

Hôtel de Musique abgeschlossenen Mietvertrag auf sich selbst übertragen zu lassen; des weitern, dass Lang sich in dem Untermietvertrag verpflichten musste, den Mietzins entgegen der Ortsübung monatlich und zwar prae-numerando (jeweilen auf den 5. des laufenden Monats) zu entrichten, u. s. w. — alles Umstände, die deutlich darauf hinweisen, dass die Klägerin die schlechte Vermögenslage des nachmaligen Gemeinschuldners sehr wohl kannte und gerade, weil sie sie kannte, auf dem « Verkauf » des Wirtschaftsmobiliars und der Kellervorräte so hartnäckig bestand.

5. — Da nach den vorstehenden Ausführungen die Klage jedenfalls gestützt auf Art. 288 SchKG abzuweisen ist, bedarf es keiner Untersuchung der Frage, ob auch Art. 202 alt OR zu diesem Resultate geführt haben würde.

Ebensowenig bedarf es eines Eintretens auf die Frage, ob die Klägerin kraft Vermieterretentionsrechtes auf den Erlös des Wirtschaftsmobiliars oder einen Teil davon hätte Anspruch erheben können; denn im vorliegenden Prozesse hat sie ausdrücklich nur ihr vermeintliches Eigentumsrecht geltend gemacht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des bernischen Appellationshofes vom 10. Juni 1914 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

72. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Oktober 1914

i. S. Kramer, Beklagter,

gegen Cohn & Kreh und Konsorten, Kläger.

Anfechtung einer vom Gemeinschuldner unmittelbar vor Konkursausbruch vorgenommenen, vom Angewiesenen ebenfalls noch vor Konkursausbruch angenommenen, jedoch erst nach Konkursausbruch honorierten Anweisung. Unanwendbarkeit des Art. 204 SchKG auf diesen Fall; Anwendbarkeit des Art. 288 gegenüber dem über die Vermögenslage des Anweisenden orientierten Anweisungsempfänger.

A. — Die Firma Wüthrich & C^{ie} in Herzogenbuchsee, als deren Rechtsnachfolger der Beklagte den vorliegenden Prozess führt, hatte eine unbestrittene, fällige Forderung von 5800 Fr. an den Baumeister Fieber in Zürich. Am 17. September 1908 liess sie durch Rechtsanwalt W... in Zürich auf Grund vorangegangener Wechselbetreibung für jene Forderung das Konkursbegehren gegen Fieber stellen. Am 25. September, als die Konkurseröffnung unmittelbar bevorstand, stellte Fieber dem genannten Rechtsanwalt eine zu Gunsten von Wüthrich & C^{ie} lautende Anweisung auf die Leihkasse Neumünster im Betrage von 5925 Fr. (= jenen 5800 Fr. nebst Zinsen und Spesen) aus. Fieber hatte bei der genannten Bank einen Baukredit, der aber damals erschöpft war. Rechtsanwalt W... erhielt deshalb auf seine Anfrage bei der Leihkasse, ob die Anweisung honoriert werde, vorderhand einen abschlägigen Bescheid. Als ihr jedoch Fieber am 30. September neue Schatzungsscheine vorlegte, wonach der ihm gewährte Kredit sich um 24,000 Fr. erhöhte, « schrieb » die Bank der Firma Wüthrich & C^{ie}, ohne irgendwelche Anzeige an sie, Rechtsanwalt W... oder Fieber, den Betrag von 5925 Fr. « gut », und zwar auf einem zu diesem Zwecke angelegten « Konto » (das jedoch bloss auf einer freigebliebenen Stelle eines ältern Geschäftsbuches angebracht wurde); gleichzeitig « belastete » sie diesen

Betrag dem Fieber. Am 2. Oktober sprach dieser auf der Leihkasse vor, um persönlich 18,000 Fr. auf Rechnung seines Baukredits zu erheben. Bei dieser Gelegenheit wurde er (nach der Zeugenaussage des Leihkassenverwalters) mündlich auf die «Anweisung», *alias* «Zession» der 5925 Fr. aufmerksam gemacht, und ihm eröffnet, dass «angesichts der Gutschrift gegenüber Wüthrich & C^{ie} und gleichzeitigen Belastung des Carl Fieber von den verfügbaren 24,000 Fr. nun von Fieber noch 18,000 Fr. erhoben werden könnten.» Fieber erklärte sich mit dieser Ordnung «einverstanden». Am 6. Oktober erneuerte Rechtsanwalt W... das Konkursbegehren, das er am 25. September zurückgezogen hatte. Einige Tage darauf (nach der Zeugenaussage des Leihkassaverwalters: «zwischen dem 7. und dem 9. Oktober») erhielt W... auf seine telephonische Anfrage, ob die Anweisung nunmehr honoriert werde, eine bejahende Antwort. Am 10. Oktober, einem Samstag, wollte er die 5925 Fr. erheben, kam aber erst nach Kassaschluss auf der Bank an. Am darauffolgenden Montag 12. Oktober beeilte er sich, das Geld zu erheben, quittierte dafür ohne Datum und sandte es seiner Klientin zu. Darauf begab er sich aufs Gericht, um das Konkursbegehren zurückzuziehen. Erst bei dieser Gelegenheit will er von der bereits am 9. Oktober vormittags 10 Uhr auf Betreiben eines andern Gläubigers stattgefundenen Eröffnung des Konkurses über den von allen Seiten, u. a. auch von ihm (W...) persönlich betriebenen Fieber erfahren haben. Anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge hat W... unter Berufung auf das Berufsgeheimnis die Beantwortung der meisten, sein Verhalten betreffenden Fragen verweigert.

Im Konkurse des Fieber setzte die Leihkasse Neumünster auf dem Prozesswege die Kollozierung der von ihr angemeldeten Forderung von 5925 Fr. durch. Darauf verlangte die Konkursverwaltung von der Firma Wüthrich & C^{ie} die Rückerstattung dieses Betrages. An die Stelle von Wüthrich & C^{ie}, die diese Rückzahlung ver-

weigerten, ist der heutige Beklagte, und an die Stelle der Masse sind auf Grund einer «Abtretung» im Sinne des Art. 260 SchKG die heutigen Kläger getreten.

B. — Durch Urteil vom 13. Juni 1914 hat der Appellationshof des Kantons Bern die auf Art. 288 SchKG gestützte und von der I. Instanz auf Grund dieser Gesetzesbestimmung gutgeheissene Klage ebenfalls gutgeheissen, jedoch unter Berufung auf Art. 204 und ohne sich über die Anwendbarkeit des Art. 288 auszusprechen.

Das Rechtsbegehren der Klage lautete:

«Es sei die vom Konkursiten Karl Fieber der Firma Wüthrich & C^{ie} durch Vermittlung der Leihkasse Neumünster-Zürich V gemachte Zahlung im Betrage von 5925 Fr. im Sinne des Art. 285 B. u. K. als ungültig zu erklären und es sei der Beklagte als Rechtsnachfolger der Firma Wüthrich & C^{ie} zur Rückleistung der von seiner Rechtsvorfahrin empfangenen Summe von 5925 Fr. nebst gesetzlichem Verzugszins seit 28. Juni 1911 zu verurteilen.»

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Vor allem ist, sowohl im Hinblick auf den von der Klagpartei angerufenen Art. 288 als auch hinsichtlich des von der Vorinstanz herbeigezogenen Art. 204 SchKG, die Frage zu entscheiden, welches die im vorliegenden Falle angefochtene «Rechtshandlung» sei. Dabei darf nicht etwa einfach auf den Wortlaut des klägerischen Rechtsbegehrens abgestellt werden, worin die Ungültigerklärung der «vom Konkursiten Karl Fieber der Firma Wüthrich & C^{ie} durch Vermittlung der Leihkasse Neumünster gemachten Zahlung von 5925 Fr.» beantragt wird; wohl aber ist diesem Rechtsbegehren, wie auch der Klagbegründung, zu entnehmen, dass

diejenige Rechtshandlung des Gemeinschuldners angefochten wird, durch welche Wüthrich & C^{ie} in die Lage versetzt wurden, über den angegebenen Betrag zu verfügen. Dies entspricht denn auch dem Sinn und Wesen beider in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen, da einerseits sowohl nach Art. 204 als nach Art. 288 nur Rechtshandlungen des Gemeinschuldners «den Konkursgläubigern gegenüber ungültig», bzw. «anfechtbar» sind, andererseits aber, unter den daselbst angeführten Voraussetzungen, nicht etwa nur Zahlungen, sondern überhaupt alle diejenigen Rechtshandlungen angefochten werden können, durch welche die Konkursmasse um ein ihr zugehöriges Aktivum verkürzt worden ist.

2. — Von diesem Gesichtspunkte aus fällt als anfechtbare Rechtshandlung zunächst ausser Betracht die angeblich am 30. September 1908 von der Leihkasse Neumünster vorgenommene «Gutschrift» der 5925 Fr. auf dem «Konto» der Firma Wüthrich & C^{ie}, sowie die ihr entsprechende «Belastung» desselben Betrages auf dem Konto des Fieber. Denn einmal waren dies keine Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, und sodann stellen sie sich genau genommen überhaupt nicht als «Rechtshandlungen» im Sinne der Art. 204 und 288 SchKG dar. Weder jene «Gutschrift» noch die ihr entsprechende «Belastung» sind den Interessenten, d. h. dem Fieber und der Firma Wüthrich & C^{ie}, in der Form mitgeteilt worden, wie es bei einem wirklichen Bankgiro zu geschehen pflegt. Vilemehrer handelte es sich dabei lediglich um eine interne Vormerkung seitens der Bank, die durch dieses Mittel ihren Kassier darauf aufmerksam machte, dass die Anweisung Fiebers zu Gunsten der Firma Wüthrich & C^{ie} nunmehr anstandslos honoriert werden könne, und dass andererseits infolge der Zahlung an Wüthrich & C^{ie} der Kredit des Fieber sich um den entsprechenden Betrag verringern werde. Tatsächlich hat denn auch Fieber von jener «Gutschrift» und jener

«Belastung» erst am 2. Oktober Kenntnis erhalten, als er wegen eines von ihm persönlich zu erhebenden Betrages bei der Leihkasse vorsprach; und dem Vertreter der Firma Wüthrich & C^{ie} ist dieselbe Mitteilung sogar erst «zwischen dem 7. und dem 9. Oktober» gemacht worden, als er sich telephonisch nach dem Stand der Angelegenheit erkundigte und als er bereits (am 6. Oktober) das Konkursbegehren erneuert hatte, was er gewiss nicht getan haben würde, wenn seiner Klientin jene 5925 Fr. schon seit einigen Tagen im juristischen und technischen Sinne gutgeschrieben gewesen wären. Kommt aber danach der am 30. September erfolgten «Gutschrift», wie auch der entsprechenden «Belastung», überhaupt nicht die Bedeutung von «Rechtshandlungen» zu, so können sie auch nicht den Gegenstand einer Anfechtung im Sinne der Art. 204 und 288 SchKG bilden.

3. — Was die am 12. Oktober erfolgte Auszahlung der 5925 Fr. an den Vertreter der Firma Wüthrich & C^{ie} betrifft, so handelt es sich dabei allerdings um eine «Rechtshandlung» im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmungen. Dagegen war es keine Rechtshandlung des Gemeinschuldners. Der angegebene Betrag ist dem Rechtsanwalt W... feststehendermassen nicht durch Fieber, sondern, allerdings infolge einer Anweisung des Fieber, durch die Leihkasse Neumünster ausgezahlt worden. Nicht nur erscheint nun aber der Angewiesene schon grundsätzlich nicht als der Stellvertreter des Anweisenden, sondern es erfüllte im vorliegenden Falle der Angewiesene, d. h. die Leihkasse Neumünster, durch die Honorierung der Anweisung geradezu eine persönliche Verpflichtung gegenüber dem Anweisungsempfänger, d. h. gegenüber der Firma Wüthrich & C^{ie}. Da nämlich die Leihkasse, wenn sie auch, wie in Erw. 2 hievori dargetan wurde, die Anweisung nicht schon durch die «Gutschrift» vom 30. September zur Ausführung gebracht hatte, dem Rechtsanwalt W... immerhin

schon « zwischen dem 7. und dem 9. Oktober » mitgeteilt hatte, dass sie sie honorieren werde, so war sie gemäss Art. 409 und 412 Abs. 2 und 3 alt OR auch nach Ausbruch des Konkurses zur Zahlung an Wüthrich & C^{ie} verpflichtet. Denn einmal ist von der hiefür beweispflichtigen Klagpartei weder bewiesen noch auch nur behauptet worden, dass im Momente der Annahme der Anweisung (falls diese Annahme erst am 9., nicht schon am 7. oder 8. Oktober erfolgt sein sollte) der Konkurs bereits eröffnet war, und sodann wäre jedenfalls nicht dargetan und übrigens wiederum nicht einmal behauptet, dass die Leihkasse Neumünster im Momente der Annahme der Anweisung von der erst viel später publizierten Tatsache der Konkurseröffnung Kenntnis hatte, — was nach Art. 412 alt OR (vgl. HAFNER, Anm. 5 a und 6 zu Art. 412, OSER, Anm. 3 a zu Art. 470 neu) nötig gewesen wäre, um den in der Konkurseröffnung liegenden Widerruf der Anweisung gegenüber der Angewiesenen wirksam zu machen. Erfüllte aber die Leihkasse Neumünster mit der Honorierung der Anweisung eine von ihr persönlich übernommene Verpflichtung, so kann in dieser Honorierung keine « vom Gemeinschuldner vorgenommene Rechtshandlung » im Sinne der Art. 204 und 288 SchKG erblickt werden.

4. — Als mögliches Anfechtungsobjekt bleibt somit nur die von Fieber vorgenommene Anweisung als solche. Durch diese Anweisung hat der Gemeinschuldner in der Tat zu Gunsten der Firma Wüthrich & C^{ie} über ein zur Konkursmasse gehörendes Aktivum verfügt, und es kann auch nicht etwa damit argumentiert werden, dass Fieber, wenn er die Anweisung nicht vorgenommen hätte, die 5925 Fr. persönlich erhoben haben würde und mit diesem Gelde ebenso flüchtig geworden wäre, wie mit den am 2. Oktober tatsächlich von ihm erhobenen 18,000 Franken. Einmal nämlich ist es nicht möglich, festzustellen, ob Fieber wirklich so gehandelt haben würde und wieviel in diesem Falle schliesslich doch noch für die

Konkursmasse zu retten gewesen wäre, und sodann sind auch grundsätzlich derartige Wahrscheinlichkeitserwägungen unzulässig, sobald feststeht, dass der Gemeinschuldner über ein bestimmtes Vermögensobjekt, das in die Konkursmasse gehörte, anderweitig verfügt hat.

Mit der Feststellung, dass als mögliches Anfechtungsobjekt nur die von Fieber vorgenommene Anweisung als solche in Betracht kommen kann, ist bereits auch über die Anwendbarkeit des Art. 204 SchKG auf den vorliegenden Fall entschieden. Denn jene Anweisung stammt unbestrittenermassen aus der Zeit vor Konkursausbruch, und zwar auch dann, wenn als massgebender Zeitpunkt nicht der 25. September, an welchem die Anweisung erstmals erfolgte, sondern der 2. Oktober betrachtet werden wollte, an welchem Tage Fieber sich, laut Zeugenaussage des Verwalters der Leihkasse, mit der « Gutschrift » der 5925 Fr. zu Gunsten der Firma Wüthrich & C^{ie} « einverstanden » erklärte, also die Anweisung, die er damals gegenüber der Bank noch hätte widerrufen können, bestätigte. War aber im Momente der Konkurseröffnung die Anweisung bereits erfolgt, so ist die Voraussetzung des Art. 204 SchKG, dass es sich um eine vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung getroffene Verfügung handle, im vorliegenden Falle nicht erfüllt.

Ueber die weitere Frage, ob jene Anweisung nach Art. 288 SchKG anfechtbar sei, liegt zwar kein letztinstanzliches kantonales Urteil vor, da der Appellationshof die Klage schon auf Grund des Art. 204 schützen zu können glaubte. Da jedoch der Prozess, entsprechend dem Standpunkt der Kläger, die von einer Anrufung des Art. 204 abgesehen hatten, von Anfang an im Hinblick auf die Frage der Anwendbarkeit des Art. 288 instruiert worden ist, wie denn auch die I. Instanz die Klage auf Grund dieser letztern Gesetzesbestimmung gutgeheissen hat, steht dem Eintreten des Bundesgerichts auf die Frage der paulianischen Anfechtbarkeit nichts entgegen.

5. — Materiell erweist sich die auf Art. 288 SchKG gestützte Klage ohne weiteres als begründet. Einerseits nämlich ist durch die von Fieber zu Gunsten der Firma Wüthrich & C^{ie} vorgenommene Anweisung in Verbindung mit der Honorierung dieser Anweisung durch die Leihkasse Neumünster ein zur Konkursmasse gehörendes und zur gleichmässigen Befriedigung aller Konkursgläubiger bestimmtes Aktivum ausschliesslich zu Gunsten der Anweisungsempfängerin verwendet worden. Andererseits aber geht aus den Akten deutlich hervor, dass die äusserst schlechte Vermögenslage des von allen Seiten betriebenen, unmittelbar vor dem Konkurse stehenden Gemeinschuldners diesem selbst, wie auch dem Vertreter der Firma Wüthrich & C^{ie}, Rechtsanwalt W... (auf dessen Kenntnis hier in der Tat abgestellt werden darf; vergl. JAEGER, Anm. 5 B zu Art. 288), nicht nur bekannt sein musste, sondern auch tatsächlich bekannt war. Was speziell den genannten Vertreter der Firma Wüthrich & C^{ie} betrifft, so ergibt sich dies u. a. daraus, dass er selber zweimal namens Wüthrich & C^{ie} das Konkursbegehren gegen Fieber gestellt und diesen übrigens auch für eine persönliche Forderung von 500 Fr. betrieben hat. Bei der ihm somit nachgewiesenen Kenntnis von der Vermögenslage des Gemeinschuldners musste aber Rechtsanwalt W..., ebenso wie Fieber selbst, sich darüber Rechenschaft geben, dass die vollständige Befriedigung der Firma Wüthrich & C^{ie} für ihre Forderung von 5925 Fr. notwendigerweise eine Schädigung der übrigen Konkursgläubiger zur Folge haben werde. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass jene Forderung durch einen Schuldbrief von 6000 Fr., sowie durch die Bürgschaft einer Firma M. S. Meyer, nominell gesichert war. Denn nicht nur haben sich in der Folge diese beiden angeblichen Sicherheiten als illusorisch erwiesen, sondern es muss nach den Akten sogar angenommen werden, dass die Firma Wüthrich & C^{ie}, bezw. ihr Vertreter W..., gerade deshalb

so sehr auf Zahlung drängte, weil ihr, bezw. ihm, die Unzulänglichkeit jener « Sicherheiten » bekannt war.

Die Klage ist somit auf Grund des Art. 288 SchKG gutzuheissen, und daher das angefochtene Urteil im Dispositiv zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Dispositiv des angefochtenen Urteils in dem Sinne bestätigt, dass der Beklagte den Klägern, als Abtretungsgläubigern im Sinne des Art. 260 SchKG, 5925 Fr. nebst 5 % Zins seit 28 Juni 1911 zu bezahlen hat.

73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. Oktober 1914
i. S. Frank, Kläger und Frank, Litisdenunziat des Klägers,
gegen Nussbaumer, Beklagten.

Zwangsversteigerung. — Erw. 1: Identität der Steigerungsbedingungen, oder doch nicht wesentliche Verschlechterung der Bedingungen zwischen der ersten und der zweiten Gant, als Voraussetzung einer Schadenersatzklage gemäss Art. 143 Abs. 2 SchKG. — Erw. 2: Untergang der in den Steigerungsbedingungen, bezw. im Lastenverzeichnis nicht erwähnten dinglichen Lasten, auch der im Grundbuch eingetragenen, gegenüber dem gutgläubigen Ersteigerer. Vorbehalt zu Gunsten der unmittelbar durch das Gesetz begründeten Lasten. — Erw. 3: Nichtverpflichtung des Ersteigerers, die fälligen Zinsen der letzten drei Jahre anders als in Anrechnung auf den Zuschlagspreis zu übernehmen (Art. 135 SchKG, neue Fassung).

A. — Am 14. Oktober 1912 hielt das Betreibungsamt Buochs über eine dem Bruder des Beklagten gehörende Liegenschaft in Ennetbürgen eine Zwangsversteigerung ab. Die vom Litisdenunziaten abgefassten Steigerungs-