

### 15. Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. März 1920

#### i. S. Thomann, Arbenz & Cie. gegen Eidgenossenschaft.

OG Art. 48 Ziff. 2 (Art. 110 Ziff. 2 BV): Für die Frage, ob der Bund im Prozess « Beklagter » sei, ist nicht die formelle sondern die materielle Parteistellung massgebend. Beklagter ist der Bund daher nur, wenn er angesprochen wird, also nicht im Aberkennungsprozess.

Die Klägerin, die Firma Thomann, Arbenz & Cie. in Zürich, wurde von der eidgenössischen Kriegssteuerverwaltung Zürich auf Zahlung eines Betrages von 125,000 Fr. (Kriegsgewinnsteuer), den ein gewisser Covo hätte entrichten sollen, betrieben und zwar auf Grund folgender Verpflichtungserklärung: « Wir verpflichten uns hiermit Ihnen gegenüber an die von Herrn Armand Covo rückständige Kriegsgewinnsteuer pro 1918 bis Ende dieses Jahres den Betrag von 125,000 Fr. (Einhundertfünfundzwanzigtausend Franken) an Sie respektive die Nationalbank, auszuzahlen. » Für diese Forderung erhielt die Kriegsgewinnsteuerverwaltung Rechtsöffnung, worauf die Klägerin beim Bundesgericht als einzige Zivilinstanz im Sinne des Art. 48 Ziff. 2 OG Aberkennungsklage einleitete.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Die Klägerin bestreitet zunächst der Eidgenössischen Kriegssteuerverwaltung in Zürich die juristische Persönlichkeit. Sie gibt aber mit Recht selber zu, dass die Kriegsgewinnsteuerverwaltung als ein Organ des Bundes für diesen gehandelt hat. Art. 48 Ziff. 2 OG ist daher anwendbar, wenn der Bund im vorliegenden Prozess wirklich als **Beklagter** betrachtet werden kann. Streitig ist die Bürgschaft oder (wenn man die klägerische Verpflichtung als eine solche aufassen will) die Schuldübernahme, also liegt jedenfalls eine Zivilstreitigkeit vor, obschon es sich um die Sicherung oder

Übernahme einer öffentlichrechtlichen Verbindlichkeit handelt, wie auch die Bürgschaft für eine dem kantonalen Recht unterliegende Hauptschuld sich nach eidgenössischem Recht beurteilt (BG 38 II S. 131).

Für die Frage nun, ob der Bund im vorliegenden Fall Beklagter im Sinne des Gesetzes ist, kann nicht die formelle Parteistellung im Prozess massgebend sein. Die in Art. 48 Ziff. 2 OG enthaltene, aus Art. 110 Ziff. 2 BV herübergenommene Beschränkung der Kompetenz des Bundesgerichts erfolgte, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 110 BV klar ergibt, aus materiellen Gründen. Der Gesetzgeber wollte die Beurteilung der Privaten als Belangte den kantonalen Gerichten vorbehalten und nur die Leistungspflicht des Bundes ihrer Kognition entziehen. Der Entwurf der Revisionskommission zur BV von 1848 verwies noch allgemein Streitigkeiten des Bundes mit Privaten vor das Bundesgericht. Die Einschränkung auf Streitigkeiten, in denen der Bund als Beklagter auftritt, erfolgte dann auf Antrag Solothurns mit der ausdrücklichen Begründung, dass Bürger und Korporationen (sc. als Belangte, Art. 59 BV) ihrem ordentlichen Richter nicht entzogen werden dürfen. Danach aber muss massgebend sein, ob der Bund oder der Private im Prozess auf eine Leistung belangt wird. Denn nur wenn auf dieses Kriterium abgestellt wird, bleibt die Garantie des ordentlichen Richters dem Bürger effektiv gewahrt. Es wurde denn auch schon in der Beratung des erwähnten solothurnischen Antrages darauf hingewiesen, dass « durch Advokatenkünste und dergleichen » die Parteirollen leicht verdreht werden können. Vgl. BURCKHARDT 2. Aufl. S. 767.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Aberkennungsprozess. Die Aberkennungsklage aber wird nach gesetzlicher Vorschrift von demjenigen erhoben, der belangt ist und richtet sich gegen denjenigen, der eine Leistung fordert, die Parteirollen sind daher allerdings gegenüber dem tatsächlichen Streitverhältnis vertauscht,

während dagegen die Behauptungspflicht und Beweislastverteilung diesem entsprechend geregelt bleibt, so dass die Aberkennungsklage nur eine Aufforderung an den Gläubiger, seinen Anspruch geltend zu machen, enthält. Wenn daher Art. 110 Ziff. 2 BV und Art. 48 Ziff. 2 OG, wie ausgeführt wurde, auf das materielle Streitverhältnis abstellen, so kann der im Aberkennungsprozess Beklagte nicht Beklagter im Sinne dieser letzteren Bestimmungen sein.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Auf die Klage wird nicht eingetreten.

**16. Beschluss des Bundesgerichtes vom 13. Februar 1920  
über das Berufungsverfahren.**

Das Bundesgericht hat in seiner Sitzung vom 13. Februar 1920 beschlossen, seine mit Beschluss vom 30. November 1918 aufgestellte Praxis, wonach die Parteien berechtigt sind, das schriftliche statt das mündliche Verfahren auch in Berufungsfällen von über 4000 Fr. anzuwenden, bis auf weiteres aufrechtzuerhalten und zwar nach Massgabe der in jenem Beschluss enthaltenen Bestimmungen.

**IV. VERSICHERUNGSVERTRAG**

**CONTRAT D'ASSURANCE**

**17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. Februar 1920  
i. S. Kälin gegen Phönix.**

Art. 41 VVG. Zeitpunkt der Fälligkeit des Ersatzanspruches bei Gebäude-Feuerversicherung mit offener Police, wonach die Schadensermittlung Sachverständigen (Arbitratoren) überlassen ist. Rechtliche Natur des Entscheides der Sachverständigen. Wirkung der Aufhebung desselben durch den Richter unter gleichzeitiger Erhöhung der Schätzung auf die Fälligkeit des Ersatzanspruches. — Art. 102 OR. Unwirksamkeit einer Mahnung, die auf einen höheren als den zur Zeit der Mahnung geschuldeten und fälligen Betrag geht, sofern sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Gläubiger den fälligen Betrag nicht als Teilleistung annehmen würde.

A. — Der Kläger Meinrad Kälin, Briefträger in Einsiedeln, versicherte am 19. August 1915 bei der Beklagten, der französischen Gesellschaft des Phönix, Versicherung gegen Feuerschaden, sein in der Langrüti in Einsiedeln gelegenes Wohnhaus mit Stallung, Schopf und Oekonomiegebäude für die Summe von 21,300 Fr. gegen Feuerschaden. Ueber das Verfahren zur Ermittlung eines allfälligen Brandschadens bestimmen die allgemeinen Versicherungsbedingungen folgendes :

« ... § 13. Wird der Betrag des Schadens nicht durch » freie Vereinbarungen der Parteien bestimmt, so ist » er durch Sachverständige festzustellen. Jede Partei » bezeichnet einen Sachverständigen. Können sich » die beiden Sachverständigen über den Betrag des » Schadens nicht einigen, so bezeichnen sie einen dritten