

dessen Berechnung in diesem Punkte nicht bestritten ist, lediglich zu bestätigen. Dagegen ist noch der weitere Standpunkt der Beklagten zu prüfen, der dahingeht, die Klage könne so wie sie gestellt nicht gutgeheißen werden, da der Kläger nicht berechtigt sei, Herausgabe der freiverdenden Summe an ihn zu verlangen, diese vielmehr in die Pfändungsmasse Fünfschilling fallen müsse, und das Urteil sei in diesem Sinne abzuändern. (Berufungsantrag Nr. 2.) Dieser Standpunkt der Beklagten ist insoweit unrichtig, als der Kläger, als anfechtender Gläubiger, einen persönlichen Anspruch gegen die Beklagte, als Anfechtungsgegnerin, aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft hat und als von einer Rückgewähr an die Pfändungsmasse Fünfschilling schon deswegen keine Rede sein kann, weil eine solche gar nicht mehr besteht. Dagegen liegt ihm der richtige Gedanke zu Grunde, daß der Kläger nicht berechtigt ist, zu verlangen, daß die vom Beschlagsrecht der Beklagten freigewordene Summe ihm zu Eigentum herausgegeben werde; denn dem anfechtenden Gläubiger steht das Recht nicht zu, Übergabe des anfechtbar erworbenen und zurückzugewährenden zu Eigentum zu verlangen, vielmehr geht sein Anspruch nur dahin, Übergabe an ihn zu regelrechter Durchführung der Zwangsvollstreckung zu erwirken, m. a. W. dahin, daß das vom Anfechtungsgegner durch das anfechtbare Rechtsgeschäft und dessen Folgen erlangte in das Beschlags- und Vollstreckungsrecht der Gläubiger zurückgebracht werde. In diesem Sinne ist der Kläger allerdings, wie schon die I. Instanz zutreffend ausgeführt hat, berechtigt, den freigewordenen Betrag zu beziehen, und in diesem Punkte hat daher Bestätigung des angefochtenen Urteils zu erfolgen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird in dem Sinne als begründet erklärt und das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 1903 dahin abgeändert, daß die dem Kläger von dem für die Beklagte deponierten Beträge (4637 Fr. 15 Cts.) nach Anfechtungsrecht zur Verfügung zu stellende Summe herabgesetzt wird auf 2094 Fr. 55 Cts. nebst Zinsen.

88. Urteil vom 27. November 1903 in Sachen  
**Schudel**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen  
**Leihkasse Richterswil und Genossen**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Anfechtungsklage im Konkurse, Art. 285 ff. Sch.- u. K.-Ges. Hauptete Zahlung einer nicht verfallenen Schuld, Art. 287 Ziff. 3 leg. cit. Art. 288 eod. Anfechtbarkeit der Zahlung einer fälligen Schuld. — Abtretung eines Masseanspruches an einzelne Gläubiger und Ansetzung einer Klagefrist. Wirkung. Art. 260 Sch.- u. K.-Ges.*

A. Durch Urteil vom 25. Juni 1903 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Ist die am 30. Oktober 1899 von August Wolff, wohnhaft gewesen in Zürich V, an den Beklagten als Inhaber der Dampfziegelei Männedorf geleistete Zahlung von 2200 Fr. als rechtsungültig zu erklären und ist demgemäß der Beklagte verpflichtet, die 2200 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 30. Oktober 1899 zurückzuerstatten?

erkannt:

Die von August Wolff der Firma Schudel & Rabus unterm 6. November 1899 erteilte Anweisung auf Johann Aeby in Düringen, Kanton Freiburg, wird als rechtsungültig erklärt und es wird der Beklagte als Rechtsnachfolger der Firma Schudel & Rabus verpflichtet, die 2200 Fr., welche seine Rechtsvorgängerin auf Grund dieser Anweisung von Aeby erhalten hat, an die Kläger als Cessionare der Konkursmasse Wolff zurückzuerstatten, zugüglich Zins zu 5 % seit dem 22. November 1899.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

Das angefochtene Urteil sei wie folgt abzuändern:

1. Die Klagen Muggli und Baumann seien abzuweisen wegen verspäteter Anhängigmachung.

2. Die Klagen Stirnemann, Leihkasse Richterswil, eventuell, auch bei Verneinung von Rechtsbegehren 1, die Klagen Muggli und Baumann seien gänzlich abzuweisen.

C. Die Kläger haben durch ihre Vertreter je auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In dem am 25. November 1899 eröffneten Konkurse über den gewesenen Bauspekulanten August Wolff in Zürich haben die Kläger gemäß Art. 260 Sch. u. R.-Ges. von der Konkursverwaltung die Abtretung eines Anfechtungsanspruchs gegenüber der Firma Schudel & Rabus verlangt, der sich darauf stützte, daß der Gemeinschuldner dieser Firma einen am 5. Oktober 1899 ausgestellten Wechsel per 31. Dezember 1899 am 30. Oktober 1899, also vor Verfall, eingelöst habe. Die Kläger, denen die Konkursverwaltung (das Konkursamt Hottingen) Frist zur Einreichung der Klage beim Friedensrichter, sowie beim Bezirksgericht gesetzt hatte — haben daraufhin das aus Fakt. A ersichtliche Rechtsbegehren gestellt, dessen Abweisung der Beklagte beantragt hat. Die Klagen waren auf Art. 287 Ziffer 3, ferner auf Art. 287 Ziffer 2 und Art. 288 Sch. u. R.-Ges. gestützt. Über die Firma Schudel & Rabus war im Oktober 1900 der Konkurs ausgebrochen, dann aber im November gl. Jz. widerrufen worden. Die gesamten Aktiven und Passiven waren damals vom Beklagten übernommen worden.

2. In tatsächlicher Beziehung ist von der ersten Instanz — der sich die zweite Instanz hierin lediglich angeschlossen hat — über die Rechtsgeschäfte, die zur vorliegenden Anfechtungsklage geführt haben, folgendes festgestellt: Der Gemeinschuldner Wolff, der mit der Firma Schudel & Rabus, Dampfsiegelei Männedorf, in der Weise in Geschäftsverkehr stand, daß er Backsteine von ihr bezog, wogegen er Barzahlungen leistete und Wechselakzente ausstellte, stellte seinen Lieferanten für Lieferungen aus dem März, Juli, August und September 1899 folgende Wechsel, bezw. Wechselakzente aus:

1) Am 15. September 1899 einen Wechsel für den Betrag von 3900 Fr. per 15. November 1899;

2) Am 22. August 1899 ein Akzept für 3598 Fr. 90 Cts. per 31. Oktober 1899;

3) Am 8. September 1899 ein Akzept für 2394 Fr. 80 Cts. auf 30. November 1899;

4) Am 5. Oktober 1899 Akzente von 2200 Fr. und 1026 Fr. 30 Cts. auf 31. Dezember 1899.

Mit Vertrag vom 5. November 1899 verkaufte Wolff an einen Aebi in Düringen sechs Pferde zum Kaufpreise von 3000 Fr., woran 500 Fr. bar beim Kaufabschlusse bezahlt, 2200 Fr. spätestens bis 11. November zu leisten waren; 300 Fr. sollten erst zahlbar sein, wenn der Käufer die Pferde um 2900 Fr. weiter verkauft haben würde. Wolff hat nun der Firma Schudel & Rabus am 6. November 1899 Anweisung auf den Betrag von 2200 Fr. Erlös aus dem Verkaufe der Pferde erteilt. Rabus ist denn auch am 16. November 1899 mit Wolff nach Düringen gereist und hat dort 1000 Fr. bar erhalten; die weiteren 1200 Fr. erhielt er am 20./21. November mittelst Postsendung durch die Spar- und Leihkasse Düringen. Diese Zahlungen sind im Haupt- und im Kassabuch der Firma Schudel & Rabus unter dem 21. November 1899 gebucht. Die kantonalen Instanzen nehmen nun an, die Anweisung Wolffs auf Aebi sei erfolgt zwecks teilweiser Zahlung des am 31. Oktober 1899 fällig gewordenen Wechsels von 3598 Fr. 90 Cts., den die Dampfsiegelei Männedorf eingelöst habe, und nicht zwecks Tilgung der erst am 31. Dezember 1899 fälligen Wechselschuld von 2200 Fr., noch an den, am 15. November 1899 fällig gewordenen Wechsel von 3900 Fr. Denn der per Ende Dezember 1899 fällige Wechsel sei zur Zeit der Zahlungen des Aebi gar nicht in den Händen von Schudel & Rabus, sondern bei der Gewerbebank Zürich diskontiert gewesen; und für den Wechsel per 15. November 1899 sei Wolff nachher in den Büchern von Schudel & Rabus voll belastet worden. Beide kantonalen Instanzen gehen demgemäß davon aus, es handle sich um die Tilgung einer fälligen Schuld, so daß Art. 287 Ziffer 3 Sch.- u. R.-Ges. nicht zur Anwendung komme. Dagegen hat die erste Instanz die Anweisung als anfechtbar erklärt gestützt auf Ziffer 2 eod. Die zweite Instanz dagegen läßt die Frage der Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung offen, gelangt aber zur Gutheißung der Anfechtungsklage auf Grund des Art. 288 leg. cit., aus den in Erwägung 5 unten angeführten Gründen.

3. In ihren Antwortschriften auf die Berufung halten nun

sämtliche Kläger in erster Linie an ihrer ursprünglichen Darstellung fest, wonach es sich bei der Anweisung an Uebi um Zahlung der Wechselschuld pro Ende Dezember 1899, also um Tilgung einer nicht verfallenen Schuld, gehandelt habe. Sie stützen sich hierbei auf das Zugeständnis des Beklagten in der Hauptverhandlung (vor erster Instanz), wonach Wolff den Wechsel von 3598 Fr. 90 Cts. gezahlt habe, wenn auch verspätet, auf die Bücher der Firma Schudel & Rabus und den Rechnungsauszug dieser Firma, und führen aus, diesen Tatsachen gegenüber können die unbestimmten Aussagen der Zeugen Hösli und Rabus sowie der Vermerk in der Strazze von Wolff: „8. Nov. Männedorf, erhalten 2 „Wechsel einlösen samt Spesenwechsel vom 31. Oktober 1899“ nicht in Betracht fallen. Die Kläger verlangen demgemäß auch noch vor Bundesgericht in erster Linie Gutheißung der Klage gestützt auf Art. 287 Ziff. 3 Sch.- u. R.-Ges. Allein es kann ihnen nicht beigegeben werden, daß die von ihnen als aktenwidrig angefochtene Feststellung der ersten Instanz über die Einlösung des per Ende Oktober 1899 fälligen Wechsels durch die Dampfziegelei Männedorf am gerügten Mangel leide. Diese Feststellung stützt sich nicht nur auf die Zeugenaussagen Hösli und Rabus und auf den Vermerk in der Strazze des Wolff, sondern auch auf Akt. 80, eine Zuschrift der Gewerbebank Zürich an den Beklagten, vom 12. Dezember 1902, wonach „das Akzept „A. Wolff . . . von 3598 Fr. 90 Cts. per 31. Oktober 1899 „ausgestellt von der Dampfziegelei Männedorf am 9. November 1899 bezahlt worden ist“; durch wen, vermag die Gewerbebank Zürich allerdings nicht zu sagen, allein sie fügt bei: „Tatsache „ist nur, daß wir der Dampfziegelei Männedorf am gleichen „Tage laut der von Ihnen (Schudel) und Herrn Rabus unterzeichneten Abrechnung ein neues Akzept von 2200 Fr. per „31. Dezember 1899 auf A. Wolff diskontierten, welches Geld „wahrscheinlich zur teilweisen Einlösung des vorerwähnten Wechsels von 3598 Fr. 90 Cts. verwendet worden ist.“ Wenn nun die kantonalen Instanzen alle diese Beweismomente dahin gewürdigt haben, der fragliche Oktober-Wechsel sei von der Dampfziegelei Männedorf, Schudel & Rabus, eingelöst worden und diese habe daher eine Forderung auf Wolff gehabt, durch die

Anweisung sei somit eine fällige Forderung jener Firma gedeckt worden, so haben sie nur von dem ihnen in Art. 289 Sch.- u. R.-Ges. eingeräumten Recht der Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen Gebrauch gemacht und keineswegs aktenwidrige tatsächliche Feststellungen vorgenommen oder die Beweise in Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften gewürdigt; gegenteils läge eine solche Verletzung wohl eher vor, wenn sie sich durch die Darstellung und das Zugeständnis des Beklagten in der Hauptverhandlung gebunden gefühlt hätten. Auch das Bundesgericht hat also davon auszugehen, daß durch die Anweisung eine fällige Forderung von Schudel & Rabus getilgt werden sollte und daß somit Art. 287 Ziff. 3 Sch.- u. R.-Ges. von vornherein nicht zur Anwendung kommen kann.

4. Seinen ersten Berufungsantrag: Die Klagen Wuggli und Bachmann seien abzuweisen wegen verspäteter Geltendmachung, begründet der Beklagte damit, diese Kläger haben die ihnen durch das Konkursamt zur Anhängigmachung der Klage beim Friedensrichter und zur Einreichung der Weisung beim Bezirksgericht gesetzte Frist nicht innegehalten und dadurch ihr Klagerecht verwirkt. Die erste Instanz — der sich die zweite Instanz in diesem Punkt einfach angeschlossen hat — hat ausgeführt, die fragliche Fristansetzung könne nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift haben; für die Berechtigung des Konkursamtes, bei der Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse zerstörende Fristen (zur Klageanhebung) anzusetzen, finden sich keine Anhaltspunkte im Gesetze. Über diese Frage ist zu bemerken: Das Bundesgericht hat es als zulässig erklärt, daß dann, wenn ein Dritter Sachen vindiziert, die sich im Besitze der Konkursverwaltung befinden, und einzelne Gläubiger derselben an Stelle der Gesamtgläubigerschaft sich die Rechte der Masse haben abtreten lassen, den dritten Windikanten von der Konkursverwaltung Frist zur Klage im Sinne des Art. 242 Abs. 2 Sch.- u. R.-Ges. gesetzt werden könne (vgl. Entscheidungen der Schuldbetr. und Konkurskammer vom 11. Mai 1901 i. S. Konkursamt Entlebuch gegen Luzern, Amtl. Samml., Bd. XXVII, 1, S. 233 ff., spez. S. 236 f. Erw. 4; Sep.-Ausg., Bd. IV, S. 63 ff., spez. S. 66 f. Erw. 4; Entsch. v. 30. September 1897 i. S. Meyer, Amtl. Samml., Bd. XXIII,

§. 1301 ff., spez. §. 1303 Erw. 1; vgl. auch Amtl. Samml., Bd. XXVII, 2, §. 130 f. sub 7; Sep.-Ausg., Bd. IV, §. 51 sub 7); ferner hat es ausgesprochen, daß jedenfalls das Konkursamt nicht den Dritten gegenüber verpflichtet sei, den Abtretungsgläubigern Frist zur Klage anzusetzen (Entsch. d. Schuldb. u. Konkurskammer vom 9. Juni 1903 in Sachen Helmensdorfer & Cie., Amtl. Samml., Bd. XXIX, 1, §. 264; Sep.-Ausg., Bd. VI, §. 125 f.); dagegen hat es im letztern Entscheide erklärt, sofern überhaupt Art. 260 Sch. u. R.-Ges. die Möglichkeit gewähren sollte, den Abtretungsgläubigern eine Klagefrist anzusetzen, so dürfe dies jedenfalls nur dahin verstanden werden, daß die Konkursmasse — im Interesse einer sachgemäßen Durchführung des Konkurses — zu dieser Fristansetzung berechtigt, nicht aber (wie schon ausgeführt) den Dritten gegenüber verpflichtet sei; es hat also die heute zum Entscheid gebrachte Frage noch nicht ex professo entschieden. Aus dem letztangeführten Entscheide ist aber zu folgern, daß eine derartige Fristansetzung nur als Ordnungsvorschrift aufgefaßt werden und daß eine Verwirkung des Klagerechtes daran nicht angedroht werden darf; eine derart weitgehende Befugnis müßte dem Konkursamt (bezw. der Konkursverwaltung) ausdrücklich verliehen sein. Die Einrede der Klageverwirkung ist danach unbegründet. Die übrigen vor den kantonalen Instanzen vorgebrachten prozeßhindernden Einreden des mangelnden Sühneversuches und des Widerspruches zwischen Weisung und Klagebegründung in der Hauptverhandlung hat der Beklagte vor Bundesgericht nicht mehr vorgebracht, und das gewiß mit Recht, da es sich hierbei ausschließlich um Fragen des kantonalen Prozeßrechtes handelt, deren Überprüfung dem Bundesgerichte entzogen ist.

5. In materieller Beziehung führt die Vorinstanz, nachdem sie den Grundsatz aufgestellt hat, daß auf Grund des Art. 288 Sch.- u. R.-Ges. auch die Zahlung einer verfallenen Schuld anfechtbar sein könne, aus: Daß in der Bezahlung der Firma Schudel & Rabus eine Begünstigung von Gläubigern liege, die unter den Begriff des Art. 288 Sch.- u. R.-Ges. falle, dürfe nach der Aktenlage unbedenklich angenommen werden. Der Kridar Wolff sei unmittelbar vor dem Konkurse gestanden, der auch tatsächlich

wenige Tage, nachdem die streitige Zahlung an Schudel & Rabus geleistet war, ausgebrochen sei. Derselbe sei zur Zeit der Zahlung von jeder Barschaft entblößt gewesen und habe nur dadurch die Mittel zur teilweisen Bezahlung der Firma Schudel & Rabus flüssig machen können, daß er die in seinem Geschäfte verwendeten Zugpferde veräußerte. Die Absicht der Begünstigung von Schudel & Rabus und der Benachteiligung der übrigen Gläubiger sei danach ganz klar. Sie sei aber auch für Rabus erkennbar gewesen. Ganz abgesehen davon, daß die Firma Schudel & Rabus schon im Sommer (1899) über die ungünstige Vermögenslage des Wolff unterrichtet gewesen sei, spreche entscheidend gegen den guten Glauben des Rabus die Tatsache, daß er bis in alle Details mit den Einzelheiten des Rechtsgeschäftes vertraut gewesen sei, durch das Wolff sich die Barschaft zur Bezahlung der 2200 Fr. verschaffte. Charakteristisch für die Absicht des Rabus, sich zu decken, sei namentlich der Umstand, daß er den Wolff nach Dürdingen begleitet habe, was beweise, daß er den Pferdeverkauf wegen Mißtrauens in die Solvabilität des Wolff habe persönlich überwachen wollen.

6. Richtig ist nun vorab, daß unter Umständen, nämlich dann, wenn alle Voraussetzungen des Art. 288 Sch.- u. R.-Ges.: Rechts-handlung, Benachteiligungsabsicht des Schuldners, Erkennbarkeit dieser Absicht beim Dritten (Anfechtungsgegner), zutreffen, auch die Zahlung einer fälligen Schuld mit der Deliktspauliana von den benachteiligten Gläubigern angefochten werden kann. Das Bundesgericht hat dies, wenn auch nur beiläufig, in seinem Urteile vom 20. Juli 1897 in Sachen Picard & Cie. gegen Masse Weißliß, Amtl. Samml., Bd. XXIII, §. 1202 Erw. 2, ausgesprochen, und die Doktrin stimmt ihm bei; vgl. Jä g e r, Komm., Art. 288 Anm. 3, §. 524, und namentlich Brand, das Anfechtungsrecht, §. 141 f. sub 4 a. Daß die Zahlung einer fälligen Schuld eine Rechts-handlung ist, ist klar, da sie die rechtliche Wirkung der Tilgung einer Schuld hat; ebenso aber ist nicht zu bestreiten, daß sie unter Umständen die Begünstigung einzelner Gläubiger (oder eines Gläubigers) und damit die Benachteiligung der anderen Gläubiger bedeutet. Die Argumentation des Beklagten (in der Berufungsschrift), wenn der Grundsatz aufge-

stellt werde, daß auch die Zahlung einer fälligen Schuld anfechtbar sein könne, könne der Gläubiger, der eine Konkursandrohung erwirkt, entgegen der Vorschrift des Art. 172 Ziff. 3 Sch.-u. R.-Ges. nicht mehr Zahlung entgegennehmen, ohne sich dadurch der Gefahr einer Anfechtungsklage auszusetzen — geht fehl, weil eben nicht jede Zahlung einer fälligen Schuld, sondern nur die mit Begünstigungs- bzw. Benachteiligungsabsicht vorgenommene, unter der weitem Voraussetzung, daß diese Absicht dem andern Teil erkennbar war, anfechtbar ist. Demgemäß haben die Kläger, als Anfechtungskläger, zu beweisen, daß die Anweisung des Wolff an Mebi, auf der die Zahlungen an Schudel & Rabus beruhen, in deren Erfüllung sie geleistet wurden — geschah in der Absicht, den Anweisungs- (und Zahlungs-) empfänger zu begünstigen, und damit die andern Gläubiger zu benachteiligen, und daß diese Absicht „dem andern Teile“, d. h. Rabus und der Firma Schudel & Rabus und damit auch dem heutigen Beklagten, erkennbar gewesen sei. Nun sind die von der Vorinstanz angeführten Momente in der Tat zunächst schlüssig dafür, daß Wolff die Anweisung in Begünstigungsabsicht vorgenommen habe. Der Beklagte wendet demgegenüber ein, die Annahmen der Vorinstanz seien größtenteils aktenwidrig: Anfang November (1899), als das Abkommen mit Schudel & Rabus getroffen worden sei, sei Wolff selbst noch der vollen Überzeugung gewesen, er könne sich noch halten; er habe damals noch ein Guthaben von 5000 Fr. bei der Leihkasse Neumünster, ferner 15,000 Fr. bei Rechtsagent Weber in Zürich hinterlegt gehabt; allerdings seien diese Barmittel dann in der zweiten Hälfte November aufgebraucht worden, weil Wolff ganz plötzlich von einigen Banken stark bedrängt worden sei. Aber gerade die eigene Darstellung des Beklagten zeigt das unhaltbare seiner Ausführungen; denn jene 15,000 Fr. waren deponiert zwecks Abschlusses eines Nachlaßvertrages Wolffs mit seinen Gläubigern. Übrigens zeigt schon der Umstand, daß bei der Konkursöffnung den Aktiven von 265,000 Fr. Passiven im Betrage von 665,000 Fr. gegenüberstanden, daß Wolff anfangs November vor dem Konkurse stand, und daß seine Behauptung, er habe zur Zeit des angefochtenen Rechtsgeschäftes annehmen können, er könne sich noch halten, unrichtig ist. Die weitere Behauptung, der Pferdeverkauf sei etwas ganz natürliches und dem normalen

Geschäftsbetriebe nicht widersprechendes gewesen, ist schon an sich nicht sehr wahrscheinlich, entbehrt aber auch der Erheblichkeit, da ja nicht der Pferdeverkauf als solcher, sondern die damit verbundene Anweisung zu Gunsten von Schudel & Rabus angefochten wird. Danach ist aber der Vorinstanz in allen Punkten darin beizustimmen, daß auf Seiten Wolffs die Begünstigungsabsicht vorlag. Endlich treffen aber auch ihre Ausführungen über die Erkennbarkeit dieser Absicht auf Seite des Empfängers der Anweisung — der Firma Schudel & Rabus — zu. Wenn der Beklagte gegenüber den Ausführungen der Vorinstanz damit argumentiert, Schudel & Rabus hätten ja dem Wolff noch im Sommer 1899 Lieferungen gemacht, so folgt daraus noch nicht, daß ihnen im November 1899, zur Zeit des Abschlusses des angefochtenen Rechtsgeschäftes, der schlechte Stand des Wolff und die Gefährdung ihrer Interessen bekannt war; denn die Vermögenslage des Wolff konnte sich ja vom Sommer bis zum November 1899 rasch ändern. Und wenn der Beklagte geltend macht, es sei Rabus bekannt gewesen, daß Wolff noch 5000 Fr. auf der Leihkasse Neumünster und 15,000 Fr. bei Rechtsagent Weber habe liegen lassen, so wendet der Vertreter des Klägers Baumann demgegenüber mit Recht ein, daß dann Rabus auch gewußt habe, wozu die 15,000 Fr. bei Rechtsagent Weber lagen, nämlich zum Abschluß eines Nachlaßvertrages; die 5000 Fr. bei der Leihkasse Neumünster aber kommen der Tatsache gegenüber, daß Schudel & Rabus zur Zeit der Anweisung ein Guthaben von über 6000 Fr. an Wolff hatten, nicht in Betracht. Endlich ist auch die Einwendung, bei Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht hätte sich Rabus den ganzen Teil des Kaufpreises anweisen lassen, unerheblich, da erfahrungsgemäß bei in fraudem creditorum abgeschlossenen Geschäften der Begünstigte sich häufig mit der Befriedigung nur eines Teiles seiner Forderung zufrieden gibt.

7. In letzter Linie ruft der Beklagte zur Begründung seines Antrages auf Abweisung der Klagen die Art. 290 und 291 Sch.-u. R.-Ges. an, indem er ausführt, nach Auflösung der Kollektivgesellschaft Schudel & Rabus habe er die Aktiven der frühern Firma übernommen; da er nun nicht in bösem Glauben gewesen und da die Begünstigung nicht ihm zugekommen sei, könne er nicht belangt werden. Demgegenüber ist zu bemerken,

daß die Vorteile des angefochtenen Rechtsgeschäftes der Firma Schudel & Rabus zugekommen sind und daß beide Gesellschafter die Benachteiligungsabsicht des Wolff haben kennen müssen, daß daher auch der Beklagte passiv legitimiert erscheint.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 25. Juni 1903 in allen Teilen bestätigt.

Vergl. auch Nr. 89, 90 und 91.

## VI. Organisation der Bundesrechtspflege.

### Organisation judiciaire fédérale.

#### 89. Urteil vom 17. Oktober 1903 in Sachen

**Eisenhut**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Möller**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Voraussetzungen der Berufung: Haupturteil, Art. 58 Org.-Ges. Ein Urteil darüber, ob ein Schuldner zu neuem Vermögen gekommen sei — Art. 265 Abs. 2 Sch.- u. K.-Ges. — ist kein Haupturteil.

Das Bundesgericht hat,

da sich ergeben:

A. Durch Urteil vom 7. September 1903 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen über die Rechtsfrage

des Klägers: „Ist nicht gerichtlich zu erkennen, der Beklagte sei „pflichtig, dem Kläger auf Grund des Verlustscheines vom 6. Januar 1894, des neuen Vermögenserwerbes und des Arrestes vom 17. März 1903, die Summe von 4042 Fr. 84 Cts. nebst „Zins à 5 % vom Tage des Vermittlungsvorstandes an als „Schuld anzuerkennen und zu bezahlen?“, und die Vor- und Gegenrechtsfrage des Beklagten: „Ist nicht gericht-

„lich zu erkennen, der Beklagte habe sich auf die Streitsache nicht „einzulassen, eventuell sei die Klage abzuweisen?“

erkannt:

Die Klage ist geschützt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell Abweisung zur Zeit.

C. Der Kläger stellt die Anträge: Auf die Berufung sei nicht einzutreten; eventuell sei sie als unbegründet abzuweisen; —  
in Erwägung:

1. Der Prozeß beruht auf folgendem Sachverhalt: Der Kläger war in dem am 21. März 1892 über den Beklagten eröffneten Konkurs mit der heute geltend gemachten Verlustscheinforderung von 4042 Fr. 82 Cts. zu Verlust gekommen. Für diese Forderung ließ er Arrest auf ein dem Kläger durch Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 1903 zugesprochenes Guthaben von 7069 Fr. 85 Cts. nebst 5 % Zins seit 12. August 1901 auf Johann Rohner in Nebstein legen und hob in der Folge Vertreibung und nach erfolgtem Rechtsvorschlag des Beklagten Klage mit dem aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren an. Der Beklagte bestritt und bestreitet die Existenz der Forderung nicht, wohl aber deren Vollstreckbarkeit auf dem Vertreibungswege, indem er geltend macht, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen und könne somit gemäß Art. 265 Abs. 2 Sch.- u. K.-Ges. für die Verlustscheinforderung nicht auf dem Vertreibungswege belangt werden. Durch das eingangs mitgeteilte Urteil hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen diese Einrede des Beklagten verworfen.

2. Danach ist klar, daß nicht Bestand und Umfang der eingeklagten Forderung streitig sind, sondern einzig die Frage, ob der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen sei und ob deshalb die Forderung gemäß Art. 265 Abs. 2 Sch.- u. K.-Ges. gegen ihn auf dem Wege der Vollstreckung geltend gemacht werden könne. Ein hierüber ergehender Entscheid ist nun aber, gemäß feststehender Praxis des Bundesgerichts (s. Amil. Samml., Bd. XXV, 2. Teil, S. 551, Erw. 2 und dort citierte), nicht als Haupturteil im Sinne des Art. 58 Abs. 1 Organif.-Ges. anzusehen, da er nicht über den eingeklagten Anspruch an sich, dessen materielle Be-