

CCS, il aurait dû être jugé selon le droit fédéral. Mais cette hypothèse est exclue, comme il vient d'être dit. Le Tribunal cantonal examine, il est vrai, dans son jugement, la question de savoir si la servitude alléguée est *toujours* nécessaire au demandeur, mais il n'abandonne pas, pour cela, le terrain de l'action confessoire sur lequel il s'est placé d'emblée. Ayant admis, en vertu du droit valaisan, qu'une servitude de passage par le « sotto » du défendeur existait, avant 1912, au profit du verger de Joseph Rey, le Tribunal cantonal considère, en outre, que cette servitude appartient au nouveau titulaire du fonds aussi longtemps qu'elle lui sera indispensable pour le service de sa propriété. C'est sur cette base — et non par application de l'art. 694 CCS — que le Tribunal cantonal examine, puis reconnaît, la nécessité actuelle de la servitude.

On a, en revanche, peine à comprendre pourquoi l'instance cantonale a cru devoir émettre, pour finir, trois considérants relatifs à l'hypothèse inverse, dans laquelle le demandeur, privé d'issue suffisante sur le domaine public, revendiquerait à son profit la création d'un droit de passage. Sur ce point, le jugement admet, évidemment à tort vu l'art. 694 CCS, que la législation fédérale ne prévoit pas l'éventualité dont il s'agit et que, partant, il y a lieu de faire application de la loi ancienne. Toutefois, se référant — à juste titre, comme il a été dit — au droit cantonal, les premiers juges étaient déjà arrivés, dans la partie principale de leur arrêt, à la conclusion que la demande devait être accueillie, comme action confessoire. Malgré l'erreur dont il sont entachés, les derniers considérants de la sentence, superflus pour la solution du problème, ne sont, dès lors, pas de nature à entraîner, à l'égard du jugement déféré, la sanction de l'art. 87 OJF.

Enfin le défendeur ne serait pas fondé à invoquer, l'appui de son recours de droit civil, l'art. 234 al. 2 CO, concernant la vente d'immeubles. En effet, l'instance

cantonale ne s'est point prononcée sur la circonstance que le procès-verbal des enchères n'indique pas de droit de passage. Les tribunaux valaisans n'ont, dès lors, pas jugé selon la loi cantonale une question relevant du droit fédéral, seul moyen qui pût être formulé par la voie du recours de droit civil. Le Tribunal fédéral est d'ailleurs, arrivé, pour sa part, à la conclusion que, s'agissant d'une servitude active et non d'une charge, le défaut de mention du droit de passage n'a point empêché le transfert de ce droit au nouveau propriétaire du fonds dominant.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Februar 1927

i. S. Bosshardt und Bernheim gegen Bank in Zug.

1. Abtretung : Gewährleistung des Abtretenden für die Güte der Forderung, Unterschied von Bürgschaft, Schriftform ?
2. Bereicherungsklage des Wechseleigentümers nach OR 813 Abs. II ; sie unterliegt der zehnjährigen Verjährung.
3. Vor Inkrafttreten des VVG erfolgte Verpfändung einer Lebensversicherungspolice, anwendbares Recht, Gültigkeitserfordernisse.

A. — In dem über Cecilius Barrett, Holzwarenfabrikant in Baar, am 7. Juli 1919 eröffneten Konkurs machte die Beklagte, Bank in Zug, am 18. August 1919, folgende Forderungen geltend :

1. 568,560 Fr. 45 Cts. Kontokorrentsaldo (sog. conto ordinario), nebst Zins zu 6 $\frac{1}{4}$ % seit 20. August

1919, sichergestellt durch zwei Grundpfandverschreibungen von je 50,000 Fr. vom 8. Juli und 5. November 1913, 3 Gülten im Gesamtbetrag von 5000 Fr., Forderungsabtretungen im Betrage von 246,143 Fr. 55 Cts., sowie 2 Lebensversicherungspolice der Basler Lebensversicherungsgesellschaft Nr. 104,600 und 114,589 von je 10,000 Fr.

2. 45,505 Fr. 75 Cts. Saldo der sog. Betriebsrechnung...

3. 155,000 Fr. aus Solawechseln, nebst 6 % Zins seit dem jeweiligen Verfalltag.

Diese Forderungen wurden im vollen Umfange in den Kollokationsplan aufgenommen und auch die geltend gemachten Pfandrechte anerkannt, immerhin mit Ausnahme der 2 Grundpfandverschreibungen von 20,000 Fr. und 100,000 Fr. vom 31. Mai und 12. April 1919, sowie der Forderungsabtretungen.

B. — Innert der gesetzlichen Frist von 10 Tagen seit Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes fochten 9 Konkursgläubiger den Kollokationsplan an, mit den Rechtsbegehren :

1. Die Beklagte sei mit ihren Forderungen von 568,560 Fr. 45 Cts., 45,505 Fr. 75 Cts. und 155,000 Fr. je nebst Zinsen und Folgen ganz, eventuell in welchen Beträgen aus dem Kollokationsplan wegzuweisen.

2. Eventuell : Die Forderungen von 568,560 Fr. 45 nebst Zinsen und Folgen seien ganz, eventuell in welchen Beträgen als nicht pfandversicherte in V. Klasse einzukollozieren.

3. Die von der Beklagten geltend gemachten Pfand-, eventuell Kompensations-, eventuell Eigentumsansprüche auf :

5000 Fr., drei Gülten AW 7630/32; 20,000 Fr., zwei Lebensversicherungspolice zu je 10,000 Fr. der Basler Lebensversicherungsgesellschaft, Nr. 104,600 und 114,589; 246,143 Fr. 55 nebst Zinsen und Folgen, angeblich verpfändete oder abgetretene Forderungen; 38,853 Fr. 75 Cts. nebst Zinsen und Folgen, angeblich abgetretene For-

derungen; 100,000 Fr. Grundpfandverschreibung auf Fabrikliegenschaft vom 12. April 1919; 20,000 Fr. Grundpfandverschreibung auf Bühlliegenschaft, seien gerichtlich abzuweisen und die frei werdenden Werte seien im Sinne des Art. 250 SchKG zur Deckung der Kläger zu verwenden.

Im Verlaufe des Prozesses erklärten 7 Kläger den Abstand ; die Aktivlegitimation der 2 einzig noch als Kläger auftretenden Konkursgläubiger Bosshardt und Bernheim ist nicht mehr streitig. Diese haben nachträglich die Kontokorrentforderung der Beklagten von 568,560 Fr. 45 Cts. im Betrage von 320,033 Fr. 50 Cts., Wert 7. Juli 1919, anerkannt und auch die Bestreitung der Wechselforderung von 155,000 Fr., sowie des Pfandrechtes an den 3 Gülten von 5000 Fr. aufgegeben. Andererseits hat die Konkursmasse von der Beklagten den Verzicht auf das Pfandrecht an den zwei Grundpfandverschreibungen von 20,000 Fr. und 100,000 (welches übrigens von der Konkursmasse nicht anerkannt worden war) erwirkt.

C. — Das Kantonsgericht Zug hat nach Durchführung einer Bücherexpertise mit Urteil vom 29. Juni 1925 die Klage insoweit abgewiesen, als es :

1. folgende Forderungen der Beklagten zur Kollokation in V. Klasse zugelassen hat : 320,033 Fr. 50 Cts. aus Kontokorrent I und 155,000 Fr. aus Solawechseln, laut nachträglicher Anerkennung der Kläger, ferner 246,143 Fr. 55 Cts. aus « Zessionen und Tratten » und 45,505 Fr. 75 aus Betriebskonto (Kontokorrent II), Wert je 7. Juli 1919 ;

2. das von der Beklagten geltend gemachte Pfandrecht an der Lebensversicherungspolice Nr. 104,600 vom 31. Dezember 1907 geschützt, dagegen dasjenige an der Lebensversicherungspolice Nr. 114,589 vom 11. Mai 1911 abgewiesen hat.

D. — Auf Appellation der Kläger hat das Obergericht unterm 11. September 1926 das Urteil bestätigt.

Das Dispositiv des obergerichtlichen Urteils lautet :

1. Die Beklagte wird mit folgenden Beträgen zur Kollokation in V. Klasse zugelassen: 320,033 Fr. 50 aus Kontokorrent, 246,143 Fr. 55 Cts. aus Zessionen und Tratten, 155,000 Fr. aus Solawechseln und 45,505 Fr. 75 Cts. aus Betriebskonto je Val. 7. Juli 1919.

2. Die von der Beklagten geltend gemachte Pfandansprache auf Lebensversicherungspolice Nr. 104,600 vom 31. Dezember 1907 wird geschützt.

E. — Gegen das obergerichtliche Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

« 1. Die Beklagte sei mit einer Forderung von 320,033 Fr. 50 Cts. und einer solchen von 155,000 Fr., Val. 7. Juli 1919, im Kollokationsplane in V. Klasse zuzulassen.

2. Die von der Beklagten weiter geltend gemachten Forderungen seien aus dem Kollokationsplan wegzuweisen.

3. Die Pfandansprüche der Beklagten auf die beiden Lebensversicherungspolice Nr. 104,600 und 114,589 der Basler Lebensversicherungsgesellschaft von je 10,000 Fr. samt Zins seien gerichtlich abzuweisen.»

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. —

2. — Die in dem Gesamtsaldo des Kontokorrents I (conto ordinario) von 568,560 Fr. 45 enthaltene Forderung von 246,143 Fr. 55 Cts. zerfällt in folgende Einzelposten:

a) 105,165 Fr. 15 Cts. « Zessionen » (Forderungsabtretungen) vom 21. März 1912—4. April 1913,

b) 38,775 Fr. 40 Cts. « Zessionen » vom 1. August 1918—14. Januar 1919,

c) 8743 Fr. « Zessionen » vom 28. Januar 1919—15. April 1919,

d) 93,460 Fr. sog. Zessionstratten.

3. — Zu den 3 ersten Posten ist zu bemerken:

In der dem Gemeinschuldner Barrett von der Beklagten

eröffneten laufenden Rechnung, die am Tage des Konkursausbruches (7. Juli 1919) mit einem Passivsaldo Barretts von 320,033 Fr. 50 abschloss, wurde diesem ein Betrag von 152,683 Fr. 55 gutgeschrieben, welcher der Summe einer Reihe von Forderungen Barretts an Kunden entspricht, die Barrett sukzessive der Beklagten abgetreten hat. Die den einzelnen Forderungslisten (Bordereaux) vorgedruckte und von Barrett eigenhändig unterschriebene Abtretungsklausel lautet: « Hiemit zediere ich der Bank in Zug die den nachverzeichneten Tratten zugrunde liegenden Forderungen, unter Garantie für den richtigen Eingang. » Mit diesen « Zessionen » hat es folgende Bewandnis: Die Beklagte schoss Barrett jeweils den vollen Betrag der Forderungen desselben an seine Kunden aus Warenlieferungen vor, gegen Sicherstellung durch Abtretung dieser Forderungen, deren Eintreibung jedoch, selbst nach erfolgter Abtretung, nicht von der Zessionarin, sondern nach wie vor vom Zedenten Barrett besorgt wurde. Statt nun Barrett mit dem Betrag der an ihn geleisteten Vorschüsse zu belasten und ihm die einkassierten und an die Beklagte abgelieferten Fakturabeträge gutzuschreiben, hat die Beklagte (offenbar, weil, wie die Experten sich ausdrücken, der Konto Barrett « seit 1912 als bankmässig nicht gedeckt betrachtet werden konnte ») vorgezogen, Barrett sofort den vollen Betrag der abgetretenen Forderungen gutzuschreiben, wie wenn sie bereits in vollem Umfange einkassiert gewesen wären, wobei sie freilich bezüglich der Posten von 38,775 Fr. 40 Cts. und 8743 Fr. (litt. b und c oben) Barrett nachträglich für gewisse Beträge wieder belastete, die er laut Mitteilung an sie inzwischen selbst einkassiert hatte.

Nach der Auffassung der Kläger qualifiziert sich die Abtretung dieser Forderungen rechtlich als ein Verkauf, wobei der Verkäufer Barrett die abgetretenen Forderungen verbürgt habe. Die Bürgschaftsverpflichtung sei aber deswegen ungültig, weil die Unterschrift des Bürgen « den ganzen Verpflichtungsakt decken müsse », also

auf den Bordereaux unter der Angabe der verbürgten Forderungen hätte stehen sollen, eventuell könnte, da nur eine einfache Bürgschaft in Frage komme, die Konkursmasse erst dann aus der Bürgschaft zur Zahlung angehalten werden, wenn die Hauptschuldner in Konkurs geraten oder ohne Verschulden der Beklagten erfolglos betrieben worden wären oder in der Schweiz nicht mehr belangt werden könnten (OR 495 Abs. I), was nicht erwiesen sei; subeventuell wären die Gegenstand der Abtretung bildenden Kundenforderungen, soweit wenigstens die Forderungen aus den Jahren 1912 und 1913 in Frage kommen, laut Art. 128 Ziff. 3 OR verjährt, womit auch die Bürgschaft als Akzessorium dahingefallen sei. Allein die Prämisse, auf welcher alle diese Einreden beruhen, ist unzutreffend. Durch Übernahme der « Garantie für den richtigen Eingang » der abgetretenen Forderungen hat sich Barrett als Zedent im Sinne von Art. 171 Abs. II OR verpflichtet, für die Zahlungsfähigkeit der Schuldner zu haften. Eine solche Verpflichtung stellt keineswegs eine Bürgschaft im Sinne von Art. 492 ff. OR dar, und es hat das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Doktrin wiederholt entschieden, dass die Bestimmungen über die Bürgschaft auf sie nicht anwendbar seien (BGE 24 II 117 und 177; 27 II 65 ff.; OSER, ad OR 171 S. 431; BECKER, Anm. 2 zum nämlichen Artikel; ROSSEL, Manuel I S. 235; HAFNER, Anm. 6 ad aOR 489; ATTENHOFER, in Zeitschr. schw. R. N. F. 9 S. 315 ff.). Die rechtliche Natur beider Haftungen ist eine verschiedene: während der Bürge lediglich die akzessorische Haftung für eine fremde Schuld übernimmt, begründet das Garantieverprechen des Zedenten eine selbständige Verpflichtung aus dem der Zession zugrunde liegenden Geschäfte, weshalb denn auch im Falle einer weiteren Abtretung die Forderung aus dem Garantieverprechen nicht ohne weiteres als Nebenrecht auf den neuen Zessionar übergeht, sondern nur, wenn sie ihm speziell abgetreten wurde

(vgl. OSER, loc. cit.; v. TUHR, OR II 739). Freilich kann der Zedent, statt die Garantie für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu übernehmen, auch auf dem Wege der Bürgschaft dem Zessionar gegenüber für die Erfüllung der Schuld eintreten, doch darf im Zweifel eine Garantieverpflichtung des Zedenten nicht in diesem Sinne gedeutet werden (vgl. BECKER, Anm. 2 z. OR 171), und sind deshalb vorliegend nicht die Grundsätze des Bürgschaftsrechts, sondern diejenigen über die Abtretung massgebend. Wenn nach Art. 165 Abs. I OR auch die Abtretung zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedarf, so erstreckt sich immerhin dieses Erfordernis nur auf die *essentialia negotii* (vgl. BECKER, Anm. 3 ibid.), zu denen die Ausdehnung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht des Abtretenden auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht gehört. Es kann also dahingestellt bleiben, ob die Schriftform *in casu* als gewahrt betrachtet werden könnte. Andererseits unterliegt die Garantie für die Zahlungsfähigkeit als Hauptverpflichtung selbst dann der ordentlichen zehnjährigen Verjährung, wenn die abgetretenen Forderungen aus Warenlieferung gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR schon mit Ablauf von 5 Jahren verjähren sollten.

Danach erweist sich die Forderung der Beklagten im Betrage von 105,165 Fr. 15 Cts. + 38,775 Fr. 40 Cts. + 8743 Fr. = 152,683 Fr. 55 Cts. als begründet und ist sie zur Kollokation in V. Klasse zuzulassen. Denn die Experten stellen fest, dass von den betreffenden Guthaben kein einziges der Zessionarin einbezahlt worden ist. Ferner weisen die Experten zutreffend darauf hin, dass man es nach dem übereinstimmenden Parteiwillen nicht mit gewöhnlichen Abtretungen zu tun habe, sondern mit Forderungszessionen zu Sicherstellungszwecken, ohne Pflicht der Beklagten zum Inkasso der abgetretenen Forderungen. Allerdings könnte im Ausschluss dieser Verpflichtung ein Indiz für den Mangel eines ernstlichen Zessionswillens erblickt werden, doch macht keine

Partei geltend, dass die Abtretungen nichtig seien. Im übrigen wäre das Ergebnis selbst dann kein anderes, wenn sie von Amtes wegen als nichtig betrachtet werden müssten; denn abgesehen davon, dass in diesem Falle die Beklagte die infolge der Zessionen Barrett gutgeschriebenen Beträge (unter Vorbehalt der Verjährungsfrage) mit der *condictio indebiti* zurückfordern könnte, ist zu berücksichtigen, dass die Gutschrift unter der selbstverständlichen Bedingung erfolgt ist, dass es der Beklagten gelingen werde, die zedierten Guthaben, sei es direkt, sei es durch Vermittlung Barretts einzutreiben. Soweit diese Bedingung sich vor Konkursausbruch nicht verwirklicht hat, darf die Beklagte Barrett, bzw. nunmehr die Konkursmasse mit dem gutgeschriebenen Betrage belasten (OR Art. 151). Daran kann auch die Ziehung und Anerkennung des Kontokorrentsaldos nichts ändern; denn in solchen Fällen erfolgt die Anerkennung des Kontokorrentsaldos, wie die Gutschrift, unter dem stillschweigenden Vorbehalt des richtigen Einganges des gutgeschriebenen Betrages (vgl. v. TUHR OR II S. 578/9).

4. — Bei dem letzten Posten von 93,460 Fr. (siehe unter 2 d oben) handelt es sich um nicht zur Zirkulation bestimmte Tratten, die von Barrett auf eine Reihe von Kunden an Ordre der Beklagten gezogen und dieser übergeben wurden, wobei die Beklagte jenem den Gesamtbetrag auf Kontokorrent gutgeschrieben hat. Die Beklagte gibt zu, dass der wechselfässige Anspruch aus diesen Tratten, die nichteingelöst worden sind, verjährt ist; sie macht aber geltend, dass die Konkursmasse als Rechtsnachfolgerin des Wechseleusstellers Barrett nach Art. 813 Abs. II OR ihr als Wechseleigentümerin im gewöhnlichen Prozesse insoweit verpflichtet bleibe, als die Konkursmasse sich zu ihrem Nachteil bereichern würde.

Gegenüber diesem Standpunkt, den beide kantonalen Instanzen als zutreffend erachtet haben, erheben die Kläger folgende zwei Einwendungen:

a) Die Beklagte habe nicht bewiesen, dass die Konkursmasse Barrett noch bereichert sei; eine «fallite Konkursmasse sei überhaupt nie bereichert». Dieser Einwand geht offensichtlich fehl. Im übrigen ist es nicht erforderlich, dass die Bereicherung im Zeitpunkt der Klageerhebung noch vorhanden sei (vgl. GÄTZINGER, Anm. 15 zu OR 813; GRÜNHUT, Wechselrecht II S. 565 Anm. 17; STAUB, Anm. 13 zu Art. 83 d. deutsch. Wechselordnung); im vorliegenden Falle dauerte die Bereicherung jedenfalls im Zeitpunkt der Forderungseingabe im Konkurs insofern und insoweit noch fort, als die Schuld des Barrett gegenüber der Beklagten um den Betrag der Gutschrift herabgesetzt worden war.

b) In zweiter Linie nehmen die Kläger den Standpunkt ein, dass der im Falle des Unterganges des wechselfässigen Anspruchs dem Wechseleigentümer verbleibende zivilrechtliche Anspruch hier ebenfalls verjährt sei, weil er der für die *condictio indebiti* nach Art. 67 des rev. OR geltenden einjährigen Verjährung unterliege. Allein nach Art. 127 OR verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt, erst mit Ablauf von 10 Jahren. Nun enthält das OR keine Sonderbestimmung über die Verjährung des in Frage stehenden Anspruches; es könnte sich also nur fragen, ob die Vorschrift des Art. 67 OR analog auf denselben anzuwenden sei. Ist dabei schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen grosse Vorsicht am Platze, so trifft dies hier umsomehr zu, als es sich um eine Bereicherungsklage ganz spezieller Art handelt, nämlich um eine materiell als *condictio sine causa* aufzufassende *actio ex lege*, welche die Existenz einer gültigen, aber nach strengem Wechselrecht durch Verjährung erloschenen wechselfässigen Verpflichtung voraussetzt. Der Umstand allein, dass dieser Anspruch, hinsichtlich dessen das Wechselrecht ausnahmsweise ein Zurückgehen auf das dem Wechsel zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis gestattet, insofern beschränkt ist, als der Wechsel-

aussteller nur bis zum Höchstbetrag der ihm zugeflossenen Bereicherung in Anspruch genommen werden kann, rechtfertigt es nicht, den dem Wechselinhaber eingeräumten Rechtsbehelf durch eine abgekürzte Anspruchsverjährung abermals an eine erschwerende Bedingung zu knüpfen, und ein sonstiger innerer Grund, weshalb die einjährige Verjährung des Art. 67 OR selbst ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung hier Platz greifen sollte, besteht nicht. Es ist deshalb der Auffassung der kantonalen Instanzen beizupflichten, dass die Wechselbereicherungsklage des Art. 813 Abs. II OR der ordentlichen zehnjährigen Verjährung unterliegt (vgl. ROSSEL, Manuel II S. 271; GÖTZINGER, Anm. 16 zu OR 813, sowie Rev. jud. 9 S. 251 bezw. Journ. d. Trib. 40 S. 308 ff.), wie auch die deutsche und die italienische Rechtswissenschaft auf dem Boden stehen, dass für die wechselrechtliche Bereicherungsklage die gemeinrechtliche Verjährungsfrist gelte und diese mit der eingetretenen Verjährung des Wechselrechts zu laufen beginne (vgl. GRÜNHUT, loc. cit. S. 560 Anm. 7; STAUB, Anm. 20 zu Art. 83 Wechselordnung; VIDARI, Cambiale Nr. 436).

Der Betrag, um den die Konkursmasse zum Nachteil der Beklagten bereichert worden ist, ist gleich der Summe, die infolge der Übergabe der Tratten Barrett in laufender Rechnung gutgeschrieben wurde, d. h. er beläuft sich auf 105,460 Fr. weniger 12,000 Fr. (welche die Beklagte implizite zugibt, hieran erhalten zu haben) = 93,460 Fr.

5. — (Forderung der Beklagten von 45,505 Fr. 75).

6. — Was das Pfandrecht an der Lebensversicherungspolice Nr. 104,600 betrifft, so haben die kantonalen Instanzen in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt, dass der Versicherungsvertrag zwischen Barrett und der Basler Lebensversicherungsgesellschaft am 31. Dezember 1907 abgeschlossen und die Police vor Inkrafttreten des VVG (1. Januar 1910) der Beklagten übergeben worden ist. Infolgedessen beurteilt sich die Frage der

Gültigkeit der Pfandbestellung nach den bezüglichlichen Vorschriften des aOR. Dieses sah freilich in Art. 896 vor, dass bis zum Erlass eines eidgenössischen Gesetzes über den Versicherungsvertrag die allfällig bestehenden besonderen kantonalrechtlichen Vorschriften über die Versicherungsverträge in Kraft bleiben. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich diese Bestimmung auch auf die Verpfändung von Versicherungspolice beziehe; denn eine Bestimmung des zugerischen Rechts, wonach die blosser Übergabe der Police zur Verpfändung genügen würde, ist weder angerufen, noch von den kantonalen Instanzen angeführt worden, und auch im zugerischen Privatrecht tatsächlich nicht enthalten. Infolgedessen sind die allgemeinen Bestimmungen des aOR anwendbar, und zwar als Bundesrecht und nicht etwa als subsidiäres kantonales Recht (vgl. u. a. BGE 16 787; 26 II 156; 29 II 135 f.).

Die Gültigkeitserfordernisse für die Verpfändung waren nach aOR verschiedener Art, je nachdem es sich um Inhaberpapiere handelte (Art. 210 Abs. I: Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger), um Wechsel oder andere indossable Papiere (Art. 214: Übergabe des indossierten Papiers) oder um « andere Forderungen » (Art. 215: Benachrichtigung des Schuldners, Übergabe eines etwa vorhandenen Schuldscheins an den Pfandgläubiger und schriftliche Beurkundung der Verpfändung). Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung den Lebensversicherungspolice die Eigenschaft von Inhaberpapieren abgesprochen, sogar den auf den Inhaber lautenden, und stets Art. 215 aOR als auf sie anwendbar erklärt, von der Erwägung aus, dass die Inhaberklausel bei den Lebensversicherungspolice lediglich bezwecke, den Versicherer der Prüfung der Legitimation des Inhabers zu überheben, dagegen nicht den Inhaber zum Gläubiger, zum Berechtigten erhebe (BGE 27 II 195/6). Im vorliegenden Falle hat die hiefür beweispflichtige Beklagte übrigens nicht einmal den Nachweis erbracht, dass man es mit einer Police dieser Art zu tun habe. Jedenfalls aber steht fest,

dass es sowohl an einer Benachrichtigung des Versicherers, als an einer schriftlichen Beurkundung der Verpfändung fehlt, so dass entgegen der Auffassung der kantonalen Instanzen eine rechtsgültige Pfandbestellung nicht vorliegt. Auch die Berufung auf die in der Police enthaltene Begünstigungsklausel kann der Beklagten nicht helfen, und vollends nicht der Hinweis darauf, dass sie von Anfang an die Versicherungsprämien bezahlt habe. Letzterer Umstand könnte ihr höchstens ein Forderungsrecht verleihen. Und was die Begünstigungsklausel anbelangt, so bestimmt Art. 79 VVG ausdrücklich, dass die Begünstigung, sofern der Versicherungsnehmer nicht auf das Recht, sie zu widerrufen, verzichtet hat, was vorliegend weder behauptet noch bewiesen ist, mit der Konkurseröffnung über den Versicherungsnehmer erlischt und erst wieder auflebt, wenn der Konkurs widerrufen wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird teilweise begründet erklärt und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 11. September 1926 abgeändert wie folgt:

a) Dispositiv 1 wird bestätigt (mit Ausnahme der Forderung der Beklagten von 45,505 Fr. 75 Cts.).

b) Dispositiv 2 wird aufgehoben und der von der Beklagten geltend gemachte Pfandanspruch auf die Lebensversicherungspolice Nr. 104,600 der Basler Lebensversicherungsgesellschaft von 10,000 Fr. abgewiesen.

**24. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 21. Februar 1927**

i. S. Borer gegen Allg. Baugenossenschaft Zürich.

Unerlaubte Handlung: Tötung. Schadenersatzanspruch wegen Verlustes des «Versorgers», Art. 45 Abs. III OR; Voraussetzungen, unter denen die Ehefrau als «Versorgerin» des Ehemannes angesehen werden kann, speziell mit Rücksicht auf die Besorgung des Haushaltes und die Ersparung von Dienstbotenkosten.

A. — Der im Jahre 1871 geborene Kläger Borer ist Fabrikarbeiter. Er mietete von der Beklagten eine Wohnung in deren Hause Haldenstr. 166 in Zürich 3. Am Vormittag des 28. Juni 1925 wurde die damals 48-jährige Ehefrau des Klägers, Marie Borer geb. Sauteler, im Badezimmer der Wohnung in der Wanne tot aufgefunden. Die durch das gerichtlich-medizinische Institut der Universität Zürich vorgenommene Sektion ergab als Todesursache Vergiftung durch Kohlenoxyd und nachfolgendes Ertrinken im Bade. Die von Amtes wegen angehobene Strafuntersuchung wurde durch Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 18. September 1925 mit der Begründung eingestellt, dass ein schuldhaftes Verhalten Dritter, insbesondere eine grob fahrlässige Kaminkonstruktion oder Reparatur, sich nicht nachweisen lasse.

B. — Mit der vorliegenden Klage fordert der Ehemann Borer von der Beklagten unter Berufung auf die Haftpflicht des Werkeigentümers nach Art. 58 OR, sowie auf Art. 41 OR Zahlung von 15,000 Fr. als Schadenersatz und Genugtuung.

C. — Mit Urteil vom 8. Juli 1926 hat das Bezirksgericht Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Auf Appellationserklärung des Klägers hat das zürcherische Obergericht mit Urteil vom 26. November 1926 die Klage aus Art. 58 OR im Betrage von 200 Fr.