

den, dass er sich persönlich und beständig jedes einzelnen Patienten annehme. Dagegen hat er zweifellos dafür zu sorgen, dass in seiner Abwesenheit die Pflege und Wartung der Kranken nicht unterbrochen, sondern von den Assistenzärzten, die ihm vom Staate als Vertreter und Gehilfen beigegeben werden, weiter besorgt werde. Das ist aber vorliegend geschehen, indem der damalige Tagesarzt, Dr. Heer, dessen Befähigung zur Vertretung des Beklagten nicht angezweifelt worden ist, das Nötige zur Unterbringung, Beruhigung, Bewachung und Fesselung des Beklagten angeordnet hat. Und auch die Durchführung dieser Anordnungen durch das Wartepersonal erfolgte in einer Weise, dass daraus jedenfalls nicht auf eine mangelnde Instruktion von Seiten des Beklagten geschlossen werden könnte. Dass, wenn ein mit vergitterten Fenstern versehenes Zimmer zur Verfügung gestanden hätte und der Kläger darin untergebracht worden wäre, der Unfall sich nicht ereignet hätte, ist nicht zu bezweifeln. Allein für diesen Mangel kann der Beklagte, der ja nicht Inhaber der Anstalt ist, nicht verantwortlich erklärt werden. Hievon könnte höchstens dann die Rede sein, wenn sich schon früher trotz der in der fraglichen Anstalt üblicherweise angewandten Bewachungsmethoden ein ähnlicher Vorfall ereignet hätte. Dann allenfalls wäre dem Beklagten zuzumuten gewesen, die zuständige Behörde auf die Notwendigkeit einer derartigen Schutzeinrichtung aufmerksam zu machen. Nun liegen aber keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, und es hat der Kläger auch keinerlei Beweise dafür angetragen, dass ein solcher Vorfall sich wirklich je ereignet hat. Die Vorinstanz hat daher mit Recht davon Umgang genommen zu untersuchen, ob der Beklagte schon früher bei der zuständigen Behörde in diesem Sinne vorstellig geworden ist. Der Kläger macht sodann noch geltend, dass der durch den Sturz verursachte Bruch der beiden Fersenbeine unsachgemäss behandelt worden sei, was eine dauernde Invalidität des Klägers zur Folge gehabt habe. Auch dafür sei der Be-

klagte mitverantwortlich, da er den ihm unterstellten Assistenzarzt, Dr. Wyss, der die Behandlung des Klägers nach dem Sturze besorgt, nicht genügend beaufsichtigt habe. Die Vorinstanz hat es für ausgeschlossen erachtet, dass heute nach so langer Zeit ein Beweis dafür, dass der Kläger unsachgemäss behandelt worden sei, noch erbracht werden könne, und sie hat daher von der Einholung eines Expertengutachtens, wie sie vom Kläger beantragt worden war, abgesehen. Darin liegt eine antezipierte Beweiswürdigung, die das Bundesgericht nicht zu überprüfen vermag. Damit entfällt aber auch dieser Forderungsgrund, so dass die Klage im vollen Umfange abgewiesen werden muss.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und demgemäss das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 21. März 1930 bestätigt.

34. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Juni 1930 i. S. Ruedi gegen Odermatt.

Einrede der abgeurteilten Sache: Die Frage der Identität der Streitsache beurteilt sich bei bundesrechtlichen Ansprüchen nach eidgenössischem Recht. Darnach kann sie nicht schon dann geschützt werden, wenn die Rechtsfrage, von der die Lösung abhängt, dieselbe ist. (Erw. 2.)
Eigentumsübergang durch *brevi manu traditio* bei aufschiebend bedingtem Fahrniskauf: Kein Übergang bei Ausfall der Bedingung trotz Besitzes des Käufers. Nichtanwendbarkeit von SchKG Art. 212 auf den Eintritt der Bedingung. (Erw. 4.)

A. — Im Dezember 1927 gab J. Odermatt in Dallenwil dem J. Ruedi, der in Rischberg bei Küssnacht eine Silberfuchsfarm betrieb, 16 Silberfüchse zum Unterhalt und zur Wartung. Von diesen Tieren starben in der Folge elf an der Lungenwurmseuche und wegen ungenügender Pflege. Am 7. November 1928 schlossen Odermatt und Ruedi über die bis dahin streitigen Ansprüche Odermatt's folgende Vereinbarung :

« a) Gemäss Offerte vom 16. November 1927 übergab J. Odermatt dem J. Rüedi in seine Silberfuchsfarm Rischberg Ende Dezember 1927 acht Paar Silberfuchse in Pension, in der Voraussetzung, dass die Tiere fachgemäss gehegt und gepflegt würden. Rüedi versprach alles, verschwieg aber bei der Abmachung, dass in seiner Farm Silberfuchse an Lungenwurm umgestanden seien. Die Folge davon war, dass im Laufe des Jahres 1928 nebst totalem Ausfall an Jungfuchsen, 9 Altfuchse von Odermatt an dieser Seuche umgestanden sind. Auch unterliess Rüedi eine Meldung vom Tode der Fuchse an Odermatt, ebenso den ärztlichen Untersuch.

b) Rüedi anerkennt, durch Verheimlichung der Lungenwurmseuche Odermatt stark geschädigt zu haben, und um einem Prozess auszuweichen, erklärt er sich bereit, Odermatt seine sämtlichen toten und lebenden Fuchse zum Preise von 20,000 Fr. abzukaufen, zahlbar 10,000 Fr. am 17. Dezember 1928, 5000 Fr. am 1. Juli 1929 und 5000 Fr. am 15. Dezember 1929. Die Kaufsumme ist von heute an mit 6 % zu verzinsen. Die Abmachung hat nur Gültigkeit, wenn Rüedi die Zahlungstermine pünktlich einhält. Werden die Termine von Rüedi nicht eingehalten, so steht es Odermatt frei, vom Vertrage insofern zurückzutreten, dass er von Rüedi den ganzen erlittenen Schaden, der bedeutend höher kommt, als obige Summe, einverlangen kann.

c)

d) »

Kurz vor dem 17. Dezember 1928 schied Jakob Rüedi freiwillig aus dem Leben. Sein Nachlass wurde von seinen Erben ausgeschlagen, und am 24. Dezember 1928 eröffnete der Gerichtspräsident die konkursamtliche Nachlassliquidation. Odermatt machte darauf eine Eigentumsansprache an fünf von den im Konkursinventar enthaltenen Fuchsen geltend. Die Identität der herausverlangten Tiere mit denen, welche seinerzeit durch Odermatt übergeben worden waren, wird durch das von Prof. Zwicky

in Zürich geführte Zuchtbuch der Silberfuchse in der Schweiz und seine Aufzeichnungen ausgewiesen.

B. — Am 8. April 1929 hat Johann Rüedi als Kollokationsgläubiger gegen Odermatt Klage über folgende Rechtsfrage erhoben :

« Ist nicht gerichtlich zu erkennen, es sei die im Konkurse der Nachlassliquidation J. Rüedi unter Ziff. 21/20 in V. Klasse zugelassene Forderung des Beklagten quantitativ herabzusetzen und mit nicht mehr als 20,000 Fr. zuzulassen und zu kollozieren ? »

C. — Am 8. Juni 1929 hat J. Odermatt gegen die Liquidationsmasse des Jakob Rüedi Klage über die Streitfrage eingeleitet :

« Ist gerichtlich zu erkennen, es habe die Beklagte unter Anerkennung des klägerischen Eigentums dem Kläger die Inventarstücke des Konkursinventars Jakob Rüedi Nr. 21, 15, 18, 17 und 16 (5 Silberfuchse) herauszugeben ? »

Dieser Anspruch ist durch die Konkursverwaltung und die zweite Gläubigerversammlung anerkannt worden. Johann Rüedi in Gächlingen verlangte jedoch innert der gesetzlichen Frist Abtretung der Rechte der Masse gegen Odermatt.

D. — Das Bezirksgericht Küsnacht, das beide Prozesse gleichzeitig beurteilt hat, hat am 22. November 1929 die Kollokationsklage des Johann Rüedi abgewiesen, die Eigentumsklage des Odermatt dagegen geschützt.

E. — Eine gegen den Entscheid im Kollokationsprozess eingereichte Berufung an das Kantonsgericht ist durch Johann Rüedi zurückgezogen worden.

F. — Die Berufung Johann Rüedi's gegen das Urteil des Bezirksgerichtes über die Eigentumsansprache hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz am 23. Januar 1930 abgewiesen und damit die Eigentumsansprache ebenfalls gutgeheissen.

G. — Gegen dieses Erkenntnis hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den

Antrag gestellt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.

H. —

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Haupturteil.)

2. — (Passivlegitimation.)

3. — Die Vorinstanz hat die Appellation abgewiesen und die Aussonderungsklage geschützt, weil über die entscheidende Frage, ob der Vertrag zwischen Jakob Rüedi und dem Kläger vom 7. November 1928 noch zu Recht bestehe, und ob infolgedessen Rüedi und nach ihm die Masse Eigentümer der Füchse geworden seien, im Urteil des Bezirksgerichtes Küssnacht über die Kollokationsklage Johann Rüedi's im verneinenden Sinne erkannt worden sei, und weil dieses Urteil durch Rückzug der dagegen gerichteten Berufung gemäss § 162 der Zivilprozessordnung des Kantons Schwyz auch für den vorliegenden Fall rechtskräftig geworden sei.

Die Frage, ob ein rechtskräftiges Urteil einer neuen Entscheidung entgegenstehe, ist nicht ausschliesslich nach kantonalem Recht zu beurteilen. § 162 der Zivilprozessordnung im Kanton Schwyz, der sich fast wörtlich an § 104 der ZPO des Kantons Zürich anlehnt, stellt wohl die Voraussetzungen der Rechtskraft auf und ordnet ihre Wirkungen, aber er gibt keine Entscheidung darüber und kann keine geben, ob im einzelnen Fall, wenn es sich um materielle, bundesrechtliche Ansprüche handelt, die Voraussetzungen der Rechtskraft erfüllt sind oder nicht, denn darüber bestimmt das materielle, eidgenössische Recht. Das Bundesgericht hat schon in seinem Urteil i. S. Amberg gegen Amberg vom 4. Juni 1887 (BGE 13 S. 239 Erw. 2) gefunden, dass über die Einrede der abgeurteilten Sache unter Umständen nach Bundesrecht zu erkennen sei. In seinem Urteil i. S. Bruhin gegen Bruhin vom 26. Juni 1891 hat es die Vorfrage, ob der Streitgegenstand derselbe sei, ob also eine Voraussetzung der Rechtskraft erfüllt sei,

nach eidgenössischem Recht entschieden, weil in beiden Prozessen Ansprüche des Bundesrechtes streitig waren (BGE 17 S. 327 ff.). Im Urteil i. S. Knörr gegen Kreditanstalt in Luzern vom 17. Oktober 1890 endlich (BGE 16 S. 768) hat das Bundesgericht ausgeführt : « Der Vertreter der Klägerinnen hat heute behauptet, dem auf das eidgenössische Obligationenrecht gestützten Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung könne überhaupt die auf kantonales Prozessrecht sich gründende Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegen gehalten werden. Diese Behauptung ist offenbar unbegründet. Es ist ja klar, dass das Obligationenrecht den Grundsätzen über die Rechtskraft richterlicher Urteile in keiner Weise derogiert, diese Grundsätze vielmehr für obligationenrechtliche, wie für andere Ansprüche nach wie vor gelten. Dass sodann die Voraussetzungen der Einrede der abgeurteilten Sache im vorliegenden Fall gegeben sind, unterliegt keinem Zweifel. Es ist in dieser Beziehung nicht ausschliesslich kantonales Recht anwendbar, denn einmal stützt sich in casu die Einrede der abgeurteilten Sache auf ein Urteil des Bundesgerichtes, dem doch Rechtskraft kraft Bundesgesetzes zukommt, sodann greift da, wo bundesrechtliche Ansprüche in Frage stehen, für Beurteilung der Voraussetzungen der exceptio rei iudicatae eidgenössisches Recht überhaupt insofern ein, als es sich um die Frage der Identität der Sache und, damit zusammenhängend, der Personen handelt. Denn für die Frage der Identität der Sache kommt ja die rechtliche Natur der erhobenen Ansprüche, welche eben bei obligationenrechtlichen Ansprüchen nach Bundesrecht sich richtet, in Betracht, und ist somit eidgenössisches Recht anwendbar.»

Da im vorliegenden Fall sowohl die Kollokationsklage Rüedi's, als der Eigentumsanspruch des Klägers dem eidgenössischen Recht unterliegen und da die Identität der beiden Ansprüche und damit eine Voraussetzung der Rechtskraft streitig ist, muss in Anlehnung an die erwähnten Entscheidungen eidgenössisches Recht auf die Frage

der Rechtskraft des Kollokationsurteils angewendet werden. Darnach genügt es aber nicht, dass die Rechtsfrage, von der die Lösung abhängt, dieselbe sei, um mit dem Kantonsgericht Identität der Sache in beiden Prozessen anzunehmen. Es ist ausserdem notwendig, dass auch die Sache selbst dieselbe, dass über dasselbe Rechtsbegehren schon geurteilt worden ist. Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein, und eine Identität in diesem Sinne nimmt auch das Kantonsgericht nicht an. Die Klage Rüedi's war auf Herabsetzung der kollozierten Schadenersatzforderung Odermatts für die umgestandenen Füchse gerichtet gewesen; die heute streitige Klage Odermatts geht auf Aussonderung des Eigentums an den noch lebenden Tieren.

Die weitere Frage, ob entgegen der Annahme der Vorinstanz wegen der blossen Abtretung im Sinne des Art. 260 SchKG nicht auch die Parteien verschieden seien, m. a. W., ob ein Abtretungsgläubiger als Rechtsnachfolger der Masse anzusehen ist und aus eigenem Recht klagt oder bestreitet, kann dahingestellt bleiben, nachdem feststeht, dass es schon an der Übereinstimmung der Sache in beiden Prozessen fehlt.

Das angefochtene Urteil widerspricht nach dem Gesagten den Grundsätzen, die das Bundesgericht über die Einrede der abgeurteilten Sache aufgestellt hat. Das Kantonsgericht hätte die Einrede nicht schützen, sondern als Appellationsinstanz auf die materielle Behandlung der Aussonderungsklage eintreten sollen. Wenn dieselbe Rechtsfrage bloss in den Motiven eines frühern Urteils behandelt worden ist, steht dieses einer neuen und selbständigen Beurteilung nicht entgegen (vgl. BGE 30 II S. 176; 41 II S. 383 und 53 II S. 487). Auf diesem Standpunkt steht übrigens auch der § 162 der ZPO im Kanton Schwyz, dessen richtige Anwendung jedoch nicht nachzuprüfen ist, wenn er bestimmt, dass die frühern Feststellungen nur dann rechtskräftig seien, wenn sie im Dispositiv enthalten seien.

4. — Da der Tatbestand jedoch abgeklärt und die Sache liquid ist, empfiehlt es sich, sie nicht zu neuer, materieller Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, sondern durch das Bundesgericht zu entscheiden.

Es ist nicht bestritten, dass die vindizierten Tiere dem Jakob Rüedi Ende Dezember 1927 durch den Kläger in Pension gegeben wurden, und dass der Rechtstitel des Besitzes Rüedi's sich bis zu der Abmachung vom 7. November 1928 nicht geändert hat. Durch diese Abmachung sollten die noch vorhandenen Tiere dem Jakob Rüedi verkauft werden. Er sollte also vom blossen Besitzer zum Eigentümer werden. Allein die Abmachung ist nicht ausgeführt worden. Durch den Vertragsschluss ging nämlich das Eigentum nicht ohne weiteres auf dem Wege einer *brevi manu traditio* auf den Käufer über, sondern sie sollte erst später erfolgen. Das ergibt sich einmal äusserlich aus dem Wortlaut der Vereinbarung, wonach Rüedi nicht kaufte, sondern sich zu kaufen bereit erklärte. Vor allen Dingen sollte die Abmachung überhaupt erst Gültigkeit erlangen, wenn Rüedi die festgesetzten Zahlungstermine genau beobachtete.

In dieser Bestimmung liegt nach dem klar ausgedrückten Parteiwillen die Aufstellung einer aufschiebenden Bedingung. Die Abmachung vom 7. November 1928 sollte für den Kläger erst verbindlich werden, wenn Jakob Rüedi pünktlich bezahlte, und zwar sollte bis dahin nicht etwa nur das Recht auf den vollen Schadenersatz gewahrt, sondern auch der Eigentumsübergang aufgeschoben werden, denn der volle Schadenersatz hatte nicht die Gegenleistung für den Kauf der noch vorhandenen Tiere zu bilden, und wenn der Preis von 20,000 Fr. nicht an die Stelle der höhern Schadenersatzforderung zu treten hatte, hatte auch das Eigentum an den verbliebenen Füchsen nicht überzugehen. Ob die aufschiebende Bedingung erst mit Bezahlung der vierten und letzten Rate als erfüllt zu gelten hatte, oder schon bei der ersten Zahlung, kann dahingestellt werden, weil Jakob Rüedi schon die erste

Zahlung unterlassen hatte. Die Bedingung, dass pünktlich bezahlt werde, ist also nicht erfüllt worden, der Kauf ist nicht gültig geworden und das Eigentum nicht übergegangen.

Eine auflösende Bedingung kann angesichts des klaren Wortlautes der Abmachung nicht angenommen werden, abgesehen davon, dass die Vermutung für eine Suspensivbedingung spricht (THILO, Pactum reservati dominii et vente à tempérament p. 98). Das Gesetz selbst (OR Art. 153) erwähnt übrigens den Fall, wo die Sache vor Eintritt der Bedingung übergeben worden ist, in dem Abschnitt (Lit. B) über die aufschiebende Bedingung. Endlich ist auch die Erwägung nicht stichhaltig, dass, wer die endgültige Wirksamkeit des Geschäftes nicht für wahrscheinlich genug gehalten hat, um es bloss auflösend zu bedingen, die Sache dem Vertragsgegner nicht anvertraut hätte (STIEFEL, Über den Begriff der Bedingung S. 83), denn diese Erwägung mag zutreffen, wenn die Sache bei Vertragsschluss übergeben worden ist, nicht aber dann, wenn sie sich wie im vorliegenden Fall kraft eines besondern Rechtsverhältnisses schon lange vorher beim Käufer befand.

Schliesslich kann in der Vertragsbestimmung auch nicht statt einer Bedingung die blosse Gewährung eines Rücktrittsrechtes im Sinne des Art. 214³ OR erblickt werden, die bewirkt hätte, dass der Vertrag nicht schon bei Eintritt der Voraussetzung dahingefallen wäre, sondern erst bei Ausübung des Gestaltungsrechtes. Durch den Rücktritt wird nur das Schuldverhältnis aufgehoben, welches den Grund des Eigentumsüberganges bildet (von TUHR, OR II S. 551), nicht dieser selbst, und die Rückforderung des Geleisteten ist ein obligatorischer Anspruch. Dieser Weg war durch den Kläger im vorliegenden Fall offenbar nicht gewollt; er wollte vielmehr gesichert sein und das Eigentum vorher überhaupt nicht übertragen.

Aus demselben Grund ist Art. 212 SchKG nicht anwendbar. Er betrifft das Rücktrittsrecht, wo das Eigentum

schon übertragen worden ist (JÆGER, Kommentar Note 5 zu Art. 212 SchKG), nicht die aufschiebende Bedingung, bei der das Eigentum trotz Besitzes des Käufers noch nicht übertragen worden ist.

Das angefochtene Urteil ist also in seinem Ergebnis, aber im Wesentlichen mit der Begründung der ersten Instanz zu bestätigen.

V. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

35. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. April 1930 i. S. Société des Avions Hanriot gegen Hellenische Republik.

Arrestaufhebungsprozesse (Art. 279 SchKG) stellen keine zivilrechtlichen Streitigkeiten im Sinne von Art. 56 OG dar.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat durch Urteil vom 20. September 1929 einen von der Beklagten gegen die Klägerin erwirkten Arrest aufgehoben. Gegen dieses Urteil legte die Beklagte beim Bundesgericht die Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde und der zivilrechtlichen Berufung ein. Die staatsrechtliche Beschwerde ist durch Urteil der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom 28. März 1930 abgewiesen worden. Mit der Berufung beantragt die Beklagte, das angefochtene Urteil sei, weil die Klägerin nicht das Fehlen eines Arrestgrundes geltend gemacht habe, aufzuheben.

Das Bundesgericht hat in Erwägung:

dass die Berufung gemäss Art. 56 OG nur zulässig ist in Zivilstreitigkeiten,

dass im Arrestaufhebungsprozess über die Zulässigkeit des ausgewirkten Arrestes zu entscheiden ist,