

39. Urteil vom 20. Juni 1903 in Sachen

**Konkursmasse Moser, Bekl. u. Ver.=Kl., gegen Kantonalbank
Bern, Kl. u. Ver.=Bekl.**

Kollokationsklage. Art. 250, 251 Schuldb.- u. K.-Ges. Der Kläger, der in der Anmeldung zum Kollokationsplan ein Retentionsrecht geltend gemacht hat und damit abgewiesen worden ist, kann in der Klage ein Pfandrecht beanspruchen. — **Krediteröffnungsvertrag.** — **Kontokorrentvertrag.** Behandlung der Zinsen und Kommissionsgebühren im Konkurse des Kreditnehmers bzw. Kontokorrentschuldners. — **Novierende Wirkung des Kontokorrentes.**

A. Durch Urteil vom 11. März 1903 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (I. Abteilung) erkannt:

Der Klägerin ist das Begehren ihrer Klage insoweit zugesprochen, daß von ihrer im Konkursverfahren des Cäsar Moser als nicht pfandversichert behandelten Forderung von 24,747 Fr. 30 Cts. ein Betrag von 7216 Fr. 10 Cts. als pfandversichert in Klasse III aufzunehmen und anzuweisen ist; soweit das Klagsbegehren weiter geht, ist dasselbe abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Vertreter der Beklagten rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: „Es sei das Klagsbegehren vollständig abzuweisen und der Kollokationsplan der Konkursmasse Moser mit Bezug auf die angefochtene Anweisung der Klägerin zu bestätigen.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 1. Dezember 1899 eröffnete die Klägerin dem Cäsar Moser, Bauunternehmer in Bern, einen Kredit bis 82,000 Fr., worüber eine mit „Kreditbrief mit Faustpfandvertrag“ betitelte Urkunde aufgenommen wurde. Nach deren Bestimmungen verpflichtete sich Moser unter anderm, „den daherigen Schuldbetrag nach dem jeweiligen festgesetzten Bankzinsfuße zu verzinsen und im geschäftlichen Verkehre wenigstens einmal innert sechs Monaten umzusetzen.“ Als Sicherheit übergab Moser der Klägerin vier Hypothekarobligationen von je 40,000 Fr. Am 19. Mai 1900 wurde

die Kreditsumme erhöht auf 140,000 Fr.; hiebei wurden die vier zu Pfand gegebenen Hypothekarobligationen auch für die erhöhte Summe verpfändet. Auch dieser Kredit war bald überschritten. Der Buchauszug vom 30. Juni 1900 weist einen Saldo zu Gunsten der Klägerin von 149,648 Fr. auf. Mittelfst mündlicher Vereinbarung wurde die Verpfändung der vier Hypothekar-Obligationen auch auf die die Kreditsumme überschreitenden Bezüge ausgedehnt. Auf Ende Dezember 1900 betrug der Saldo zu Gunsten der Klägerin 169,052 Fr. 10 Cts., was Moser mit Zuschrift an die Klägerin vom 18. Februar 1901 bestätigte. Am 5. März 1901 wurde über Moser der Konkurs eröffnet; der Saldo zu Gunsten der Klägerin belief sich in diesem Zeitpunkte auf 166,383 Fr. 30 Cts. Mit Konkurs eingabe vom 13. April 1901 meldete die Klägerin diese Forderung „gestützt auf Kreditbrief mit Faustpfandvertrag vom 1. Dezember 1899 und 19. Mai „1900“ an, wobei sie erklärte, der Kreditakt mit Pfandvertrag laute nur auf 140,000 Fr., sie mache jedoch im Sinne von Art. 224 bis 228 des Obligationenrechts das Retentionsrecht auf die Faustpfänder im vollen Umfange der Forderung geltend. Der Eingabe legte sie einen Buchauszug pro 5. März 1901 bei; dieser enthält pro 31. Dezember 1900 Zinsen à 5 % 4070 Fr. 95 Cts., Kommission von 164,569 Fr. 25 Cts. 411 Fr. 40 Cts., Spesen 50 Cts. Der Konkursverwalter traf mit Bezug auf diese Konkurs eingabe am 4. Juni 1901 folgende Verfügung: „Von dieser Forderung werden als pfandversichert aufgenommen folgende Beträge:

„a) Von der Kapitalforderung ein Betrag	
„von	Fr. 140,000 —
„b) Die daraus resultierenden Zinse, Provisionen und Folgen, bis 5. März 1901	
„berechnet	„ 1,636 —
„c) Marchzins von 140,000 Fr., seit	
„5. März 1901.	

„Insoweit die eingegebene Forderung diese Beträge übersteigt, erfolgt Kollozierung in der V. Klasse (vide Plan Nr. 114). „Das in Anspruch genommene Retentionsrecht an den Faustpfändern wird nicht anerkannt (conf. namentlich Art. 225

„D.-N.“ Mit Klage vom 18. Juni 1901 stellte nun die Klägerin das Begehren: „Es sei der Kollokationsplan im Konkurse des Cäsar Moser, gewesener Bauunternehmer in Bern, in dem Sinne abzuändern, daß der Kantonalbank für einen Betrag von 24,747 Fr. 30 Cts. Anweisung auf den Erlös aus den ihr unterm 1. Dezember 1899 und 19. Mai 1900 verpfändeten vier Pfandobligationen . . . erteilt wird.“ In der Klagebegründung nahm die Klägerin in erster Linie den Standpunkt ein, die Pfänder haften auch für den den schriftlich limitierten Kredit von 140,000 Fr. übersteigenden Betrag; in zweiter Linie machte sie geltend, Zinsen und Folgen übersteigen die Summe von 1636 Fr. bedeutend: sie habe an Zinsen und Provisionen zu fordern:

Auf 30. Juni 1900 Zinsen	Fr. 2832 85
Kommissionen	„ 474 30
Auf 31. Dezember 1900 Zinsen	„ 4070 95
Kommissionen	„ 411 40
Zusammen	<u>Fr. 7789 50</u>

Diese Summe sei unter der Bezeichnung Zinsen und Folgen außer der von der Konkursmasse anerkannten Summe von 1636 Fr. auf den Erlös aus den Faustpfändern anzuweisen. In dritter Linie endlich forderte sie Zuweisung auf den Erlös der Pfänder für Zinsen und Folgen der Kreditsumme von 140,000 Fr., die sie berechnete auf 7216 Fr. 10 Cts., nämlich:

Zinsen und Folgen auf 30. Juni 1900	Fr. 3276 45
„ „ 31. Dezember 1900	„ 3939 65
Total Zinsen und Folgen	<u>Fr. 7216 10</u>

für das auf 15. Juni 1900 berechnete Kapital von 139,965 Fr. 70 Cts. Die Beklagte, Konkursmasse des Cäsar Moser, trug auf Abweisung der Klage an, indem sie zunächst den Standpunkt einnahm, die Klägerin sei nicht mehr berechtigt, in der Klage ein Pfandrecht geltend zu machen, nachdem sie in der Konkurs eingabe nur ein Retentionsrecht angemeldet habe, und überhaupt eine ganz andere Stellung einzunehmen; sie habe damit die Begründetheit der Abweisung ihrer Konkursanmeldung selbst anerkannt. Des weitern wies sie die Auffassung der Klägerin, daß die Pfänder auch für die die Kreditsumme von 140,000 Fr. übersteigenden

Beträge haften, zurück, und machte endlich mit Bezug auf die geforderten Zinsen und Folgen geltend, die Zinsen und Provisionen seien pro 31. Dezember 1900 zum Kapital geschlagen und dadurch sei die betreffende Forderung noviert worden; das ergebe sich auch aus dem von der Klägerin ihrer Konkurs eingabe beilegelegten Buchauszug.

2. Das in Fakt. A mitgeteilte Urteil der Vorinstanz (welches das erstinstanzliche Urteil bestätigt und das den zweiten Eventualstandpunkt der Klägerin gutheißt) beruht auf folgenden Erwägungen: Die Einrede der Verwirkung des Klagrechts sei nicht begründet, da gemäß Art. 251 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs die Geltendmachung von Pfandrechten im Stadium des Einspruchsprozesses grundsätzlich zulässig sei und die Klägerin sich in der Konkurs eingabe auf ein Retentionsrecht habe berufen dürfen unbeschadet ihres Rechtes, in der Kollokationsklage auf ein anderes dingliches Recht abzustellen. Die Frage sodann, ob eine gültige Konstituierung des Faustpfandrechtes in dem von der Klägerin behaupteten Umfange stattgefunden habe, — die nach kantonalem Rechte zu entscheiden sei, — sei zu verneinen, und damit das Prinzipalbegehren der Klägerin abzuweisen. Der Standpunkt der Beklagten ferner, es habe mit Bezug auf die Zinsen und Kommissionen Novation stattgefunden, sei unbegründet, da es sich beim Verhältnis zwischen der Klägerin und Cäsar Moser nicht um einen Kontokorrent-Vertrag, sondern um einen Kreditoröffnungs-Vertrag gehandelt habe. Dagegen seien hinwiederum Zinsen und Kommissionen nur von dem höchstversicherten Betrage von 140,000 Fr. zu berechnen und sei also die eventuelle Berechnung der Klägerin (die an sich nicht bestritten) zu Grunde zu legen.

3. Gemäß der Stellungnahme der Parteien gegenüber diesem Urteile ist vor Bundesgericht nur die Frage streitig, ob die Klägerin im Pfandrange anzuweisen ist nicht nur für das Kapital von 140,000 Fr. und Zinsen hiervon vom 31. Dezember 1900 bis 5. März 1901 mit 1636 Fr., sondern auch für weitere Zinsen von 7216 Fr. 10 Cts., fällig am 30. Juni und 31. Dezember 1900. Diese einzig noch streitige Frage ist zweifellos nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden. Die vor den kantonalen Gerich-

ten streitige Frage, wie weit sich das Pfandrecht auch auf Zinsen und Kommissionen erstreckt, die allerdings nach kantonalem Rechte zu entscheiden war, da es sich um die Verpfändung grundversicherter Forderungen handelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. September 1893 in Sachen Volkshank Luzern gegen Stirnimann, Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 548 ff., spez. 550 ff. Erw. 3), ist durch die Vorinstanz endgültig dahin entschieden, daß die Faustpfänder haften für Zinsen und Kommissionen der Kreditsumme von 140,000 Fr.; und die vor Bundesgericht nur noch im Streite liegende Frage ist die, ob als diese Zinsen und Kommissionen nur die 1636 Fr., für welche die Konkursverwaltung das Pfandrecht der Klägerin anerkannt hat, oder aber auch die 7216 Fr. 10 Cts. Zinse u. s. w. aus dem Jahre 1900, in Betracht fallen. Die Entscheidung dieser Frage aber ist einzig davon abhängig, ob mit Bezug auf diese Zinsen u. s. w. Novation stattgefunden hat, richtet sich also nach eidgenössischem Obligationenrecht.

4. Bevor auf die Entscheidung dieser Frage eingetreten wird, ist die Verwirkungseinrede der Beklagten zu prüfen, die sich darauf stützt, die Klägerin dürfe in der Klage nicht mehr ein Pfandrecht beanspruchen, nachdem sie in der Konkurs eingabe nur auf ein Retentionsrecht abgestellt habe, welches letzteres sie implicite anerkenne. Mit der Vorinstanz ist diese Verwirkungseinrede zu verwerfen. Nicht nur findet sie keinen Anhaltspunkt im Gesetze, sondern sie widerspricht dem Geiste und System des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes durchaus. Indem Art. 251 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs verspätete — d. h. nach Ablauf der Eingabefrist gemachte — Konkurs eingaben keineswegs ausschließt, sondern nur gewisse Rechtsnachteile (Tragung der durch die Verspätung verursachten Kosten, Ausschluß von den Abschlagsverteilungen, die vor der Anmeldung stattgefunden haben) dafür festsetzt, muß a fortiori angenommen werden, daß auch Ergänzungen und Abänderungen der ursprünglichen Eingabe zulässig sind. (Vgl. Jäger, Kommentar Nr. 11 zu Art. 232, Nr. 1 zu Art. 251; Art. 219, Nr. 1 am Ende.) Das ist um so eher anzunehmen, als das ganze Prinzip des Gesetzes, in Übereinstimmung mit der in den Gesetzgebungen der Gegen-

wart überall zum Durchbruch gekommenen Auffassung, dahin geht, ein „von starren prozessrechtlichen Formen freies Liquidationsverfahren“ (so Reichel, Kommentar, Art. 251 Anm. 2) zu schaffen, und als weder aus der Zulassung verspäteter, abgeänderter oder ergänzter Eingaben, noch aus der Zulassung erweiterter oder abgeänderter Begründung von Konkurs eingaben im darauffolgenden Kollokationsprozesse den übrigen Gläubigern oder der Konkursmasse irgendwelche Nachteile erwachsen.

5. Wird nunmehr auf die Prüfung der in Erwägung 3 präzisierten materiellen Streitfrage eingetreten, so fällt hiebei folgendes in Betracht: Die Summen von 3276 Fr. 45 Cts., Zinsen und Kommissionen auf 30. Juni 1900 und 3939 Fr. 45 Cts., Zinsen und Kommissionen auf 31. Dezember 1900, aus denen sich der Betrag von 7216 Fr. 10 Cts. zusammensetzt, sind festgestelltermaßen jeweilen bei ihrer Fälligkeit dem Schuldner Moser belastet worden und sind in den Rechnungsabschlüssen auf die genannten Termine enthalten; und es fragt sich nun, ob durch diese Buchung und das Vortragen auf Saldo eine Novation dieser Forderungen, eine Umwandlung in die Saldoforderung, stattgefunden hat. Dies wäre zu bejahen, wenn das Rechtsverhältnis, in dem die Klägerin mit Casar Moser gestanden, sich als Kontokorrent-Vertrag darstellen würde. Denn „der Kontokorrent-Vertrag faßt die während der vereinbarten Rechnungsperiode erfolgenden Leistungen der Parteien derart zu einer Einheit zusammen, daß nur die durch den Rechnungsabluß zu ermittelnde Differenz zwischen der Gesamtleistung beider Teile (zwischen dem Gesamtkredit und Gesamtsdebit), der Saldo, eingefordert werden darf, während die einzelnen Leistungen der Parteien während der Rechnungsperiode nur Rechnungsposten für die Saldo feststellung, keine selbständig geltend zu machenden Ansprüche begründen. Wird der Saldo einer abgeschlossenen Rechnungsperiode nicht bezahlt, sondern (einverständlich) auf neue Rechnung vorgetragen, so verliert auch er seine selbständige Natur und wird zu einem Posten dieser neuen Rechnung, bestimmt, in dem Saldo derselben aufzugehen. Durch die gemeinsame Feststellung des Saldo der neuen Rechnung wird eine auf selbständigem Fundament beruhende neue Saldoforderung, in welcher

„der frühere Saldo aufgegangen ist, geschaffen.“ (So das Bundesgericht in seinem Urteile vom 23. Juni 1893 in Sachen Bündel & Cie. gegen Zollinger, Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 408. Vgl. auch Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in den Blättern für zürcherische Rechtsprechung I, Nr. 2 und dort citierte.) Nun stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, das gedachte Rechtsverhältnis sei nicht als Kontokorrent aufzufassen, sondern die Verträge vom 9. Dezember 1899 und 19. Mai 1900 seien lediglich als Krediteröffnungs-Verträge zu bezeichnen. Allein auch wenn mit der Vorinstanz diese Verträge nicht als eigentliche Kontokorrent-Verträge qualifiziert werden, und mit der herrschenden Lehre angenommen wird, ein eigentliches Kontokorrentverhältnis bestehe nur dort, wo auf beiden Seiten Forderungen und Schulden bestehen, aus der Verbindung gegenseitig Ansprüche und Leistungen entspringen, so ist das Verhältnis zwischen den Parteien doch nicht als bloßes Krediteröffnungs-Verhältnis zu bezeichnen. Denn bei einer bloßen Krediteröffnung hätte Moser nur das Recht gehabt, über die kreditierte Summe bis zum Höchstbetrag zu verfügen, nicht aber das weitere, Teilzahlungen zu machen und sich von der Klägerin im Konto kreditieren zu lassen. Nun geht aber schon aus der — in Erwägung 1 mitgeteilten — Verpflichtung des Kreditnehmers Moser, „den Schuldbetrag im geschäftlichen Verkehr wenigstens einmal innert sechs Monaten umzusetzen,“ hervor, daß es sich um mehr als eine bloße Krediteröffnung handelte, und Recht und Pflicht der Entnahmen und der Einzahlungen festgesetzt wurde. Auch war die Form, in der die Vertragsparteien fortwährend verkehrt haben, diejenige eines Kontokorrentes, indem die an Moser oder für seine Rechnung von der Klägerin gemachten Zahlungen in seinem Soll, die von ihm geleisteten Zahlungen oder für seine Rechnung einlassierten Beträge in seinem Haben gebucht wurden. Haben so die Vertragsparteien jedenfalls ihrem Verhältnisse die Form des Kontokorrentes gegeben, so fragt sich nur noch, ob sie bei Eröffnung eines Kontokorrentes nur die Absicht hatten, ihrem Verhältnisse die Form eines Kontokorrentes zu geben, oder ob sie das Verhältnis auch den den Kontokorrent beherrschenden Rechtsätzen

unterstellen wollten, was ihnen zweifellos freistand. Der Umstand nun, daß die Klägerin selber nie etwas anderes verlangt hat als den Saldo, nicht aber einzelne Ansprüche aus dem Kreditverhältnisse, und auch nur diese Saldosforderung im Konkurs eingegeben hat, spricht entscheidend dafür, daß die Vertragsparteien ihr Kreditverhältnis den Rechtsätzen über den Kontokorrent unterstellen wollten. Ist dem aber so, so folgt daraus, daß die geforderten Zinse nicht mehr geschuldet, sondern in der Saldosforderung aufgegangen sind, was zur Abweisung der Klage führt.

6. Zum gleichen Resultate gelangt man aber auch, wenn man die Grundsätze über den Kontokorrentvertrag auf den in Frage stehenden, in den Formen des Kontokorrentes ausgeführten Kredit nicht anwenden will. Von diesem Standpunkte aus kommt folgendes in Betracht: Die Krediteröffnung von Seiten einer Bank an einen Kunden schließt zwei pacta in sich: ein pactum de mutuo dando oder de credendo mit Bezug auf die von der Bank bis zur Höhe der kreditierten Summe zu gewährenden Darlehen, und ein pactum de non petendo, gemäß dem der Kreditgeber sich verpflichtet, die kreditierten und bezahlten Beträge vor Ablauf eines bestimmten Termines oder vor Kündigung des ganzen Kredites nicht zurückzufordern. Der Kreditnehmer erscheint hienach einerseits als Gläubiger der Beträge, die er — bis zur Erschöpfung derreditsumme — zu gute hat; er hat einen Anspruch auf Aushändigung des Darlehens bis zum bestimmten Betrage (vgl. Art. 329 und 331 D.-R.); anderseits ist er Schuldner der jeweiligen Zinse. Zur Deckung dieser Zinse könnte nun der Kreditnehmer jeweilen seinen Kredit in Anspruch nehmen. Um aber bei dieser Sachlage unnötige Weiterungen zu vermeiden, und namentlich auch im Interesse des Kreditgebers selbst, findet eine Kompensation der gegenseitigen Forderungen und Schulden statt in der Weise, daß die geschuldeten Zinse jeweilen nicht eingefordert, sondern im Soll der Rechnung vorgetragen, und so zum Kapital zugeschlagen, d. h. in eine Kapitalschuld umgewandelt werden. Darin liegt ohne Zweifel eine eigentliche Novation. Genau so ist es im vorliegenden Falle gehalten worden, und auch von diesem Standpunkte aus kann von einer Forderung der Klägerin auf Zinse somit nicht mehr die Rede

sein. Auch für die auf 31. Dezember 1900 fälligen Zinsen (3939 Fr. 65 Cts.) ist keine Ausnahme zu machen, obschon der ursprünglich bewilligte Kredit von 140,000 Fr. in diesem Zeitpunkt schon überschritten war und daher argumentiert werden könnte, da Moser nach der Überschreitung des Kredites nicht mehr Gläubiger der Klägerin gewesen sei, könne auch von einer Kompensation zwischen seiner Forderung und der Forderung der Klägerin auf die Zinsen keine Rede sein. Diese Argumentation geht fehl. Denn erstens erklärt die Klägerin selber, der Kredit sei in jenem Zeitpunkte mit ihrem Einverständnis überschritten gewesen. Sodann bringt die Einstellung von Zinsen im Soll einer auf einer Krediteröffnung beruhenden Rechnung nach Überschreitung des Kredites und ihre Einbeziehung in den Schlussaldo an sich schon eine stillschweigende Erhöhung des Kredites bis zum Betrage der debitierten Zinsen mit sich.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In Gutheißung der Berufung wird das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 11. März 1903 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Vergl. auch Nr. 56, Urteil vom 26. Juni 1903
in Sachen Siegler u. Bartholdi
gegen Arth-Rigi-Bahngesellschaft.

V. Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst.

Droit d'auteur pour œuvres de littérature et d'art.

40. Urteil vom 12. Juni 1903 in Sachen
Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique,
kl. u. Ber.-kl., gegen Wiesberger, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Berufungsverfahren bei Streitigkeiten, bei denen gemäss Art. 62 Org.-Ges. die Berufung ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig ist. — Unerlaubte Aufführung oder Veranstaltung von Musikwerken. Haftbarkeit eines Wirtes als Gehülfen.

A. Durch Urteil vom 6. April 1903 hat das Dreiergericht des Kantons Baselstadt die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage auf Gutheißung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin diesen Antrag erneuert.

Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Circularschreiben vom 20. und 31. Mai 1901 forderte der schweizerische Generalagent der Klägerin, Knosp-Fischer in Bern, den Beklagten, der das Restaurant zum Schützenhaus in Basel betreibt, auf, mit ihm einen Vertrag betreffend Erwerb des Ausführungsrechts an urheberrechtlich geschützten Werken der Tonkunst einzugehen, und im August gleichen Jahres erließ er, als seine Schreiben unbeantwortet geblieben waren, ein Verbot der Aufführung geschützter Werke. Weitere Verbote folgten im August 1902. Da der Beklagte diese Verbote und Vorschläge unbeachtet und dem Agenten Knosp erwidern ließ, er veranstalte die Konzerte nicht, Knosp möge sich an die betreffenden Kapell-