

10 décembre 1915 par la Cour de Justice civile du canton de Genève est annulé et la cause renvoyée à l'instance cantonale pour statuer à nouveau dans le sens des considérants ci-dessus.

18. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. April 1916

i. S. Lattmann, Kläger,

gegen Konkursmasse Bommer, Beklagte.

Art. 3 und 17 Abs. 2 Schl T ZGB; ob einer Sache Pertinenzqualität zukomme, beurteilt sich auch dann nach den Bestimmungen des neuen Rechtes, wenn die wirtschaftlichen und räumlichen Beziehungen zur Hauptsache, sowie der « klare Wille » des Eigentümers gemäss Art. 644 Abs. 2 ZGB schon vor dem 1. Januar 1912 bestanden haben. — Art. 644 Abs. 2 ZGB; Begriff der Zugehör.

A. — Durch Vertrag vom 6. April 1909 verkaufte der Kläger dem Karl Bommer-Jans seine an der Hitzlibergstrasse 3 in Luzern befindliche Liegenschaft Pension Villa Maria nebst dem gesamten Hotelmobiliar für 280,000 Fr. Für den nicht durch Uebernahme von Hypotheken getilgten Kaufpreis wurden zu Gunsten des Klägers für 75,000 Fr. neue Gülten und ein Zahlungsbrief von 45,000 Fr. auf den gekauften Objekten errichtet. Ziffer 2 des Kaufvertrages bestimmte: « In den Kauf wird gegeben und ist im Kaufpreise inbegriffen das gesamte Mobiliar, worüber unterm 6. April 1909 von den Kontrahenten ein spezifiziertes Verzeichnis aufgenommen und beidseitig unterzeichnet worden ist. Sollten bei Aufnahme dieses Inventars Objekte, welche bereits vom Verkäufer in seinem Pensionsbetrieb verwendet worden sind, übergegangen worden sein, so ist der Verkäufer verpflichtet, solche Gegenstände dem Käufer ohne weitere Entschädigung auszuhändigen. Die Kaufmitgaben sind geschätzt auf 50,000 Fr. ». Ziffer 3

des Vertrages bestimmt: « Das Mobiliar in seiner Gesamtheit darf, solange der Zahlungsbrief nicht ganz abbezahlt ist, vom Käufer weder verkauft noch verpfändet, noch sonst wieder veräussert werden. » Der Kaufbrief mit sämtlichen Kaufsbedingungen wurde ans Hypothekar- und Fertigungsprotokoll der Gemeinde Luzern gestellt und dem Kläger als Verkäufer ein in allen Teilen mit dem Kaufbrief übereinstimmender Zahlungsbrief vom 14. April 1909 als Hypothekartitel ausgehändigt.

Am 29. Januar 1915 brach über Bommer der Konkurs aus, in welchem der Kläger seine grundpfandversicherten Forderungen von 75,000 Fr. Gülten und 33,000 Fr. Rest des Zahlungsbriefes anmeldete und sein Pfandrecht nicht nur an der Liegenschaft, sondern auch an dem ganzen Hotelmobiliar als Zugehör zur Liegenschaft geltend machte. Die Konkursverwaltung liess die Hypothekarforderungen des Klägers zu; dagegen wies sie das geltend gemachte Hypothekarpfandrecht und den Anspruch auf das gesamte Mobiliar als Zugehör zur Liegenschaft « weil ungesetzlich und nicht zulässig » ab.

Hierauf leitete der Kläger am 4. Mai 1915 die vorliegende Klage ein, mit den Anträgen, die Beklagte habe anzuerkennen, dass sich die Grundpfandrechte des Klägers an der Villa Maria in Luzern auf das gesamte Hotelmobiliar als Zugehör zur Liegenschaft erstrecken; eventuell sei festzustellen, dass das Hotelmobiliar in seiner Gesamtheit nicht veräussert werden dürfe, bevor der Zahlungsbrief des Klägers abbezahlt sei. Zur Begründung der Klage macht der Kläger geltend, durch das Verbot der Veräusserung des Mobiliars bis zur Abzahlung des Zahlungsbriefes seien die Bedingungen geschaffen worden, um unter dem neuen Rechte das Mobiliar als Zugehör betrachten zu können. Die Anwendung des neuen Rechtes auf den schon im Jahre 1909 geschaffenen Tatbestand ergebe sich einmal aus Art. 4 Schl T ZGB; sodann seien auch die Voraussetzungen des Art. 805 Abs. 2 ZGB gegeben. Die Wirkung

der Eintragung des Kaufvertrages mit der darin enthaltenen Klausel über das Mobiliar beurteile sich angesichts des Fortwirkens des Vertrages unter dem neuen Rechte nach dem ZGB und es ersetze dieser Eintrag die Anerkennung im Grundbuch. Eventuell dürfe auch im Konkurs das Mobiliar nicht in einer das vertragliche Verbot verletzenden Weise veräussert werden. — Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie machte geltend, dass altes Recht zur Anwendung komme; eventuell bestritt sie, dass die Voraussetzungen des Art. 805 Abs. 2 ZGB gegeben seien, wonach bei der Verpfändung die betreffenden Objekte ausdrücklich angeführt und im Grundbuch angemerkt werden müssen. Von der Gutheissung des Rechtsbegehrens 2 könne keine Rede sein, da die Bestimmung der Ziffer 3 des Vertrages nur obligatorischer Natur und daher mit dem Ausbruch des Konkurses ohne weiteres dahin gefallen sei. Schliesslich habe der Kläger seit Eröffnung des Konkurses über den Gemeinschuldner dadurch auf jedes Sonderrecht an dem Inventar verzichtet, dass er das an der ersten Gläubigerversammlung eröffnete Güterverzeichnis, welches das Mobiliar ausdrücklich als Bestandteil der fahrenden Habe anführe, nicht angefochten habe, trotzdem das Verzeichnis noch während zehn Tagen auf dem Konkursamte zur Einsicht aufgelegt und der Kläger davon auch tatsächlich Einsicht genommen habe. Damit habe der Kläger die Richtigkeit des Inventars und die Zulässigkeit der Verwertung des darin enthaltenen Mobiliars zu Gunsten der laufenden Gläubiger stillschweigend anerkannt.

B. — Durch Urteil vom 11. Januar 1916 hat das Obergericht des Kantons Luzern die Klage abgewiesen. Es beurteilte die Frage, ob dem streitigen Hotelmobiliar Zugehöreigenschaft zukomme, nach dem neuen Recht und verneinte sie, weil weder ein Ortsgebrauch in Luzern bestehe, wonach Hotelmobiliar Zugehör sei, noch im Verbot der Veräusserung während der zeitlich be-

schränkten Dauer des Hypothekenbestandes eine dauernde Widmung des Mobiliars als Zugehör liege.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei gutgeheissen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diesen Antrag erneuert; der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteiles geschlossen.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Unbegründet ist vor allem die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe dadurch auf sein Pfandrecht an dem Hotelmobiliar verzichtet, dass er gegen das vom Konkursbeamten aufgenommene Inventar, in welchem das Mobiliar unter den beweglichen Sachen angeführt war, keine Einwendungen erhoben habe. Wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat, wird über die Rangordnung der Gläubiger, insbesondere über die von ihren Forderungen beanspruchten Pfandrechte gemäss Art. 247 SchKG erst in dem von der Konkursverwaltung entworfenen Kollokationsplan entschieden, während die Aufnahme des Inventars nur den Zweck hat, das Vermögen des Kridaren vollständig zu verzeichnen. Auch wenn die Konkursverwaltung ihrer Auffassung über die Unbegründetheit der Ansprache des Klägers schon bei der Aufnahme des Inventars Ausdruck gegeben hätte, würde daher der Kläger nicht verpflichtet gewesen sein, dagegen beschwerdeführend aufzutreten; eine solche Beschwerde würde auch unzulässig gewesen sein, da sie sich nicht mit der Frage der Vollständigkeit des Inventars, sondern mit dem vom Kläger daran beanspruchten Vorzugsrecht befasst haben würde. Dazu kommt, dass die Aufnahme des Mobiliars unter die beweglichen Sachen dem Pfandrechtsanspruch des Klägers an dem Mobiliar nicht entgegensteht. Mobilien, die zu

einer Liegenschaft im Verhältnis der Zugehör stehen, werden dadurch nicht Bestandteil der unbeweglichen Sache, sondern bleiben bewegliche Sachen; ihre Pertinenzqualität hat nach Art. 644 Abs. 1 ZGB nur die Wirkung, dass Verfügungen des Eigentümers über die Hauptsache sich auch auf die Zugehör erstrecken, wenn nicht ausdrücklich eine Ausnahme gemacht wird.

2. — In der Sache ist gestützt auf Art. 25 Schl T ZGB davon auszugehen, dass sich der Umfang der Pfandhaft für alle Pfandrechte, also auch für die unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechtes errichteten, nach dem neuen Rechte bestimmt. Da nach Art. 805 Abs. 1 ZGB, der den Umfang der Pfandhaft umschreibt, das Grundpfandrecht das Grundstück mit Einschluss aller Bestandteile und aller Zugehör belastet, erstreckt sich das vom Kläger an der Liegenschaft des Kridaren unter der Herrschaft des alten Rechtes erworbene Grundpfandrecht auch auf die Zugehör zur Liegenschaft. Fraglich kann nur sein, ob dem vom Kläger als Zugehör angesprochenen Hotelmobiliar tatsächlich Pertinenzqualität zukomme. Diese Frage ist mit der Vorinstanz wiederum nach dem neuen Rechte zu entscheiden, trotzdem die vom Gesetze geforderte Bestimmung des Mobiliars für die Bewirtschaftung der Hauptsache und die räumliche Beziehung zwischen Haupt- und Nebensache, sowie der angeblich auf Begründung der Zugehör gerichtete Wille des Eigentümers noch unter die Herrschaft des alten Rechtes geschaffen bzw. geäußert worden ist. In dieser Beziehung kommen Art. 3 und insbesondere Art. 17 Abs. 2 Schl T ZGB in Betracht, wonach die dinglichen Rechte, vor allem das Eigentum, nach dem 1. Januar 1912 unter dem neuen Rechte stehen, wo das Gesetz nicht eine Ausnahme vorsieht. Wie schon aus dem Randtitel zu Art. 642 ZGB hervorgeht, kommt dem Begriff der Zugehör eine den Umfang des Eigentums umgrenzende Wirkung zu. An den die Voraussetzungen des Art. 644 Abs. 2 ZGB erfüllenden t a t

sächlichen Zustand der Haupt- und der Nebensache knüpft das Gesetz bestimmte Rechtsbeziehungen zwischen der Liegenschaft und der ihrem Dienste gewidmeten beweglichen Sache. Zwar werden dadurch keine neuen subjektiven Rechte geschaffen; die Hauptsache büsst auch nichts von ihrer Selbständigkeit ein und die Zugehör bleibt nach wie vor eine bewegliche Sache, so dass der Eigentümer über beide Teile, die Liegenschaft und die Sache, nach seinem Belieben auch getrennt verfügen kann. Dagegen tritt die Pertinenz insofern in eine gewisse rechtliche Abhängigkeit zur Liegenschaft, als sie von den rechtlichen Schicksalen derselben im Sinne von Art. 644 Abs. 1 ZGB erfasst wird. Dieses in der Hauptsache auf den wirtschaftlichen und räumlichen Beziehungen von Liegenschaft und Sache beruhende, die Wirkungen der Liegenschaft auf die ihr dienende bewegliche Sache ordnende rechtliche Verhältnis wird nun aber vom 1. Januar 1912 an auch dann vom neuen Recht beherrscht, wenn seine Voraussetzungen bereits unter dem alten Recht geschaffen worden sind, wie denn auch das Besitzrecht, das seine Begründung ebenfalls in der tatsächlichen Sachlage findet, mit dem 1. Januar 1912 dem neuen Rechte untersteht. Dass die Zugehör nicht allein durch tatsächliche Verbindung mit der Hauptsache geschaffen wird, sondern hiezu auch der Wille des Eigentümers notwendig ist, ändert an dieser Auffassung ebensowenig etwas, als es die gleiche Tatsache beim Besitz tun würde, wenn der Wille des Besitzers als Voraussetzung für den Besitz zu gelten hätte.

3. — Damit eine bewegliche Sache nach Art. 644 Abs. 2 ZGB zu einer Hauptsache in das Verhältnis der Zugehör tritt, müssen zunächst zwei objektive Voraussetzungen gegeben sein: die wirtschaftliche Zweckbestimmung der beweglichen Sache, die in Art. 644 Abs. 2 ZGB positiv und in Art. 645 ZGB negativ umschrieben ist, sowie der räumliche Zusammenhang zwischen der Hauptsache und der ihr dienenden Nebensache. Dabei

legt das Gesetz, im Gegensatz zu dem bisherigen kantonalen Recht, das Hauptgewicht auf die wirtschaftliche Dienstleistung der Zugehör. Denn nach Art. 644 Abs. 2 ZGB ist der räumliche Zusammenhang nicht nur bei Anpassung der Zugehör an die Hauptsache oder Verbindung der Zugehör mit der Hauptsache, sondern auch schon dann gegeben, wenn die Zugehör « auf andere Weise » in die Beziehung zur Hauptsache gebracht wird; wo aber eine Sache dauernd der Bewirtschaftung, Benützung oder Verwahrung der Hauptsache dient, da wird auch immer die irgendwie geartete räumliche Beziehung gegeben sein, die dem weitgefassten Erfordernis des Art. 644 Abs. 2 ZGB genügt.

Um den Gefahren zu begegnen, die eine solche Erweiterung des Begriffes der Zugehör, namentlich für den Fall der Veräusserung von Liegenschaften, mit sich bringen könnte, verweist das Gesetz daher weiter auf den Ortsgebrauch und verlangt, dass auch die am Orte übliche Auffassung die bewegliche Sache als in der Hauptsache inbegriffen, mit ihr « dauernd verbunden », betrachte. Der Ortsgebrauch bezieht sich nicht, wie nach dem blossen Wortlaute des Art. 644 Abs. 2 ZGB angenommen werden könnte, auf die wirtschaftliche Zweckbestimmung, sondern stellt sich als ein weiteres zur wirtschaftlichen Dienstleistung und zur räumlichen Verbindung hinzutretendes Requisite für den Begriff der Zugehör dar, das sich darauf beziehen muss, dass die Nebensache nach den Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs rechtlich als Zugehör betrachtet wird. Der Ortsgebrauch hat daher nicht die Kraft, einer Sache Zugehöreigenschaft zu verschaffen, die den objektiven Erfordernissen des wirtschaftlichen Zusammenhanges und der räumlichen Beziehung nicht entspricht. Dagegen kann umgekehrt eine Sache, die diesen Voraussetzungen genügt, nur dann als Zugehör im Sinne des Art. 644 Abs. 2 ZGB betrachtet werden, wenn auch der Ortsgebrauch sie als solche behandelt. Daraus folgt, dass eine

objektiv zur Zuhehör geeignete Sache am einen Ort Pertinenzqualität haben kann und am andern nicht, je nachdem die ortsübliche Auffassung, d. h. die im Verkehr mit solchen Sachen übliche Gepflogenheit diese Sache als Pertinenz ansieht oder nicht. Hierauf ist denn auch bereits in den Erläuterungen zum Vorentwurf ausdrücklich hingewiesen worden, wo erwähnt wird, dass die im Gesetzesentwurf vorgesehene Ordnung die verschiedenartige Auffassung « in der Ost- oder Westschweiz, im Süden oder im Norden, im Tal oder im Gebirge » zu ihrem Rechte kommen lasse (Erläuterungen, III S. 64; im gleichen Sinne die Ausführungen des Berichterstatters im Nationalrat: Sten. Bull. 16 S. 518).

Da aber die bisherigen kantonalen Rechte, die nach Art. 5 Abs. 2 ZGB als der Ausdruck des Ortsgebrauches zu gelten haben, in ihrer überwiegenden Mehrzahl den Begriff der Zugehör viel enger umschreiben, so dass z. B. Maschinen nur in beschränkter Masse, Hotelmobiliar nirgends ohne weiteres als Zugehör zur Liegenschaft behandelt werden, würde die ausschliessliche Verweisung auf die Gepflogenheit des Verkehrs als Voraussetzung für die Pertinenzqualität der Verpfändung einer ganzen Reihe von Sachen zusammen mit Liegenschaften entgegengestanden sein, während das Gesetz gerade den Zweck verfolgt, die bedeutenden Werte, die in Industrie und Gewerbe in Maschinen, Werkzeugen und Hotelmobiliar festgelegt sind, die aber nicht Bestandteil der Liegenschaft sind, der hypothekarischen Verpfändung zugänglich und damit der Kreditwirtschaft des Eigentümers nutzbar zu machen. Um diesem wirtschaftlichen Bedürfnis gerecht zu werden, bestimmt daher Art. 644 Abs. 2 ZGB weiterhin, dass bewegliche Sachen, die den objektiven Voraussetzungen der Zugehör genügen, aber nach Ortsgebrauch nicht als solche gelten, auch dadurch Zugehöreigenschaft erhalten können, dass der Eigentümer der Hauptsache seinem dahin gehenden Willen « klaren » Ausdruck gibt. Dieser klare Wille, der den Charakter einer ohne Rück-

sicht auf bestimmte berechnigte Personen getroffenen allgemeinen Widmung haben muss, hat ebenfalls nicht die beiden tatsächlichen, in der wirtschaftlichen Zweckbestimmung und dem räumlichen Zusammenhang bestehenden Erfordernisse der Zugehör zum Inhalt. Vielmehr ist auch hier davon auszugehen, dass der Wille des Eigentümers der Hauptsache einzig darauf zu gehen hat, dass die bewegliche Sache rechtlich dauernd mit der Hauptsache zusammen behandelt werden solle, d. h. es muss sich aus diesem Willen klar ergeben, dass der Eigentümer die objektiv zur Zugehör geeignete Sache entgegen dem Ortsgebrauch, der sie nicht als Zugehör ansieht, doch als solche betrachtet und behandelt wissen will. Dabei stellt Art. 805 Abs. 2 ZGB dem Eigentümer zur authentischen und jeder Zeit sichern Feststellung dieses Willens, der hauptsächlich bei Verfügungsgeschäften wie Verpfändungen usw. zum Ausdruck gelangen dürfte, eine besondere Form, die Eintragung im Grundbuch, zur Verfügung.

4. — Ist demnach davon auszugehen, dass eine Sache nur dann als Zugehör anzusehen ist, wenn zu ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung und räumlichen Beziehung in Bezug auf die Hauptsache noch hinzukommt, entweder, dass sie nach dem Ortsgebrauch als Zugehör gilt, oder dass sie nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache rechtlich als Pertinenz behandelt werden soll, und fragt es sich weiter, ob das vom Kläger gestützt auf sein Pfandrecht angesprochene Hotelmobiliar bei Ausbruch des Konkurses über den Kridaren in diesem Sinne als Zugehör zu betrachten gewesen sei, so kann vorerst nicht zweifelhaft sein, dass die objektiven Voraussetzungen der Pertinenz gegeben sind. Dass die bewegliche Ausstattung eines Hotels zur Bewirtschaftung der Liegenschaft bestimmt ist, ist ohne weiteres klar; ebenso ist auch die räumliche Beziehung zwischen Haupt- und Nebensache vorhanden, obwohl sie nur eine lose genannt werden kann und bisher nach den meisten kantonalen

Rechten zur Begründung der Zugehöreigenschaft nicht genügt hätte. Dass Hotelmobiliar überhaupt Pertinenz sein kann, ergibt sich denn auch aus den in Art. 805 Abs. 2 ZGB genannten Beispielen von im Grundbuch als Zugehör angemerkten Sachen.

Dagegen hat die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt, dass nach der in Luzern üblichen Auffassung Hotelmobiliar nicht als Zugehör zur Liegenschaft betrachtet werde. Dass die Vorinstanz hierbei den Begriff des Ortsgebrauchs unrichtig aufgefasst habe, was allein der Nachprüfung durch das Bundesgericht unterliegen würde, kann nach der oben ausgeführten Bedeutung dieses Requisites nicht gesagt werden, so dass nur in Frage kommen kann, ob dem streitigen Mobiliar die Zugehöreigenschaft durch den « klaren Willen » des Eigentümers verliehen worden sei. Dieser Wille kann nicht, wie der Kläger behauptet, schon in der Tatsache gefunden werden, dass der Kridar zugleich mit der Liegenschaft auch das im Kaufvertrage besonders aufgeführte Mobiliar zu einem Gesamtpreis erworben hat. Zwar kann mit dem Kläger nicht bestritten werden, dass vom Standpunkt des Hotelbetriebes aus Hotel und Mobiliar eine wirtschaftliche Einheit bilden, dass das Mobiliar nur in seiner zweckentsprechenden Verbindung mit dem Hotel seinen wahren Wert erhält und behält, dass eine Trennung von Liegenschaft und Mobiliar in der Regel den Wert beider Objekte beeinträchtigt und dass daher, wer ein Hotel kauft oder verkauft, es in der Regel auch mit dem zugehörigen Mobiliar erwirbt oder veräussert. Daraus folgt jedoch nichts für die Behauptung des Klägers, da nach den oben gemachten Ausführungen der Wille des Eigentümers nicht auf diese tatsächlichen Voraussetzungen der Zugehör, sondern darauf gerichtet sein muss, dass die Nebensache rechtlich dauernd das Schicksal der Hauptsache teilen solle und ein solcher Wille angesichts der ortsüblichen Auffassung in Luzern, die dem Hotelmobiliar keine Pertinenzqualität zuschreibt,

unmöglich schon in dem im Jahre 1909 stattgefundenen Kauf von Hotel und Mobiliar zusammen erblickt werden kann. Kauft jemand, so lange dieser Ortsgebrauch Geltung hat, im Kanton Luzern ein Hotel mit dem darin befindlichen Mobiliar, so bleibt eben unabgeklärt, ob er trotzdem gemäss der ortsüblichen Auffassung Hotel und Mobiliar als zwei verschiedene, miteinander in keinem rechtlichem Zusammenhang stehende Sachen betrachtet, oder ob er das Mobiliar als Zugehör zur Liegenschaft behandelt wissen will.

Ebenso ist aber auch die Berufung des Klägers auf Ziffer 3 des Kaufvertrages unbehelflich, wonach der Käufer das Mobiliar in seiner Gesamtheit nicht veräussern darf, solange der Kaufzahlungsbrief nicht getilgt ist. Dass die Parteien, wie der Kläger behauptet, mit dieser Vereinbarung das gleiche Resultat erreichen wollten, wie mit der nach Luzerner Recht unzulässigen Verpfändung des Mobiliars, ist ohne Bedeutung und zudem unrichtig, da die Parteien darüber nicht im Zweifel sein konnten, dass die Errichtung eines Vorzugsrechts zu Gunsten des Klägers nicht möglich war. Sodann erscheint zweifelhaft, ob überhaupt in einer Willenserklärung, die unter der Herrschaft des kantonalen, die Pertinenzqualität einer Sache ausschliessenden Rechts getan wurde, der gemäss Art. 644 Abs. 2 ZGB für die Behandlung dieser Sache als Zugehör erforderliche Wille gefunden werden kann. Jedenfalls kann aber in Ziffer 3 des Vertrages deshalb keine klare Willensäusserung im Sinne des Art. 644 Abs. 2 ZGB erblickt werden, weil es sich dabei nur um einen zeitlich begrenzten Willen handelt. Der Kridar wollte damit nicht Liegenschaft und Mobiliar dauernd rechtlich als eine Einheit behandeln; diese Beschränkung seiner freien Dispositionsfähigkeit ging er vielmehr nur für eine bestimmte Zeit ein, wobei dem Umstand, dass es sich nicht nur um eine kurze, sondern um eine mehrere Jahre dauernde Beschränkung handeln sollte, schon deshalb keine Bedeutung zukommt, weil der Kridar den

Zahlungsbrief vor Ablauf dieser Zeit bezahlen konnte und damit das in Ziffer 3 aufgestellte Veräusserungsverbot für ihn dahingefallen wäre. Endlich hat sich der Kridar gestützt auf diese Bestimmung auch nur einer bestimmten Person, d. h. dem Kläger als Gläubiger des letzten Zahlungsbriefes gegenüber verpflichtet. Für die andern im Besitze des Klägers befindlichen Hypotheken sollte diese Bestimmung nicht gelten. Bei dieser Sachlage erscheint es aber irrelevant, dass die Ziffer 3 des Kaufvertrages im Hypothekarprotokoll und im Zahlungsbrief eingetragen worden ist. Zwar kann auch einem vor dem 1. Januar 1912 in den kantonalen Grundbüchern oder in den ihnen gleichstehenden Protokollen gemachten Eintrag die Wirkung der Anmerkung der Zugehör im Sinne von Art. 805 Abs. 2 ZGB zukommen, sofern dieser Eintrag die Bezeichnung der beweglichen Sache als Zugehör bezweckte und zu bewirken im Stande war. Im vorliegenden Falle ist jedoch die Ziffer 3 des Kaufvertrages nicht zur Bezeichnung des Mobiliars als Zugehör ins Hypothekenprotokoll eingetragen worden, denn das war nach dem Luzerner Recht ausgeschlossen. Diese Vertragsbestimmung hat vielmehr nur deshalb im Fertigungs- und Hypothekenprotokoll Aufnahme gefunden, weil nach dem alten Recht des Kantons Luzern der ganze Kaufvertrag, mit Einschluss der obligatorischen Bestimmungen, den Gegenstand der Fertigung bildete, wie denn auch neben dieser Verpflichtung das im Kaufvertrage stipulierte Konkurrenzverbot ins Fertigungs- und Hypothekenprotokoll aufgenommen worden ist. Unter diesen Umständen ist das Hauptbegehren der Klage mangels Nachweises der behaupteten Pertinenzqualität des im Streite liegenden Mobiliars abzuweisen.

5. — Aus den von der Vorinstanz geltend gemachten Gründen kann aber auch das Eventualbegehren des Klägers nicht geschützt werden. Die Erfüllung der obligatorischen Verpflichtung des Kridaren, das Hotelmobiliar in seiner Gesamtheit nicht zu veräussern, bevor der Zah-

lungsbrief des Klägers gänzlich getilgt sei, ist durch die Eröffnung des Konkurses über den Gemeinschuldner unmöglich gemacht worden und dahingefallen. Durch den Konkursausbruch hat das Beschlagsrecht der Gläubiger das ganze dem Kridaren gehörende Vermögen ergriffen, dessen Liquidation nach den der Parteidisposition nicht unterliegenden Vorschriften des Gesetzes zu erfolgen hat.

Demnach hat das Bundesgericht

e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 11. Januar 1916 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

19. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. März 1916

i. S. Konkursmasse Kugler & C^{ie}, Klägerin,
gegen Erben Hommel, Beklagte.

Verlustbeteiligung des Kommanditärs im internen Gesellschaftsverhältnis: im Zweifel gleich hoch, wie seine Gewinnbeteiligung (Art. 533 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 594 Abs. 2 OR; Art. 596 Abs. 2 nur dann anwendbar, wenn weder über die Gewinn-, noch über die Verlustverteilung eine Vereinbarung vorliegt).

A. — Am 6. November 1900 schlossen der Rechtsvorgänger der Beklagten, Dr. med. Hommel in Zürich, einerseits und Theodor Kugler als unbeschränkt haftender Teilhaber der Firma Kugler & C^{ie} andererseits einen Kommanditvertrag ab, laut welchem Dr. Hommel auf den 1. Januar 1901 als Kommanditär mit einer Einlage von 300,000 Fr., verzinsbar zu 6%, in die Gesellschaft eintrat.

Seine Gewinnbeteiligung wurde auf 15% festgesetzt; über die Verteilung eines eventuellen Verlustes wurde dagegen nichts bestimmt.

Nach der vom kantonalen Richter als glaubwürdig betrachteten Zeugenaussage des Theodor Kugler hatte dieser dem Dr. Hommel den am 30. Juni 1898 mit seinem Bruder Jean Kugler abgeschlossenen « Kommanditvertrag » vorgelegt, worin über Gewinn- und Verlustverteilung folgendes bestimmt war: « Die Verzinsung des Kommanditkapitals ist auf 6% normiert, weitere Partizipation am Bénéfice ist ausgeschlossen, ebenso eine allfällige Rückvergütung für den Fall, dass der Jahresabschluss ungünstig ausfiele ».

Der mit Jean Kugler abgeschlossene « Kommanditvertrag » bildete nach der erwähnten Zeugenaussage des Theodor Kugler « die Grundlage » für den mit Dr. Hommel abzuschliessenden. Ein am 23. Oktober 1900 zwischen Theodor Kugler und Dr. Hommel abgeschlossener Vorvertrag (« Vertragliches Uebereinkommen ») bestimmte hierüber folgendes: « Die im Kommanditvertrage mit den Erben des Herrn J. B. Kugler sel. niedergelegten Prinzipien der Geschäftsführung werden die Grundlage des zu schliessenden Kommanditvertrages bilden. »

Neben jenem « Kommanditvertrag » hatten Theodor und Jean Kugler am 30. Juni 1898 noch einen « Separat-, Abänderungs- und Zusatz » vertrag abgeschlossen, welcher folgende Bestimmung enthielt:

« Sollte Jean Kugler bis Ende des Jahres 1899 sich nicht erholen, dass er wieder auf dem Bureau tätig sein kann, so sind demselben vom 1. Januar 1900 ab statt der hälftigen Partizipation am Bénéfice ausser den im Kommanditvertrage vorgesehenen 6% Zinsen, weitere 10 Prozente Gewinnanteil vom jeweiligen Netto-Jahresnutzen zu verabfolgen.

» Die gleichen Bedingungen greifen Platz, wenn Jean Kugler in der Zwischenzeit versterben sollte. »

Dass dem Dr. Hommel auch dieser Separatvertrag vor-