

par la loi du canton d'origine, et fait partie de leur capacité aux actes de la vie civile, est des plus contestables et n'est point accepté par la jurisprudence et les auteurs les plus autorisés.

Mais, ainsi que le Conseil fédéral l'a proclamé dans sa décision du 30 Octobre 1870 relative au recours Lauterbacher (Feuille fédérale 1871, vol. II, page 364), l'application de la loi du pays d'origine dans les cas où il s'agit du statut personnel répond à une règle de droit reconnue en Suisse dans plusieurs cantons, et la question de savoir si les droits sur la fortune rentrent dans le statut personnel est de la compétence exclusive du juge cantonal. Le Tribunal fédéral ne pourrait intervenir que si les jugements dont est recours étaient contraires aux prescriptions de la Constitution, des lois fédérales ou des concordats intercantonaux; or, comme il n'a pas été établi que ces jugements impliquent aucune violation de ce genre, le recours ne saurait être accueilli.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

67. Urtheil vom 16. September 1882 in Sachen  
Konkursmasse Spycher.

A. Die Konkursmasse des am 29. September 1877 im Kanton Bern in Konkurs gefallenen Albrecht Spycher, gewesenen Müllermeisters im Rehr zu Oberbalm, welcher mit seinem Bruder Rudolf Spycher Miteigentümer eines landwirthschaftlichen Gutes in Rechthalten im freiburgischen Seebezirk war, hatte gegenüber der Konkursmasse des Rudolf Spycher, über welchen am 31. Oktober/2. November 1877 an seinem Wohnorte in Rechthalten ebenfalls der Konkurs verhängt worden war, den Anspruch erhoben, daß nach der Deckung der Liquidationskosten und der Hypothekargläubiger der Mehrerlös der in Rechthalten gelegenen

gemeinschaftlichen Liegenschaften zur Hälfte und das dort befindliche bewegliche Vermögen (d. h. das landwirthschaftliche Betriebsinventar) ebenfalls zur Hälfte ihr ausgehändigt werde. Eine Mehrzahl von Konkursgläubigern des Rudolf Spycher widersetzte sich diesem Begehren; insbesondere geschah dies seitens des gegenwärtigen Refursbeklagten August Kesselring, Getreidehändlers in Romanshorn: dieser hatte nämlich für eine Forderung von 3765 Fr. aus einer von Albrecht Spycher akzeptirten und von Rudolf Spycher als Bürgen unterzeichneten Tratte sowie für eine weitere Forderung von 1200 Fr. aus einem Wechselakzept des Rudolf Spycher gegen letztern in Rechthalten den Rechtstrib eingeleitet und es war die Pfändung auf bewegliches, im Besitze des R. Spycher befindliches Inventar für die erst erwähnte Forderung am 16. Oktober, für die letzterwähnte am 26. September 1877 ausgeführt worden; gestützt auf diese Pfändungen beanspruchte nun August Kesselring im Konkurse des R. Spycher ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten Gegenstände und bestritt daher den Anspruch der Masse des A. Spycher auf Herausgabe der Hälfte des beweglichen Vermögens. Da in Folge dieses Widerspruches mehrerer Gläubiger des R. Spycher dem Begehren der Masse des A. Spycher nicht sofort stattgegeben wurde, so ergriff die letztere, noch bevor über einen von ihr vor dem Gerichtspräsidenten des freiburgischen Senebezirkes in Tafers als Konkursrichter in einer Gläubigerversammlung vom 6. Dezember 1878 gestellten Antrag, in das von ihr gestellte Begehren, „durch Urtheil gehandhabt zu werden,“ richterlich entschieden worden war, den staatsrechtlichen Refurs an das Bundesgericht; sie behauptete, es liege hier eine Verletzung der das Konkursrecht betreffenden eidgenössischen Konkordate vor und beantragte: Es sei die Regierung von Freiburg beziehungsweise die Konkursbeamtung von Tafers anzuweisen, den Antheil des Albrecht Spycher am dortseitigen Mobilienverlös ohne Berücksichtigung des angeblichen Vorzugsrechtes eines betreibenden Gläubigers an den Verwalter der Konkursmasse in Bern abzuliefern.

B. Durch Entscheidung vom 5. November 1880 (siehe diese Entscheidung, aus welcher der Thatbestand des genauern ersicht-

lich ist, Amtliche Sammlung VI., S. 559) wies indes das Bundesgericht diese Beschwerde als verfrüht ab, da, solange über das von der Rekurrentin beim freiburgischen Konkursrichter gestellte Begehren noch nicht entschieden sei, offenbar eine Verfügung einer kantonalen Behörde, gegen welche in Gemäßheit des Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege der Rekurs an das Bundesgericht ergriffen werden könnte, nicht vorliege, (siehe im übrigen die Entscheidungsgründe am angeführten Orte).

C. Nach dieser Entscheidung und nachdem während längerer Zeit geführte Vergleichsunterhandlungen zwischen den beiden Konkursmassen beziehungsweise den beteiligten Gläubigern definitiv gescheitert waren, wurde auf Anstehen eines der beteiligten Gläubiger in der Konkursmasse des Rudolph Spycher, des August Kesselring, Getreidehändlers in Romanshorn, der Vertreter der Konkursmasse des Albrecht Spycher, Fürsprecher Hofser in Bern, zur Verhandlung und Entscheidung über das von ihm am 6. Dezember 1878 gestellte Begehren vor den Gerichtspräsidenten des freiburgischen Senebezirkes vorgeladen. Auf die diesbezüglichen Ladungen erklärte indes Fürsprecher Hofser, welcher noch in einer Gläubigerversammlung vom 2. Juni 1881 sein am 6. Dezember 1878 gestelltes Begehren erneuert hatte, wiederholt, daß er verlange, daß von der freiburgischen Konkursbehörde eine seinem Begehren entsprechende Verfügung getroffen werde, daß er sich aber auf eine kontradiktorische Verhandlung vor dem freiburgischen Richter nicht einlassen werde, daß er vielmehr dessen Kompetenz bestreite, da es sich hier um eine Streitigkeit handle, welche nicht nach Mitgabe der freiburgischen Civilprozeß- oder Konkursgesetzgebung, sondern nach Mitgabe der einschlägigen eidgenössischen Konkordate zu entscheiden sei und welche daher nicht von dem freiburgischen Richter, sondern vom Bundesgerichte zu beurtheilen sei (siehe die bezügliche Willensfassung und Protestation vom 12. November 1881 und 27. Dezember gleichen Jahres).

D. In der Audienz des Gerichtspräsidenten des Senebezirkes vom 29. Christmonat 1881, zu welcher Fürsprecher Hofser seiner Erklärung gemäß nicht erschien, beantragte hierauf August Kessel-

ring, es sei Fürsprecher Hofser, Namens er handelt, mit seiner forideklinatorischen Einrede abzuweisen, und es sei derselbe mit seinem in der Audienz vom 6. Dezember 1878 gestellten Begehren durch Kontumaz-Urtheil abzuweisen, unter Folge der Kosten. Durch Urtheil vom 29. Dezember 1881 erkannte auch wirklich der Gerichtspräsident des Senebezirkes diesen Anträgen entsprechend, indem er im Wesentlichen ausführte: Die Kompetenzeinrede der Konkursmasse des Albrecht Spycher sei unbegründet, da nach Art. 2 des Konkordates vom 7. Juni 1880 die Kompetenz des freiburgischen Richters begründet und dieselbe überdem durch den Stellvertreter der Konkursmasse des Albrecht Spycher durch Stellung seines Antrages vom 6. Dezember 1878 ausdrücklich anerkannt worden sei und auch aus dem Urtheile des Bundesgerichtes vom 5. November 1880 sich ergebe, daß die Streitfrage in erster Linie durch den freiburgischen Richter entschieden werden müsse. In der Sache selbst erscheine der Bindikationsanspruch der Masse des Albrecht Spycher nach Art. 66 des freiburgischen Weltstagsgesetzes als präkludirt, da er nicht innert der gesetzlichen Frist angemeldet worden sei; er sei gegenüber dem August Kesselring auch deshalb nicht mehr statthaft, weil gegen die von diesem vorgenommenen Pfändungen seitens der Masse des A. Spycher nicht innerhalb der gesetzlichen Frist Einspruch erhoben worden, so daß dem A. Kesselring das Pfandrecht an den gepfändeten Objekten definitiv erworben sei; auch sei seine diesbezügliche Berechtigung von der Weltstagsmasse des A. Spycher schließlich anerkannt worden, was auch für die Masse des A. Spycher verbindlich sei. Auch abgesehen von diesen Einwendungen übrigens wäre der Anspruch nicht begründet; denn es sei zwar allerdings anzuerkennen, daß nicht nur, was aus dem Kataster hervorgehe, die Liegenschaften in Rechthalten, sondern auch, was von A. Kesselring bezweifelt werde, das bewegliche Inventar im Miteigenthum des Albrecht Spycher stehe; allein dies sei nur deshalb anzunehmen, weil sich ergebe, daß A. Spycher die Bewerbung des Landgutes in Rechthalten und den damit verbundenen Handel mit dem auf dem Gute geschlagenen Holz auf gemeinsame Rechnung beider Brüder Spycher betrieben habe. Aus diesem letzteren Umstände

ergebe sich aber, daß Albrecht Spycher neben seinem Wohnsitz im Kanton Bern auch ein rechtliches Domizil in Rechthalten gehabt habe, so daß sein Antheil an der Aktivmasse im Kanton Freiburg nicht zur ausschließlichen Verfügung der bernischen Konkursmasse gestellt werden könne. Auch widerspreche der Anspruch der Geldstagsmasse des Albrecht Spycher dem Art. 2 des Konkordates vom Jahre 1810, da sowohl das bewegliche Vermögen als der Mehrwerth der Liegenschaften mit verschiedenen Pfandrechten belastet seien, welche den Werth desselben erschöpfen; am beweglichen Vermögen bestehe das Pfandrecht des A. Kesselring und außerdem noch, gemäß § 132 des freiburgischen Geldstagsgesetzes, ein Vorrecht eines Hermann Büllmann, das diesem als Vermiether eines Lokals an den in demselben befindlichen Gegenständen zustehet; auf die Liegenschaften resp. deren Mehrwerth aber seien als privilegierte Forderungen im ersten Range neben den Geldstagskosten auch die Forderungen der Arbeiter während der letzten fünfzehn Tage und die Staats- und Gemeindesteuerforderungen für das laufende Jahr anzuweisen. Endlich hätte unter allen Umständen die Geldstagsmasse des A. Spycher das Recht, gegen den Anspruch der Masse des A. Spycher eine Forderung an Letztern im Betrage von 7325 Fr. aufzurechnen, welche dem A. Spycher zugestanden habe, die aber von der bernischen Konkursmasse wegen verspäteter Anmeldung ausgeschlossen worden sei.

E. Gegen diesen Entscheid ergriff Fürsprecher Hofer in Bern, Namens des Massaverwalters im Konkurse des A. Spycher, sowie Namens der eidgenössischen Bank in Bern, des Arztes J. von Grüningen in Schwarzenburg und des Müllermeisters Albrecht Grünig in Oberscheerli den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er bemerkt unter eingehender Kritik der Motive der angefochtenen Entscheidung: Davon, daß Albrecht Spycher in Rechthalten ein rechtliches Domizil gehabt habe, sei früher nie die Rede gewesen; im Gegentheil sei anfänglich die freiburgische Konkursbehörde dem von den bernischen Behörden gestellten Begehren um Einleitung eines Separatkonkurses über das in Rechthalten gelegene Vermögen des A. Spycher und Ablieferung des Vermögensüberschusses an die Hauptmasse in

Bern gar nicht entgegengetreten; es seien auch offenbar die Requisite eines mehrfachen Wohnsitzes hier nicht gegeben. Die Einwendung, daß die Masse des A. Spycher mit ihrem Anspruch wegen Nichteingabe im Geldstage des A. Spycher präkludirt sei, ermangle jeglicher Begründung, denn es handle sich ja gar nicht um eine persönliche Ansprache der einen Konkursmasse an die andere, sondern um die aus der Attraktivkraft des Konkurses fließenden Rechte der Hauptkonkursmasse auf das in einem andern Kanton befindliche Vermögen des Gemeinschuldners. Die Betreibungspfandrechte, welche A. Kesselring erlangt zu haben behauptet, können jedenfalls der Masse des A. Spycher nicht entgegengestellt werden, da sie ja auf einer Betreibung, die ausschließlich gegen den Rudolf Spycher eingeleitet worden sei, beruhen und übrigens wenigstens die eine der beiden Pfändungen erst nach dem Ausbruche des Konkurses über Albrecht Spycher ausgeführt worden sei. Dagegen sei die Konkursmasse des A. Spycher bereit, die privilegierten Forderungen für Dienstenlöhne und Steuern, soweit dieselben begründet seien, anzuerkennen, beziehungsweise sich anrechnen zu lassen, sofern dieselben auf die Liegenschaften und den Mobiliarerlös gleichmäßig, d. h. nach Maßgabe des Werthes gelegt werden. Von einer Kompensation könne offenbar gar keine Rede sein. Aus der konkordatsmäßig anerkannten Universalität des Konkurses folge, daß der Masse des A. Spycher die letzterem gehörigen Gegenstände, soweit solche im Alleineigenthum des Geldstages gestanden haben sollten, in natura herauszugeben seien; soweit sie dagegen im Miteigenthum der beiden Brüder Spycher gestanden haben, sei der Antheil des A. Spycher separatim zu liquidiren gewesen und gebühre der Erlös der Konkursmasse desselben. Betreffs der Legitimation der Rekurrenten wird bemerkt, daß bei der Ungewißheit, wann die Schwierigkeiten wegen Herausgabe des Vermögensüberschusses aus der Aktivmasse in Tafels ihre endliche Lösung finden werden, die bernische Konkursbehörde die Hauptliquidation über das Vermögen des A. Spycher in der Art abgeschlossen habe, daß auf den fraglichen Vermögensüberschuß im approximativ gewertheten Betrage von 7000 Fr. die, nunmehr gemeinsam mit dem Massaverwalter rekurrirenden, drei Gläubiger als auf

ein unbereinigtes Aktivum ranggemäß angewiesen worden seien. Gestützt auf das Angebrachte werde beantragt: Es sei die Verfügung des Konkursrichters von Tasers vom 29. Dezember 1881 aufzuheben und derselbe anzuhalten, nach Anleitung der Konkurskonkordate den Antheil des Albrecht Spycher an den Liegenschaften und dem Mobilärerlös in Rechthalten nach Abzug der Hypothekarschulden und der Liquidationskosten sowie der etwa sonst privilegierten Forderungen dortiger Gläubiger der Hauptkonkursmasse in Bern zu überweisen.

F. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt der Rekursbeklagte August Kesselring, unter ausführlicher tatsächlicher Darstellung, die in der angefochtenen Entscheidung des Gerichtspräsidenten des Senebezirkes geltend gemachten Argumente gegenüber den Einwendungen der Rekurschrift weiter aus und bemerkt überdem im Wesentlichen: Nachdem die Liquidation der Konkursmasse des A. Spycher in Bern bereinigt und auf die allfälligen Ansprüche derselben an die Masse in Tasers einzelne Gläubiger angewiesen seien, seien offenbar nur noch letztere, nicht aber der Massaverwalter im Gelststage des A. Spycher zur Beschwerde legitimirt. Die Beschwerde sei übrigens auch deshalb unzulässig, weil die Gegenpartei vor dem kantonalen Richter nicht verhandelt, sondern sich in contumaciam habe verurtheilen lassen und gegen das betreffende Versäumnisurtheil nicht rechtzeitig Wiedereinsetzung verlangt habe, sondern dasselbe habe in Rechtskraft erwachsen lassen. Damit sei die Angelegenheit, da nach Art. 2 des Konkordates vom 17. Juni 1810 zur Entscheidung über die streitigen Windikationsansprüche der Masse des A. Spycher zweifellos der freiburgische Richter zuständig sei, rechtskräftig erledigt. Auch deshalb erscheine der Rekurs als unstatthaft, weil das von der Gegenpartei beobachtete Verfahren, — die Weigerung, sich vor dem freiburgischen Richter einzulassen, — direkt gegen das bundesgerichtliche Urtheil vom 5. November 1880 verstoße. Durch ihr Nichterscheinen vor dem freiburgischen Richter habe die Gegenpartei auch dem Rekursbeklagten und dem Richter die Möglichkeit benommen, über die streitigen Fragen weitere Beweise beizubringen und beziehungsweise zu würdigen als die schon in den Akten liegenden; dies sei

namentlich deshalb von Bedeutung, weil von den Gläubigern im Konkurse des Rudolf Spycher dem Albrecht Spycher resp. dessen Konkursmasse auch das Miteigentumsrecht an dem im Besitze des R. Spycher befindlichen Mobiliar bestritten worden sei. Es werde sonach auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge angetragen.

G. Aus der Replik der Rekurrenten ist hervorzuheben: Es handle sich nicht um eine Civilstreitigkeit, welche vom freiburgischen Richter zu entscheiden gewesen wäre, sondern vielmehr, da die Interpretation eines die Ausübung von Hoheitsrechten normirenden Konkordates in Frage liege, der Sache nach um eine staatsrechtliche Streitigkeit zwischen Kantonen, im Sinne des Art. 57 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege; der Umstand, daß formell nicht eine Kantonsregierung klagend aufgetreten sei, vermöge hieran nichts zu ändern. Die Beschwerde sei demnach gar nicht gegen den sich als Rekursbeklagten gerirenden Gläubiger A. Kesselring, sondern gegen das Konkursofficium in Tasers gerichtet worden; A. Kesselring sei somit zur Rekursbeantwortung gar nicht legitimirt, und da der eigentliche Rekursbeklagte, der Konkursbeamte in Tasers, sich auf die Beschwerde nicht habe vernehmen lassen, so seien die tatsächlichen Aufstellungen der Rekurschrift als zugestanden zu betrachten.

H. In seiner Duplik hält der Rekursbeklagte, unter Widerlegung der Ausführungen der Replik, an dem Antrage der Rekursbeantwortung fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 5. November 1880 ausgesprochen und begründet hat, handelt es sich bei der gegenwärtigen Beschwerde durchaus nicht um eine staatsrechtliche Streitigkeit zwischen Kantonen im Sinne des Art. 57 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, sondern um einen Rekurs von Privaten wegen Verletzung eines interkantonalen Konkordates durch Verfügung einer kantonalen Behörde gemäß Art. 59 litt. b des citirten Gesetzes. Es ist um so weniger begreiflich, wie die Rekurrenten noch in ihrer Replik das Gegentheil behaupten können,

als nunmehr, nach Beendigung der Liquidation über die Konkursmasse des A. Spycher in Bern, offenbar gar nicht mehr der Massaverwalter in letzterem Konkurse, Namens der Konkursmasse, sondern lediglich noch die auf die streitigen Ansprüche an die Konkursmasse des R. Spycher kollozirten Gläubiger zum Rekurse berechtigt sind.

2. Demnach ist denn auch klar, daß als Gegenpartei der Rekurrenten, welcher der Rekurs gemäß Art. 62 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zur Beantwortung mitgetheilt werden mußte, nicht die freiburgische Konkursbeamtung, sondern vielmehr diejenige Partei, zu deren Vortheil und auf deren Antrag die angefochtene Entscheidung gefällt wurde, d. h. eben A. Kesselring, zu betrachten war, und daß mithin die gegen die Legitimation des Rekursbeklagten erhobene Einwendung der Rekurrenten jeglicher Begründung entbehrt.

3. Dagegen stellt sich auch die Einwendung des Rekursbeklagten, daß der Rekurs deshalb als unstatthaft erscheine, weil gegen die Rekurrenten in Folge ihrer, dem Entscheide des Bundesgerichtes vom 5. November 1880 direkt widersprechenden, Weigerung, vor dem freiburgischen Richter zu verhandeln, ein Kontumazurtheil ergangen sei, als unbegründet dar. Die Säumnis einer Partei vor dem kantonalen Richter entzieht derselben an sich die Befugnis nicht, das vom letzteren gefällte Urtheil wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte oder wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte anzufechten; dies folgt zweifellos aus dem ganz allgemeinen Wortlaute des Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, nach welchem, wie gegen alle andern Verfügungen kantonaler Behörden, so auch gegen Versäumnisurtheile kantonaler Gerichte die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht als statthaft erscheint, und ist denn auch von der bundesrechtlichen Praxis stets unbedenklich anerkannt worden. Nur ist freilich klar, daß, sofern das kantonale Gericht kompetent war und, nach Mitgabe der kantonalen Gesetzgebung, in Folge der Säumnis der rekurrirenden Partei (weil als Säumnisfolge die Fiktion des

Verzichtes beziehungsweise der Anerkennung Platz greift) auf eine materielle Prüfung der Sache gar nicht eingetreten ist, sondern bloß auf Grund der Säumnis der Rekurspartei, also aus rein prozeduralen Gründen, zu deren Ungunsten entschieden hat, keine Rede davon sein kann, daß das betreffende Urtheil auf Verletzung verfassungsmäßiger oder durch Konkordat oder Staatsvertrag festgestellter materieller Rechtsgrundsätze beruhe, und daß daher ein diesbezüglicher Rekurs erfolglos bleiben muß.

4. Im vorliegenden Falle nun scheint der Rekurs in erster Linie darauf begründet werden zu wollen, daß der freiburgische Richter nach Mitgabe der das Konkursrecht betreffenden eidgenössischen Konkordate gar nicht kompetent gewesen sei. Allein dieser Beschwerdebegrund ist offenbar ganz unstichhaltig. Denn darüber, ob die von der Konkursmasse des A. Spycher erhobenen Eigenthums-Ansprüche auf Herausgabe gewisser im Kanton Freiburg gelegener Objekte resp. des Erlasses derselben begründet seien und ob derselben allfällig Einreden, wie diejenige des Pfandrechtes u. s. w. entgegenstehen, hatte, gerade nach dem unzweideutigen Wortlaute des Konkordates vom 17. Juni 1810 (Art. 2), zweifellos der freiburgische Richter als Richter des Ortes der gelegenen Sache zu entscheiden. Wenn die Rekurrenten anzunehmen scheinen, daß hiefür das Bundesgericht zuständig sei, so ist darauf zu erwidern, daß irgendwelche Gesetzesbestimmung, welche dem Bundesgericht die Kompetenz zur Entscheidung über derartige vindiktionsansprüche einer Konkursmasse zuweisen würde, nicht besteht, vielmehr das Bundesgericht bloß befugt ist, als Staatsgerichtshof gemäß Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zu prüfen, ob eine sachbezügliche kantonale Entscheidung eine Verfassungs- oder Konkordatsbestimmung verlege.

5. Dagegen muß sich fragen, ob die angefochtene Entscheidung des Gerichtspräsidenten des freiburgischen Senebezirkes materiell eine Bestimmung der das Konkursrecht betreffenden eidgenössischen Konkordate verlege, denn die angefochtene Entscheidung qualifizirt sich keineswegs als reines Versäumnisurtheil in dem Sinne, daß in Folge einer prozeduralen Säumnis der rekurrentische

Anspruch ohne sachliche Prüfung zurückgewiesen worden wäre, vielmehr ist der Gerichtspräsident des Senebezirkes, nach Mitgabe der Bestimmungen der freiburgischen Prozeßgesetzgebung, einflüßlich auf die sachliche Beurtheilung des Anspruchs eingetreten.

6. Nun ist, was zunächst das Begehren um Herausgabe der Hälfte des Vorerlöses der in Rechthalten gelegenen Liegenschaften anbelangt, festzuhalten, daß nach feststehender und im Wortlaute der Konkordate vom 15. Juni 1804 und 17. Juni 1810 begründeter bundesrechtlicher Praxis, der Grundsatz der Einheit des Konkurses konkordatsmäßig nur für das bewegliche Vermögen des Gemeinschuldners gilt, während in Bezug auf das unbewegliche Vermögen desselben der Kanton, in dessen Gebiet dasselbe gelegen ist, zu Einleitung und Durchführung eines Separatkonkurses berechtigt ist. Dieser Separatkonkurs dann aber ist selbstverständlich, sowohl was die Kollokation der Gläubiger als was die Art und Weise der Verwerthung des Vermögens anbelangt, durchaus nach den Gesetzen des Ortes der gelegenen Sache durchzuführen und nur insofern als nach Beendigung dieses Separatkonkurses noch ein Vorerlös verbleibt, ist derselbe, als durch Verwerthung der Immobilien des Gemeinschuldners erzieltetes bewegliches Vermögen konkordatsmäßig an die Hauptkonkursmasse abzuliefern. In concreto nun haben die Rekurrenten irgendwelchen Nachweis dafür, daß der Separatkonkurs über die Liegenschaften nach freiburgischem Rechte beendet sei und einen Vorerlös an beweglichen Werthen ergeben habe, nicht erbracht; vielmehr scheint sich aus den Akten das Gegentheil, nämlich die Thatsache, daß die fraglichen Immobilien mangels genügender Angebote bis jetzt gar nicht haben veräußert werden können, zu ergeben und es ist demnach auf den Rekurs in dieser Richtung, als zur Zeit gegenstandslos, nicht einzutreten.

7. Bezüglich des Anspruches auf Herausgabe der Hälfte der Mobilien beziehungsweise des Mobiliarerlöses dagegen, so ist vorerst, was die vom Rekursbeklagten gepfändeten Gegenstände anbelangt, zu bemerken: Durch die beiden das Konkursrecht betreffenden Konkordate vom 15. Juni 1804 und 17. Juni 1810 wird festgestellt, daß alle beweglichen Vermögensstücke

des Gemeinschuldners, ohne Rücksicht auf ihre Lage, in die Konkursmasse am Wohnorte des Falliten fallen sollen und es wird (Art. 3 des Konkordates von 1804) speziell vorgeschrieben, daß nach Ausbruch des Konkurses keine Arreste zu Gunsten einzelner Gläubiger auf bewegliches Eigenthum des Falliten mehr gelegt werden dürfen. Es wird also der Grundsatz aufgestellt, daß nach ausgebrochenem Konkurse Spezialzekutionen in bewegliches Vermögen des Gemeinschuldners unzulässig seien. Nun sind die beiden vom Rekursbeklagten ausgeführten Pfändungen zwar allerdings erst nach dem Ausbruch des Konkurses über Albrecht Spycher ausgeführt worden oder wenigstens rechtskräftig geworden; allein dieselben sind eben nicht gegen den Gemeinschuldner Albrecht Spycher, sondern gegen Rudolf Spycher ausgeführt worden, resp. die gepfändeten Vermögensstücke sind nicht als Eigenthum des Albrecht Spycher sondern als solches des Rudolf Spycher gepfändet worden und es können daher diese Pfändungen nicht als konkordatswidrige Spezialzekutionen gegen einen Falliten nach ausgebrochenem Konkurse betrachtet werden. Wenn die Konkursmasse des A. Spycher dieselben ansieht, so handelt es sich dabei einfach um eine, auf die Behauptung, daß die gepfändeten Gegenstände ganz oder theilweise nicht dem ausgepfändeten Schuldner sondern dem Kläger gehören, begründete Windikationsklage, welche in ganz gleicher Weise auch vom Gemeinschuldner A. Spycher selbst, wenn er nicht in Konkurs gefallen wäre, hätte angestellt werden können und müssen; einer Berufung auf die konkordatsmäßigen Grundsätze über die sogenannte Universalität und Attraktivkraft des Konkurses bedurfte es zur Klagebegründung nicht, vielmehr konnten diese Grundsätze bei Beurtheilung der Klage offenbar in keiner Weise zur Anwendung kommen, so daß von einer Konkordatsverletzung nicht die Rede sein kann. Ob dagegen der freiburgische Richter den fraglichen Windikationsanspruch materiell richtig beurtheilt, beziehungsweise ob er mit Recht angenommen habe, daß demselben ein von dem Rekursbeklagten nach kantonaalem Rechte gültig erworbenes und in Folge Verabsäumung der gesetzlichen Frist nicht mehr anfechtbares Pfandrecht entgegenstehe, ist das Bundesgericht, da es sich dabei ausschließlich

um die Anwendung kantonalgesetzlicher Bestimmungen handelt, zu prüfen nicht befugt.

8. Dagegen erscheint der Rekurs bezüglich derjenigen Mobilien, welche vom Rekursbeklagten nicht gepfändet worden sind, als begründet. Denn: Die angefochtene Entscheidung geht davon aus, daß die fraglichen Mobilien im Miteigenthum der beiden Brüder Spycher gestanden haben; ist nun aber dies richtig, so muß nach dem konkordatsmäßigen Grundsatz der Einheit des Konkurses über das bewegliche Vermögen der auf den Eigenthumsantheil des A. Spycher entfallende Antheil am Erlöse desselben der Konkursmasse des Albrecht Spycher in Bern beziehungsweise nunmehr den darauf angewiesenen Gläubigern herausgegeben werden. Die Einwendung nämlich, daß die Masse des Albrecht Spycher ihrem bezüglichen Anspruch durch Nichteingabe im Konkurse des A. Spycher verwirkt habe, oder daß letzterer Masse eine kompensable Gegenforderung zustehe, ist offenbar unbegründet, da es sich bei dem Ansprüche der Masse der A. Spycher ja nicht um eine persönliche, im Konkurse geltend zu machende Forderung, sondern um einen dinglichen (Vindikations-) Anspruch handelt, und ebensowenig ist die Aufstellung der angefochtenen Entscheidung, daß A. Spycher in Rechthalten ein Geschäftsdomizil gehabt habe, welches die freiburgische Konkursbehörde zu Eröffnung eines selbständigen Konkurses über denselben berechtigt habe, zutreffend. Letzteres folgt schon daraus, daß ja seitens der freiburgischen Konkursbehörde ein besonderer Konkurs über Albrecht Spycher gar nicht eröffnet worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird dahin als begründet erklärt, daß den Reurrenten der dem Albrecht Spycher gehörige Antheil an denjenigen Mobilien der Geltstagsmasse des Rudolf Spycher in Rechthalten, welche durch die vom Rekursbeklagten gegen Rudolf Spycher ausgeführten Pfändungen nicht betroffen worden sind, resp. am Erlöse desselben auszuhinzugeben ist; im übrigen wird die Beschwerde im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

## II. Bestimmung u. Gewähr von Viehhauptmängeln. Fixation et garantie des vices redhibitoires du bétail.

68. Urtheil vom 29. September 1882 in Sachen  
Braunschweig.

A. Jakob Braunschweig, Pferdehändler in Willisburg, Kantons Waadt, hatte den Gilgian Zurbrügg, Landwirth in der Dischern zu Schwarzenburg, Kantons Bern, vor den bernischen Gerichten auf Bezahlung eines Kaufpreis-Restes von 430 Fr. für ein ihm am 10. Januar 1876 in Freiburg verkauft und sofort übergebenes Pferd sammt Zins und Folgen belangt. Der Beklagte bestritt diese Forderung, weil das verkaufte Pferd mit einem gesetzlichen Gewährsmangel behaftet gewesen sei und verlangte widerklagsweise Erstattung eines von ihm auf Rechnung des Kaufpreises bezahlten Betrages von 70 Fr., Rückgabe der von ihm für den Kaufpreisrest ausgestellten Schuldverpflichtung und Ersatz der Fütterungskosten u. s. w., unter Kostenfolge.

B. Nachdem durch Entscheidung vom 21. Juli 1879 das Bundesgericht (siehe diese Entscheidung, aus welcher das Thatsächliche des Falles ersichtlich ist, in der Amtlichen Sammlung V, S. 302 u. ff.) den Jakob Braunschweig als pflichtig erklärt hatte, sich auf die Widerklage des Gilgian Zurbrügg vor den bernischen Gerichten einzulassen, stellte derselbe der Widerklage des Zurbrügg zunächst eine peremptorische Einrede entgegen, weil die Klage nicht binnen der, nach der im vorliegenden Falle maßgebenden waadtländischen Gesetzgebung, für Anstellung von Währschaftsklagen vorgeschriebenen Nothfrist von 42 Tagen, von der Uebernahme des Thieres an gerechnet, angehoben worden sei, eventuell trug er auf Abweisung der Widerklage an, indem er namentlich geltend machte, es sei ihm im Widerspruch mit der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 13 des Konkordates betreffend Gewähr der Viehhauptmängel vom 27. Juni 1853