

Or en l'espèce l'application de cette dernière disposition se justifierait manifestement en présence des circonstances de la cause, puisque c'est certainement Peissard qui a provoqué la rixe dont il s'agit, et qu'il doit attribuer uniquement à son rôle agressif le coup reçu de la part de ceux qui luttaient avec lui pour se soustraire à ses voies de fait.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel de Fribourg, le 19 Avril 1893, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

#### 91. Urteil vom 9. September 1893 in Sachen Volksbank Luzern gegen Stirnimann.

A. Durch Urteil vom 22. Februar 1893 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt :

Die Beklagte sei gehalten, den Aufschlag von 1850 Gulden, angegangen den 1. Mai 1838, ab Sitenmoos, Neuenkirch, an Kläger unbeschwert auszuhinzugeben.

B. Gegen dieses Urteil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zu nochmaliger Beurteilung die Streitsache an das luzernische Obergericht zurückzuweisen, eventuell es sei in Umänderung des angefochtenen Urteils Fridolin Stirnimann mit seiner Klage gegen die Volksbank des gänzlichen abzuweisen. Gleichzeitig legte die Beklagte auch Kassationsbeschwerde beim Obergerichte des Kantons Luzern ein. Letztere Beschwerde wurde vom Obergerichte des Kantons Luzern durch Entscheidung vom 20. Juli 1893 abgewiesen.

C. Bei der heutigen Verhandlung wird beschlossen, es sei über die Kompetenzfrage gesondert zu verhandeln. Der Anwalt der Beklagten beantragt hierauf, das Bundesgericht möchte sich für kompetent erklären, während der Anwalt des Klägers und Re-

kursbetroffenen beantragt, das Bundesgericht möchte wegen Inkompetenz auf die gegnerische Weiterziehung nicht eintreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger vindiziert einen „Aufschlag“ (Hypothekarinstrument des luzernischen Rechtes, welches nur von Ehemännern für von ihnen bezogenes Frauengut errichtet werden konnte), errichtet von Alois Stirnimann im Sitenmoos zu Neuenkirch, angegangen den 1. Mai 1838, von 1850 Gulden (3523 Fr. 81 Cts.), welcher von dem gewesenen Gemeindefreiber von Neuenkirch, Franz Xaver Heim am 17. Januar 1889 der beklagten Bank für eine eigene Schuld verpfändet worden war. Die beklagte Bank bestritt, daß das vindizierte Hypothekarinstrument Eigentum des Klägers sei; es ist dies indes durch die angefochtene Entscheidung endgültig festgestellt worden. Im weitern machte die beklagte Bank geltend, der streitige „Aufschlag“ sei dem Gemeindefreiber Heim anvertraut gewesen, sie habe sich bei der Verpfändung in gutem Glauben befunden und sei daher gemäß § 256 und 365 des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber der Vindikation des Eigentümers bei ihrem Pfandrechte zu schützen. Die erste Instanz (Bezirksgericht Luzern) erachtete diese Einwendung für begründet, die zweite Instanz dagegen hat dieselbe verworfen und die Klage gutgeheißen, indem sie ausführte, es sei nicht erwiesen, daß das Instrument dem gewesenen Gemeindefreiber Heim vom Kläger freiwillig anvertraut worden sei, daselbe hätte bei der Nachlaßteilung, durch welche es dem (damals verbeiständeten) Kläger zugeteilt worden sei, gemäß Gesetz und Beschluß des Teilungsamtes durch letzteres in die Depositarkasse eingelegt werden sollen. Dem Kläger sei jede Disposition über daselbe entzogen gewesen. Wie es habe möglich werden können, daß in der Folgezeit der gewesene Gemeindefreiber Heim über den klägerischen Titel habe disponieren können, das aufzuhellen und aus den bezüglichen Tatsachen die rechtlichen Konsequenzen zu ziehen, werde der Beklagten für ein anderweitiges Verfahren überlassen werden müssen. Vor den kantonalen Instanzen sind beide Parteien — ebenso wie die kantonalen Gerichte — ohne weiters davon ausgegangen, es sei in der Sache kantonales Recht maßgebend, dagegen stützt sich nunmehr die Beschwerde der Beklagten

an das Bundesgericht darauf, es sei nicht kantonales sondern eidgenössisches Recht anwendbar. Sie behauptet, die „Aufschläge“ des luzernischen Rechtes (wie die Gülten, denen sie vollständig gleichstehen) unterstehen hinsichtlich ihrer Übereignung und Verpfändung sachenrechtlichen Grundsätzen; sie seien, möge man sie nun als Inhaberpapiere oder nur als inhaberpapierähnliche Papiere betrachten, als bewegliche Sachen im Sinne des Obligationenrechtes zu behandeln und es richten sich daher Voraussetzungen und Wirkungen der Verpfändung solcher Papiere nach den Bestimmungen des Art. 210 und 213 D.-R.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes hängt davon ab, ob in der Sache eidgenössisches oder kantonales Recht maßgebend ist. Der Umstand, daß die Parteien vor den kantonalen Instanzen übereinstimmend sich auf kantonales Recht berufen haben, ist ohne Bedeutung. Denn der Richter hat das geltende Recht, von Amtes wegen, ohne an die Ausführungen der Parteien gebunden zu sein, zur Anwendung zu bringen; er hat von Amtes wegen zu untersuchen und zu entscheiden, welches die den streitigen Fall beherrschenden Rechtsnormen sind.

3. Der „Aufschlag“ des luzernischen Rechtes ist ein Titel über eine grundversicherte Forderung. Im übrigen gehen die Parteien hinsichtlich der rechtlichen Natur desselben auseinander. Während die beklagte Partei behauptet, der Aufschlag sei der Gült gleichartig, er sei wie diese ein den Inhaberpapieren sich näherndes Wertpapier, behauptet umgekehrt der Kläger, der „Aufschlag“ stehe auf gleicher Linie wie der „Kaufzahlungsbrief“ und sei wie dieser im Verkehr nicht nach sachenrechtlichen, sondern nach obligationenrechtlichen Grundsätzen zu behandeln. Die zweite kantonale Instanz hat sich hierüber in ihrem Urteile nicht ausdrücklich ausgesprochen. Die Frage bedarf auch im vorliegenden Falle einer Entscheidung nicht; denn, selbst wenn die von der Beklagten vertretene, also dieser günstigere Meinung zu Grunde gelegt wird, daß der „Aufschlag“ der „Gült“ gleichartig sei, so ist das Bundesgericht zu Beurteilung der Beschwerde doch nicht kompetent, denn es ist auch in diesem Falle nicht eidgenössisches sondern kantonales Recht maßgebend.

4. Das eidgenössische Obligationenrecht enthält in Art. 210 u. ff.

Bestimmungen über die Verpfändung von beweglichen Sachen oder Inhaberpapieren (Art. 210), von Wechsellin und andern indossablen Papieren (Art. 214) und von „andern Forderungen“ (Art. 215). Einen ausdrücklichen Vorbehalt des kantonalen Rechtes, wie er in Art. 105 für die Amortisation, in Art. 130 für das Erlöschen, in Art. 146 für die Verjährung, in Art. 198 für die Abtretung, in Art. 414 für die Anweisung grundversicherter Forderungen und in Art. 337 D.-R. für das grundversicherte Darlehen ausgesprochen ist, enthält das Gesetz rücksichtlich der Verpfändung grundversicherter Forderungen nicht. Allein nichtsdestoweniger darf nicht arg. e contrario gefolgert werden, daß somit für die Verpfändung der grundversicherten Forderungen, da hier das kantonale Recht nicht ausdrücklich vorbehalten sei, eidgenössisches Recht gelte. Diese Schlußfolgerung erscheint vielmehr nach Inhalt und Zusammenhang der Vorschriften des Obligationenrechtes als ausgeschlossen. Das Recht der grundversicherten Forderungen steht in engstem Zusammenhange mit dem, kantonrechtlicher Regelung vorbehaltenen, Immobiliarsachenrechte, speziell dem Hypothekarrechte. Das kantonale und nicht das eidgenössische Recht normiert demgemäß die rechtliche Natur der grundversicherten Forderungen, bestimmt darüber, ob und inwieweit die hypothekarischen Titel als Wertpapiere, bei welchen das Recht an die Urkunde geknüpft ist und in derselben sich verkörpert, oder aber als bloße Beweisurkunden sich qualifizieren. Das Obligationenrecht bestimmt hierüber nichts und konnte ohne unzulässigen Eingriff in das kantonale Recht der Grundversicherung hierüber nichts bestimmen. Demgemäß hat denn auch das Obligationenrecht in Art. 198 D.-R. für die Abtretung grundversicherter Forderungen das kantonale Recht vorbehalten. Denn selbstverständlich ist für die Abtretung einer Forderung deren rechtliche Natur (ob Wertpapier oder gewöhnliche Schuldscheinforderung) bestimmend. Die Regeln, welche für die Abtretung gelten, müssen naturgemäß andere sein, je nachdem es sich um eine Wertpapier- oder um eine gewöhnliche Schuldscheinforderung handelt; es bestimmt sich auch der Übergang des für grundversicherte Forderungen bestehenden Pfandrechts einzig nach kantonalem Sachenrechte. Nun kann allerdings nicht gesagt werden, daß Art. 198 D.-R. unmittelbar

auch die Verpfändung grundversicherter Forderungen betreffe, weil die Verpfändung einer Forderung sich als eine bedingte oder beschränkte Abtretung charakterisiere. Denn diese Auffassung der Forderungsverpfändung kann nicht als zutreffend anerkannt werden (vergl. dagegen z. B. Sohm, Die Lehre vom subpignus S. 41 u. ff.) Allein auf der andern Seite ist klar, daß die gleichen Gründe, welche dazu führten, für die Abtretung grundversicherter Forderungen das kantonale Recht vorzubehalten, auch dafür sprechen, die Regelung der Verpfändung grundversicherter Forderungen dem kantonalen Recht zu überlassen. Wie für die Abtretung, so heisst auch für Form und Wirkung der Verpfändung die rechtliche Natur des Pfandobjektes Berücksichtigung. Das eidgenössische Obligationenrecht selbst anerkennt dies, indem es hinsichtlich der Verpfändung zwischen beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, indossablen Papieren, und „andern Forderungen“ unterscheidet und seine Bestimmungen der verschiedenen rechtlichen Natur dieser Pfandobjekte anpaßt. Angesichts dieses innern Zusammenhangs zwischen der rechtlichen Natur des Pfandobjektes und den Formen und Wirkungen der Verpfändung darf gefolgert werden, daß das Obligationenrecht seine Bestimmungen über die Verpfändung überhaupt nur für Forderungen habe aufstellen wollen, deren Natur durch das eidgenössische Recht selbst normiert ist, nicht aber für grundversicherte Forderungen, deren rechtliche Natur das kantonale Recht feststellt, daß somit der in Art. 215 D.-R. enthaltene Ausdruck „andere Forderungen“ in diesem beschränkten Sinne anderer überhaupt durch das eidgenössische Recht normierter Forderungen zu verstehen sei. Hiefür spricht denn auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, speziell des Art. 215 (vergl. hierüber wie überhaupt für die hier vertretene Auslegung des Gesetzes, Hafner, Rechtsgutachten über die Rechtsnatur der appenzell-außerrhodischen Zeddel, sowie Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, VII, S. 68 u. ff., insbesondere S. 80 u. ff.), in Verbindung mit dem Umstande, daß die Verpfändungsform des Art. 215 D.-R. für an Urkunden geknüpfte Forderungen, als was sich die grundversicherten Forderungen nach den kantonalen Rechten wohl zumeist qualifizieren, gar nicht paßt (siehe darüber Hafner, am angeführten Orte).

5. Nun behauptet allerdings die Beklagte, der luzernische Aufschlag (wie die Gült) sei als bewegliche Sache oder doch als Inhaberpapier respektive inhaberpapierähnliches Papier im Sinne des Obligationenrechtes zu betrachten und falle daher rücksichtlich der Übertragung und Verpfändung unter die vom eidgenössischen Obligationenrecht für bewegliche Sachen und Inhaberpapiere aufgestellten Regeln. Allein dies ist nicht richtig. Das Obligationenrecht hat in Art. 199 u. ff., wie in Art. 210 und 213, nur körperliche bewegliche Sachen, Sachen, die lediglich als körperliche Rechtsobjekte, nicht gleichzeitig als Träger von Rechten von Bedeutung sind, und die zu diesen gezählten Inhaberpapiere, nicht dagegen andere Wertpapiere im Auge. Dies ergibt sich rücksichtlich der hier in Frage stehenden Art. 210 und 213 D.-R. schon aus ihrem Wortlaute (verbis „bewegliche Sachen oder Inhaberpapiere“) ganz unzweideutig. Hypothekarinstrumente fallen also jedenfalls dann, wenn sie nicht als reine (vollkommene) Inhaberpapiere sich darstellen, nicht unter die Vorschriften des Art. 210 und 213 D.-R. (wie übrigens auch nicht unter diejenigen der Art. 199 u. ff.) Nun hat aber die Beklagte selbst nicht bestimmt behauptet, daß die luzernische Gült, welcher ihrer Meinung nach der Aufschlag gleichsteht, ein reines Inhaberpapier im Sinne der Art. 846 u. ff. D.-R. sei, sondern hat mehr nur geltend gemacht, die Gült sei ein dem Inhaberpapier sich annäherndes, demselben ähnliches Wertpapier. Es ist denn auch die Meinung, daß die Gült ein Inhaberpapier sei, von der luzernischen Gerichtspraxis, welche hiefür, da es sich dabei um die Auslegung kantonalrechtlicher Bestimmungen handelt, für das Bundesgericht maßgebend sein muß, bestimmt zurückgewiesen worden (siehe die Entscheidung des luzernischen Obergerichtes in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins XXV, S. 429 Erw. 2). Daraus ergibt sich denn ohne weiters und ohne daß untersucht zu werden brauchte, ob für den Verkehr mit grundversicherten reinen Inhaberpapieren eidgenössisches Recht maßgebend wäre, daß in concreto die Vorschriften des eidgenössischen Obligationenrechtes als solche, als Normen des eidgenössischen Rechtes nicht anwendbar sind. Eine ganz andere Frage ist die, ob nicht das kantonale luzernische Recht den Verkehr mit Gülten, speziell hinsichtlich des

Schutzes des redlichen Besitzers, dem Verkehr mit beweglichen Sachen gleichstelle, so daß dafür jeweilen einfach die zur Zeit geltenden allgemeinen Regeln des Mobiliarsachenrechtes zur Anwendung kommen und daher nachdem diese durch das Obligationenrecht normiert sind, die betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuches inhaltlich, gemäß dem Willen des kantonalen Gesetzgebers, auch für den Verkehr mit Gütern maßgebend seien (siehe darüber Huber, Schweizerisches Privatrecht III, S. 451 u. f.; vergl. auch Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XV, S. 853 Erw. 6). Diese Frage ist keineswegs unzweifelhaft. Allein sie ist eine solche des kantonalen und nicht des eidgenössischen Rechtes; auch wenn sie zu bejahen sein sollte, so kämen die im eidgenössischen Obligationenrechte enthaltenen Vorschriften über den Schutz des redlichen Besitzers für den Gültverkehr nicht als eidgenössisches sondern als kantonales Recht, nicht kraft Willen und Anordnung des eidgenössischen, sondern des kantonalen Gesetzgebers zur Anwendung. Die Frage entzieht sich daher der Nachprüfung des Bundesgerichtes.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Weiterziehung der Beklagten wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat daher in allen Teilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern sein Bewenden.

92. Arrêt du 14 Septembre 1893 dans la cause *Masse Bovet*  
*contre la Banque cantonale neuchâteloise.*

Pendant les premiers mois de 1892 et antérieurement déjà, Alphonse Bovet-Jacot, à Fleurier, dans le but de rendre service à son neveu Albert Bovet-Favre, a consenti, par pure complaisance, à endosser un certain nombre de billets de change souscrits par ce dernier. Ces billets ont été escomptés à la Banque des Bayards pour 8817 fr. 25 c. et à la Banque cantonale neuchâteloise pour 9002 fr. 85 c.

Le 17 Mai 1879, la Banque cantonale, désirant obtenir des garanties d'Alphonse Bovet-Jacot pour les billets qu'il avait endossés, délégua auprès de lui dans ce but son sous-directeur, et le même jour, à 10 heures du soir, au domicile d'Alphonse Bovet, un acte fut passé sur les mains du notaire Vaucher, acte intitulé « Ouverture de crédit en compte courant et constitution d'hypothèque », en vertu duquel la Banque ouvrait à Albert Bovet un compte courant jusqu'à concurrence de 9000 francs, somme dont ce dernier se constitue débiteur.

Interviennent dans cet acte Alphonse Bovet-Jacot père, et ses enfants, « pour garantir le remboursement de toutes sommes quelconques, dues en vertu du crédit jusqu'à concurrence de 9000 francs en capital, des intérêts et de tous accessoires légitimes, en affectant par hypothèque spéciale, au profit de la Banque cantonale, les immeubles dont ils sont propriétaires, soit comme biens exclusivement personnels, soit indivisément. »

Le 22 Juin 1892, Albert Bovet-Favre fut mis en faillite, et peu de temps après la Banque des Bayards provoquait de son côté la faillite d'Alphonse Bovet-Jacot, dans le but, selon son dire, de faire annuler des garanties données en faveur d'un créancier au détriment des autres. Cette dernière faillite fut prononcée par jugement du 21 Septembre 1892.

Fondée sur l'acte du 17 Mai 1892 et l'inscription prise au au bureau des hypothèques le 19 dit, la Banque cantonale fit inscrire dans cette faillite le montant du compte courant ouvert à Albert Bovet-Favre, soit, d'après les livres de cet établissement, la somme de 9167 francs, et elle réclama le privilège résultant de l'hypothèque continuée en sa faveur par l'acte du 17 Mai 1892.

L'administration de la faillite écarta toutefois le droit de gage ou d'hypothèque réclamé, et n'admit la Banque qu'en 5<sup>me</sup> classe pour le montant de son compte.

Ensuite de cette décision, la Banque cantonale a introduit contre la masse Alphonse Bovet-Jacot une action concluant à ce qu'il plaise au Tribunal :

1° Dire que la Banque cantonale a, pour le crédit en