ten hervorgegangenen aber vom Gläubiger über die Dauer der beidseitigen Handelsbeziehungen hinaus kreditirten Forderung gehandelt habe. Ist diese Feststellung, welcher, wie gesagt, ein Rechtsirrthum nicht zu Grunde liegt, richtig, so erscheint die zweitinstanzliche Entscheidung als gerechtfertigt. Denn alsdann kann allerdings nicht gesagt werden, daß die Uebergabe der streitigen Police an den Rekurrenten im kaufmännischen Verkehr stattgefunden habe und es ermangelt daher an dem durch Art. 224 des schweizerischen Obligationenrechts als Erforderniß des Bestandes eines Retentionsrechtes aufgestellten Requisite des Zusammenhanges zwischen der Forderung und der Innehabung des Retentionsobjektes.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Rekurrenten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Beschlusse der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. Februar 1884 sein Bewenden.

---

47. Urtheil vom 21. Juni 1884 in Sachen Hauert gegen Zürcher Kantonalbank.

A. Durch Urtheil vom 25. April 1884 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr ist auf 200 Fr. festgesetzt.
3. Die Kosten sind dem Kläger aufgelegt und es hat derselbe an die Beklagte eine Prozeßentschädigung von 100 Fr. zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt unter eingehender Begründung und indem er erforderlichenfalls an sämmtlichen vor den kantonalen Gerichten aufgestellten Behauptungen und Beweisanträgen festhalten zu wollen erklärt, es sei die Klage gutzuheißen und die Beklagte

demnach schuldig zu erklären, das ihr am 12. Mai 1882 gemachte Depositum von 10 000 Fr. sammt erlaufenen Zinsen an den Kläger zu bezahlen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Dagegen trägt der Anwalt der Beklagten auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 12. Mai 1882 zahlte Paul Hauert bei der Zürcher Kantonalbank gegen einen Depositenschein den Betrag von 10 000 Fr. ein. Dieser Schein war nach folgendem, bei dem genannten Bankinstitute üblichen, Formular ausgestellt: „Die „Zürcher Kantonalbank bescheinigt anmit, von . . . . . „ein Depositum im Betrage von Franken . . . . . empfangen „zu haben, mit der Verpflichtung, dasselbe jederzeit ohne vor„herige Kündigung nebst erlaufenem Zins à . . . % per Jahr, „abzüglich 1/8 % Kommission, wieder zurückzubezahlen. Die Rück„zahlung geschieht jedoch nur gegen Rückgabe dieses Depositen„scheines, dessen jeweiliger Inhaber als zur Empfangnahme „der Zahlung bevollmächtigt betrachtet wird.“ Auf der Rückseite findet sich das Formular einer „Empfangsbescheinigung.“ Schon am 15. Mai 1882 wurde Paul Hauert wegen Geisteskrankheit in der Irrenanstalt St. Urban untergebracht und es wurde in der Folge durch die zuständige bernische Vormundschaftsbehörde über ihn die Bevogtigung verhängt. Dabei stellte sich heraus, daß mittlerweile (ohne daß übrigens über den Zeitpunkt des Verlustes etwas genaueres hätte ermittelt werden können) der Depositenschein verloren gegangen war. Der klägerische Anwalt stellte daher im Dezember 1883 beim Bezirksgerichte Zürich das Gesuch um Einleitung des Amortisationsverfahrens über diesen Schein. Dieses Gesuch wurde indeß vom Bezirksgerichte abgewiesen und ein hiegegen vom klägerischen Vertreter ergriffener Rekurs, welchem sich auch die Zürcher Kantonalbank als Nebenintervenientin angeschlossen hatte, wurde vom Obergerichte des Kantons Zürich durch Beschluß vom 10. Februar 1884 verworfen, weil der fragliche Depositenschein kein Inhaberpapier und nach den Vorschriften des eidgenössischen Obligationenrechtes

(Art. 901) nicht amortisirbar sei. Daraufhin forderte der klägerische Vertreter von der Zürcherischen Kantonalbank Rückzahlung des einbezahlten Betrages, indem er sich bereit erklärte, die in Art. 105 des Obligationenrechtes erwähnte Erklärung auszustellen. Die Kantonalbank verweigerte indeß die Zahlung für so lange, als ihr nicht die Schuldurkunde zurückgegeben oder ein Amortisationsdekret ausgehändigt werde. Das Fakt. A erwähnte Urtheil des zürcherischen Handelsgerichtes, durch welches die daraufhin angestrengte Klage auf Rückzahlung des Depositenbetrages abgewiesen wurde, beruht wesentlich auf folgenden Gesichtspunkten: Die Entscheidung hänge von der rechtlichen Natur des der Klageforderung zu Grunde liegenden Depositenscheines ab; sei derselbe blos Beweismittel, so sei die Klage begründet, sei er dagegen Träger der Forderung, so müsse die Klage abgewiesen werden. Maßgebend für die rechtliche Natur des Scheines sei das zur Zeit seiner Ausstellung geltende Recht, also das zürcherische Obligationenrecht. Nach diesem Rechte aber qualifizire sich der Depositenschein, da sich aus seinem Inhalt mit Klarheit ergebe, daß die Forderung rücksichtlich ihrer Uebertragung und Geltendmachung an die Urkunde geknüpft sein solle, nicht als bloßes Beweismittel, sondern als Träger der Forderung; diese rechtliche Natur des Scheines sei durch das eidgenössische Obligationenrecht nicht geändert worden, um so weniger, als mindestens möglich sei, daß ein dritter noch unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes durch Cession der Forderung mit Uebergabe der Urkunde das Forderungsrecht aus derselben gültig erworben habe. Die Beklagte könne daher nur gegen Rückgabe des Scheines oder Vorlage eines die Rückgabe ersetzenden Amortisationsdekretes zur Zahlung angehalten werden. Art. 901 des Obligationenrechtes verbiete die Amortisation derartiger Schuldurkunden durchaus nicht; es wäre gegentheils auch auf Grund des Obligationenrechtes der Standpunkt der Beklagten begründet. Denn der streitige Depositenschein sei zwar allerdings kein Inhaber- oder Ordrepapier, wohl aber ein indossables Papier, ähnlich wie ein Lagerschein, Warrant u. drgl., und könne daher nach Art. 844 des eidgenössischen Obligationenrechtes amortisirt werden.

2. Die Beschwerde rügt die Verletzung der Art. 105 und 882 des eidgenössischen Obligationenrechtes; da der Depositenschein weder ein Inhaber- noch ein indossables Papier sei, so sei der Aussteller nach Art. 105 des eidgenössischen Obligationenrechtes gegen Quittung und einen einfachen vom Gläubiger ausgestellten Mortifikationsschein zur Zahlung verpflichtet; das Obligationenrecht sei anwendbar, da nach Art. 882 Absatz 3 cit. für Uebertragung und Untergang auch solcher Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten des Obligationenrechtes entstanden seien, das neue Recht gelte. Dagegen macht die Rekursbeklagte im wesentlichen die vom Handelsgerichte seinem Urtheile zu Grunde gelegten Gesichtspunkte geltend, indem sie überdem noch ausführt: Sollte das Gericht finden, es sei hier das eidgenössische Obligationenrecht anwendbar, so halte sie daran fest, daß der Depositenschein sich als Inhaberpapier qualifizire; eventualissime müßte sie die Identität des Klägers mit dem Deponenten bestreiten.

3. Die Zahlungsverweigerung der Beklagten beruht darauf, daß sie nach der rechtlichen Natur des Depositenscheines nur an den Inhaber desselben gegen Rückgabe des Scheines oder auf ein gerichtliches Amortisationsdekret hin mit voller liberatorischer Wirkung bezahlen könne und daher zu bezahlen verpflichtet sei. Fragt sich nun zunächst, inwiefern diese Einwendung nach eidgenössischem oder nach dem zur Zeit der Ausstellung des Scheines geltenden kantonalen Rechte zu beurtheilen sei, so ist zu bemerken: Art. 882 Absatz 3 des eidgenössischen Obligationenrechtes bestimmt, daß die nach dem 1. Januar 1883 eintretenden Thatsachen, insbesondere auch die Uebertragung und der Untergang von Forderungen, welche schon vor jenem Tage entstanden seien, nach dem neuen Rechte beurtheilt werden. Da das Gesetz einen Unterschied zwischen den verschiedenen Erlöschungsgründen nicht macht, so muß, obschon dies allerdings in der Doktrin beanstandet wird (siehe Pfaff und Hofmann, Kommentar z. a. ö. bürgerlichen Gesetzbuche, I, S. 164), angenommen werden, es gelte diese Regel, soweit die Erfüllung nicht durch den Inhalt der Obligation bestimmt wird und daher nach dem Rechte derselben zu beurtheilen ist, auch für den Untergang der

Forderungen durch Erfüllung. Die Wirkung einer unter der Herrschaft des neuen Rechtes erfolgten Zahlung auf eine früher entstandene Forderung ist also nach neuem Rechte zu beurtheilen und ebenso bestimmen sich die Modalitäten der Zahlung, die Verpflichtung des Gläubigers bei der Zahlungsleistung Quittung zu ertheilen, den Schuldschein zu entkräften u. s. w., auch für früher entstandene Forderungen, nach dem neuen Rechte. Dagegen ist die rechtliche Natur einer unter dem alten Rechte entstandenen Forderung fortwährend nach dem Rechte der Entstehungszeit derselben zu beurtheilen; insbesondere ist nach diesem Rechte zu entscheiden, ob eine verbriefte Forderung sich als eine gewöhnliche Schuldscheinforderung qualifizire, bei welcher der Schuldschein blos Beweismittel oder doch nur Entstehungsform der Forderung ist, oder ob dieselbe eine Werthpapierforderung im juristischen Sinne des Wortes sei, d. h. ob die Verwerthung (die Uebertragung und Geltendmachung) der Forderung an das Papier gebunden, die Forderung also in dem Papier so zu sagen verkörpert sei. Dieser, aus dem Prinzip der Nichtrückwirkung des neuen Gesetzes auf die Folgen älterer juristischer Thatsachen (Art. 882 Absatz 1 und 2 des Obligationenrechtes) unmittelbar sich ergebende Grundsatz gilt für die Uebertragung verbriefter Forderungen und deren Wirkungen jedenfalls insoweit unbedingt, als es sich um Uebertragungen handelt, welche noch unter der Herrschaft des frühern Rechtes erweislichermaßen vorgekommen sind oder vorgekommen sein können. Denn es ist evident, daß das neue Gesetz Berechtigungen, die nach dem ältern Rechte durch eine diesem entsprechende Abtretung gültig erworben werden konnten, nicht berühren will. Demnach ist im vorliegenden Falle die rechtliche Natur des Depositenscheins (ob gewöhnlicher Schuldschein oder Werthpapier?) nach dem zur Zeit der Ausstellung des Scheines geltenden kantonalen Rechte zu beurtheilen; die Frage dagegen, unter welchen Modalitäten die Zahlungsleistung verlangt werden könne, entscheidet sich nach eidgenössischem Obligationenrecht, d. h. selbstverständlich nach denjenigen Rechtssätzen des Obligationenrechts, welche für verbriefte Forderungen der betreffenden

Art (d. h. für Werthpapierforderungen einerseits oder für gewöhnliche Schuldscheinforderungen andererseits) gelten.

4. Von diesem Standpunkte aus erscheint die Beschwerde als unbegründet. Denn: Der vom Rekurrenten angerufene Art. 105 des eidgenössischen Obligationenrechtes, welcher ausspricht, daß, wenn der Gläubiger einer verbrieften Forderung behauptet, die Schuldurkunde sei abhanden gekommen, der Schuldner lediglich verlangen könne, daß der Gläubiger einen Mortifikationsschein in öffentlicher oder in öffentlich zu beglaubigender Urkunde ausstelle, bezieht sich nur auf gewöhnliche Schuldscheinforderungen, nicht aber auf Werthpapiere. Nur bei gewöhnlichen Schuldscheinforderungen wird der Schuldner durch Quittung und einen vom Gläubiger ausgestellten Mortifikationsschein vor der Gefahr, doppelt bezahlen zu müssen, gesichert; bei Werthpapieren, bei welchen die Forderung an das Papier geknüpft ist und daher die Forderung durch bloße Uebergabe des Papiers oder durch Uebergabe des Papiers und Indossament auf einen neuen Erwerber übertragen werden kann, ohne daß es zur Wirksamkeit der Uebertragung gegenüber dem Schuldner einer Benachrichtigung desselben von der Abtretung bedürfte, ist dies augenscheinlich nicht der Fall. Eben deßhalb ist bei Werthpapieren der Schuldner nur gegen Rückgabe der Urkunde oder gegen ein dieselbe vertretendes, auch gegen Dritte wirksames, gerichtliches Amortisationsdekret zur Erfüllung verpflichtet. Art. 105 des eidgenössischen Obligationenrechtes (vergleiche auch Art. 844) erkennt dies ausdrücklich an, indem er für diejenigen Schuldurkunden, denen das Obligationenrecht den Charakter von Werthpapieren beilegt, nämlich für indossable und Inhaberpapiere die Bestimmungen über Amortisation vorbehält. Nun gehört allerdings der in Rede stehende Depositenschein zu keiner der genannten Kategorien von Papieren. Derselbe ist kein (vollkommenes) Inhaberpapier, da der Aussteller, wie mit der Vorinstanz anzunehmen ist, nicht zur Zahlung an den Präsentanten verpflichtet ist, sondern die Legitimation des Papierinhabers prüfen darf, wenn auch nicht prüfen muß. Er ist auch kein Ordre- oder indossables Papier, da er die Ordreklausel nicht

enthält und irgendwelche gesetzliche Bestimmung, wonach derartige Depositenscheine an sich, ohne positive Ordreklausel, indossabel wären, nicht besteht; Art. 844 des eidgenössischen Obligationenrechtes, auf welchen das Handelsgericht sich eventuell beruft, trifft gewiß nicht zu und zwar schon deßhalb nicht, weil der Depositenschein mit den dort genannten indossablen Papieren, den Lagerscheinen, Warrants und Ladescheinen, nichts gemein hat, vielmehr als ein Geldpapier sich von diesen Waarenpapieren durchaus unterscheidet. Allein wenn also auch der Depositenschein nicht zu den vom Obligationenrecht als Werthpapiere behandelten Schuldurkunden gehört, so muß er doch als solches anerkannt werden; denn nach dem zur Zeit seiner Ausstellung geltenden zürcherischen Rechte kam dem Depositenschein, wie das Handelsgericht festgestellt hat und vom Bundesgerichte nach Art. 29 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege nicht nachzuprüfen ist, die Eigenschaft eines Werthpapieres zu, da nach den Ausführungen des Handelsgerichtes für die Abtretung der Forderung aus dem Scheine die Uebergabe der Urkunde einerseits schlechthin erforderlich, andrerseits auch zur Wirksamkeit der Cession gegenüber dem Schuldner genügend war und der Schuldner nur gegen Rückgabe des Scheines oder gerichtliches Amortisationserkenntniß zur Zahlung angehalten werden konnte. Für die rechtliche Natur des Scheines nun aber ist, wie oben ausgeführt, das Recht der Zeit seiner Ausstellung maßgebend und es ist dieselbe durch das inzwischen erfolgte Inkrafttreten des eidgenössischen Obligationenrechtes nicht geändert worden. Wenn auch nach letzterem Gesetze Papieren, wie dem in Frage stehenden (sogenannten hinkenden Inhaber- oder Namenpapieren oder Legitimationspapieren mit der Präsentationsklausel), die Eigenschaft von Werthpapieren nicht mehr zukommt, sondern für Bezahlung und Mortifikation, wie denn natürlich auch für Abtretung derselben, die Regeln der gewöhnlichen Schuldscheinforderungen gelten, so bezieht sich dies doch nur auf solche Papiere, welche unter der Herrschaft des neuen Rechtes ausgestellt wurden, nicht aber auf ältere Papiere, welchen durch das frühere Recht der Charakter von Werthpapieren aufgeprägt worden ist. Nur für Erfordernisse und Wirkung

von Abtretungen, welche unter der Herrschaft des Obligationenrechtes erfolgen, mag vielleicht nach Art. 883 Absatz 3 des eidgenössischen Obligationenrechtes das Recht der gewöhnlichen Schuldscheinforderungen auch bezüglich älterer derartiger Forderungen gelten. Allein dies ist für den vorliegenden Fall schon deßhalb ohne Bedeutung, weil nicht feststeht, daß der Schein erst nach dem Inkrafttreten des Obligationenrechtes aus dem Besitze des Klägers gekommen sei und somit die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß noch unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes ein Dritter durch Uebergabe des Papiers das Recht auf Zahlung gegen den Aussteller erworben habe, welches Recht dann natürlich durch einen lediglich vom Gläubiger ausgestellten Mortifikationsschein nicht vernichtet werden könnte. Wenn aber demgemäß auch unter der Herrschaft des Obligationenrechtes der Depositenschein als Werthpapier anerkannt werden muß, so ist das Verlangen des Rekurrenten, daß ihm ohne Rückgabe des Scheines oder gerichtliche Amortisation desselben Zahlung geleistet werde, unbegründet, und es ist die Beklagte auch nach dem Obligationenrecht berechtigt, Rückgabe des Scheines oder gerichtliche Amortisation zu verlangen. Ueber die Amortisation von Papieren der in Frage stehenden Art enthält das Obligationenrecht nun allerdings keine direkt anwendbaren Bestimmungen, was sich offenbar daraus erklärt, daß es denselben für die Zukunft die Natur von Werthpapieren nicht mehr beigelegt wissen will. Indessen ist klar, daß aus dem Schweigen des Gesetzes nicht etwa gefolgert werden darf, daß eine Amortisation solcher Papiere (soweit dieselben nach dem oben ausgeführten auch unter der Herrschaft des Obligationenrechtes als Werthpapiere anzuerkennen sind) fortan ausgeschlossen sein solle. Denn es liegt gewiß nicht im Willen des eidgenössischen Gesetzgebers, daß mit dem Abhandenkommen der Schuldurkunde die Forderung selbst erlöschen, bezw. daß dem Gläubiger, wenn er die Schuldurkunde nicht beibringen kann, die Geltendmachung seines Rechtes schlechthin verunmöglicht sein solle. Ebensowenig läßt sich behaupten, daß für Amortisation derartiger Urkunden die Bestimmungen des kantonalen Rechtes in Kraft verblieben und fortwährend zur Anwendung zu bringen seien. Denn ein-

mal ist, wie oben ausgeführt, für die Amortisation grundsätzlich das neue Recht (nicht das Recht der Zeit der Entstehung der Forderung) maßgebend und sodann behält das Obligationenrecht (Art. 105) nur in Betreff grundversicherter Forderungen die Bestimmungen des kantonalen Rechtes über Amortisation vor; in Betreff anderer Forderungen gilt also seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechtes nicht mehr kantonales, sondern eidgenössisches Recht. Da nun letzteres, wie bemerkt, keine direkt anwendbaren Bestimmungen enthält, so liegt eine Lücke des Gesetzes vor, welche im Wege der Analogie nach Sinn und Geist des Gesetzes zu ergänzen ist. Als analog anwendbar aber erscheinen die Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Amortisation indossabler Papiere. (Art. 844 Absatz 1, 793 u. ff. des Obligationenrechtes.) Denn der in Frage stehende Depositenschein hat nach seiner juristischen und ökonomischen Natur offenbar die größte Aehnlichkeit mit den indossablen Papieren des Obligationenrechtes, insbesondere mit den indossablen Verpflichtungsscheinen des Art. 843. Nach den auf diese Papiere bezüglichen Bestimmungen des Obligationenrechtes hat sich also die Amortisation des Scheines zu richten, während das Begehren des Klägers, daß ihm ohne gerichtliches Amortisationsdekret Zahlung geleistet werde, als unbegründet erscheint.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 25. April 1884 sein Bewenden.

IV. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part.

48. Urtheil vom 9. Mai 1884 in Sachen Bossard gegen Zug.

A. Alois Bossard, Stadtschreiber und Generaleinzüger der Gemeinde Zug, wurde am 10. Juli 1868 auf Anordnung des Gemeindepräsidenten von Zug wegen eines Kassedefizits in Untersuchungsverhaft versetzt und es wurde daraufhin eine Strafuntersuchung wegen qualifizirter Unterschlagung und qualifizirten Betrugs gegen ihn eingeleitet. Am 10. Mai 1869 wurde er durch letztinstanzliches Urtheil des Obergerichtes des Kantons Zug der gedachten Verbrechen schuldig erklärt und zu sechs Jahren Zuchthaus verurtheilt. Der Untersuchungsverhaft hatte bis zum letztinstanzlichen Urtheil gedauert; es war indeß dem Angeschuldigten gegen Kaution gestattet worden, die Zeit vom 29. Oktober 1868 bis 21. April 1869 in Hausarrest statt im Untersuchungsgefängniß zu verbringen. Sofort nach seiner Verurtheilung wurde A. Bossard behufs Verbüßung der ihm auferlegten Zuchthausstrafe in die Strafanstalt Zürich verbracht, wo er bis zum 28. Oktober 1871 verblieb. An diesem Tage wurde A. Bossard von der zürcherischen Regierung, welche mit Rücksicht auf die von ihm gegen das Strafurtheil vom 10. Mai 1869 ergriffenen Rechtsmittel den Strafvollzug sistirte, nach Zug zurückgeschickt, wo er, da die zürcherischen Behörden, denen er am 1. Dezember 1871 wieder zugeführt worden war, seine Wiederaufnahme in die Strafanstalt verweigerten, bis zum 15. Mai 1872 in Haft verblieb. Am 15. Mai 1872 wurde er, gestützt auf das inzwischen (am 1. Januar 1872) in Kraft