

l'art. 288 LP, soit d'un acte fait par un débiteur dans l'intention reconnaissable de favoriser un créancier au détriment des autres. Il ne résulte cependant pas du dossier que Fontana & Thiébaud aient voulu agir de cette manière, le fait relaté par dame Munz, à savoir que le premier lui avait demandé un versement acompte quelques jours auparavant, ne suffisant pas à lui seul pour permettre d'admettre l'existence d'une telle intention chez les demandeurs.

3. — Le paiement attaqué ne pouvant ainsi être annulé aux termes de l'art. 288 LP, la question se posait de savoir si, du moment qu'il a eu lieu au nom du défunt et au moyen de fonds provenant de sa succession, il ne s'agissait pas en réalité d'une « transaction » faite pendant l'hérédité jacente au sujet de la succession et nulle par conséquent aux termes de l'art. 768 CCN (voir JACOTTET, *Droit civil neuchâtelais*, tome I p. 789). Mais cette question, qui échappe à l'examen du Tribunal fédéral, a été tranchée négativement et dans les limites de sa compétence, par l'instance cantonale.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement du Tribunal cantonal du 4 juin 1913 confirmé tant sur le fond que sur les dépens.

70. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. September 1913
in Sachen Konkursmasse Schulthess-Würth & Cie.,
Befl. u. Ver.-Kl., gegen Gerike & Cie., Kl. u. Ver.-Befl.

Art. 211 SchKG. Schadenersatzklage des Verkäufers einer vom Gemeinschuldner gekauften Ware, falls die Konkursverwaltung von dem Rechte der Naturalerfüllung keinen Gebrauch macht. Untersuchung der Frage, ob im konkreten Fall die Konkursverwaltung auf dieses Recht verzichtet habe. — Berechnung des Erfüllungsinteresses des Verkäufers.

A. — Die Klägerin hatte der Firma Schulthess-Würth & Cie. am 9. Dezember 1909 und am 6. Januar 1910 je 100,000 kg

Rosiger Kristallzucker à 26 Mk. 50 Pf. u. 26 Mk. 25 Pf., lieferbar auf Abruf November 1910/September 1911 und Oktober 1910/September 1911, verkauft. Als die Käuferin am 26. Mai 1911 — die Zuckerpreise standen damals um zirka 2 Mk. per 100 kg tiefer als bei Vertragsabschluß — in Konkurs erklärt wurde, waren erst 20,000 kg der ersten Bestellung abgerufen worden. Die Parteien sind darüber einig, daß die restierenden 180,000 kg noch bis Ende September hätten abgerufen werden können.

Nachdem der Konkursverwalter erklärt hatte, die Konkursmasse könne ein so großes Quantum Zucker nicht auf eigene Rechnung übernehmen, dagegen werde er sich bemühen, die beiden Firmen, denen die Kridarin die Ware weiterverkauft habe (J. J. Tanner in Herisau und Sulzer & Vier in Zürich) zum Eintritt in die Lieferungsverträge mit der Klägerin zu bewegen, so daß die Konkursmasse ganz ausgeschaltet würde, und er gewärtige die Mitteilung der bezüglichen Bedingungen der Klägerin, schrieb diese am 17. Juni an die Konkursverwaltung:

„Mit Gegenwärtigem teilen wir Ihnen auf Ihre Anfrage mit, daß wir event. bereit wären, die von der Firma Schulthess-Würth & Cie., in Zürich, noch abzunehmenden 18 Wagen Rosiger Zucker à 26 Mk. 50 Pf. Kassa 1 %, Fabrikconditionen, direkt an die Abnehmer genannter Firma zu liefern und zu fakturieren und zwar: an die Firma: J. J. Tanner 212, Herisau,

„15 Wagen à 28 Mk. 50 Pf.
an die Firma Sulzer & Vier, Zürich,

„3 Wagen à 28 Mk. 25 Pf., obige Kond.
„Wir würden Ihnen die Preisdifferenzen, abzüglich Skontodifferenz und Zins à 5 % p. a. bis Ende September a. c., prompt abhändigen, Sie von allen Rechten und Pflichten entlasten und selbst als Lieferanten in die Kontrakte eintreten, vorausgesetzt, daß die Firmen Tanner und Sulzer & Vier sich schriftlich bereit erklären, daß sie die 15 bzw. 3 Wagen, von uns fakturiert, bis Ende September a. c. abnehmen und an uns bezahlen wollen. Für Umschreibebgebühr würden wir Ihnen 25 Pfennig per % kg — 25 Mk. pro Wagen in Anrechnung bringen.

„Wir gewärtigen gerne prompt, jedenfalls aber vor dem 30. ert. Ihren definitiven Bescheid.“

Es steht fest, daß diese Offerte der Klägerin bis zum 30. Juni und übrigens auch nachher nicht angenommen worden ist, da die Drittabnehmer den Eintritt in die Lieferungsverträge zwischen der Kridarin und der Klägerin ablehnten.

Die Vorinstanz stellt ferner fest, daß der Konkursverwalter vor dem 30. Juni die Rechte allfälliger Abtretungsgläubiger nicht vorbehalten habe.

Die Klägerin meldete nun am 30. Juni eine Konkursforderung an, die nach Korrektur eines Rechnungsfehlers folgendermaßen lautete:

Differenz zwischen dem Verkaufspreis (26 Mk. 50 Pf. und 26 Mk. 25 Pf.) und dem Tagespreis (24 Mk.),
auf 180,000 kg Mk. 4250
oder (à 124) Fr. 5270

Diese Forderung wurde von der Konkursverwaltung bestritten.

Am 19. September, als die Zuckerpreise bis auf 43 Mk. gestiegen waren, erklärte die Konkursverwaltung, die Rechte der Masse aus den Lieferungsverträgen mit der Klägerin an drei Konkursgläubiger (Zuckerfabrik Frankenthal und Konsorten) abzutreten. Diese „Abtretung“ wurde der Klägerin am gleichen Tage notifiziert. Die Klägerin lehnte es jedoch ab, die Ware nachträglich noch zu liefern.

B. — Durch Urteil vom 14. Juni 1913 hat die Rekurskammer des zürch. Obergerichts über die Streitfrage:

„Ist die von der Klägerin unter Nr. 40 des Passivverzeichnisses zur Konkursmasse der Firma Schultheß-Würth & Cie. angemeldete Forderung von 5270 Fr. rechtlich begründet und in Klasse V „zu kollozieren?“

erkannt:

„1. Die von der Klägerin im Konkurs der Firma Schultheß-Würth & Cie. unter Nr. 40 des Passivverzeichnisses angemeldete Forderung von 5270 Fr. ist begründet und in V. Klasse zu kollozieren.“

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten diesen Antrag wiederholt und eventuell Herabsetzung der

zu kollozierenden Forderung auf 1800 Mk. beantragt, letzteres, weil die Klägerin bei der anderweitigen Veräußerung der Ware tatsächlich nur 100 Mk. per 10,000 kg verloren habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach Art. 211 SchKG bewirkt die Konkursöffnung, daß Forderungen, welche nicht eine Gelbzahlung zum Gegenstand haben, in Gelzforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt werden, sofern nicht die Konkursverwaltung es vorzieht, „die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen“ und — was das selbstverständliche Korrelat dazu ist — ihrerseits vom Vertragsgegner Erfüllung zu verlangen. Es ist also insbesondere der Verkäufer einer vom Gemeinschuldner gekauften Ware zur Geltendmachung seines Erfüllungsinteresses berechtigt, sofern die Konkursverwaltung sich nicht zur Abnahme und Bezahlung dieser Ware bereit erklärt. Vergl. Jaeger, Ann. 5 a zu Art. 211.

In welchem Zeitpunkte die Konkursverwaltung von ihrem Wahlrechte Gebrauch zu machen habe, ob sie dies von selbst zu tun habe, oder ob der Gegenkontrahent ihr dazu eine Frist anzusetzen habe, wann letzteres zu geschehen habe und wie lang die Frist zu bemessen sei, braucht anlässlich des vorliegenden Falles nicht entschieden zu werden. Denn die Vorinstanz hat in nicht aktienwidriger und daher für das Bundesgericht verbindlicher Weise (auf Grund der Zeugenaussagen des Buchhalters Erb und des Agenten Bojer) festgestellt, daß der Konkursverwalter von vornherein erklärte, er könne die Ware nicht auf Rechnung der Masse übernehmen, und daß nur darüber verhandelt wurde, ob sich ein Eintritt der Drittabnehmer (J. J. Tanner und Sulzer & Cie.) in den Vertrag zwischen der Kridarin und der Klägerin, bezw. ein Eintritt der Klägerin in die Verträge zwischen der Kridarin und jenen Drittabnehmern, bewerkstelligen lasse. Zur Beibringung der Zustimmungserklärungen dieser letztern konnte die Klägerin der Konkursverwaltung eine beliebig lange oder kurze Frist ansetzen, da sie ja überhaupt nicht verpflichtet war, die Drittabnehmer an Stelle der Konkursmasse als Schuldner anzunehmen. Mit dem fruchtlosen Ablauf der von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 17. Juni zur Beibringung jener Zustimmungserklärungen angesetzten Frist, also am 30. Juni, waren somit alle Voraussetzungen

für die Liquidierung des Erfüllungsinteresses der Klägerin gegeben, und es war daher dieses Interesse, wie die Klägerin es getan hat, auf den genannten Tag zu liquidieren, ohne daß es einer weiteren Fristansetzung bedurfte.

2. — In Bezug auf die Berechnung des Erfüllungsinteresses der Klägerin ist der Vorinstanz zunächst darin beizustimmen, daß die Klägerin am 30. Juni berechtigt war, der Beklagten ohne weiteres die Differenz zwischen dem Vertrags- und dem Tagespreis zu belasten, also ohne den Nachweis eines effektiven Weiterverkaufs zum Tagespreise; denn, da es sich um marktgängige Ware handelte, ist nicht anzunehmen, daß die Klägerin, wenn sie sofort an eine Drittperson verkaufte, dies zu einem höheren als dem Tagespreise tun konnte. Sollte es also auch richtig sein, daß die Klägerin die 18 Waggon Zucker tatsächlich erst einige Zeit nach dem 30. Juni und mit einem Verlust von bloß 1800 Mk. weiterverkauft hat (wie die Beklagte behauptet, und wofür die Aussage des Zeugen Erb in der Tat Anhaltspunkte bieten würde; eine Feststellung des kantonalen Richters liegt hierüber nicht vor), so könnte ihr dieser Umstand ebensowenig entgegengehalten werden, wie sie sich umgekehrt, wenn die Zuckerpreise weiter gefallen wären, darauf hätte berufen können, daß sie infolge Zuwartens tatsächlich einen größeren Verlust erlitten habe.

Die weitere Frage, welches Ende Juni 1911 der Tagespreis für rothiger Kryszallzucker, lieferbar Juli/September 1911 war, insbesondere ob er höher oder niedriger oder gleich hoch war, als der Tagespreis für Komptantware (damals unbestrittenermaßen 24 Mk. per 100 kg), ist eine Tatfrage, die der Überprüfung des Bundesgerichts nicht untersteht. Wenn daher die Vorinstanz — beim Versagen der eingeholten Expertise über diesen Punkt — angenommen hat, daß Ende Juni 1911 auch der Preis für Septemberware 24 Mk. betragen habe, so ist diese Feststellung, weil nicht aktenwidrig, für das Bundesgericht verbindlich.

3. — Auf die Frage endlich, ob der im Juni ausgesprochene Verzicht der Konkursverwaltung auf das Recht der Realerfüllung auch den drei Gläubigern entgegengehalten werden könne, denen die Konkursverwaltung am 19. September die Rechte der Masse abzutreten erklärt hat, ist im gegenwärtigen Prozesse, in welchem

nur die Klägerin und die Konkursmasse als solche Partei sind nicht einzutreten; ebensowenig auf die Frage, ob und eventuell inwieweit die Gutheißung der vorliegenden Klage für einen allfälligen Prozeß zwischen den Abtretungsgläubigern und der heutigen Klägerin präjudizell sein wird.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Juni 1913 bestätigt