

Standpunkt hat indessen das Appellationsgericht selbst nicht eingenommen, sondern ihn im Gegensatz zur erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde ausdrücklich abgelehnt, weil man nur auf ein bestehendes Recht verzichten könne, der überlebende Ehegatte bei Gütertrennung aber zur Zeit des Vertragsschlusses schon nach Gesetz (§ 37 des kantonalen Gesetzes über eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen) kein Erbrecht am Nachlasse des andern gehabt habe. Das Bundesgericht hat sich demnach mit der Möglichkeit der Annahme eines solchen Erbverzichts nicht zu befassen, sondern einzig zu untersuchen, ob der Grund, aus dem die kantonalen Instanzen der Rekurrentin tatsächlich die Erbenstellung abgesprochen haben, nämlich dass der vertraglich vereinbarte Ausschluss von Rechten ihrerseits am Vermögen des verstorbenen Mannes zufolge § 225 EG als Ausfluss des ehelichen Güterrechts zu betrachten sei und deshalb die Berufung auf das gesetzliche Erbrecht des ZGB ausschliesse, bundesrechtlich haltbar sei. Dies ist aber nach dem Gesagten zu verneinen. Der Grundsatz der unwandelbaren Giltigkeit der Eheverträge (Art. 10 SchlT) wird dadurch nicht angefasst. Er kann sich nur auf diejenigen Teile der zwischen den Ehegatten getroffenen Abmachung beziehen, welche sich auch wirklich als Ehevertrag, d. h. Vereinbarung über den Güterstand und dessen Ausflüsse darstellen. Abreden, welche aus diesem Rahmen hinaustreten und ihrem Inhalte nach rein erbrechtliche sind, dürfen darunter nicht bezogen werden, auch dann nicht, wenn es in der kantonalen Rechtspraxis üblich war, sie mit den übrigen wirklich güterrechtlichen unvermischt unter der Bezeichnung des Ehevertrages zusammenzufassen.

3. — Darauf, dass die Rekurrentin ihren Beschwerdeantrag nicht aus diesem Gesichtspunkte, sondern lediglich mit der oben Erw. 2 im Eingang als unrichtig zurückgewiesenen Argumentation begründet hat, kann nichts ankommen. Da für die zivilrechtliche Beschwerde, soweit nicht Art. 86 bis 93 OG Abweichungen vorsehen, nach

Art. 94 ebenda die Vorschriften über die Berufung gelten, ist das Bundesgericht bei der Untersuchung darüber, ob eine unzulässige Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechtes vorliege, nicht an die Rechtsausführungen des Beschwerdeführers gebunden, sondern kann die Beschwerde auch gutheissen, wenn sich die fragliche Rüge aus anderen nicht geltend gemachten Erwägungen als zutreffend erweist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Ausschusses des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 1. Mai 1919 aufgehoben und das Erbschaftsamt Basel-Stadt angewiesen, das Teilungsbegehren der Rekurrentin entgegenzunehmen.

Vgl. Nr. 60. — Voir n° 60.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

63. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 4 juillet 1919

dans la cause **Bourquin, et Fontana** contre **Schaffroth**.

Art. 582 CO. Seul le liquidateur d'une société en nom collectif en liquidation a qualité pour actionner un associé en remboursement des sommes détournées de l'actif social. Un associé ne peut de ce chef agir en son nom personnel contre son co-associé.

Marcel Bourquin, Dominique Fontana et William Schaffroth ont constitué entre eux, le 1^{er} septembre 1913, sous la raison sociale Fontana, Schaffroth & C^{ie} une société en nom collectif. Cette société est entrée en liqui-

dation le 1^{er} septembre 1916. Le 25 novembre 1916 le Président du Tribunal de Neuchâtel a désigné comme liquidateur de la société M. Edmond Bourquin, agent d'affaires à Neuchâtel.

Estimant qu'il avait été victime d'agissements délictueux de la part de Bourquin et de Fontana, qu'il accusait d'avoir fait disparaître de l'avoir social des sommes importantes en masquant leurs détournements par de fausses écritures, William Schaffroth a, le 27 janvier 1917, déposé contre ses co-associés une plainte pénale.

A la suite de cette plainte une enquête pénale a été ouverte. Elle a abouti au renvoi de Bourquin et de Fontana devant la Cour d'assises de Neuchâtel qui, par jugement des 20, 21 et 22 juin 1918, a reconnu les deux prévenus coupables de faux en écritures de commerce et les a condamnés, le premier à trois ans de réclusion, 5000 fr. d'amende et cinq ans de privation des droits civiques et le second à 18 mois de réclusion, 5000 fr. d'amende et cinq ans de privation des droits civiques.

William Schaffroth s'est constitué partie civile et a pris contre ses deux co-associés solidairement des conclusions tendant d'une part à la restitution d'une somme de 16 618 fr. 15, d'autre part au remboursement de toutes les sommes dont le détournement par les prévenus serait établi.

Statuant sur les conclusions civiles de Schaffroth, en date du 10 octobre 1918, la Cour d'assises de Neuchâtel s'est déclarée incompétente pour statuer sur la restitution de la somme de 16 618 fr. 15, cette somme concernant une affaire sans rapport avec les agissements délictueux de Bourquin et de Fontana ; elle a, par contre, condamné ces derniers à payer solidairement à Schaffroth la somme de 17 881 fr. 75.

Bourquin et Fontana ont recouru en réforme au Tribunal fédéral contre ce jugement. Schaffroth ayant conclu à la non entrée en matière pour la raison que les recourants n'auraient pas épuisé les instances cantonales, le Tribunal

fédéral, par arrêt du 25 janvier 1919, a admis que le jugement attaqué était un jugement au fond au sens de l'art. 58 OJF et que par conséquent il était compétent pour se saisir du recours en réforme, mais il a renvoyé le dossier à la Cour d'assises de Neuchâtel en invitant cette autorité à compléter le jugement conformément à l'art. 63 OJF.

Ensuite de cet arrêt il est intervenu entre parties, le 10 mars 1919, une convention de procédure qui contenait notamment les clauses suivantes :

« E. En réalité il n'y a contestation entre parties qu'au sujet des créances suivantes : Commissions Dauer 12 178 fr. 40, Bénéfice sur albumine de poule 6115 fr. 50 sur lesquelles Bourquin prétend à un droit exclusif.

» F. Dans ces conditions les parties jugent inutile à la cause pendante de reprendre tous les points non contestés et conviennent expressément de limiter le débat pour les conclusions en cause qu'elles déposeront aux deux seuls postes encore litigieux. »

Dans les conclusions en cause qu'il a déposées le 8 avril suivant, Schaffroth déclare expressément limiter désormais sa réclamation à 6097 fr. 25, représentant le tiers — soit sa part d'associé — des deux montants encore en litige de 12 178 fr. 40 (commission Dauer) et de 6115 fr. 50 (bénéfice sur albumine de poule).

Le 15 mai 1919 la Cour d'assises de Neuchâtel a rendu un nouveau jugement dans lequel elle condamne Bourquin et Fontana à payer solidairement à Schaffroth, non plus 17 881 fr. 75 comme dans le jugement du 10 octobre 1918, mais seulement 6097 fr. 25, conformément aux nouvelles conclusions du demandeur.

La Cour d'assises, se fondant sur une expertise intervenue en cours d'enquête, admet en résumé dans son jugement que Bourquin, agissant de connivence avec Fontana, s'est approprié indûment la commission de 12 178 fr. 40 qui lui avait été versée par un nommé Dauer pour des affaires d'importation de thé et le bénéfice

de 6115 fr. 50 qui avait été réalisé sur une affaire relative à 14 caisses d'albumine de poule, alors que ces deux sommes auraient dû revenir à la Société Fontana, Schaffroth & C^{ie} et figurer à son actif. La Cour considère que dans ces conditions, Schaffroth, qui a été privé de sa part de bénéfice sur les deux affaires, a le droit de réclamer à Bourquin et Fontana le remboursement de cette part.

A l'audience de ce jour les recourants Bourquin et Fontana ont conclu au rejet de la demande pour défaut de légitimation active de Schaffroth, seul le liquidateur de la Société ayant, à leur avis, qualité pour les actionner en remboursement des sommes qu'ils se seraient appropriées au détriment de l'avoir social. L'intimé Schaffroth a conclu à la confirmation du jugement de la Cour d'assise du 10 octobre 1918 en soutenant que la Cour n'avait pas le droit de modifier le dispositif de ce jugement et qu'il y avait lieu par conséquent de faire abstraction du dispositif nouveau du jugement du 15 mai 1919.

Considérant en droit :

Par la convention qu'il a signée le 10 mars 1919 le demandeur et intimé Schaffroth a consenti à limiter le litige actuel aux deux seuls points suivants : commission Dauer et bénéfice sur l'albumine de poule ; il a ensuite, dans ses « conclusions en cause » du 8 avril 1919, réduit expressément sa réclamation contre les défendeurs à la somme de 6097 fr. 95 représentant le tiers, soit sa part d'associé, de cette commission et de ce bénéfice. Il est dès lors et en tout état de cause lié par cette réduction de ses conclusions intervenue en cours d'instance et il ne saurait par conséquent revenir en arrière et demander qu'il lui soit alloué dans cette instance plus que ses conclusions. Ceci étant, il y a lieu de considérer que le point de vue auquel le demandeur s'est lui-même placé au cours de tout le procès, en ce qui concerne la commission Dauer et le bénéfice sur l'albumine de poule consiste

à soutenir qu'il s'agit dans les deux cas de sommes qui, au lieu d'être encaissées par Bourquin auraient dû revenir à la Société Fontana, Schaffroth & C^{ie} et figurer à son actif. Mais, dans ces conditions, la question se pose immédiatement de savoir si Schaffroth pouvait de ce chef agir personnellement contre Bourquin et Fontana et leur réclamer directement sa part des sommes que ces derniers auraient détournées de l'actif social. Cette question doit être résolue négativement. Bien que la Société en nom collectif ne soit pas une personne juridique, ainsi que le Tribunal fédéral l'a toujours reconnu (voir RO 17, p. 559 ; 24 II p. 734 ; 39 I p. 298 ; 42 III, p. 39) elle est néanmoins à plusieurs égards traitée comme telle. C'est ainsi qu'en vertu de l'art. 559 CO elle peut, sous sa raison sociale, devenir créancière et débitrice, ester en justice et avoir un patrimoine social distinct de celui des associés. La conséquence en est qu'un associé ne peut, pour son compte et en son nom personnel, agir pour obtenir la reconnaissance et le remboursement d'une dette sociale. En l'espèce, au surplus, la Société en nom collectif Fontana, Schaffroth & C^{ie} est en liquidation et un liquidateur lui a été désigné par le Président du Tribunal de Neuchâtel en la personne d'Edmond Bourquin. Or, aux termes de l'art. 582 CO, c'est le liquidateur de la Société en nom collectif qui a pouvoir pour agir au nom de la Société, pour plaider, transiger et compromettre pour elle. Et ces pouvoirs, le liquidateur les possède seul, à l'exclusion des associés (voir HAFNER, Das Schweiz. Obligationenrecht, 2^{me} édition, art. 582 rem. 5 ; STAUB, Handelsgesetzbuch, 8^{me} éd. § 149 rem. 1 et 5 ; MAKOWER, Handelsgesetzbuch, 12^{me} éd. § 149 rem. I a ; PIC, Des sociétés commerciales, t. I p. 802). C'est là une conséquence et une nécessité de la mission même qui est confiée au liquidateur et qui consiste, ainsi que l'indique l'art. 582 CO, à terminer les affaires courantes, à faire rentrer les créances de la Société et à réaliser l'actif social. En ce qui concerne les créances dont le liquidateur a ainsi la

mission et le pouvoir exclusif d'opérer le recouvrement, la loi ne fait aucune distinction entre le cas où le débiteur est un tiers et celui où le débiteur est un associé (voir RO 23 I p. 288 ; SCHNEIDER et FICK, 4^{me} éd., art. 582, rem. 4 ; STAUB, op. cit. § 149, rem. 6 ; MAKOWER, op. cit. § 149, rem. II b ; PIC, op. cit. p. 820). Et cela se conçoit si l'on considère que l'actif social que le liquidateur est chargé de réaliser se compose précisément, pour une part, de toutes les sommes dont les associés peuvent être comptables vis-à-vis de la Société, à des titres divers, qu'il s'agisse d'apports non encore versés, d'avances consenties, de prélèvements effectués indûment et d'une manière générale de dettes contractuelles ou délictuelles quelconques. De ce qui précède il résulte, sans autre, qu'en l'espèce Schaffroth, qui n'aurait pas eu qualité pour agir au nom de la Société Fontana, Schaffroth & C^{ie} en liquidation, ne pouvait pas davantage agir, ainsi qu'il l'a fait, en son nom personnel du moment que le droit qu'il entend faire valoir à une part de la commission Dauer et du bénéfice sur l'albumine de poule est, en tout cas, subordonné, supposé qu'il existe, à la condition que cette commission et ce bénéfice rentrent effectivement dans l'actif de la Société, représentent bien, en d'autres termes, des créances sociales et que, dans ce cas, c'est le liquidateur seul qui, agissant au nom de la Société en liquidation, a qualité pour poursuivre le remboursement de ces créances et en faire, au besoin, en cas de contestation, constater judiciairement l'existence. Les conclusions civiles de Schaffroth doivent dès lors être écartées pour défaut de légitimation active du demandeur, sans plus ample examen et sans qu'il soit nécessaire notamment de trancher la question de savoir si la commission Dauer et le bénéfice sur l'albumine de poule devaient ou non, en réalité revenir à la Société, ou encore de rechercher si, ensuite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 janvier 1919, la Cour d'assises de Neuchâtel était ou n'était pas en droit de modifier le dispositif de son premier jugement.

Le Tribunal fédéral prononce :

Les recours sont admis et les jugements de la Cour d'Assises de Neuchâtel, des 10 octobre 1918 et 15 mai 1919, sont réformés en ce sens que la réclamation civile du demandeur est écartée.

64. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. September 1919
i. S. Hotelunternehmung Bucher-Durrer A.-G. und « Zürich »
gegen Dallape.

Art. 339, 97 ff. und 41 OR. Haftung des Dienstherrn gegenüber dem Angestellten für Betriebsgefahren. Voraussetzungen.

A. — Der 1895 geborene Vinzenz Dallape war während mehrerer Jahre zuerst zusammen mit seinem Vater, dann im Winterhalbjahr 1916 — 1917 allein, in dem der Erstbeklagten A.-G. Bucher-Durrer gehörenden Hotel auf dem Stanserhorn als Winterwart angestellt und als solcher von der Hoteleigentümerin bei der Zweitbeklagten Versicherungsgesellschaft « Zürich » für 1000 Fr. im Todesfalle gegen Unfälle bei der Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen versichert worden. Zugleich hatte die « Zürich » der Hoteleigentümerin durch die nämliche Polize auch gegen die Folgen ihrer gesetzlichen Haftpflicht wegen solcher Unfälle aus Art. 41 bis 47, 55, 56, 58 und 339 OR bis zum Betrage von 10,000 Fr. an Kapital, Zinsen und Kosten Versicherung gewährt. Art. 17 Abs. 1 der in die Polize aufgenommenen « allgemeinen Versicherungsbedingungen » ermächtigt die Gesellschaft, zur Befriedigung derartiger Haftpflichtansprüche in erster Linie die aus der Unfallversicherung zu Gunsten des Angestellten geschuldete Summe zu verwenden. Und Abs. 2 ebenda bestimmt, dass, wenn es über das Bestehen durch die Haftpflichtversicherung gedeckter Forderungen