

verwendet. Im Gegenteil erfordert es das Wesen der Verweisung regelmässig, dass der Rechtssatz, auf den verwiesen wird, in gleicher Weise auf die Verhältnisse angewendet werde, die durch blosser Verweisung geordnet werden sollen, wie auf die direkt geordneten Verhältnisse. Etwas anderes liesse sich gerade auch auf den Baumschulbetrieb schlechterdings nicht praktisch anwenden. Würde die Grundpfandbelastung auch die Schulpflanzen miteinschliessen, so könnte der Baumschulgärtner damit nicht in normaler Weise Handel treiben (zumal da der Ersatz durch jüngere Pflanzen, übrigens auch bei planmässiger Bewirtschaftung, geraume Zeit auf sich warten lassen kann). Ja wenn die Baumschule aus verschiedenen, nicht gleichmässig verpfändeten Parzellen besteht, die alle dem Baumschulgärtner gehören, so wäre er nicht einmal mehr berechtigt, die notwendige periodische Verpflanzung (« Verschulung ») auf eine andere Parzelle seines sonst einheitlichen Betriebsgrundstückes vorzunehmen. Dass es dem Baumschulgärtner infolgedessen verunmöglicht ist, den Hypothekarkredit über den Bodenwert hinaus in Anspruch zu nehmen, darf nicht verwundern, weil die Schulpflanzen ihrer Natur nach nichts anderes sind als ein Warenlager aus Rohstoffen, Halbfabrikaten und Fertigfabrikaten, das zwar in Grund und Boden gelagert und gepflegt werden muss, jedoch zu gegebener Zeit ohne übermässige Schwierigkeiten an einen andern Ort hin verbracht werden kann, gleichgültig, ob der Baumschulgärtner selbst Bodeneigentümer sei oder nicht.

Auf die zum Teil abweichenden Parteivereinbarungen kommt nichts an, weil bezüglich des Inhaltes der dinglichen Rechte wegen deren absoluter Wirkung nicht die Vertragsfreiheit gilt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 3. Oktober 1935 bestätigt.

27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Mai 1936
i. S. Gygax gegen Prina.

Bauhandwerkerpfandrecht, Art. 841 ZGB: Wird gegen mehrere vorgehende Pfandgläubiger eine gemeinschaftliche Klage auf Ersatz des Ausfalles aus ihrem Verwertungsanteil erhoben, so darf der Prozess nicht gegenüber den vorgehenden Pfandgläubigern hinteren Ranges sistiert und gegenüber den vorgehenden Pfandgläubigern besseren Ranges vorab erledigt werden.

Der Beklagte verkaufte der Genossenschaft Saghi am 16. August 1933 eine Liegenschaft in Dulliken, auf welcher jene mit Erlaubnis des Beklagten schon während der längere Zeit dauernden Kaufsverhandlungen eine Sägerei und Schreinerei zu bauen begonnen hatte, wobei auch der Kläger mitwirkte. An den Kaufspreis von 27,417 Fr. 50 Cts. wurden nur 1000 Fr. angezahlt und der Rest durch Grundpfandverschreibung versichert.

In dem schon am 11. September gleichen Jahres über die Genossenschaft Saghi eröffneten Konkurs wurden folgende auf der erwähnten Liegenschaft lastende Grundpfandrechte angemeldet: Im ersten Rang die Grundpfandverschreibung des Beklagten vom 16. August 1933 mit 26,417 Fr. 50 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Juli 1933, im zweiten Rang ein Inhaberschuldbrief vom 23. August 1933 im Betrage von 15,000 Fr. für Faustpfandforderungen der Schweizerischen Volksbank von 10,048 Fr. 25 Cts. und des S. Meier von 5000 Fr.; in den folgenden Rängen Bauhandwerkerpfandrechte des Klägers von 25,365 Fr. 20 Cts., wovon zugelassen sind 18,422 Fr. 15 Cts.; des H. Häfliger, Schlossers und Installateurs, für 754 Fr. 75 Cts.; des Elektrizitätswerkes Olten-Aarberg für 4160 Fr. 60 Cts., wovon zugelassen 3773 Fr. 80 Cts.; des A. Zeindler, Spenglers, für 689 Fr. 90 Cts.

In dem am 17. Februar 1934 aufgelegten Kollokationsplan bzw. Lastenverzeichnis wies die Konkursverwaltung die von der Schweizerischen Volksbank und S. Meier

angemeldeten Pfandrechte als anfechtbar zustande gekommen ab. Die daraufhin von diesen Gläubigern erhobenen Klagen auf Abänderung des Kollokationsplanes wurden durch — infolge Rückzuges der Appellationen Ende 1934 rechtskräftig gewordene — Urteile des Amtsgerichts Olten-Gösgen vom 12. Juli 1934 im Betrage von 5785 Fr. 30 Cts. zugesprochen.

Inzwischen war die belastete Liegenschaft am 2. Juli 1934 versteigert und für 50,050 Fr. dem Beklagten zugeschlagen worden.

Am 8. Oktober 1934 erhob der Kläger gegen den Beklagten, die Schweizerische Volksbank und S. Meier eine auf Art. 841 ZGB gestützte « mündliche Klage », jedoch dann am 16. November 1934 eine schriftliche Klage auf Bezahlung von (damals) 13,392 Fr. 50 Cts. nur noch gegen den Beklagten mit dem Beifügen: « Ich verweise auf die Verhandlungen anlässlich des Sühnevorstandes und ersuche Sie, den Prozess Prina (d. i. der Kläger) ca. Schweizerische Volksbank und ca. S. Meier sistieren zu wollen. Fürsprech Hagmann (d. i. der Vertreter des Beklagten, der Schweizerischen Volksbank und des S. Meier) war seinerzeit mit der Sistierung einverstanden. Der Prozess Prina/Gygax wird auch für die beiden hier erwähnten Prozesse die nötige Entscheidung bringen ». Darauf erklärte sich Fürsprech Hagmann damit einverstanden, dass diese beiden Prozeduren bis auf weiteres sistiert werden. Bei dieser Sistierung blieb es auch, als Fürsprech Hagmann am 12. Juni 1935 an das Richteramt Olten-Gösgen schrieb: « In Sachen Prina gegen S. Meier und gegen die Schweizerische Volksbank... ist seinerzeit das Verfahren sistiert worden mit Rücksicht auf die damals unerledigten Kollokationsstreitigkeiten zwischen der Konkursmasse Saghi und der Schweizerischen Volksbank und S. Meier. Nachdem diese Kollokationsprozesse rechtskräftig entschieden sind, stelle ich das Gesuch, Sie möchten das Verfahren im Zivilprozess Prina gegen die Schweizerische Volksbank und S. Meier fortsetzen ».

Laut Verteilungsliste vom 8. Juni 1935 erhalten vom Steigerungserlös das Konkursamt 300 Fr., der Beklagte 28,497 Fr. 65 Cts., S. Meier für sich und als Zessionar der Schweizerischen Volksbank 5942 Fr. 20 Cts., während der Kläger einen Pfandausfall von 5783 Fr. 35 Cts. erleidet. Vom Betreffnis des Beklagten blieben 8497 Fr. 64 Cts., und ebenso das Betreffnis Meiers bei der Depositenanstalt deponiert, « da zwischen dem Baupfandgläubiger Prina und Gygax und S. Meier ein Prozess hängig ist im Sinne von Art. 117 VZG und Art. 841 ZGB ».

Das Amtsgericht Olten-Gösgen verurteilte am 5. Juli 1935 den Beklagten, dem Kläger 5783 Fr. 35 Cts. nebst 5 % Zins seit 2. Juli 1934 zu bezahlen. Hiegegen appellierte der Beklagte und stellte neuerdings das Gesuch, dieses Prozessverfahren sei zu sistieren bis zur rechtskräftigen Erledigung der beim Amtsgericht hängigen Klage des Klägers gegen die Schweizerische Volksbank und S. Meier. Dem widersetzte sich der Kläger u. a. aus dem Grunde: « Das Prozessverfahren des Klägers Prina gegen Volksbank und S. Meier ist nicht wegen der Kollokationsprozesse im Falle Saghi sistiert worden. Zwischen Prina und Volksbank etc. besteht bezüglich der Sistierung eine Vereinbarung. Diese Vereinbarung kann vom Beklagten Gygax doch nicht über den Haufen geworfen werden ». Das Obergericht des Kantons Solothurn hat am 4. Dezember 1935 das Sistierungsgesuch abgewiesen und am 10. Januar 1936 sodann gleich wie die erste Instanz geurteilt.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Anträgen auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Kommen die Forderungen der Handwerker und Unternehmer bei der Pfandverwertung zu Verlust, so ist gemäss Art. 841 ZGB der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, sofern das Grundstück durch ihre

Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist. Von dieser Vorschrift hat der Kläger dadurch Gebrauch machen wollen, dass er gegen alle drei vorgehenden Pfandgläubiger Klage auf Ersatz seines Pfandausfalles erhob. Indessen stand damals noch nicht endgültig fest, ob die Schweizerische Volksbank und Meier wirklich als vorgehende Pfandgläubiger einen Anteil aus der Pfandverwertung erhalten, weshalb sich die Sistierung des Verfahrens gegen sie aufdrängte, umso mehr, als für den Kläger überhaupt keine Veranlassung bestanden hatte, die Klage zu erheben, bevor die Verteilungsliste rechtskräftig wurde und daraufhin gemäss Art. 117, 132 VZG den Bauhandwerkern eine zehntägige Klagefrist angesetzt werden musste (BGE 49 III 173 ff.), und überhaupt erwünscht ist, dass sämtliche Bauhandwerker gleichzeitig nach der Auflegung der Verteilungsliste klagen, damit ihre Prozesse in Verbindung miteinander so ökonomisch wie möglich behandelt werden können. Indessen war es verfehlt, nicht auch das Verfahren gegen den Beklagten Gygax zu sistieren, solange der angeführte Sistierungsgrund bestand, und ebenso verfehlt, die Sistierung des Verfahrens gegen die andern Beklagten weiter dauern zu lassen, als jener Grund dahingefallen war.

Art. 841 ZGB gewährt den Bauhandwerkern die Ersatzklage unter bestimmten allgemeinen objektiven und besonderen subjektiven Erfordernissen schlechthin gegen « die » vorgehenden Pfandgläubiger. Dass diese den Bauhandwerkern nicht einfach nebeneinander, sondern nur in umgekehrter Reihenfolge ihres Ranges für ihren Ausfall haften, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Freilich würde durch eine solche Regelung der Rangordnung der Grundpfandrechte am besten Rechnung getragen. Gegen sie spräche jedoch, dass es ungerechtfertigte Härte gegenüber dem Bauhandwerker bedeuten würde, wenn er zunächst alle Pfandgläubiger in der umgekehrten Reihenfolge ihres Ranges ausklagen müsste, auch soweit er von

vorneherein in den Erfolg der Klage zu zweifeln allen Anlass hat. Schliesslich liesse sich ja das gewünschte Ergebnis im wesentlichen auch dadurch erzielen, dass angenommen würde, das Recht des Bauhandwerkers, der einen vorgehenden Pfandgläubiger bessern Ranges in Anspruch genommen hat, auf Inanspruchnahme der vorgehenden Pfandgläubiger schlechteren Ranges gehe im Umfange der geleisteten Zahlung von Gesetz wegen auf den vorgehenden Pfandgläubiger besseren Ranges über. Indessen kann dies alles dahingestellt bleiben. Praktisch bleibt nämlich den Bauhandwerkern kaum etwas anderes übrig, als die Ersatzklage gleichzeitig gegen sämtliche vorgehende Pfandgläubiger zu erheben, welche einen den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil erhalten haben. Art. 117 (132) VZG sieht nämlich vor: « Kommen bei der Verteilung (d. h. laut der Verteilungsliste) Pfandforderungen von Bauhandwerkern zu Verlust, so setzt das Betreibungsamt (die Konkursverwaltung) den letztern eine Frist von 10 Tagen an, um beim Gericht des Betreibungsortes einen allfälligen Anspruch auf Deckung aus dem den vorgehenden Pfandgläubigern zufallenden Verwertungsanteil einzuklagen. Wird der Prozess innerhalb dieser Frist anhängig gemacht, so bleibt die Verteilung hinsichtlich des streitigen Anteiles bis zu gütlicher oder rechtlicher Erledigung des Prozesses aufgeschoben. Wenn und soweit die Klage gutgeheissen wird, hat das Betreibungsamt (Konkursverwaltung) den Baupfandgläubigern die ihnen auf Grund des Urteiles zukommenden Betreffnisse aus dem Verwertungsanteil des vorgehenden unterlegenen Pfandgläubigers zuzuweisen. Wird der Prozess nicht innert der angesetzten Frist anhängig gemacht, so schreitet das Betreibungsamt ohne Rücksicht auf die Ansprüche der zu Verlust gekommenen Bauhandwerker zur Verteilung ». Durch Benützung der Klagefrist (oder auch durch frühere Klagerhebung; BGE 49 III 178 Erw. 3) kann also der Bauhandwerker die Sperrung der Verwertungsanteile der vorgehenden Pfandgläubiger zu seinen

Gunsten verlangen, während er durch Verstreichenlassen der Klagefrist zwar die Ersatzklage nicht verliert (BGE 53 II 471), dagegen deren Einbringlichkeit aufs Spiel setzt, nämlich von der immer ungewissen künftigen Zahlungsfähigkeit der Pfandgläubiger abhängig werden lässt. Der Bauhandwerker wird es nicht darauf ankommen lassen dürfen, die Ersatzklage rechtzeitig nur gegen einen vorgehenden Pfandgläubiger bessern Ranges zu erheben und sich dadurch der Einrede des derart Belangten auszusetzen, er habe dadurch den von Gesetzes wegen auf diesen übergehenden Ersatzanspruch gegen die andern vorgehenden Pfandgläubiger schlechtern Ranges entwertet und dafür verrechnungsweise aufzukommen. Die danach praktisch fast unerlässliche gleichzeitige Klagerhebung gegen sämtliche vorgehenden Pfandgläubiger, welche einen den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil erhalten haben, wird übrigens durch Art. 117 VZG erleichtert und gefördert, indem er alle diese Pfandgläubiger dem einheitlichen Gerichtsstand des Betreibungsortes unterwirft, d. h. dem Orte der gelegenen Sache, der somit auch im Konkurs massgebend ist (also nicht etwa der Konkursort).

Im vorliegenden Falle hat nun der Kläger gegen sämtliche vorgehenden Pfandgläubiger mündliche Klage erhoben, ist er also selbst davon ausgegangen, dass die subjektiven Erfordernisse der Ersatzpflicht auch bei der Schweizerischen Volksbank und S. Meier gegeben seien. Damit war die Voraussetzung für eine umfassende Beurteilung des gesamten Fragenkomplexes in einem und demselben Prozess gegeben. Bei dieser Sachlage war es nach dem Ausgeführten dem kantonalen Gerichte nicht erlaubt, diese umfassende Beurteilung durch prozessleitende Massnahmen zu verunmöglichen. Waren der Kläger und die Beklagten Schweizerische Volksbank und S. Meier (aus guten Gründen) miteinander über eine Sistierung einig, so blieb dem Prozessgericht von Bundesrechts wegen nichts anderes übrig, als entweder mit Rücksicht auf die gegen

Gygax, den vorgehenden Pfandgläubiger bessern Ranges, erhobene Klage sich über diesen Vertrag prozessrechtlichen Inhalts hinwegzusetzen (was jedoch kaum zureichend gerechtfertigt gewesen wäre), oder von Amtes wegen die Sistierung auch auf die gegen Gygax gerichtete Klage auszudehnen. Sobald dann die Kollokationsklagen der Schweizerischen Volksbank und des Meier gegen die Konkursmasse rechtskräftig beurteilt waren und infolgedessen die Eigenschaft dieser beiden Beklagten als vorgehender Pfandgläubiger feststund (oder jedenfalls nach erfolgter Auflage der Verteilungsliste), bestand kein zureichender Grund mehr zu weiterer Sistierung. Insbesondere musste dem Kläger verwehrt werden, seine gegen die Volksbank und Meier erhobene Klage einfach aus dem Grunde weiter sistieren zu lassen, weil es ihm leichter schien, die subjektiven Erfordernisse der Ersatzpflicht bloss gegenüber dem Beklagten Gygax nachweisen zu müssen. Und darauf, dass es diesen beiden Beklagten angenehmer sein mochte (vorderhand) nicht behelligt zu werden, kann natürlich überhaupt nichts ankommen. Mit der weitem Sistierung wurde auch der Prozessökonomie ein schlechter Dienst geleistet, indem die Erledigung des ganzen Fragenkomplexes in einen einzigen Prozess verunmöglicht und ein zweiter Prozess (des vorgehenden Pfandgläubigers bessern Ranges gegen die vorgehenden Pfandgläubiger schlechtern Ranges auf Grund des angedeuteten gesetzlichen Rechtsüberganges) heraufbeschworen wurde. Die berechtigten Interessen des vorgehenden Pfandgläubigers bessern Ranges dürfen nicht auf diese Weise den Launen des klagenden Bauhandwerkers geopfert werden. Entweder erhebt dieser Klage ausschliesslich gegen einen vorgehenden Pfandgläubiger bessern Ranges und setzt sich damit den erwähnten Einreden aus, die seine Prozessführung erschweren. Oder aber er glaubt seinen Vorteil darin zu finden, dass er gegen sämtliche vorgehenden Pfandgläubiger gemeinsam Klage erhebt; dann soll er auch den Nachteil auf sich nehmen müssen, den Prozess gegen sie alle durchzuführen. Dage-

gen kann ihm nicht zugestanden werden, sich alle Vorteile der Erhebung der gemeinsamen Klage, insbesondere die Sperre des den Bodenwert übersteigenden Verwertungsanteiles jedes vorgehenden Pfandgläubigers (bis zur Höhe der Klagesumme) zu sichern, jedoch den Prozessweg doch eigentlich nur gegenüber demjenigen vorgehenden Pfandgläubiger bessern Ranges zu beschreiten, bei welchem er auf den geringsten Widerstand zu stossen hofft, und die verbleibende schwierigere Prozessführung gegen vorgehende Pfandgläubiger schlechteren Ranges einfach diesem zu überlassen. Daher durfte die Vorinstanz nicht von der gegen alle vorgehenden Pfandgläubiger gemeinsam erhobenen Klage zunächst ausschliesslich die gegen den vorgehenden Pfandgläubiger bessern Ranges gerichtete beurteilen. Vielmehr mussten, nachdem einmal diese gemeinsame Klage erhoben worden war, mindestens die objektiven Erfordernisse, welche gegenüber allen Beklagten die gleichen sind, auch gegenüber allen Beklagten gemeinsam erörtert werden, und wenn das gleiche nicht auch bezüglich der subjektiven Erfordernisse tunlich erschien, so durfte allfällig nur in umgekehrter Weise zur Teilung und Sistierung des Verfahrens geschritten werden. In der Tat kann ein solches Vorgehen unter Umständen geeignet sein, zur Vereinfachung der Prozessführung beizutragen, weil der Prozess durch die Gutheissung der Klage gegenüber einem vorgehenden Pfandgläubiger hintern Ranges endgültig erledigt würde. Unzulässig ist es dagegen, aus einer gemeinsamen Ersatzklage gegen mehrere vorgehende Pfandgläubiger die gegen denjenigen bessern Ranges erhobene herauszugreifen und vorab zu beurteilen. Die daherige Sistierungsverfügung der Vorinstanz unterliegt gemäss Art. 58 Abs. 2 OG der Berufung mit der Hauptsache. Somit ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über die Klage gegen die Volksbank und Meier mindestens gleichzeitig mit oder allfällig vor der Klage gegen Gyax entscheide. Die Gutheissung der Klage gegen Gyax kommt alsdann nur in Betracht, wenn und insoweit

die Klage gegen die Volksbank und Meier abgewiesen wird. Insofern es nach der kantonalen Prozessordnung (noch) zulässig ist, wird sich der Beklagte Gyax dem Kläger als Nebenintervenient anschliessen oder wird der Kläger dem Beklagten den Streit (soweit er gegen die Volksbank und Meier geht) verkünden können.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 10. Januar 1936 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

III. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Februar 1936

i. S. Ed. Schweiger-Hauser gegen Schweiz. Tabakverband.

Preisbindungsvertrag zwischen einem Kartell und einem Aussenseiter :

Preiskartell in der Form des Vereins; Nichterlangung der juristischen Persönlichkeit wegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit des Zweckes (ZGB Art. 52 Abs. 3) ? In casu Kartellzweck erlaubt, da keine Ausbeutung der Kundschaft beabsichtigt. (Erw. 3.)

Unzulässigkeit der zur Erreichung eines erlaubten Zwecks verwendeten Mittel: Vertragliche Bindung des Aussenseiters und Überwachung desselben ? Überwachung zulässig erklärt; ebenso vertragliche Bindung, da keine übermässige Beschränkung der Persönlichkeit (OR Art. 20, 41, 49; ZGB Art. 27, 28). (Erw. 4.)

Unverbindlichkeit, wegen Drohung, des Vertrages, der unter dem Druck des Boykotts zustande gekommen ist ? Verneint, zufolge rechtlicher Erlaubtheit des in Frage stehenden Boykotts. Grundsätze über die Zulässigkeit des Boykotts. (OR Art. 29, 30, 41). (Erw. 5.)