

Beklagten in seinem heutigen Vortrag zutreffend geltend gemacht wurde, wegen Inkompetenz in der Sache selbst, *ratione materiae*, auf die Streitfache, und also auch auf die Berufung, nicht eintreten kann.

3. In dieser Beziehung fällt nämlich in Betracht: Der klägerische Rechtsanspruch an sich ist allerdings obligationenrechtlicher Natur und also vom eigentümlichen Recht beherrscht, da er ein Anspruch aus Hinterlegungsvertrag (oder vielleicht aus Darlehen) ist. Allein streitig ist nicht das Recht des Klägers auf Herausgabe des Depositums an sich — der Kläger ist ja auch gar nicht Deponent —, sondern streitig ist sein Begehren zur Erhebung des Depositums seiner Ehefrau, und zwar kraft ehelichen Güterrechts. Im Streite liegt somit einzig und allein eine Frage des ehelichen Güterrechts, also des kantonalen Privatrechts. Bundesrecht steht hiebei nur insoweit in Frage, als — auf Grund des BG betr. zivilr. V. d. N. u. A., Art. 19 — vorab zu entscheiden ist, auf Grund welchen ehelichen Güterrechts (Zugern? Flüelen? Laufen?) die streitige güterrechtliche Frage zu entscheiden ist. Dieser Entscheid aber ist gemäß Art. 38 des genannten Gesetzes der II. Abteilung des Bundesgerichtes auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses zu unterbreiten und kann nicht mittelst Berufung erwirkt werden. Allerdings hat das Bundesgericht zu wiederholten Malen — vergl. US 20 S. 651 Erw. 3; 21 S. 115 f. Erw. 1 — die Berufung wegen Verletzung des erwähnten Bundesgesetzes für zulässig erklärt; allein das ist jeweilen nur geschehen in Fällen, in denen diese Verletzung als bloßer Inzidentpunkt in einer vom eigentümlichen Rechte beherrschten Streitfache erschien, das Bundesgericht in der Sache selbst als Berufungsinstanz kompetent war; vergl. speziell US 24 II S. 356 Erw. 2; 29 II S. 198 f. Hier nun kommt, nach dem gesagten, eigentümliches Recht außerhalb des genannten Bundesgesetzes überhaupt nicht in Frage, vielmehr ist das Bundesgericht in der Sache selbst als Berufungsinstanz inkompetent und die Berufung unzulässig; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

### 86. Urteil vom 2. November 1906 in Sachen Eggenberger, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Geng, Kl. u. Ber.-Bekl.

**Grundversichertes Darlehen. 337 OR.** *Es wird im ganzen Umfang vom kantonalen Recht beherrscht, speziell auch bezüglich der Frage des Einflusses des Konkurses des Borgers auf das Darlehensversprechen (Art. 332 OR).*

Das Bundesgericht hat,

da sich ergeben:

A. Durch Urteil vom 2. Juli 1906 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Beklagter wird zur Zahlung von 2194 Fr. 45 Cts. und 5 % Zins seit 4. März 1905, als dem Tage des Konkursausbruchs, verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Er stellt die Anträge:

„Es sei unter Aufhebung des Urteils des Appellationsgerichtes „des Kantons Baselstadt der Kläger gänzlich abzuweisen; speziell:

„a) es sei zu erkennen, daß die Erwägung des zweitinstanzlichen „Urteils, wonach der Berufungskläger Eggenberger schon durch „die Ausstellung der Kredithypothek II. Ranges für die Gegen- „leistung gemäß Art. 96 und 332 OR sichergestellt und wonach „die Gegenleistung überhaupt großenteils schon vollzogen gewesen „sei, unrichtig ist und im Widerspruch mit den Akten steht;

„b) es sei zu erkennen, daß die Erwägung des zweitinstanzlichen „Urteils, wonach der Vorbehalt des Hinausschiebens des Zah- „lungstermins bis nach Vollendung der Arbeit nicht bedeuten „könne, daß, wenn die Arbeit — zumal durch ein außerhalb der „Schuld des Arbeitsübernehmers liegendes Ereignis — nicht vol- „endet wird, das bisher geleistete nicht bezahlt werden müsse, und „der Arbeitgeber dadurch einen ganz ungerechtfertigten Gewinn in „die Tasche stecken könne, sondern höchstens, daß die Arbeit vollendet „werden müsse, unrichtig ist und im Widerspruch zu den Akten „steht;

„c) es sei zu erkennen, daß die Erwägung des zweitinstanzlichen

„Urteils, wonach der Berufungskläger selber mit dem Berufungs-  
 „beklagten ein Abkommen betr. Vollenbung der Arbeiten getroffen  
 „habe und wonach die Voraussetzung der Kreditgewährung und  
 „der aus ihr folgenden Zahlungspflicht des Berufungsklägers  
 „heutzutage erfüllt sei, unrichtig ist und im Widerspruch mit den  
 „Akten steht.

C. Der Kläger stellt in der Antwort die Anträge:

„1. Auf das Rechtsbegehren des Rekurrenten sei wegen In-  
 „kompetenz nicht einzutreten.

„2. Eventuell sei dasselbe gänzlich abzuweisen“; —

in Erwägung:

1. Der Sparverein Basler Lehrer, dessen Vorstandsmitglied der  
 Beklagte war, hatte im Juli 1904 dem nunmehr schuldenflüchtigen  
 Baumeister Friedrich Walther einen Bauplatz an der Güterstrasse  
 in Basel verkauft, und der Beklagte hatte hiebei einen Baukredit  
 von 23,000 Fr. persönlich bewilligt und durch eine Kredit hypo-  
 thek II. Ranges auf der verkauften Parzelle sichergestellt. Walther  
 übertrug die Schreinerarbeiten an dem zu errichtenden Neubau  
 dem Kläger. Nachdem dieser die Arbeiten zum Teil ausgeführt  
 hatte, wandte er sich an den Beklagten, um von ihm direkt Zah-  
 lung zu erlangen. Der Beklagte machte ihm am 18. Dezember  
 1904 folgende Mitteilung: „Laut Schreiben von heute habe ich  
 „Notiz genommen, daß Herr Walther Ihnen vom Baukredit Güter-  
 „strasse 308, 2000 Fr. nach erstellter Arbeit und 1000 Fr. nach  
 „definitiver Schätzung abtritt. Die Zahlung geschieht durch den  
 „Unterzeichneten.“ In der Folge verweigerte der Beklagte die Aus-  
 zahlung der 2000 Fr. an den Kläger. Nachdem über Walther  
 am 12. April 1905 der Konkurs eröffnet worden war, in dem  
 der Kläger mit der von ihm angemeldeten Forderung von 2576 Fr.  
 20 Cts. admittiert wurde, und bei der Verwertung die Plegen-  
 schaft am 7. September 1905 der Spargenossenschaft Basel zuge-  
 schlagen worden war, verlangte nun der Kläger vom Beklagten  
 mit Klage vom 16. Januar 1906 Zahlung von 2576 Fr. 20 Cts.  
 nebst 5% Zins seit 4. März 1905. Der Kläger stützte sich da-  
 bei auf das Versprechen des Beklagten vom 18. Dezember 1904,  
 in dem eine Zession des Anspruches, den Walther aus dem ihm  
 vom Beklagten gewährten Baukredite habe, für den Betrag der

vom Kläger geleisteten Arbeit liege. Der Beklagte hat u. a. ein-  
 gewendet, daß seine Verpflichtung zur Kreditgewährung gegenüber  
 Walther durch dessen Konkurs dahingefallen sei und also auch der  
 Zessionar, der heutige Kläger, davon betroffen werde. Während  
 die I. Instanz diesen Standpunkt des Beklagten geteilt und dem-  
 nach die Klage abgewiesen hat, führt die II. Instanz in ihrem  
 heute angefochtenen Urteile über diesen Punkt (die Befreiung des  
 Schuldners) aus: „Art. 332 OR läßt solche Befreiung zu „im  
 „Sinne des Art. 96“, d. h. der Kreditversprechende kann seine  
 „Leistung nur zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt  
 „ist. Diese Sicherstellung ist nun schon dadurch erfolgt, daß Walther  
 „dem Beklagten bis auf die Höhe des zugesicherten Kredites eine  
 „Kredit hypothek ausgestellt hat, die allerdings eine Hypothek zweiten  
 „Ranges ist, die aber der Beklagte als genügende Sicherung angefe-  
 „hen hat, da er sie sonst nicht angenommen hätte. Außerdem aber  
 „ist im Augenblicke des Konkursausbruches die Gegenleistung für  
 „die zugesicherte Kreditgewährung nicht nur sichergestellt, sondern  
 „größenteils schon vollzogen gewesen. Diese vom Zessionar ausge-  
 „führte Gegenleistung kann vom Beklagten nicht dadurch als un-  
 „wirksam und für ihn unmaßgeblich behauptet werden, daß sein  
 „Schreiben vom 18. Dezember 1904 die Auszahlung des zehnten  
 „Kreditsummebetrages erst „nach erstellter Arbeit“ zugesichert  
 „habe. Der Vorbehalt des Hinausschiebens des Zahlungstermins  
 „bis nach Vollenbung der Arbeit kann nicht bedeuten, daß, wenn  
 „die Arbeit, zumal durch ein außerhalb der Schuld des Arbeits-  
 „übernehmers liegendes Ereignis, nicht vollendet wird, das bis-  
 „her Geleistete nicht bezahlt werden müsse, und der Arbeitgeber  
 „dadurch einen ganz ungerechtfertigten Gewinn in die Tasche stecken  
 „könne, sondern höchstens, daß die Arbeit vollendet werden muß.  
 „Dies ist aber geschehen; der Beklagte hat selber mit dem Kläger  
 „das bezügliche Abkommen getroffen, und die Voraussetzung der  
 „Kreditgewährung und der aus ihr folgenden Zahlungspflicht des  
 „Beklagten ist heutzutage erfüllt.“

2. Für das Bundesgericht erhebt sich vor allem die Frage, ob  
 auf das vorliegende Streitverhältnis eidgenössisches Recht Anwen-  
 dung finde und damit die Kompetenz des Bundesgerichtes zur  
 materiellen Beurteilung der Sache gegeben sei. Die I. Instanz

hatte nun über diesen Punkt ausdrücklich ausgeführt, der Kreditvertrag, der zwischen dem Beklagten und dem Konkursiten Walthert abgeschlossen worden sei, qualifiziere sich als ein dem kantonalen Recht (OR 337) unterstehender hypothekarisch versicherter Darlehensvertrag. Da jedoch das baselstädtische Recht keine Bestimmungen über dieses Rechtsverhältnis aufweise, sei subsidiär das Obligationenrecht (Titel X) anwendbar. Die II. Instanz weist diese Auffassung nicht zurück, sondern billigt sie stillschweigend, indem sie direkt auf die Bestimmungen des Obligationenrechts eingeht und an Hand dieser Bestimmungen das Streitverhältnis beurteilt. Es erhellt daraus, daß die Vorinstanz das eidgenössische Obligationenrecht qua kantonales Recht angewendet hat, und es fragt sich nun, ob in der Tat auf das ganze Streitverhältnis kantonales Recht Anwendung finde, die Bestimmungen des Obligationenrechts nur als Kraft kantonales Rechts anwendbar zu erklären seien, oder ob gegenteils diese Bestimmungen direkt, als Bestimmungen des eidgenössischen Rechtes, auf den Streit Anwendung zu finden haben. Diese Frage ist im ersteren Sinne zu lösen. Art. 337 OR, der am Schlusse des Titels über den Darlehensvertrag steht, behält ganz allgemein für grundversicherte Darlehen das kantonale Recht vor, und dieser allgemeine Vorbehalt sowie auch der Umstand, daß er am Schlusse des betreffenden Titels gemacht ist, zeigt schon zur Genüge, daß grundversicherte Darlehen in allen seinen Beziehungen vom kantonalen und nicht vom eidgenössischen Recht beherrscht sein soll. Das muß aber auch aus dem engen Zusammenhang des grundversicherten Darlehens mit dem kantonalen Hypothekarrecht gefolgert werden; und da das Bundesgericht das (obligatorische) Pfandversprechen über Liegenschaften als dem kantonalen Recht unterstehend erklärt hat (US 16 S. 399 Erw. 3), so muß das kantonale Recht a fortiori Anwendung finden auf den grundversicherten Darlehensvertrag, und zwar in allen seinen Beziehungen. Das ist denn wohl auch die Meinung des Bundesgerichts im eben zitierten Urteile, wie denn überhaupt das Bundesgericht stets davon ausgegangen ist, daß da, wo der Vorbehalt des Gesetzes zu Gunsten des kantonales Rechtes allgemein lautet (z. B. Art. 231, 76), das ganze Institut dem kantonalen Recht überlassen sei. Auch Solban, Le Code fédéral

des Obligations et le droit cantonal, S. 189, steht auf diesem Boden. (A. A. Hafner, wenigstens in der 1. Auflage seines Kommentars.) Speziell die hier den Rechtsstreit entscheidende Frage des Einflusses des Konkurses des Borgers auf das Darlehensversprechen, die in Art. 332 OR geregelt ist, wird ebenfalls vom kantonalen Recht ergriffen. Auf die Berufung ist daher wegen Inkompetenz des Bundesgerichts nicht einzutreten; —

erkannt:

Auf die Berufung wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichts nicht eingetreten.

### 87. Urteil vom 2. November 1905 in Sachen Gummert, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Seri, Bekl. u. Ber.-Bekl.

*Haftung des Tierhalters, Art. 65 OR. — Automobilunfall, herbeigeführt durch das Anspringen eines Hundes gegen ein Automobil. Tatbestandfeststellung; Aktenwidrigkeit? Art. 81 Abs. 1 OG. Kausalzusammenhang zwischen dem Tun des Hundes und dem Unfall.*

A. Durch Urteil vom 28. Juni 1906 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

Der Kläger ist mit seinem Klagebegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit der er beantragt:

In Abänderung des angefochtenen Urteils sei zu erkennen:

Der Beklagte Seri sei gehalten, dem Kläger zu bezahlen 2066 Fr. 75 Cts. und Zins davon à 5 % seit Anhebung der Klage (22. November 1904), eventuell einen nach Ermessen des Gerichts reduzierten Betrag.

C. Der Beklagte hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger leitet seine Klage aus einem Automobilunfall her, der ihn Sonntags den 5. Juni 1904 getroffen hat. Er hatte an diesem Tage mit seiner Frau und seinem Sohne eine Auto-