

Analogien zu dem vertraglichen Verhältnis der Militärbeamten- und Angestellten darstellen. Auch die Bestimmung in Art. 4, dass bei der Rekrutierung zu den Grenzschutzkompagnien in der Hauptsache arbeitslose Wehrmänner zu berücksichtigen sind, deutet darauf hin, dass dieser Dienst als ein — zwar in der Dauer begrenzter — Beruf gedacht ist. Er ist daher vom Rechtsstillstand ausgenommen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und das Betreibungsamt St. Gallen angewiesen, in den angehobenen Betreibungen die Pfändung vorzunehmen.

Siehe auch Nr. 45. — Voir aussi N° 45.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Dezember 1937

i. S. Frikart gegen Zofinger Tagblatt A.-G.

OR Art. 83, SchKG Art. 287 Ziff. 1, 288 : Sicherstellung der Gegenleistung wegen Zahlungsunfähigwerdens gemäss Art 83 OR kann nicht nach Art. 287 Ziff. 1 SchKG angefochten werden (Erw. 2), sondern nur nach Art. 288 SchKG (Erw. 3).

OG Art. 80 : Ausschluss neuer Einreden vor Bundesgericht (i. c. : die Zahlungsunfähigkeit sei schon bei Vertragsabschluss gegeben gewesen) (Erw. 1).

CO art. 83, LP art. 287 ch. 1 et 288 : L'acte par lequel un débiteur devenu insolvable confère à son créancier un droit de gage sur ses propres créances à titre de garantie de l'exécution

de ses obligations, selon l'art. 83 CO, ne peut pas faire l'objet d'une action révocatoire fondée sur l'art. 287 ch. 1, mais seulement sur l'art. 288 LP.

OJF art. 80 : Inadmissibilité des moyens présentés pour la première fois devant le Tribunal fédéral (en l'espèce : le moyen consistant à prétendre que le débiteur était déjà insolvable lors de la conclusion du contrat).

CO art. 83, LEF art. 287 cifra 1 e 288 : L'atto col quale un debitore divenuto insolubile accorda al suo creditore un diritto di pegno sui suoi propri crediti a titolo di garanzia dell'esecuzione delle sue prestazioni a sensi dell'art. 83 CO può essere impugnato mediante l'azione revocatoria basata non sull'art. 287 cifra 1, ma soltanto sull'art. 288 LEF.

OGF art. 80 : Inammissibilità di nuove eccezioni formulate davanti al Tribunale federale (nel fattispecie : il debitore era già insolubile al momento della conclusione del contratto).

A. — Wie in frühern Jahren bestellte die Eisenhandlung Frikart A.-G. in Zofingen um Mitte Oktober 1934 auf Ende des Jahres bei der Klägerin 14,500 Exemplare eines umfangreichen Generalkataloges für (ohne Autorkorrekturen) Fr. 39,125.—, zahlbar 30 Tage nach der Ablieferung. Um Mitte Dezember erfuhr die Klägerin, dass die Finanzlage der Frikart A.-G. kritisch sei, und auf Vorstellungen hin erklärte ihr deren Direktor, sie sei infolge Entzuges des Bankkredites auf Ende Januar 1935 zu einer Sanierung gezwungen. Unter Bezugnahme hierauf schrieb die Klägerin am 17. Dezember an die Frikart A.-G., in Anwendung von Art. 83 OR müsse sie die Lieferung des Kataloges unter Wahrung ihrer Schadenersatzansprüche zurückhalten, bis ihr der vereinbarte Fakturabetrag sichergestellt werde. Darauf verpfändete die Frikart A.-G. der Klägerin « zur Sicherstellung Ihres Fakturaguthabens von Fr. 40,468.—, datiert vom 22. Dezember 1934, unsere Buchguthaben gemäss beiliegendem Bordereau im Gesamtbetrage von Fr. 41,037.10 gegen Ihre Herausgabe des Generalkataloges pro 1935 ». Am 27. Dezember und 7. Januar 1935 fanden, zumal infolge Teilzahlungen vor der Fälligkeit der Pfandforderung, Pfandentlassungen und Ersatzverpfändungen durch andere Buchforderungen statt, wobei

sich der Gesamtbetrag der verpfändeten Buchforderungen auf Fr. 41,131.95 erhöhte. Am 14. Januar 1935 wurde über die Frikart A.-G. der Konkurs eröffnet, aus welchem Liegenschaften, Warenlager und Geschäftsmobilien von einer neugegründeten gleichnamigen A.-G. übernommen wurden.

Da die Konkursverwaltung die von der Klägerin angemeldete pfandversicherte Forderung von Fr. 40,082.70 bloss in der fünften Klasse zuließ und den Pfandanspruch wegen anfechtbarer Begründung des Pfandrechts an den Buchforderungen abwies, erhob die Klägerin die vorliegende Kollokationsklage auf Anerkennung des Pfandrechts.

B. — Das Obergericht des Kantons Aargau hat am 24. September 1937 die Klage zugesprochen.

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der von der Klägerin in Anspruch genommene Art. 83 OR bestimmt, dass, wenn bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil zahlungsunfähig geworden, wie namentlich, wenn er in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist, und durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch des Andern gefährdet wird, dieser seine Leistung solange zurückhalten kann, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird (und, sofern seinem daherigen Begehren nicht entsprochen wird, vom Vertrage zurücktreten kann). Erstmals in der heutigen Verhandlung hat die Beklagte die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht gelten lassen zu wollen erklärt, weil zugestandermassen die Frikart A.-G. schon im Zeitpunkt der Bestellung des Generalkataloges zahlungsunfähig, konkursreif gewesen und nicht erst seither geworden sei. Ob sich die Beklagte dieses Verteidigungsmittels bedienen wollte oder nicht, war ihrer Entschliessung anheimgestellt, und nach-

dem sie es nicht getan hat, solange die Klägerin noch auf dessen Abwehr, zumal auch durch neues tatsächliches Vorbringen, bedacht sein konnte, ist sie gemäss Art. 80 OG mit dieser neuen Einrede in der bundesgerichtlichen Instanz ausgeschlossen. Somit ist davon auszugehen, dass die Klägerin den Generalkatalog nicht hätte abzuliefern brauchen, wenn die Sicherstellung ausgeblieben wäre, welche die Frikart A.-G. in Gestalt der streitigen Verpfändung von Kundenguthaben geleistet hat.

2. — Art. 287 Ziff. 1 SchKG erleichtert die Anfechtung der Begründung eines Pfandrechts zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten, deren Erfüllung sicherzustellen der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war. Freilich bestand auf Grund des abgeschlossenen Werkvertrages über die Erstellung und Lieferung des Kataloges gegen Entgelt vorerst nur eine (unbedingte) Verpflichtung der Klägerin zur Vorleistung (Lieferung) und eine durch die Vorleistung der Klägerin bedingte Verpflichtung der Frikart A.-G. zur Nachleistung (Zahlung). Auch durch ihr nachträgliches Zahlungsunfähigwerden wurde die Frikart A.-G. nicht eigentlich zur Sicherstellung verpflichtet. Allein infolge dieses Zahlungsunfähigwerdens ruhte die Leistungspflicht der Klägerin (wie übrigens folglich auch diejenige der Frikart A.-G.) und konnte nur durch Sicherstellung seitens der Frikart A.-G. wieder aktuell werden. Dies läuft darauf hinaus, dass der unter den frühern, andern Umständen abgeschlossene Werkvertrag mit Vorleistungspflicht der Klägerin eine Änderung nach der Richtung erfuhr, dass die Klägerin nur noch Zug um Zug, freilich nicht (wie im französischen Recht, vgl. PLANIOL-RIPERT VI Nr. 814, X Nr. 158) gegen Zahlung (deren Fälligkeit entsprechend vorgerückt worden wäre, jedoch durch Sicherstellung abgewendet werden kann), wohl aber gegen Sicherstellung zu leisten brauchte. Von da an war das durch den Werkvertrag begründete Rechtsverhältnis zwar nicht rein rechtlich, aber doch wirtschaftlich, was für die Gläubigeranfechtung

von entscheidender Bedeutung ist, kein anderes, als es gewesen wäre, wenn die Sicherstellungspflicht des Bestellers von Anfang an stipuliert worden wäre: nur vermitteltst Sicherstellung konnte er sich die Gegenleistung verschaffen. Infolgedessen entfällt die Anwendbarkeit von Art. 287 Ziff. 1 SchKG, der nur den Fall im Auge haben kann, wo der Schuldner den Gläubiger sicherstellt, ohne dies zu tun zu brauchen, um dessen Gegenleistung zu erhalten, weil er auch ohne Sicherstellung Anspruch auf sie hat und durchsetzen kann (oder sie gar schon vorher erhalten hatte). Es lässt sich schlechterdings nicht vorstellen, dass Art. 83 OR den Vorleistungspflichtigen seiner Vorleistung ohne Sicherstellung enthöhe, ihn aber gegen Sicherstellung zur Vorleistung verpflichte, und dass dann Art. 287 Ziff. 1 SchKG die zur Bewirkung der Gegenleistung erfolgte Sicherstellung wieder zunichte machen und damit den Fall herbeiführen könnte, wo die Gegenleistung gemäss Art. 83 OR nicht hätte gemacht werden müssen. Weil sich das Ruhen der Leistungspflicht des «Andern» bloss durch Sicherstellung beseitigen lässt, ist die Sicherstellung der vollständig neuen Begründung der erst hiedurch wieder aktuell werdenden Leistungspflicht gleichzuachten. Eine (nicht durch Art. 287 Ziff. 1 SchKG beeinträchtigte) Anwendung des Art. 83 OR entspricht denn auch einem dringenden Gebot der Billigkeit. Die verschiedene Behandlung von gegenüber dem zahlungsunfähig Gewordenen zur Vorleistung Verpflichteten, je nachdem sie die Vorleistung schon oder (zufällig) noch nicht gemacht haben, rechtfertigt sich deswegen, weil derjenige, welcher sein Eigentum am Leistungsgegenstand bereits zugunsten des zahlungsunfähig Gewordenen aufgegeben hat, ohne die Gegenleistung oder Sicherstellung bereits erhalten zu haben, dadurch viel enger mit dem ökonomischen Schicksal des Empfängers in Zusammenhang gebracht worden ist als derjenige, welcher ihm erst eine Leistung versprochen hat. Dass der letztere die Leistung auch dann noch vorbehaltlos machen müsse, wenn er infolge Zahlungsunfähig-

werdens des Vertragsgegners nicht mehr auf die Gegenleistung rechnen kann, verstiesse gegen das Rechtsgefühl. Endlich liesse sich nicht eine verschiedene Anwendung des Art. 83 OR rechtfertigen, je nachdem der zahlungsunfähig Gewordene in Konkurs geraten ist (wie Art. 83 OR ja ebenfalls ausdrücklich vorsieht) oder nicht. Kommt im erstern Falle die Gegenleistung erst der Konkursmasse zu, so ist im letztern ja durchaus nicht ausgeschlossen, dass sie bei der Konkurseröffnung noch intakt vorhanden sei oder sonstwie den Wert der Konkursmasse erhöhe. Nach dem Gesagten springt in die Augen, dass für die Anfechtbarkeit der gemäss Art. 83 OR geleisteten Sicherheit nichts daraus hergeleitet werden kann, dass Art. 205 ZGB die Anfechtungsklage ausdrücklich vorbehält gegenüber der Sicherstellung, die der Ehemann der Ehefrau für das bereits (meist wohl längst) vorher überlassene eingebrachte Frauengut geleistet hat.

3. — Die Anfechtbarkeit gemäss Art. 288 SchKG ist ausgeschlossen, wenn die Frikart A.-G. für die Sicherstellung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (BGE 53 III 78, auch für das folgende). Die Gleichwertigkeit für den Schuldner ergibt sich ohne weiteres daraus, dass er die Kataloge überhaupt bestellt hat, und sie kann ernstlicherweise nur unter dem Gesichtspunkt in Zweifel gezogen werden, als sich in der Konkursmasse kein entsprechender Gegenwert mehr vorgefunden hat, der hätte versteigert werden können. Indessen ist das Wertverhältnis der gegenseitigen Leistungen überhaupt regelmässig unabhängig davon zu beurteilen, ob der an den Schuldner geleistete Gegenwert in dem dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzten Vermögen noch vorhanden sei oder nicht. Im letztern Falle genügt zur Anfechtung immerhin, ist aber auch erforderlich, dass das angefochtene zweiseitige Rechtsgeschäft geradezu den Zweck verfolgte, dem Schuldner zu ermöglichen, über seine letzten Aktiven zum Schaden seiner Gläubiger verfügen zu können, und dass diese Absicht für die Gegenpartei erkennbar war. An-

gesichts der Bedeutung, welche der periodisch neu bestellte Katalog bisher für die Frikart A.-G. gehabt hatte, durfte die Klägerin der Ansicht sein, die Neuherausgabe sei auch für das von einer Sanierung bedrohte Geschäft noch ein legitimes Bedürfnis, ein nützliches Mittel für dessen Fortführung, — und zwar durfte die Klägerin dies umso eher annehmen, als ja durch die Art der durch die angefochtene Sicherstellung zu erlangenden Gegenleistung ausgeschlossen schien, dass irgendwer vom Personal der Frikart A.-G. hieraus einen persönlichen Vorteil ziehen könnte, und vom Fehlen der Sanierungswürdigkeit konnte sie ja überhaupt nichts wissen. Unter diesem Gesichtspunkt braucht nicht einmal auf die einzelnen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz über die Bedeutung des Kataloges zurückgegriffen zu werden, die übrigens auf eine gemäss Art. 81 OG unanfechtbare Würdigung des Beweisergebnisses gestützt sind (was nur verkennen kann, wer glaubt, mit der Aktenwidrigkeitsrüge auch die bloss unrichtige Beweiswürdigung angreifen zu können, wie der Vertreter der Beklagten in der heutigen Verhandlung ausdrücklich zugegeben hat).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 24. September 1937 wird bestätigt.

B. Nachlassverfahren über Banken.

Procédure de concordat pour les banques.

45. Entscheid vom 14. Dezember 1937

i. S. Sparkasse Oftringen.

Verteilung im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung : Keine Verzugszinspflicht der Masse wegen verspäteter Ausrichtung eines Treffnisses.

Distribution des deniers dans la faillite et dans le concordat par abandon d'actif : pas d'intérêts moratoires dus en raison du versement tardif de dividendes.

Ripartizione nel fallimento e nel concordato con abbandono dell'attivo : non vanno corrisposti interessi moratori pel tardivo versamento di dividendi.

Die Sparkasse Oftringen ist Gläubigerin der Bank in Zofingen, die einen behördlich bestätigten Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen hat. Sie wurde am 11. September 1937 vom Liquidator in einem Nachtrag zum Kollokationsplan mit einer Forderung von Fr. 89,726.— in 5. Klasse zugelassen. Zugleich wurden ihr in einem Nachtrag zur Verteilungsliste Abschlagsdividenden von 60 % zugewiesen. Sie beschwert sich über diese Art der Zuteilung vor Bundesgericht noch insofern, als sie die Verzinsung der Abschlagsdividenden nach Massgabe derjenigen Teilbeträge und Termine verlangt, die der Ausrichtung von Abschlagsdividenden an die bereits im ursprünglichen Kollokationsplan zugelassenen Gläubiger entsprechen. Demgemäss beansprucht sie einen Zins von 5 %, eventuell zu einem andern angemessenen Satze, auf 40 % ihrer