

## 11. Urteil vom 14. Februar 1903

in Sachen **Gerber und Genossen**, Kl. u. Ver.=Kl., gegen  
**Konkursmasse Hirzel-Burkhardt**, Bekl. u. Ver.=Bekl.

*Anfechtung eines Kollokationsplanes im Konkurse, fortgesetzt durch Rechtsnachfolger eines ursprünglichen Anfechtenden als Gläubiger dieses letztern, gegen den die nunmehrigen Kläger mit Erfolg Anfechtungsklage (im Sinne der Art. 286 und 288 Sch.- u. K.-Ges.) erhoben hatten. — Regressanspruch des (ursprünglichen) Anfechtungsklägers als Beauftragten (oder Geschäftsführers ohne Auftrag) gegen den Auftraggeber. Art. 400 und 427 O.-R. — Anerkennung der Schuldpflicht des ursprünglichen Anfechtungsklägers gegenüber den nunmehrigen Klägern. — Einfluss der Tatsache, dass die mit der Klage geltend gemachten Forderungen schon im Konkurse gegen den Auftraggeber direkt eingegeben worden sind. — Schuldübernahme von Seiten der Konkursmasse. — Retentionsrecht für die streitigen Forderungen. Art. 224 Abs. 1 O.-R.*

A. Durch „Beschluss“ vom 16. Dezember 1902 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes erkannt:

Der Rekurs wird als teilweise begründet erklärt und demgemäß die von der Klägerin Frau Suter im Konkurse des Hirzel-Burkhardt angemeldete Regressforderung im Betrage von 583 Fr. im Sinne der letzten Erwägung rechtlich geschützt, die Mehrforderung aber, sowie das für die geschützte Forderung beanspruchte Retentionsrecht verworfen.

B. Gegen diesen „Beschluss“ haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage, ihre Regressforderung samt dem dafür angesprochenen Retentionsrecht sei im vollen Betrage von 13,000 Fr. gutzuheissen.

C. In der heutigen Verhandlung vor Bundesgericht hält der Vertreter der Kläger an dem gestellten Berufsbegehren fest; der Vertreter der Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In tatsächlicher Hinsicht ist den Akten zu entnehmen: Im Konkurse des Hirzel-Burkhardt, dessen Masse vorliegend belangt

wird, hatte eine Frau Suter, die ehemalige Leiterin des dem Kridaren zu Eigentum gehörenden Hotels Schwanen in Zürich I, u. a. eine Regressforderung von 29,500 Fr. angemeldet und dafür ein Retentionsrecht an sämtlichen, in jenem Hotel befindlichen Vorräten und Mobilien beansprucht. Da die Konkursverwaltung ihre Ansprüche nicht anerkannte, kocht Frau Suter den Kollokationsplan rechtzeitig an, zog aber die Klage, nachdem sie inzwischen selbst in Konkurs gekommen war, dessen Verfahren jedoch mangels Aktiven sistiert wurde, Ende Juli 1900 zurück. Gegen diesen Klagerückzug erhoben die heutigen Kläger gestützt auf die Art. 286 und 288 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes eine Anfechtungsklage, welche letztinstanzlich durch Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 15. März 1902 gutgeheissen wurde. Demnach wurden die Kläger berechtigt erklärt, die Ansprüche der Frau Suter gegenüber der heute beklagten Konkursmasse bis auf den Betrag ihrer Forderungen geltend zu machen. Hierauf nahmen diese Kläger den Prozeß der Frau Suter in dem Sinne wieder auf, daß sie vor Bezirksgericht Horgen die vorliegende Klage erhoben mit dem Begehren, es sei die genannte Regressforderung der Frau Suter im reduzierten Betrage von 13,000 Fr. zuzusprechen und hiefür das Retentionsrecht an allen zur Zeit des Konkursausbruches über Hirzel im Hotel Schwanen vorhandenen Waren und Inventargegenständen anzuerkennen. Sie führen zur Begründung wesentlich aus: Das Rechtsverhältnis, das zwischen Frau Suter, als Leiterin des Hotels Schwanen, und dessen Eigentümer Hirzel bestanden habe, qualifiziere sich als Auftrag, laut welchem jene verpflichtet gewesen sei, Hotel und Wirtschaft in gleicher Weise, wie für sich selbst, auf Rechnung Hirzels zu führen, insbesondere alle erforderlichen Anschaffungen zu besorgen. Nun seien im Moment der Eröffnung des Konkurses Hirzel eine Anzahl Lieferungen, die Frau Suter für den Betrieb des Hotels bestellt und entgegengenommen habe, darunter solche der Kläger im Gesamtwert von 12,959 Fr. (abgesehen von Zinsen und Kosten), nicht bezahlt gewesen. Die daherigen Forderungen der Kläger seien im Konkurse Hirzel, sowie im Betreibungsverfahren gegen Frau Suter anerkannt worden. Soweit aber diese letztere dergestalt für Lieferungen in den „Schwanen“ belangt werde,

stehe ihr eine Regreßforderung gegen Hirzel zu. Das hiefür beanspruchte Retentionsrecht sei nach Art. 224 D.-R. begründet, indem einerseits die streitige Regreßforderung gemäß Art. 208 des Schuldbtreibungs- und Konkursgesetzes fällig sei, andererseits die Warenvorräte zc. bis zur Wegnahme durch das Konkursamt tatsächlich und zufolge des bestehenden Mandatsverhältnisses auch rechtlich in der Verfügungsgewalt der Frau Suter gestanden hätten, ohne daß Art. 225 D.-R. zuträfe. Die Beklagte, Konkursmasse Hirzel, beantragt Abweisung der Klage, indem sie wesentlich geltend macht, sie anerkenne allerdings, daß der Kridar Hirzel beziehungsweise dessen Masse die Forderungen der Kläger für ihre Lieferungen an das Hotel Schwanen — mit Ausnahme des wegen Nichtanfechtung des Kollokationsplans rechtskräftig ausgeschlossenen Anspruches der Gebrüder Freß von 1084 Fr. — schuldig sei, bestreite aber die Schuldpflicht und damit das vorliegend geltend gemachte Regreßrecht der Frau Suter. Zwischen dieser und Hirzel habe nicht ein Mandatsverhältnis, sondern ein Dienstvertrag bestanden. Frau Suter habe keinen Auftrag gehabt, in eigenem Namen zu kontrahieren; sie habe vielmehr als Angestellte stets in Hirzels Namen handeln müssen und habe für allfällige Mißachtung dieser Rechtsstellung selbst; übrigens hätten die Lieferanten nach der Stempel-Unterschrift: „Hotel Schwanen, die Verwaltung“ auf ein Vertretungsverhältnis schließen müssen und sich tatsächlich auch stets an Hirzel gehalten. Das beanspruchte Retentionsrecht ermangle aller gesetzlichen Voraussetzungen: weder liege eine fällige Forderung vor, da Frau Suter aus dem Dienstvertrag keinen Anspruch auf Liberierung von allfällig in eigenem Namen eingegangenen Verpflichtungen habe (eventuell wäre sie Eigentümerin der betreffenden Ware geworden und müßte vindizieren, nicht retinieren); noch bestehe mit Rücksicht auf jenes Vertragsverhältnis Konnerität zwischen der Forderung und den Retentionsobjekten, eventuell erstrecke sich die Konnerität nur auf diejenigen noch vorhandenen Objekte, durch deren spezielle Anschaffung jede einzelne Forderung nachweisbar begründet worden sei. Auch fehle das Erfordernis der Verfügungsgewalt, indem Frau Suter wohl die physische Herrschaft, nicht aber die rechtliche Dispositionsfähigkeit über die

Objekte besessen habe, sondern an die Weisungen ihres Dienstherrn Hirzel gebunden gewesen sei; überdies treffe Art. 225 D.-R. zu, da Frau Suter die Pflicht gehabt habe, die Waren im Wirtschaftsbetriebe zu verkaufen. Die eingeklagte Regreßforderung sei übrigens schon deswegen abzuweisen, weil der Kollokationsplan im Konkurse Hirzel, welcher dieselbe ausschließe, längst rechtskräftig geworden sei.

Der Präsident des Bezirksgerichtes Horgen als erste Instanz hieß die Klage im vollen Umfange gut; das zürcherische Obergericht aber fällt auf Rekurs der Beklagten das in Fakt. A oben erwähnte Urteil, dessen Motive aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich sind.

2. Gegenstand der vorliegenden Klage bildet in der Hauptsache ein Regreßanspruch, welchen die Kläger als Rechtsnachfolger der Verwalterin des Hotels Schwanen in Zürich, Frau Suter, gegen die beklagte Konkursmasse erheben mit der Begründung, Frau Suter habe für den Betrag der den Klägern als Lieferanten jenes Hotels zustehenden, gegen sie geltend gemachten Forderungen ein Rückgriffsrecht auf den Kridaren Hirzel als Hoteleigentümer. Die Beklagte wendet vorab ein, jener Anspruch sei schon formell präkludiert, weil der Kollokationsplan im Konkurse Hirzel, gegen den sich die Klage richte, längst in Rechtskraft erwachsen sei. Allein die Vorinstanzen haben diesen Einwand mit Recht zurückgewiesen, indem sie ausführen, der heutige Prozeß bilde, gemäß dem hiefür präjudiziellen Entscheid des zürcherischen Obergerichtes vom 15. März 1902, die Fortsetzung des von Frau Suter rechtzeitig angehobenen Kollokationsstreites, so daß die vorliegende Anfechtung keineswegs als verspätet erscheine.

In materieller Hinsicht bestreitet die Beklagte den behaupteten Regreßanspruch, da dessen Voraussetzungen: einerseits die Schuldpflicht der Frau Suter für die Forderungen der Kläger, andererseits ihre eigene Haftbarkeit für die von Frau Suter eingegangenen Verbindlichkeiten, nicht gegeben seien. Was nun zunächst die letztere Einrede betrifft, so bemerkt das Obergericht, die Würdigung derselben hänge — im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Parteien und der ersten Instanz — nicht davon ab, ob sich das zwischen Frau Suter und dem Kridaren Hirzel seiner Zeit be-

stehende Rechtsverhältnis als Dienstvertrag oder als Mandat qualifiziere, indem Frau Suter die streitigen Rechtsgeschäfte mit den Klägern jedenfalls nicht auf Grund eines Dienstverhältnisses zum Kridaren abgeschlossen, sondern dabei entweder als Beauftragte, oder als Geschäftsführerin ohne Auftrag gehandelt habe. Von entscheidender Bedeutung sei danach vielmehr der Umstand, daß alle Klagforderungen sich auf Anschaffungen von Waren beziehen, welche unbestrittenermaßen für den Betrieb des Hotels Schwanen notwendig gewesen seien und somit im Interesse des Hoteleigentümers Hirzel gelegen haben; denn daraus folge ohne weiteres, daß der Frau Suter, sofern sie in eigenem Namen kontrahiert, also den Kridaren Hirzel nicht direkt verpflichtet habe, unter allen Umständen, sei es aus Art. 400 O.-R., sei es aus Art. 472 ibidem, ein Anspruch auf Liberierung gegen jenen beziehungsweise dessen Konkursmasse zustehe. Dieser Argumentation des Obergerichtes ist durchaus beizutreten und es mag zu ihrer eingehenderen Darlegung lediglich auf das angefochtene Urteil verwiesen sein.

Frägt es sich demnach, gemäß dem erwähnten ersteren Einwand der Beklagten weiter, ob und eventuell in welchem Umfange Frau Suter sich persönlich, in eigenem Namen, verpflichtet habe, so ist auf die unangefochtene tatsächliche Feststellung des Obergerichtes abzustellen, wonach Frau Suter in den gegen sie angehobenen Betreibungen die Schuldpflicht für alle vorliegend eingeklagten Ansprüche anerkannt hat. Überdies muß mit der Vorinstanz angenommen werden, daß ihre Haftung im gleichen Umfange durch den vorausgegangenen Anfechtungsprozeß der heutigen Kläger rechtskräftig konstatiert worden ist und daher von der Beklagten heute rechtswirksam nicht mehr bestritten werden kann.

3. Erscheint die streitige Regressforderung nach dem Gesagten an sich als begründet, so kann dieselbe trotzdem heute nicht im vollen Betrage zugesprochen werden, da sie vor Anhebung der vorliegenden Klage teilweise wieder erloschen ist. Wie nämlich die Vorinstanz feststellt, sind alle heute eingeklagten Forderungen, mit Ausnahme derjenigen von 1. Hugo Meyer, 2. Karl Weber (vormals Weber-Schneebeli), 3. Jeller-Billiger, im Konkurse Hirzel direkt und bedingungslos angemeldet und dementsprechend un-

bedingt in den Kollokationsplan eingestellt worden. Dieser Umstand aber verändert die im Vorstehenden erörterte rechtliche Situation der beteiligten Gläubiger gegenüber der Frau Suter und damit für den heutigen Prozeß. Denn einerseits kann den genannten Forderungsanmeldungen, nach der durchaus zutreffenden Argumentation des Obergerichtes, nur die Bedeutung beige-messen werden, daß die betreffenden Gläubiger dadurch den Kridaren Hirzel an Stelle der Frau Suter belangen wollten, somit implicite, unter der — tatsächlich erfüllten — Bedingung, daß ihre Anmeldungen berücksichtigt würden, auf ihre Ansprüche gegen Frau Suter verzichtet haben, da sie sich, wie das Obergericht mit Recht ausführt, darüber klar sein mußten, daß zwischen Frau Suter und dem Kridaren kein Solidarschuldverhältnis mit gleichzeitiger Haftung beider bestand. Andererseits ist diese Argumentation, für welche des genauern auf das angefochtene Urteil verwiesen werden kann, durch folgende, zum gleichen Resultat führende, Erwägung zu ergänzen: Die Anerkennung der erwähnten Forderungen im Kollokationsplan der beklagten Masse erscheint rechtlich als Übernahme einer fremden Schuld, da jene Forderungen, nach dem früher Gesagten, direkt ausschließlich Verpflichtungen der Frau Suter, nicht auch des Kridaren Hirzel, darstellen. Handelt es sich nun darum, die Wirkung dieses Rechtsaktes zu ermitteln, so ist davon auszugehen, daß das schweizerische Obligationenrecht das Institut der Schuldübernahme unter eigenem Titel nicht kennt, sondern für die Übertragung eines Schuldverhältnisses lediglich einerseits das Rechtsgeschäft der Novation (Art. 142 Ziff. 2), andererseits dasjenige der Solidarbürgschaft (Art. 495) aufweist. Damit ist die in der Doktrin des gemeinen Rechts bestehende Kontroverse, ob mit dem Übergang einer einzelnen Schuldverpflichtung der bisherige Schuldner befreit werde oder nicht, d. h. ob jenem Übergang privative oder kumulative Wirkung zukomme (vergl. v. Blume in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 39, S. 427) durch das Gesetz dahin gelöst, daß, abgesehen von den Fällen beabsichtigter und unzweideutig zum Ausdruck gebrachter Solidarbürgschaft, der neue Schuldner an Stelle, nicht neben den bisherigen tritt, somit in der Regel die Wirkung privativer Schuldübernahme erreicht wird (vergl.

Schurter: Die Theorie der Schuldübernahme, Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F., Bd. 20, S. 303 ff.). Dies letztere gilt unzweifelhaft auch für den vorliegenden Fall. Es ist daher die Schuldpflicht der Frau Suter für alle diejenigen Klageforderungen, welche im Konkurse Hirzel angemeldet und anerkannt worden sind, mit dieser Anerkennung ipso jure erloschen. Eine Mitwirkung der bisherigen Schuldnerin, Frau Suter, ist für diesen Schuldübergang durch Novation nicht erforderlich, so wenig wie bei der Schuldübernahme des gemeinen Rechts überhaupt, da diese als Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner erscheint, bei welchem der alte Schuldner sich in durchaus passiver Stellung befindet.

Demnach ist das streitige Regressrecht, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, nur für die Forderungen der früher speziell erwähnten Gläubiger Meyer, Weber und Zeller im Gesamtbetrage von 583 Fr. gutzuheissen.

4. Was das für die eingeklagte Regressforderung beanspruchte Retentionsrecht betrifft, ist dessen Berechtigung zufolge seines accessorischen Charakters nur mit Bezug auf die drei zuerkannten Forderungsbeträge zu prüfen. In diesem Umfange aber ist es mit der Vorinstanz zu verwerfen. Da nämlich zwischen Frau Suter und dem Kreditaren Hirzel zweifellos kein kaufmännischer Geschäftsverkehr im Sinne von Art. 224 U. 2 O.-R. bestand, so ist das Retentionsrecht für die genannten Forderungen, gemäß Art. 224 Ulinea 1 ibidem nur an denjenigen angesprochenen Waren begründet, aus deren Anschaffung jede einzelne jener Forderungen resultiert. Nun ergibt sich aus den eingehenden tatsächlichen Feststellungen des Obergerichtes, daß jene speziellen Retentionsobjekte, teils nach ihrer Natur als Eßwaren zu sofortigem Gebrauche im maßgebenden Momente der Konkursöffnung gar nicht mehr vorhanden waren, teils wegen ungenügender Substanziierung der Klage überhaupt nicht mit Sicherheit zu ermitteln sind. Aus diesem Grunde aber fällt das Retentionsrecht, soweit es hinsichtlich des besprochenen Requisites der Konnexität rechtlich begründet wäre, wegen tatsächlicher Unmöglichkeit seiner Exekution ohne weiteres dahin und braucht auf eine Untersuchung, ob dessen übrige Erfordernisse vorliegend zutreffen, nicht mehr eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird abgewiesen und somit der angefochtene Beschluß der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 16. Dezember 1902 in allen Teilen bestätigt.

**12. Urteil vom 20. Februar 1903 in Sachen Comptoir  
d'Escompte du Jura, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Schweizerische  
Kreditanstalt, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

*Auftrag zur Einlösung — Ehrenzahlung — eines Eigenwechsels « nach Protest ». Ausführung dieses Auftrages und Deckung des Beauftragten. Präjudicioierung des Wechsels infolge unrichtigen Protestes und daherige Abweisung der Regressklage des Auftraggebers gegen den ersten Indossanten. Rückforderungsklage des Auftraggebers gegen den (gedeckten) Beauftragten, gestützt auf die Bestimmungen über Zahlung einer Nichtschuld und unsorgfältige Ausführung des Auftrages. Getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrages. Art. 392 u. 396 O.-R. Wie weit erstreckt sich die Pflicht des Beauftragten, den Protest zu prüfen?*

A. Durch Urteil vom 31. Oktober 1902 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit folgenden Anträgen:

I. Es sei die Klage im vollen Umfange zu schützen und demnach die beklagte Partei zu verpflichten, der Klägerschaft 26,157 Fr. 45 Cts. nebst Zins à 6 % seit 31. August 1898, sowie 700 Fr. und 1699 Fr. 30 Cts. (Rechnung Römer & Götschel) nebst Zins à 5 % seit Einreichung der Klage beim Friedensrichteramt, d. h. seit dem 19. August 1901, zu bezahlen.

II. Eventuell sei die Beklagte grundsätzlich zu verpflichten, der Klägerschaft alle Gerichts- und Anwaltskosten, sowie die Prozeßentschädigung, welche sie infolge des Prozesses gegen die Witwe Landolt bezahlen mußte, nebst Zins zu 5 % je seit dem Tage der Zahlung zu ersetzen.