

pendants aux termes desquels les sommes payées ont été tantôt touchées en entier par Nistas & C^{ie} ou par Veuve Grivaz et fils, tantôt réparties entre eux suivant des proportions diverses. Il n'y avait donc pas un engagement général valant pour toutes les créances contre Olivet frères, mais une simple promesse dénuée de valeur juridique parce que son objet n'était pas déterminé. Par conséquent, du moment que Nistas & C^{ie} n'étaient juridiquement tenus ni de donner en gage, ni de remettre en paiement la créance « déléguée » le 29 décembre 1911, cette délégation consentie moins de six mois avant la faillite tombe sous le coup de l'art. 287 à moins que les défendeurs ne prouvent qu'ils ignoraient l'insolvabilité du débiteur. Non seulement ils n'ont pas rapporté cette preuve, mais au contraire il résulte de l'instruction de la cause que, à la fin de 1911 sinon auparavant déjà, la maison Nistas & C^{ie} éprouvait de grandes difficultés à payer, que les entrepreneurs qui travaillaient avec elle ne considéraient pas sa situation comme sûre, que les défendeurs la pressaient instamment de lui fournir des garanties et qu'ils avaient à tout le moins des doutes sérieux sur sa solvabilité. Ils ne peuvent donc se mettre au bénéfice de l'exception prévue au dernier alinéa de l'art. 287.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce:

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que les conclusions de la demanderesse sont déclarées fondées.

34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. März 1915 i. S.
Leih- und Sparkasse Aadorf in Liquidation,
als « Zessionarin » der Bürgergemeinde Aadorf, Klägerin,
gegen Oswald, Beklagten.

Erw. 1 und 2: *Statio fisci* als Prozesspartei. — Erw. 3: Prozessfähigkeit der « Liquidationsmasse » eines Schuldners, der seinen Gläubigern sein ganzes Vermögen zur Liquidierung überlassen hat, und dem in diesem Sinne ein « Nachlassvertrag » bewilligt wurde.

A. — Die Bürgergemeinde Aadorf betrieb seit 1873, zuerst unter dem Namen « Leih-, Viehleih- und Sparkasse Aadorf », dann (seit 1906) unter dem Namen « Leih- und Sparkasse Aadorf », eine « Geldverkehrsanstalt » zum Zwecke der Gewährung von Anleihen an Handwerker, Gewerbetreibende und Landwirte. Als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks waren in den Statuten von 1873 genannt:

- a) das Vermögen der bisherigen Viehleihkasse,
- b) das Vermögen der bisherigen Sparkasse,
- c) und d) aufzunehmende Anleihen.

In den Statuten von 1906 waren dagegen als solche Mittel aufgezählt:

- a) die Kapitalien der Bürgergemeinde,
- b) der Reservefond,
- c)-g) Anleihen, Sparkassaeinlagen u. s. w.

Als « Verwaltungsorgane » waren in den Statuten in erster Linie genannt:

- a) die Bürgergemeinde,
- b) der Verwaltungsrat der Bürgergemeinde unter Beigabe von zwei Mitgliedern,
- c) der Kassaverwalter.

Über die Befugnisse des Kassaverwalters bestimmten die Statuten von 1906:

« § 22. Der Verwalter leitet den gesamten Kassaverkehr und die Buchführung der Anstalt nach Statuten,

» Reglement und allfälligen Beschlüssen des Verwaltungsrates, er besorgt die nötigen Konkursgeschäfte, vertritt auch die Anstalt nach aussen und vor den Gerichten, vorbehältlich § 21, Abs. 1, und führt mit Ausnahme der Obligationen die rechtsverbindliche Unterschrift allein wie folgt:

» Leih- und Sparkasse Aadorf.

» Der Verwalter: »

Endlich enthielten die Statuten unter dem Titel « Garantie » noch folgende Bestimmung:

§ 20 der Statuten von 1873: « Die Bürgergemeinde Aadorf erklärt sich für jede Einlage in die Sparkasse und für jede Forderung an die Anstalt als selbstschuldnerin und haftet als solche:

« a) mit dem Gesamtvermögen der Anstalt, den Reservefond eingeschlossen,

« b) mit dem übrigen gesamten Bürgergemeindevermögen. »

§ 18 der Statuten von 1906: « Die Bürgergemeinde Aadorf garantiert den Kreditoren der Anstalt für jede Einlage und haftet für alle Verbindlichkeiten, welche dieselbe eingegangen hat:

» 1. Mit dem Reservefond.

» 2. Mit dem gesamten Bürgergemeinde-Vermögen. »

Die entsprechenden Angaben wurden jeweilen im Handelsregister publiziert.

B. — Im Sommer 1911 stellte sich heraus, dass infolge ungetreuer Geschäftsführung des Verwalters die Passiven der « Leihkasse » deren Aktiven bedeutend überstiegen. Am 2. September 1911 wurde ein von der « Leihkasse » mit ihren Gläubigern abgeschlossener « Nachlassvertrag » gerichtlich bestätigt, welcher u. a. folgende Bestimmungen enthielt:

« Die Leih- und Sparkasse Aadorf tritt nach Genehmigung dieses Nachlassvertrages in Liquidation gemäss § 27 ihrer Statuten. Zum Zwecke der Liquidation wird durch das absolute Mehr der nach Art. 300 des

» Schuldbetreibungsgesetzes stimmberechtigten Kreditoren der Leih- und Sparkasse Aadorf ein Gläubigerausschuss von neun Mitgliedern ernannt, welcher bis zur vollständigen Befriedigung sämtlicher Kreditoren ausschliesslich ermächtigt ist, über die Aktiven zu verfügen und dieselben zu liquidieren, und über die durch Verpfändung oder Verwertung von Aktiven des Bürgergemeindevermögens verfügbar werdenden Mittel zu disponieren, die Schulden der Leih- und Sparkasse Aadorf festzustellen, und das Liquidationsergebnis gleichmässig unter die Kreditoren der Leih- und Sparkasse Aadorf zu verteilen. Zu diesem Zwecke sind dem Gläubigerausschuss durch die Leih- und Sparkasse Aadorf, sowie durch die Bürgergemeinde Aadorf volle und unbeschränkte Vollmachten, insbesondere auch zur Führung von Prozessen, zur Übertragung und Verpfändung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen, überhaupt zu Erklärungen und Handlungen jeder Art namens der Leih- und Sparkasse Aadorf und der Bürgergemeinde Aadorf erteilt.

» Durch die Zustimmung zu diesem Nachlassvertrage soll die Verantwortlichkeitsfrage dem gewesenen Verwalter, sowie den Verwaltungs- und Kontroll-Organen gegenüber in keiner Weise präjudiziert sein und es ist der Gläubigerausschuss ermächtigt, diese eventuellen Verantwortlichkeitsansprüche namens der Bürgergemeinde oder namens der Leih- und Sparkasse nötigenfalls auf gerichtlichem Wege geltend zu machen. »

Verwaltungsratspräsident der « Leihkasse » war in den letzten Jahren vor deren Zusammenbruch der Beklagte gewesen.

Nachdem der Regierungsrat des Kantons Thurgau durch Beschluss vom 22. Juni 1912 ein Einschreiten gegen den Beklagten auf dem Verwaltungswege verweigert hatte, weil er in seiner Stellung als Verwaltungsratspräsident der « Leihkasse » keine öffentlichen Funktionen ausgeübt habe, liess die « Bürgergemeinde Aadorf » den

Beklagten zur Vermittlung über ein Schadenersatzbegehren im Betrage von 50,000 Fr. vor den Friedensrichter laden. Nach dem Vermittlungsvorstand erklärte sie jedoch, ihren Anspruch an die « Leihkasse » abzutreten. Hierauf wurde namens der « Leih- und Sparkasse Aadorf in Liquidation » die vorliegende Verantwortlichkeitsklage eingereicht, mit dem Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 500,000 Fr. nebst 5 % Zins seit 22. Februar 1912.

C. — Durch Urteil vom 3. November 1914 hat das Obergericht des Kantons Thurgau die Klage aus folgenden Gründen « angebrachtermassen abgewiesen »: Die « Leih- und Sparkasse Aadorf » sei keine selbständige juristische Person, sondern lediglich ein Verwaltungszweig der Bürgergemeinde gewesen... (wird näher ausgeführt). Freilich seien auch « gewisse Momente » vorhanden, die für die « Annahme eines selbständigen Rechtssubjekts » sprechen würden... (wird ebenfalls näher ausgeführt). Sodann wird wörtlich fortgefahren, wie folgt:

« Wenn man unter diesen und andern Erwägungen » auch zu einem andern als dem oben gezogenen Schlusse » kommen und die Leih- und Sparkasse Aadorf als irgend » eine juristische Person oder irgendwelches selbständiges » Rechtssubjekt auffassen wollte, so geht das doch nicht » an mit Rücksicht auf die bundesgerichtliche Praxis. » Die Stellungnahme des Obergerichts ist bereits prä- » judiziert durch einen Entscheid des Bundesgerichts » vom 3. Juni 1903 in Sachen Bundesbahnen gegen » Regierungsrat Luzern (Band 28 I, S. 189). Die dortige Sach- und Rechtslage bildet ein durchaus zutreffendes Analogon zu den heute der Beurteilung unterstehenden Verhältnissen. Damit ist auch die eingangsmateriell begründete Entscheidung gegeben.

» Da nun der Leih- und Sparkasse Aadorf und damit » selbstverständlich auch der in Liquidation befindlichen » Kasse eine selbständige Rechtssubjektsnatur abge-

» sprochen werden muss, ist eine Abtretung von Rechts- » ansprüchen an sie unmöglich; sie kann also nicht klä- » gend infolge Zession auftreten, ja sie kann überhaupt » nicht Prozesspartei sein; die Klage muss so wie sie » geführt wird, nämlich durch die Leih- und Sparkasse » Aadorf in Liquidation abgewiesen werden.

« Die Klägerschaft macht nun freilich geltend, dass » der Beklagte ihrem Eintritt in den Prozess zugestimmt » habe, indem er von der Transaktion Kenntnis gehabt » und dagegen nicht opponiert habe. Es kann dahinge- » stellt bleiben, ob in dem Stillschweigen des Beklagten » eine konkludente Handlung im Sinne einer Zustimmung » nach dem Satze « *qui tacet consentire videtur* » zu er- » blicken sei oder ob er verpflichtet gewesen wäre, gegen » den Eintritt der Leih- und Sparkasse in Liquidation » in den Prozess zu opponieren unter dem Hinweis, dass » sie prozessunfähig sei, und sich so einer wichtigen » Verteidigungsposition zu berauben. Der von der Klä- » gerschaft angezogene § 33 ZPO kommt hier nicht in » Betracht. Die Zustimmung betrifft nicht die Prozess- » fähigkeit oder Unfähigkeit und sie ist in dieser Hin- » sicht gänzlich irrelevant.

« Da die Klage nach dem Gesagten sowieso von der » Hand gewiesen werden muss, erübrigt sich ein weiteres » Eintreten auf die Streitsache. »

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Die Entscheidung der Vorinstanz, wonach die « Leih- und Sparkasse Aadorf » keine selbständige juristische Person, sondern nur « ein besonderer Verwaltungszweig der Bürgergemeinde Aadorf mit besonderem wirtschaftlichem Zweck » war, entzieht sich der Ueber-

prüfung des Bundesgerichts. Denn nach Art. 7, zusammengehalten mit Art. 1 SchlT ZGB beurteilt sich die Frage, ob eine juristische Person bestehe, nach demjenigen Rechte, das zur Zeit ihrer angeblichen Entstehung galt. Im vorliegenden Falle könnte aber als Zeitpunkt der Entstehung nur ein hinter dem 1. Januar 1912 zurückliegender Zeitpunkt, nämlich entweder derjenige der Gründung der « Leihkasse » (1873), oder allenfalls derjenige der Statutenrevision vom Jahre 1906 in Betracht kommen; und sachlich anwendbar wäre nicht etwa das eidgenössische OR von 1881, sondern ausschliesslich das kantonale Recht, da es sich weder um eine Aktiengesellschaft, noch um eine Genossenschaft, noch auch um einen Verein, sondern höchstens um eine Stiftung oder eine « andere juristische Person » im Sinne des Art. 719 OR hätte handeln können.

2. — Ist demnach davon auszugehen, dass die « Leih- und Sparkasse Aadorf », wie die Vorinstanz verbindlich feststellt, nur ein Verwaltungszweig der Bürgergemeinde war, so ergibt sich daraus ohne weiteres, dass eine formell namens der « Leihkasse » erhobene Klage als eine solche der Bürgergemeinde zu behandeln war. Dabei hätte bloss die Frage aufgeworfen werden können, ob vom Standpunkte des Prozessrechts aus verlangt werden müsse, dass (behufs Vermeidung von Missverständnissen) als Klägerin ausdrücklich die Bürgergemeinde genannt werde. Wäre das vorliegende kantonale Urteil in diesem Sinne motiviert, d. h. wäre die « angebrachtermassen » erfolgte « Abweisung » der Klage damit begründet worden, dass die Bürgergemeinde verpflichtet gewesen wäre, sich bei der Einleitung der Klage ihres gewöhnlichen Namens (« Bürgergemeinde Aadorf ») zu bedienen, so hätte sich die Auffassung vertreten lassen, dass es sich dabei um einen prozessrechtlichen Entscheid handle, an welchen das Bundesgericht gebunden sei. Indessen müsste, um diese Konsequenz zu rechtfertigen, doch zum mindesten aus

dem angefochtenen Urteil deutlich hervorgehen, dass die Vorinstanz sich wirklich auf den Boden des kantonalen Prozessrechts stellen wollte und von diesem Standpunkte aus die Klage angebrachtermassen abweisen zu müssen glaubte. Dies ergibt sich nun aber nicht aus der vorliegenden Urteilsausfertigung. Vielmehr scheint danach der kantonale Richter von der Ansicht ausgegangen zu sein, der materiellen Behandlung der Klage stehe ein Entscheid des Bundesgerichts entgegen, nämlich dasjenige Urteil, durch welches erstmals die juristische Natur der Schweiz. Bundesbahnen als einer blossen Verwaltungsabteilung des Bundes festgestellt wurde (BGE 29 I S. 194 f.). Die Vorinstanz erklärt ausdrücklich, ihre « Stellungnahme » sei durch den angeführten Entscheid des Bundesgerichts « bereits präjudiziert », und die « dortige Sach- und Rechtslage » bilde « ein durchaus zutreffendes Analogon zu den heute der Beurteilung unterstehenden Rechtsverhältnissen ». Damit hat sie ihre Entscheidung dem eidgenössischen Rechte unterstellt. Dass aber dieses der Behandlung einer Klage wie der vorliegenden nicht entgegensteht, sondern eine freie, sinngetreue Interpretation des Klagerubriks gestattet, geht u. a. gerade aus dem von der Vorinstanz angeführten Urteile des Bundesgerichts i. S. Bundesbahnen gegen Luzern hervor. Hier, wie in zahlreichen andern Fällen der Erhebung einer Klage namens der SBB oder namens irgend einer andern Verwaltungsabteilung des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde, wurde bis jetzt stets als selbstverständlich betrachtet, dass rechtlich der Bund, der Kanton oder die betreffende Gemeinde Partei sei, und dass die Nennung der in Betracht kommenden Verwaltungsabteilung nur zu dem Zwecke erfolge, um darauf hinzuweisen, welche Verwaltungsorgane im konkreten Falle mit der Vertretung der Fiskalinteressen betraut seien.

Dass speziell auch im vorliegenden Falle in diesem Sinne geklagt worden ist, ergibt sich u. a. deutlich aus

der Bezugnahme auf die zwischen Vermittlungsvorstand und Klageeinreichung stattgefundenene « Zession » des streitigen Anspruchs von der « Bürgergemeinde » an die « Leihkasse », sowie aus der Bezeichnung der Klägerin als « Zessionarin der Bürgergemeinde ». Kann auch (wegen der Identität zwischen « Zedentin » und « Zessionarin ») von einer Abtretung im Rechtssinne hier nicht gesprochen werden, so ist durch jene « Zession » und durch die Beifügung im Klagerubrum « als Zessionarin der Bürgergemeinde » doch zum Ausdruck gebracht worden, dass ein an sich der Bürgergemeinde zustehender Anspruch geltend gemacht wird, und dass die Bürgergemeinde mit dessen Geltendmachung einverstanden ist. Es kann daher nicht gesagt werden, dass die Klagpartei kein Rechtssubjekt repräsentiere.

3. — Zu den bisherigen Erwägungen kommt hinzu, dass im vorliegenden Fall namens einer *Nachlassmasse* geklagt wird, und dass mit Rücksicht auf den besondern Inhalt des in Betracht kommenden Nachlassvertrages die Klage genau genommen als für Rechnung der *Gläubiger* eingereicht zu betrachten ist. Durch den am 2. September 1911 gerichtlich genehmigten Nachlassvertrag ist die Liquidation des gesamten Vermögens der « Leihkasse » und die Verfügbarmachung des Bürgergemeindegutes einem Gläubigerausschuss übertragen worden, mit der ausdrücklichen Weisung, daraus in erster Linie die *Gläubiger* zu befriedigen. Es besteht somit ein ähnliches Beschlagsrecht der Gläubiger wie im Falle eines Konkurses. Gleichwie nun im Konkurse die « Konkursmasse » nicht die Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners ist (obwohl sie vielfach fälschlich als solche aufgefasst wird), und gleichwie die « Konkursverwaltung » richtigerweise in erster Linie als die Vertreterin der ihr Beschlagsrecht ausübenden Gläubiger zu betrachten ist, so muss hier die *Liquidationskommission* ebenfalls als die Vertreterin der *Gläubiger* betrachtet werden. Der « Nachlass-

vertrag mit Vermögensabtretung » (gleichviel ob eine wirkliche Abtretung der Aktiven, oder aber einfach die Uebertragung der Liquidation an einen Gläubigerausschuss stattgefunden hat, was praktisch keinen Unterschied macht) muss, ebenso wie dies bereits in anderer Hinsicht geschehen ist (BGE 40 III S. 302 ff. und Urteil vom 25. Februar 1915 in Sachen Iselin gegen Leih- und Sparkasse Steckborn in Liquidation, Erw. 5 *), so auch in dieser Beziehung dem Konkurse gleichgestellt, d. h. es muss der mit der Liquidation betraute Gläubigerausschuss als ermächtigt betrachtet werden, sämtliches nach den Bestimmungen des « Nachlassvertrages » zur « Nachlassmasse » gehörende Vermögen einzuziehen, ohne dass im Prozessfalle auf die Frage zurückgekommen werden kann, welches Rechtssubjekt vor der Genehmigung des « Nachlassvertrages » als Inhaber des nunmehr zu liquidierenden Vermögens zu gelten hatte und in wessen Namen daher damals allfällige Prozesse zu führen waren. Es genügt, dass der « Nachlassvertrag » gerichtlich bestätigt und dadurch die Liquidationskommission ermächtigt worden ist, materiel für Rechnung der Gläubiger, formell namens der « Nachlass- » oder « Liquidationsmasse », dasjenige Vermögen zu liquidieren, welches nach den Bestimmungen des Nachlassvertrages dem Beschlagsrechte der Gläubiger unterliegt. Die « Nachlass- » oder « Liquidationsmasse » ist kraft *eidgenössischen* Rechts ebenso prozessfähig, wie die « Konkursmasse », und es kann daher *jener* (entgegen BGE 31 II N° 23 **) das Auftreten als Prozesspartei aus Gründen des kantonalen Prozessrechts ebensowenig verwehrt werden, wie *dieser*.

Im vorliegenden Falle steht nun ausser Frage, dass die Liquidationskommission, von welcher die Klage eingeleitet wurde, zur Liquidierung des gesamten Vermögens der ehemaligen « Leihkasse » ermächtigt ist, und

* Oben, Seite 149 f.

** Sep.-Ausg. § N° 23.

dass sie dabei das Recht und die Pflicht hat, auch das nicht unmittelbar im Geschäft investiert gewesene Bürgergemeindegut, soweit erforderlich, herbeizuziehen; ebenso *a fortiori* einen Schadenersatzanspruch wie den im vorliegenden Fall geltend gemachten, der sich gerade auf die Geschäftsführung eines der Kassaorgane gründet. Es kann ihr deshalb, wenn sie zu diesem Zwecke einen Prozess führen muss, nicht entgegengehalten werden, sie hätte ausdrücklich « namens der Bürgergemeinde Aadorf » oder « namens der Bürgergemeinde Aadorf in Liquidation » oder unter irgend einer andern, nach mehr oder weniger formellen Gesichtspunkten zu wählenden Bezeichnung auftreten sollen, sondern es genügt, dass sie durch einen gerichtlich bestätigten « Nachlassvertrag » mit der Vertretung der Gläubigerinteressen beauftragt wurde. Von diesem Gesichtspunkte aus muss ihr insbesondere auch das Recht zuerkannt werden, gegen die Bürgergemeinde auf Herausgabe des Bürgergutes zu klagen, gerade wie ausnahmsweise (vergl. JÄGER, Note 1 zu Art. 197 SchKG, S. 6 i. d. M.) auch eine Konkursverwaltung gegen den Konkursiten klagend auftrieten muss, falls dieser nämlich einer Admassierungsentscheid der Konkursverwaltung oder der Aufsichtsbehörde nicht anerkennen will. Da die Liquidationskommission, ebenso wie die Konkursverwaltung, in erster Linie die Interessen der Gläubiger und nicht des Gemeinschuldners vertritt, so könnte in einem solchen Falle nicht eingewendet werden, die Klagpartei sei mit der beklagten Partei identisch.

4. — Auch vom Standpunkte einer analogen Anwendung des Konkursrechtes aus ist also das vorliegende kantonale Urteil, durch welches einer gerichtlich bestätigten Liquidationskommission verwehrt werden will, eine zum Liquidationsvermögen gehörende Forderung gerichtlich geltend zu machen, mit der Begründung, dass sie kein Rechtssubjekt vertrete, gänzlich unhaltbar. Die « Einrede der mangelnden Prozessfähigkeit » war im vor-

liegenden Fall ebenso abzuweisen, wie in einem analogen Fall aus neuerer Zeit (vergl. das bereits zitierte Urteil des Bundesgerichts vom 25. Februar 1915 in Sachen Iselin gegen Leih- und Sparkasse Steckborn in Liquidation, Erw. 1*) die damals ähnlich begründete « Einrede der mangelnden Aktivlegitimation ». Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache behufs materielle Behandlung an den kantonalen Richter zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des thurgauischen Obergerichts vom 3. November 1914 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an den kantonalen Richter zurückgewiesen wird.

* Oben, Seite 144 ff.