

teres angenommen werden, die Berechtigten bilden eine juristische Person (vgl. in diesem Sinne BÜHLMANN a.a. O. S. 328). Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich übrigens auch daraus, dass die an den Brüschenbergen Berechtigten das in Art. 20 EG z. ZGB vorgesehene Verfahren durchgeführt haben, indem sie ein Alpreglement aufstellten und dieses dem Regierungsrat vorlegten, der es genehmigte, wodurch ohne Eintragung im Handelsregister eine aus den Anteilern bestehende juristische Person entstand. Dass das Alpreglement in § 1 bestimmt, die Alp werde nach den Bestimmungen von Art. 646 ZGB über das Miteigentum benützt, ändert hieran nichts; denn die rechtsirrtümliche Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses ist für dessen rechtliche Natur unerheblich und der erwähnte § 1 des Reglementes will denn auch offenbar bloss dem Prinzip Ausdruck geben, dass die Anteiler nach Massgabe der ihnen zustehenden Kuhrechte in gleichen Rechten stehen sollen und die Art der Benutzung analog derjenigen gestalten, wie sie unter Miteigentümern stattfindet. Bestimmungen des kantonalen Rechts, gestützt auf die ihr ein Zugrecht an den dem kantonalen Recht unterstehenden Anteilrechten an einer Alpgenossenschaft (Art. 59 Abs. 3 ZGB) zustehen würde, hat die Klägerin nicht angeführt. Wenn auch ein solches Zugrecht wirtschaftliche Vorteile bieten würde und angesichts der rechtshistorischen Entwicklung der Alpgenossenschaft aus der Markgenossenschaft verständlich wäre, so bedürfte es doch eines positiven Rechtssatzes des kantonalen Rechtes, um ihm Geltung zu verschaffen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Klage wird abgewiesen.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Januar 1920

i. S. Furrer & Cie. gegen Bourquin.

Art. 811 OR. Einrede der Arglist gegenüber der Wechselklage. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob der Wechselgläubiger in bösem Glauben sei. — Kann der Wechselschuldner die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben, wenn er den Wechsel zur Bezahlung einer Ware hingegeben hat, die vom Wechselgläubiger einem Dritten und von diesem ihm verkauft worden ist?

A. — Laut Vertrag vom 2. Dezember 1918 kaufte Holzhändler Schmalz in Interlaken von César Bourquin, Sägerei in Le Locle, dem heutigen Beklagten, 10 Wagen Madriers in Längen von 4 bis 6m, bestimmt zur Ausfuhr nach Frankreich gemäss der Convention franco-suisse vom 1. Mai 1918 zu 145 Fr. pro m³. Nach der Korrespondenz sollte der Kaufpreis durch ein Akkreditiv vorausbezahlt werden. Schmalz bot die gekaufte Ware der Firma Furrer & Cie. in Ostermundigen, der heutigen Klägerin, zum Kaufe an und um die Ware zu besichtigen, reisten Schmalz, Furrer und noch der Einkäufer der Firma Aloys Spycher in Ueberstorf, Wildberger, nach Locle, am 20. Februar 1919. Bourquin war bei dieser Besichtigung abwesend und der Angestellte Pfister zeigte das vorrätige Holz, das Madriers von 4 bis 7 m Länge aufwies. Auf der Rückreise traf Schmalz den Beklagten Bourquin auf dem Bahnhofe in La Chaux-de-Fonds; sie kamen überein, das verkaufte Holzquantum von 10 Wagen auf 300 m³ abzurunden. Am folgenden Tage, am 21. Februar 1919, verkaufte Schmalz diese 300 m³ an die Firma Furrer & Cie. weiter zu 146 Fr. per m³. Im Vertrage ist

gesagt « wie durch die Herren Furrer und Wildberger besichtigt 73/225 mm in Längen von 4 bis 7 m ». Am gleichen Tage, am 21. Februar, schrieb Schmalz an Bourquin, dass er seine Abnehmer angewiesen habe, für das Akkreditiv zu sorgen. Mit Brief vom 28. Februar schrieb Schmalz an Bourquin: « Je vous autorise à délivrer à » mon acheteur M^r Furrer les 300 m³ de madriers 73/225 » qu'il réceptionnera personnellement dans vos chantiers » à partir de mercredi matin le 5 mars prochain. . . . Pour » les paiements vous serez couvert avant l'enlèvement » des bois. Un chèque de 35,000 fr. doit arriver cette » semaine encore. » Am 3. März sendet Schmalz an Bourquin eine Anweisung der Klägerin per 35 000 Fr. » comme avancé sur livraisons de madriers que la mai- » son Furrer réceptionnera à partir de mercredi matin le » 5 mars et dont crédit ». Am 4. März bestätigte der Kläger den Empfang der Anweisung. Am 5. wollte dann Furrer die Madriers in Locle übernehmen, da aber Bourquin nur 4 m lange abgeben wollte, verweigerten Furrer & C^{ie}. Annahme der angebotenen Ware und sperrten die Anweisung bei der Spar- und Leihkasse Bern. Es erfolgte Betreibung, Rechtsvorschlag und provisorische Rechtsöffnung.

B. — Innerhalb nützlicher Frist, am 30. Mai 1919, reichte die Firma Furrer & C^{ie}. Klage ein mit dem Begehren, es sei die Forderung von 35,211 Fr. 45 Cts. nebst Zins und Betreibungskosten, für welchen Betrag Rechtsöffnung gewährt wurde, gerichtlich abzuerkennen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Beklagte, wenn er bloss 4 m lange Hölzer abgeben wollte, seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Es habe sich um einen Kauf auf Besicht gehandelt. Jedenfalls sei Beklagter zur Zeit, als er die Anweisung erworben habe, in bösem Glauben gewesen, es sei ihm genau bewusst gewesen, dass er seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag mit Schmalz über 4 bis 6 m lange Hölzer nicht nachkommen, sondern nur 4 m lange liefern und damit

indirekt die Klägerin schädigen wolle. Die Entgegennahme der Anweisung und die Geltendmachung der aus dem Indossament abgeleiteten formalen Rechte durch den Beklagten verstossen deshalb gegen Treu und Glauben.

C. — Mit Urteil vom 2. Oktober 1919 hat das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage abgewiesen. Nach Art. 839 in Verbindung mit Art. 811 OR könne, da es sich vorliegend um eine Anweisung an Ordre handle, der Aussteller sich nur solcher Einreden bedienen, die sich entweder aus der Anweisung selbst ergeben oder ihm unmittelbar gegenüber dem belangenden Anweisungsinhaber zustehen. Die Klägerin könne deshalb ihre Einrede der nicht richtigen Vertragserfüllung lediglich ihrem Gegenkontrahenten Schmalz, nicht aber dem Beklagten gegenüber erheben, es sei denn, dieser habe sich im Momente des Anweisungserwerbes in bösem Glauben befunden (*exceptio doli generalis*). Ein solcher böser Glaube zur Zeit des Anweisungserwerbes sei aber nicht anzunehmen, indem die Art und Weise, wie der Beklagte seinen Vertrag mit Schmalz auslegen wolle, der allgemeinen, in diesem Kanton unter den Sägern geltenden Auffassung entspreche. Überdies lasse sich feststellen, dass der Beklagte Verträge über Holz in Längen von 4 bis 6 m durch Lieferung von 4 m langen Stücken abgewickelt habe, ohne dass Differenzen entstanden seien. Ein böser Glaube könne deshalb dem Beklagten nicht vorgeworfen werden. Immerhin sei es der Klägerin überlassen, gegebenenfalls in einem andern Verfahren gegenüber Schmalz die Behauptung der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages zu erheben.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, es sei das Rechtsbegehren der Aberkennungsklage zuzusprechen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Anweisung, um die es sich handelt, lautet aus-

drücklich an Ordre und entspricht im übrigen den Erfordernissen des gezogenen Wechsels. Nach Art. 839 rückweisend auf Art. 811 OR kann die Klägerin dem Beklagten gegenüber nur Einreden entgegenhalten, die entweder aus der Anweisung selber sich ergeben oder die sich auf rechtliche Verhältnisse zwischen den Parteien zu stützen vermögen. In allen Fällen steht dem Anweisungsschuldner die Einrede der Arglist zu (*exceptio doli generalis*) und diese ist denn auch erhoben worden. Bei Beurteilung dieser Einrede geht das Handelsgericht von einem engern Begriffe derselben aus. Es untersucht, ob der Beklagte am 4. März 1919 die Anweisung entgegennahm mit dem bewussten Willen, seine dem Schmalz gegenüber eingegangenen Verpflichtungen nicht zu erfüllen. Mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass ein derartiger böser Glaube beim Erwerber der Anweisung nicht vorlag. Gegen einen solchen sprechen der von der Vorinstanz angeführten Umstände, lokale Übung in Neuenburg u.s.w. Die Einrede der Arglist wird aber von der Rechtsprechung und Wissenschaft auch in einem weitern Sinne aufgefasst. Danach ist nicht auf den bösen Glauben beim Erwerbe der Anweisung, sondern darauf abzustellen, ob der Anweisungsinhaber nach all den Vorgängen, die sich abgespielt haben, sich noch im Rechte befinde, wenn er von seinem formalen Rechte zum Nachteil des Ausstellers Gebrauch macht. Es kann sich fragen, ob der Beklagte, nachdem er erfahren hatte, dass die Klägerin, gestützt auf die mit Schmalz vorgenommene Besichtigung, von dem Glauben ausging, es würden auch längere Hölzer als 4 m geliefert werden, noch einseitig durch Geltendmachung der Anweisung in die Verhältnisse eingreifen und die Parteirolle verändern durfte, da die Bedingung der Vorauszahlung nur den Sinn haben konnte, den Verkäufer sicher zu stellen. Allein es erübrigt sich diese Frage zu lösen, da sich aus den Tatsachen ergibt, dass zwischen den Parteien Rechtsbeziehungen bestehen, die der Klägerin erlauben, die Einrede der nicht

gehörig erfolgten Vertragserfüllung unmittelbar dem Beklagten gegenüber zu erheben.

2. — Aus dem eingelegten Briefwechsel zwischen Schmalz und dem Beklagten geht hervor, dass letzterer volle Kenntnis von dem Weiterverkauf des Holzes an die Klägerin hatte. Mehr noch als das. Es wurde unter den Beteiligten abgemacht, dass nicht etwa zunächst Bourquin an Schmalz und dieser wieder an die Klägerin erfülle, sondern dass Bourquin unmittelbar an die Klägerin erfülle und zwar selbstverständlich in dem Umfang, in welchem der Beklagte an Schmalz zu erfüllen gehabt hätte. Es ist insbesondere auf den erwähnten Brief vom 28. Februar 1919 hinzuweisen, worin Schmalz den Bourquin anweist, nicht ihm, sondern der Klägerin gegenüber zu erfüllen, die Ausstellerin der Anweisung sei. Bourquin ist denn auch mit der Klägerin zum Zwecke der Erfüllung am 5. März 1919 in Beziehung getreten, nur zerschlug sich dann die Erfüllung wegen der verschiedenen Auffassung über die Natur der Lieferung. Das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen der Klägerin und Bourquin, wonach letzterer an erstere so zu erfüllen hatte, wie er nach dem Vertrage mit Schmalz zu leisten zugesichert hatte, kann also nicht zweifelhaft sein.

3. — Die Klägerin ist demnach legitimiert, die Einrede der nicht gehörigen Erfüllung aus dem zwischen dem Beklagten und Schmalz abgeschlossenen Kaufabschlusse zu erheben. Sie darf geltend machen, dass der Beklagte ihr gegenüber nicht in der Weise hat leisten wollen, wie Schmalz zu verlangen berechtigt wäre. Es fragt sich, ob der Beklagte gemäss den Verträgen vom 2. Dezember 1918 und 20. Februar 1919 und den Vorgängen, die sich am letzteren Tage abgespielt haben, in verhältnismässiger Anzahl auch Hölzer von über 4 m bis zu 6 m Länge zu liefern hatte. Besondere Zusicherungen, die Schmalz gemäss dem Vertrage vom 21. Februar der Klägerin gegeben hat, sind dabei nicht zu berücksichtigen.

4. — Zur Beurteilung der klägerischen Einrede gegen

den aus der Anweisung erhobenen Anspruch ist die Sache nach Aufhebung des Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen. Letztere hat die Frage der Begründet- oder Unbegründetheit der Einrede nicht entschieden und konnte sie nicht entscheiden, weil die Zulässigkeit derselben verneint worden ist. Allerdings hat die Vorinstanz die Frage gestreift, aber nur nach der Seite hin, ob der Beklagte in guten Treuen war, als er die Anweisung in Empfang nahm. Die Frage aber, ob er nach den gegenüber Schmalz eingegangenen Verpflichtungen berechtigt war, nur Hölzer von 4 m anzubieten, ist damit noch nicht entschieden und ist es zunächst Aufgabe der Vorinstanz, darüber zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 2. Oktober 1919 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

7. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Januar 1920

i. S. Guggi gegen Tschui.

Art. 18 OR, Art. 975 ZGB. Simulierter Kaufvertrag, dissimulierter Vertrag auf freiwillige Berichtigung des Grundbuches. Form dieses Vertrages. Nichtigkeit des simulierten Geschäftes wegen Formmangels. — Voraussetzungen für die Grundbuchberichtigung. — Irrtum nach Art. 24 Ziff. 4 OR.

A. — Die Klägerin Frau Tschui-Rüefli ist Eigentümerin der Parzellen Nr. 2755-2757 des Grundbuches Grenchen, während die daneben gelegenen Parzellen Nr. 2758-2760 den Beklagten August Guggi und Genossen gehören. Dazwischen liegt der heute streitige, 4 a 65 m² haltende

Abschnitt, im Mutationsplan und in den Rechtsschriften der Parteien mit Parzelle A bezeichnet. Diese Parzelle war nach dem Ende der 60^{er} Jahre aufgenommenen Katasterplan ein Bestandteil der Parzelle 2759, wurde aber bei Anlass der in den 70^{er} Jahren erfolgten Einführung des Grundbuches — wie die Vorinstanz feststellt, infolge einer gegen den Katasterplan erhobenen und begründet erklärten Einsprache — der Parzelle 2755 zugeschrieben. Dagegen wurde die Parzelle A seit dem Jahre 1890, als Josef Weber-Tschui die Parzelle 2759 dem Rechtsverfahren der Beklagten Josef Weber verkauft hatte, von diesem benutzt und in der Folge sogar teilweise überbaut. Josef Guggi soll sich damals — offenbar an Hand des alten Katasterplanes, auf dem die Korrektur nicht eingetragen war — als Eigentümer der Parzelle A ausgewiesen haben, und er wurde auch von der Klägerin, die im Jahre 1889 die Parzelle 2755 erworben hatte, stets als solcher betrachtet. Diese Verhältnisse blieben bis zum Jahre 1916 unangefochten bestehen. Erst jetzt, als Josef Guggi gestorben war, und die Beklagten ihr Heimwesen auf die Gant bringen wollten, ersahen sie aus den Grundbuchplänen, dass die Parzelle A als zu Grundbuch-Nr. 2755 gehörend eingetragen war. Von der Meinung ausgehend dass faktisch die Parzelle A in Grundbuch-Nr. 2759 inbegriffen sei und um die ihrer Meinung nach zutreffende äusserbuchliche Rechtslage mit dem Grundbuch in Uebereinstimmung zu bringen, veranlassten sie die Klägerin mit ihnen einen « Kaufvertrag » abzuschliessen und ihnen die Parzelle A käuflich zu überlassen, was geschah. Hinsichtlich des Kaufpreises bestimmt dieser, am 14. Oktober 1916 abgeschlossene und in der Folge in das Grundbuch eingetragene Vertrag, dass jener « schon längst bezahlt » sei. Nachdem jedoch die Klägerin in Erfahrung gebracht hatte, dass die Parzelle A laut Grundbuch ihr gehörte, erhob sie die vorliegende Klage mit der sie Aufhebung des Kaufvertrages vom 14. Oktober, Löschung der gestützt auf ihn vorgenommenen Grund-