

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil der I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 4. Februar 1911 in allen Teilen bestätigt.

73. Urteil vom 23. September 1911 in Sachen

Stächelin, Bekl. u. Ber.: Kl., gegen

Konkursmasse der Firma J. Basler & Cie., Kl. u. Ber.: Bekl.

*Anfechtungsanspruch nach Art. 287 Ziffer 1 SchKG. Ueberschuldung: Tat- und Rechtsfrage. — Anfechtbare Faustpfandbestellung an Wechseln (Art. 214 OR). — Entlastungsbeweis des Art. 287 Abs. 2 SchKG? Gegebene Erkennbarkeit der wirklichen Vermögenslage des Gemeinschuldners für den Anfechtungsbeklagten aus dessen eigenem Geschäftsverkehr mit jenem. — Pflicht des Anfechtungsbeklagten zur Rückerstattung der eingezogenen Wechselbeträge unter Abzug seiner Inkassospesen.*

A. — Durch Urteil vom 14. März 1911 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in vorliegender Streitsache erkannt:

„Der Beklagte wird zur Zahlung von 30,452 Fr. 95 Cts., nebst 5% Zins seit dem 28. Januar 1910 an die Klägerin verurteilt.

„Die Mehrforderung der Klägerin wird abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: „1. Aufhebung des angefochtenen Urteils; 2. Gänzliche Abweisung der Klage; 3. eventuell Rückweisung an die kantonale Instanz zur Beweiserhebung über die Kenntnissfrage; 4. eventualistische Abweisung der Klage, soweit sie den Betrag von 5821 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5% seit 28. Januar 1910 übersteigt.“

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten die gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter der Klägerin hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils, eventuell auf Schutz der erstinstanzlichen Entscheidung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im Oktober 1908 stellte die später in Konkurs gefallene Firma J. Basler & Cie. in Basel der Aktiengesellschaft « Les Produits Chimiques de Croissy Ld. » die nachfolgenden, bei der « Société générale » in Paris zahlbaren Akzente aus:

1. Akzept von	Fr.	9,832 40,	fällig per	15. Januar	1909
2. " " "	"	11,138 90,	" " "	15. " "	1909
3. " " "	"	11,720 45,	" " "	31. " "	1909
4. " " "	"	11,243 22,	" " "	10. Februar	1909

Total Fr. 43,934 97

Am 7. November 1908 wurden diese vier Akzente von der A.-G. « Les Produits Chimiques de Croissy Ld. » durch Vermittlung des Agenten C. Fuß-Sutter in Basel gegen Zahlung von 40,000 Fr. dem Beklagten, Baumeister Gregor Stächelin in Basel, indossiert, der die zwei ersten der Eidgenössischen Bank, A.-G., und die zwei andern der Handwerkerbank Basel weiter indossierte.

Als der Beklagte am 22. Januar 1909 die zwei ersten Akzente zufolge Protestes der Eidgenössischen Bank zurückerhielt, zahlten ihm J. Basler & Cie. an die Wechsel 4937 Fr. ab und stellten ihm zugleich eine vom genannten Tage datierte „Faustpfandbestellung“ aus. In dieser wird zunächst erklärt, es übergebe die Firma J. Basler & Cie., „zur Deckung einer Wechselforderung aus zwei Akzepten“, nämlich den erwähnten zwei von 9,832 Fr. 40 Cts. und 11,138 Fr. 90 Cts., dem Beklagten, dem Inhaber dieser Akzente, „als Deckung der Forderungen aus diesen Wechseln“ folgende, „dem Herrn Basler“ gehörende, im Basler Lagerhaus befindliche Farbwaren: (folgt Aufzählung nach den Niederlagenscheinen). „Die Bezugsscheine sind“, fährt sodann die Urkunde fort, „von Herrn J. Basler & Cie. blanko unterzeichnet und können diese von Herrn G. Stächelin nachträglich auf seinen oder einen andern Namen ausgefüllt werden, damit er sich mit diesem Bezug für seine Wechselforderung decken kann. Die Forderung des Herrn G. Stächelin ist mit dieser Deckung sichergestellt, jedoch nicht bezahlt; es ist der Wechselfschuldner nach wie vor zur schnellsten Bezahlung verpflichtet. Bis diese Zahlung erfolgt ist, gilt Vorliegendes als faustpfändliche Deckung und nach Deckung

der Wechselbeträge sind dem Schuldner die Niederlagscheine auszufolgen.“

Am 3. Februar 1909 erhielt der Verpfändungsakt vom 22. Januar 1909 folgenden Zusatz:

„Ferner gibt die Firma Basler & Cie. als weitere Deckung für die zwei vorstehenden Wechsel, wie auch als Deckung des am 10. ct. fälligen Akzeptes von 11,243 Fr. 22 Cts., ebenso als Deckung für das am 1. Februar resp. 31. Januar fällig gewordene Wechselakzept von 11,720 Fr. 45 Cts., sofern solches nicht eingelöst worden wäre, ein akzeptiertes Dreimonatsbillet per 27. Februar 1909 von 894.15.7 engl. Pfund. Dieses Akzept darf Herr Stächelin inkassieren und den eingegangenen Betrag der Firma Basler & Cie. gutbringen und verrechnen. Basel, den 3. Februar 1909 (gez.) J. Basler & Cie.“

Als am 11. Februar das dritte, am 31. Januar 1909 verfallene Akzept von 11,720 Fr. 45 Cts. zufolge Protestes von der Handwerkerbank Basel zurückkam, indossierte die Firma J. Basler & Cie. dem Beklagten ein weiteres Akzept von 8200 Fr per 28. Februar 1909 auf Lillo.

Als endlich am 19. Februar auch das vierte, am 10. Februar 1909 verfallene Akzept von 11,243 Fr. 20 Cts. uneingelöst von der Handwerkerbank zurückgekommen war, erwirkte der Beklagte von der Firma J. Basler & Cie. am 24. Februar 1909 eine fernere „Faustpfandbestellung“. Danach erklärte die genannte Firma, dem Beklagten „als weitere Deckung für die vier verfallenen Akzente“ mit Zinsen und Kosten außer den bereits am 22. Februar 1909 verpfändeten Waren noch andere (näher bezeichnete) Farbwaren im Fakturabetrage von 12,168 Fr. zu übergeben, welche Waren, wie die am 22. Januar verpfändeten, dem Beklagten „als faustpfändliche Deckung“ für seine Gesamtforderung von 43,934 Fr. 97 Cts. haften. Daran anschließend wird erklärt: „Die eingehenden Beträge der sub 3. und 11. Februar an Herrn G. Stächelin zahlungshalber übergebenen zwei akzeptierten Tratten, erstere per 27. Februar a/London im Betrage £ 894.15.7, die zweite a/Lillo per 28. Februar betragend 8200 Fr., sind von Herrn G. Stächelin nach deren Eingang am fälligen Schuldbetrag von 43,934 Fr. 97 Cts. plus Zinsen und Kosten gutzuschreiben.“

In der Folge kassierte denn auch der Beklagte die beiden Akzente auf London und Lillo ein und erkannte die Firma J. Basler & Cie. für den erhaltenen Gesamtbetrag von 30,752 Fr. 90 Cts. Am 22. April 1909 geriet die genannte Firma in Konkurs, worauf der Beklagte unter Berufung auf die Verpfändungsakte vom 22. Januar und 24. Februar seine Wechselrestanzforderung, die laut Buchauszug per 21. April 1909 noch 9638 Fr. betrug, als pfandversicherte Forderung anmeldete. Die Konkursverwaltung verwies jedoch im Kollokationsplan die angemeldete Forderung in die V. Klasse, weil das beanspruchte Pfandrecht nach Art. 287 Ziff. 1 SchKG anfechtbar sei, und ihre Verfügung wurde im darauf folgenden Kollokationsprozesse gerichtlich geschützt (erstinstanzlich durch Urteil des Zivilgerichts vom 15. Januar, und zweitinstanzlich durch solches des Appellationsgerichts vom 13. Mai 1910).

Mit der vorliegenden Klage sichts nunmehr die Konkursmasse der Firma J. Basler & Cie. unter Berufung auf Art. 287 SchKG auch die Hingabe der beiden Wechsel auf London von £ 894.15.7 (22,552 Fr. 90 Cts.) und Lillo von 8200 Fr. an den Beklagten an und begehrt Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 30,752 Fr. 90 Cts. nebst 5% Zins seit 28. Januar 1910 (Beginn des Verzuges). Der Beklagte trägt auf Abweisung der Klage an, indem er geltend macht: Die Unfechtbarkeit sei nach Art. 287 Schlußsatz ausgeschlossen, weil er bei der Vorannahme der angefochtenen Geschäfte die Vermögenslage der gemeinschuldnerischen Firma nicht gekannt habe. Im übrigen fehle es an den Voraussetzungen des Art. 287, weil die genannte Firma zur Zeit der Hingabe der zwei Wechsel noch nicht überschuldet gewesen sei, weil es sich um keine Pfandbestellungen, sondern um Zahlungen handle und daher die Ziffer 1 des Artikels nicht zutrefte, weil ferner solche kurzfristige, akzeptierte Kundenwechsel unter Kaufleuten ein übliches Zahlungsmittel seien und daher auch die Ziffer 2 nicht Anwendung finde, und weil endlich auch die Ziffer 3 nicht Platz greifen könne, indem durch die Übertragung der Wechsel fällige Schulden getilgt worden seien.

2. — Die Frage der Überschuldung ist von den Vorinstanzen schon im frühern Kollokationsprozesse unter Einholung eines kaufmännischen Expertengutachtens eingehend geprüft und bejahend

entschieden worden; und zwar haben die Vorinstanzen die Frage selbst für den Fall bejaht, daß die von der A.-G. « Les Produits Chimiques de Crossy Ld. » geltend gemachte Forderung als nicht gerechtfertigt aus den Passiven gestrichen werde, da auch dann noch eine bedeutende Unterbilanz bleibe. Im jetzigen Prozesse hält die erste Instanz an der Richtigkeit ihrer damaligen Darlegungen fest und erörtert des näheren die Einwendungen und die neuen Behauptungen, die der Beklagte dagegen erhoben hat, wobei sie zu dem Schlusse gelangt, daß ihre frühere Auffassung dadurch nicht entkräftet werde. Die kantonale Oberinstanz stimmt dem ohne weiteres zu. Auch das Bundesgericht kann zu keinem andern Ergebnisse kommen: So, wie die Überschuldungsfrage hier liegt, handelt es sich im wesentlichen darum, die Vermögensverhältnisse, in denen sich die gemeinschuldnerische Firma beim Abschlusse der angefochtenen Rechtsgeschäfte befunden hatte, nach der tatsächlichen Seite hin klar zu legen, d. h. im einzelnen festzustellen, welche Schulden und Aktiven damals wirklich vorhanden gewesen und wie sie ziffermäßig zu werten seien (so namentlich bei der Prüfung, ob sich geldwerte Rezepte, Fabrikationsverfahren, Patente und Markenrechte vorgefunden hätten und ob die Agentur der A.-G. « Les Produits Chimiques de Croissy Ld. », die angeblich der gemeinschuldnerischen Firma gegen diese Gesellschaft erworbenen Regreßrechte und die Ansprüche aus den Kampher-Patenten einen Geldwert repräsentieren). Die kantonalen Feststellungen über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein solcher Bilanzposten sind aber in keinem Punkte aktenwidrig oder durch eine bundesrechtswidrige Würdigung des Beweisergebnisses zustande gekommen und daher für das Bundesgericht verbindlich, so daß in dieser Hinsicht einfach auf die gründliche Motivierung des erstinstanzlichen Entscheides verwiesen werden kann. Andererseits hat sich dieser Entscheid auch nirgends von einer irrtümlichen Auffassung des Rechtsbegriffes der Überschuldung leiten lassen, dessen Anwendung auf den gegebenen Tatbestand übrigens keine Schwierigkeiten bietet. Im besondern ist es rechtlich zutreffend, wenn die erste Instanz erklärt, es komme für die Überschuldung nicht darauf an, welchen Wert der Geschäftsinhaber subjektiv seinem Geschäfte beilege, sondern auf die objektive Bestimmung der Aktiven und Passiven und ihres

Verhältnisses zu einander, und bei den Aktiven auf die Bestimmung ihres tatsächlichen Wertes. Folgerichtig ist sie dann von diesem Standpunkte aus dazu gelangt, die Kundschaft der gemeinschuldnerischen Firma und die dieser übertragene Vertretung der Firma Mander Brothers nicht als anrechenbare feste Vermögenswerte gelten zu lassen: Die Kundschaft nicht, weil ihre Fortdauer nicht von der Firma selbst, sondern von ihren Reisenden abgehängt habe, jene Vertretung aber nicht, weil sie der Vertreterin jederzeit habe entzogen werden können.

Die zweite Voraussetzung des Art. 287 Abs. 1, wonach die angefochtenen Rechtshandlungen innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkursöffnung vorgenommen worden sein müssen, liegt, wie nicht bestritten, ebenfalls vor, und es fragt sich deshalb im weitern, ob die genannten Rechtshandlungen als anfechtbar unter eine der drei Ziffern des Artikels fallen.

3. — Auch das ist zu bejahen, und zwar trifft im gegebenen Falle die Ziffer 1 des Art. 287 zu und ist also anzunehmen, daß die Parteien bei der Hingabe der beiden Wechsel Pfandrecht daran haben begründen wollen: Durch die Indossierung und die Ausshändigung der beiden Wechsel an den Beklagten sind die nach Art. 214 OR für ihre Verpfändung nötigen Vorkehrungen erfüllt worden. Daß sodann diesen Vorkehrungen der Wille, Pfandrecht zu bestellen, zu Grunde gelegen hat, kann zunächst für den am 3. Februar 1909 übergebenen Wechsel auf London mit Bestimmtheit aus der hinsichtlich seiner Übergabe aufgenommenen Urkunde in Verbindung mit der vorangegangenen „Faustpfandbestellung“ vom 22. Januar entnommen werden. Die Sicherheit, die der Beklagte laut dieser „Faustpfandbestellung“ durch Hingabe von Waren geleistet erhielt, wird ausdrücklich als „faustpfändliche Deckung“ bezeichnet und erklärt, daß die Forderung des Beklagten „mit dieser Deckung sicher gestellt, jedoch nicht bezahlt und der Wechselschuldner nach wie vor zur schnellsten Bezahlung verpflichtet“ sei. Wenn nun der Akt vom 3. Februar sich dahin ausspricht, die gemeinschuldnerische Firma übergebe dem Beklagten „als weitere Deckung“ den Wechsel auf London, so war damit offenbar eine Deckung von rechtlich gleichem Charakter, also wiederum Pfandbargabe, gemeint. Wäre es den Parteien

512 A. Oberste Zivilgerichtsinstanz. — I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

darum zu tun gewesen, dieser neuen Deckung einen andern rechtlichen Inhalt zu geben als der frühern — wofür sich übrigens kein Grund ersehen läßt —, so hätten sie sich ausdrücklich hierüber erklärt. Nun wird freilich in der spätern „Faustpfandbestellung“ vom 24. Februar 1909 bei Erwähnung der vorangegangenen Übergabe der beiden Wechsel davon gesprochen, daß diese dem Beklagten „zahlungshalber“ übergeben worden seien. Daß aber hiemit die Parteien den rechtlichen Unterschied zwischen einer solchen und der pfändungsweisen Übergabe hätten hervorheben wollen, läßt sich nicht annehmen, da ja die beiden Arten der Sicherheitsleistung, Verpfändung und Abtretung zahlungshalber, wirtschaftlich, wenigstens in den hier in Frage stehenden Beziehungen, im wesentlichen gleich funktionieren und da ferner ihre rechtliche Verschiedenheit den Parteien nicht bewußt oder gleichgültig sein mochte. Dabei ist zu bemerken, daß, gleich wie bei der Warenverpfändung vom 22. Januar, auch bei der Indossierung des Wechsels auf London dem Beklagten das Recht zur selbständigen Realisierung des deckungsweise übergebenen Vermögensstückes eingeräumt worden ist und also nichts im Wege steht, den Beklagten statt als Zessionar bloß als Faustpfandgläubiger anzusehen, der kraft besonderer Zusage persönlich zur Einziehung der verpfändeten Wechselforderung berechtigt ist, ganz abgesehen davon, ob er nicht schon kraft des Art. 220 OR zur Einziehung sowohl berechtigt als verpflichtet gewesen wäre. Und vor allem endlich läßt sich mit dem Ausdruck „zahlungshalber“ im Akte vom 24. Februar deshalb nicht argumentieren, weil die „Pfandbestellung“ vom 22. Januar erklärt, daß der Wechselschuldner nach wie vor zur schnellsten Bezahlung verpflichtet sei, welche Bestimmung laut dem Gesagten auch für den die Übergabe des Londoner Akzeptes verurkundenden „Nachtrag“ vom 3. Februar zu jener Pfandbestellung gilt, aber nur mit einer verpfändungsweisen Dargabe, nicht mit einer zahlungsweisen Abtretung des Wechsels vereinbar ist.

Was sodann den Wechsel auf Ville anlangt, so ist freilich bei seiner am 11. Februar erfolgten Indossierung und Übergabe nichts weiteres verurkundet worden. Allein daß auch hier die Begebung als Pfanddargabe gemeint war, läßt sich nicht bezweifeln, sobald feststeht, daß die vorangegangene Übergabe des Wechsels auf

London diesen Zweck gehabt hat. Denn ohne besondere Anhaltspunkte — und an solchen fehlt es — verbietet sich die Annahme, die Parteien hätten der Sicherstellung durch den einen Wechsel nicht den gleichen rechtlichen Inhalt geben wollen als der durch den andern.

Außer Zweifel steht endlich, daß es sich bei den beiden Verpfändungen um Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten handelt und daß der Beklagte nicht schon früher zur Sicherstellung verpflichtet gewesen war. Damit sind die Erfordernisse der Ziffer 1 des Art. 287 gegeben.

4. — Die fraglichen zwei Rechtshandlungen müssen somit als anfechtbar erklärt werden, sofern der Beklagte den ihm durch den Schlußabsatz des Art. 287 geöffneten Entlastungsbeweis schuldig geblieben ist, also der Nachweis fehlt, daß er bei der Bornahme jener Rechtshandlungen die Vermögenslage der gemeinschuldnerischen Firma nicht gekannt habe. Mit diesem Beweise ist es nach feststehender Rechtsprechung (vergl. z. B. US 25 II S. 942; 26 II S. 471\*) streng zu nehmen; es genügt für die zu präsumierende Kenntnis der Überschuldung, daß der Gläubiger nach den Umständen begründeten Anlaß hatte, die Überschuldung als vorhanden vorauszusetzen oder doch mit ihrem Vorhandensein zu rechnen. Dafür aber, daß dies hier der Fall gewesen ist, bildet schon der Umstand, daß der Beklagte die Pfandsicherheit für die beiden Wechsel angenommen hat, nachdem sie unter Protest an ihn zurückgekommen waren, ein schwerwiegendes Indiz (vergl. US 33 II S. 369\*\*), dies um so mehr, als die Wechselverbindlichkeiten, die die gemeinschuldnerische Firma hier uneingelöst ließ, im Verhältnis zur Höhe ihrer Geschäftsumsätze keine erheblichen Beträge darstellen. Dazu kommen noch die verschiedenen weiteren, von den Vorinstanzen mit Recht namhaft gemachten Momente: So vor allem der außergewöhnliche Einschlag, den sich der Beklagte bei der durch Vermittlung des Agenten Fuß-Sutter erfolgten Erwerbung der Wechsel ausbedungen hat, und die Tatsache, daß die Firma schon die beiden früher fälligen Akzente nicht eingelöst und sich veranlaßt gesehen hatte, den Beklagten durch Verpfändung von Handelswaren sicher

\* Sep.-Ausg. 2 [Nr. 80 S. 351, 3 [Nr. 28 S. 127 ff. Erw. 4. — \*\* Id., 10 Nr. 43 S. 190.

zu stellen; sodann auch der Umstand, daß er die Firma noch besonders „zur schnellsten Bezahlung“ der Wechselforderung verpflichtete. Dieser ganzen Sachlage gegenüber vermag der Beklagte nicht mit dem Hinweis darauf durchzubringen, er habe von Banken und Informationsbureaux gute Auskunft über den Stand der Firma erhalten. Nachdem sich ihm infolge seines persönlichen Verkehrs mit der Firma aus eigener Erfahrung solche gewichtige Bedenken gegen ihre Kreditfähigkeit aufdrängen mußten, konnten diese unzutreffenden Mitteilungen Dritter für seine Auffassung nicht mehr bestimmend sein.

5. — Nach den bisherigen Ausführungen hat also der Beklagte die beiden Wechselfummen von £ 894.15.7 = 22,552 Fr. 90 Cts. und 8200 Fr. der klägerischen Konkursmasse zu erstatten, wobei er aber immerhin die ihm erwachsenen Inkassospesen von 299 Fr. 95 Cts., die der gemeinschuldnerischen Firma ebenfalls entstanden wären, abziehen darf, so daß er der Masse 30,452 Fr. 95 Cts. schuldig bleibt. Der Zins hievon ist wie gefordert vom 28. Januar 1910, dem Eintritt des Verzuges an, zu 5% zu berechnen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 14. März 1911 in allen Teilen bestätigt.

## II. Prozessrechtliche Entscheidungen.

### Arrêts en matière de procédure.

#### Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

74. Urteil vom 21. Oktober 1911 in Sachen  
Kresselbuch, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Konkursmasse Bachmann,  
Bekl. u. Ber.=Bekl.

Art. 213 OG. Zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten ist der  
Berufungskläger wegen Zahlungsunfähigkeit nicht verpflichtet.

Das Bundesgericht hat

über das Gesuch, das die Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 6. Oktober mit der Behauptung, es sei über den Berufungskläger eine Grundpfandverwertung ausgeschrieben und sonach seine Zahlungsunfähigkeit ausgewiesen, dahin gestellt hat: Es solle dem Berufungskläger gemäß Art. 26 BZP für die Kosten des Prozesses inkl. allfällige Prozeßentschädigung eine angemessene Kaution auferlegt werden; —

in Erwägung:

Der angerufene Art. 26 BZP ist laut Art. 85 OG auf das Berufungsverfahren nicht anwendbar. In diesem Verfahren beurteilt sich vielmehr die Pflicht der Parteien, für die Prozeßkosten Sicherheit zu leisten, nach dem Art. 213 OG, und dieser stellt, im Gegensatz zu dem angerufenen Art. 26 BZP, eine solche Pflicht nicht auch für den Fall der Zahlungsunfähigkeit einer Partei auf, sondern nur für den Fall, daß die Partei keinen festen Wohnsitz hat\*;

beschlossen:

Das Gesuch wird abgewiesen.

\* Siehe hierüber schon AS 36 II Nr. 47 S. 285 f.

(Anm. d. Red. f. Publ.)