

savoir dans quelle mesure il y a lieu d'admettre les conclusions des experts relève de la procédure cantonale et ne saurait en conséquence être revue par le Tribunal fédéral.

La responsabilité solidaire de Pascalis et de la Compagnie fermière n'est plus en cause que dans la mesure où l'instance cantonale l'a admise, puisque le demandeur n'a pas recouru contre l'arrêt de la Cour de Justice civile; elle résulte, comme le déclare l'instance cantonale, de l'art. 60 CO ancien pour le montant du dommage que Pascalis a, par ses agissements, contribué à causer à Rey, soit pour la somme de 6000 fr. d'après les constatations de fait de la Cour de Justice civile.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

2. — le recours de Pascalis est rejeté comme non fondé.

3. — Le recours de la Compagnie fermière de la Grande Chartreuse est rejeté comme non fondé.

4. — En conséquence, l'arrêt de la Cour de Justice civile du canton de Genève est confirmé dans son entier.

8. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

112. **Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1913**
in Sachen **Foskard, Kl. u. Ver.-Kl.,**
gegen **Bucher und Konsorten, Dell. u. Ver.-Dell.**

Art. 311 SchKG: Analoge Anwendung dieses Grundsatzes zu Gunsten solcher Gläubiger, die sich, unter Wahrung ihrer Forderungen (« Eingang vorbehalten »), Guthaben des Nachlassschuldners zahlungshalber abtreten liessen.

A. — Die Beklagten, die unter dem Namen „Hardeggkonsortium“ Immobiliargeschäfte abzuschließen pflegten, waren die Gläu-

biger einer Frau Hermann-Greiner in Basel, die das Baugeschäft ihres in Konkurs geratenen Ehemannes übernommen hatte. Am 18. Juli 1908 stellte die Genannte den Beklagten folgende Erklärung aus:

„Zahlungshalber an ihr Guthaben auf mich aus Bauredit-„überzahlungen und für mich eingegangene Garantien und Wechselverpflichtungen zediere ich anmit dem Hardeggkonsortium in „Zürich (Ed. Landolt, Frau Ulrich und J. J. Bucher) den zweiten „Schuldbrief per 10,000 Fr., haftend auf meiner Liegenschaft „Badenerstr. 344 in Zürich III, welchem Titel 90,000 Fr. vor-„gehen und der z. Z. in der Notariatskanzlei Auserstühl liegt, in „der Meinung, daß die Zessionare nach Abzahlung des Titels „Abrechnung stellen und einen allfälligen Überschuß an mich her-„auszugeben haben.“

Diese Abtretung wurde gleichen Tages der Notariatskanzlei Auserstühl notifiziert, welche den Schuldbrief auszufertigen hatte.

Am 12. September 1908 kam sodann zwischen den Beklagten und einer Firma A. Meier & Cie., welche ebenfalls Anspruch auf den erwähnten Schuldbrief erhob, eine Vereinbarung zustande, gemäß welcher der Titel zunächst der genannten Firma ausgehändigt werden und diese ihn „für sich und zugleich auch für Rechnung, d. h. in Vertretung des Hardeggkonsortiums“ „in Empfang nehmen und besitzen“ sollte.

Im April oder Mai 1909 geriet Frau Hermann in Konkurs.

..... Am 8. September 1909 wurde ein von der Kridarin vorgeschlagener Nachlaßvertrag zu 30 Prozent gerichtlich genehmigt und der Konkurs widerrufen. Diesem Nachlaßvertrag hatten die Beklagten „für die ungedeckte Forderung von 6750 Fr. zirka“ zugestimmt.

Am 30. August 1909 hatte unterdessen die Kridarin den streitigen Schuldbrief dem Kläger zediert, der im Begriffe war, ihr die Mittel zur Erfüllung des Nachlaßvertrages zur Verfügung zu stellen.

Am 1. Dezember 1909 wurde der Schuldbrief vom Titelschuldner rigist abbezahlt, und es ergab sich daraus nach Befriedigung der Firma A. Meier & Cie. ein Überschuß von 4880 Fr., der auf der Schweiz. Volksbank zu Handen des Berechtigten hinterlegt wurde.

B. — Durch Urteil vom 3. Juli 1913 hat das Obergericht

622 Oberste Zivilgerichtsstanz — I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

des Kantons Zürich (II. Appellationskammer) über die Streitfrage:
 „Ist der Kläger berechtigt, das laut Verfügung des Audiensrichters vom 25. Juni 1910 hinterlegte Depositum eines Sparheftes Nr. 07381 der Schweiz. Volksbank Filiale Zürich III mit einer Einlage von 4880 Fr. unbeschwert herauszunehmen?“
 erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Dieses Urteil enthält u. a. folgende tatsächliche Feststellungen:

a) Die Parteien seien darüber einig, daß die „6750 Fr. zirka“, für welche das „Hardeggenkonsortium“ dem Nachlassvertrag der Frau Hermann-Greiner zugestimmt habe, mit den 6731 Fr. 35 Cts. identisch seien, welche die Beklagten im Konkurs der Genannten als Forderung geltend gemacht hatten, und daß also „ein durch die Gutschrift des Schuldbriefes betroffener Betrag von 10,000 Fr. in den 6750 Fr. nicht inbegriffen“ sei.

b) Gegenüber der Sachlage in erster Instanz sei nicht mehr streitig, daß die Beklagten „rein rechnerisch an die Frau Hermann noch mehr zu fordern haben, als die streitigen 4880 Fr. oder: daß rechnerisch kein Überschuß im Sinne der Forderung vorhanden sei, der von den Beklagten herauszugeben wäre.

c) Gegen das vorstehende Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Es ist unbestritten, daß der Kläger den Beklagten gegenüber keine weitergehenden Rechte geltend machen kann, als diejenigen, die am 30. August 1909 seiner Zedentin, Frau Hermann-Greiner, zustanden. Desgleichen steht außer Frage, daß im Verhältnis zwischen den Beklagten einerseits und Frau Hermann-Greiner, bezw. dem Kläger, andererseits, an Stelle des Schuldbriefes von 10,000 Fr. auf Nicht das Sparkassaguthaben von 4880 Fr. bei der Schweiz. Volksbank getreten ist. Endlich ist nicht mehr streitig, daß den Beklagten gegen Frau Hermann-Greiner und im Nachlassverfahren abgesehen, eine Forderung von mehr als 4880 Fr. zustehen würde, und daß daher die Beklagten, gestützt auf die „Abtretung“ vom 18. Juli 1908, zum Bezug der

4880 Fr. berechtigt sind, falls sie nicht im Konkurs- oder Nachlassverfahren, sei es ihr Vorzugsrecht (d. h. das Recht, sich aus dem Schuldtitel von 10,000 Fr., bezw. nunmehr aus dem Sparkassaguthaben von 4880 Fr., bezahlt zu machen), sei es einen Teil ihrer Forderung als solcher eingebüßt haben.

2. u. 3. — (Ausführungen betr. Nichtuntergang des Vorzugsrechtes.)

4. — Nach dem Gesagten fragt es sich nur noch, ob die Forderung der Beklagten, zu deren Deckung diesen der Schuldbrief von 10,000 Fr. zediert worden war, insolge des Konkurs- oder des Nachlassverfahrens unter den Betrag von 4480 Fr. reduziert worden sei.

(Folgt der Nachweis, daß die Forderung im Konkurs nicht reduziert worden ist.)

Im Nachlassverfahren sodann machten die Beklagten, wie sich aus den Feststellungen der Vorinstanz ergibt, ebenfalls nur den Überschuß ihrer Forderung über den Nominalbetrag des Schuldbriefes hinaus geltend, und sie erklärten auch ihre Zustimmung zum Nachlassvertrag ausdrücklich nur „für die ungedeckte Forderung von 6750 Fr. zirka“, d. h. wiederum nur für den Überschuß ihrer Gesamtforderung über die 10,000 Fr., die sie als durch den Schuldbrief gedeckt betrachteten. Eine Reduktion ihrer Forderung unter den gedeckten Betrag von 10,000 Fr., bezw. nunmehr 4880 Fr., könnte somit nur dann angenommen werden, wenn sie sich direkt aus dem Gesetz ergeben würde. Nun ist allerdings nach Art. 311 der bestätigte Nachlassvertrag „für sämtliche Gläubiger“ mit Ausnahme der „Pfandgläubiger für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag“ „rechtsverbindlich“, und es ist auch richtig, daß die Beklagten nicht Pfandgläubiger im juristischen Sinne des Wortes waren. Allein, gleich wie noch in andern Rechtsbeziehungen (vergl. z. B. Praxis II S. 127 f.*), so ist auch bei der Anwendung des Art. 311 SchRG die zahlungshalber erfolgte Abtretung einer Forderung der Verpfändung dieser Forderung jedenfalls dann gleichzuhalten, wenn der damit verfolgte Zweck wirtschaftlich derjenige einer Verpfändung war. Mit Art. 311 wollte der Nachlassvertrag lediglich für diejenigen Gläu-

* Amtl. Samml. Ges.-Ausg. 38 II Nr. 111, Sep.-Ausg. 15 Nr. 404.

biger verbindlich erklärt werden, welche dem Schuldner Personalcredit gewährt haben, während diejenigen, die ihm nur gegen Realsicherheit kreditiert haben, nach wie vor berechtigt sein sollten, sich aus dieser Realsicherheit bezahlt zu machen. Diese ratio legis aber trifft bei demjenigen, der dem Schuldner nur gegen Abtretung eines reellen Vermögensobjektes Geld verschafft hat, in noch höherem Maße zu, als bei demjenigen, der dies gegen Verpfändung einer Sache oder Forderung getan hat.

Außerdem ist nicht einzusehen, warum der Fessionar einer Forderung, die ursprünglich dem Gemeinschuldner zustand, im Nachlassverfahren schlechter gestellt sein sollte, als im Konkursverfahren, woselbst er, wie bereits in Erwägung 2 hievon ausgeführt wurde, von jeder Anmeldung oder Eingabe Umgang nehmen kann, um seine Befriedigung direkt beim Drittschuldner zu suchen.

Diejenige Forderung, zu deren Deckung der streitige Schuldbrief den Beklagten abgetreten worden war, ist somit auch im Nachlassverfahren nicht reduziert worden, sondern beträgt auch heute noch mindestens 4880 Fr., d. h. mindestens soviel, wie der für die Beklagten übrig bleibende Erlös des abgetretenen Schuldbriefes. Die Beklagten sind daher berechtigt, sich aus diesem Erlös, soweit er dazu ausreicht, bezahlt zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 1913 bestätigt.

II. Prozessrechtliche Entscheidungen. — Arrêts en matière de procédure.

Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

113. *Sentenza 9 ottobre 1913 della II^a Sezione civile nella causa Monti e Arigoni, attori, contro Comune di Lugano, convenuto.*

Pena convenzionale pattuita per l'inadempimento dell'obbligo di fabbricare. — Contratto principale retto dal diritto cantonale; indole accessoria e dipendente della presente convenzionale. — Donde incompetenza del Tribunale federale (art. 56 e 57 OG).

Il Tribunale di Appello del Cantone Ticino ebbe, con sentenza dell' 11 gennaio 1913, a giudicare:

« Il credito portato dalle esecuzioni numeri 56 318 e 56 319 » è confermato limitatamente alla somma di fr. 1833.28 col-
» l'interesse legale a far tempo dalla data dei precetti esecuti-
» tivi. »

Nei termini e nei modi di legge le due parti si appellano di questa sentenza al Tribunale federale. Gli attori domandano in via principale, che, confermata la petizione 29 maggio 1911, si dichiari inesistente il debito di fr. 4222.44 nella sua totalità; in linea subordinata, che questo debito sia ridotto a fr. 300. Il convenuto Comune di Lugano, dal canto suo, chiede che la petizione venga respinta ed il credito verso gli attori portato da fr. 1833.28 a fr. 4222.44.

Ritenuto in linea di fatto:

A. — Il Comune di Lugano vendeva il 4 marzo 1904 ad asta pubblica diversi appezzamenti di terreni, fra altri, un lotto (n° 13) di m² 556.15 a Giovanni Monti e Bernardo Arigoni al prezzo di fr. 23 il m². Il capitolato d'asta prescriveva