lensäure als Bierdruckmittel zu verunmöglichen oder doch auf ein Minimum zu beschränken. Die Klagpartei war sich auch, wie sich aus der Korrespondenz mit dem Beklagten ergibt, dessen sehr wohl bewußt, wie ihr denn auch in der That nicht entgehen konnte, daß die Masse der Abnehmer nicht geneigt sein werde, um 8 Kg. Kohlensäure im Werthe von circa 20 Fr. zu erhalten, das vierfache dieses Werthes für das Gefäß von vornherein zu bezahlen oder zu deponiren. Die unzweifelhafte vertragliche Befugniß der Klagepartei, die Zahlungsbedingungen gegenüber ihren Kunden festzustellen, berechtigte sie nicht dazu, hiebei in einer Weise zu verfahren, welche Geschäftsabschlüße beinahe unmöglich machen mußte und welche zudem offenbar darauf berechnet war, den Beklagten als Urheber vexatorischer Maßnahmen bei den Abnehmern zu diskreditiren und bloszustellen; ebensowenig kann die in Rede stehende Maßnahme durch die Erklärung des Beklagten, daß die über die vertragsmäßige Zeit hinaus ausbleibenden Flaschen von nun an der Klägerin fakturirt werden, gerechtfertigt werden. Denn damit machte ja der Beklagte nur von einem ihm nach dem Vertrage unzweifelhaft zustehenden Rechte Gebrauch. Es muß also in der durch das Cirkular der Klagpartei vom 12. April 1886 getroffenen Maßnahme ein vertragswidriges Verhalten der letztern gefunden werden, nach welcher dem Beklagten die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht weiter zugemuthet werden konnte und er zur Auflösung des Vertrages berechtigt war. Unterstützend ist dabei auch noch auf den von der Klagpartei in der Korrespondenz mit dem Beklagten seit dem Scheitern der Unterhandlungen über Verlängerung des Vertrages angeschlagenen Ton hinzuweisen, welcher ein weiteres Zusammenwirken der Parteien jedenfalls sehr erschweren mußte. Wenn der klägerische Anwalt heute insbesondere auf einen Brief des Beklagten vom 19. April 1886 an einen Abnehmer hingewiesen hat, in welchem in Betreff des Depositums von 80 Fr. bemerkt wird, es sei dies Sache der Herren Pfaff & Cie, die es offenbar als Sicherheitsmaßregel verlangen wollen, so kann aus dieser Bemerkung nicht gefolgert werden, daß der Beklagte die allgemeine Durchführung der im Cirkular

vom 12. April 1886 von der Klagpartei in Aussicht gestellten Maßregel als eine vertragsmäßig zuläßige gebilligt habe.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 22. Dezember 1887 sein Bewenden.

---

19. Urtheil vom 10. März 1888 in Sachen Schmid gegen Masse Rothermel.

A. Durch Urtheil vom 3. Dezember 1887 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen erkannt:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, das gesammte unter den Konkursaktiven figurirende Buchdruckereiinventar gemäß Auflösungsvertrag vom 3. Februar 1887 und gemäß Kaufvertrag vom selben Tage als Eigenthum des Klägers anzuerkennen und diesem auszuhinzugeben.

2. Die Beklagte hat sämmtliche über den Prozeß erwachsenen Kosten zu bezahlen und den Kläger für jeden Vorstand vor erster und zweiter Instanz mit 10 Fr. prozeßualisch zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die beklagte Konkursmasse des Fr. Rothermel die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Vertreter unter eingehender Begründung: Es sei der Rekurs gutzuheißen und die Vindikationsklage des Rekursbeklagten abzuweisen, eventuell sei dieselbe nur unter Vorbehalt der Abrechnung gutzuheißen und in beiden Fällen der Rekursbeklagte zu den Kosten zu verurtheilen.

Der Anwalt des Rekursbeklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Thatsächlich ist folgendes festgestellt: Zwischen F. Rothermel und O. Schmid hatte, unter der Firma Rothermel & Cie, eine Kollektivgesellschaft zum Zwecke des Betriebes der Buchhandlung und Buchdruckerei bestanden. Am 24. Januar 1887 einigten sich die Gesellschafter bei einem Vorstande vor Bezirksgericht Schaffhausen dahin, es sei diese Gesellschaft mit genanntem Tage aufgelöst und trete in Liquidation; als Liquidator sei Bezirksrichter Wildberger-Studer bestellt. Am 3. Februar nun aber kam zwischen den Gesellschaftern eine Einigung über Vertheilung der Aktiven und Passiven der Gesellschaft zu Stande. Nach derselben übernahm F. Rothermel alle Passiven des Geschäfts mit Ausnahme einer Forderung des Vaters des O. Schmid im Betrage von 15,000 Fr. und ebenso sämmtliche Aktiven mit Ausnahme des Buchdruckereiinventars. In Betreff des letztern bestimmt § 4 der Uebereinkunft vom 3. Februar 1887, dasselbe (gemäß noch aufzustellendem besonderem Inventar) gehe in das Eigenthum des O. Schmid über; letzterer veräußere aber dasselbe durch besondern, gleichzeitig mit diesem Uebereinkommen zu unterzeichnenden, Kaufvertrag wiederum an Rothermel. Es wurde denn auch wirklich am gleichen Tage (3. Februar 1887) ein Kaufvertrag über das Druckereiinventar errichtet, wonach O. Schmid dasselbe um den Kaufpreis von 20,000 Fr. (zahlbar nach Konvenienz des Käufers entweder sofort oder in vier Raten von 5000 Fr. je auf 1. Februar 1888, 1889, 1890 und 1891) dem Rothermel verkaufte, jedoch mit dem Vorbehalte, daß das Eigenthum auf Rothermel erst mit völliger Abzahlung des Kaufpreises übergehen solle und daß der Verkäufer berechtigt sei, bei Verzug des Käufers vom Vertrage zurückzutreten. In der über Vertheilung der Aktiven und Passiven geschlossenen Uebereinkunft hatte Rothermel überdem sich verpflichtet, dem Schmid zu „völliger Auslösung seines Gesellschaftsantheils" 10,000 Fr., zahlbar zur Hälfte bei Unterzeichnung des Vertrages, zur Hälfte Ende Februar 1887 zu bezahlen. Am 8. Juni 1887 wurde über Fr. Rothermel der Konkurs eröffnet; in demselben vindizirte O. Schmid das gesammte Buchdruckereiinventar als sein Eigenthum. Die Kreditorschaft bestritt diese Vindikation, weil 1. eine Besitzübergabe an Schmid niemals stattgefunden habe; die Lokalität, in welcher das Inventar sich befunden habe, sei von Rothermel gemiethet gewesen und letzterer habe ausschließlich über das Inventar verfügen können. Schmid sei also nicht Eigenthümer geworden. Zudem sei eine Benachtheiligung der Gläubiger beabsichtigt gewesen. 2. Die Firma Rothermel & Cie sei zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 3. Februar 1887 bis zur Auffallswarnung betrieben gewesen und es haben daher die Gesellschafter kein Recht mehr zu Veräußerungen gehabt. 3. Das ganze Geschäft sei ein simulirtes. Schmid habe das Buchdruckereiinventar niemals erwerben sondern nur sich Deckung für seine Forderung an die Firma Rothermel & Cie verschaffen wollen. In der vorliegenden Form habe aber Deckung gültig nicht bestellt werden können. 4. Endlich wurde eventuell eingewendet, es habe Rothermel auf den Kaufpreis des Buchdruckereiinventars 6000 Fr. abschlagsweise bezahlt. Bei Zuspruch der Vindikation müsse der Masse dieser Betrag restituirt beziehungsweise es müsse (da im gegenseitigen Einverständnisse das Buchdruckereiinventar veräußert worden und an dessen Stelle ein Gelderlös getreten sei) der klägerische Anspruch um diesen Betrag gekürzt werden. Die erste Instanz (Bezirksgericht Schaffhausen) hat die Klage abgewiesen, weil das Geschäft, auf welches sich der Eigenthumserwerb des Klägers stütze, ein simulirtes sei. Die zweite Instanz dagegen hat dieselbe durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil zugesprochen.

2. Wenn die zweite Instanz ihre Entscheidung unter Anderem darauf begründet, die Konkursmasse Rothermel sei zu Bestreitung der klägerischen Vindikation gar nicht legitimirt, so ist dies gewiß unbegründet. Die Masse Rothermel befindet sich im Besitze des vindizirten Buchdruckereiinventars oder vielmehr des an Stelle desselben getretenen Gelderlöses; der Kläger kann mit seiner Vindikation nur insofern durchdringen, als er sein (Allein-) Eigenthum nachweist. Gelingt ihm dies nicht, so muß die Klage jedenfalls insoweit abgewiesen werden, als sie mehr beansprucht, denn denjenigen Eigenthumsantheil an dem streitigen Buchdruckereiinventar, welcher dem Kläger, als Theil-

haber der Kollektivgesellschaft Rothermel & Cie, mit Auflösung dieser Gesellschaft, abgesehen von dem Vertrage vom 3. Februar 1887, zukam.

3. Es ist nun aber anzuerkennen, daß der Kläger wirklich Alleineigenthum an dem Streitobjekte erworben hat. Jedenfalls seit der auf 24. Januar 1887 erfolgten Auflösung der Kollektivgesellschaft Rothermel & Cie standen die zum Vermögen der Gesellschaft gehörigen Sachen im Miteigenthum der beiden Gesellschafter nach Verhältniß ihrer Gesellschaftsantheile; es befanden sich auch beide Gesellschafter im Mitbesitz. Rechtlich und thatsächlich stand ihnen die Verfügungsgewalt, insbesondere über das Buchdruckereimaterial, gemeinsam zu. Daß letzteres sich in einem Lokale befand, das auf den persönlichen Namen des Rothermel gemiethet war, ändert hieran nichts, da ja natürlich Rothermel dem Mitgesellschafter und Miteigenthümer nichtsdestoweniger den Mitbesitz hatte einräumen müssen und eingeräumt hatte. Befand sich also das streitige Buchdruckereimaterial schon vor dem Uebereinkommen vom 3. Februar 1887 im (Mit-) Besitze des Klägers, so bedurfte es zur Uebertragung des (Allein-) Eigenthums an demselben einer weitern körperlichen Besitzübergabe im Sinne des Art. 199 O.-R. selbstverständlich nicht mehr. Es genügte vielmehr, daß einerseits Rothermel auf seinen Antheil verzichtete und andrerseits Schmid den Willen erklärte, Alleinbesitz und Alleineigenthum erwerben zu wollen. Art. 202 O.-R. ist hier nicht anwendbar, da nicht ein Fall des Eigenthumserwerbes durch den Veräußerer als Stellvertreter im Besitzerwerbe vorliegt, sondern der andere Fall, wo der Erwerber die Verfügungsgewalt über die Sache bereits besitzt.

4. Fragt sich sodann, ob die Eigenthumsübertragung an Schmid nicht, wie die erste Instanz angenommen hatte, als simulirtes Geschäft zufolge Art. 16 O.-R. unwirksam sei, so ist zu bemerken: Es ergibt sich allerdings daraus, daß Schmid das ihm aus den Gesellschaftsaktiven zugetheilte Buchdruckereiinventar im Momente der Zutheilung selbst sofort dem Rothermel verkaufte, zur Evidenz, daß Schmid dasselbe nicht zu behalten gedachte, daß er also Eigenthum an demselben nicht

zum Zwecke der Nutzung oder zum Zwecke der Weiterveräußerung an dritte u. drgl. zu erwerben beabsichtigte. Allein daß ihm das Eigenthumsrecht überhaupt ernstlich nicht habe übertragen werden wollen, daß der Wille der Parteien vielmehr dahin gegangen wäre, es solle das Eigenthum an dem Buchdruckereiinventar dem Rothermel zugetheilt werden, dafür liegt doch nicht das mindeste vor. Vielmehr ist klar, daß der Wille der Parteien wirklich auf diejenige Rechtswirkung gerichtet war, welche in den beiden Verträgen vom 3. Februar 1887 ausgesprochen ist: Schmid sollte das (Allein-) Eigenthum am Buchdruckereiinventar erwerben und so lange behalten, bis Rothermel den stipulirten Kaufpreis abbezahlt habe; sowohl der Vertrag durch welchen dem Schmid das Druckereiinventar zu Eigenthum zugewiesen als derjenige, wodurch er dasselbe dem Rothermel unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises verkaufte, ist durchaus ernsthaft gemeint und keineswegs simulirt. Die Einwendung der Beklagten scheint denn in That und Wahrheit auch mehr darauf abzuzielen, es handle sich hier um ein in fraudem legis, in Umgehung des Gesetzes, abgeschlossenes Rechtsgeschäft; die Absicht der Parteien sei dahin gegangen, dem Schmid Deckung für seine Forderungen an die aufgelöste Gesellschaft Rothermel & Cie resp. Rothermel zu schaffen, ohne jedoch dem letztern den thatsächlichen Besitz des Druckereiinventars zu entziehen. Die Kombination der Eigenthumsübertragung an Schmid mit gleichzeitigem Rückverkauf unter Eigenthumsvorbehalt an Rothermel sei also gewählt worden, um den Grundsatz, daß Pfandrecht an Mobilien nur mit Uebergabe des Gewahrsams begründet werden könne, zu umgehen. Es kann dies indeß nicht als zutreffend erachtet werden. Ohne Zweifel waren die Theilhaber der aufgelösten Gesellschaft Rothermel & Cie völlig befugt, bei gütlicher Auseinandersetzung die Aktiven und Passiven der Gesellschaft unter sich (vorbehältlich natürlich ihrer fortdauernden solidaren Haft gegenüber Dritten und vorbehältlich der Unwirksamkeit allfälliger doloser, auf Benachtheiligung der Gläubiger abzweckender, Vereinbarungen) nach Belieben zu vertheilen. Das (Allein-) Eigenthum an dem Druckereimaterial

konnte also vollgültig dem Schmid zugeschieden werden. Ebenso war dieser befugt, das Buchdruckereiinventar an Rothermel unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises zu verkaufen. Denn der Verkauf unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises ist ohne Zweifel zulässig. Zwar ist dies nicht, wie die Vorinstanz meint, in Art. 264 O.-R. ausdrücklich ausgesprochen, denn diese Bestimmung spricht nicht vom Vorbehalte des Eigenthums seitens des Verkäufers, sondern vom Vorbehalte des Rücktrittes desselben vom Vertrage bei Verzug des Käufers; wohl aber folgt es aus dem Zusammenhang des Gesetzes resp. daraus, daß einer solchen Parteivereinbarung keine verbietende Gesetzesnorm entgegensteht. Eine Sicherstellung des Verkäufers liegt bei einer solchen Beredung immer vor, allein keineswegs eine gesetzlich unzulässige, sondern eine gesetzlich zulässige. Danach kann denn auch hier darin, daß Schmid sich durch Vorbehalt des Eigenthums sicherte, eine unzulässige Umgehung des Gesetzes nicht gefunden werden.

5. Ob die beiden Verträge vom 3. Februar 1887 wegen Benachtheiligung der Gläubiger der Firma Rothermel & Cie mit der actio paulliana anfechtbar wären, hat das Bundesgericht gemäß Art. 29 O.-G. nicht zu untersuchen, da hiefür nach Art. 889 O.-R. kantonales Recht anwendbar ist; übrigens könnte hievon nach dem vorliegenden Thatbestande kaum die Rede sein. Aus den gleichen Gründen entzieht sich die Behauptung, daß die Ausscheidung vom 3. Februar 1887 gegen das kantonale Betreibungsgesetz verstoße, der Kognition des Bundesgerichtes.

6. Was schließlich den von der Beklagten eventuell beantragten Vorbehalt der Abrechnung anbelangt, so ist derselbe vor den kantonalen Instanzen damit begründet worden, es seien von Rothermel auf den Kaufpreis für das Druckereiinventar zwei Abschlagszahlungen von zusammen 6000 Fr. geleistet worden; diesen Betrag habe die Konkursmasse Rothermel, wenn die Vindikation gutgeheißen werde, zurückzufordern resp. es sei die klägerische Ansprache um diesen Betrag zu kürzen. Heute hat der Vertreter der Beklagten beigefügt, es stehen letzterer überdem

Forderungen für Auslagen zu, welche sie für Verwahrung und Besorgung des Druckereiinventars gehabt habe. Auf letztern Gesichtspunkt nun kann nicht eingetreten werden, da ein Anspruch in dieser Richtung, soviel aus den Akten ersichtlich, vor den kantonalen Gerichten nicht geltend gemacht worden ist. Was die behaupteten Abschlagszahlungen anbelangt dagegen, so erscheint das Begehren der Beklagten als unbegründet. Denn es ist in der That nicht erwiesen, daß Rothermel Abschlagszahlungen auf den Kaufpreis für das Druckereiinventar geleistet habe. Zwar steht fest, daß Rothermel an den Kläger wirklich seit Februar 1887 in zwei Raten von 4000 Fr. und 2000 Fr. den Betrag von 6000 Fr. bezahlt hat. Allein die Beklagte hat nun selbst zugegeben, daß bei Leistung dieser Zahlungen nicht bestimmt worden sei, dieselben werden auf den Kaufpreis für das Druckereiinventar geleistet. Bei dieser Sachlage sind gemäß Art. 101 Absatz 2 O.-R. die geleisteten Zahlungen auf die fällige Schuld des Rothermel an Schmid d. h. nicht auf den (noch nicht verfallenen) Kaufpreis für das Druckereiinventar sondern auf die Schuld für Auslösung des Gesellschaftsantheils zu verrechnen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 3. Dezember 1887 sein Bewenden.

---

20. *Arrêt du 24 Mars 1888 dans la cause Fragnière contre Duriaux.*

Alexandre Duriaux, à Pont-en-Ogoz, est admis dans sa conclusion tendant à ce qu'il soit dit et prononcé par jugement avec dépens que l'action qui lui est intentée par Marie Fragnière, à Gumefens, est inadmissible et doit être repous-