

so werden die aargauischen Aufsichtsbehörden auch die Drittansprecherin in das Verfahren einzubeziehen haben.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :*

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

### III. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

#### ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

##### 21. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. März 1945 i. S. Hefti & Co. A.-G. und Genossen gegen Forster.

*Klage auf Admassierung, eventuelle Pfandansprache des Beklagten.* Darüber kann im selben Prozess, ohne Kollokationsverfahren, entschieden werden. Art. 250 SchKG, 53 KV.-(Erw. 1.)

*Verwirkung eines Pfandrechts* an Konkursvermögen wegen Nichtbefolgens der Aufforderung nach Art. 232 Z. 4 SchKG. Die Verwirkung tritt nur bei erheblichem Verschulden ein, und niemals bei (nicht arglistiger) Eigentumsberührung. — (Erw. 2.)

*Der erleichterten Anfechtung* nach Art. 287 SchKG ist, wenn der Schuldner zur Sicherstellung verpflichtet war, nicht nur eine Pfandbestellung, sondern auch eine Tilgung durch nicht übliche Zahlungsmittel entzogen (Verbindung von Art. 287 Abs. 1 und 2) (Erw. 3).

*Schadenersatz wegen eigenmächtiger Veräusserung eines Pfandes,* Voraussetzungen (Art. 890 Abs. 2 ZGB). — (Erw. 4.)

*Action tendant à faire entrer certains biens dans la masse ; éventuelle revendication d'un gage de la part du défendeur.* Ces questions peuvent être tranchées dans le même procès sans procédure de collocation (consid. 1).

*Perte d'un droit de gage sur des biens compris dans la faillite, faute d'obtempérer à la sommation prévue par l'art. 232 ch. 4 LP.* La déchéance est encourue seulement en cas de faute grave ; elle ne l'est jamais quand le revendiquant pouvait de bonne foi se croire propriétaire (consid. 2).

Lorsque le débiteur s'était engagé à fournir des sûretés, non seulement la constitution d'un gage mais aussi un paiement opéré autrement qu'en valeurs usuelles, échappent à l'action révocatoire de l'art. 287 LP ; art. 287 al. 1 et 2 (consid. 3).

*Dommages-intérêts dus par le créancier* qui aliène le gage de son chef ; conditions ; art. 890 al. 2 CC (consid. 4).

*Rivendicazione promossa da singoli creditori del fallito subentrati nei diritti della massa (art. 260 LEF) contro il terzo che si presume proprietario. Diritto di pegno excepto, a titolo subordinato, dal convenuto :* il giudizio al riguardo può essere reso nel mede-

simo processo, senza che si renda necessaria la procedura contemplata dall'art. 53 cp. 3 del regolamento concernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti (consid. 1).

*Decadenza dal diritto di pegno* su cose appartenenti alla massa per inosservanza della diffida di cui all'art. 232 cifra 4 LEF. La decadenza dal diritto si produce solo ove al creditore pignoratizio sia imputabile una colpa rilevante ; ciò non è il caso allorchando l'avente diritto poteva, in buona fede, ritenersi proprietario (consid. 2).

*Sfugge all'azione revocatoria* a' sensi dell'art. 287 LEF, quando il debitore si sia obbligato a fornire delle garanzie, non solo la costituzione di pegno, ma altresì l'estinzione del debito che non sia stata eseguita con mezzi usuali di pagamento ; art. 287 cp. 1 e 2 LEF (consid. 3).

*Obbligo di risarcimento* da parte del creditore che, di suo arbitrio, ha proceduto all'alienazione del pegno ; estremi, art. 890 cp. 2 CC (consid. 4).

A. — Die A.-G. für Herrenkleidung in St. Gallen suchte im Februar 1939 beim Beklagten Walter Forster, Wirkwarenfabrik in Amriswil, ein Darlehen von Fr. 30,000.— aufzunehmen. Sie verhandelte mit ihm über die Rechtsform der Sicherstellung. Inzwischen brauchte sie dringend Fr. 10,000.—. Der Beklagte war bereit, ihr diesen Betrag gegen Sicherstellung durch Übergabe von Waren im gleichen Werte zu gewähren. Man einigte sich dahin, und der Betrag wurde am 24. Februar 1939 zur Verfügung gestellt. Am 3. März 1939 schrieb die Darlehensnehmerin dem Beklagten : « ... Wir möchten es ... vorziehen, von der Aufnahme des weiteren Darlehensbetrages abzusehen. Für den von Ihnen bereits gegebenen Betrag von Fr. 10,000.— treten wir Ihnen gemäss unserer bei der Übergabe der Fr. 10,000.— gemachten Vereinbarung Waren laut beiliegender Liste zu Eigentum ab. Wir werden diese Waren bei der Firma Danzas & Co., St. Gallen, auf Ihren Namen und zu Ihrer Verfügung einlagern. » Das geschah gleichen Tages mit Waren im angeblichen Einstandspreis von Fr. 10,004.65 mit folgendem Begleitschreiben an Danzas & Co. : « Wir übergeben Ihnen hiemit Waren laut beiliegender Aufstellung, die Sie auf den Namen und zur alleinigen Verfügung von Herrn Walter Forster, Amriswil, halten wollen. » Dementsprechend schrieb Danzas & Co. am 6. März 1939 dem Beklagten : « Von der Firma A.-G. für

Herrenkleidung St. Gallen sind uns ... angeliefert worden 4 Kartons und 15 Stoffballengewebe und Anzüge, welche wir auf unser Lager gelegt haben, Sie ersuchend, uns dafür Ihre Weisungen zu erteilen. »

B. — Am 2. Mai 1939 wurde über die A.-G. für Herrenkleidung der Konkurs eröffnet. Am 6. Mai erging die Konkurspublikation mit der von Art. 232 Ziff. 4 SchKG vorgeschriebenen « Aufforderung an diejenigen, welche Sachen des Gemeinschuldners als Pfandgläubiger oder aus andern Gründen besitzen, dieselben, ohne Nachteil für ihr Vorzugsrecht, binnen der Eingabefrist (von einem Monat) dem Konkursamte zur Verfügung zu stellen, mit Strafandrohung für den Unterlassungsfall und mit der Beifügung, dass im Falle ungerechtfertigter Unterlassung das Vorzugsrecht erlösche ». Während des Laufes dieser Frist, am 22. Mai, schrieb das Konkursamt St. Gallen dem Beklagten: « Wie wir uns orientieren liessen, besitzen Sie von der bekanntlich seit 2. Mai a. c. im Konkurs befindlichen A.-G. für Herrenkleidung, St. Gallen, einen Warenposten in Stoffen und Herrenkleidungen, welcher Ihnen angeblich als Faustpfandsicherheit ganz kurze Zeit vor dem Firmazusammenbruch übereignet worden sein soll. Wir machen Sie im speziellen auf die Bestimmungen des SchKG aufmerksam, wonach Pfandgegenstände usw. dem Konkursamt nicht bloss zu melden, sondern auch unverzüglich zur Verfügung zu stellen sind. Da Sie dieser Vorschrift bis dato nicht nachgekommen sind, fordern wir Sie auf, uns über den gegenwärtigen Standort des Lagers Aufschluss und Zutrittsberechtigung zu verschaffen, damit daselbst unverzüglich einmal die erforderliche Inventarisierung vorgenommen werden kann ». Darauf antwortete der Beklagte am 24. Mai, « dass sich keine Pfandgegenstände von der Herrenkleidung A.-G., St. Gallen, in meinem Besitz befinden. Am 3. März a. c. wurden mir von vorgenannter Firma gegen meine Zahlung von Fr. 10,000.— im gleichen Werte Stoffe und Herrenkleider zu Eigentum abgetreten, und ich habe inzwischen bereits über diese

Ware verfügt. » Erst am 10. August 1939 kam das Konkursamt auf die Angelegenheit zurück, indem es die Ausführungen des Beklagten als ungenügend bezeichnete, ihm vorhielt, « dass Sie keine Befugnis besaßen, noch besitzen, über die von Ihnen zu Händen genommenen Vermögenswerte kurzerhand zu verfügen », alle Rechte namens der Konkursmasse vorbehielt und ihn nochmals zur Erstattung eines zuverlässigen Berichtes aufforderte. Der Beklagte antwortete tags darauf, « dass ich zu meiner Erklärung vom 24. Mai a. c. keine weitere Aussage machen kann. Diese Transaktion ist vollständig korrekt vor sich gegangen und verstehe ich wirklich nicht, weshalb nochmals daran gerüttelt wird. Herr ... war persönlicher Zeuge dieser ganzen Angelegenheit. » Nach zweieinhalb Wochen schrieb das Konkursamt zurück: « ... Es ist kaum anzunehmen, dass Sie nicht Kenntnis davon besitzen, dass keinem Gläubiger das Recht zusteht, sog. Pfandsicherheiten selbst zu verwerten, sondern dass für solche Fälle einzig und allein der gesetzlich vorgeschriebene Weg zu betreten ist. Wir machen Sie erneut darauf aufmerksam, dass Sie an die Konsequenzen aus dieser Ihrer Handlungsweise heranzukommen haben und werden wir uns zu gegebener Zeit veranlasst sehen, auf die Angelegenheit zurückzugreifen. »

C. — Mehr als drei Jahre später, im Oktober 1942, leitete das Konkursamt den Verzicht der Masse auf Geltendmachung folgender Rechtsansprüche in die Wege: « gegenüber Walter Forster betr. Verfügung seitens der A.-G. für Herrenkleidung, St. Gallen, durch den Geschäftsführer Werner Kass verpfändeter Warenkontingente », und zugleich die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an einzelne Konkursgläubiger. Die Kläger erhielten solche Abtretungen und erhoben dann die vorliegende Klage beim Bezirksgericht Bischofszell. Das Begehren ging ursprünglich auf Herausgabe der « als Pfand übertragenen Waren » an das Konkursamt St. Gallen zur Verwertung, eventuell, « d. h. für den Fall, dass die Rückgabe der Pfandgegen-

stände nicht mehr möglich ist », auf Zahlung von Fr. 12,000 (weiter eventuell eines gerichtlich zu bestimmenden Betrages) abzüglich Fr. 895.20 als Konkursdividende, nebst Zins. Im Laufe des Prozesses anerkannten die Kläger, dass die Waren bei der Übergabe an den Beklagten nicht mehr als die von ihm dafür gelösten Fr. 10,000.— wert gewesen waren, und ermässigten die Klagesumme auf diesen Betrag abzüglich Konkursdividende, nebst Zins. In diesem Umfange sprach das Bezirksgericht die Klage zu, das Obergericht des Kantons Thurgau wies sie dagegen am 16. September 1944 ab, während die Kläger mit der vorliegenden Berufung an dem von der ersten Instanz geschützten Begehren festhalten.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Der Beklagte hat den in erster Linie verfochtenen Standpunkt, die Waren seien ihm zu Eigentum übertragen worden, im Laufe des Prozesses fallen gelassen. Dagegen hält er an einem ihm an den Waren zugekommenen Pfandrecht fest. Daraus folge sein Vorzugsrecht auf den Verkaufserlös bis auf den Betrag seiner Forderung von Fr. 10,000.—, also auf den ganzen erzielten Erlös, dem auch die Klagesumme nunmehr entspricht. Er ist der Ansicht, dieses Pfandrecht hätte nur im Kollokationsverfahren bestritten werden können, jetzt sei es überhaupt nicht mehr bestrittbar. Aber diese Ansicht ist nicht zutreffend.

Der Beklagte hat seinerzeit kein Pfandrecht angemeldet. Es fragt sich nur, ob bereits der von ihm erhobenen Eigentumsansprache eine stillschweigende eventuelle Pfandansprache hätte entnommen werden können. Über diese wäre keinesfalls eine Kollokationsverfügung zu treffen gewesen, bevor die Eigentumsansprache zugunsten der Masse erledigt war. Das geschah erst im Prozesse durch Verzicht des Beklagten. Aber auch alsdann zwang nichts die Konkursverwaltung, den Prozess abzubrechen und die Pfandansprache in ein Kollokationsverfahren zu weisen. Wenn Art. 53 der Konkursverordnung vorschreibt, nach

Beseitigung eines Vindikationsanspruches sei über eine allenfalls daneben erhobene Pfandansprache in einem Nachtrag zum Kollokationsplane zu verfügen, so hat er nicht den Fall im Auge, dass Eigentums- und eventueller Pfandansprecher dieselbe Person sind. Das erhellt insbesondere aus Abs. 2 daselbst. Bei Identität eines Eigentums- und Pfandansprechers, der zudem den Gewahrsam an den angesprochenen Vermögensstücken hat, ist der Konkursmasse nicht von Bundesrechts wegen verwehrt, den ohnehin wegen des Eigentums zu führenden Aktivprozess auch auf die Bekämpfung der Pfandansprache auszudehnen, sei es schon in der Klage, sei es in Beantwortung einer eventuellen Widerklage. Die Möglichkeit, eine Pfandansprache an Konkursvermögen durch Kollokationsverfügung zu bestreiten und damit den Ansprecher in die Klägerrolle zu drängen, sowie der für Kollokationsklagen vorgesehene Gerichtsstand des Konkursortes (Art. 250 SchKG) sind zugunsten der Konkursmasse vorgesehen. Die Vorschrift will dagegen dieses Verfahren nicht zum Nachteil der Masse auch dann zwingend angewendet wissen, wenn sich die Pfandansprache im Prozess über eine ja doch zuerst zu bereinigende Eigentumsansprache miterledigen lässt. Die Einbeziehung der Eventualan sprache in einen solchen Prozess gereicht auch dem Beklagten nicht zum Nachteil; vermeidet er doch damit, in die Klägerrolle gedrängt zu werden und am Konkursorte klagen zu müssen. Der Hinweis auf BGE 42 III 18 steht dieser Betrachtungsweise ebenfalls nicht entgegen. Jener Entscheid verneint die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden zur Beurteilung des speziellen Erlöschungsgrundes des Art. 232 Ziff. 4 SchKG und erklärt als zuständig den Richter gleichwie für andere das Pfandrecht betreffende Einreden. Falls nun, wie hier, die Pfandansprache nicht im Kollokationsverfahren ausgetragen zu werden braucht, gilt dies auch für die in Frage stehende spezielle Einrede.

Übrigens war bereits bei Auflegung des Kollokationsplanes — etwa zwei Jahre nach der Konkurseröffnung —

nichts mehr vorhanden, was Gegenstand eines Pfandrechts hätte bilden können. Der Beklagte hatte sich der Waren längst entäussert, und es geht nicht wohl an, das Geldsurrogat als Gegenstand eines fortbestehenden Pfandrechtes zu betrachten. Auch die vorliegende Klage ist demgemäss als Schadenersatzklage wegen Eigentumsentziehung aufzufassen. Der Gerichtsstand der Kollokationsklage kam daher gar nicht in Frage. Dafür war ohne Belang, was für Einreden der Beklagte erheben mochte: ob er darauf beharren werde, seinerzeit die Waren zu Eigentum erworben zu haben, oder ob er aus einer blossen Pfandbestellung (eventuell wenigstens) einen Anspruch auf den ganzen erzielten Erlös im Betrage der pfandgesicherten Forderung geltend machen werde.

2. — War der Beklagte Eigentümer der Waren geworden, so konnte ihn die nach Art. 232 Ziff. 4 SchKG ergangene Aufforderung nicht treffen. Solchenfalls kommt weder die dort angedrohte Strafe noch das Erlöschen des materiellen Rechtes in Frage. Nach dem dargelegten Tatbestand ist denn auch nicht einzusehen, weshalb es nicht zu einer zivilrechtlich wirksamen Eigentumsübertragung gekommen sein sollte. Die nachmalige Gemeinschuldnerin verfügte ausdrücklich in solchem Sinne, und die Waren standen dem Beklagten bei Danzas & Co. demgemäss zur Verfügung. Der Beklagte liess nun freilich die Behauptung des seinerzeitigen Eigentumserwerbes in der Schlussverhandlung vor erster Instanz fallen, angeblich unter dem Eindruck des Ergebnisses der Beweisführung, vielleicht auch, weil er befürchten mochte, sich mit diesem Standpunkt nicht so gut gegenüber der eventuell erhobenen Anfechtungsklage verteidigen zu können. Jedenfalls stünde der Annahme einer Eigentumsübertragung nicht entgegen, dass man von einem blossen Sicherstellungsversprechen ausging. Die Sicherungsübereignung ist auch nach schweizerischem Rechte zulässig, Dritten gegenüber nur nicht in der Form eines Besitzeskonstitutes wirksam (Art. 717 ZGB, BGE 39 II 691, 41 III 446, 42 II 24 ff.). Indessen ist ent-

sprechend der nunmehr vom Beklagten eingenommenen Stellung eine blosser Verpfändung anzunehmen. Damit blieben also die ihm zur Verfügung gestellten Waren im Eigentum der Gemeinschuldnerin, und er hatte daran ein Vorzugsrecht im Sinne von Art. 232 Ziff. 4 SchKG. Dieser Umstand zieht jedoch nicht ohne weiteres die in dieser Vorschrift vorgesehenen Sanktionen nach sich: weder Bestrafung noch das Erlöschen des Vorzugsrechtes. Selbst wenn der Beklagte nie Eigentum behauptet hätte, wäre der Standpunkt der Kläger nicht begründet. Der Charakter der in Art. 232 Ziff. 4 ausgesprochenen Androhung ist entscheidend. Es handelt sich keineswegs um eine Frist zur Anmeldung von Rechten, nach deren Ablauf die Anmeldung ausgeschlossen wäre. Vielmehr lässt ja Art. 251 nachträgliche Konkurseingaben bis zum Schlusse des Konkurses zu. Das Erlöschen des Vorzugsrechtes nach Art. 232 Ziff. 4 ist nichts anderes als eine Verwirkung « in ihrer primitivsten Funktion einer Strafe », nämlich einer prozessualen Ungehorsamsstrafe, die den Bestand des materiellen Rechtes erfasst (BLUMENSTEIN, Verwirkung und Ablauf der Befristung, S. 8 ff.). Die Norm geht auf einen Antrag von R. Brunner in der nationalrätlichen Kommission zurück. Der Antragsteller spielte auf den Fall einer Pfandverheimlichung an. Er fand, wer so handelt, solle zur Strafe sein Pfandrecht verlieren (vgl. die Angaben bei WEBER und BRÜSTLEIN, Das SchKG, 2. Auflage von Reichel, zu Art. 232 N. 6). Man dachte also an schuldhaftes, ja arglistiges Verhalten. Auch hebt das Gesetz hervor, dass sich die Verwirkung nur an « ungerechtfertigte Unterlassung » knüpft (ziemlich übereinstimmend der italienische Text: « ... omissione ... ove questa non sia giustificata », noch deutlicher hinsichtlich des Verschuldensmomentes der französische Text: « sauf excuse suffisante »). Was die Bestrafung wegen Verletzung von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG betrifft, so ist Voraussetzung dafür, jedenfalls nun nach dem eidgenössischen Strafgesetzbuch, ein Verschulden, und zwar Vorsatz (Art. 324 Ziff. 3 in Verbindung mit

Art. 102 und 18, vgl. ausserdem die Art. 19 und 20). Es mag hier dahingestellt bleiben, ob sich auch die Rechtsverwirkung nur geradezu an eine vorsätzliche Missachtung der amtlichen Aufforderung zu knüpfen habe. Das möchte insbesondere aus dem deutschen und dem italienischen Texte gefolgert werden, die neben den sämtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit noch ein qualifiziertes « Unge-rechtfertigtsein » der Unterlassung voraussetzen schei-nen. Wie dem auch sei, wäre es unangebracht, die Verwir-kung eintreten zu lassen, wo es an einem erheblichen Ver-schulden, mindestens im Sinne der Fahrlässigkeit, fehlt.

So verhält es sich hier zweifellos, schon deshalb, weil der Beklagte in guten Treuen Eigentumserwerb annehmen konnte. Dazu kommt, dass er auch noch binnen der Ein-gabefrist eindeutig als Eigentümer auftrat, sich also nicht bloss ein unter die in Frage stehende Anordnung fallendes Vorzugsrecht zuschrieb (oben B der Tatsachen). Ange-sichts dieser Eigentumsberühmung konnte eine Verwir-kung nach Art. 232 Ziff. 4 nicht eintreten. Es verschlägt nichts, dass der Beklagte sich einige Jahre später auf die Behauptung einer blossen Pfandbestellung zurückzog. Da-bei ist gleichgültig, ob er sich des zuvor behaupteten Eigen-tumsrechtes sicher fühlte oder bereits etwelche Zweifel da-ran hatte. Der Eigentumsansprecher verneint schlechtweg die Zugehörigkeit der betreffenden Sachen zum Konkurs-vermögen. Er steht daher nicht unter der Androhung der erwähnten Vorschrift. Dafür setzt er sich einer Admas-sierungsklage aus. Dass er der Konkursmasse schuldhaft im Sinne jener Vorschrift ihr gehörende Pfandgegenstände vorenthalten habe, könnte ihm höchstens dann vorge-worfen werden, wenn er arglistig, ohne ernstliche Grund-lage, als Eigentümer statt als Pfandgläubiger aufgetreten wäre. Das kann dem Beklagten nach dem Gesagten nicht vorgeworfen werden.

3. — Die Vorinstanz beurteilt auch die eventuell erho-bene Anfechtungsklage unter der Annahme einer Pfand-bestellung. Die Kläger meinen, es habe an einem voraus-gegangenen Sicherstellungsversprechen gefehlt. Die Vor-

instanz stellt aber ein solches Versprechen fest. Dieses war mündlich genügend. Es war auch nicht erforderlich, die Pfänder sofort zu bestimmen (vgl. den Tatbestand von BGE 62 III 62). Also kann die erleichterte Überschul-dungsanfechtung nach Art. 287 Ziff. 1 SchKG nicht Platz greifen.

Übrigens lag hier nicht nur ein für die Zukunft er-teiltes Sicherstellungsversprechen vor, das dann nach-träglich, namentlich etwa auf besonderes Verlangen des Gläubigers zu erfüllen gewesen wäre. Vielmehr wurde die Schuld nur gegen präsen-te Pfandbestellung be-gründet. Dieser Fall kann auch gegeben sein, wenn das Pfand nicht zum voraus oder Zug um Zug mit dem Gelde gegeben wird. Es genügt, dass der Schuldner die sofortige Bestellung des Pfandes, das er nicht gerade mit sich führt, zusichert, wie dies hier die Gemeinschuldnerin tat und dann auch ausführte. Sie schritt ohne weiteres Zutun des Be-klagten ungesäumt zur Spezifikation der Pfandgegen-stände, der unerlässlichen, einige Zeit beanspruchenden Vorbereitung, und zur Pfandbesitzeinräumung durch Ver-mittlung eines Spediteurs, was alles etwa nach einer Woche vollzogen war. Ein solcher immerhin einheitlicher Vorgang der Schuldbegründung und Sicherstellung fällt nicht unter Art. 287 SchKG. Und dass die in einem solchen Falle be-sonders zurückhaltend zu beurteilenden Voraussetzungen von Art. 288 SchKG hier zutreffen (vgl. etwa BGE 65 III 147), ist nie ernstlich behauptet worden.

Der letztere Anfechtungsgrund ist auch dann nicht gegeben, wenn man entgegen der Betrachtungsweise der Vorinstanz annimmt, die Waren seien dem Beklagten zu Eigentum übertragen worden, jedenfalls sei dies die Wil-lensmeinung gewesen. (Die Gemeinschuldnerin mochte es für richtig halten, nach Scheitern des eigentlich in Aus-sicht genommenen grösseren Darlehens den daran erhal-tenen blossen Vorschuss von Fr. 10,000.— nicht nur sicher-zustellen, sondern das Geschäft statt dessen durch Erfül-lung glattzustellen). Durch die Eigentumsübertragung wurden dem Beklagten keine weiteren Vermögenswerte

zugeführt, als ihm zur unverzüglichen Sicherstellung nach dem soeben Ausgeführten zugesichert waren, und die Kläger haben denn auch anerkannt, dass die Waren keinen höhern Wert als Fr. 10,000.— hatten (oben C). Also kann die statt der zunächst vereinbarten Sicherstellung vollzogene Tilgung nicht unter Art. 288 fallen. Sie begründet aber auch keine erleichterte Anfechtung nach Art. 287. Entsprechend einer bereits ergangenen, nicht veröffentlichten Entscheidung vom 16. Oktober 1941 i. S. Trivelli gegen Lindemann, ist die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel nicht nur dann der erleichterten Anfechtung nach Art. 287 Ziff. 2 entzogen, wenn sich der Schuldner schon früher zu solcher Tilgungsweise verpflichtet hatte (BGE 26 II 202, 41 III 163), sondern auch dann, wenn die Verpflichtung auf blosser Sicherstellung ging. Vorausgesetzt ist natürlich, dass dem betreffenden Gläubiger nicht mehr zugewendet wurde, als worauf er Anspruch hatte, also nicht Gegenstände in einem die Schuld übersteigenden Wert. Ist die Zuwendung, wie hier, unter diesem Gesichtspunkte nicht zu beanstanden, so verdient der Empfänger nicht, mit einer erleichterten Anfechtung nach Art. 287 behelligt zu werden. Der Wortlaut des Gesetzes steht solch weitherziger Auslegung nicht entgegen. Damit wird den wirtschaftlichen Gründen, die, wie hier, eine Tilgung statt einer vereinbarten Sicherstellung nahelegen mögen, billig Rechnung getragen (was vielleicht nicht anginge nach dem deutschen und dem österreichischen Anfechtungsrecht, wonach rein juristisch erleichterte Anfechtung unterstehen « Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder *nicht in der Art* oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte », so § 30 Ziff. 2 der deutschen Konkursordnung).

Dem Beklagten kann endlich nicht entgegengehalten werden, das Darlehen sei nicht zur Rückzahlung fällig gewesen, die Tilgung somit als vorzeitige nach Art. 287

Ziff. 3 anfechtbar. Die Hingabe der Fr. 10,000.— ist nicht als Darlehen anzusehen, das mangels besonderer Abmachungen nur auf Kündigung, und zwar nach der gesetzlichen Frist von sechs Wochen, rückzahlbar gewesen wäre. Vielmehr wurde der Betrag bloss als dringend benötigter, vorderhand einmal sicherzustellender Vorschuss an das grosse Darlehen von Fr. 30,000.—, über das man noch verhandelte, geleistet. Da es nicht zum endgültigen Abschluss eines solchen Darlehensvertrages kam, ergab sich aus dem Vorschuss eine jederzeit fällige Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung.

4. — Ist das von der Vorinstanz angenommene Pfandrecht weder verwirkt noch anfechtbar, so könnte der Beklagte unter Umständen dennoch wegen « eigenmächtiger Veräusserung des Pfandes » zu Schadenersatz verpflichtet sein (Art. 890 Abs. 2 ZGB). Das kommt aber hier nicht in Frage. Der Beklagte löste aus den betreffenden Waren nur gerade den Betrag seiner Forderung aus der Vorschussgewährung. Den andern Gläubigern wurde also nichts vorenthalten. Es liegt auch nichts dafür vor, dass sich damals ein höherer Erlös hätte erzielen lassen oder mit einer künftigen Wertvermehrung der Waren zu rechnen war, was dazu hätte Veranlassung geben können, mit der Veräusserung zuzuwarten. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob einem Anspruch aus Art. 890 Abs. 2 ZGB nicht bereits die nicht arglistige Geltendmachung des Eigentums entgegenstehe (oben Erw. 2 am Ende), und ob als Gegenstand der auf Fr. 10,000.— ermässigten Klage nicht eben nur der Pfanderlös anzusehen ist, auf den die Konkursmasse und demzufolge die Klägerschaft bei Verneinung eines Verwirkungs- und Anfechtungsgrundes keinen Anspruch hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 16. September 1944 bestätigt.