

monial qui existait alors demeure immuable et que cette garantie n'est pas touchée par la loi nouvelle dans le cas où ce droit serait moins favorable aux créanciers. Cette opinion conduirait à l'application du droit cantonal en lieu et place du code civil suisse. Le Tribunal fédéral peut par suite connaître de la question sur le terrain du recours de droit civil.

L'article 11, titre final, combiné avec l'art. 188 CC (auquel le renvoi de l'art. 11 confère la portée d'une règle de droit transitoire) ne consacre pas purement et simplement l'immutabilité des principes régissant la garantie des droits des tiers ; il ne garantit que les droits acquis par les créanciers sur *les biens* qui étaient déjà affectés à leur garantie sous l'empire de l'ancien droit.

Or, en l'espèce, les objets que la demanderesse prétend lui appartenir à titre de « biens réservés » n'existaient pas encore à l'époque où la loi cantonale était en vigueur, puisqu'ils n'ont été acquis qu'en mai 1912. Les créanciers ne pouvaient donc se récupérer sur ces biens. Partant, l'art. 11, titre final, n'est point applicable et toute possibilité est exclue de faire appel aux règles de l'ancien droit civil cantonal. Ainsi que cela a déjà été exposé, il est en effet indifférent que les *deniers* au moyen desquels les objets litigieux ont été acquis proviennent d'un patrimoine qui, sous l'empire de l'ancien droit, formait la garantie des créanciers du mari.

Dans ces conditions, il y a lieu, conformément à l'art. 93, al. 2 OJF, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'instance cantonale pour statuer à nouveau en faisant application du droit fédéral.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis dans ce sens que l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'instance cantonale pour statuer à nouveau sur la base des considérants ci-dessus.

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

4. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Februar 1917 i. S. Konkursmasse der « Lucerna », Beklagte, gegen Spörry, Kläger.

Art. 884 ZGB ; Verpfändung eines Warenlagers durch Uebergabe der Schlüssel an einen Angestellten des Pfandschuldners zwecks Ausübung des Besitzes für den Pfandgläubiger. — Gegeneinrede des Dolus (Art. 2 ZGB) gegenüber der Einrede der mangelnden Besitzesübertragung. — Abtretung oder Verpfändung einer Forderung ?

A. — Im Jahre 1910 trat der Präsident des Verwaltungsrates der « Lucerna », Anglo-Swiss Milk Chocolate Co Hochdorf, die sich damals in finanziellen Schwierigkeiten befand und zu ihrer Rekonstruktion grösserer Geldmittel bedurfte, mit dem heutigen Kläger, Kauf- und Finanzmann in Zürich, in Verbindung. Durch Vertrag vom 10. Juni 1910 verpflichtete sich der Kläger, der « Lucerna » einen Kredit bis auf 200,000 Fr. zu gewähren, welcher Betrag der « Lucerna » in der Folge von der Depositenbank in Zürich gegen Bürgschaftserklärung des Klägers ausbezahlt wurde. Als Sicherheit gab die « Lucerna » dem Kläger für 250,000 Fr. Gültens, die auf ihre Fabrikliegenschaften hafteten und später im Konkurs der « Lucerna » gänzlich zu Verlust kamen. In Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages wurde sodann bestimmt : « Ferner » gibt die « Lucerna » dem Herrn Spörry als Faustpfand » Rohkakao und Halbfabrikate im Gesamtwerte von » 80,000 Fr. bis 100,000 Fr. Diese sind in separatem, » abgeschlossenem Raum auszuscheiden. Herr Spörry » oder ein von ihm zu bezeichnender Vertreter führen

» allein die Schlüssel über die betr. Räume. Die Bestellung dieses Pfandes erfolgt auf erstes Verlangen des Herrn Spörry. » In Ausführung dieses Vertrages wurde am 1. April 1911 zwischen den Parteien folgende « Miet- und Warrantvertrag » überschriebene Abmachung getroffen: « Die « Lucerna » vermietet Herrn Spörry in » ihrem Magazingebäude « Merkur » den Hauptsaal rechts » Hochparterre und den darüber liegenden Saal gegen » eine Entschädigung von 50 Fr. pro Monat, die jeweils » im Voraus zu entrichten ist. Die gemieteten Räume » sind von den andern Lokalitäten vollständig abgeschlossen, die Schlüssel zu denselben besitzt der Mieter oder » dessen Bevollmächtigter. Die in den gemieteten Räumen » untergebrachten Waren, deren Inventar sich in den » Händen des Mieters befindet, haften Herrn Spörry als » faustpfänderische Sicherheit für eine Summe von » 100,000 Fr. nebst Zins, welche Herr Spörry der « Lucerna » gemäss oben angeführtem Vertrage als Darlehn » zu Verfügung gestellt hat. Die Waren sind Herrn Spörry » verpfändet, sie sind in den gemieteten Räumen eingelagert und können nur mit Genehmigung des Herrn » Spörry für den Betrieb in Verwendung genommen werden. Bei Wegnahme sind die Waren stets derart zu » ersetzen, dass stets mindestens für 130,000 Fr. Waren in » den gemieteten beiden Räumen liegen. Für den Fall, » dass die « Lucerna » nicht in der Lage ist, Herrn Spörry » sein Guthaben in der vorgesehenen Frist zurückzuzahlen, » soll Herr Spörry als Warrant- und Pfandnehmer berechtigt sein, die verpfändeten Waren aus freier Hand » zu verkaufen und die « Lucerna » für einen allfälligen » Mindererlös bis zum Betrage von 100,000 Fr. haftbar » zu machen. »

Im August 1911 ging die « Lucerna » den Kläger um ein weiteres Darlehen von 100,000 Fr. an, worauf am 17. August 1911 zwischen der « Lucerna » und dem Kläger folgende « Vereinbarung » abgeschlossen wurde: « Die « Lucerna » Anglo-Swiss Milk Chocolate Co in

» Hochdorf überlässt dem Herrn Albert Spörry abtretungs- und kaufweise von den Warenforderungen, » welche die « Lucerna » Anglo-Swiss Milk Chocolate Co » in Hochdorf gegenüber der « Lucerna » Ltd. London » hat, einen Betrag von 130,000 Fr. Herr Spörry zahlt » dafür der « Lucerna » einen Preis von 100,000 Fr., welcher ihr vom August 1911 an bei der Depositenbank » Zürich zur Verfügung gestellt wird. Die « Lucerna » ist » beauftragt und bevollmächtigt, die abgetretenen Debitoren für Herrn Albert Spörry einzukassieren. Die Zahlung » erfolgt zu Gunsten eines dem Herrn Albert Spörry bei der « Lucerna » zu eröffnenden Spezialkontos; die » betr. Summen sind dem Herrn Albert Spörry von der » « Lucerna » sofort nach Eingang in Hochdorf zu überweisen, vorbehalten allfällige besondere weitere Vereinbarungen. Hat Herr Albert Spörry aus solchen Ueberweisungen den Kaufpreis plus die von der Depositenbank Zürich aufzugebenden Zinsen, Provisionen, Kommissionen, Spesen etc. zurückerhalten, so tritt die » « Lucerna » wieder in das freie Verfügungsrecht eines » allfällig noch verbleibenden Restes von Forderungen » der « Lucerna » Hochdorf gegenüber der « Lucerna » London. Die « Lucerna » übernimmt das Delcredere für » die zedierten Debitoren. » Dieser Vertrag wurde für die « Lucerna » zuerst vom Verwaltungsratspräsidenten Dr. Meyer, sowie von ihrem Generaldirektor Bach unterzeichnet. Da sich später herausstellte, dass die Unterschrift des Dr. Meyer im Handelsregister nicht eingetragen war, wurde dieser Vertrag im November 1911 d. h. während der der « Lucerna » gewährten Nachlassstundung aber vor Ausbruch des Konkurses, auch noch vom kaufmännischen Direktor der « Lucerna », dem die Kollektivunterschrift zustand, unterzeichnet. Eine Anzeige über den Abschluss dieses Vertrages an die « Lucerna » Ltd London erfolgte bis zur Eröffnung des Konkurses über die « Lucerna » in Hochdorf nicht. Erst nachher gelangte der Kläger an die « Lucerna » London um Zahlung, worauf

diese die Zahlungen, die sie an die « Lucerna » in Hochdorf zu machen hatte, beim Schweiz. Bankverein in London mit ca 3050 englischen Pfund deponierte. Ebenso wie die frühern Kredite wurde auch dieses neue Darlehen von 100,000 Fr. von der Depositenbank in Zürich der Beklagten ausbezahlt.

Am 14. Dezember 1911 wurde über die « Lucerna » Hochdorf der Konkurs eröffnet, nachdem ein zuvor eingeleitetes Nachlassverfahren nicht zum Ziel geführt hatte. Im Konkurs meldete der Kläger eine Forderung an, die er gemäss den der « Lucerna » eröffneten Bankkrediten auf 311,588 Fr. 15 Cts. abzüglich 21,244 Fr. bezifferte. Er machte geltend, diese Forderung sei ihm mit allen Nebenrechten von der Depositenbank Zürich abgetreten worden und beanspruchte dafür ein Faustpfandrecht an den in den Räumlichkeiten der « Lucerna » verwahrten Rohprodukten und Halbfabrikaten im Wert von ca 90,000 Fr. Sodann verlangte er, die Beklagte habe anzuerkennen, dass ihm zufolge Zession vom 17. August 1911 eine Forderung von 130,000 Fr. an die « Lucerna » London zustehe und dass er zur Rückforderung der Beträge berechtigt sei, die die Kridarin entgegen der Zession von der « Lucerna » London « oder indirekt » eingezogen habe. Durch Verfügung vom 14. Oktober 1912 anerkannte die Konkursverwaltung eine Forderung von 310,066 Fr. 58 Cts. mit Pfandrecht « auf Gült von 300,000 Franken ang. 1. August 1910 auf Fabrikliegenschaft » ; im übrigen wies sie die Ansprüche des Klägers ab.

Hierauf leitete der Kläger die vorliegende Klage ein über folgende Rechtsfrage :

« I. Hat die Beklagte anzuerkennen, dass dem Kläger » für seine Konkursforderung ein Pfandrecht an Waren » der « Lucerna » im Sinne der Vereinbarung vom 10. Juni » 1910 und 1. April 1911 bzw. nach Verwertung und » Veräusserung der Waren ein Anspruch auf den Gegen- » wert zustehe und hat die Beklagte

» 1. Dem Kläger einen Betrag von 5142 Fr. nebst » Zins zu 5 % seit 12. Februar 1912 auszubezahlen,

» 2. zu gestatten, dass dem Kläger der bei der Volks- » bank Hochdorf hinterlegte Betrag von 54,754 Fr. 65 Cts. » nebst Depotzins ausgehändigt wird ?

» II. Hat die Beklagte anzuerkennen, dass dem Kläger » zufolge der Zession vom 17. August 1911 eine Forderung » an der « Lucerna » Ltd London im Betrage von 130,000 » Franken zustehe und dass der Kläger insbesondere » auch berechtigt sei

» 1. den von der « Lucerna » Ltd London auf Rech- » nung dieser Forderung beim Schweiz. Bankverein in » London deponierten Betrag zu beziehen,

» 2. Aushändigung der Beträge der von der « Lucerna » » Ltd London an das Konkursamt Hochdorf bzw. an » die Konkursverwaltung der « Lucerna » seit dem 14. De- » zember 1911 geleisteten Zahlungen von der Beklagten zu » verlangen ? »

Zur Begründung des Begehrens I verwies der Kläger hauptsächlich auf die Vereinbarung vom 10. Juni 1910 und den « Miet- und Warrantvertrag » vom 1. April 1911 und behauptete, er habe an den ihm verpfändeten beiden Warenlagern dadurch den Besitz ausgeübt, dass der Angestellte Liechti der « Lucerna » beauftragt worden sei, für ihn die Schlüssel zu diesen Warenlagern in Verwahrung zu nehmen. Das Faustpfandrecht sei denn auch vom Sachwalter im Nachlassverfahren und von der Konkursverwaltung ausdrücklich anerkannt worden. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen. Sie bestritt das Zustandekommen eines Faustpfandrechts an den beiden Warenlagern, weil der Besitz daran nie auf den Kläger übergegangen und die Verpfändung jedenfalls gemäss Art. 285 ff Sch KG anfechtbar sei. Die Zession der Forderung der « Lucerna » Hochdorf an die « Lucerna » London ficht die Beklagte wegen Simulation, sowie deshalb an, weil Dr Meyer, der den Abtretungs-

vertrag für die « Lucerna » unterschrieben hatte, im Zeitpunkt der Unterschrift seine Vertretungsbefugnis noch nicht ins Handelsregister hatte eintragen lassen und der Vertrag als wucherisch und gemäss Art. 285 ff Sch KG als anfechtbar bezeichnet werden müsse.

B. — Durch Entscheid vom 18. Oktober 1916 hat das Obergericht des Kantons Luzern die Klage im vollen Umfang gutgeheissen.

C. — Gegen diesen Entscheid hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei abzuweisen, unter Kostenfolge aller Instanzen für den Kläger.

D. — In der heutigen Verhandlung hat die Beklagte diesen Antrag erneuert; der Kläger hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Voraussetzung für die Entstehung des vom Kläger beanspruchten Pfandrechts ist, dass die im Streite liegenden Vorräte an Rohkakao und Halbfabrikaten in der Fabrik der Verpfänderin in besondere, abgeschlossene Lokale verbracht und deren Schlüssel einer Person übergeben wurden, die im Stande und Willens war, an den Pfandgegenständen für den Kläger den Besitz auszuüben. In dieser Hinsicht hat die Vorinstanz auf Grund des Zeugenbeweises, entgegen den Depositionen des Lichti, die sie als unglaubwürdig bezeichnet, angenommen, dass Liechti die Schlüssel zu den beiden Magazinen wirklich besessen und den Auftrag erhalten und angenommen habe, den Faustpfandbesitz an den Warenvorräten für den Kläger auszuüben. In der heutigen Verhandlung hat die Beklagte zunächst behauptet, die Feststellung in bezug auf die Uebergabe der Schlüssel an Liechti sei aktenwidrig. Ob diese Behauptung zutreffe, kann jedoch dahin gestellt bleiben, denn wenn auch dem Entscheid die von

der Vorinstanz festgestellten Tatsachen zu Grunde gelegt werden, kann nicht angenommen werden, der Kläger habe durch Liechti den Besitz an den Warenvorräten erworben. Als Vertreter des Klägers konnte Liechti nur dann Besitzer werden, wenn er vom Kläger als Stellvertreter bezeichnet oder mindestens aus seinem Auftrag oder mit seinem Einverständnis als solcher ernannt wurde. Dass Liechti, wie die Vorinstanz feststellt, vom Kläger zur Ausübung des Besitzes an seiner Statt beauftragt worden sei, trifft auf Grund des Zeugenbeweises nicht zu. Aus den übereinstimmenden Aussagen des Verwaltungsratspräsidenten Dr. Meyer und des Generaldirektors Bach geht vielmehr hervor, dass Meyer selbst die Anordnungen in bezug auf die Ausführung des Faustpfandvertrages gab und den Bach beauftragte, dem Liechti die Schlüssel zu übergeben und ihn mit der Besitzesausübung zu betrauen. Ob dies aber im Auftrag des Klägers geschehen und ob diesem je die Bezeichnung des Liechti als sein Stellvertreter mitgeteilt worden sei und der Kläger sich damit einverstanden erklärt habe, ist nach den Akten zweifelhaft. Hätte aber die « Lucerna » lediglich als Geschäftsführerin ohne Auftrag des Pfandgläubigers den Liechti als dessen Stellvertreter bezeichnet, so könnte es sich fragen, ob der auf diese Weise erlangte Besitz des Klägers an den Warenvorräten genüge; denn in diesem Fall brauchte die Pfandschuldnerin bloss den dem Liechti erteilten Auftrag zu widerrufen, um das Stellvertretungsverhältnis des Liechti und damit dessen Besitz für den Pfandgläubiger wieder hinfällig zu machen. Abgesehen hiervon ist jedoch entscheidend, dass Liechti wegen seines Verhältnisses zur Faustpfandschuldnerin rechtlich nicht als Stellvertreter des Faustpfandgläubigers funktionieren konnte. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass auch der Angestellte des Pfandschuldners als Stellvertreter des Pfandgläubigers für diesen den Besitz an der Pfandsache ausüben kann, da er eine vom Pfandschuldner verschiedene Person ist, die als solche

durchaus fähig ist, eigenen oder fremden Besitz, d. h. die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Sache ihres Dienstherrn auszuüben (vergl. im gleichen Sinne *Entscheide* des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen **67 S. 422 f.**, *Seufferts Archiv* **62 S. 102 f.**). Unumgängliche Voraussetzung für den Besitzeserwerb ist jedoch auch hier, dass mit der Besitzesübertragung eine äusserlich erkennbare Veränderung in bezug auf das Besitzesverhältnis stattfindet, d. h. dass das Besitzesverhältnis jedem rechtlich beteiligten oder unbeteiligten Dritten nicht mehr als ein solches des Verpfänders, sondern als ein solches des Pfandgläubigers erscheine (vergl. *KOBERSTAUDINGER*, Komm. zu § 1205 BGB N° 1 b und die dort genannten *Entscheide*). Diese vom Gesetze zur Gültigkeit der Faustpfandbestellung verlangte Uebertragung des Besitzes soll verhindern, dass derjenige, der seine fahrende Habe verpfändet, sich auch nachher noch damit umgebe und den Schein einer kreditwürdigen Person erzeuge. Eine solche nach aussen in die Erscheinung getretene Veränderung hat nun im vorliegenden Fall durch die Uebergabe der Schlüssel an Liechti nicht stattgefunden. Nach dem Anstellungsvertrag und den Zeugenaussagen war Liechti der unmittelbar unter dem Generaldirektor Bach stehende technische Leiter der Fabrik der Kridarin. In dieser Eigenschaft stand ihm die Verwaltung der zur Verarbeitung notwendigen Produkte zu; er war daher schon vor Abschluss des Verpfändungsvertrages dasjenige Organ der Gemeinschuldnerin, das die direkte Verfügungsgewalt über die Pfandsache inne hatte. Wie sich aus der Beantwortung der Erläuterungsfragen des Klägers durch den Generaldirektor Bach ergibt, auf die die Vorinstanz in ihrem Urteil mit keinem Wort Bezug nimmt, befanden sich die Schlüssel zu den beiden dem Kläger vermieteten Magazinen schon vor der Verpfändung der darin befindlichen Vorräte im Besitz Liechtis. In diesem Sinn deponierte Bach auf die Erläuterungsfrage 1 und 2, die Schlüssel hätten sich, soweit er sich erinnere, stets

unter Aufsicht des Liechti in dessen Bureau befunden; er (*Bach*) habe sie ihm daher bei der Pfandbestellung nicht mehr besonders übergeben « können », d. h. übergeben müssen. Es verhielt sich also nicht so, dass nach Abschluss des Verpfändungsvertrages dem Liechti die Schlüssel ausgehändigt worden wären, damit er an Stelle eines andern, der früher den Besitz für die « Lucerna » inne gehabt hatte, nun den Besitz für den Kläger ausübe; die Schlüssel verblieben vielmehr auch nach Abschluss des Vertrages wo sie vorher waren: im Bureau, d. h. im Besitz Liechtis. Mussten dem Depot Waren entnommen werden, so wurde verfahren wie früher: der Magazinier holte die Schlüssel bei Liechti, nahm die nötigen Waren aus den Lokalen, brachte die Schlüssel dem Liechti wieder zurück und erstattete dem Buchhalter über die Warenbezüge Bericht. Neu gegenüber früher, aber für die Frage des Besitzes ohne Bedeutung, war nur, dass man dem Kläger von den Warenbezügen Anzeige machte und ihm dafür Wechsel oder Checks nach Zürich zukommen liess. Unter diesen Umständen fehlt es im vorliegenden Fall an der zur Uebertragung des Pfandbesitzes auf den Pfandgläubiger erforderlichen Erkennbarmachung des neuen Besitzesverhältnisses nach aussen. Züfolge seiner Doppelstellung wäre es Liechti aber auch sonst überhaupt nicht möglich gewesen, als Vertreter des Klägers den Besitz an den Warenvorräten auszuüben. Als Angestellter der Pfandschuldnerin hätte er (mittelbar oder unmittelbar) die Entnahme von Waren aus den verpfändeten Vorräten anordnen und als Vertreter des Pfandgläubigers zugleich die Schlüssel zur Ausführung dieser von ihm ausgehenden Anordnungen aushändigen müssen. Darin läge eine rechtlich unzulässige Verquickung seiner Stellung als Besitzesvertreter des Klägers und als Angestellter der « Lucerna ». Liechti konnte nicht zwei nach dem Gesetze sich gegenseitig ausschliessende Besitzesverhältnisse in seiner Person vereinigen. Er hätte zwar den Willen haben können, den Besitz als Besitzesvertreter sowohl der « Lucerna » als des Klägers

auszuüben; die tatsächliche Gewalt aber, die unteilbar ist, konnte er nur für den einen der beiden Besitzesherren inne haben.

Muss demnach angenommen werden, dass eine Uebertragung des Besitzes auf den Kläger nie stattgefunden hat, so ist auch kein Pfandrecht zu seinen Gunsten zu Stande gekommen. Demgegenüber kann der Kläger nicht, wie die Vorinstanz angenommen hat, geltend machen, die Organe der Kridarin hätten sich zur Besitzesübertragung verpflichtet und seien daher nach Treu und Glauben nicht berechtigt, sich auf die mangelnde Besitzesübertragung zu berufen. Einmal steht der Kläger im vorliegenden Prozess nicht der Kridarin selbst, sondern ihrer Konkursmasse d. h. der Vertreterin der Rechte der Konkursgläubiger, Dritter gegenüber. Die beklagte Konkursmasse muss daher unter allen Umständen berechtigt sein, sich auf den Mangel der Besitzesübertragung zu berufen, die bei der Verpfändung von Mobilien gerade auch zum Schutz der Gläubiger des Verpfänders vom Gesetz verlangt wird. Sodann ist grundsätzlich zu sagen, dass wenn das Gesetz als dingliches Gültigkeitserfordernis für die Entstehung des Faustpfandrechtes den Besitz des Pfandgläubigers am Pfand verlangt, der Mangel der Besitzesübertragung überhaupt nicht durch Berufung darauf ersetzt werden kann, er sei durch ein gegen Treu und Glauben verstossendes Handeln der Gegenpartei verschuldet worden. Allerdings ist in der Praxis schon erkannt worden, dass wenn bei Abschluss eines Vertrags, der zu seiner Gültigkeit einer besonderen Form bedarf, eine Partei die Nichtbeachtung dieser Form in doloser Weise verschuldet hat, sie sich nach Treu und Glauben nicht auf diesen Mangel berufen dürfe. Dieser Grundsatz, von dem die Vorinstanz offenbar ausgegangen ist und dessen Richtigkeit hier dahingestellt bleiben mag, kann jedoch unter keinen Umständen auf den Mangel der vom Gesetz für die Entstehung eines dinglichen Rechts verlangten dinglichen Voraussetzungen ausgedehnt werden, da sonst, bei Erset-

zung der fehlenden Besitzesübertragung durch Berufung auf Art. 2 ZGB, die Vorschriften über die Notwendigkeit des Besitzeserwerbs als Voraussetzung für die Entstehung von Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen ohne weiteres illusorisch gemacht werden könnten. -- Dass aber, wie der Kläger auch heute wieder behauptet hat, das Pfandrecht deshalb geschützt werden müsse, weil es sowohl vom Sachwalter als von der Konkursverwaltung anerkannt worden sei, trifft ebenfalls nicht zu. Nach dem Kollokationsplan hat allerdings die Konkursverwaltung die Verfügung getroffen, es werde das beanspruchte Faustpfandrecht zugelassen. Dieses Pfandrecht ist aber in der Folge von dem Gläubigerausschuss abgewiesen worden, der nach Art. 237 Ziff. 3 Sch KG gegen Konkursforderungen, die die Verwaltung zugelassen hat, Widerspruch erheben kann und daher unter Ausschluss der Konkursverwaltung und *a fortiori* auch des Sachwalters einzig kompetent war, über die Anerkennung des Pfandrechts zu beschliessen. Uebrigens würde der behaupteten Anerkennung nicht, wie der Kläger anzunehmen scheint, materiellrechtliche Bedeutung, sondern nur die Wirkung zukommen, dass das Pfandrecht in den Kollokationsplan aufgenommen und der Kollokationsplan zur Anfechtung durch die Konkursgläubiger neu aufgelegt werden müsste.

2. — Mit seinem zweiten Rechtsbegehren verlangt der Kläger, die Beklagte habe anzuerkennen, dass ihm zufolge Zession vom 17. August 1911 eine Forderung von 130,000 Fr. an die « Lucerna » London zustehe und dass er demnach berechtigt sei, die Beträge zu beziehen, die die « Lucerna » London auf Rechnung ihrer Schuld an die Kridarin beim Schweiz. Bankverein in London deponiert habe. Demgegenüber bestritt die beklagte zunächst das Zustandekommen des Vertrags vom 17. August 1911, weil Dr. Meyer, der diesen Vertrag namens der « Lucerna » unterzeichnete, mangels Eintragung seiner Unterschrift im Handelsregister zur Ver-

tretung der « Lucerna » nicht befugt gewesen sei. Diese Einwendung erledigt sich ohne weiteres durch Hinweis auf Art. 30 der unbestrittenermassen im Handelsregister eingetragenen und vorschriftsgemäss publizierten Statuten der « Lucerna », wonach der Verwaltungsratspräsident, als welcher Dr. Meyer beim Abschluss des Vertrags vom 17. August 1911 handelte, die Kollektivunterschrift führt. Im Verhältnis zu dieser dem Verwaltungsratspräsidenten statutarisch eingeräumten und durch die Publikation allgemein bekannt gegebenen Vertretungsbefugnis, kommt dem Art. 653 OR (gleich wie dem Art. 652) lediglich die Bedeutung einer *Ordnungsvorschrift* zu, von deren Erfüllung das Recht zur Vertretung der Gesellschaft nach aussen nicht abhängig ist (vergl. HAFNER, Komm. zu Art. 653 N° 3).

Ebenso ist auch die zweite von der Beklagten geltend gemachte Einwendung der Simulation nicht begründet. Zwar liegt ein Scheingeschäft gewiss insofern vor, als durch den Vertrag vorgespiegelt wird, der Kläger habe gegen Bezahlung von 100 000 Fr. die Forderungen der Kridarin an die « Lucerna » London von 130,000 Fr. gekauft, während die wirkliche Meinung der Parteien unverkennbar dahin ging, dass der Kläger durch Vermittlung seiner Bank der Kridarin einen *Vorschuss* machen und dafür, wie die Beklagte selber ausdrücklich anerkennt, durch die Forderungen der Kridarin an die « Lucerna » London im Betrag von 130,000 Fr. sichergestellt werden sollte. Die Beklagte erblickt jedoch die Simulation nicht hierin, sondern sie macht geltend, dass der Vertrag vom 17. August 1911 nicht, wie aus dessen Wortlaut zu schliessen wäre, als eine Abtretung, sondern als eine in ein Zessionsgeschäft gekleidete Verpfändung auszufassen sei, die mangels Anzeige an die « Lucerna » London ungültig sei. Frägt es sich somit, ob nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien die Abtretung oder Verpfändung einer Forderung zu Sicherheitszwecken beabsichtigt war, so kann zunächst nicht zweifelhaft sein,

dass die Sicherheit auf beiden Wegen bestellt werden konnte, da fiduziarische Abtretungen von Forderungen vom Bundesgericht immer als rechtlich zulässig anerkannt worden sind. Eine solche Zession liegt denn auch hier vor. Abgesehen von dem Wortlaut des Vertrages, wonach die Forderungen der Gemeinschuldnerin an die « Lucerna » London dem Kläger « abtretungsweise » überlassen wurden, spricht für diese Auffassung hauptsächlich die Erwägung, dass es der Kridarin daran liegen musste, die zur Sicherstellung der Vorschüsse erfolgte Warenverpfändung und Forderungsüberlassung nach aussen geheim zu halten. Schon nach dem ersten der Kridarin vom Kläger eröffneten Kredit von 200,000 Fr. war die Mehrheit des Verwaltungsrats der Meinung, dass damit die finanzielle Krise des Unternehmens überwunden sei. In seiner Sitzung vom 13. August 1910 beschloss daher der Verwaltungsrat, allen Informationsbureaus mittelst Zirkular von der zu Stand gekommenen Rekonstruktion Kenntnis zu geben. Die Erreichung des damit verfolgten Zwecks wäre aber vereitelt worden, wenn bekannt geworden wäre, dass die Rekonstruktion zunächst nur auf dem Weg der Verpfändung von bedeutenden Warenvorräten und später der Ueberlassung der im Streit liegenden Forderung an den Kläger erreicht worden war. Die Kridarin hatte daher allen Grund, die Forderung gegenüber der « Lucerna » London dem Kläger nur abtretungs- und nicht verpfändungsweise zu überlassen, da die Abtretung, im Gegensatz zur Verpfändung, zu ihrer Gültigkeit einer Anzeige an die « Lucerna » London nicht bedurfte, die von dem Vertrag mit dem Kläger ebenfalls nichts wissen sollte. Sodann muss angenommen werden, dass die Parteien, sowohl der Verwaltungsratspräsident der Kridarin, Dr. Meyer, der Advokat ist, als auch der Kläger, die für die Verpfändung notwendigen Rechtsformen gekannt und, wenn eine Verpfändung beabsichtigt gewesen wäre, auch tatsächlich eingehalten hätten. Jedenfalls erscheint es nach der Erfahrung ausgeschlossen,

dass der Kläger in seiner Eigenschaft als Kaufmann und Finanzmann aus blosser Rücksichtnahme auf die Gemeinschuldnerin die Anzeige an die « Lucerna » London unterlassen hätte, wenn dadurch das rechtsgiltige Zustandekommen des zu seiner Deckung abgeschlossenen Rechtsgeschäftes in Frage gestellt worden wäre. Diesen für das Vorliegen einer Abtretung sprechenden Momenten gegenüber vermag die von der Beklagten hauptsächlich geltend gemachte und in bezug auf grössere finanzielle Transaktionen, wie die vorliegende, überhaupt zweifelhafte Behauptung, dass die Verpfändung als das übliche, die fiduziarische Zession dagegen als das aussergewöhnliche Deckungsmittel anzusehen sei, nicht aufzukommen. Verdächtig könnte nur sein, dass auf Grund des Vertrags vom 17. August 1911 der Kläger das Guthaben nicht selbst einziehen sollte, sondern damit die Kridarin beauftragt wurde. Abgesehen davon, dass dieser Umstand sowohl gegen die Verpfändung als gegen die Abtretung sprechen würde, erklärt sich aber auch diese Bestimmung aus dem Bestreben der Gemeinschuldnerin, vor der Oeffentlichkeit den Schein eines finanziell wieder neu gekräftigten Unternehmens zu erwecken. Auf den fiduziarischen Charakter des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zurückzuführen ist sodann auch die weitere auf den ersten Blick auffallende Bestimmung des Vertrags, dass die Kridarin nach Befriedigung des Klägers ohne weiteres wieder in den Besitz der allfällig noch verbleibenden Restforderung an die « Lucerna » London gelangen sollte.

Da auch die von der Beklagten (heute übrigens nicht mehr aufrechtgehaltene) Einrede des Wuchers aus den von der Vorinstanz angeführten Gründen und die Anfechtung der Zession auf Grund des Art. 285 ff. Sch KG deshalb abzuweisen ist, weil die Abtretung nicht zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten der Kridarin, sondern zur Deckung des Klägers für den von ihm neugewährten und tatsächlich auch geleisteten Vor-

schuss von 100,000 Fr. erfolgte, ist daher das Begehren II 1 der Klage mit dem Obergericht zu schützen. Das gleiche wäre auch in bezug auf Begehren II 2 zu sagen, womit der Kläger von der Beklagten Aushändigung der Beträge der von der « Lucerna » London an das Konkursamt bzw. an die Konkursverwaltung der Kridarin seit 14. Dezember 1911 (Zeitpunkt des Konkursausbruchs) geleisteten Zahlungen verlangt. Auf die Erklärung der Beklagten hin, dass keine solche Zahlungen erfolgt seien, ist jedoch der Kläger im weiteren Verlauf des Prozesses und auch in seinem heutigen Vortrag auf diesen Punkt nicht mehr zurückgekommen, sodass er auch vom Bundesgericht nicht mehr näher zu behandeln ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

In teilweiser Gutheissung der Berufung und Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 18. Oktober 1916, wird das Begehren I der Klage abgewiesen, das Begehren II 1 dagegen gutgeheissen.

5. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Februar 1917

i. S. Rathgeb und Genossen, Beklagte,
gegen Rotkreuzanstalten für Krankenpflege, Klägerin.

Art. 736 Abs. 2 ZGB; Voraussetzung für die ganze oder teilweise Ablösung einer Dienstbarkeit gegen Entschädigung. — Verhältnis des Art. 736 Abs. 2 zu Art. 742 ZGB. — Verlegung einer Dienstbarkeit gegen Entschädigung.

A. — Die Klägerin ist Eigentümerin der Parzelle F 921 am Finkenhubelweg in Bern, auf der durch Vertrag vom 1. Oktober 1892 ein Wegrecht begründet wurde, dessen Ausübung heute den Beklagten zusteht. Infolge dieser Dienstbarkeit verlängerte sich der Finkenhubelweg, der früher in seinem obern Teil keinen Ausgang gehabt