

sache für die Legitimation zur Berufung, darf in dieser Beziehung der Konkurs der Firma Kugler & Cie. nicht in Betracht gezogen werden. Nach Art. 114 BB besteht das Ziel des Rechtsmittels der Berufung in der Sicherung einheitlicher Anwendung der eidgenössischen Gesetze privatrechtlichen Inhaltes (vergl. NS 33 II S. 32 ff., sowie Revue 21 S. 12 ff.). Danach erschöpft sich die Befugnis des Berufungsrichters grundsätzlich in einer reinen revisio in jure des angefochtenen Urteiles, was die Beschränkung der Kognition auf den dem kantonalen Urteile zu Grunde gelegten Tatbestand bedingt. Auf diesem Boden steht denn auch Art. 57 OG, da sich die letzte kantonale Instanz einer Verletzung des Bundesrechtes nur durch rechtsirrthümliche Würdigung des ihr unterbreiteten Tatsachenmaterials schuldig machen kann. Hiemit in Übereinstimmung enthält das Gesetz in Art. 80 OG das absolute Verbot, vor Bundesgericht neue Tatsachen vorzubringen. Ist aber die Tatsache des über die Firma Kugler & Cie. ausgebrochenen Konkurses nicht mehr zu berücksichtigen, so braucht nicht untersucht zu werden, ob die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach Art. 214 SchRG (Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners usw.) gegeben sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1913 bestätigt.

136. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20./27. Nov. 1913 in Sachen

Konkursmasse der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten,

Kl. u. Hauptber.-Kl.,

gegen **Konkursmasse Müller, Bekl. u. Anschlußber.-Kl.**

Anschlussberufung im Falle objektiver Klagenhäufung auch dann zulässig, wenn sie sich auf einen solchen Anspruch bezieht, der nicht Gegenstand der Hauptberufung ist (Erw. 2).

Inkompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der Abtretung zürcherischer Schuldbriefe (Erw. 3).

Dem Fiduзиантен steht im Konkurse des Fiduзиарs hinsichtlich der diesem zu Eigentum anvertrauten Sachen kein Aussonderungsanspruch zu (Erw. 4 und 5).

A. — Der Direktor der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten, Fritz Müller, hatte in den letzten Jahren vor dem Konkurse der Gewerbekasse eine größere Anzahl Liegenschaften und Wertpapiere (namentlich zürcherische Schuldbriefe) auf seinen eigenen Namen, jedoch, wie die Klägerin behauptet, für Rechnung der Bank und aus deren Mitteln erworben. Nach der Darstellung der Klägerin waren die betreffenden Rechtsgeschäfte nur „aus steuerpolitischen Gründen“ auf den Namen des Müller abgeschlossen worden, welcher somit nur der „Strohmann“ oder „Fiduziar“ der Bank gewesen sei.

Nachdem im Oktober oder November 1910 über den Nachlaß des Müller, der am 19. Oktober durch Selbstmord geendet hatte, und am 6. Dezember 1910 auch über die Allgemeine Gewerbekasse Kloten der Konkurs eröffnet worden war, machte die Konkursverwaltung der Gewerbekasse im Privatkonkurs des Müller an den erwähnten Liegenschaften und Wertpapiere einen „Eigentumsanspruch“ geltend. Die Konkursverwaltung Müller bestritt diesen Anspruch und setzte der Ansprecherin am 30. Mai 1911 im Sinne des Art. 242 SchRG eine mit dem 10. Juni ablaufende Klagfrist, die in der Folge bis zum 25. Juni verlängert wurde. Darauf fand am 24. Juni 1911 die Einreichung der vorliegenden Klage statt, mit dem Rechtsbegehren:

„Es sei die Eigentumsansprüche der Klägerin an nachstehend „verzeichneten Liegenschaften und Wertpapiere als rechtlich begründet zu erklären und demgemäß zu schützen:“ (folgt das Verzeichnis der Liegenschaften, von denen heute nur noch streitig sind die Nummern 1, 16—28, 32 und 45, sowie der Wertpapiere, von denen heute noch streitig sind die Nummern 104, 105 und 110, letztere drei sämtlich zürcherische Schuldbriefe).

Zur Begründung dieser „Eigentumsansprüche“ wurde in der Klage lediglich geltend gemacht, daß die Gewerbekasse die Mittel zur Erwerbung der Liegenschaften und der Wertpapiere geliefert habe, — daß, soweit beim Erwerb der Liegenschaften Hypotheken zu übernehmen waren, solche von der Gewerbekasse übernommen worden seien, — daß die verfallenen Hypothekenzinsen nicht etwa

von Müller, sondern von der Bank bezahlt worden seien, — daß denn auch die in Betracht kommenden Liegenschaften, sowie die meisten der streitigen Wertchriften, in den Büchern der Gesellschaft „ordnungsgemäß verbucht“ worden seien, — daß endlich die von Müller bei Dritten gegen Verpfändung der erwähnten Wertchriften kontrahierten Darlehen nicht etwa auf Rechnung des Müller, sondern „auf Rechnung und zu Lasten der Gewerbekasse“ aufgenommen worden seien, — was alles „ganz unzweideutig“ für das „Eigentum“ der Klägerin spreche.

In der Replik wurde der von der Klägerin erhobene Rechtsanspruch hinsichtlich der Liegenschaften dahin präzisiert, daß zu entscheiden sei, wer „unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse als der wahre Eigentümer zu gelten“ habe. Ergebe sich, daß die streitigen Liegenschaften „materiell als Eigentum der Klägerin“ aufzufassen seien, so komme auf den formellen Eintrag im Grundprotokoll gar nichts an, sondern die Beklagte habe dann „einfach einen den Verhältnissen adäquaten Zustand herzustellen“, d. h. in die Übertragung der Liegenschaften auf die Klägerin einzuwilligen. — Für den Fall, daß der Klägerin wegen der formellen Einträge im Grundprotokoll ein Eigentumsrecht nicht zuerkannt werden sollte, behalte sie sich ausdrücklich vor, bei jeder einzelnen Liegenschaft anzugeben, wieviel die Gewerbekasse dazu aufgewendet habe, und diese Summen alsdann in Form von Forderungsansprüchen geltend zu machen. — Bezüglich der Wertchriften wurde, ebenso wie in der Klage, einfach das „Eigentumsrecht“ beansprucht, hinsichtlich der Schuldbriefe mit der Begründung, daß „bei Schuldbriefen in hunderten von Fällen der Eigentümer mit dem, zu dessen Gunsten der Titel lautet, nicht identisch ist.“

Demgegenüber nahm die Beklagte in Antwort und Duplik den Standpunkt ein, daß das Eigentum sowohl an den Liegenschaften als auch an den Wertchriften sich bei Müller befunden habe, und daß auf das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Müller und der Bank in diesem Prozeß nichts ankomme. Übrigens sei auch ein obligatorischer Anspruch der Gewerbekasse gegen Müller, auf Eigentumsübertragung an sie, die Bank, nicht nachgewiesen.

B. — Durch Urteil vom 14. Juni 1913 erkannte der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich im beschleunigten Verfahren:

„Die Klägerin wird als aussonderungsberechtigt erklärt hinsichtlich der Liegenschaften sub Nr. 1, 16—27, 32, 28 und 45 und „hinsichtlich der Werttitel sub Nr. 104, 105, 110 und 113.“

Aus der Begründung dieses Urteils ist hervorzuheben:

a) in Bezug auf die Liegenschaften:

Alle seien auf den Namen des Müller im Grundprotokoll eingetragen. Die Klägerin könne somit „eine Eigentumsansprache an den streitigen Liegenschaften nicht geltend machen“, da die Allgemeine Gewerbekasse Kloten mangels Zufertigung der Liegenschaften auf sie „nie Eigentümerin derselben geworden“ sei. Es stehe aber nichts entgegen, „die gestellte Klage als Rechtsbegehren des Inhaltes aufzufassen, daß die Klägerin hinsichtlich der Liegenschaften aussonderungsberechtigt sei.“ Eine solche Klage, mit der ein bloß obligatorischer Aussonderungsanspruch verfolgt werde, sei gleich zu behandeln, wie die eigentliche vindikationsklage, und es komme für sie, wie für letztere, das Verfahren nach Art. 242 SchRG zur Anwendung. Die Frage nun, ob der Klägerin ein Aussonderungsanspruch hinsichtlich der streitigen Liegenschaften zustehe, sei zu bejahen, falls sich die klägerische Darstellung als richtig erweise, wonach Müller die Liegenschaften für die Allgemeine Gewerbekasse Kloten erworben, diese die Mittel zum Ankauf gegeben, die Lasten getragen und den Nutzen gezogen habe, und die Zufertigung nur aus Steuerrücksichten auf Müller, als vorgeschobenen Strohmann, erfolgt sei; denn alsdann habe bei Müller „nur das formale Eigentum“ gestanden, während die Liegenschaften „materiellwirtschaftlich zum Vermögen der Gewerbekasse gehörten“; auf deren Verlangen wäre Müller gemäß bestehendem Treuhandverhältnis zur Zufertigung an sie verpflichtet gewesen, und er hätte sich nicht auf den notariellen Eintrag zu seinen Gunsten berufen können; ebensowenig seien aber hiezu die Konkursgläubiger berechtigt, denen es nicht zustehe, bessere Rechte als der Kridar geltend zu machen. — Ein Treuhandverhältnis zwischen der Gewerbekasse und Müller habe nun in der Tat bezüglich der Liegenschaften Nr. 1, 16—28, 32 und 45 bestanden (wird näher ausgeführt). Der Aussonderungsanspruch sei daher hinsichtlich der erwähnten Liegenschaften gutzuheißen.

b) in Bezug auf die Wertchriften:

Die Nummern 104, 105, 110 und 113 (sämtlich zürcherische Schuldbriefe) seien in den Büchern der Gewerbekasse als Vermögensstücke der Bank eingetragen, und die betreffenden Einträge seien durchaus unverdächtig, da die ganze Buchführung der Gewerbekasse Kloten zwar zahlreiche Unrichtigkeiten zu Gunsten, jedoch keine einzige Unrichtigkeit zu Ungunsten Müllers aufweise. Dem unverdächtigten Bucheintrag könne aber keine andere Bedeutung beigemessen werden, als, daß Müller vom Zeitpunkte des Eintrages an den Besitz an den Titeln als Vertreter der Gewerbekasse ausüben wollte, so daß also die Kasse durch Abtretung seitens des Müller Eigentümerin der Schuldbriefe und Gläubigerin der betreffenden Hypothekarforderungen geworden sei.

C. — Durch Urteil vom 18. Oktober 1913 hat die Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts in teilweiser Gutheißung eines von der Beklagten gegen den erstinstanzlichen Entscheid gerichteten Rekurses (der sich jedoch nur auf die Nummern 1, 16—28, 32, 45, 104, 105 und 110, nicht auch auf Nr. 113 bezog), erkannt:

Die Eigentumsansprache der Klägerin an den Werttiteln „Nr. 104, 105, 110 und 113 ist begründet, im übrigen wird die Klage, soweit sie zweitinstanzlich noch im Streite war, abgewiesen.“

Die Begründung dieses Urteils läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

a) in prozessualer Beziehung: Wenn die I. Instanz „an Stelle der Anerkennung des bestehenden Eigentumsrechtes“ einen „obligatorischen Aussonderungsanspruch auf Übertragung des Eigentums an den streitigen Liegenschaften“ zugesprochen habe, so habe sie sich dadurch nicht gegen die Verhandlungsmaxime vergangen.

b) materiell, speziell bezüglich der Liegenschaften: Ein obligatorisches Aussonderungsrecht, wie das von der Klägerin geltend gemachte, sei im Konkurs des Fiduziars nicht anzuerkennen. Der Treuhandvertrag bewirke nicht, daß der Fiduziant im internen Verhältnis zwischen ihm und dem Fiduziar „Eigentümer“ der „äußerlich“ im Eigentum des Fiduziars stehenden Sache sei, sondern es handle sich lediglich um obligatorische Rechtsbeziehungen zwischen Fiduziant und Fiduziar. Auf Grund obligatorischer Beziehungen

könne aber ein konkursrechtliches Aussonderungsrecht nicht beansprucht werden. Die Ausnahmebestimmung des Art. 401 Abs. 3 OR neuer Fassung sei nicht extensiv zu interpretieren. — Bei dieser Beantwortung der prinzipiellen Frage sei die Klage bezüglich der Liegenschaften gänzlich abzuweisen, und es brauche daher auf die Frage, ob wirklich die Liegenschaften dem Müller „nur als Strohmännchen zugefertigt“ und die Geschäfte auf Rechnung der Gewerbekasse abgeschlossen waren, in dieser Hinsicht nicht eingetreten zu werden.

c) speziell bezüglich der Schuldbriefe: Müller habe die Schuldbriefe in der Tat als Vertreter der Gewerbekasse innegehabt, und die Gewerbekasse sei somit deren Eigentümerin geworden.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Die Beklagte hat sich dieser Berufung anzuschließen erklärt, mit dem Antrag, es sei „die Eigentumsansprache der Klägerin auch bezüglich der noch streitigen Werttitel Nr. 104, 105 und 110 abzuweisen.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach dem „Rechtsbegehren“ der Klägerin vor I. Instanz und auch nach der von beiden kantonalen Instanzen an die Spitze des Urteils gestellten „Streitfrage“ scheint es sich bei den von der Klägerin zu „Eigentum“ beanspruchten Liegenschaften, ebenso wie bei den Schuldbriefen, um einen eigentlichen Vindikationsstreit zu handeln. Wäre dies wirklich der Fall, so müßte das Eintreten auf die Berufung gemäß Art. 1 und 2, sowie Art. 17 Abs. 1 Schl. ZGB abgelehnt werden, weil sämtliche für die Frage des Eigentumsübergangs in Betracht kommenden Tatsachen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1912 stammen und übrigens auch die Anhängigmachung des Rechtsstreites vor diesem Datum stattgefunden hat, für den Eigentumsübergang an Liegenschaften aber, von Art. 44 Expr.-Ges. abgesehen, bis zum Inkrafttreten des ZGB ausschließlich kantonales Recht galt. Indessen hat schon die I. Instanz, nachdem sie der Klägerin das „Eigentum“, bezw. das „notarielle Eigentum“ abgesprochen hatte, erklärt, es stehe „nichts entgegen“, die vorliegende Klage als Rechtsbegehren des Inhaltes

aufzufassen, daß die Klägerin hinsichtlich der Liegenschaften aussonderungsberechtigt sei, d. h. im Konkurse des Müller einen „obligatorischen Aussonderungsanspruch“ besitze; und es ist dann auch, sowohl erst- als zweitinstanzlich, über diesen obligatorischen Aussonderungsanspruch, den die Klägerin vor II. Instanz und auch vor Bundesgericht allein noch aufrecht erhalten hat, geurteilt worden. Ob dies prozessualisch zulässig war, hat das Bundesgericht nicht zu überprüfen; es genügt vielmehr, daß tatsächlich ein kantonales Urteil über jenen, aus einem obligatorischen Rechtsverhältnis abgeleiteten Aussonderungsanspruch vorliegt, und daß die Frage nach der Existenz eines solchen Anspruchs — im Gegensatz zu derjenigen nach der Existenz des ursprünglich von der Klägerin beanspruchten Immobiliareigentums, und vorbehaltlich allfälliger vom kantonalen Recht beherrschter Unterfragen, die gegebenenfalls zu einer Rückweisung an die Vorinstanz führen müßten — dem eidgenössischen Konkursrechte untersteht.

Auf die Hauptberufung ist somit einzutreten.

2. — Bei der Anschlußberufung fragt es sich vor allem, ob ihrer Behandlung nicht der Umstand entgegensteht, daß sie einen Anspruch betrifft, bezüglich dessen keine Hauptberufung vorliegt: denn der dingliche Aussonderungsanspruch der Klägerin an den Werttiteln, auf den sich die Anschlußberufung bezieht, ist mit dem obligatorischen Aussonderungsanspruch, den die Klägerin in Bezug auf die Liegenschaften erhebt und der allein den Gegenstand der Hauptberufung bildet, lediglich durch das prozessuale Mittel der objektiven Klagenhäufung verbunden, im übrigen aber von ihm durchaus verschieden.

Bei der subjektiven Klagenhäufung hat das Bundesgericht in konstanter Praxis (vergl. US 24 II S. 291; 29 II S. 27 f.) das Recht der Anschlußberufung nur demjenigen von mehreren Streitgenossen zuerkannt, gegenüber welchem Berufungsanträge vorliegen, und es ist hievon auch in Bezug auf eng zusammenhängende Streitpunkte keine Ausnahme gemacht worden. Bei der objektiven Klagenhäufung ist jedoch der Standpunkt des O G ein anderer. Deutet schon der Wortlaut des Art. 70 darauf hin, daß hier dem Berufungsbeklagten, ebenso wie in Art. 67 Abs. 2 dem Berufungskläger, ein Recht auf Einreichung von „Ab-

änderungsanträgen“ in Bezug auf irgend einen ihm ungünstigen Teil des kantonalen Urteils eingeräumt worden wollte, so ergibt sich dies namentlich auch aus der Stellung des Bundesgesetzgebers, bezw. des Bundesgerichts, zum kantonalen Prozeßrecht. Das ganze O G ist von dem Gedanken beherrscht, daß der eidgenössische Richter die durch das Verfahren vor den kantonalen Gerichten geschaffene prozessuale Situation, und infolgedessen auch das den Gegenstand der Berufung bildende kantonale Urteil hinsichtlich seiner prozessualen Grundlage, als etwas Gegebenes zu betrachten habe, auf dessen Entstehungsgeschichte (immer natürlich nur in prozessualer Beziehung) nicht mehr zurückzukommen sei. Auf dieser Erwägung beruhen schon die Bestimmungen über die Berechnung des Streitwertes. Zwar ist für den Fall des Vorliegens von Klage und Widerklage die Zusammenrechnung der bezüglichlichen Streitwerte in Art. 60 Abs. 2, unter Vorbehalt der in Abs. 3 geregelten Ausnahme, ausdrücklich ausgeschlossen worden. Allein für den Fall der Klagenkumulation, und zwar sowohl der objektiven als der subjektiven, ist in Art. 60 Abs. 1 die Zusammenrechnung (sofern nicht etwa nur eine Alternativ- oder Eventualverbindung einander „ausschließender“ Ansprüche vorliegt) im Gegenteil ausdrücklich gestattet worden, d. h. es wollte, im Gegensatz zu Hafners Entwurf (vergl. dessen Motive, auf S. 105 unten und 106 oben), jede Untersuchung darüber, ob es sich um mehrere nur äußerlich zusammengefügte Klagen, oder aber um eine Klage mit mehreren Klageposten handle, ausgeschlossen, und einfach darauf abgestellt werden, daß nur ein einziges kantonales Urteil vorliege. Dieser Gesichtspunkt führt konsequenterweise dazu, auch bei der Frage der Zulässigkeit der Anschlußberufung ein jedes kantonales Urteil, selbst wenn es sich auf mehrere Klagansprüche bezieht, insoweit nicht etwa eine subjektive Klagenhäufung vorliegt, als ein einheitliches Ganzes zu betrachten und also — wie dies schon bisher stillschweigend geschehen ist, ohne daß freilich die Frage ex professo entschieden worden wäre — die Anschlußberufung gegenüber jedem Urteil zuzulassen, gegen welches bereits eine Hauptberufung vorliegt, — vorausgesetzt immerhin, daß die Hauptberufung sich gegen denjenigen Kläger oder Beklagten richtet, der das Recht der Anschlußberufung be-

anspricht, und nicht etwa nur gegen dessen Streitgenossen. Im letztern Falle (wenn die Hauptberufung sich nur gegen einen Streitgenossen des Anschlußberufungsklägers richtet) ist dagegen an der Unzulässigkeit der Anschlußberufung festzuhalten, weil Art. 70 OG das Recht der Anschlußberufung ausdrücklich nur dem „Berufungsbeklagten“ gibt, und weil schon begrifflich die Anschlußberufung, als Gegenangriff, nur von einem Angegriffenen ausgehen kann.

Dabei soll immerhin die Frage offen bleiben, ob beim Vorliegen einer Haupt- und einer Widerklage die Anschlußberufung auch dann zulässig sei, wenn sie sich nur auf die Haupt- oder nur auf die Widerklage bezieht, während die Hauptberufung ihrerseits nur die Widerklage, bezw. nur die Hauptklage zum Gegenstand hat.

3. — Steht somit der Behandlung der Anschlußberufung im vorliegenden Falle der Umstand nicht entgegen, daß sie sich auf einen andern Klaganspruch bezieht als die Hauptberufung, so kann dagegen auf sie deshalb nicht eingetreten werden, weil sie ausschließlich eine Frage des kantonalen Rechts zum Gegenstand hat. Die Klägerin macht bezüglich der streitigen Schuldbriefe nicht etwa, wie bei den Liegenschaften (vergl. oben Erw. 1), einen obligatorischen Aussonderungsanspruch geltend, sondern sie vindiziert sie als ihr Eigentum, d. h. sie behauptet, infolge von Abtretungen seitens des Müller schon zu dessen Lebzeiten, also vor dem 1. Januar 1912, Gläubigerin der betreffenden Hypothekarforderungen geworden zu sein. Für die Abtretung grundversicherter Forderungen aber galt bis zum Inkrafttreten des ZGB nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 198 OR ausschließlich das kantonale Recht. Eine Ausnahme griff nach feststehender Praxis (vergl. BGE 19 S. 553, sowie Urteil des Bundesgerichts vom 24. September 1913 i. S. Hensler gegen Thurg. Kantonalbank) nur hinsichtlich der durch „reine, vollkommene Inhaberpapiere“ verkörpertten Hypothekarforderungen Platz. Der zürcherische Schuldbrief qualifizierte sich nun aber nach einer ausdrücklichen Bestimmung des zürcherischen Privatrechts (§ 391; vergl. auch BGE 35 II S. 439 f. Erw. 1 und S. 709 Erw. 2; ferner die Urteile vom 26. Juni 1909 i. S. Walgi gegen Meier & Cie. und vom 2. Juli 1910 i. S. Laufer & Franceschetti gegen Meyer; sowie

Blätter f. zürch. Rechtsprechung 1 Nr. 107 und 7 S. 67 oben rechts) nicht als ein reines Inhaberpapier. Wenn daher in § 388 die „Grundsätze, welche von der Veräußerung und Verpfändung der beweglichen Sachen gelten,“ — also die Art. 199 ff. und 201 ff. OR, die im Jahre 1883 an die Stelle der §§ 646 ff. und 854 ff. des damaligen Privatrechts. Gesetzbuches getreten waren — auch auf die Veräußerung und Verpfändung der Schuldbriefe anwendbar erklärt wurden, so handelte es sich dabei, ebenso wie z. B. bei § 414, lediglich um eine analoge Anwendung des eidgenössischen Rechts, bezw. um dessen Anwendung als subsidiären kantonalen Rechts im Sinne des § 1089, d. h. es verhielt sich damit gleich, wie mit der auch in andern Kantonen vorgesehenen subsidiären Anwendbarkeit der Art. 229 ff. OR auf den Liegenschafts Kauf.

Der Entscheid der Vorinstanz über den von der Klägerin an den Schuldbriefen geltend gemachten Eigentumsanspruch entzieht sich somit der Überprüfung des Bundesgerichts, und es kann daher aus diesem Grunde auf die Anschlußberufung nicht eingetreten werden.

4. — Der hienach allein noch der Beurteilung des Bundesgerichts unterliegende Aussonderungsanspruch hinsichtlich der Liegenschaften, der den Gegenstand der Hauptberufung bildet, wird von der Klägerin auf ein sogen. fiduziarisches oder Treuhandverhältnis gestützt, das zwischen der Gewerbekasse und deren Direktor Müller bestanden habe. Kraft dieses Treuhandverhältnisses sollen die streitigen Liegenschaften, — weil „im internen Verhältnis zwischen Fiduziantin und Fiduziar“, bezw. „vom wirtschaftlichen Standpunkte aus“ das Eigentum nicht dem Müller, sondern der Gewerbekasse zugestanden habe — prinzipiell überhaupt keinen Bestandteil der Konkursmasse im Sinne des Art. 197 SchRG bilden; eventuell aber soll sich das Aussonderungsrecht — ebenfalls auf Grund des erwähnten Treuhandverhältnisses — aus einer analogen Anwendung der Art. 201 bis 203 SchRG und 399 OR alter Fassung ergeben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Bundesgericht überhaupt zur Auslegung des in Frage stehenden Treuhandvertrages kompetent sei, oder ob dieser nicht vielmehr, als Nebenabrede zu Liegenschaftskäufen, ausschließlich dem kantonalen Recht unterstehe. Denn auf

alle Fälle müßte die Auffassung der Klägerin, wonach „im internen Verhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar“ nicht diesem, sondern jenem das Eigentum an der anvertrauten Sache zusteht, das Eigentum also gewissermaßen in ein solches „nach außen“ und ein solches „nach innen“ zerfällt (vergl. E. Jaeger, Anm. III zu § 43 der deutschen RD, und im Anschluß an ihn: Stauffacher, Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Fiduziars, S. 22 ff.), — aus den bereits in einem frühern Urteil des Bundesgerichts angegebenen Gründen (vergl. BGE 31 II S. 109 Erw. 3, Hellmann, Konkursrecht S. 156 ff., und Neby, in Ztschr. f. schw. R. 31 S. 204 ff.) abgelehnt werden; desgleichen aber auch die, davon eigentlich nur durch die Formulierung verschiedene Konstruktion, die darauf abstellt, daß die dem Fiduziar anvertraute Sache „wirtschaftlich“ nicht zu dessen Vermögen gehöre, sondern sich im „wirtschaftlichen Eigentum“ des Fiduzianten befinde (vergl. Reichsger. 45 S. 84 ff. und Bl. f. zürch. R. 5 Nr. 184 Erw. 7). Allerdings spielen in andern Gebieten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes auch wirtschaftliche Begriffe eine Rolle: so bei der Interpretation des Ausdruckes „Nutznießungen“ in Art. 93 (vergl. dazu Jaeger, Anm. 2 zu Art. 93), oder des Ausdruckes „Pfandrecht“ in Art. 187 Ziff. 1 (vergl. Praxis II S. 127*), oder der Ausdrücke Pfandgläubiger und Pfand in Art. 311 (vergl. Urteil vom 22. Oktober 1913 i. S. Volkart gegen Bucher und Gen., Erw. 4**), oder bei der Behandlung des Eigentumsvorbehaltes im Pfändungsverfahren (vergl. Kreis Schreiben des Bundesgerichts vom 31. März 1911, bei Jaeger, Anhang VIII Nr. 29 BG, und BGE 37 I Nr. 35, Sep.-Ausg. 14 Nr. 15). Allein bei der Abgrenzung des dem Art. 197 zu Grunde liegenden Vermögensbegriffes bedarf es eines scharfen und objektiven Kriteriums; ein solches aber kann, soweit körperliche Sachen in Betracht kommen, nur dadurch gewonnen werden, daß auf den absoluten Begriff des Eigentums, im eigentlichen („juristischen“) Sinne des Wortes, abgestellt wird.

Das von der Klägerin beanspruchte Aussonderungsrecht läßt sich somit nicht damit begründen, daß die streitigen Diegenchaften

im „internen Verhältnis“ zwischen der Gewerbekasse und Müller, bezw. vom „wirtschaftlichen Standpunkte aus“ nicht dem Müller, sondern der Gewerbekasse „gehören“, und daß sie deshalb überhaupt kein Bestandteil der Konkursmasse im Sinne des Art. 197 SchRG seien.

5. — Bei der Beantwortung der weitem Frage, ob sich das streitige Aussonderungsrecht aus einer analogen Anwendung der Art. 201 bis 203 SchRG und 399 OR alter Fassung ergebe, ist von dem obersten Grundsatz nicht nur des schweizerischen SchRG, sondern überhaupt allen Konkursrechtes auszugehen, wonach das Vermögen des Gemeinschuldners zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger pro rata ihrer Forderungen verwendet werden soll. Danach kann, von Spezialbestimmungen abgesehen, kein Gläubiger die Aussonderung eines ihm geschuldeten Vermögenswertes oder Vermögensobjektes verlangen; vielmehr ist nur derjenige aussonderungsberechtigt, der sich auf ein dingliches Recht berufen kann. Daß dieses Prinzip nicht nur für solche Forderungen gilt, deren Gegenstand in Geld oder andern vertretbaren Sachen besteht; sondern daß auch die Forderungen auf Übertragung des Eigentums an konkreten Vermögensobjekten, wie übrigens auch die auf ein zum gerichteten Forderungen, davon betroffen werden, ergibt sich u. a. aus dem ebenfalls allgemein geltenden Grundsatz über die Umwandlung der nicht auf einen Geldbetrag gerichteten Forderungen in Geldforderungen. War also ein Gemeinschuldner „fiduziarisch“ verpflichtet, eine in seinem Eigentum stehende Sache zur Verfügung eines Dritten zu halten, so muß sich dieser Dritte im Konkursfall sowohl die Umwandlung seiner bezüglichlichen Forderung in eine Geldforderung, als auch die Anweisung auf die Konkursdividende gefallen lassen.

Zu Unrecht macht die Klägerin (in Anlehnung an Bl. f. zürch. Rechtsprechung 5 Nr. 184 Erw. 5 und 6; vergl. auch das bereits zitierte Urteil des deutschen Reichsger. 45 S. 84) demgegenüber geltend, die Konkursmasse könne doch nicht mehr Rechte beanspruchen, als der Gemeinschuldner selbst; sei also dieser nicht berechtigt gewesen, eine bestimmte Sache für sich zu behalten, so sei es auch die Konkursmasse nicht, sondern es könne dann die Aussonderung dieser Sache verlangt werden. Ganz abgesehen von den durch positive

* AS Ges.-Ausg. 38 II S. 727 f. Erw. 2, Sep.-Ausg. 15 Nr. 104 S. 474 ff. — ** Id. Ges.-Ausg. 39 II S. 663, Sep.-Ausg. 16 Nr. 77.

Gesetzesbestimmungen vorgesehenen Fällen, in denen der Konkurs eine Erweiterung der Gläubigerrechte zur Folge hat (vergl. z. B. die Art. 208, 210, 216 und 217), ist es ein grundsätzlich unrichtiger Standpunkt, daß die Konkursmasse nicht mehr Rechte beanspruchen könne, als der Gemeinschuldner selbst. Ebenso wie der Fiduziar durch Veräußerung der ihm zu Eigentum anvertrauten Sache (also auch abgesehen von Art. 205 aOR = Art. 714 Abs. 2 ZGB) einen Dritten zum Eigentümer dieser Sache machen kann, wobei dem Fiduzianten nur der obligatorische Ersatzanspruch gegen den Fiduziar verbleibt, — ebenso begründet der Fiduziar dadurch, daß er es zum Konkurs kommen läßt, selbständige Beschlagsrechte der Konkursgläubiger. Diese (die Konkursgläubiger) qualifizieren sich nicht etwa, wie oft angenommen wird, als die „Rechtsnachfolger“ des Gemeinschuldners, sondern es kommt ihnen, wie das z. B. in Art. 184 Abs. 2 OR alter Fassung ausdrücklich anerkannt war, im Verhältnis zum Gemeinschuldner und den Personen, die mit ihm in Rechtsbeziehungen standen, die Eigenschaft von Drittpersonen zu. Als solche können sie — und hierin liegt das Wesen des Beschlagsrechtes — grundsätzlich und soweit es zu ihrer Deckung erforderlich ist, den vollen Wert der Aktiven des Gemeinschuldners realisieren, während sie für dessen Passiven nur soweit einzustehen brauchen, als die vorhandenen Aktiven dazu ausreichen. Infolgedessen ist es allerdings möglich, daß die Konkursmasse, wenn sie eine Sache behält, die der Gemeinschuldner in das Eigentum einer bestimmten andern Person überzuführen oder zurückzuübertragen verpflichtet war, sich „bereichert“, d. h. daß infolge des vom Gemeinschuldner mit jener andern Person abgeschlossenen Rechtsgeschäfts eine etwas höhere Konkursdividende erzielt wird, als es sonst der Fall gewesen wäre. Allein dies ist ebensowenig ein Grund zur Gewährung eines gesetzlich nicht vorgesehenen Aussonderungsrechtes, wie die im Falle des Art. 212 möglicherweise eintretende „Bereicherung“ der Konkursmasse (vergl. darüber BGE 25 II S. 446). Vielmehr handelt es sich dabei um eine notwendige und unvermeidliche Folge des Grundsatzes, daß alle diejenigen, die dem Gemeinschuldner in irgend einer Weise ohne Spezialdeckung Kredit gewährt haben, nur eine verhältnismäßige Befriedigung für ihre Forderungen beanspruchen können, während anderseits das-

jenige, was sie dem Gemeinschuldner anvertraut haben, eben zur verhältnismäßigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger dienen muß.

Inwieweit dieser Grundsatz im Anwendungsgebiet der deutschen KO, welche in § 43 ganz allgemein obligatorische Aussonderungsrechte auf Grund „außerhalb des Konkursverfahrens geltender Gesetze“ anerkennt, noch zur praktischen Geltung gelangen kann, braucht hier nicht untersucht zu werden. Denn das schweizerische Recht enthält keine dem § 43 entsprechende Bestimmung, sondern es werden die obligatorischen Aussonderungsansprüche, die der Gesetzgeber anerkannt wissen will, als Ausnahmen von dem Grundsatz des Art. 197, bezw. des Art. 211, einzeln aufgezählt, nämlich in den Art. 201 bis 203 SchRG, 399 bezw. 401, sowie 431 bezw. 425 Abs. 2 OR, und 79 Abs. 2 sowie 80 Versch.Vertr.Ges. (vergl. darüber Jaeger, Anm. 4 B und C zu Art. 197). Gerade durch diese Ausnahmen wird aber wiederum die Regel bestätigt. Es geht daher nicht an und ist von den Kommentatoren des SchRG (vergl. Jaeger, Anm. 4 zu Art. 197 und Anm. 3 zu Art. 201, Weber-Brüstlein-Reichel, Anm. 8 zu Art. 201) mit Recht abgelehnt worden, in extensiver Interpretation der erwähnten Ausnahmebestimmungen ganz allgemein dem „Fiduzianten“ einen Aussonderungsanspruch an der dem „Fiduziar“ zu Eigentum anvertrauten Sache zu gewähren. Was speziell den Art. 399 OR alter Fassung betrifft, so ist es nicht richtig, wenn in dem bereits zitierten Entscheide in Bl. f. zürch. Rechtspr. 5 Nr. 184, Erw. 6, die Ansicht vertreten wurde, es sei hier nur deshalb bloß von Forderungen und beweglichen Sachen die Rede, weil „das OR über den Erwerb von Liegenschaften nicht legiferiert“. Abgesehen davon, daß es von diesem Standpunkte aus unerklärlich wäre, warum auch in Art. 401 OR neuer Fassung die Liegenschaften nicht erwähnt sind, ist in grundsätzlicher Beziehung zu betonen, daß schon Art. 399 OR alter Fassung eine konkursrechtliche Bestimmung war, und daß deshalb sehr wohl auch die vom Mandatar für Rechnung des Mandanten erworbenen Liegenschaften hätten erwähnt werden können, wenn es wirklich die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, dem Mandanten in Bezug auf sie ebenfalls ein Aussonderungsrecht zu gewähren.

Im übrigen besteht der gesetzgeberische Gedanke, auf welchem die

Art. 201 bis 203 SchRG, sowie 399 bezw. 401 OR beruhen, nicht etwa darin, daß allgemein diejenigen Gläubiger aussonderungsberechtigt seien, die dem Gemeinschuldner gegenüber ein obligatorisches Recht auf Herausgabe oder Restitution einer bestimmten Sache oder Forderung (ein sog. *jus ad rem*) besitzen, sondern es wollten lediglich diejenigen Personen privilegiert werden, die entweder ohne ihr eigenes Zutun, oder aber nur ganz vorübergehend in ein obligatorisches Rechtsverhältnis zum Gemeinschuldner getreten sind. Dies pflegt in der Tat bei der Erteilung eines Auftrags zum Erwerb von Forderungen oder beweglichen Sachen, sowie in den Fällen der Art. 201—203 SchRG der Fall zu sein, während es sich bei der Erteilung des Auftrags zum Ankauf von Liegenschaften, wenn der Ankauf, wie im vorliegenden Fall auf den Namen des Mandatars bezw. Fiduziars erfolgen soll, im Gegenteil meist um ein nicht nur wohlbedachtes, sondern auch auf die Dauer angelegtes Rechtsverhältnis handelt. Dabei rechnet der Fiduziant von vornherein mit der Möglichkeit eines Mißbrauchs der dem Fiduziar eingeräumten Befugnisse; er nimmt aber dieses Risiko in den Kauf, weil er es als gering erachtet und es für ihn durch die wirklichen oder vermeintlichen Vorteile der Kombination mehr als aufgewogen wird. Ebenso nun, wie er das Risiko eines Vertrauensmißbrauchs übernimmt, muß er gegebenenfalls auch die sonstigen nachteiligen Wirkungen der von ihm zur Erreichung seines wirtschaftlichen Zweckes gewählten Rechtsform über sich ergehen lassen, also insbesondere im Konkurs des Fiduziars mit einer bloßen Konkursforderung vorlieb nehmen.

Von dieser Konsequenz abzugehen, wäre im vorliegenden Falle auch vom Standpunkte der Billigkeit um so weniger Anlaß vorhanden, als zugestandenermaßen der Grund, warum die streitigen Liegenschaften auf den Namen des Müller, statt auf denjenigen der Gewerbekasse erworben wurden, in der dadurch bezweckten Steuerhinterziehung lag. Nachdem die Gewerbekasse dank der Form, in welche sie den Erwerb der Liegenschaften einzufleiden für gut befand, den angeführten Zweck erreicht hat, erscheint es nichts weniger als unbillig, aus ihrem Vorgehen auch in konkursrechtlicher Beziehung alle erforderlichen Konsequenzen zu ziehen.

Indessen hätte — nach den vorstehenden, grundsätzlichen Er-

wägungen — der von der Klägerin erhobene Aussonderungsanspruch auch dann abgewiesen werden müssen, wenn es sich um ein zu loyalen Zwecken eingegangenes fiduziarisches Verhältnis gehandelt hätte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Auf die Anschlußberufung wird nicht eingetreten.
2. Die Hauptberufung wird abgewiesen und es hat daher in allen Teilen bei dem Urteil der Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 1913 sein Bewenden.