

124. Urteil vom 29. Dezember 1893 in Sachen  
Masse Schelling gegen Schelling.

A. Mit Urteil vom 30. November 1893 hat das Obergericht des Kantons Thurgau erkannt:

1. Sei die erste Rechtsfrage verneinend entschieden.
2. Es habe die Appellantin den Beweis durch Urkunden, Zeugen, Ergänzungs- und eventuell Schiedshandgelübde dafür zu leisten, daß die von ihr im Konkurse des Ernst Schelling in Kreuzlingen vindizierten Objekte mit den in Ziffer 3 und 4 und litt. H des Überlassungsvertrages vom 3. März 1891 als Eigentum vorbehaltenen Gegenstände identisch seien, und sei der Appellatin der Gegenbeweis durch dieselben Beweismittel geöffnet.
3. Sei die Frist zur Anmeldung der Zeugen beim erstinstanzlichen Gerichtspräsidenten auf zehn Tage von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an festgesetzt.

B. Gegen dieses Urteil ergriff Dr. Hug, Advokat in Kreuzlingen, Namens der Konkursmasse E. Schelling, die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es solle der Eigentumsvorbehalt der Appellatin Wittve Schelling in Kreuzlingen gemäß Vertrag vom 3. März 1891 verworfen und die betreffenden Gegenstände als Massegut erklärt werden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin, Wittve Katharina Schelling, hat in ihrer Klage gegen die Konkursmasse E. Schelling folgende Rechtsfragen aufgestellt:

a. Ist das von der Klägerin beanspruchte Pfandrecht an einem Pfandbriefe per 10,000 Fr. auf J. U. Pfändler in Degersheim lautend, rechtlich begründet?

b. Ist die von der Klägerin im Konkurse des Ernst Schelling in Kreuzlingen geltend gemachte Eigentumsansprüche auf die vorhandene Fassung nebst Holzvorrat und das vorhandene landwirtschaftliche Inventar inklusive Viehhabe gemäß litt. H und Ziffer 3 und 4 des Überlassungsvertrages datiert den 3. März 1891, rechtlich begründet?

Das erste, auf ein Pfandrecht abzielende Begehren wurde vom

Obergerichte abgewiesen und ein Rekurs gegen diesen Teil des Urteils liegt nicht vor. Mit Bezug auf den zweiten Teil, worin eine Eigentumsansprüche erhoben wird, hat das Obergericht kein Haupturteil erlassen, sondern dahin erkannt, es habe die Klägerin den Beweis dafür zu leisten, daß die von ihr vindizierten Objekte mit den in Ziffer 3 und 4 und litt. H des Überlassungsvertrages vom 3. März 1891 als Eigentum vorbehaltenen Gegenständen identisch seien.

2. Da nach Art. 58 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 die Berufung an's Bundesgericht nur gegen die in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Haupturteile zulässig ist, so kann auf die vorliegende, lediglich gegen ein Beweisurteil gerichtete Weiterziehung nicht eingetreten werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Weiterziehung wird nicht eingetreten.

125. Arrêt du 29 Décembre 1893 dans la cause Grivet  
contre Cosandey.

Les hoirs de Christian Niederhäusern, en son vivant propriétaire du café des Places, à Fribourg, ont soutenu contre dame Louise Bohren, femme d'Emile Werro, locataire de ce café, un procès en mainlevée d'opposition faite à leur poursuite en paiement du prix du bail. Ce procès a été jugé en dernière instance par arrêt de la Cour d'appel en date du 2 Avril 1889, qui a reconnu dame Werro fondée dans son opposition.

Les hoirs Niederhäusern, domiciliés hors du canton de Fribourg, avaient été, au commencement du procès, requis de fournir les sûretés pour les dépens présumés du litige. A cet effet, l'avocat Grivet, leur défenseur, s'est porté caution judiciaire jusqu'à concurrence de la somme de 250 francs, fixée par le président du tribunal.

Le 4 Mai 1889, C. Grivet a constitué en demeure Louise Werro-Bohren d'avoir à commencer des poursuites contre les hoirs Niederhäusern, à fin de paiement des frais du procès garantis par son cautionnement (art. 503, éventuellement 502 C. O.).

Par exploit, notifié le 23 Mai 1891, dame Louise Werro et son défenseur Cosandey, comme créancier gagiste, ont fait notifier à C. Grivet les gagements en vue d'arriver au paiement de 250 francs et intérêts, en vertu d'une liste de frais modérée au chiffre de 323 fr. 65 c. par le président du tribunal de la Sarine, et dont les  $\frac{4}{5}$  étaient dus par les hoirs Niederhäusern. Grivet a fait opposition à ces gagements.

Dans l'intervalle la discussion des biens de Louise Werro a été ordonnée; l'avocat Cosandey est intervenu comme créancier, a produit sa liste de frais, et a obtenu collocation sur la créance de la discutante contre les hoirs Niederhäusern jusqu'à concurrence de 441 fr. 20 c.

Fondé sur cette collocation, Cosandey a, sous date du 13 Mai 1893, fait commandement à la caution C. Grivet de lui payer 250 francs avec intérêts dès le 23 Mai 1891.

Grivet ayant de rechef formé opposition, Cosandey l'a assigné devant la Justice de paix du cercle de Fribourg, en paiement de la prédite somme, et Grivet a conclu au rejet de cette demande, par le motif que dame Werro n'ayant pas donné suite à sa constitution en demeure du 4 Mai 1889, il se trouvait libéré de son cautionnement à teneur de l'art 503, al. 1. C. O.

Par jugement du 28 Juillet 1893, la Justice de paix a admis Cosandey dans ses conclusions, par le motif que la caution *judicatum solvi* constitue un contrat de procédure, régi uniquement par les dispositions du droit cantonal. Grivet s'étant pourvu en cassation contre ce jugement, la Cour cantonale a rejeté le pourvoi, par le même motif.

C'est contre cet arrêt, du 6 novembre 1893, que C. Grivet recourt en cassation au Tribunal fédéral, fondé sur les art. 89 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale. Il conclut à l'annulation du dit arrêt pour violation des art. 503, 38, 76 et 881 C. O.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1° L'art. 89 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale précitée, laquelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> Octobre 1893, dispose que dans les causes appelant l'application des lois fédérales, non susceptibles d'un recours en réforme d'après l'art. 59, chaque partie peut recourir en cassation au Tribunal fédéral contre les jugements au fond de la dernière instance cantonale, si celle-ci a appliqué le droit cantonal ou étranger au lieu du droit fédéral, et l'art. 90 *ibidem* statue que le recours doit être déposé dans les 20 jours à partir de la communication du jugement cantonal.

2° L'arrêt du 6 Novembre 1893, dont est recours, ne se caractérise toutefois point comme un jugement *au fond* dans le sens de l'art. 89 susvisé, mais seulement comme un jugement de cassation ne statuant pas sur le litige lui-même, mais uniquement sur l'existence d'un motif de cassation. Le juge de cassation fribourgeois n'a pas, en effet, prononcé sur le bien ou mal fondé, en droit ou en fait, de la prétention litigieuse, mais seulement sur la question de l'admissibilité du moyen de cassation soulevé par le recourant, c'est-à-dire de savoir s'il y a lieu, ensuite du moyen de nullité invoqué par lui, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause au juge compétent, pour nouveau jugement. Or ni le recours en réforme prévu aux art. 56 et suivants, ni le recours en cassation de l'art. 89 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale ne sont admissibles contre de pareilles décisions. Il est au contraire hors de doute que le moyen de cassation fédéral, pour autant qu'il peut en être fait usage, exclut le recours cantonal en cassation dans les cas où ce moyen de droit existe, et n'a pas été introduit en concurrence avec ce dernier.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours en cassation de l'avocat C. Grivet.