

En effet, avant de porter leur plainte, les agents du Phénix et de la Magdebourg ont, le 22 Avril 1886, jour du décès de la veuve Zimmermann, informé le procureur général de cette mort, en ajoutant qu'ils ont lieu de se croire victimes de manœuvres frauduleuses, tendant à leur cacher, au moment de la conclusion des contrats, l'état de santé véritable de la défunte assurée à ces deux Compagnies pour une somme totale de 40 000 fr. (30 000 fr. par Dusonchet-Dard, et 10 000 fr. par Vincent-Bonnet). Les dites Compagnies manifestent, dans la même écriture, le désir de faire procéder à l'autopsie de la veuve Zimmermann, et l'intention, pour le cas où cette autopsie confirmerait leurs soupçons sur la façon déloyale dont ces polices ont été surprises à leur bonne foi, de porter plainte contre les bénéficiaires de ces polices.

Il est résulté de l'autopsie, faite le lendemain par les professeurs Dr Zahn et Dr Gosse, que la tuberculose à laquelle la veuve Zimmermann a succombé remontait à une époque déjà ancienne, dans tous les cas, à plus de six mois avant sa mort, et qu'il semble impossible qu'elle ait pu, six mois avant son décès, se croire en bonne santé.

Ce n'est qu'après avoir eu connaissance de ce rapport médical que les compagnies ont déposé leur plainte en escroquerie contre les sieurs Dusonchet et Vincent-Bonnet.

En outre, et par exploit du 14 janvier 1886 déjà, la Compagnie le Phénix avait assigné la veuve Zimmermann, ainsi que Dusonchet, devant le Tribunal de commerce pour entendre déclarer nulle et de nul effet la police contractée le 22 octobre 1885, et établir par témoins que lors de la conclusion de la police, la veuve Zimmermann avait, à l'instigation de Vincent-Bonnet, fait de fausses déclarations et que Vincent-Bonnet agissait de concert avec Dusonchet.

Or, vu le résultat de ces témoignages, en particulier de ceux du sieur Kuhne, agent général du Phénix à Genève, Sanguinetti, Edouard Eichmann, inspecteur, et de la femme Louise Hafner, il est clair que les renseignements fournis par les dits témoins à la Compagnie sur les agissements de Dusonchet et de Vincent-Bonnet étaient de nature à faire ad-

mettre nécessairement alors l'existence d'une entente entre ces derniers, en vue d'exploiter et de tromper les sociétés d'assurance.

6° Dès l'instant où une telle conviction pouvait s'imposer, en Janvier 1886 déjà, au Phénix, il ne peut être prétendu que cette Compagnie ait agi avec légèreté ou avec imprudence en portant sa plainte pénale au mois d'Avril suivant, alors que les résultats de l'autopsie étaient venus confirmer ses légitimes soupçons.

Aucune faute ou négligence ne pouvant être retenue de ce chef à la charge du Phénix, le recours doit être rejeté en tant que fondé sur une fausse application de l'art 50 C. O.

7° Il est indifférent, à cet égard, que le procès-pénal ait abouti à un arrêt de non-lieu, pour prévention insuffisante, en faveur de Dusonchet, dont la connivence avec les manœuvres coupables de Vincent-Bonnet n'est ainsi pas établie. Même dans le cas où l'innocence absolue de Dusonchet serait démontrée, le Phénix ne pourrait être rendu responsable du dommage causé au recourant par la procédure pénale, puisque cette Compagnie était, dans les circonstances données, en droit d'agir comme elle l'a fait.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est rejeté, et l'arrêt rendu par la Cour de Justice civile du Canton de Genève, le 25 Juin 1888, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

103. Urtheil vom 16. November 1888 in Sachen
Schweikhardt und Endreß gegen Rothschild.

A. Durch Urtheil vom 5. Juli 1888 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Beklagte Appellanten tragen je zur Hälfte in solidarischer Verbindung ordentliche und außerordent-

siche Kosten zweiter Instanz mit einer Urtheilsgebühr von 80 Fr. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes Basel vom 4. Mai 1888 ging dahin: Die Beklagte Marie von Schweikhardt-Endres ist zur Zahlung von 8077 Mk. 5 Pf. (wovon 4000 Mk. erst nach Maßgabe der Schuld- und Bürgschaftsurkunde d. d. 6. Juni 1887 fällig werden) sammt Zins zu 5 % seit 6. Juni 1887 ab 9132 Mk. 5 Pf. pro rata der Abzahlungen, zahlbar in Schweizerwährung zum Tageskurse, verurtheilt. Die Beklagte, Sophie Endres, wird mit ihrem Eigenthumsanspruch, beide Beklagte werden mit ihren Widerklagen betreffend Schadenersatz abgewiesen. Die Beklagte Endres trägt die ordinären und extraordinären Kosten des durch ihre Widerklage verursachten Verfahrens. Die Beklagte Schweikhardt trägt die übrigen ordinären und extraordinären Kosten des Prozesses inclusive 22 Fr. 65 Cts. Vetreibungskosten. Der am 31. Dezember 1887 auf die Fahrhabe der Beklagten Schweikhardt gelegte Arrest wird bestätigt und soll mit der Masse nach der Ordnung verfahren werden.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil erklärte Fürsprech Dr. Feigenwinter Namens der beiden Beklagten durch Refursklärung vom 25. Juli 1888 die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrage, „daß der Kaufabschluss vom 11. November 1887 als rechtsbeständig erklärt, der Arrest vom 31. Dezember aufgehoben und die verkauften Gegenstände der beklagten Endres ausgingegeben werden, unter Verfällung des Klägers Nothschild zu Bezahlung einer angemessenen Entschädigung und sämmtlichen Kosten.“

Bei der heutigen Verhandlung ist keine Partei erschienen oder vertreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 31. Dezember 1887 erwirkte J. Nothschild für eine Forderung von 10,292 Fr. 50 Cts. einen Arrest auf die Fahrhabe der Marie von Schweikhardt. Am 5. Januar 1888 erhoben sowohl letztere als deren Schwester Sophie Endres Einspruch gegen denselben. J. Nothschild trat daher klagend gegen Marie von Schweikhardt und Sophie Endres auf. Im Prozesse bestritt die Beklagte Marie von Schweikhardt (vor erster In-

stanz) sowohl die klägerische Forderung als das Vorhandensein eines Arrestgrundes und verlangte daher gänzliche Abweisung der Klage und Aufhebung des Arrestes, unter Haftbarmachung des Klägers für allen in Folge der Arrestnahme entstandenen Schaden, unter Kostenfolge. Die Beklagte Endres ihrerseits behauptete, in Folge eines von ihr am 11. November 1887 mit ihrer Schwester abgeschlossenen Kaufes Eigenthümerin eines Theiles der verarrestirten Gegenstände (nämlich von Möbeln im Schätzungswerthe von 8665 Fr.) geworden zu sein und verlangte daher Aufhebung des Arrestes, insoweit durch denselben diese Gegenstände betroffen werden, und Verfällung des Klägers zu einer angemessenen Entschädigung wegen unberechtigter Arrestnahme, unter Kostenfolge. Am 7. Januar 1888 hatte überdem der Kläger auch gegen die Beklagte Endres persönlich einen Arrest ausgewirkt, welcher indeß am 1. Februar 1888 wieder aufgehoben wurde; die Beklagte Endres verlangte nun auch wegen des ihr durch diesen Arrest entstandenen Schadens eine angemessene Entschädigung.

2. Wie bereits vor der zweiten Instanz hat die Beklagte Marie von Schweikhardt vor Bundesgericht die Forderung des Klägers, so wie dieselbe durch die kantonale Entscheidung festgestellt ist, nicht bestritten; dieselbe verlangt vielmehr nur noch Aufhebung des Arrestes vom 31. Dezember 1887 (wegen mangelnden Arrestgrundes) und Verurtheilung des Klägers zu einer angemessenen Entschädigung wegen ungerechtfertigter Herausnahme dieses Arrestes. Die Voraussetzungen des Arrestes werden nun aber ausschließlich durch das kantonale Prozeßrecht normirt und das Bundesgericht ist daher gemäß Art. 29 D.-G. nicht kompetent, über die Gültigkeit des angefochtenen Arrestes zu entscheiden. Damit erledigt sich denn auch die Schadenersatzforderung der Beklagten Marie von Schweikhardt von selbst. Denn da, wie bemerkt, über die Gültigkeit des Arrestes ausschließlich die kantonalen Gerichte zu entscheiden haben und von diesen der Arrest als rechtsgültig gelegt aufrecht erhalten worden ist, so kann natürlich keine Rede davon sein, daß in dessen Herausnahme etwa eine rechtswidrige, nach Art. 50 D.-M. zum Schadenersatz verpflichtende, Handlung gefunden werden könnte.

3. In Bezug auf die Eigenthumsansprache der Beklagten und Widerklägerin Endres an einem Theil der mit Arrest belegten Gegenstände ist zu bemerken: Laut schriftlichem Vertrag vom 11. November 1887 trat die Beklagte Marie von Schweithardt die fraglichen Möbel ihrer Schwester Sophie Endres eigenthümlich ab und zwar zur Deckung verschiedener Darlehen im Gesamtbetrage von 7646 Mk. 99 Pf., welche der, damals bereits flüchtig gewordene und am 15. November 1887 in Konkurs gerathene, Ehemann der Marie von Schweithardt von der Sophie Endres erhalten hatte und welche von der Ehefrau von Schweithardt garantirt waren. Die als „Kaufvertrag“ bezeichnete Urkunde enthält am Schlusse die Erklärung: „Diese sämtlichen Gegenstände sind heute der Käuferin von mir übergeben worden.“ Die Widerklägerin Endres behauptet, als sich der Ehemann von Schweithardt im Oktober 1887 entfernt habe, sei sie mit ihrer Schwester dahin überein gekommen, gemeinschaftlich mit ihr Haus zu halten; zu diesem Zwecke habe sie einen Theil des vorhandenen Mobilars übernommen und es seien ihr die betreffenden Möbel sofort zu Eigenthum übergeben worden, wie sie denn auch seither von beiden Beklagten gemeinsam benützt worden seien. Die Vorinstanz stellt indes thatsächlich fest, daß die Beklagte von Schweithardt stets die alleinige Mietherin der Wohnung, in welcher sich die betreffenden Möbel befanden, gewesen sei und daß die letztern nach wie vor dem Vertrage vom 11. November 1887 am gleichen Orte geblieben seien. Die Vorinstanz führt aus, daß demnach eine körperliche Besitzübergabe im Sinne des Art. 200 D.-R. nicht stattgefunden habe; es könnte sich höchstens fragen, ob nicht eine Besitzübertragung durch const. poss. gemäß Art. 202 D.-R. vorliege. Eine solche wäre aber, — abgesehen davon, daß ein besonderes, das Zurückbleiben des Gewahrsams beim Verkäufer rechtfertigendes Rechtsverhältniß nicht nachgewiesen sei, — im vorliegenden Falle gemäß Art. 202 Absatz 2 D.-R. darum unwirksam, weil nach den Umständen angenommen werden müßte, es habe sich bei dem fraglichen Kaufe lediglich darum gehandelt, das Mobilar vor den übrigen Gläubigern der Beklagten von Schweithardt zu retten. Dieser Entscheidung ist bei-

zutreten. Zur körperlichen Besitzübergabe im Sinne des Art. 200 D.-R. genügt eine bloß verbale, wenn auch in Gegenwart der zu übereignenden Gegenstände oder sogar unter Berührung derselben geschene, Uebertragung des Gewahrsams nicht; es ist vielmehr dazu eine thatsächliche Aenderung des Gewaltverhältnisses erforderlich. Eine solche ist aber hier nach dem vorinstanzlich festgestellten Thatbestande nicht erfolgt. Eine gültige Besitzübertragung durch const. poss. dagegen ist schon deshalb ausgeschlossen, weil ein das Zurückbleiben des Gewahrsams beim Verkäufer begründendes besonderes Rechtsverhältniß, wie eine Miethen und dergleichen, gar nicht behauptet ist. Ist aber der Besitz an dem streitigen Mobilar auf die Widerklägerin Endres nicht übertragen worden, so ist sie gemäß Art. 199 D.-R. auch nicht Eigenthümerin desselben geworden und daher ihre vindication abzuweisen, wonach selbstverständlich auch ihr Schadenersatzanspruch aus dem Arreste vom 31. Dezember 1887 sich erledigt.

4. Was den Schadenersatzanspruch der Widerklägerin Endres aus dem Arreste vom 7. Januar 1888 anbelangt, so ist auf denselben wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht einzutreten. Denn in dieser Beziehung ist der Streitwerth von 3000 Fr. nicht gegeben, wie sich daraus ergibt, daß in einer nachträglichen Eingabe an das Appellationsgericht vom 23. April 1888 der gesammte Schaden der Sophie Endres auf 1000 Fr. beziffert wurde.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten und Widerklägerinnen wird verworfen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 5. Juli 1888 sein Bewenden.