

debba essere respinta, senza che occorra di esaminare se, omettendo di dare al proprietario l'avviso richiesto dall'art. 356, essi non abbiano senz'altro assunto la responsabilità anche della sua colpa eventuale.

5. Del pari infondata è l'eccezione desunta dall'art. 354 che concede al committente un diritto, ma non gli impone un obbligo. Del resto l'art. 179 C. F. O. dispone espressamente che quando la pena fu stabilita per l'inosservanza del tempo dell'adempimento, essa potrà essere richiesta oltre l'adempimento.

Quanto all'eccezione sollevata nell'atto di duplice sulla riconvenzionale e consistente nel dire che il committente non poteva più esigere la pena, avendo accettato senza riserva l'adempimento del contratto (art. 179, al. 2), il Tribunale federale non ha più ad occuparsene, non essendo stata in oggi riproposta. Essa avrebbe in ogni modo dovuto essere considerata come tardiva di fronte al disposto degli art. 72 e seg. del codice di procedura civile ticinese.

6. Se le considerazioni suesposte dimostrano che la domanda riconvenzionale è fondata in principio, deve però in pari tempo riconoscere che la pena pattuita nel contratto è eccessiva e che di conseguenza il Tribunale federale può e deve far uso del potere accordatogli all'art. 182 per diminuirla secondo il suo prudente criterio.

Benchè infatti l'art. 180 stabilisca che la pena convenzionale è dovuta anche quando al creditore non sia derivato alcun danno, il criterio per giudicare se la pena pattuita è eccessiva non può desumersi che dall'interesse che il creditore aveva alla regolare e puntuale esecuzione del contratto. Nel caso concreto questo interesse consiste nel valore di locazione della casa costruenda. Secondo le dichiarazioni fatte in oggi dal rappresentante della ditta Brenni e Soldini e non contraddette da Pedrioli, il valore capitale di essa è di circa 15 000 fr. Risulta d'altra parte da una dichiarazione fatta dal procuratore dell'impresa davanti il Tribunale di prima istanza, che essa dà un reddito del 10 %. L'annuo canone d'affitto dovrebbe dunque essere di circa 1500 fr., mentre la pena di

20 fr. al giorno pattuita nel contratto corrisponde ad una somma annua di 7800 fr. La sproporzione tra la pena e l'interesse è evidente e eccessiva. Tenuto calcolo delle circostanze, il Tribunale federale ritiene equo di fissare a fr. 750 l'importo complessivo della multa per il ritardo verificatosi.

La somma attualmente dovuta agli attori si riduce così a fr. 3928 44.

Il Tribunale federale

pronuncia:

Il ricorso inoltrato da Giuseppe Pedrioli contro la sentenza del Tribunale di appello del Ticino è ammesso parzialmente e la pretesa della ditta Brenni e Soldini ridotta a 3928 fr. 44 c., oltre all'interesse del 5 % a partire dalla data del libello.

39. Urteil vom 26. Februar 1897 in Sachen

Flury gegen Steinbruchgesellschaft Ostermündingen.

A. Mit Urteil vom 18. Dezember 1896 hat das Obergericht des Kantons Basellandschaft erkannt: „Das Urteil des Bezirksgerichtes Arlesheim, lautend: Die beklagte Partei wird zur Bezahlung von 2212 Fr. 20 Cts. an die Klagepartei verurteilt. Sie trägt die ergangenen ordentlichen Kosten nebst 24 Fr. Vorstandesgebühr an den klägerischen Vertreter, wird bestätigt.“

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht, mit dem Antrage, es sei unter Aufhebung des obergerichtlichen Urteils die Klägerin mit ihrer Forderung gänzlich, eventuell soweit sie den Betrag von 2010 Fr. 85 Cts. übersteige, abzuweisen.

Der Vertreter der Klägerin trug auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin lieferte dem Beklagten in der ersten Hälfte des Jahres 1881 Steine für die Gesammthumme von 6376 Fr. 50 Cts. An die Rechnung, die sich durch Nichteinlösung von für dieselbe ausgestellten Wechseln auf 6440 Fr. 90 Cts. erhöht

hatte, bezahlte der Beklagte vom Juni bis August 1881 3340 Fr. 90 Cts., so daß sich die Restforderung noch auf 3100 Fr. belief. Für diesen Restbetrag stellte der Beklagte am 25. Oktober 1881 zu Gunsten der Klägerin drei Eigenwechsel aus, fällig per 15. Dezember 1881, 15. Juni 1882 und 15. Dezember 1882, die jedoch infolge Nichteinlösung durch den Beklagten von der Klägerin, um die Protest- und Retourspesen erhöht, eingelöst werden mußten, und zwar mit 3127 Fr. 65 Cts. Hieran zahlte der Beklagte in zweimalen im Ganzen 1108 Fr. 80 Cts., so daß die Klägerin noch 2010 Fr. 85 Cts. an ihn zu fordern hatte. Inzwischen, am 10. Mai 1883, war über den Beklagten infolge anderweitiger Betreibungen der Konkurs eröffnet worden. Die Klägerin ließ in demselben die genannte Restforderung durch Amtmann Stöcklin eingeben. Dieser machte jedoch folgende Eingabe:

„a. Wechsel 25. Oktober 1881 per 15. Dezember 1881	Fr. 1000 —
Retourspesen	„ 8 80
Betreibungskosten	„ 4 —
b. Wechsel pro 15. Januar 1882	„ 1000 —
Retourspesen	„ 8 20
c. Wechsel pro 15. Dezember 1882	„ 1000 —
Retourspesen	„ 9 85
	<hr/>
	Fr. 3030 85

nebst Zins zu 5 % seit Verfall;“ er unterließ also die à conto-Zahlung abzuziehen und forderte zudem beim dritten Wechsel 100 Fr. zu wenig. Die Forderung, die in der V. Klasse kolloziert wurde, kam gemäß Kollokationschein vom 29. Dezember 1883 vollständig zu Verlust. Die Klägerin schrieb hierauf die fraglichen Beträge in ihren Geschäftsbüchern ab. Sie hatte dann keinen Geschäftsverkehr mehr mit dem Beklagten bis zum Jahre 1892, von welchem Zeitpunkte an sie ihm gegen Baarzahlung wieder Steine lieferte. Nachdem sie in Erfahrung gebracht, daß der Beklagte zu neuem Vermögen gekommen sei, betrieb sie ihn im November 1895 in Baselstadt und nachdem sie dort wegen Inkompetenz abgewiesen worden war, im Jahre 1896 in Arlesheim für den Betrag von

3030 Fr. 85 Cts. „laut Auszug aus der Fallimentskollokation Urs Flury, Arlesheim, den 29. Dezember 1883.“ Der Beklagte erhob Rechtsvorschlag für den ganzen Betrag und ein hiergegen gerichtetes Rechtsöffnungs-gesuch wurde wegen Illiquidität der Forderung abgewiesen, worauf die Klägerin den ordentlichen Prozeßweg betrat. Sie fordert in demselben vom Beklagten die Bezahlung von 2212 Fr. 20 Cts., u. R.-Z., und spezifiziert diese Summe folgendermaßen:

Ursprüngliche Restforderung	Fr. 2018 85
Verzugszins à 5 % von 1009 Fr., vom 15. Januar 1882 bis 31. Dezember 1883	„ 98 80
Verzugszins à 5 % von 1009 Fr., vom 15. Dezember 1882 bis 31. Dezember 1883	„ 94 55
	<hr/>
	Fr. 2212 20

2. Von den gegen die Klage erhobenen Einreden hält der Beklagte heute zunächst noch diejenige der Verjährung aufrecht. Er stützt dieselbe in erster Linie darauf, durch Ausstellung der Wechsel vom 25. Oktober 1881 sei eine Novation der ursprünglichen Obligation in eine Wechselforderung erfolgt, für welche die dreijährige Verjährungsfrist des Art. 803 D.-R. gelte; nur diese Forderung sei im Konkurse eingegeben worden, und nachdem am 29. Dezember 1883 der Verlustschein ausgestellt worden sei, sei diese Wechselforderung gemäß Art. 807 D.-R. am 29. Dezember 1886 verjährt gewesen. Fragt es sich also zunächst, ob die behauptete Novation vorliege, so ist darauf zu verweisen, daß das fragliche Rechtsgeschäft, die Ausstellung der Wechsel, in einem Zeitpunkt fällt, in welchem das Obligationenrecht noch nicht in Kraft getreten war, vielmehr noch kantonales Recht galt; danach ist aber das Bundesgericht an den Entscheid des kantonalen Gerichtes über jene Frage gebunden und eine Überprüfung derselben ausgeschlossen. Allerdings hat das kantonale Gericht sich in dieser Hinsicht auf eidgenössisches Recht, Art. 142 D.-R., berufen. Allein es kann dies in casu doch nicht zur Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen, weil offenbar das eidg. D.-R. in dieser Beziehung mit dem frühern Rechte von Baselland übereinstimmt. Vom Bundesgerichte ist aber,

in Übereinstimmung mit Doktrin und Praxis, mehrfach ausgesprochen worden, daß die Ausstellung eines Wechsels für eine Forderung an sich noch nicht eine Novation der letztern enthalte, vielmehr nur dann, wenn die Parteien dies gewollt und unzweideutig erklärt haben (s. Entsch. des B.-Ger. i. S. Stöcklin gegen Dupré vom 4. Dezember 1896). Eine ausdrücklich hierauf gerichtete Erklärung findet sich in den Akten nirgends, und aus den Umständen kann sie ebensowenig gefolgert werden. Der Novationswille geht auch nicht daraus klar und unzweideutig hervor, daß die Klägerin im Konkurse formell nur die Wechselsforderung, nicht die ursprüngliche Forderung eingegeben hat. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte muß im Gegenteil angenommen werden, daß die Eingabe der Wechselsforderung auch eine Anmeldung der ursprünglichen Forderung enthielt, wie dies das Bundesgericht i. S. Stöcklin gegen Dupré ausgeführt hat. Ist sonach mit der Vorinstanz anzunehmen, daß die ursprüngliche Forderung aus Kauf im Konkurse eingegeben worden ist, so bleibt noch zu untersuchen übrig, ob diese Forderung seither verjährt ist, wie der Beklagte eventuell behauptet und ausführt. In dieser Hinsicht ist zu sagen: Zwar ist richtig, daß die Klägerin vom 29. Dezember 1883 — dem Tage der Ausstellung des Verlustscheins — bis zum November 1895, also mehr als zehn Jahre lang, nichts zur Eintreibung ihrer Verlustforderung gethan hat. Nun fand jedoch der Konkurs über den Beklagten zu einem Zeitpunkte statt, an welchem zwar das eidg. Schuldbtreibungs- und Konkursgesetz noch nicht in Kraft stand, wohl aber das eidg. Obligationenrecht; nach Art. 157, Abs. 3 des letztern begann die neue Verjährung, nachdem die alte durch Eingabe im Konkurse unterbrochen worden war, mit dem Zeitpunkte, in welchem die Forderung nach dem Konkursrechte wieder geltend gemacht werden konnte. Das maßgebende Konkursrecht ist dasjenige des Kantons Baselland; denn hier war der Wohnsitz des Beklagten, hier wurde der Konkurs gegen ihn durchgeführt. Der Kanton Baselland kennt nun keine gesetzliche Bestimmung darüber, ob ein Gläubiger, der beim Konkurse eines Schuldners zu Verlust gekommen, diesem gegenüber noch forderungsberechtigt ist, doch nimmt die Praxis ein solches Weiterbestehen des Anspruches an, wie aus dem vorliegenden Falle

hervorgeht. Es sind nun folgende Möglichkeiten denkbar: entweder kann der zu Verlust gekommene Gläubiger den Schuldner sofort nach Beendigung des Konkurses wieder belangen, in welchem Falle die Verjährung sofort zu laufen beginnt; oder erst, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, in welchem Falle der Lauf der Verjährung beginnt mit dem Momente der bessern Vermögensstellung oder mit dem Momente der Kenntnis des Gläubigers von demselben, oder endlich, die Forderung ist gänzlich unverjährbar. Wendet man die drei Möglichkeiten auf den vorliegenden Fall an, so gelangt man überall dazu, die Verjährung zu verneinen. Für die letzten zwei Fälle ist dies ohne weiteres klar; aber auch für den ersten, von dem die Vorinstanz ausgeht, ist die Verjährung in casu nicht eingetreten. Denn vor ihrem Ablauf trat am 1. Januar 1892 das eidg. Schuldbetr.- u. Konf.-Ges. in Kraft, und durch dasselbe wurde Art. 157, Abs. 3 O.-R. in der Weise abgeändert, daß die Forderung, die dem bei einer Pfändung oder bei einem Konkurse zu Verlust gekommenen Gläubiger zusteht, unverjährbar erklärt wurde. Nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatz nun (vergl. z. B. Regelsberger, Band. I, S. 192 sub III, 1; Windscheid, Band. I, § 32 Anm. 10; Unger, System des österr. Privatrechts, 4. Aufl., I, S. 147), findet ein Gesetz, welches eine bisher verjährende Forderung als unverjährbar erklärt, sofort mit dem Momente seines Inkrafttretens auf eine laufende, aber noch nicht vollendete Verjährung Anwendung. Dazu kommt die Vorschrift des Art. 328 Schuldbetr.- u. Konf.-Ges., wonach ein Gläubiger, welcher vor dem 1. Januar 1892 in einem Konkurse zu Verlust gekommen und nach Maßgabe des kantonalen Rechts für den Verlustbetrag noch forderungsberechtigt ist, vom 1. Januar 1892 an den Inhaber eines in Anwendung des Schuldbtreibungs- und Konkursgesetzes ausgestellten Verlustscheins rechtlich gleichgestellt wird, so daß also namentlich nach Art. 149 in Verbindung mit Art. 265 eod. seine Forderung unverjährbar wird. Nachdem das kantonale Gericht, wie oben ausgeführt, festgestellt hat, daß der im Konkurse des Schuldners zu Verlust gekommene Gläubiger forderungsberechtigt bleibt, trifft die von Art. 328 B.-Ges. über Schuldbtreibung und Konkurs erforderte Voraussetzung zu. Die Einrede der

Verjährung erscheint somit aus allen Gesichtspunkten als unbegründet.

3. Als zweite Einrede stellt der Beklagte der Klägerin die entgegen, es sei unrichtig, daß er seit Beendigung des Konkurses zu neuem Vermögen gekommen sei; die durch Art. 265 B.-Ges. betr. Schuldbetr. u. Konf. statuierte Voraussetzung einer neuen Betreibung treffe also nicht zu. Allein zur Beurteilung dieser Frage ist das Bundesgericht, wie es i. S. Schroeder gegen Demöle, Urteil vom 27. Juni 1896 (N. Slg., Bd. XXII, S. 448) ausgeführt hat, nicht kompetent, da dies eine Frage rein eskudatorischer Natur, nicht eine solche der Rechtsbeständigkeit eines Zivilanspruches, ist, und diese Frage niemals den Gegenstand eines Haupturteils im Sinne des Art. 58, Abs. 1 Org.-Ges., bilden kann. Es hat daher in diesem Punkte ohne weiteres bei dem kantonalen Urteile sein Bewenden.

4. Der Beklagte stellt endlich vor Bundesgericht noch den eventuellen Antrag, es sei die Klägerin mit dem für Verzugszinsen geforderten Posten von 193 Fr. 35 Cts. wegen Verjährung abzuweisen, da hierfür eine fünfjährige Verjährungsfrist gelte und diese schlimmsten Falls mit dem 29. Dezember 1888 abgelaufen sei. Diese Einrede ist jedoch vor den kantonalen Instanzen nicht vorgebracht worden und darf daher gemäß Art. 80 Org.-Ges. hierorts nicht gehört werden. Übrigens ist sie auch materiell unbegründet. Die Verzugszinsen, die bis zum Tage des Konkursabschlusses gefordert werden, sind als accessorige Forderung mit der Hauptforderung unverjährbar geworden, da alle rechtlichen Bestimmtheiten der Hauptverbindlichkeit ohne weiteres auch die Zinsverbindlichkeit ergreifen (Windscheid, Pand. II, § 259, Anm. 11).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet erklärt und demgemäß das Urteil des Obergerichts des Kantons Basellandschaft in allen Teilen bestätigt.

40. Urteil vom 26. Februar 1897 in Sachen Bernhard gegen Moser.

A. Mit Urteil vom 23. Oktober 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 2000 Mark nebst Zins à 5 % seit 15. August 1895 effektiv oder zu dem zur Zeit der Zahlung geltenden Tageskurs in Franken zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht. Er beantragte, die Klage sei abzuweisen.

Der Vertreter der Klägerin trug auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der in Zürich domizilierte Beklagte Alois Bernhard besitzt daselbst ein Geschäft, das er als Bank bezeichnet, und von dem er u. a. eine Zweigniederlassung in Frankfurt a. M. hat. Im Jahre 1895 betrieb er unter dem Namen „Internationale Serienlos-Gesellschaften“ folgendes neue Unternehmen: Er lud zur Beteiligung an Losen gemäß einem Verlosungsplane ein. Nach diesem Plane sollten jährlich 12 Ziehungen stattfinden, je am 1. jeden Monats; die Ziehungen betrafen Prämienserienlose deutscher und österreichischer Eisenbahn- und Staatsanleihen. Die Lose waren in 100 Anteile geteilt. Die Teilnehmer konnten sich für das ganze Jahr beteiligen, gegen einen Jahresbeitrag von 120 Mark, oder für eine, „je eine abgeschlossene Kontopost bildende“, Ziehung pro Monat, gegen Erlegung von 10 Mark, sowie für verschiedene Monate; auf Wunsch wurden auch Halbmonats- und Viertelmonatsanteile ausgegeben. Die Zahlung des Beitrages berechnete jeweils zur Teilnahme an der nächstfolgenden Ziehung. In Prospekten und Zeitungsinseraten machte der Beklagte für sein neues Unternehmen Reklame. Die sich Anmeldenden erhielten einen Anteilsschein, der den Prospekt, sowie den Verlosungsplan enthielt; auf letzterem waren die für jeden Monat in das Unternehmen eingeschlossenen Ziehungen und die bezüglichlichen Treffer angegeben. Dem Verlosungsplane waren „Bestimmungen“, « conditions »,