zu richten ist. So hat denn auch vorliegend das Kantonsgericht die Passivlegitimation der Beklagten auf Grund des Art. 192 bündn. PR verneint, indem es angenommen hat, daß gemäß dieser Bestimmung dem Finder nach der Ablieferung des Fundgegenstandes an die Behörde der Besitz desselben, den die Windikationsklage voraussetze, nicht mehr zustehende. Allerdings scheint die kantonale Oberinstanz diese letztere Klagevoraussetzung rechtsirrtümlicherweise aus Art. 206 OR, statt aus dem kantonalen Eigentumsrecht, abzuleiten; allein diesem Umstande kann keine entscheidende Bedeutung zukommen, da ja die Windikationsklage nicht nur nach Art. 206 OR, sondern überhaupt, ihrer Natur nach, bloß gegen den tatsächlichen oder rechtlichen Besitzer des Windikationsobjektes, der darüber zu verfügen in der Lage ist, gerichtet sein kann. Demnach ist der angefochtene Entscheid in der Tat gemäß Art. 56 OG der Kognition des Berufungsrichters entzogen; —

erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird nicht eingetreten.