

hat es demnach bei der in Art. 883 ausgesprochenen Regel der Nichtrückwirkung des neuen Gesetzes sein Bewenden. Auf eine Prüfung der Frage, ob die Rekurrenten an der fraglichen Waare ein Faustpfandrecht gültig erworben haben, kann somit das Bundesgericht nicht eintreten.

b. Ebensowenig kann das Bundesgericht untersuchen, ob den Rekurrenten ein Retentionsrecht zugestanden habe. Das Obergericht hat die Beurtheilung dieser Frage aus prozessualen Gründen, d. h. deshalb abgelehnt, weil die bezügliche Behauptung erst in der Appellationsinstanz vorgebracht worden und daher verspätet sei. Hierin kann eine Verletzung des eidgenössischen Privatrechtes nicht gefunden werden, vielmehr beruht diese Entscheidung durchaus auf einer, der Nachprüfung des Bundesgerichtes sich entziehenden, Anwendung des kantonalen Prozesrechtes. Die Behauptung der Rekurrenten nämlich, daß die Geltendmachung eines Pfandrechtes diejenige des Retentionsrechtes in sich enthalte, ist gewiß unbegründet, denn (konventionelles) Mobiliarpfandrecht und Retentionsrecht sind ja, wie keiner näheren Ausführung bedarf, in ihrem Thatbestande und ihren Wirkungen verschiedene Rechte. Die nachträgliche Behauptung eines Retentionsrechtes durch die Rekurrenten enthielt demnach, wenn auch dadurch, da das Petit der Rekurrenten lediglich auf Lokation in Klasse IIIa gerichtet war, nicht ein neuer Anspruch erhoben wurde, doch jedenfalls die Geltendmachung eines neuen selbständigen Angriffsmittels, eine Verstärkung des juristischen Klagefundamentes. Inwiefern nun neue Vorbringen in dieser Richtung auch in der Berufungsinstanz noch zulässig seien, entscheidet sich nicht nach eidgenössischem Privatrecht, sondern nach kantonalem Prozesrecht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Beschwerde der Rekurrenten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern (II. Civilabtheilung) vom 18. Juli 1884 sein Bewenden.

92. Entscheid vom 11. Oktober 1884  
in Sachen Hasler.

A. Durch Urtheil vom 19. Juli 1884 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt: Der Verantwortler ist gehalten, dem Kläger 7500 Fr. nebst Zins seit 15. September 1883 à 5 % zu bezahlen. Widerbeklagte ist nicht gehalten, dem Widerkläger 1090 Fr. und Zins ab 7500 Fr. vom 26. September bis 23. Oktober 1883 à 5 % und vom 23. Oktober 1883 an à 2 % zu bezahlen. Der Verantwortler Hasler hat die Kosten des Prozesses mit 30 Fr. Vortragsgebühr im Gesamtbetrage von 197 Fr. 10 Cts. zu bezahlen. Die Gerichtsgebühr ist auf 40 Fr. festgesetzt.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte der Beklagte, Johann Hasler, die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt:

1. Es sei dem Beklagten der Beweis zu Beweissth 16 seiner Klagebeantwortung lautend: „An die 30 Fr., welche Verantwortler am 14. August 1883 zum Ankaufe eines Looses 4. Klasse auf die Post legte, hat ihm seine Ehefrau 18 Fr. 50 Cts. gegeben und den Rest hat Verantwortler selbst zugelegt,“ zu gestatten. Eventuell.

2. Die Klage sei abzuweisen unter Kostenfolge.

Dagegen trägt der Vertreter des Klägers auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des zweitinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Johann Hasler, Schuster in Grenchen und Jakob Anuchel, Lederhändler in Büren, Kantons Bern, hatten sich im Jahre 1883 gemeinschaftlich mit einem ganzen Loose bei der 284. Klassenlotterie der Stadt Hamburg theilhaftig, unter der Verabredung, daß die Einzüge zu gleichen Theilen bezahlt und auch ein allfälliger Gewinn zu gleichen Theilen vertheilt werden solle. Bei den drei ersten Ziehungen erzielten sie keinen Gewinn; dagegen fiel bei der am 22. und 23. August 1883 stattgefundenen vierten Ziehung auf das betreffende Loose 4. Klasse ein Ge-

winn von 15000 Mark, welcher (nach Abzug der Spesen und Provision) von Hasler, welcher die Korrespondenz mit dem Lotterie-Kollekteur in Hamburg geführt und das Loos in Händen hatte, erhoben wurde. Ueber Jakob Knuchel war schon im Juni 1883 im Kanton Bern der Geldstag erkannt und später vollführt worden; durch Verfügung vom 15. Oktober 1883 erkannte das Richteramt Büren, auf Begehren der verlustigen Gläubiger, mit Rücksicht auf den fraglichen Lotteriegewinn, über Knuchel den Nachgeltstag und diese Verfügung wurde, unter Abweisung einer von Jakob Knuchel gegen dieselbe gerichteten Beschwerde, vom Appellations- und Kassationshofe des Kantons Bern durch Entscheidung vom 12. Dezember 1883 aufrecht erhalten. Daraufhin klagte der Masseverwalter im Nachgeltstage des Jakob Knuchel gegen Johann Hasler auf Herausgabe der Hälfte des bezogenen Lotteriegewinnes. Hasler bestritt dem klagenden Masseverwalter die Legitimation zur Sache, weil der Geldstag über Jakob Knuchel bereits vollführt sei und eine Geldstagsmasse daher gar nicht mehr existire und machte im weitern einredeweise geltend, ein angeblicher Lotteriegewinn könne überhaupt gar nicht zur Masse gezogen werden. Im fernern bestritt er, daß Knuchel bei der vierten Ziehung, bei welcher sich der Gewinn ergeben habe, noch theilhaftig gewesen sei; der Einsatz für das Loos 4. Klasse sei vielmehr von ihm (Hasler) allein (theils aus Mitteln seiner Ehefrau theils aus eigenen) bezahlt worden (wofür er zu Beweissatz 16 seiner Antwort Beweis anbietet), während Knuchel erklärt habe, er könne nicht mehr mitspielen. Endlich sei überhaupt eine Klage auf einen Lotteriegewinn nach Art. 512 u. ff. und Art. 17 D.-R. unstatthaft. Widerklagsweise forderte Hasler Ersatz für den durch Beschlagnahme und amtliche Deposition eines Betrages von 7500 Fr. aus dem erzielten Lotteriegewinn ihm erwachsenen Schaden. Das Obergericht des Kantons Solothurn stellt unter Verwerfung des Beweisanspruches des Beklagten zu Beweissatz 16 seiner Antwort in thatsächlicher Beziehung in Erwägung 3 seines Urtheils fest: Für die ersten drei Ziehungen sei unbestritten, daß Knuchel mitgespielt habe. „Für die Annahme, es habe Knuchel „auch bei der vierten Ziehung die Einlage mitbezahlt und so in

„Societät mit Hasler den Gewinn erreicht, spreche namentlich „der Umstand, daß gerade diese Einlage in dem Postbüchlein des „Verantworters Hasler von der Hand des Knuchel eingetragen „sich befindet.“ Bei der heutigen Verhandlung hat der Beklagte zur Begründung seiner Anträge die sämtlichen von ihm vor den kantonalen Instanzen geltend gemachten Einwendungen festgehalten; dagegen hat er seine Widerklagsbegehren nicht erneuert.

2. Das Bundesgericht ist zur Prüfung der Beschwerde nur insoweit kompetent als dieselbe auf unrichtige Anwendung bundesgesetzlicher Bestimmungen begründet wird. Auf die Einwendungen gegen die Legitimation der Nachgeltstagsmasse des Jakob Knuchel und gegen die Statthaftigkeit, einen Lotteriegewinn zur Masse zu ziehen, ist somit nicht einzutreten, da in dieser Richtung ausschließlich das kantonale Recht maßgebend ist. Uebrigens hat die zweite Instanz gewiß mit Recht angenommen, diese Punkte seien durch die Entscheidung des bernischen Appellationsgerichtes erledigt.

3. In thatsächlicher Beziehung ist als festgestellt zu erachten, daß sich Jakob Knuchel auch an der vierten Ziehung, bei welcher sich der Gewinn ergab, theilhaftig hat; den aus Erw. 3 des obergerichtlichen Urtheils ergibt sich unzweideutig, daß das Obergericht den der Klagepartei obliegenden Beweis hiefür als erbracht ansieht und hieran ist das Bundesgericht gemäß Art. 30 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege gebunden. Das Altkennvervollständigungsbegehren des Beklagten erscheint als unstatthaft, da es lediglich auf Zulassung eines Gegenbeweises gegen den Inhalt der, wie bemerkt, für das Bundesgericht maßgebenden thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abzielt. Art. 30 Abs. 4 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege, auf welchen sich Beklagter beruft, trifft nicht zu; denn das Obergericht hat den fraglichen Gegenbeweisanspruch offenbar nicht wegen materiell rechtlicher Unerheblichkeit des Beweisthemas, sondern aus prozeduralen Gründen, weil es den entgegenstehenden Hauptbeweis der Klagepartei als erbracht ansah, verworfen.

4. Es kann sich demgemäß nur noch fragen, ob nicht die

Klage wegen Ungültigkeit oder wenigstens Klaglosigkeit des eingeklagten Geschäftes abzuweisen sei. Hierüber ist zu bemerken: Der Lotterievertrag, d. h. der Vertrag zwischen dem Lotterieunternehmer oder Kollekteur und dem Einleger, ist allerdings, wenn er auch seiner juristischen Natur nach kaum als Spielvertrag zu qualifiziren ist, nach Art. 515 und 516 D.-R. in der Schweiz klaglos, sofern nicht die Lotterie resp. bei auswärtigen Lotterien der Vertrieb der Loose im Inlande durch eine zuständige schweizerische Behörde gestattet worden ist. Da nun unbestrittenermaßen der Vertrieb der in Frage stehenden hamburgischen Loose im Kanton Solothurn obrigkeitlich nicht bewilligt ist, so ist klar, daß aus einem mit Organen dieses Lotterieunternehmens abgeschlossenen Lotterievertrage dort nicht geklagt werden könnte. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um eine Klage aus Lotteriegeschäft, sondern um eine solche aus Gesellschaftsvertrag. Zwischen den Litiganten bestand eine einfache Gesellschaft zum Zwecke des gemeinsamen Erwerbes von Loosen der 284. hamburgischen Klassenlotterie und der Theilung sich ergebender Gewinne, d. h. zum Zwecke gemeinsamen Erwerbes eines Forderungsrechtes gegen die Lotterieunternehmung und gemeinsamer Realisirung desselben. Dieser Vertrag ist weder ein unsittlicher noch ein widerrechtlicher oder auf einen (rechtlich) unmöglichen Zweck gerichteter. In letzterer Beziehung ist zu bemerken, daß das Verhältniß der Einleger zum Lotterieunternehmer am Erfüllungsorte in Hamburg jedenfalls nach dortigem und nicht nach schweizerischem Rechte zu beurtheilen ist und daß nun nichts dafür vorliegt, daß ein Lotterievertrag mit der hamburgischen städtischen Klassenlotterie in Hamburg nicht als civilrechtlich vollwirksamer Vertrag anerkannt werde. Es ist daher anzunehmen, daß dem Einleger aus dem Lotterievertrag ein klagbares Forderungsrecht gegen den Unternehmer erwächst, der Gesellschaftszweck also ein durchaus möglicher war. Im fernern ist von der kantonalen Instanz durchaus nicht festgestellt und ist auch aus den kantonalen Gesetzesbestimmungen (§ 190 u. ff. des solothurnischen Strafgesetzbuches) nicht zu entnehmen, daß im Kanton Solothurn nicht nur das Kollektiren u. s. w. für ausländische Lotterien im Kantonsgebiet, sondern auch der direkte

Bezug von Loosen aus dem Auslande, wie ein solcher in casu stattfand, verboten und strafbar sei. Eine Vereinbarung zu gemeinsamem direktem Bezug ausländischer Lotterieloose ist also jedenfalls keine widerrechtliche und daher nach Art. 17 D.-R. ungültige; sie ist auch kein unsittlicher Vertrag, da der Erwerb von Lotterielosen an und für sich gewiß, nach allgemeiner Rechtsüberzeugung wie nach der Anschauung des Gesetzgebers, keine Unsittlichkeit involvirt. Ob ein solcher Gesellschaftsvertrag behufs gemeinsamen (wenn auch nicht verbotenen) Lotteriespiels auch in der Richtung klagbar wäre, daß aus demselben von einem Gesellschafter gegen den andern auf Zahlung des Einsatzes geklagt werden könnte, oder ob einer derartigen Klage die Art. 514 und 515 D.-R. entgegenstünden, kann hier dahingestellt bleiben; denn es handelt sich hier nicht um eine solche Klage, sondern um eine Klage auf Theilung des gemeinsam erzielten, auf das in gemeinsamem Eigenthum gestandene Loos gefallenen Gewinnes. In dieser Richtung aber dem Vertrage die Klagbarkeit zu versagen, liegt gar kein Grund vor; denn den Erwerb eines gemachten Lotteriegewinnes verbietet kein Gesetz und es ist klar, daß, wenn ein solcher Gewinn von mehreren Gesellschaftern gemeinsam erzielt worden ist, derjenige Theilhaber, der zufällig in den Besitz desselben gelangt, sich das Empfangene nicht vertragswridrigerweise und wider Treu und Glauben ausschließlich zueignen darf.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Das Urtheil der Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 19. Juli 1884 wird in allen Theilen bestätigt.

93. Arrêt du 17 Octobre 1884 dans la cause Jacot  
contre Béguin.

Par demande des 19/21 Février 1884, le sieur Henri Béguin-Gretillat, à Montmollin (Neuchâtel), a ouvert à Albert Jacot, cultivateur à la Prise sur Montmollin, une action tendant à