

recht seiner Schwester konnte er nicht ganz übergehen ; also setzte er sie — in Ziff. 1 — auf den Pflichtteil, der 1/12 betrug, um ihr dann in Ziff. 8 b mit 1/6 das Doppelte des Pflichtteils, aber immerhin nur die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils von 1/3 zuzuwenden. In der Vorstellung des Notars und des Erblassers bildete also die ausdrückliche Ausschaltung des gesetzlichen Erbrechts der Kläger bezüglich des zu verteilenden Vermögens die Voraussetzung, welche erst den Weg freimachen sollte für die in Ziff. 8 verfügte Verteilung. In dieser Meinung, für ihren Zweck eine ausdrückliche Ausschaltung des gesetzlichen Erbrechts bzw. eine Verweisung auf den Pflichtteil überhaupt nötig zu haben, lag der Rechtsirrtum der Testamentsverfasser, mit dem sich dann der eigentliche Erklärungsirrtum kumulierte, dass man für diese überflüssige Einleitung eine Fassung wählte, die nur auf den *ganzen* Nachlass bezogen werden kann, ja — lediglich aus dem Testamentstext betrachtet — überhaupt nur einen Sinn hat, wenn sie sich auf einen Nachlass ausser den Fr. 25,000.— beziehen kann.

5. — Beruhen mithin die Ziff. 1 und 2 auf Irrtum, so sind sie gemäss Art. 469 Abs. 1 ZGB einfach als ungültig und nicht vorhanden zu betrachten. Die prozessuale Möglichkeit dazu ist gegeben ; es wird damit den Klägern nicht mehr oder etwas anderes zugesprochen, als was sie verlangt haben. Allerdings haben sie in erster Linie eine bestimmte einschränkende Auslegung der streitigen Bestimmungen der Ziff. 1 und 2 verlangt, die abgelehnt werden musste. Sie haben jedoch ausserdem in Klagebegehren 2 Satz 2 ausdrücklich *Ungültigerklärung der Ziff. 1 und 2* des Testaments mit Bezug auf den im Testament nicht erwähnten Teil des Nachlasses beantragt. Dass dieser Antrag in den Rechtsschriften nicht weiter rechtlich begründet wurde, hindert den Richter nicht, es an ihrer Stelle zu tun (*jura novit curia*), sofern er daraus keine andern praktischen Folgerungen zieht, als die Kläger selber gezogen haben. Dies ist nicht der Fall. Die Ungültigerklärung der Ziff. 1 und 2 hat zur Folge, dass keine Ver-

fügung mehr vorhanden ist, die das im Testament vom 29. Juli 1942 *nicht* erwähnte Vermögen betrifft, sodass also mit Bezug auf dieses Vermögen Mittler intestatus verstorben ist, mithin die gesetzliche Erbfolge zugunsten der Kläger platzgreift und Kanton und Gemeinde keinen Anspruch haben. Das und nichts anderes war das Ziel der klägerischen Begehren. Ob die Ziff. 1 und 2 des Testaments schlechthin oder, gemäss dem Antrag der Kläger, nur « soweit sie sich auf den im Testament nicht erwähnten Teil des Nachlasses beziehen », ungültig zu erklären sind, kann dahingestellt bleiben ; denn soweit sie sich auf die Fr. 25,000.— beziehen, sind sie, wie dargetan, ohnehin überflüssig und ohne jede Bedeutung. Zu dem genannten effektiven Ergebnis gelangt aber auch das angefochtene Urteil, weshalb es sich erübrigt, das entsprechend der abweichenden rechtlichen Begründung abgefasste, vom Obergericht tel quel bestätigte Dispositiv des Bezirksgerichts aufzuheben bzw. abzuändern.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 1. April 1946 im Sinne der Erwägungen bestätigt.

## II. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

39. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Juli 1946 i. S. Schoch gegen Konkursmasse Hörnlmann.

*Sicherungsübereignung von Fahrnis.*

1. Simulation verneint. 2. Der Sicherungszweck kann gültiger Grund einer Eigentumsübertragung sein. 3. Zum Vollzug genügt jede Art der Besitzesübertragung ausser dem Besitzeskonstitut. Art. 717 und 924 ZGB.

*Transfert de la propriété d'une chose mobilière à fin de garantie.*  
1. Absence de simulation. 2. La propriété peut être valablement

transférée à des fins de garantie. 3. Il suffit pour cela de transférer la possession, sauf par constitut possessoire. Art. 717 et 924 CC.

*Trapasso della proprietà d'una cosa mobile a titolo di garanzia.*

1. Mancanza di simulazione. 2. La proprietà può essere validamente trapassata a titolo di garanzia. 3. Basta trasferirne il possesso, salvo mediante costituito possessorio. Art. 717 e 924 CC.

*Aus dem Tatbestand :*

A. — Die Bankgenossenschaft Aitutana, deren Geschäftsführer der Kläger Schoch ist, gewährte dem Pferdehändler und -vermieter Hörnlmann durch Kontokorrentvertrag vom 12. Juli 1940 einen Kredit bis zu Fr. 10,000.—, verzinslich zu 1½ % pro Kalenderquartal und rückzahlbar monatlich mit Fr. 300.— bis 700.—, « sichergestellt » durch 10 Militärpferde und die entsprechenden Bundesentschädigungen. Ein Zusatzabkommen vom gleichen Tage sah den Ankauf von Pferden auf den Namen Schochs vor, ohne Verantwortlichkeit desselben für Verluste. Stallung, Verpflegung und Wartung der Pferde sowie Dressurarbeiten und auch die Handelstätigkeit sollten zu Lasten Hörnlmanns gehen. Dieser hatte für ständige Vermietung von 10 Militärpferden zu sorgen. Von den Mietgeldern sollte er jeweils die Hälfte beziehen, bei einem Monateingang von weniger als Fr. 600.— aber nur den Überschuss über die Mindestabzahlung von Fr. 300.— an die Aitutana. Nach gänzlicher Erfüllung der vertraglichen Leistungen an die Aitutana und an Schoch sollte der alsdann vorhandene Pferdebestand « in den Besitz » Hörnlmanns übergehen. Der Kredit wurde später erweitert ; Ende 1940 betrug er bereits Fr. 23,000.—. Es wurden mehrere Pferde auf den Namen Schochs gekauft. Bei den militärischen Stellungsinstanzen wurde gleichfalls Schoch als Eigentümer der Pferde gemeldet.

B. — Am 23. Februar 1942 gingen Hörnlmann und Schoch eine einfache Gesellschaft ein, nach Angabe Hörnlmanns, um diesen nach aussen auch in Erscheinung treten zu lassen, nach Angabe Schochs, um diesem eine weiter-

gehende Mitwirkung am Geschäfte zu verschaffen. Laut dem Vertrage brachte Hörnlmann 5, Schoch 15 Pferde ein. Der Verkauf von Pferden bedurfte fortan des beidseitigen Einverständnisses. Stallung usw. blieb Sache Hörnlmanns. Die Gesellschaft übernahm die Kontokorrentschuld Hörnlmanns von Fr. 24,873.— auf Ende Dezember 1941. Der Erlös aus dem Pferdeverkauf war in erster Linie zur Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber der Aitutana zu verwenden.

Entsprechend diesem Vertrage wurden die der Armee vermieteten Pferde vom Namen Schochs auf den Namen der Gesellschaft Hörnlmann und Schoch umgeschrieben. Weil die Kreditgewährung der Aitutana von der Kontrollstelle beanstandet wurde, leistete Schoch für den Kredit bis zu Fr. 30,000.— einfache Bürgschaft.

C. — Der erhoffte Geschäftserfolg trat nicht ein. Hörnlmann geriet in Schwierigkeiten, angeblich weil der Bund die Mietpreise für Militärpferde im Frühjahr 1942 nicht mehr erhöhte und die Beschäftigung der Pferde ausser Dienst zurückging. Er war genötigt, Pferde zu verkaufen und den Erlös zum Unterhalt der übrigen Pferde zu verwenden, statt ihn der Aitutana abzuliefern.

D. — Am 28. August 1942 ersetzten Hörnlmann und Schoch den Gesellschaftsvertrag durch einen Liquidationsvertrag. Hörnlmann bestätigte unter dem gleichen Datum, Schoch durch falsche Angaben über Pferdeankäufe getäuscht zu haben. Nach dem Liquidationsvertrag hatten 11 Pferde und ein Fohlen in das Alleineigentum Schochs überzugehen. Schoch verpflichtete sich, die Einnahmen aus Vermietung und Verkauf vorweg zur Tilgung der Verpflichtungen aus dem Kontokorrent zu verwenden. Hörnlmann übernahm nach wie vor die Stallung usw. auf seine Kosten. Auf Verlangen Schochs hatte er die Pferde zu verkaufen. Gemäss diesem Vertrage meldeten Hörnlmann und Schoch durch gemeinsame Erklärung vom 31. August 1942 beim Pferdestellungsamt und beim städtischen Quartieramt den Übergang der 11 Pferde

in das Alleineigentum Schochs. Fortan zahlte die Armee nach Aussage Hörnlimanns die Mietgelder an Schoch aus.

E. — Am 1. Dezember 1943 fiel Hörnlimann in Konkurs. Schöch befriedigte die Aiutana mit Fr. 20,368.— und gab eine entsprechende Forderung im Konkurs ein mit der Bemerkung, sie verringere sich nach Massgabe des Ergebnisses der Verwertung der in seinem Eigentum stehenden Pferde und Utensilien. Zu Eigentum beanspruchte er die im Konkursinventar verzeichneten 8 Pferde... Die Konkursverwaltung lehnte diese Ansprüche ab und setzte dem Ansprecher Frist zur Klage nach Art. 242 SchKG. Binnen der gesetzten Frist klagte Schoch die geltend gemachten Ansprüche ein. In beiden kantonalen Instanzen abgewiesen, hält er daran mit der vorliegenden Berufung fest.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — (Kein Eigentumsanspruch der Aiutana).
2. — Die vorinstanzlichen Gerichte haben Eigentum des Gemeinschuldners angenommen. Das Obergericht hält die zwischen diesem und dem Kläger getroffenen Vereinbarungen, soweit sie das Eigentum an Pferden und Utensilien betreffen, für Scheingeschäfte. Es schliesst auf Simulation lediglich aus dem ganzen Inhalt der Vereinbarungen und der dem Kontokorrentschuldner tatsächlich eingeräumten Stellung. Dabei geht es aber von unrichtigen Erwägungen aus. Gegen die Ernsthaftigkeit der Zuweisung des Eigentums spricht vor allem nicht der Zweck der blossen Sicherstellung und der Vorbehalt der Übertragung auf Hörnlimann im Falle gänzlicher Tilgung der Schuld. Es handelt sich eben um fiduziarisches Eigentum, mit andern Worten um eine sog. Sicherungsübereignung, die (wie die ebenfalls gebräuchliche Sicherungszession von Forderungen) « in ihren Wirkungen über den von den Vertragsparteien beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg hinausgeht, dem Berechtigten aber nach aussen eine bessere oder einfachere Rechtsstellung verschafft » (GÜHL, OR § 15 II, a). Mit Unrecht nimmt das Obergericht schon beim Gesellschafts-

vertrage Simulation an, obwohl es anerkennt, dass dieser Vertrag « gerade dazu bestimmt » war, « dem Kläger im Hinblick auf seine Verantwortlichkeit gegenüber der Aiutana und auf die in Ziff. 6 statuierte Übernahme der Kontokorrentschuld Hörnlimanns das Mitverfügungsrecht einzuräumen. » Wenn der Kläger das Mitverfügungsrecht haben sollte, war doch die Klausel über das gemeinschaftliche Eigentum ernst gemeint. Gleiches gilt von der Zuweisung des Alleineigentums gemäss dem Liquidationsvertrag. Das Obergericht beruft sich auch auf die Aussagen Hörnlimanns, der im Konkurs erklärte, die Eigentumsübertragung sei nie im Ernste gemeint gewesen; sämtliche Rechte, die er dem Kläger habe einräumen müssen, seien nur zu dessen Sicherstellung gemeint gewesen; die Form der Eigentumsübertragung sei angewendet worden, « um gegen Drittpersonen besser geschützt und der Anfechtung weniger ausgesetzt zu sein »; ein wirklicher Verkauf habe nie stattgefunden, denn es sei ihm vom Kläger weder Zahlung geleistet noch Gutschrift erteilt worden; der Liquidationsvertrag sei ihm infolge seiner misslichen Lage gegen seinen Willen aufgezwungen worden. Gerade diese Aussagen bestätigen die ernst gemeinte, nur eben fiduziarische, der Sicherstellung dienende Eigentumsübertragung. Dass die Aiutana und der Kläger den Kontokorrentschuldner in seiner geschäftlichen Tätigkeit möglichst wenig behinderten, tut der vereinbarten Ordnung des Eigentums keinen Eintrag. Es schlägt auch nichts, dass Gläubiger die Aiutana blieb. Der Kläger war deren Vertrauensmann. Als Bürge hatte er dann auch ein eigenes Interesse an der Sicherstellung. Wenn Hörnlimann, sei es auch unter dem Zwang seiner misslichen Lage, sich im Liquidationsvertrag zur Zuweisung des Alleineigentums an den Kläger einverstanden erklärte und diesem damit auch seinerseits Vertrauen schenkte (im Hinblick auf die vereinbarte Verwendung der Einnahmen), so wurde der Kläger eben zugleich Treuhänder für Hörnlimann.

Der Liquidationsvertrag vom 28. August 1942 weist dem Kläger eindeutig das Alleineigentum zu. Zweck war die Bestellung einer wirksamen Sicherheit, was auch die erwähnten Aussagen Hörnlmanns dartun. Dabei war eine Sicherungsübereignung naheliegend. Eine Viehverschreibung zog man von Anfang an nicht in Betracht, anscheinend weil die Aiutana keine Bewilligung im Sinne von Art. 885 ZGB besass. Und ein Faustpfand liess sich bei der vorgesehenen wenigstens zeitweiligen Unterbringung der Pferde beim Schuldner nicht zuverlässig begründen (Art. 888). Es leuchtet ein, dass man sich deshalb entschloss, dem Kläger eine einfachere und bessere Rechtsstellung einzuräumen in Form der Sicherungsübereignung.

3. — Diese war im schweizerischen Rechte von alters her anerkannt, anfänglich sogar durch Besitzeskonstitut (BGE 19 S. 348, 30 II 556), was aber nun Art. 717 ZGB als « Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand » Dritten gegenüber als unwirksam erklärt. Freilich lässt sich die Zulässigkeit von Sicherungsübereignungen neuerdings auch grundsätzlich in Zweifel ziehen. Von der frühern Anschauung abweichend, knüpft das Bundesgericht die Eigentumsübertragung auch bei Fahrnis an die Voraussetzung eines gültigen Rechtsgrundes (BGE 55 II 306). Daher kann man die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung nicht mehr mit der früher angenommenen abstrakten Natur der Zuwendung begründen (wie v. TUHR, OR § 26 IV). Indessen ist v. TUHR darin nicht beizustimmen, dass als gültiger Rechtsgrund einer Eigentumsübertragung die Sicherung nicht gelten könnte (bezw. nun tatsächlich nicht als solcher zu gelten habe), weil sie auch mit einer Verpfändung erreichbar wäre. Vielmehr stellt sie wie für eine Verpfändung so auch für eine Eigentumsübertragung einen gültigen Rechtsgrund dar, sofern nur die Eigentumsübertragung in diesem Sinne ernstlich vereinbart wird. Denn zur Sicherstellung ist die Verschaffung des Eigentums durchaus geeignet, und angesichts der damit verbundenen Vorteile ist den Beteiligten, die dieses

fiduziarische Geschäft abschliessen und die damit für den Fiduzianten gegebenen Gefahren mit in Kauf nehmen wollen, die Gültigkeit ihrer Verfügung nicht zu versagen. Diese Art der Sicherstellung dient schutzwürdigen Interessen. Sie hat sich in der Schweiz längst eingelebt, und wenn das ZGB nur deren Vollzug durch Besitzeskonstitut verpönt, ist daraus zu schliessen, dass sie in jeder andern Form der Besitzesübertragung auch gegenüber Dritten wirksam vollzogen werden kann.

4. — Von den streitigen 8 Pferden finden sich 6 (die Nummern 1-5 und 8 des Konkursinventars) im Liquidationsvertrag vom 28. August 1942 verzeichnet. Sie fallen also unter die Vereinbarung des Überganges auf den Kläger zu Alleineigentum. Sie sind auch in der von beiden Vertragschliessenden unterzeichneten Anzeige dieses Eigentumsüberganges an den Pferdstellungsamt und an das städtische Quartieramt erwähnt. Es liegt also, sei es bereits im Liquidationsvertrag oder dann auf jeden Fall in der Anzeige an den « Dritten » eine Besitzesanweisung im Sinne von Art. 924 ZGB, die nach dessen Abs. 2 auch dem Dritten gegenüber wirksam wurde. Diese Pferde hatten auf Grund eines besondern Rechtsverhältnisses, nämlich einer Miete, im Besitz eines Dritten, nicht des Veräusserers selbst, zu bleiben, so dass gegen die Übereignung an den Kläger, wenn auch zu Sicherungszwecken, nichts einzuwenden ist. Es ist gleichgültig, dass seinerzeit nur drei dieser Pferde vom Kläger in die Gesellschaft eingebracht worden waren (Nr. 2-4), während Hörnlmann zwei andere (Nr. 1 und 8) eingebracht hatte und das sechste (Nr. 5) anscheinend erst nach dem 30. Juni 1942 gegen ein anderes eingetauscht worden war. Entscheidend ist die alsdann im Liquidationsvertrag erfolgte, durch Besitzanweisung einwandfreie vollzogene Übertragung an den Kläger.

Dessen Begehren ist daher hinsichtlich dieser sechs Pferde zu schützen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird... in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichtes des Standes Zürich vom 8. Februar 1946 aufgehoben und die Klage hinsichtlich der Inventarnummern 1-5 und 8 zugesprochen ... wird.

**40. Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour civile du 5 juillet 1946 dans la cause Caisse d'épargne et de crédit et Schlaeppli contre Dame Ray.**

*Gage mobilier. Bonne foi.* Droit de gage constitué sur une chose dont l'auteur du nantissement n'avait pas le droit de disposer. L'acquisition du droit de gage est subordonnée à la condition que celui qui a reçu la chose ait été de bonne foi au moment du nantissement. *Quid* du tiers qui désintéresse le créancier gagiste ? (Art. 884 al. 2 CC, 110 CO).

*Fahrnispfand. Guter Glaube.* Verpfändung einer Sache ohne Verfügungsbefugnis. Das Pfandrecht kann nur entstehen, wenn der Erwerber bei der Pfandbestellung in gutem Glauben ist. Wie verhält es sich mit dem Dritten, der den Pfandgläubiger befriedigt ? (Art. 884 Abs. 2 ZGB, 110 OR).

*Pegno manuale. Buona fede.* Diritto di pegno costituito su una cosa, di cui il pignorante non aveva il diritto di disporre. Il diritto di pegno sorge se chi ha ricevuto la cosa era in buona fede al momento della costituzione del pegno. *Quid* del terzo che tacita il creditore pignoratizio ? (Art. 884 cp. 2 CC, 110 CO).

A. — En novembre 1940, dame Ray a confié à Alexandre Widmer pour le vendre un diamant d'environ trois carats et demi monté sur une bague en or blanc ou en platine.

Le 29 septembre 1941, Widmer a donné en gage cette bague ainsi que d'autres bijoux et valeurs à la Caisse d'épargne et de crédit, à Lausanne (désignée ci-dessous CEC) en garantie d'une dette qu'il avait contractée envers cet établissement à la suite des circonstances suivantes : Quelques mois auparavant, il avait déclaré à la CEC qu'il était chargé par un étranger, qui désirait rester inconnu, de vendre peu à peu en Suisse d'importantes quantités de monnaies d'or — ce qui était encore licite à l'époque —, et avait ainsi obtenu de la CEC (pour pouvoir soi-disant payer cet or comptant à son vendeur) des avances à très

court terme. Ces avances étaient parfois remboursées quelques jours ou même quelques heures plus tard, car Widmer apportait cet or à la banque qui le vendait pour son compte.

En septembre 1941, la CEC eut des doutes sur la véracité des explications données par Widmer, car elle s'était rendu compte que parmi les pièces d'or que Widmer lui apportait, il s'en trouvait toujours une bonne quantité qui étaient celles-là même qu'elle avait vendues quelques jours auparavant. Widmer faisait en effet acheter par un certain Kohler l'or à la banque à laquelle la CEC l'avait vendu, il le rachetait ensuite de Kohler et le rapportait à la CEC pour une nouvelle vente. Ces opérations n'avaient aucun sens car Widmer rachetait l'or plus cher qu'il ne l'avait vendu et ne pouvait le vendre. A la suite de cette découverte, la CEC a demandé à Widmer, dont le compte présentait alors un solde débiteur de 88 334 fr., de lui fournir de nouvelles sûretés. Widmer les lui a remises le 29 septembre sous forme de nantissement de valeurs et d'un lot de bijoux parmi lesquels se trouvait la bague appartenant à dame Ray. Les opérations sur l'or continuèrent quelque temps encore. Elles eurent pour effet de ramener le débit du compte à 50 000 fr. environ. Le 6 octobre, le directeur de la CEC donna l'ordre de suspendre toutes opérations avec Widmer qui fut invité derechef à fournir de nouvelles garanties. Le 10 octobre, Widmer a apporté à la banque un nouveau lot de bijoux qu'il lui donna également en gage. L'« acte de cession » du 29 septembre fut remplacé par deux nouveaux actes. L'un de ces actes a la teneur suivante : « Pour compléter l'acte de nantissement souscrit le 29 septembre 1941 par moi-même, Monsieur Alexandre Widmer, à Lausanne, en faveur de la Caisse d'épargne et de crédit, à Lausanne, et en conformité de l'article 901 du CCS, je déclare par les présentes faire cession au créancier gagiste de la créance ci-après représentée par divers bijoux qui sont ma propriété, que je vous ai remis en date du 29 septembre dernier, et qui étaient contenus dans un