

unfähig ist, auf Verlangen des Beklagten zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten verhalten werden. Allein diese Bestimmung gilt nicht für das Berufungsverfahren vor Bundesgericht. Denn Art. 85 OG erwähnt in seiner Aufzählung der Vorschriften der BZP, welche, soweit das OG keine abweichenden Vorschriften enthält, auch für das Berufungsverfahren Anwendung finden, den Art. 26 nicht, sondern übergeht ihn in unzweideutiger Weise, indem er als anwendbar aufführt die „Art. . . . 19 bis 25, 28 bis 40 . . . “. Überdies bestimmt Art. 213 OG (unter dem Titel „Prozeßkosten im Zivilprozeß“, der für das im OG geregelte Berufungsverfahren unzweifelhaft maßgebend ist), abweichend von Art. 26 BZP: „Wenn eine Partei in der Schweiz „keinen festen Wohnsitz hat, so ist sie gehalten, für die Prozeßkosten und eine allfällige Prozeßentschädigung . . . Sicherheit zu leisten.“ Dieser klare Gesetzesinhalt zwingt zu der Annahme, daß eine Versicherungspflicht des Berufungsklägers für die Prozeßkosten vor Bundesgericht wegen erweislicher Zahlungsunfähigkeit nicht besteht. Angesichts der Fassung, einerseits des Art. 85 OG, und anderseits des Art. 213 OG, kann schlechterdings nicht mit der Gesuchstellerin dahin argumentiert werden, der Gesetzgeber habe vermutlich „aus Versehen“ den Fall der erweislichen Zahlungsunfähigkeit als Grund für die Sicherstellung der Prozeßkosten im OG weggelassen. Vielmehr muß in dieser Weglassung eine bewußte Abänderung der BZP erblickt werden, die sich speziell für das Berufungsverfahren wohl daraus erklärt, daß sich ja die berufungsbeklagte Partei von Gesetzeswegen ohne Rechtsnachteil einer besonderen Verteidigung in der Berufungsinstanz enthalten kann (Art. 72 Abs. 1 und 74 Abs. 3 OG; vgl. dazu Weiß, Berufung, S. 141 und 143). Im gleichen Sinne hat das Bundesgericht denn auch schon durch (nicht publizierten) Beschluß vom 16. September 1904 in der Berufungsstreitsache Konkursmasse Kanitz & Cie gegen Gauß entschieden; —

beschlossen:

Das Kostenversicherungsgesuch der Berufungsbeklagten wird abgewiesen.

48. Urteil vom 29. April 1910

in Sachen **Genossenschaft Südwestplateau**, Kl. u. Ber.-Kl.,
gegen **Hauert**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Mangel des Erfordernisses der Anwendung oder Anwendbarkeit eidg. Rechts (Art. 56 OG): Regress- bzw. Bereicherungsanspruch eines Hypothekargläubigers, der auf einer vom kant. Hypothekarrecht bedingten Voraussetzung beruht, bei Verneinung dieser Voraussetzung durch die kant. Gerichte.

A. — Georg Friedrich Hauert in Kandern (Baden) besaß für eine Forderung von 6200 Fr. an den Ehegatten Schatzmann-Eßlinger eine Hypothek auf die Hälfte von je zwei Liegenschaften, Bartenheimerstraße 15 und 17, in Basel, die ihm und den Ehegatten Schatzmann-Eßlinger gemeinsam gehörten. Auf der ganzen Liegenschaft Bartenheimerstraße 15 lastete, derjenigen Hauerts vorgängig, eine Hypothek von 20,000 Fr. zu Gunsten der Schweiz. Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, Solidarschuld der Ehegatten Schatzmann-Eßlinger und Hauerts; auf der ganzen Liegenschaft Bartenheimerstraße 17 lastete eine andere Hypothek von 20,000 Fr. zu Gunsten von Ubele Bujard, ebenfalls Solidarschuld der Ehegatten Schatzmann-Eßlinger und Hauerts. Auf den Hauert verpfändeten Liegenschaftshälften lastete ferner eine Hypothek zu Gunsten der Basler Kantonalbank für eine Schuld der Ehegatten Schatzmann-Eßlinger von 60,000 Fr.

Zufolge Grundpfandbetreibung Hauerts kamen die ihm verpfändeten Liegenschaftsanteile der Ehegatten Schatzmann-Eßlinger zur Verwertung. Im Lastenverzeichnis wurden die ersten Hypotheken der Schweiz. Lebensversicherungs- und Rentenanstalt und der Ubele Bujard in ihrem vollen Betrage von je 20,000 Fr. nebst Zins aufgenommen, ohne daß hiegegen Einspruch erhoben wurde. Ebenjowenig wurden die Steigerungsbedingungen angefochten, die bestimmten, daß der Zuschlag des Hälfteanteils nur bei einem Mindestangebot erfolge, das die vorgehenden Hypotheken ganz decke. Die beiden Hälften wurden um ungefähr die festgesetzten Mindestpreise Hauert zugeschlagen, der die Forderungen der vor-

gehenden Pfandgläubiger mit ihrer Zustimmung auf Rechnung des Erwerbspreises übernahm. Auf den Erlös wurden in der Hauptsache die vorgehenden Pfandgläubiger, für einige überbleibende Franken Hauert, angewiesen. Die Restforderung Hauerts und die Forderung der Kantonalbank kamen zu Verlust.

Auf eine gegen diese Verteilung von der Basler Kantonalbank erhobene Beschwerde trat die Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursfachen wegen Inkompetenz nicht ein. Die Rechte der Kantonalbank aus ihrer Hypothek gingen in der Folge auf die Genossenschaft Südwestplateau in Basel über.

B. — Nachdem diese Genossenschaft gegen Hauert auf Liegenschaften in Basel Arrest erwirkt und Betreibung eingeleitet hatte, gegen die der Betriebene Rechtsvorschlag erhob, und nachdem sie mit einem Begehren um provisorische Rechtsöffnung abgewiesen worden war, reichte sie am 11. Oktober 1909 gegen Hauert Klage ein mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zur Zahlung von 7542 Fr. 35 Cts. nebst 5 % Zins seit 7. Oktober 1907, sowie weiterer 7 Fr. zu verurteilen.

Die Klage wurde in grundsätzlicher Hinsicht folgendermaßen begründet: Aus dem Erlös der Liegenschaftsanteile der Ehegatten Schatzmann-Eglinger seien die beiden ersten Hypotheken vollständig bezahlt worden. Damit sei auch der Anteil des Beklagten an der Schuld der beiden ersten Hypotheken bezahlt worden. Dadurch sei der Beklagten demjenigen, der die Zahlung geleistet habe, regreßpflichtig geworden. In Ermangelung anderer Abrede erstrecke sich die Regreßpflicht auf die Hälfte der Forderungen. Nun habe die Kantonalbank infolge ihres Pfandrechts Anspruch gehabt auf den vollen Betrag des Ganterlöses bis zur Deckung ihrer Forderung, und dieser Anspruch bewirke, daß nicht Schatzmann, sondern der Bank das Regreßrecht gegenüber Hauert zustehe. Die Kantonalbank hätte denjenigen Teil des Ganterlöses erhalten, der übrig geblieben wäre, wenn lediglich der Hälfteanteil Schatzmanns an den beiden ersten Hypotheken und nicht auch der Hälfteanteil des Beklagten an dieser Schuld daran bezahlt worden wäre. Die Kantonalbank habe somit als Pfandgläubigerin eine andere auf ihrem Pfande haftende Forderung gegen den Beklagten bezahlt, dadurch daß das Betreibungsamt, das auch als Stellvertreter der Pfandgläubiger handelte, den ganzen Ganterlös bis zu ihrer völligen Deckung

den ersten Hypotheken zugewiesen habe. Sie sei dadurch in die Rechte des Solddarfschuldners Hauert eingetreten. Jedenfalls hafte der Beklagte aus dem Titel der Bereicherung.

Der Beklagte schloß auf Abweisung der Klage, und die beiden kantonalen Instanzen haben in diesem Sinne geurteilt, wobei das Appellationsgericht das Urteil des Zivilgerichtes auch in den Motiven bestätigte. Diese gehen dahin: Die Klägerin leite ihre Rechte aus dem von Schatzmann-Eglinger zu Gunsten der Basler Kantonalbank ausgestellten Hypothekarartikel für 60,000 Fr. ab. Nun habe die Kantonalbank an den beiden Liegenschaftsanteilen, die dem Schatzmann gehörten, bloß ein Pfandrecht besessen. Daraus folge, daß der Gesamtaufpreis, der an Stelle der Liegenschaftsanteile trat, nicht, wie die Klage zu behaupten scheine, Vermögen der Kantonalbank, sondern Vermögen Schatzmanns war und die Ablösung der ersten Hypotheken, deren Mitschuldner der Beklagte war, somit aus dem Vermögen Schatzmanns erfolgte. Ein Anspruch gegenüber dem Beklagten aus dieser Ablösung könne daher nur dem Schatzmann, nie der Kantonalbank zustehen. Allerdings habe der Pfandgläubiger Anspruch auf den Pfanderlös, bevor dem Eigentümer davon etwas zukommen könne. Allein das Pfandrecht erstrecke sich nicht auf den Regreßanspruch, der dem Eigentümer durch die Tilgung einer hypothekarisch versicherten Forderung aus dem Pfanderlös gegenüber einem Solddarfschuldner entstehe. Denn dieser Regreßanspruch sei nicht Teil des Pfanderlöses, auf den der Pfandgläubiger allein Anspruch habe, sondern eine persönliche Forderung des Eigentümers des Pfandes, die nicht in der Verwertung des Unterpfandes, sondern in der Zahlung der ganzen ersten Hypotheken aus dem Vermögen des Pfandeigentümers ihren Ursprung habe. Und möge auch richtig sein, daß der Kantonalbank dann, wenn die ersten Hypotheken nur zur Hälfte am Ganterlös partizipiert hätten, der eingeklagte Betrag zugefallen wäre, so ergebe sich daraus noch nicht eine Regreßpflicht des Beklagten ihr gegenüber, indem derselbe eben zur Kantonalbank in keiner rechtlichen Beziehung gestanden habe.

C. — Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt unter Aufnahme des Klagebegehrens.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die Klage beruht — und zwar sowohl insofern, als sie sich auf den Subrogations-, als auch insofern, als sie sich auf den Bereicherungsstandpunkt stellt — auf der Voraussetzung, daß der Erlös aus den beiden Liegenschaftsanteilen, der zur Ablösung der darauf lastenden ersten Hypotheken diente, zum Teil der Kantonalbank gehört habe und ihr hätte zukommen sollen, weshalb der Bank ein Anspruch auf Rückerstattung des von ihr bezahlten Teils gegenüber dem Beklagten als Solidarschuldner der aus dem Pfanderlös getilgten ersten Hypotheken erwachsen sei. Ob nun aber jene Voraussetzung zutrefte, ob also der Kantonalbank wirklich ein Teil des Pfanderlöses zustand oder hätte zukommen sollen, ist eine Frage des kantonalen Hypothekarrechts. Es handelt sich dabei ausschließlich darum, welche Rechte der Kantonalbank an den Unterpfändern aus ihrer Hypothek zustanden und in welchem Verhältnisse dieses ihr Pfandrecht zu dem Pfandrechte stand, das vorgehend auf den Unterpfändern, sei es bloß auf den ihr verpfändeten Liegenschaftshälften, sei es auf den ganzen Liegenschaften, lasteten. Eidgenössisches Recht kommt dabei nicht in Betracht, ob nun der Anspruch damit begründet werde, daß deshalb, weil für die ersten Hypotheken die ganzen Liegenschaften, nicht nur die der Bank verpfändeten Hälften, lasteten, auf diese nur die Hälfte der ersten Hypotheken hätte verlegt werden dürfen, sei es, daß der Anspruch aus der Solidarhaft zweier Schuldner für die ersten Hypotheken hergeleitet werde, die bewirkt hätte, daß durch die Bezahlung der ersten Hypotheken aus dem Pfanderlös dem Pfand-eigentümer eine Regressforderung an den befreiten Solidarschuldner entstanden und an die Stelle der Pfänder getreten wäre. Wenn daher die Vorinstanzen jene Voraussetzung als nicht gegeben erklärten und aus diesem Gesichtspunkte die Klage abwiesen, so kann das Bundesgericht dieses Urteil, da dabei eidg. Recht nicht anzuwenden war und nicht angewendet wurde, nicht nachprüfen. Es ließe sich zwar denken, daß das eidgen. Betreibungsrecht für den Fall der zwangsweisen Verwertung von Pfändern, die mit andern Pfändern oder die für solidarische Schulden verpfändet sind, Bestimmungen aufstellte, wie der Pfanderlös zu behandeln sei. Allein derartige Bestimmungen bestehen tatsächlich nicht; die

Regelung dieser Verhältnisse ist vielmehr gänzlich dem kantonalen Recht überlassen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

49. Urteil vom 24. Juni 1910 in Sachen
Dartois, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Stöcklin-Pfund, Bekl. u.
Ber.-Bekl.

Mangelnde Voraussetzung der Anwendung und Anwendbarkeit eidgen. Rechts (Art. 56 OG). Bei zweiseitigen Verträgen hängt das anzuwendende Recht grundsätzlich von dem aus dem Vertrage selbst sich ergebenden Parteiwillen ab, das Verhalten der Parteien im Prozesse fällt lediglich als Indiz für den Vertragswillen in Betracht. Vertragsauslegung: Anwendbarkeit ausländischen Rechts beim Kaufvertrag (Verpflichtungen des ausländischen Verkäufers). Bedeutung des Erfüllungsortes.

Das Bundesgericht hat,
nachdem sich aus den Akten ergeben hat:

A. —* Die Anfangs 1903 in Liquidation getretene Kommanditgesellschaft Pfister, Stöcklin & Cie. in Basel, deren Mitglied der Beklagte Stöcklin-Pfund gewesen war, hatte im Jahre 1901 beim Kläger Dartois in Charleroi zu verschiedenen Malen Stahl bestellt. Aus diesen Geschäften, für die vertraglich Charleroi der Erfüllungsort war, entstanden in der Folge Differenzen. Laut der vorliegenden Klage will nun der Kläger den Beklagten solidarisch mit seinem frühern Mitgeschäftspartner Pfister zur Bezahlung eines aus jenem Geschäftsverkehr herrührenden Forderungsbetrages von total 14,622 Fr. 45 Cts. samt Zins zu 5 % seit dem 9. Oktober 1906 (Anhebung der Betreibung) verhalten wissen. Er bringt dabei an, daß für die streitigen Kaufgeschäfte die allgemeinen Bedingungen (conditions générales) gelten, die im belgischen Stahl-

* Teilweise gekürzt.

(Anm. d. Red. f. Publ.)