

Vorinstanz angeführten Gründen zu befahen. Der Kläger hatte die Wahl, die 12 Fr. als Zinsrückstand, oder aber als Forderung auf Ersatz des Minderwerts der gekauften Sache, bezw., wie er sich ausgedrückt hat, als „Forderung aus Arbeit“ einzuzlagen. Hätte er das erstere getan, so würde der Beklagte auf den Beweis für die Unbegründetheit der Forderung von 12 Fr. zweifellos nicht verzichtet haben, da alsdann sein Interesse an dem Nichtzuspruch dieser 12 Fr. in keinem Missverhältnis zu den Kosten der Expertise gestanden hätte. Wachte aber der Kläger seinen Anspruch auf Bezahlung der 12 Fr. als „Forderung aus Arbeit“ geltend, so erweckte er dadurch beim Beklagten den Glauben, daß er den ganzen Kaufpreis von 696 Fr. 55 Cts. als gezahlt und also die von ihm seinerzeit vom Kaufpreis abgezogenen 12 Fr. nunmehr als Zahlung an den Kapitalzins betrachte, so daß von diesem nichts mehr geschuldet blieb. Im Vertrauen hierauf hat der Beklagte die Bestreitung der eingeklagten 12 Fr. fallen gelassen, und in diesem Sinne hat daher auch der Richter das Verhalten des Klägers auszulegen. Als dann aber ist klar, daß der Beklagte am 4. November 1911, als der Kläger ihm die Hypothekarobligation von 70,000 Fr. kündete, nicht mit den 12 Fr. Kapitalzins, sondern höchstens mit der dem Minderungsanspruch des Klägers entsprechenden Schuld von ebenfalls 12 Fr. im Verzuge war, woraus sich ohne weiteres die Unzulässigkeit der Kündigung ergibt.

4. — Ist nach den vorstehenden Ausführungen die Klage mit Recht auf Grund des Art. 2 Abs. 1 ZGB abgewiesen worden, weil das Verhalten des Klägers den Beklagten in den Glauben versetzen mußte, der Kläger betrachte die Kapitalzinsangelegenheit als erledigt, so braucht auf die Frage, ob eventuell Art. 2 Abs. 2 anwendbar gewesen wäre, nicht eingetreten zu werden. Ebenso kann unerörtert bleiben, ob nicht schon der Darlehensvertrag den Sinn hatte, daß nur ein die Zahlung des Zinses gefährdender Verzug des Beklagten den Kläger zur Kündigung berechtigen solle, nicht dagegen die Zurückbehaltung eines minimen Betrages auf Grund einer Meinungsunterschieden. Und endlich braucht auch die Frage nicht entschieden zu werden, ob dem Art. 2 Abs. 1 unter Umständen eine die Härte des Vertragsrechtes korrigierende Funktion (im Sinne von Gmür, Num. 9 zu Art. 2) zukommen könnte.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 13. August 1912 bestätigt.

**74. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. November 1912
in Sachen Rutschhauser & Stifti, Bell. u. Ver.-Kl., gegen
Eidgenössische Bank A.-G., Kl. u. Ver.-Bell.**

*Zulässigkeit der Eigentumsklage gegen den bösgläubigen Fahrnis-
erwerber auch dann, wenn er (infolge Verpfändung bei einem Dritten)
nur im mittelbaren Besitze der Fahrnis ist.*

A. — Der Klägerin sind in den Monaten Juli bis September 1911 von ihrem damals kaum 20-jährigen Kommiss Karl Kupper u. a. folgende, auf den Inhaber lautende Werttitel entwendet worden:

Fr. 2,000	3 3/4 % Obligationen der Zürch. Kantonalbank, Nr. 451,594/95 mit Coupons per 20. Sep- tember 1911,
Fr. 10,000	4 % Obligationen von Leu & Cie., Nr. 96,396/97 mit Coupons per 15. August 1911 u. ff.
Fr. 5,000	4 % Obligationen der Gewerbebank, mit Coupons per 31. Januar 1912,
Fr. 25,000	4 1/4 % Obligationen der St. Galler Hypotheken- kasse, Nr. 482/86 mit Coupons per 31. De- zember 1911 u. ff.

Kupper war in der kritischen Zeit in der Wechselstube der Klägerin beschäftigt gewesen. Es lag ihm dort die Führung der Bücher über Ein- und Ausgang der durch die Wechselstube gekauften Papiere ob. Auch hatte er die betreffenden Bordereaux und Zinsabrechnungen auszustellen. Die Titel selbst wurden durch den Kassier Gruber oder durch den Prokuristen Knauer verwahrt; dem Kupper wurden sie nur auf das Pult gelegt, damit er die notwendigen Angaben daraus ersehen könne.

Die entwendeten Titel verpfändete Kupper jeweilen bei der Be-

flagten, welche seit dem 12. Dezember 1910 Termingeschäfte an der Zürcher und an auswärtigen Börsen für ihn ausführte. Die näheren Umstände, unter denen sich der Verkehr zwischen der Beklagten und Kupper abspielte, sind aus Erwägung 2 hienach ersichtlich.

Die von Kupper verpfändeten Titel lombardierte die Beklagte ihrerseits bei der Zürcher Kantonalbank. Die eigenen Obligationen dieser letztern, die auf den 28. Oktober 1911 gefündigt waren, wurden der Beklagten von der Kantonalbank bei Verfall mit 2008 Fr. 75 Cts. gutgeschrieben, worauf die Beklagte diesen Betrag ihrerseits dem Kupper gutgeschrieb.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt nun die Klägerin von der Beklagten, gestützt auf Art. 206 OR alter Fassung, die unbescherte Herausgabe der sub. A aufgezählten Titel, wogegen die Beklagte Abweisung der Klage beantragt. Diesen Antrag hat die Beklagte vor der kantonalen Instanz damit begründet, daß es sich nicht um gestohlene, sondern um anvertraute Sachen handle, an denen sie somit, weil sie bei deren Empfang gutgläubig gewesen sei, gemäß Art. 213 OR ein Pfandrecht erworben habe. Außerdem hat die Beklagte die Einrede der mangelnden Passivlegitimation erhoben, weil die Verfügung über die streitigen Titel nicht ihr, der Beklagten, sondern der Zürcher Kantonalbank zustehe.

C. — Durch Urteil vom 29. März 1912 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

„1. Die Beklagte ist verpflichtet, die 10,000 Fr. 4 % Obligationen Leu & Cie. Nr. 96,396/7 mit Coupon per 15. August 1911, die 5000 Fr. 4 % Obligationen Gewerbebank Zürich Nr. 727 mit Coupon per 31. Januar 1912, sowie die 25,000 Fr. „4 1/4 % Obligationen St. Galler Hypothekenkasse Nr. 482/6 mit „Coupon per 31. Dezember 1911 u. ff. bei der Kantonalbank auszuzulösen und die Titel der Klägerin unbeschwert herauszugeben; ferner ist sie schuldig, an die Klägerin zu bezahlen 2008 Fr. „75 Cts. nebst Zins à 5 % seit 8. Dezember 1911.“

Dieses Urteil beruht im wesentlichen auf der Erwägung, daß es sich um gestohlene Sachen handle, die daher gemäß Art. 206 OR alter Fassung, da die Voraussetzung des zweiten Satzes dieser Gesetzesbestimmung nicht zutreffe, auch dem gutgläubigen Erwerber

abverlangt werden könnten. Das Handelsgericht hat deshalb die Frage, ob die Beklagte den Besitz an den betreffenden Wertpapieren gut- oder bösgläubig erworben habe, nicht untersucht.

D. — Gegen dieses, ihr am 27. August zugestellte Urteil hat die Beklagte am 10. September die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten diesen Antrag wiederholt und u. a. damit begründet, daß der Klageanspruch gemäß Art. 17 Abs. 2 SchLZ ZGB nach dem neuen Recht zu beurteilen sei, weil es sich bei der Frage, ob und inwieweit die Bindikationsklage gegeben sei, um die Umschreibung des Inhaltes des Eigentums handle; nach dem neuen Rechte aber sei die Bindikation von Inhaberpapieren gegenüber dem gutgläubigen Erwerber auch dann ausgeschlossen, wenn die Papiere dem Eigentümer gestohlen oder sonstwie gegen seinen Willen abhanden gekommen seien.

Der Vertreter der Klägerin hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die von der Beklagten in der heutigen Verhandlung aufgeworfene Frage, ob der vorliegende Bindikationsanspruch gemäß Art. 1 und 17 Abs. 1 SchLZ ZGB nach dem alten, oder aber gemäß Art. 17 Abs. 2 nach dem neuen Recht zu beurteilen sei (vergl. einerseits Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juni 1912 i. S. Banque populaire genevoise c. Bornet Erw. 1 *, anderseits Fid. in der schweiz. Juristenzeitung 9 S. 120 ff.), braucht jedermanns dann nicht entschieden zu werden, wenn sich ergibt, daß die Beklagte beim Erwerb der streitigen Wertpapiere bösgläubig war; denn alsdann ist die Klage sogar nach der die Bindikation beschränkenden Bestimmung des Art. 935 ZGB gutzuheften.

Ebenso verhält es sich mit der Frage, ob die in Betracht kommenden Wertpapiere als gestohlene, bzw. als solche Sachen zu betrachten seien, die der Klägerin wider ihren Willen abhanden gekommen seien (Art. 206 OR alter Fassung und 934 ZGB). Denn beide Gesetzgebungen schließen die Bindikation auch anderer Sachen doch nur gegenüber dem gutgläubigen Erwerber aus.

Weiterhin ist auch die von der Beklagten erhobene Einrede

* AS 38 II S. 188.

der mangelnden Passivlegitimation (vergl. oben Faft. B am Schluß) sowohl nach dem alten als nach dem neuen Rechte abzuweisen, weil nach beiden Gesetzgebungen die Eigentumssklage nicht nur gegen den unselbständigen oder unmittelbaren Besitzer (Detentor), sondern auch (und sogar in erster Linie) gegen den selbständigen oder mittelbaren („juristischen“) Besitzer (Possessor) gerichtet werden kann, und weil übrigens der bösgläubige Erwerber, der sich der Sache entäußert hat, dadurch seiner Verpflichtung zu deren Rückerstattung, bezw. zum Erfaz ihres Wertes, nicht enthoben wird (vergl. für das bisherige Recht BG 25 II S. 578 f. Erw. 2, für das neue Recht: Oster tag, Ann. 17 zu Art. 934, Wieland, Ann. 10 c zu Art. 934, sowie Ann. 4 b zu Art. 930 und 931 ZGB; ferner, betreffend den Fall der Entäußerung: Art. 207 OR alter Fassung, sowie Wieland, Ann. 10 c zu Art. 934). Die Beklagte ist daher nicht berechtigt, die Klägerin auf eine Klage gegen die Zürcher Kantonalbank zu verweisen, weil sie (die Beklagte) die von Kupper als Pfand erhaltenen Titel ihrerseits bei dieser Bank verpfändet habe und deshalb nicht mehr darüber verfügen könne. Vielmehr ist es Sache der Beklagten, die Titel von dem zu Gunsten der Kantonalbank darauf haftenden Pfandrecht zu befreien und der Klägerin daran den unbeschwertten Besitz zu verschaffen.

Endlich ist, sofern die Beklagte die Titel bösgläubig erworben hat, die Klage auch hinsichtlich der von der Kantonalbank bereits mit 2008 Fr. 75 Et. zurückgezahlten eigenen Obligationen gutzuheften, trotzdem diese Obligationen wahrscheinlich überhaupt nicht mehr in natura vorhanden sind. Denn es ist unbestritten, daß die Beklagte deren Gegenwert erhalten hat; in welcher Weise sie aber diesen Gegenwert verwendet hat, ist wiederum unerheblich, sobald feststeht, daß sie schon bei der Entgegennahme der Titel und also auch bei deren Einklassierung nicht gutgläubig war.

2. — Was nun die Frage nach dem guten oder bösen Glauben der Beklagten betrifft, so ist davon auszugehen, daß zwar für den Pfandnehmer keine allgemeine Erfindungspflicht hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des Verpfänders von Inhaberpapieren besteht, daß jedoch derjenige nicht als gutgläubig gelten kann, der nach den Umständen, unter denen ihm ein Pfand angeboten wurde,

zu Verdacht Anlaß haben müste. Dies trifft nun aber im vorliegenden Falle offensichtlich zu. Kupper war der Beklagten nach der eigenen Aussage ihres Teilhabers Nutshauser „vollständig unbekannt“, als sie am 8. Dezember 1910 eine Anfrage von ihm erhielt, welche ihre Bedingungen „für Termin- und Comptant-Geschäfte an hiesiger und auswärtigen Börsen“ seien, und wie hoch „die jeweiligen Deckungen für Termingeschäfte“ sein müßten. Nichtsdestoweniger führte die Beklagte schon am 12. Dezember, und ohne sich über Kupper erkundigt zu haben, ein Termingeschäft für ihn aus. Als sie dann im Januar 1911 Erfindigungen über ihn einzog, erfuhr sie, daß er bei der Klägerin „in Stellung“ sei. Da die Beklagte diese Information nie produziert hat, trotzdem sich ihr Teilhaber Nutshauser in der Strafuntersuchung gegen Kupper dazu anhießig gemacht hatte, so ist als wahrscheinlich anzunehmen, daß jene Information noch andere Angaben enthielt, auf Grund deren die Beklagte Verdacht schöpfen mußte. Wäre aber auch nichts anderes darin enthalten gewesen, als daß Kupper bei der Klägerin „in Stellung“ sei, so wäre damit doch für die Beklagte die Möglichkeit und auch die Pflicht gegeben gewesen, genauere Informationen über Kupper einzuholen, worauf sie erfahren hätte, daß es sich um einen subalternen, kaum erst volljährig gewordenen Angestellten mit 125 Fr. Monatsgehalt handle, dessen Eltern in ganz bescheidenen Verhältnissen lebten und kein Vermögen versteuerten, und der auch selber auf redlichem Wege kaum in den Besitz von Wertpapieren im Betrage von 40,000 Fr. gelangt sein konnte. Alsdann aber wäre die Beklagte mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles verpflichtet gewesen, von Kupper einen Ausweis über die Herkunft der betreffenden Wertpapiere zu verlangen. Kupper hat der Beklagten nun allerdings — ob auf Verlangen oder von sich aus, ist nicht festgestellt — Erklärungen darüber zu geben versucht, wie er in den Besitz der Titel gekommen sei; diese Erklärungen aber trugen so sehr den Stempel der Unglaublichkeit, daß die Beklagte sich darauf in guten Treuen nicht verlassen konnte. Auch wäre es ihr ein leichtes gewesen, in Erfahrung zu bringen, daß es sich bei den angeblichen Kapitalisten, für deren Rechnung Kupper zu spekulieren vorgab, um einen Schreiber auf der Staatskanzlei und einen Arbeiter in

einer Maschinenfabrik handelte. Vollends aber mußte sie Verdacht schöpfen, als Kupper zur Deckung für eine unsinnige Hausspekulation in Canadian Pacific Aktien (250 Stück à circa 240 Dollar, also eine Position von rund 300,000 Fr.) Obligationen im Betrage von 15,000 Fr. mit der Bemerkung bei der Beklagten deponierte, er werde diese Titel in drei Tagen wieder zurücknehmen; denn dies deutete geradzu auf die Möglichkeit hin, daß Kupper die Titel aus fremdem Gewahrsam genommen hatte und darauf bedacht war, der Entdeckung seiner Veruntreuung durch möglichst rasche Restitution der Titel vorzuzkommen. Braucht nun auch nicht angenommen zu werden, daß die Beklagte das Verhalten Kuppers tatsächlich in diesem Sinne gedeutet habe, so liegt nach dem Gesagten doch immerhin der Fall vor, daß die Beklagte bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihr erwartet werden durfte, nicht gutgläubig sein konnte. Dies hat aber sowohl nach dem bisherigen als nach dem neuen Recht (vergl. einerseits z. B. BGH 25 II 846, anderseits Art. 3 Abs. 2 ZGB) zur Folge, daß die Beklagte sich nicht auf ihren angeblich guten Glauben berufen kann.

3. — Auf Grund dieses Ergebnisses ist die Klage nach dem in Grw. 1 gesagten gutzuheissen, ohne daß zu den von der Beklagten aufgeworfenen Fragen betreffend das anzuwendende Recht und betreffend die Qualifikation der streitigen Wertpapiere als geistohleue Sachen Stellung genommen zu werden braucht.

Unerheblich ist endlich auch, ob Kupper, wie die Beklagte behauptet, nur infolge mangelhafter Kontrolle seitens der Klägerin in der Lage gewesen sei, die fraglichen Titel zu entwenden. Dieser Umstand könnte gegenüber einer Schadenersatzklage aus Art. 50, bezw. 41 OR ins Gewicht fallen, nicht aber gegenüber einem Bindikationsanspruch.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. März 1912 bestätigt.

4. Obligationenrecht. — Code des obligations.

75. Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. Just 1912 in Sachen Barth, Kl., Ver.-Kl. u. Ver.-Bell., gegen 1. Guggisberg, Bell., Ver.-Bell. u. Ver.-Kl., und 2. Buzzi, Bell. u. Ver.-Bell.

Haftung des Vaters gemäss Art. 61 OR für die von seinem Knaben begangene Körperverletzung. — Kausalzusammenhang, wenn der verletzende Steinwurf von einem Kameraden des Knaben des Beklagten ausgegangen ist, gegen den der Knabe des Beklagten zuerst Steine geworfen hatte. — Umfang der Aufsichtspflicht des Vaters. Solidare Haftung der Väter der beiden delinquierenden Knaben. Reduktion der Entschädigung wegen geringen Verschuldens und ökonomischer Lage des Beklagten.

Das Bundesgericht hat,
da sich ergeben:

A. — Durch Urteil vom 21. März 1912 hat der Appellationshof des Kantons Bern II. Zivilkammer über die Rechtsbegehren der Klage:

1. Die Beklagten Buzzi und Guggisberg seien zu verurteilen, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, welcher ihr durch den Verlust des rechten Auges entstanden sei.

2. Die Entschädigungsansprüche der Klägerin seien gerichtlich festzusetzen und seit 29. August 1909 zu 5 % verzinsbar zu erklären.

3. Die Beklagten seien für die Entschädigung nebst Zins und Kosten solidarisch haftbar zu erklären.

erkannt:

1. Die Klagebegehren 1 und 2 werden der Klägerin gegenüber dem Beklagten Buzzi zugesprochen und derselbe gegenüber der Klägerin zu einer Entschädigung von 3000 Fr. verzinslich zu 5 % seit 29. August 1909 verurteilt.

2. Die Klagebegehren 1 und 2 werden der Klägerin ebenfalls gegenüber dem Beklagten Guggisberg zugesprochen und derselbe