

6. — Was sodann die Provokation zu Arbeitsvergütungsklagen gemäss Art. 633 ZGB anbelangt, so fehlt den Beschwerdeführern die Beschwerdelegitimation, weil ja nicht sie selbst es sind, die derartige Ansprüche geltend machen, und sie anderen Erben nicht verwehren können, gestützt auf die Provokation jetzt schon Klage anzustrengen; können sie doch ihren Einwand, derartige Klagen seien verfrüht, diesen selbst gegenüber erheben.

7. — Dass der angerufene Beschwerdegrund auf die Gerichtsstandsbestimmung nicht zutrifft, versteht sich von selbst, da für sie offenbar Art. 558 ZGB massgebend war und Forderungsklagen, welche von dieser Vorschrift nicht umfasst werden, nach dem sub Erw. 4 Ausgeführten ja ohnehin ausscheiden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird teilweise dahin begründet erklärt, dass der angefochtene Entscheid insoweit aufgehoben wird, als er Forderungen der Erbschaft betrifft. Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

### III. SACHENRECHT

#### DROITS RÉELS

**23. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. März 1928**  
**i. S. Konkursmasse der Chemischen Industrie A.-G.**  
**gegen Zürcher Kantonalbank.**

Zugehör, ZGB Art. 644 (Erw. 1)

a) nach der am Ort üblichen Auffassung : Die Nachprüfung des Bundesgerichtes im Berufungsverfahren ist auch insofern ausgeschlossen als der Ortsgebrauch aus dem bisherigen kantonalen Rechte hergeleitet wird (ZGB Art. 5 Abs. 2).

b) nach dem klaren Willen des Eigentümers : Ist der Widmungswille von einem früheren Eigentümer in einem Pfandvertrag ausgedrückt worden und hat der gegenwärtige Eigentümer die Schuldpflicht für die betreffende Pfandforderung übernommen, so ist der Widmungswille auch für letzteren verbindlich.

Anfechtungsklage gemäss SchKG Art. 286, 287 : Die sechsmonatliche Frist wird um die Dauer eines der Konkurseröffnung vorangehenden Nachlassverfahrens rückwärts verlängert, d. h. bis zur Gewährung der Nachlassstundung, nicht bis zur Einreichung des Nachlassstundungsgesuches — die denn auch der Behandlung von Konkursbegehren noch nicht entgegensteht (SchKG Art. 297) (Erw. 2).

(Gekürzt.) A. — Die Klägerin ist Gläubigerin eines am 21. Oktober 1918 errichteten Schuldbriefes von 300,000 Fr. auf der zur beklagten Konkursmasse gehörenden Fabrikliegenschaft in Affoltern am Albis. Die damalige Grundeigentümerin hatte im Grundprotokoll als Zugehör anmerken lassen die Maschinen, Apparate, Vorrichtungen, Gerätschaften, Werkzeuge u. dergl. und dem Grundbuchamt ein Inventar eingereicht.... Diese Anmerkung wurde bei der Errichtung des Schuldbriefes wie folgt erweitert : « Als Zugehör gelten ferner,

ausser den im..... Verzeichnis bei den Grundbuchakten speziell aufgeführten und im Grundbuch angemerkten Sachen, alle diejenigen Gegenstände, die inskünftig zum Betriebe der chemischen Fabrikanlage auf der genannten Liegenschaft angeschafft werden, sei es als Ersatz für abgegangene Stücke, sei es zur Vervollkommnung oder Erweiterung des Geschäftsbetriebes.» In der Folge erwarb die Gemeinschuldnerin die Liegenschaft samt Zugehör und übernahm dabei die Schuldbriefschuld an die Klägerin.

Im Sommer 1925 schaffte die Gemeinschuldnerin 7 Kessel(eisenbahn)wagen an, von denen ihre beiden letzten am 28. August von Zürich aus an ihre mit Anschlussgeleise versehene Fabrik in Affoltern am Albis abgingen.

Am 18./19. November kam die Gemeinschuldnerin um eine Nachlassstundung ein. Über Konkursbegehren, welche am 16. und 18. November gegen sie eingegangen waren und in den folgenden drei Monaten eingingen, wurde nicht mehr entschieden, obwohl die Nachlassbehörde sich vorderhand auf die Einforderung von Akten und eines Kostenvorschusses beschränkte, dann erst am 17. Februar 1926 zur Einvernahme der Organe der Gemeinschuldnerin schritt und hierauf am 19. Februar eine Nachlassstundung gewährte. Indessen wurde der Nachlassvertrag am 26. Mai verworfen und ein Rekurs der Gemeinschuldnerin vom Obergericht am 10. Juli abgewiesen. Am 29. Juli fand die Konkursöffnung über die Gemeinschuldnerin statt.

Mit ihrer Konkurseingabe teilweise abgewiesen, verlangt die Klägerin durch vorliegende Kollokationsplananfechtungsklage, ihr Schuldbrief-Pfandrecht an den sieben Kesselwagen sei als begründet zu erklären.

B. — Durch Urteil vom 15. November 1927 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage zugesprochen. Den Entscheidungsgründen ist zu entnehmen: «Anlagen von der Art der vorliegenden sind allerdings verhältnis-

mässig selten, sodass sich ein allgemeiner Ortsgebrauch im ganzen Geltungsbereich des Gesetzes bis jetzt nicht herausgebildet haben dürfte. § 136 des zürcherischen Einführungsgesetzes zum ZGB hat aber in Anlehnung an Art. 5 Abs. 2 ZGB unter Uebernahme der unter dem frühern zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuche geltenden Vorschriften (§ 50 ff.) Bestimmungen darüber aufgenommen, welche Sachen im Kanton Zürich Zugehör nach Ortsgebrauch im Sinne des Art. 644 ZGB seien. Er bezeichnet u. a. als solche bei einer zum Betriebe einer Fabrik dienenden Liegenschaft die eigens für sie konstruierten oder ihrer besonderen Einrichtung angepassten oder sonst zur dauernden Benützung für sie bestimmten Vorrichtungen..... Von diesen drei voneinander unabhängigen Fällen trifft der letzte zu. Ein Gegenbeweis, wie ihn Art. 5 ZGB vorsieht, kommt hier nicht in Betracht.»

C. — Gegen das Urteil des Obergerichtes hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Das Urteil der Vorinstanz wird insofern nicht angegriffen, als es die objektiven Voraussetzungen für die Zugehör-Eigenschaft der streitigen Kesselwagen bejaht hat. Die weitere Entscheidung der Vorinstanz aber, dass die Kesselwagen von der ortsüblichen Auffassung rechtlich als Zugehör betrachtet werden, ist für das Bundesgericht verbindlich. Dabei handelt es sich freilich nicht wie in BGE 42 II S. 121, 43 II S. 596 f. Erw. 2, 45 II S. 268 um eine tatsächliche Feststellung, sondern um die Auslegung des bisherigen kantonalen Rechtes, welches gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB als Ausdruck des Ortsgebrauches gilt, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist, was die Vorinstanz ausdrücklich und für das Bundesgericht verbindlich verneint. Zwar knüpft die Vorinstanz an das im EG zum ZGB

formulierte geltende Recht an, jedoch nicht ohne beizufügen, dass die bezügliche Vorschrift aus dem früheren zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch übernommen worden sei, was wiederum als kantonrechtliche Frage vom Bundesgerichte nicht nachgeprüft werden kann. Infolgedessen darf dahingestellt bleiben, ob auch neues kantonales Recht, namentlich das auf das Inkrafttreten des ZGB hin geschaffene, als Ausdruck des Ortsgebrauches anzusehen wäre. (Insofern die Vorinstanz die Frage erörtert, ob sich « ein allgemeiner Ortsgebrauch im ganzen Geltungsbereich des Gesetzes » herausgebildet habe, kann ihr freilich nicht gefolgt werden, weil hierauf nichts ankommt; vgl. BGE 42 II S. 119 oben.)

Hievon abgesehen ist mit der Vorinstanz auch die subjektive Voraussetzung der Zugehör-Eigenschaft, der Widmungswille des Eigentümers, als gegeben anzunehmen. Dabei kommt nichts darauf an, ob nach den Vorschriften des formellen Grundbuchrechtes die Anmerkung der bei der Schuldbrieferrichtung getroffenen bezüglichen Abmachung zulässig oder aber mangels genügend bestimmter Bezeichnung der Zugehörgegenstände nicht zulässig gewesen sei. Denn diese Abmachung hätte auch ohne Anmerkung im Grundbuch als Ausdruck des Widmungswillens der damaligen Eigentümerin (BGE 43 II S. 597 Erw. 2 b) genügt. In der Folge wurde jene Abmachung dann von der persönlichen Schuldpflicht umfasst, welche ..... von der Gemeinschaftsdnerin übernommen worden ist (ZGB Art. 832 Abs. 2); insofern liegt also auch eine Widmungswillenserklärung der Gemeinschaftsdnerin selbst vor. Nachdem die Gemeinschaftsdnerin den Widmungswillen einmal geäußert hatte, wäre es bedeutungslos gewesen, wenn sie durch ihre Antwort auf das Schreiben der Klägerin vom 8. Dezember 1925 darauf hätte zurückkommen wollen, wie die Beklagte behauptet (BGE 45 II S. 186).

2. — Die paulianische Anfechtung des Zugehör-Pfandrechtes gestützt auf Art. 287 SchKG scheidert

schon daran, dass das Einbringen der Kesselwagen länger als sechs Monate vor der Konkursöffnung stattgefunden hat, und zwar auch wenn die Dauer des Nachlassverfahrens abgerechnet wird (BGE 48 III S. 232). Von der Zuführung der letzten Kesselwagen, die nicht später als Ende August 1925 stattgefunden haben kann, bis zur Gewährung der Nachlasstundung liefen nämlich zunächst mindestens 5 Monate und 18 Tage, und nachher von der endgültigen Verwerfung des Nachlassvertrages bis zur Konkursöffnung nochmals ebensoviele Tage. Und es geht nicht an, in die Dauer des Nachlassverfahrens auch noch die Zeit von der Einreichung bis zur Erledigung des Nachlasstundungsgesuches einzurechnen. Der Grund, welcher für die Rückwärtsverlängerung der Anfechtungsfrist um die Dauer des Nachlassverfahrens massgebend ist, nämlich der Ausschluss der Zwangsvollstreckung während dieser Zeit, trifft nämlich nach der klaren und unzweideutigen Vorschrift des Art. 297 SchKG nur zu für die Zeit seit der Gewährung der Nachlasstundung (vgl. BGE 30 I S. 847 ff. = Sep.-Ausg. 7 S. 417 ff.). Kann nun auch die gegenteilige Rechtsprechung der zürcherischen Konkursgerichte, dass nach Anbringung des Nachlasstundungsgesuches keine Konkursbegehren mehr in Behandlung gezogen werden, wegen der Mangelhaftigkeit des Rechtsmittelsystems vom Bundesgerichte nicht (frei) nachgeprüft und korrigiert werden, so darf dies doch nicht zu einer ausnahmsweisen Abweichung von der als richtig erkannten Rechtsprechung seitens des Bundesgerichtes führen. Fälle von der Art des vorliegenden, welche dartun, dass während Monaten von der Möglichkeit der Rechtsverfolgung eigentlich gar nicht mehr gesprochen werden kann, wenn einerseits Konkursbegehren mit Rücksicht auf das Nachlasstundungsgesuch des Schuldners nicht mehr behandelt werden, andererseits dieses Gesuch nicht schleunig erledigt wird, dürften dazu beitragen, dass die zürcherischen Konkursgerichte

die Unhaltbarkeit ihrer Rechtsprechung selbst einsehen werden. Dem Schuldner darf umsoeher zugemutet werden, sein Stundungsgesuch frühzeitig anzubringen, als er schon in der Konkursandrohung ausdrücklich auf diesen Rechtsbehelf aufmerksam gemacht wird.

Für die Anfechtung gestützt auf Art. 288 SchKG aber fehlt es jedenfalls an dem Erfordernis, dass der Klägerin erkennbar war, die Gemeinschuldnerin beabsichtige, sie (die Klägerin) durch die Anschaffung der Kesselwagen zum Nachteil der anderen Gläubiger zu begünstigen, steht doch dahin, ob die Klägerin von diesem Vorhaben etwas erfuhr, bevor die Wagen der Gemeinschuldnerin zugeführt wurden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. November 1927 bestätigt.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

##### DROIT DES OBLIGATIONS

**24. Arrêt de la I<sup>re</sup> Section civile du 22 février 1928**  
dans la cause **D<sup>r</sup> Pozzi** contre **Commune d'Orsières**.

Critères de distinction entre fonctionnaire chargé d'un service public et médecin lié par un contrat de droit privé.

*Résumé des faits :*

Au printemps de l'année 1917, les communes d'Orsières, de Liddes et de Bourg-St-Pierre, en Valais, ont passé avec le D<sup>r</sup> Félix Pozzi un contrat aux termes duquel ce médecin s'engageait « à donner les soins médicaux aux populations des trois communes contractantes » (art. 1<sup>er</sup>), à faire notamment « une visite officielle

hebdomadaire à Bourg-St-Pierre, Liddes Ville et dans la vallée de Ferret jusqu'à Issert dans les locaux qui devront être mis à sa disposition à cet effet » (art. 2). Il lui était alloué « un traitement annuel de 3000 fr. . . . . payable à la fin de chaque trimestre par chaque commune proportionnellement au chiffre de la population, suivant le dernier recensement fédéral » (art. 4). Et la commune d'Orsières se chargeait de fournir gratuitement au médecin le logement, l'éclairage, le chauffage et l'eau (art. 3). Le contrat fixe le « prix des visites » et les honoraires de consultations dans le cabinet du médecin ou les locaux mis à sa disposition. Pour tous les procédés spéciaux de diagnostic, les interventions chirurgicales, les accouchements, etc., et pour tous les traitements divers et spéciaux, le contrat (art. 7) déclare applicable l'arrêté du 1<sup>er</sup> juin 1915 fixant le tarif médical en Valais entre les médecins et les caisses-maladies reconnues. Le médecin avait l'obligation de tenir les principaux médicaments pharmaceutiques et de les vendre aux prix fixés par le tarif fédéral. Le contrat était conclu pour une durée de trois ans (15 juillet 1917 au 15 juillet 1920).

Faute de dénonciation, le contrat continua par tacite reconduction jusqu'en 1925, époque à laquelle il fut résilié par la commune d'Orsières.

Le D<sup>r</sup> Pozzi a assigné la commune d'Orsières en paiement de 10,000 fr. de dommages-intérêts, pour cause de renvoi abrupt.

Par jugement du 8 septembre 1927, le Tribunal cantonal valaisan a débouté le demandeur, qui a recouru en réforme au Tribunal fédéral.

*Extrait des considérants :*

Le fait que le Tribunal cantonal s'est saisi de la cause n'est pas décisif pour la recevabilité du recours en réforme (RO 46 I, p. 150 ; 52 II, p. 464). La recevabilité dépend de la question de savoir si le litige relève du droit