

**54. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom
12. Oktober 1937 i. S. Nidwaldner Kantonalbank gegen Zemp.**

Abtretung von Schuldbriefen.

Vor Ausstellung des Titels ist eine Abtretung nicht möglich, Art. 868 ff. ZGB. Gültig ist dagegen der der Abtretung zugrunde liegende suspensiv bedingte Kaufvertrag.

Unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung nach Art. 119 OR, wenn die Titel ohne Verschulden des Verkäufers nicht ausgestellt werden können.

Bereicherungsanspruch des Käufers für den bereits bezahlten Kaufpreis. Verjährung desselben innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens, Art. 67 OR. Begriff der Kenntnis.

A. — Am 9. Juni 1932 trat der Beklagte, Gültenhändler Zemp, der Klägerin 9 Schuldbriefe ab im Totalbetrag von Fr. 32,000.—, lastend auf der Liegenschaft Oberstalden des Friedrich Schwegler in Gettnau. Von diesen 9 Schuldbriefen waren 6 im Totalbetrag von Fr. 20,000.— im Zeitpunkt dieser Abtretung noch nicht ausgestellt. Das Begehren auf Errichtung dieser 6 Schuldbriefe war am 16. Mai 1932 bei der Gemeinderatskanzlei Gettnau von Friedrich Schwegler gestellt und am 28. Mai 1932 ins Tagebuch der Gemeinde Gettnau eingetragen worden. Friedrich Schwegler trat diese noch nicht errichteten Schuldbriefe einem gewissen Lang ab, der sie dem heutigen Beklagten verkaufte, worauf dieser sie, wie bemerkt, am 9. Juni 1932 gegen Bezahlung des Gegenwertes der Klägerin abtrat. Sowohl die Klägerin wie der Beklagte orientierten gleichen Tages die Gemeinderatskanzlei Gettnau über die Titelabtretung; die Klägerin verband damit das Ersuchen, diese Titel nach ihrer Ausfertigung ihr zuzustellen.

B. — Die Ausstellung dieser Schuldbriefe durch die Gemeindkanzlei Gettnau blieb in der Folge aus. Die Klägerin reklamierte deswegen am 26. Januar 1933. Im Juni 1933 wurde über Friedrich Schwegler das bäuerliche

Sanierungsverfahren eingeleitet. Als die Klägerin hievon Kenntnis erhielt, wandte sie sich am 8. Juli 1933 an den Beklagten mit dem Ersuchen, er möge prüfen, ob die Titel noch als « sicher und unverlustig » betrachtet werden dürfen. In einem weitem Schreiben vom 11. Juli fragte die Klägerin den Beklagten an, ob er diese Schuldbriefe für die Bank wieder verkaufen könnte. Gleichzeitig fügte sie bei: « Die Hypothekarkanzlei Willisau hat uns die neuen Titel auf Oberstalden in Gettnau bis jetzt noch nicht abgeliefert. Wollen Sie gefl. nachsehen. » Am 14. Juli 1933 erhielt dann die Klägerin von der Gemeindkanzlei Gettnau « im Auftrage » des Beklagten den Bescheid, der inzwischen in seinem Amte eingestellte Gemeinderchreiber B. habe auf der Gemeindkanzlei « verworrene Zustände » hinterlassen, wodurch die Errichtung der Schuldbriefe von Fr. 20,000.— verhindert worden sei.

Hievon setzte die Klägerin den Beklagten am 20. Juli 1933 in Kenntnis und bemerkte: « Nachdem wir diese Titel immer noch nicht erhalten haben, müssen Sie uns dieselben zurücknehmen. » Der Gemeinderatskanzlei Gettnau gegenüber beharrte die Klägerin mit Schreiben vom 24. Juli 1933 auf Zustellung der 6 Schuldbriefe innert 8 Tagen. Auf eine neuerliche Reklamation der Klägerin antwortete die Kanzlei am 27. September 1933, dass mit Rücksicht auf das Sanierungsverfahren zugewartet worden sei. Die Klägerin teilte das am 28. September 1933 dem Beklagten mit und ersuchte ihn, sich « zuständigen Ortes über die Sache noch näher zu erkundigen ».

Am 12. Januar 1934 schrieb die Klägerin dem Beklagten: « Da uns die Titel bis jetzt nicht geliefert werden konnten, müssen wir von Ihnen die Rückerstattung des Gegenwertes verlangen. Wir ersuchen Sie daher, uns entweder die gekauften Titel zu liefern oder uns den Gegenwert nebst Zins bis zum Tage der Rückzahlung zu vergüten ».

Der Beklagte antwortete am 14. Januar 1934 der Klägerin, sie laufe kein Risiko, da sie im Tagebuch von

Gettnau eingetragen sei. Sie solle sich an die Regierung wenden, da er von sich aus nichts machen könne, nachdem die Titel s. Zt. auf den Namen der Klägerin abgetreten worden seien. Am folgenden Tage forderte die Klägerin vom Beklagten den Betrag von Fr. 20,000.— nebst laufendem Zins als Ersatz für die nicht gelieferten Schuldbriefe. Am 26. Januar 1934 hob die Klägerin für diesen Betrag Betreibung an; der Beklagte erhob jedoch Rechtsvorschlag.

C. — In der Zwischenzeit, am 9. Januar 1934, war über Schwegler der Konkurs eröffnet worden. Die Klägerin meldete vorsorglich eine Grundpfandversicherte Forderung von Fr. 20,000.— an, die jedoch in der V. Klasse kollektiert wurde, da keine entsprechenden Schuldbriefe bestanden.

In diesem Konkurs focht die Klägerin den Kollokationsplan an mit Bezug auf eine als pfandversichert zugelassene Forderung der Sparkasse Willisau von Fr. 11,840.50. Ihre Klage wurde von allen Instanzen, zuletzt vom Bundesgericht mit Urteil vom 24. Januar 1936, abgewiesen. In diesem Kollokationsprozess gegen die Sparkasse Willisau hat die Klägerin dem heutigen Beklagten unterm 8. Januar 1934 den Streit verkündet.

D. — Nach Beendigung dieses Kollokationsprozesses betrieb die Klägerin den Beklagten am 6. Februar 1936 neuerdings für den heute eingeklagten Betrag. Der Beklagte erhob wiederum Rechtsvorschlag, worauf die Klägerin unterm 9. September 1936 auf Bezahlung von Fr. 20,000.— nebst 4 ½ % Zins seit 9. Juni 1932 klagte.

E. — Das Amtsgericht Luzern-Stadt hiess die Klage gut, das Obergericht wies sie mit Urteil vom 28. April 1937 ab.

Gegen dieses Urteil erklärte die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht, mit dem Antrag, es sei dieses Urteil aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Bundesgericht heisst die Berufung gut und verurteilt den Beklagten zur Rückerstattung der Fr. 20,000.— nebst Zinsen.

Aus den Erwägungen :

2. — Soweit die Abtretung, bezw. Veräusserung vom 9. Juni 1932 solche erst zu errichtende Schuldbriefe betraf (nämlich die vorerwähnten 6 Schuldbriefe im Totalbetrag von Fr. 20,000.—), ist sie nichtig. Die Abtretung von Forderungen aus Schuldbrief und Gült untersteht besonderen Vorschriften, welche in Art. 174 OR ausdrücklich vorbehalten sind (vgl. OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 5 zu Art. 174 OR).

Diese Sonderregeln sind in Art. 868 f. ZGB, insbesondere in Art. 869 ZGB enthalten. Nach Art. 869 Abs. 1 ZGB, wie nach Art. 868 Abs. 1 ZGB ist eine Übertragung der Forderung aus Schuldbrief und Gült nur in Verbindung mit dem Pfandtitel zulässig. Vor der Ausstellung des Pfandtitels ist die Vornahme einer Abtretung, eine Übertragung der Schuldbriefforderung somit rechtlich ausgeschlossen, unmöglich. Dies hat das Bundesgericht mit Urteil vom 30. September 1920 in Sachen Konkursmasse Jenny c. Kämpf (BGE 46 II 358 ff) mit einlässlicher Begründung und in Übereinstimmung mit der Theorie festgestellt, vgl. LEEMANN, Art. 869 N. 3; TUOR, Das schweizerische Zivilgesetzbuch 1934 S. 577. Darnach ist eine Übertragung der Forderung aus Schuldbrief und Gült auch nicht in der Weise denkbar, dass man einen Anspruch auf Herausgabe eines erst zu errichtenden Titels zum Gegenstand der Abtretung macht. Folgerichtig kann nach schweizerischem Recht, im Gegensatz zu § 1117 BGB, die zur Abtretung nötige Übergabe des Titels auch nicht ersetzt werden durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger, wonach der Pfandtitel ihm nach der Errichtung übergeben werden soll. Die Vorinstanz hat daher mit Recht angenommen, dass angesichts dieser Rechtslage die Abtretung noch nicht ausgestellter Schuldbriefe unmöglich

sei. Im weiteren ist der Vorinstanz auch darin beizupflichten, dass diese Unmöglichkeit einer Abtretung vor Ausstellung der Schuldbriefe nicht durch Annahme einer Abtretung künftiger Forderungen oder eines pactum de cedendo beseitigt werden kann. Die Anwendung des Art. 869 ZGB kann durch derartige Konstruktionen bestimmt nicht ausgeschlossen werden. Die von Zemp am 9. Juni erklärte Abtretung der Schuldbriefe oder Schuldbriefforderungen war null und nichts und konnte einen Übergang von Schuldbriefforderungen, eine Übertragung der Schuldbriefe (als Wertpapiere eine bewegliche Sache) nicht bewirken.

Allein hieraus folgt nur die Nichtigkeit und Unmöglichkeit der damals versuchten Abtretung, nicht aber die Hinfälligkeit des Kaufvertrages der Parteien, der selbstverständlich dem ganzen geschäftlichen Vorgang zugrunde lag. Dieser Kaufvertrag war an sich gültig, trotzdem er noch nicht existierende Wertpapiere betraf. Er war natürlich als Kauf und Verkauf auszustellender Schuldbriefe, also noch nicht existierender Sachen gemeint. Ein Kauf künftiger Sachen ist aber möglich. Er stellt rechtlich einen (suspensiv) bedingten Kauf dar. Die Bedingung besteht im Existentwerden der Kaufsobjekte, hier also in der künftigen Ausstellung der Titel, etwas an sich Möglichem.

Aus diesem Kauf folgte an sich noch nicht die Nichtigkeit der beidseitigen Leistungsversprechen der Parteien, daher auch nicht das Fehlen eines Rechtsgrundes für die Zahlung der Bank an Zemp, folgerichtig also auch noch nicht ein Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint. Die Vorinstanz wurde möglicherweise zu dieser Meinung bestimmt durch eine beiläufige Bemerkung im Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 24. Januar 1936 im Kollokationsprozess zwischen der heutigen Klägerin und der Sparkasse Willisau. Dort ist ausgeführt, es sei nicht erfindlich, was für eine Forderung der heutigen

Klägerin gegenüber dem Konkursiten Schwegler in Oberstalden überhaupt zustand, weil gemäss BGE 46 II 356 « gar nicht zum Gegenstand der Abtretung gemacht werden konnte, was sie von Zemp zu erwerben glaubte, nämlich Forderungen aus noch gar nicht ausgestellten Schuldbriefen ».

Mit dieser Bemerkung der II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes steht die Feststellung, wonach der Kauf unter den Parteien an sich gültig war, obwohl im Zeitpunkt des Kaufes die Abtretung und Übertragung der Schuldbriefe rechtlich nicht möglich war, keineswegs im Widerspruch. Es sind nämlich zwei Dinge zu unterscheiden: einerseits der Kaufvertrag auf Übertragung (von den Parteien Abtretung genannt) künftiger Schuldbriefe, und andererseits die Übertragung der Schuldbriefe selbst; denn die Übertragung stellte rechtlich nur die Erfüllung des Kaufvertrages dar. Der Kaufvertrag als obligationenrechtlicher Vertrag begründete nur Obligationen, nämlich auf Zahlung des Kaufpreises und auf Übertragung des Kaufobjektes. Diese letztere konnte naturgemäss erst nach Ausstellung der Schuldbriefe vorgenommen werden.

Die Übertragung hat sich aber nun in der Folge nicht bewerkstelligen lassen, nämlich deswegen, weil der Gemeindeschreiber von Gettnau vor Eröffnung des Konkurses Schwegler nicht dazu zu bringen war, die Titel auszustellen. Es ist somit schliesslich die Unmöglichkeit der Übergabe der Schuldbriefe eingetreten, also Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages durch Zemp. Und zwar trägt Zemp hieran kein Verschulden. Die Klägerin behauptet das auch nicht; mit Recht; denn es wäre nicht einzusehen, was Zemp hätte anderes tun können, als was er tat, nämlich mahnen. Die Bedingung, an welche der Kaufvertrag geknüpft war, erfüllte sich nicht. Die Erfüllung des Kaufvertrages erwies sich nachträglich als unmöglich und zwar ohne Verschulden des Verkäufers.

Damit ist der Tatbestand des Art. 119 Abs. 2 OR gegeben: Der Beklagte Zemp war grundsätzlich verpflichtet,

die empfangene Leistung, den Kaufpreis für die nicht ausgestellten Schuldbriefe, zurückzuerstatten.

3. — Der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Rückerstattung der empfangenen Gegenleistung ist, wie Art. 119 Abs. 2 ausdrücklich sagt, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 7 zu Art. 119 OR). Der Beklagte erhebt nun die Einrede, dieser Anspruch sei nach Massgabe des somit anwendbaren Art. 67 OR verjährt.

Bei der Prüfung der Frage der Verjährung ist in erster Linie zu untersuchen, ob im Falle der nachträglichen, unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung die Verjährungsfrist für den Rückforderungsanspruch allein die 10 jährige sei, wie dies das Bundesgericht für die Rückforderung der Leistung im Falle des Rücktritts vom Vertrag gemäss Art. 109 Abs. 1 OR entschieden hat (BGE 60 II 27 und 61 II 256). Dies muss jedoch verneint werden. Denn abgesehen davon, dass Art. 119 Abs. 2 im Gegensatz zu Art. 109 Abs. 1 die Grundsätze des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung ausdrücklich anwendbar erklärt, ist diese Verschiedenheit auch innerlich gerechtfertigt, weil der Anspruch aus Art. 109 Abs. 1 die Folge einer schuldhaften Nichterfüllung des Vertrages durch den Schuldner ist, während der Anspruch aus Art. 119 Abs. 2 durch eine ohne Verschulden des Schuldners eintretende Unmöglichkeit der Leistung zur Entstehung gebracht wird.

Da somit die einjährige Frist des Art. 67 OR zur Anwendung kommt — eine Verjährung auf Grund der in Art. 67 vorgesehenen Maximalfrist von 10 Jahren scheidet zum vorneherein aus — so steht und fällt der Anspruch der Klägerin mit der Frage, ob sie innerhalb eines Jahres nachdem sie von ihrem Anspruch Kenntnis erhalten hat, die Verjährung unterbrochen habe.

Nach dem Wortlaut des Art. 67 Abs. 1 OR ist Ausgangspunkt dieser Verjährungsfrist der Zeitpunkt, in welchem die Klägerin von ihrem Anspruch Kenntnis erhalten hat.

Über die Frage, welches dieser Zeitpunkt genau sei, geben Literatur und Praxis meist allgemeine Umschreibungen. GUHL, OR S. 106 spricht vom Zeitpunkt, da der Entreicherte von der Grundlosigkeit der Bereicherung und von der Person des Bereicherten Kenntnis erhalten hat. Ähnlich VON TUHR S. 399: « Zur Kenntnis des Anspruches gehört Kenntnis der grundlos erlittenen Vermögensverminderung und der Person des Bereicherten ». BECKER Art. 67 N. 2 lässt unter Hinweis auf die Verschiedenheit des Wortlautes in Art. 67 und Art. 60 die Frist beginnen « mit der Kenntnis vom Anspruch, nicht mit der Kenntnis der anspruchsbegründeten Tatsachen » und findet hierin einen Gegensatz zur Regelung der Verjährung in Art. 60 OR. Einlässlicher äussert sich der Kommentar OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 3 zu Art. 67 OR: « Die Kenntnis muss sich auf alle Voraussetzungen beziehen, worauf sich die Durchführung einer Rückforderungsklage aufbaut, also auf Zuwendung und deren Mängel. Das zu Art. 60 N. 12/13 Gesagte ist entsprechend zu beachten; denn « Kenntnis vom Anspruch », ist nur eine Abkürzung von « Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen », wie es eingehender in Art. 60 heisst. » Dieser letzteren Auffassung ist beizupflichten; denn sie führt zu einem Ergebnis, das dem Rechtsempfinden und der Billigkeit entspricht. Es kann nämlich nicht irgendeine Kenntnis vom Mangel der Gültigkeit des Geschäftes genügen, das zur ungerechtfertigten Bereicherung Anlass gab; auch nicht immer die Einsicht, dass eine grundlose Bereicherung eingetreten sei oder dass gewisse Tatsachen einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung grundsätzlich begründet haben dürften. Es muss der Betroffene, der Entreicherte, seinen Anspruch selbst doch etwas näher kennen, z. B. das ungefähre Ausmass der erlittenen Vermögensverminderung oder wie Art. 60 entsprechend sagt, es muss der Betroffene « vom Schaden » Kenntnis haben. Dies nämlich soweit, dass man bei vernünftiger Betrachtung sagen kann, die Tatsache der ungerechtfertigten Berei-

cherung an sich, sowie das Ausmass der Vermögenseinbusse zeige sich dem Entreicherten (dem Geschädigten) so, dass er zur Klageerhebung nicht bloss die prozessuale Möglichkeit, sondern auch genügende Unterlagen und genügende Veranlassung habe (vgl. die entsprechenden Ausführungen über die « Kenntnis des Schadens » aus unerlaubter Handlung bei OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 12 zu Art. 60 OR).

Solange eine derartige Kenntnis der ungerechtfertigten Bereicherung und des daraus resultierenden Anspruches nicht vorhanden ist, kann man nämlich den Anspruchsberechtigten die Klageerhebung und Prozessführung nicht zumuten. Wie die Verjährung des Anspruches aus unerlaubter Handlung erst im Zeitpunkt der « Abgeschlossenheit des Schadens » beginnt, so beginnt entsprechend auch die Verjährung des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung erst mit der « Abgeschlossenheit des Vermögensverlustes », also dann, wenn dem Geschädigten auch das Ausmass seiner Vermögenseinbusse genügend klar erkennbar ist.

Es besteht kein Grund, bei der Präzisierung des Beginnes der Verjährungsfrist besonders rigoros zu sein. Die heutige Verjährungsfrist beträgt nur ein Jahr von der Erlangung der Kenntnis des Anspruches an. Das OR von 1881 kannte eine solche kurze Frist nicht, sondern liess die allgemeine 10 jährige Verjährungsfrist auch für die ungerechtfertigte Bereicherung zu. Ein gewisses Interesse an einer baldigen Erledigung eines Bereicherungsanspruches ist gewiss vorhanden, zum mindestens vom Zeitpunkt der erlangten Kenntnis dieses Anspruches an. Aber es besteht kein Interesse daran, diese bloss einjährige Verjährungsfrist zu Ungunsten des Betroffenen praktisch dadurch zu verschärfen oder zu verkürzen, dass man je d w e l c h e n Anfang einer Erkenntnis einer wahrscheinlichen Vermögenseinbusse als « Kenntnis des Bereicherungsanspruches » genügen lässt. Denn schliesslich ist das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung zu dem Zwecke geschaffen,

um eine mit dem materiellen Recht in Widerspruch stehende, eine « ungerechtfertigte » Bereicherung zu korrigieren. Diesem Zweck ist bei der Umschreibung der Voraussetzungen für den Beginn der Verjährung des Bereicherungsanspruches Rechnung zu tragen.

Prüft man nun unter Beachtung dieser Überlegungen die Frage, in welchem Zeitpunkt die Klägerin im eben festgelegten Sinn von ihrem Bereicherungsanspruch « Kenntnis » gehabt habe, so ergibt sich folgendes :

Nach der ganzen Sachlage ist anzunehmen, dass sowohl die Klägerin wie der Beklagte an die Gültigkeit und Statthaftigkeit einer Abtretung noch nicht ausgefertigter Schuldbriefe glaubten ; sonst hätte die Klägerin diese Titel gewiss nicht gekauft, wie sie in der Klageschrift selber erklärt. Dass der Beklagte in Kenntnis der Ungültigkeit das Geschäft abgeschlossen, also eine unerlaubte Handlung begangen habe, ist nicht behauptet und nicht bewiesen (die Verjährungsfrist wäre nach Art. 60 übrigens dieselbe, OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 3 zu Art. 67 OR).

Von der Ungültigkeit der Abtretung an sich erlangte die Klägerin Kenntnis anlässlich der Abweisung ihrer Grundpfandforderung im Konkurs Schwegler, also spätestens mit dem unbenützten Ablauf der Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes, 7. Mai 1934. Das gibt die Klägerin mit gutem Grund selber zu, indem sie ausführt, sie hätte sich in einem Irrtum über ihre Schuldpflicht befunden, « über den sie erst im Konkursverfahren, bezw. durch die gerichtlichen Urteile im Kollokationsprozess aufgeklärt wurde » ; zum Beweis beruft sie sich auf das mehrerwähnte bundesgerichtliche Urteil vom 24. Januar 1936 in ihrem Kollokationsprozess gegen die Sparkasse Willisau.

Mit Ablauf der Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes stand für die Klägerin fest, dass sie keine Grundpfandrechte besass oder geltend machen könne ; denn mit der Anerkennung ihrer Kollokation in 5. Klasse schied sie bei der konkursrechtlichen Verwertung der Liegenschaft Schwegler als Grundpfandberechtigte endgültig aus. Die

Unterlassung der Anfechtung ihrer eigenen Kollokation dürfte sich wohl daraus erklären, dass die Klägerin sich über den Grund der Abweisung Rechenschaft gegeben hatte; dieser musste für sie ja aus der im Kollokationsplan angegebenen Begründung für ihre Kollokation bloss in 5. Klasse ersichtlich sein, oder doch aus der in Art. 249 SchKG vorgeschriebenen Spezialanzeige betreffend die Abweisung der Kollokation einer Grundpfandforderung bekannt werden.

Man muss also annehmen, dass die Klägerin in diesem Zeitpunkt, 7. Mai 1934, von der Unwirksamkeit der Abtretung vom 9. Juni 1932 an sich und damit vom Bestehen eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung an sich Kenntnis hatte. Wie bereits ausgeführt wurde, genügt das indessen noch nicht ohne weiteres und nicht in allen Fällen. Über das Ausmass der erlittenen Vermögensminderung, über den annähernden Betrag ihres effektiven und endgültigen « Schadens » oder Nachteils hatte die Klägerin in jenem Zeitpunkt noch keinen hinreichenden Anhalt. Es stand nämlich keineswegs fest, welchen Betrag der erlittene Nachteil, die « Entreicherung », ihr Verlust aus dem Geschäft mit Zemp erreichen würde.

Dies aus zwei Gründen: Einmal war ja bloss die Grundpfandberechtigung der Klägerin durch das Konkursamt verneint worden; dagegen wurde die Klägerin in 5. Klasse kolloziert, also eine gewöhnliche Forderung gegenüber Schwegler anerkannt; ob zu Recht oder zu Unrecht, braucht im vorliegenden Prozess nicht mehr untersucht zu werden, weil der Kollokationsplan diesbezüglich eine endgültige Situation geschaffen hat. Wieviel an Konkursdividende die Klägerin erhalten würde, stand damals natürlich nicht fest. Der Endbetrag ihres Vermögensverlustes war somit bei dieser Sachlage völlig offen.

Er war auch aus einem zweiten Grunde ungewiss: Da die Klägerin als Korrentgläubigerin im Konkurs Schwegler zugelassen war, hatte sie die Möglichkeit, durch Bestreitung der Zulassung anderer Gläubiger oder durch Bestreitung des Ranges derselben gemäss Art. 250 Abs. 2/3 SchKG

ihre eigene Forderung zu decken. Sie hat von dieser Möglichkeit durch Anhebung der Kollokationsklage gegen die Sparkasse Willisau Gebrauch gemacht. Dass diese zum vornherein aussichtslos war, kann angesichts der erst im Prozess geschaffenen Abklärung der Verhältnisse (es handelte sich um eine actio Pauliana) kaum behauptet werden. Hätte die Klägerin in diesem Prozess Erfolg gehabt, so hätte sie einen Betrag von rund Fr. 12,000.—, der zur Konkursdividende hinzugekommen wäre, zur Deckung ihrer Forderung gewonnen. Ehe das Schicksal dieser Anfechtung des Kollokationsplanes abgeklärt war, stand der Umfang des Schadens, d. h. das Mass der der Klägerin schliesslich bleibenden Vermögensverminderung aus dem nichtigen Abtragungsgeschäft in keiner Weise fest und niemand konnte sagen, ob ihre Vermögensverminderung null oder 2000 oder 5000 oder 8000 oder gar Fr. 20,000.— betragen würde. Unter solchen Umständen hatte die Klägerin nicht genügende Anhaltspunkte, keine genügende Kenntnis von ihrem Anspruch; sie hatte im Sinne der früheren Ausführungen vor der Beendigung des Kollokationsprozesses keinen genügenden Anlass, einen Prozess gegen den Beklagten einzuleiten. Die hinreichende Abklärung war frühestens mit dem bundesgerichtlichen Urteil vom 24. Januar 1936 gegeben. Bei diesem letzteren Ausgangspunkt der Verjährungsfrist ist die Verjährung nicht eingetreten, weil die Klägerin am 6. Februar 1936 den Beklagten neuerdings betrieb und am 9. September 1936 die vorliegende Klage einreichte.

Es würde übrigens das Rechtsempfinden verletzen, wenn, zweifellos ungerechtfertigt, der Beklagte der Klägerin die Verjährung entgegenhalten könnte, nur deswegen, weil die Klägerin (auf Grund der Kollokation der vom Beklagten ihr abgetretenen Forderungen in 5. Klasse) versuchte, sich im Kollokationsprozess und eventuell aus der Konkursdividende zu decken, was ja durchaus im Interesse des Beklagten gelegen war und im Erfolgsfall seine Leistungspflicht erheblich herabgesetzt hätte.

Man konnte der Klägerin angesichts der eben geschil-

derten Sachlage auch nicht wohl zumuten, zur Unterbrechung der Verjährung vom bequemerem Behelfe der Schuldbetreibung Gebrauch zu machen. Es gilt diesbezüglich das, was das Bundesgericht in Bd. 61 II S. 199 f. ausgeführt hat. Nachdem die Klägerin, wie festgestellt, vor Erledigung des Kollokationsprozesses keine genügenden Unterlagen zur Klageerhebung, zum rechtlichen Vorgehen gegen den Beklagten besass, kann ihr die Unterlassung einer Betreibung ebensowenig zum Vorwurf gemacht werden, wie die Unterlassung der Klageerhebung.

Wird die Verjährung des Anspruches der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung verneint, so kann hier die kritische, von der Vorinstanz freilich verneinte Frage offen bleiben, ob die Streitverkündung vom 8. Mai 1934 angesichts ihres Inhaltes und ihrer spezifizierten Begründung und angesichts der §§ 64-71 der luzernischen Zivilprozessordnung einer verjährungsunterbrechenden « Klage » im Sinne des Bundeszivilrechtes (Art. 135 Ziff. 2 OR) gleich zu setzen sei oder nicht....

Vergl. auch Nr. 51. — Voir aussi n° 51.

V. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

55. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. September 1937 i. S. Hernandez gegen Hernandez.

Ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid, der die besondern Voraussetzungen zur Scheidung von Ausländern in der Schweiz gemäss Art. 7 h NAG verneint, kann mit Berufung an das Bundesgericht gezogen werden, ein solcher dagegen, der dem ausländischen Kläger den schweizerischen Wohnsitz

abspricht und demzufolge die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ablehnt, mit zivilrechtlicher Beschwerde. Jener ist ein Haupturteil, dieser ein blosser Gerichtsstandsentscheid.
Art. 56 ff., besonders 58, und Art. 87 Ziff. 3 OG.

Die Klägerin, Deutsche von Geburt, welche durch die mit dem Beklagten im Jahre 1922 in Köln eingegangene Ehe dessen spanische Staatsangehörigkeit erworben hatte, verlangt mit Klage vom 9. September 1935 bei den Gerichten von Basel, wo der Beklagte seit 1933 in Anstellung ist und wohnt, die Scheidung der Ehe mit Nebenfolgen. Der Beklagte hat mit Berufung auf den in Art. 144 ZGB aufgestellten Scheidungsgerichtsstand des klagenden Ehegatten örtliche Unzuständigkeit der Basler Gerichte eingewendet, da die Klägerin selbständigen Wohnsitz in Köln habe.

Das Zivilgericht von Basel hat die Unzuständigkeitsrede verworfen, das Appellationsgericht hat sie dagegen mit Urteil vom 2. April 1937 geschützt und die Scheidungsklage von der Hand gewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung wie auch zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag, die Gerichte von Basel als zuständig zu erklären.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Hat das in letzter Instanz urteilende kantonale Gericht die Zuständigkeit bejaht und zugleich über die Hauptsache entschieden, so kann die Zuständigkeitsfrage zusammen mit der Hauptsache auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht gezogen werden, vorausgesetzt dass die Hauptsache der Berufung unterliegt und die Anwendung einer eidgenössischen Gerichtsstandsnorm in Frage steht (BGE 57 II 133 ff.). Hier liegt aber nur ein Entscheid über die Anwendung der Gerichtsstandsnorm des Art. 144 ZGB vor, wofür nach Art. 87 Ziff. 3 OG die zivilrechtliche Beschwerde gegeben ist. Allerdings sind der Berufung auch solche Urteile in Scheidungssachen