

nungsprozeß unterliegenden angeblichen Gläubiger mit diesen Kosten ganz oder teilweise belasten könnte. Die Frage, die mit der Auffassung über die Natur der Aberkennungsklage zusammenhängt, ist kontrovers und teils verneint (vergl. Jaeger, Komm., Art. 83 Note 10), teils bejaht worden (vergl. Reichel, Komm., Art. 83 S. 89/90, Emil Huber, in der Zsch. f. Schweiz. R., 1908 S. 45 ff., Brand, Archiv, 13 (1909) S. 33 ff.). Die erstere Lösung erscheint als die richtige. Denn die Aberkennungsklage hat nur die Feststellung der Nichtexistenz der Forderung, nicht aber auch die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung zum Zwecke, sie ist nicht etwa ein Rechtsmittel gegenüber dem Rechtsöffnungsentscheid. Dieser bleibt, auch wenn die Aberkennungsklage geschützt wird, für die Kosten dennoch vollziehbar, die eben deshalb bezahlt werden müssen, weil der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren unterlegen ist, woran auch der Umstand, daß er im Aberkennungsprozeß obsiegt, nichts zu ändern vermag. Die Vorinstanz hat somit unzuständigerweise auf Aberkennung der ordentlichen und außerordentlichen Rechtsöffnungskosten erkannt, und es muß daher in diesem Punkte die Berufung gutgeheißen und insoweit kantonale Urteil aufgehoben werden.

66. Extrait de l'arrêt du 15 juillet 1910 dans la cause  
« La Bâloise », déf. et rec.,  
contre Masse en faillite Aebischer, dem. et int.

Art. 136 al. 2 et 259 LP: Le moment ainsi que la forme du transfert de propriété des immeubles, par nature ou par destination, vendus aux enchères ensuite de saisie ou de faillite est réglé par le droit cantonal. Application du droit fribourgeois (art. 41 et suiv. loi exéc. LP.). — Cas de faillite du preneur d'une assurance mobilière contre l'incendie; succession de la masse dans le contrat (art. 55 LCA).

Joseph Aebischer, propriétaire de l'hôtel « Alpenklub » à Planfayon, a conclu le 19 janvier 1906 avec la C<sup>ie</sup> d'assurance « La Bâloise » une assurance mobilière contre l'in-

condie dont la police contenait parmi les « conditions générales » du contrat entre autres la disposition suivante :

Art. 5. « S'il survient pendant le cours de l'assurance une augmentation quelconque des chances d'incendie, si les objets assurés passent à un nouveau propriétaire autrement que par héritage (texte allemand : « wenn ein Wechsel des Eigentümers oder Besitzers der versicherten Gegenstände in andern als Erbschaftsfällen stattfindet »), les engagements pris par celle-ci (la C<sup>ie</sup>) cessent de plein droit et les primes payées lui sont acquises. Mais ces engagements reprennent leur effet si la Compagnie, après avoir reçu communication des changements survenus, a donné par une déclaration écrite son consentement à la continuation de l'assurance. »

Le 2 mars 1906 J. Aebischer a été déclaré en faillite.

Le 3 mai 1906 l'administration de la masse Aebischer a procédé à la vente aux enchères de l'hôtel « Alpenklub » et de son mobilier, envisagé comme immeuble par destination. Les conditions de la vente portaient que le prix d'achat était payable dans un délai de cinq mois, que l'acquéreur ne pourrait aliéner ou hypothéquer l'immeuble avant paiement total de ce prix et que le transfert de la propriété et de la possession n'aurait lieu qu'une fois que toutes les conditions de la vente auraient été remplies.

L'immeuble a été adjugé à un consortium de 9 personnes pour la somme globale de fr. 100 000. La révélation de l'adjudication provisoire a été faite au contrôle des hypothèques le 2 juin 1906.

Le 31 mai 1906 un incendie a détruit le village de Planfayon ; l'hôtel « Alpenklub » a été détruit avec tout ce qu'il contenait, à part quelques meubles et du vin pour une valeur de 385 fr. A la suite de ce sinistre l'adjudication provisoire de l'hôtel prononcée en faveur du consortium a été annulée et la masse de la faillite Aebischer a demandé à la C<sup>ie</sup> « La Bâloise » de l'indemniser conformément au contrat conclu avec le failli pour le mobilier détruit par l'incendie.

Sur le refus de la C<sup>ie</sup> la masse lui a ouvert action, en con-

cluant, entre autres, à ce qu'il soit prononcé qu'elle était au moment du sinistre au bénéfice de l'assurance contractée par J. Aebischer.

La « Bâloise » a conclu à libération, en opposant à l'action de la demanderesse en première ligne une exception de déchéance du contrat, tirée de la faillite d'Aebischer et du transfert de la propriété et de la possession des objets assurés, sans le consentement de la C<sup>ie</sup>, ce en violation de l'art. 5 des conditions générales.

Les tribunaux fribourgeois ont écarté cette exception, et le Tribunal fédéral a confirmé leur décision par les

*considérants suivants :*

(1. —) La première exception de déchéance que la recourante oppose à l'action de la demanderesse se fonde sur l'art. 5 des conditions générales sous lesquelles l'assurance a été contractée. Elle prétend qu'il y a eu pendant le cours de l'assurance, un changement de propriété et de possession des objets assurés qui a eu pour effet de la délier des engagements pris par elle. Ce changement de propriété résulte, d'après elle, soit du fait même de la faillite de Aebischer, soit surtout du fait que les objets assurés ont été vendus à des tiers par la masse de la faillite.

C'est avec raison que l'instance cantonale a écarté cette exception de déchéance.

Tout d'abord la faillite n'a pas à elle seule pour conséquence de priver le failli de la propriété et de la possession de son patrimoine et de transférer celui-ci à la masse. Le failli perd sans doute l'administration et la libre disposition de ses biens, mais, jusqu'au moment où ils sont réalisés, il en reste propriétaire. La masse n'avait donc pas l'obligation de porter la faillite à la connaissance de la C<sup>ie</sup> et de lui demander son consentement à la continuation de l'assurance. Celle-ci continue de plein droit, nonobstant la faillite, pour autant du moins qu'une clause particulière de la police ne réserve pas à l'assureur le droit de se départir du contrat en cas de faillite de l'assuré. En l'espèce, le contrat ne contenant aucune clause semblable, la masse de J. Aebischer

est au bénéfice de l'assurance conclue par le failli (cf. art. 55 LF sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908).

Quant à la vente du mobilier assuré, on doit observer qu'affecté à l'exploitation de l'hôtel il était immeuble par destination et qu'il a été vendu en même temps et sous les mêmes conditions que l'hôtel lui-même ; au point de vue du transfert de propriété il partage le sort de l'immeuble et par conséquent la question qui se pose est celle de savoir si le consortium qui, par l'adjudication du 3 mai 1906, a acheté l'hôtel en bloc en est devenu propriétaire, soit immédiatement par le fait même de l'adjudication, soit du moins antérieurement au jour de l'incendie.

La LP ne fixe pas le moment auquel a lieu la mutation de propriété des immeubles vendus aux enchères ensuite de saisie ou de faillite. Le projet du Conseil fédéral prévoyait que « l'adjudicataire devient immédiatement propriétaire, alors même qu'un terme serait accordé pour le paiement, » mais au cours des discussions aux Chambres fédérales ce texte a été modifié de manière à réserver les modes de transmission en vigueur dans les différents cantons et l'art. 136 actuel (applicable en cas de faillite, v. art. 259) porte que la mutation de propriété est opérée « en la forme prescrite par la législation cantonale » (al. 2) ; le même article prévoit, il est vrai, qu'elle est opérée « immédiatement après la vente » (al. 1), mais cette mention est dépourvue de valeur pratique, le droit réservé aux cantons de déterminer la *forme* du transfert de propriété impliquant forcément pour eux la faculté de déterminer le *moment* du transfert et de le reporter à une date postérieure à l'adjudication. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait plusieurs lois cantonales d'exécution de la LP qui ont reçu la sanction du Conseil fédéral et l'on doit donc admettre qu'une loi cantonale peut, sans violer le droit fédéral, prescrire que la mutation de propriété n'a lieu qu'après paiement du prix d'adjudication.

En droit fribourgeois (loi du 11 mai 1891 concernant l'exécution de la LP, art. 41 et suiv.) la mutation de propriété est opérée sur la présentation de l'acte d'adjudication ; si

la vente est faite au comptant, la mutation est définitive; si elle est faite à terme, elle est provisoire et ne devient définitive que sur la déclaration du préposé constatant l'acquiescement du prix.

La vente de l'hôtel « Alpenklub » a été faite à terme et lors de l'incendie le consortium acquéreur, qui n'avait pas encore payé le prix d'adjudication, se trouvait au bénéfice d'une mutation provisoire. La question de savoir quels sont les effets d'une mutation provisoire est une pure question de droit cantonal et le Tribunal fédéral ne saurait donc revoir sur ce point la décision de l'instance cantonale qui a jugé que la mutation provisoire n'entraîne pas transfert de la propriété. Il s'ensuit que lors de l'incendie le consortium n'était pas devenu propriétaire du mobilier assuré. D'autre part la possession n'en avait pas non plus été transférée, Jenny exploitant l'hôtel pour le compte de la masse et étant donc simple détenteur. Par conséquent la cause de déchéance prévue à l'art. 5 ne peut pas être invoquée par la C<sup>ie</sup> en ce qui concerne le mobilier.

### 67. Urteil vom 15. Oktober 1910 in Sachen

Jäsliker, Bess. u. Ber.-Kl., gegen Kufka, Kl. u. Ber.-Bess.

*Sicherstellung der Vollziehung des Nachlassvertrages im Sinne des Art. 306 Ziff. 3 SchKG und Hinterlegung der auf bestrittene Forderungen entfallenden Nachlassquoten gemäss Art. 313 SchKG, im Verhältnis zu einander: Die Sicherheit des Art. 313 tritt neben diejenige des Art. 306 Ziff. 3, nicht an ihre Stelle, und das Verlangen der ersteren begründet keinen Verzicht auf die letztere. — Art. 209 SchKG: Die Hemmung des Zinsenlaufes zufolge der Konkursöffnung hört mit der Bestätigung des Nachlassvertrages auf. — Art. 499 Abs. 2 OR: Haftung des Bürgen für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners.*

A. — Durch Urteil vom 14. April 1910 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Der Beklagte hat an den Kläger zu bezahlen 40 % von

„a) Fr. 6640 10 nebst 5 % Zins seit 1. Juni 1906,

„b) „ 1375 80 „ 5 % „ „ 16. September 1906,

„c) „ 150 — „ 5 % „ „ 30. Juli 1909.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und in seiner Berufungsschrift den Antrag gestellt und begründet, es sei die Klage in vollem Umfange abzuweisen.

C. — Der Berufungsbeklagte hat in seiner Berufungsantwort den Antrag gestellt und begründet, es sei die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im März 1906 war über E. Kreis-Fischer in Bauma der Konkurs eröffnet worden. Der Gemeinschuldner suchte einen Nachlassvertrag zu erwirken und bewog zu diesem Zwecke den Beklagten Jäsliker zur Eingehung folgender Verpflichtung: „Der Unterzeichnete Hermann Jäsliker, Rohmaterialienhandlung, in Winterthur, verpflichtet sich hiedurch gegenüber den Gläubigern des „Emil Kreis-Fischer in Bauma für den Fall, als der angestrebte „Nachlassvertrag gerichtlich genehmigt wird, für die offerierten 40 % „(vierzig Prozent) Nachlassdividende, sowie zur vollständigen Befriedigung der privilegierten Gläubiger und der Konkurskosten „als Bürge und Selbstzahler zu haften. Dabei hat es die Meinung, daß diejenigen Gläubiger, welche ausdrücklich auf Sicherstellung verzichtet haben, hier außer Betracht fallen. Winterthur, „den 9. Juli 1906. sig. Jäsliker.“

Am 4. September 1906 bestätigte das Bezirksgericht Pfäffikon den Nachlassvertrag. Gleichzeitig verfügte es, daß der Kläger Kufka, der im Nachlassverfahren eine Forderung von 8644 Fr. 95 Cts., herrührend aus einem gerichtlich aufgehobenen Liegenschafts Kauf, angemeldet hatte, diese vom Nachlassschuldner bestrittene Forderung innert drei Wochen einzulagen habe, ansonst Verzicht auf die darauf entfallende Dividende angenommen würde, und daß der Nachlassschuldner innert 10 Tagen von der Klageeinreichung an die Dividende mit 3457 Fr. 98 Cts. nebst einem Jahreszins zu 5 % seit dem 1. Juni 1906 zu deponieren habe, ansonst der Gläubiger für seine Forderung die Aufhebung des Nachlassvertrages verlangen