

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 21. März 1916 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

32. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Mai 1916

i. S. Studer, Kläger, gegen Busch, Beklagten.

Art. 90 Abs. 2 OR und Art. 895 ZGB: Begriff des Wertpapiers; Gläubigerrecht an in Wertpapieren verurkundeten Forderungen. Art. 1 Abs. 1 SchlTZGB: Unzuständigkeit des Bundesgerichts zur Auslegung eines vor dem 1. Januar 1912 unter Erben abgeschlossenen erbrechtlichen Vertrages.

A. — Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger als Erbe seiner am 26. Februar 1915 ohne Hinterlassung von Nachkommen verstorbenen Ehefrau Berta Studer-Busch, der Tochter des Beklagten, der Beklagte sei: 1. verpflichtet, in die Erb- und Teilungsmasse der Verstorbenen folgende weder im Original noch in Abschrift bei den Akten befindlichen Obligationen einzuwerfen: Obligation der Basler Handelsbank N° 4221 von 1000 Fr. à 4% mit Coupon seit 15. Juli 1913 und ff., Obligation Serie E, N° 41236 der Handwerkerbank Basel von 2000 Fr. à 4¾% mit Coupon per 10. Mai 1913 und ff., Obligation Serie J, N° 2774 der Hypothekenbank Basel von 2000 Fr. à 4½% mit Coupon per 1. August 1913 und ff. und Obligation N° 504 des Allgemeinen Konsumvereins Basel von 2000 Fr. à 4¾% mit Coupon per 1. Sep-

tember 1913 und ff.; 2. für den Fall, dass die herausverlangten Coupons von den Titeln abgetrennt und vom Beklagten bezogen worden sein sollten, seien sie in bar zu ersetzen; 3. sei der Beklagte gehalten, in die Erb- und Teilungsmasse seiner Tochter einzuwerfen einen Zwölftel des laut Inventar vom 17. Mai 1905 vorhanden gewesenen Vermögens der am 5. Mai 1905 verstorbenen Katharina Busch-Fröhl in einem Inventarwert von 21,420 Fr. 45 Cts. und hierüber gemäss genanntem Inventar « abzuteilen ». Zu Begehren 1 und 2 machte der Kläger geltend, die genannten Titel lauteten auf den Namen seiner Ehefrau und seien aus den Ersparnissen angeschafft worden, die die Verstorbene vor ihrer Heirat aus ihrem Verdienst als Angestellte in verschiedenen Geschäften gemacht habe. Der Beklagte habe die Titel nur in Aufbewahrung und Verwaltung gehabt und sie ihr bei ihrer Verehelichung im Jahre 1913 trotz ihrer Reklamationen nicht herausgegeben. Eventuell liege eine Schenkung des Beklagten an seine Tochter vor, die dadurch vollzogen worden sei, dass die Titel auf den Namen der Tochter gestellt worden seien. Zu Rechtsbegehren 3 liess der Kläger ausführen, am 17. Mai 1905 sei die Mutter seiner Ehefrau, Frau Katharina Busch-Fröhl in, gestorben, deren Nachlass bis heute noch nicht unter ihren Erben, den Ehemann und seinen vier Kindern, geteilt worden sei. Laut Inventar über das Gemeinschaftsvermögen der Ehegatten Busch-Fröhl in habe dieses netto 21,420 Fr. 45 Cts. betragen, woran die verstorbene Berta Studer-Busch mit $\frac{1}{12}$ beteiligt sei. In der Replik verstellte der Kläger zum Beweise, dass der Beklagte bei der Inventaraufnahme Vermögen seiner Ehefrau im Betrag von 11,013 Fr. 43 Cts. verheimlicht habe, wodurch sich der Erbanspruch der Tochter Berta um 917 Fr. 80 Cts. auf 2702 Fr. 83 Cts. erhöhe. Schliesslich hat der Kläger bei der mündlichen Verhandlung vor der ersten Instanz erklärt, dass er das Begehren 3 nur eventuell für den Fall geltend mache, dass die Anträge 1 und 2 abgewiesen werden sollten.

Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen. Er stellte nicht in Abrede, dass die im Streite liegenden Titel auf den Namen seiner Tochter lauten. Dagegen bestritt er, dass sie jemals in ihrem Besitze gewesen seien und zu ihrer Erbmasse gehören. Die Verstorbene habe sie auch nie von ihm herausverlangt, da sie gewusst habe, dass sie nicht aus ihrem Gelde, sondern aus Ersparnissen des Beklagten erworben worden seien. Dafür macht der Beklagte geltend, dass er im Jahre 1905 von einem ihm und seiner Ehefrau gemeinschaftlich gehörenden Sparheft 4000 Fr. abgehoben und seinem Sohn Karl mit dem Auftrag übergeben habe, 4 Obligationen von je 1000 Fr. auf die Basler Handelsbank zu kaufen; diese Obligationen seien auf die Namen seiner vier Kinder gestellt worden, diejenige N° 4221 auf den Namen seiner Tochter Berta. Im Jahre 1907 habe der Beklagte weiterhin eine drei Jahre vorher aus seinem und seiner Ehefrau Vermögen angeschaffte, auf den Inhaber lautende Obligation der Handwerkerbank Basel in eine Namenobligation auf den Namen seiner Tochter Berta umwandeln lassen und zwar ohne hierfür einen Gegenwert von der Tochter zu erhalten. Im Jahre 1899 habe er 8000 Fr. in vier Inhaberoobligationen der Hypothekenbank Basel angelegt und sie dann im Jahre 1903 in Namenobligationen auf den Namen seiner vier Kinder umwandeln lassen; dazu gehöre die dritte vom Kläger herausverlangte Obligation N° 2774, die, ebenso wie die beiden vorhergehenden, stets in seinem Besitz gewesen seien und von der er immer persönlich die Zinsen bezogen habe. In Bezug auf die Obligation N° 504 des Allgemeinen Konsumvereins Basel von 2000 Fr. macht der Beklagte geltend, er habe am 3. Oktober 1911 seiner Tochter ein auf seinen Namen lautendes Büchlein der Depositenkasse des AKV von 2668 Fr. übergeben, damit sie in seinem Auftrag daraus 2000 Fr. in einer auf ihren Namen lautenden Obligation anlege, was durch die Anschaffung der Obligation N° 504 geschehen sei. Die Obligation habe die Tochter als seine Vertreterin in

Empfang genommen und ihm übergeben; er habe sie seither allein in seinem Besitze behalten und auch die Zinsen davon immer persönlich in Empfang genommen. Die blosse Tatsache, dass die 4 herausverlangten Obligationen auf den Namen der Ehefrau des Klägers gestellt worden seien, genüge zur Annahme einer vollzogenen Schenkung nicht. Allerdings habe seine Tochter auch Ersparnisse gemacht; sie habe sie aber zum Teil wieder verbraucht, zum Teil auf eigene, in ihrem Besitze gebliebene Sparbüchlein angelegt. In Bezug auf das Klagebegehren 3 bestritt der Beklagte seine Passivlegitimation, sofern dieses Begehren als Teilungsklage aufgefasst werde; fasse man es aber als Erbschaftsklage auf, so sei die Klage verjährt; jedenfalls sei dieses Begehren materiell nicht begründet.

B. — Durch Urteil vom 21. März 1916 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Klage in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es seien die Begehren 1 und 2 der Klage gutzuheissen; eventuell sei die Klage jedenfalls im Betrag von 2702 Fr. 83 Cts. zuzusprechen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Kläger diese Anträge wiederholt; der Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Das Rechtsbegehren 1 der Klage stellt sich seiner Fassung und Begründung nach als eine Feststellungsklage dar, mit der der Kläger verlangt, der Beklagte habe anzuerkennen, dass die Forderungen, die in den auf den Namen seiner verstorbenen Tochter lautenden Namenobligationen verurkundet seien, einen Bestandteil ihres Nachlasses bilden. Wird dieses Begehren gutgeheissen, so

hat der Beklagte nach der Klagedarstellung, welche die Obligationen als gewöhnliche Namenpapiere bezeichnet, diese Urkunden ohne weiteres in den Nachlass der Verstorbenen einzuwerfen, d. h. den Erben herauszugeben. In diesem Sinn hat die erste Instanz den Prozess lediglich als einen Streit über die *Gläubigerschaft* an den Obligationenforderungen von zusammen 7000 Fr. beurteilt und dabei die Frage des Eigentums an den Papieren nicht aufgeworfen. Die zweite Instanz ging dagegen davon aus, dass « Bankobligationen der Art, wie sie der Kläger herausverlange », als Wertpapiere aufzufassen seien; aus diesem Wertpapiercharakter folge, dass der Erwerb der Forderung nur durch den Erwerb des Papiers selbst vermittelt werden könne, was nicht nur für Inhaberpapiere, sondern auch für Namenpapiere gelte. Da der Kläger nicht bewiesen habe, dass seine Ehefrau je Eigentümerin der Namenobligationen gewesen sei, sei die Klage daher abzuweisen.

2. — Demgegenüber ist, was zunächst den Begriff des Wertpapiers anbelangt, zu bemerken, dass das Bundesgericht auf Grund von Art. 105 Abs. 2 des alten OR als Wertpapiere nur die Inhaber- und Ordrepapiere bezeichnet, den Namenpapieren dagegen diesen Charakter auch für den Fall abgesprochen hat, wo es sich um sog. qualifizierte Legitimationspapiere handelte (vergl. AS 10 S. 281, 23 I S. 173, 787, 25 II-S. 329 und 35 II S. 621). An dieser Auffassung, welche als die gestützt auf das alte OR herrschende bezeichnet werden kann (vergl. HAFNER, Rechtsgutachten über die appenzellausserrhodischen Zettel, BINDSCHEDLER, Die amortisierbaren Wertpapiere nach OR, RAHN, Ueber Inhaberpapiere nach schweiz. Recht), hat das Bundesgericht konsequent festgehalten und immer die Amortisation von Namenpapieren (wie Bankobligationen, Depositscheine, Sparkassenbücher) abgelehnt, auch wenn der Schuldner in der Urkunde erklärt hatte, nur gegen Rückgabe des Papiers Zahlung zu leisten. In der Folge nahm der Entwurf zum

neuen OR gegen diese Praxis, die hauptsächlich in Bezug auf die Amortisationsmöglichkeit der Namenpapiere als zu eng empfunden worden war, in der Weise Stellung, dass als Wertpapiere in Art. 1682 jede Urkunde bezeichnet wurde, mit der ein Recht, auf das sie lautet, derart verknüpft erscheint, dass ohne die Urkunde das Recht weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann. Damit war bestimmt, dass auch Namenpapiere als Wertpapiere behandelt werden sollten, sofern die Zahlung nur gegen Rückgabe des Papiers zu erfolgen hatte. Trotzdem diese Bestimmung des Entwurfes nicht Gesetz geworden ist, sondern nur in dem dem früheren Art. 105 a OR entsprechenden Art. 90 Abs. 2 rev. OR nicht mehr von Wechseln, Ordre- und Inhaberpapieren die Rede ist, ist doch von verschiedenen Seiten angenommen worden, dass sich die frühere Auffassung des Bundesgerichts über den Begriff des Wertpapiers unter dem neuen Recht nicht mehr aufrecht erhalten lasse (vergl. OSER, Komm. zu Art. 90 OR 4 c, WIELAND, Komm. zu Art. 895 ZGB 6). Ob diese Ansicht, der sich offenbar auch die Vorinstanz hat anschliessen wollen, zutrefte, braucht indessen im vorliegenden Fall aus einem doppelten Grund nicht entschieden zu werden (vergl. übrigens AS 41 II S. 44).

Einmal ist nicht bewiesen, dass das Forderungsrecht aus den im Streite liegenden Obligationen nur mit der Urkunde geltend gemacht werden könne und die Obligationen deshalb im Sinne der Vorinstanz als Wertpapiere aufzufassen seien. Die Obligationen liegen weder im Original noch in Abschriften bei den Akten; die Vorinstanz stellt über den Inhalt der Urkunden nichts fest, sondern führt lediglich aus, dass « Bankobligationen der Art, wie sie der Kläger herausverlangt », nicht blosses Schuldscheine, sondern Wertpapiere seien. Die Parteien selbst haben dagegen die Obligationen im Prozess als gewöhnliche Namenpapiere behandelt, die also, da sie eine Erklärung des Schuldners, nur gegen Herausgabe der Urkunde zu bezahlen, nicht enthalten, zum vorneherein

nicht als Wertpapiere aufzufassen sind. Sodann fällt in Betracht, dass selbst wenn angenommen werden wollte, dass die Obligationen Wertpapiere im Sinne der Vorinstanz wären, die Klage doch nicht schon deshalb abgewiesen werden könnte, weil, wie das Appellationsgericht ausführt, die Ehefrau des Klägers nie Eigentümerin der Papiere geworden sei. Sind die Obligationen wirklich Wertpapiere, so sind sie deshalb doch noch keine Inhaberpapiere, sondern bleiben weiter Namen- oder qualifizierte Legitimationspapiere. Allerdings hat der Schuldner einer in einem qualifizierten Legitimationspapiere verurkundeten Forderung nur gegen Vorweisung und Rückgabe der Urkunde zu leisten; daraus folgt aber nicht, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, dass diese Urkunde als selbständige Sache angesehen werden kann, die im Rechtsverkehr ihr eigenes, nicht mit der Forderung verbundenes Schicksal haben könnte. Eigentümer des Papiers ist nicht derjenige, der die auf einen fremden Namen lautende Urkunde in Händen hat, sondern einzig der *wa h r e* Gläubiger der in der Urkunde verkörperten Forderung, so dass in Bezug auf die Uebertragung solcher Namenpapiere, trotz ihres Wertpapiercharakters, nicht die sachenrechtlichen Normen über den Rechtserwerb, sondern die Regeln über die Uebertragung von *F o r d e r u n g e n* zur Anwendung zu kommen haben.

3. — Fragt es sich demnach, wer der Gläubiger der in den vier herausverlangten Obligationen verurkundeten Forderungen sei, ob die verstorbene Ehefrau des Klägers oder der Beklagte, so ist zunächst unbestritten, dass die Obligationen auf den Mädchenamen der Frau Berta Studer-Busch lauten, also formell zweifellos eine Forderung der Ehefrau des Klägers den betreffenden Obligationsschuldnern gegenüber verurkunden, sowie, dass es der Beklagte gewesen ist, der das Geld den Banken einzahlte und die Obligationen auf den Namen seiner Tochter errichten liess. Wie die Vorinstanzen zutreffend augenommen haben, genügt aber die Tatsache allein, dass der Be-

klagte Obligationen auf den Namen seiner Tochter stellen liess, nicht, um den Streit über das Gläubigerrecht an diesen Forderungen zu Gunsten der Tochter bzw. ihres klagenden Ehemannes zu entscheiden. Vielmehr ist dazu der Nachweis eines *R e c h t s g r u n d e s* erforderlich, aus welchem der Beklagte für seine Tochter ein Forderungsrecht begründet hat. Als solche *causa* macht der Kläger geltend, seine Ehefrau habe ihre ersparten Gelder dem Beklagten abgegeben und dieser habe in ihrem Namen und als ihr Stellvertreter die Gelder einbezahlt, die Obligationen auf ihren Namen stellen lassen und in ihrem Auftrag verwahrt; demgegenüber behauptet der Beklagte, er habe die Gelder zur Anschaffung der Obligationen aus seinem eigenen Vermögen einbezahlt. Welche der beiden Parteien für ihre Behauptung beweispflichtig ist, kann hiebei dahin gestellt bleiben, da jedenfalls der Beklagte den Nachweis geleistet hat, dass die Darlehen, die er den Banken gegeben und für die er die Obligationen erhalten hat, aus seinem eigenen Vermögen stammen. Wie namentlich aus den vom Beklagten beigebrachten Bescheinigungen der Schuldner der vier im Streite liegenden Titel hervorgeht, stammen die Obligationen N° 41,236 der Handwerkerbank Basel, sowie N° 2774 der Hypothekenbank Basel aus zwei Inhaberoobligationen, deren Eigentümer der Beklagte war, während die Obligationen N° 4221 der Basler Handelsbank sowie N° 504 des allgemeinen Konsumvereins Basel aus zwei auf den Namen des Beklagten lautenden Sparheften angeschafft wurden. Dass dabei ein Forderungsrecht nur für den Beklagten und nicht für seine Tochter begründet werden sollte, ergibt sich aber auch daraus, dass alle Einzahlungen an die Obligationenschuldner, mit Ausnahme derjenigen für die Obligation N° 504, vom Beklagten selbst oder von einem seiner Söhne vorgenommen wurden und dass die Obligationen immer in seinem Besitze geblieben sind. Einzig die Obligation N° 504 des Allgemeinen Konsumvereins Basel ist von der Tochter des Be-

klagten mit dessen Vollmacht angeschafft worden ; entscheidend ist aber auch hier, dass, abgesehen von der Herkunft des dazu verwendeten Geldes aus dem Vermögen des Beklagten, die Obligation, trotzdem sie auf den Namen der Tochter lautet, von ihr dem Beklagten als dem Auftraggeber übergeben und vom Beklagten stets in seinem Besitz behalten wurde.

Muss somit im Gegensatz zur Klagedarstellung angenommen werden, dass bei Anschaffung der drei ersten Obligationen der Beklagte nicht als Stellvertreter seiner Tochter gehandelt, sondern ein eigenes Geschäft besorgt hat, und dass die Tochter die Obligation N° 504 nicht für sich selbst, sondern im Auftrag und für Rechnung des Beklagten erworben hat, so könnte es sich nur noch fragen, ob der Beklagte dadurch, dass er die Titel auf den Namen seiner Tochter ausstellen liess, seiner Tochter nicht eine *Schenkung* habe machen wollen. In dieser Beziehung fehlt indessen dem Bundesgericht gemäss Art. 56 OG die Kompetenz zur Ueberprüfung des diese Frage verneinenden angefochtenen Entscheides, weil nach Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des ZGB eingetreten sind, auch nachher gemäss den Bestimmungen desjenigen Rechtes zu beurteilen sind, das zur Zeit ihres Eintrittes gegolten hat, im vorliegenden Falle aber die ausschliesslich in Betracht kommenden Tatsachen der Errichtung der Obligationen auf den Namen der Berta Studer-Busch alle der Zeit vor 1912 angehören (1903, 1905, 1907 und 1911), wo die Schenkung gemäss Art. 10 aOR dem kantonalen Recht unterstand.

4. — Ebenso ist das Bundesgericht auch zur Ueberprüfung des von der Vorinstanz über das 3. Klagebegehren getroffenen Entscheides nicht zuständig. Streitig ist hier zwischen den Parteien eine Frage des Erbanges am Nachlass der im Jahre 1905 verstorbenen Ehefrau des Beklagten, Katharina Busch-Fröhlin. Der Kläger behauptet, seiner Ehefrau habe an diesem Nachlass ein

Erbanspruch von 2702 Fr. 83 Cts. zugestanden und es befinde sich der Nachlass in Händen des Beklagten, der daher das auf seine Tochter entfallende Erbbetreffnis in ihren Nachlass einzuwerfen habe. Der Beklagte bestreitet nicht, dass seiner Tochter ein Erbanspruch am Nachlass ihrer Mutter zugestanden habe und dass er im Besitze der ganzen unverteilter Erbschaft sei. Dagegen macht er geltend, dass seiner Tochter bzw. ihrem klagenden Ehemann deshalb kein Anspruch auf Teilung und Herausgabe des Erbanspruches zustehe, weil nach dem Tode der Katharina Busch-Fröhlin im Jahre 1905 zwischen ihm und seinen Kindern (inbegriffen die Tochter Berta) eine Erbauseinandersetzung stattgefunden habe, wonach der Nachlass der Verstorbenen dem Beklagten überlassen werden und erst nach dessen Tod zur Verteilung gelangen sollte. Bei der Frage, ob die Ehefrau des Klägers durch diese im Jahre 1905 zu Stande gekommene Erbauseinandersetzung auf ihren Anspruch auf Teilung des Nachlasses ihrer Mutter verzichtet habe, handelt es sich aber um die Auslegung eines vor dem 1. Januar 1912 unter Erben abgeschlossenen erbrechtlichen Vertrages, der gemäss Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB ausschliesslich vom kantonalen Recht beherrscht wird.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird, soweit darauf eingetreten werden kann, abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 21. März 1916 bestätigt.