

111. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Dezember 1912
in Sachen **Höbel u. Genossen**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Bär & Cie., Bekl. u. Ver.-Bekl.

1. Die « Tilgung einer Geldschuld » im Sinne des Art. 287 Ziff. 2 SchKG setzt nicht notwendig eine Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt (pro soluto) voraus, sondern es kann darunter auch eine zahlungshalber (solvendi causa) erfolgte Forderungsabtretung oder Anweisung subsumiert werden (Erw. 1).
2. Art. 287 Ziff. 1 ist nicht nur auf die Begründung eines eigentlichen Pfandrechtes, sondern auch auf die anderweitige Sicherstellung von Forderungen anwendbar (Erw. 2).

A. — Die Beklagte hatte der Firma Franceschetti & Pfister in Zürich Waren im Betrage von zirka 10,000 Fr. geliefert und für einen Teil dieses Betrages einen Wechsel von 5707 Fr. 70 Cts. per 29. Februar 1908 auf die genannte Firma gezogen. Franceschetti & Pfister hatten diesen Wechsel akzeptiert, ersuchten jedoch die Beklagte vor Verfall um Prolongierung, da sie, infolge Bestreitung einer Forderung von 100,000 Fr. seitens eines Kunden momentan in Geldverlegenheit seien. Die Beklagte lehnte die Prolongierung ab, erklärte sich aber gegen Übergabe eines Akzeptes der „Vinolithgesellschaft“ per 15. Mai 1908 im Betrage von 4237 Fr. 10 Cts. (gleich ihrer Restforderung) bereit, vorderhand keine Wechselbetreibung einzuleiten.

In dem halb darauf über Franceschetti & Pfister ausgebrochenen Konkurse machte die Beklagte eine Gesamtforderung von 10,054 Fr. 40 Cts. geltend, die sich folgendermaßen zusammensetzte:

Akzept der Firma Franceschetti & Pfister	Fr. 5707 70
Akzept der Vinolithgesellschaft	„ 4237 10
Zinsverlust	„ 109 60

zusammen, wie oben, Fr. 10,054 40

Das Akzept der „Vinolithgesellschaft“ wurde, nachdem es zuerst hatte protestiert werden müssen, im Dezember 1908 eingelöst, und es reduzierte sich infolgedessen die Forderung der Beklagten um den Betrag von 4237 Fr. 10 Cts.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangen die Kläger, als Abtretungsgläubiger im Sinne des Art. 260 SchKG, von der Beklagten die Herausgabe des Betrages von 4237 Fr. 10 Cts., weil die Übergabe des Akzeptes der Vinolithgesellschaft an die Beklagte paulianisch anfechtbar sei. Dabei berufen sie sich auf die Art. 287 Ziff. 2 und 288 SchKG.

C. — Durch Urteil vom 22. Mai 1912 hat das Obergericht des Kantons Zürich (I. Appellationskammer) über den Anspruch auf Herausgabe der 4237 Fr. 10 Cts., sowie über einen andern, gleichzeitig erhobenen Anfechtungsanspruch von 1000 Fr. erkannt:

„Die Beklagte ist verpflichtet, an die Kläger als Zessionare der „Konkursmasse Franceschetti & Pfister in Zürich III 164 Fr. 10 Cts. nebst 5% Zins seit 31. März 1911 zu bezahlen. Im „Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

Die zugesprochenen 164 Fr. 10 Cts. sind ein Teil der, neben den 4237 Fr. 10 Cts. eingeklagten 1000 Fr. Der Anspruch auf Herausgabe der 4237 Fr. 10 Cts. ist dagegen gänzlich abgewiesen worden, weil weder Art. 287 Ziff. 2, noch Art. 288 auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Die Nichtanwendbarkeit des Art. 287 Ziff. 2 wurde damit begründet, daß das Akzept der Vinolithgesellschaft unter den konkreten Umständen als ein übliches Zahlungsmittel anzusehen sei.

D. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 4237 Fr. 10 Cts. nebst 5% Zins seit 31. März 1911 zu Händen der Konkursmasse.

E. — In der, am 12. September 1912 vor Bundesgericht stattgefundenen Parteiverhandlung beantragte der Vertreter der Kläger Gutheißung, derjenige der Beklagten Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Darauf beschloß die II. Zivilabteilung am gleichen Tage, es sei die grundsätzliche Frage:

ob Forderungsabtretungen oder Anweisungen, die nicht an Zahlungsstatt, sondern unter Vorbehalt der ursprünglichen Forderung des Zessionars oder Anweisungsempfängers erfolgen, unter dem Gesichtspunkte des Art. 287 Ziff. 2, oder aber unter demjenigen

der Ziff. 1 zu behandeln seien; eventuell: ob auf den im einzelnen Falle mit der Abtretung oder Anweisung verbundenen Zweck (Zahlung oder Sicherheitsleistung) abzustellen sei, im Sinne der Art. 23 Abs. 2 OG und 15 Regl. dem Gesamtgericht zu unterbreiten; desgleichen auch die Vorfrage:

ob Art. 23 Abs. 2 OG überhaupt anwendbar sei, wenn eine der neu geschaffenen Abteilungen sich zur Praxis einer der früheren Abteilungen in Widerspruch setzen will, oder ob sich die zitierte Gesetzesbestimmung nur auf Konflikte zwischen den neuen Abteilungen unter sich, bezw. auf den Konflikt einer neuen Abteilung mit dem Plenum beziehe.

Durch Beschluß vom 10. Dezember 1912 hat das Plenum des Bundesgerichts die Vorfrage in dem Sinne entschieden, daß Art. 23 Abs. 2 OG nur dann anwendbar sei, wenn eine der gegenwärtigen Abteilungen eine Rechtsfrage anders entscheiden möchte, als dies seit der Neuorganisation des Bundesgerichts von Seiten einer andern Abteilung oder des Plenums geschehen sei. Demgemäß ist das Plenum auf die Hauptfrage nicht eingetreten.

Die II. Zivilabteilung hat darauf am heutigen Tage,
in Erwägung:

1. — Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, daß die Frage, ob ein akzeptierter Wechsel als ein „übliches Zahlungsmittel“ im Sinne des Art. 287 Ziff. 2 SchRG erscheine, nicht abstrakt entschieden werden kann, sondern daß in jedem einzelnen Fall geprüft werden muß, ob nach den Verhältnissen der in Betracht kommenden Personen, nach den Anschauungen der Kreise, denen sie angehören, und nach der lokalen Geschäftsübung diejenigen Papiere, um die es sich handelt, wie Barschaft gegeben und angenommen zu werden pflegen. Vergl. Jaeger, Anm. 9 B. zu Art. 287 und die dortigen Zitate.

Der Vorinstanz ist sodann auch beizupflichten, daß gerade im Geschäftsverkehr zwischen der Beklagten und der Firma Franceschetti & Pfister, die beide Großkaufleute waren, ein akzeptierter Wechsel sehr wohl ein übliches Zahlungsmittel darstellen konnte. In dieser Beziehung genügt es, auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen, die zum Teil den Charakter tatsächlicher Fest-

stellungen haben, im übrigen aber, d. h. soweit sie rechtlicher Natur sind, durchaus zutreffend erscheinen.

Endlich ist die Anwendbarkeit des Art. 287 Ziff. 2 auf den vorliegenden Fall auch nicht etwa deshalb zu verneinen, weil die Übergabe des Wechsels an die Beklagte nicht an Zahlungs statt (pro soluto), sondern nur zahlungshalber (solvendi causa) stattgefunden habe; denn im Geschäftsverkehr pflegt diesem juristischen Unterschied bei der Annahme von Wechseln und wechselfähnlichen Papieren entweder überhaupt keine Beachtung geschenkt, oder doch keine wesentliche Bedeutung beigemessen zu werden, da ja der Nehmer eines solchen Papiers im Falle der Nichtzahlung so wie so den wechselfähigen Negrefß gegen den Aussteller oder Remittenten hat, dieser Negrefß aber in der Regel rascher zur Deckung führt, als die Geltendmachung der ursprünglichen Forderung. Vergl. übrigens BGE 20 S. 214, sowie Brand, Aufsehnungsrecht S. 169 und Jaeger, Anm. 9 A i. f. zu Art. 287.

2. — Nach dem Gesagten, und weil auch in Bezug auf die Nichtanwendbarkeit des Art. 288 auf den vorliegenden Fall den Erwägungen der Vorinstanz beizupflichten ist, müßte der von den Klägern erhobene Anspruch abgewiesen werden, sofern wirklich davon auszugehen wäre, daß die Übergabe des Wechsels von 4237 Fr. 10 Cts. an die Beklagte zahlungshalber stattgefunden habe. Dies ist nun aber nicht der Fall. Es handelte sich für die Firma Franceschetti & Pfister nicht darum, die Zahlung eines fälligen Betrages von 4237 Fr. 10 Cts., statt durch bares Geld, durch Hingabe eines Wechsels zu effektuieren, weil dieses letztere Zahlungsmittel für sie oder für die Beklagte bequemer gewesen wäre, sondern es hatten Franceschetti & Pfister um Prolongierung eines, am 29. Februar fällig werdenden Akzeptes von 5707 Fr. 70 Cts. nachgesucht, und es war ihnen, wenn auch nicht die förmliche Prolongierung dieses Akzeptes, so doch die vorläufige Nichteinleitung der Wechselbetreibung unter der Bedingung zugesagt worden, daß der Beklagten als Sicherheit für die Restforderung, die zirka 4000 Fr. betrug und für welche sie, soviel aus den Akten ersichtlich ist, noch keinen Wechsel auf Franceschetti & Pfister gezogen hatte, ein Akzept einer solventen Drittperson übergeben werde (als welche die Einolthgesellschaft damals von den Beteiligten

betrachtet wurde). Die Beklagte hat also das Akzept von 4237 Fr. 10 Cts. nicht zahlungshalber, zum Zwecke der Tilgung eines Teils der Forderung von 5707 Fr. 70 Cts. entgegengenommen, sondern sie hat es als Sicherheit für eine andere Forderung erhalten, die offenbar erst einige Zeit später fällig geworden wäre und für die sie sich unter normalen Verhältnissen mit der Akzeptierung einer von ihr auf Franceschetti & Pfister gezogenen Tratte begnügt haben würde. Damit stimmt denn auch überein, daß die Beklagte selber vor I. Instanz hat erklären lassen: „Es handelte sich für uns nicht um Tilgung, sondern das Akzept lief nur nebenher“. — War aber darnach der Zweck des Geschäftes nicht die Tilgung, sondern die Sicherstellung eines Guthabens, so kann es sich von vornherein nicht um die Anwendung des Art. 287 Ziff. 2, sondern nur um diejenige der Ziff. 1 handeln. Allerdings bezieht sich Art. 287 Ziff. 1 seinem Wortlaute nach nur auf die „Begründung eines Pfandrechtes“, während im vorliegenden Falle das Wort „Pfandrecht“ von den Kontrahenten nicht gebraucht worden ist. Allein, wenn der Wechsel von 4237 Fr. 10 Cts. der Beklagten wirklich zum Zwecke der Sicherstellung übergeben worden ist, was nach dem Gesagten angenommen werden muß, so war damit zweifellos die Meinung verbunden, daß Franceschetti & Pfister, sofern sie inzwischen die Zahlung selber zu leisten im Stande seien, berechtigt sein sollten, die Rückgabe jenes Wechsels zu verlangen. Es lag also wirtschaftlich, wenn auch nicht juristisch gesprochen, eine Verpfändung vor, und hieran wurde auch dadurch nichts geändert, daß die Beklagte, falls nicht etwa vorher eine direkte Zahlung seitens Franceschetti & Pfister erfolgte, offenbar ohne weiteres zur Einklassierung des Wechsels berechtigt sein sollte; denn die außergerichtliche Realisierung der Deckung kann ja sogar bei der eigentlichen Verpfändung vereinbart werden und fällt nicht etwa (vgl. Hafner, Anm. 2 i. f. zu Art. 223 OR), unter das Verbot des Art. 222 alt OR (gleich Art. 894 ZGB). Daß aber Art. 287 Ziff. 1 nur dann anwendbar sei, wenn juristisch gesprochen ein Pfandrecht bestellt wurde, nicht auch dann, wenn der gleiche wirtschaftliche Effekt auf andere Weise erreicht wurde, kann nicht anerkannt werden. Art. 287 Ziff. 1, wie übrigens auch Ziff. 3, will verhindern, daß der Schuldner ein-

zelnen Gläubigern Vorteile einräume, zu deren Gewährung er nicht schon vorher verpflichtet war. Eine derartige Bevorzugung einzelner Gläubiger liegt nun aber nicht nur dann vor, wenn eine nicht fällige Forderung bezahlt, oder wenn für eine Forderung, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht verpflichtet war, ein eigentliches Pfandrecht bestellt wird, sondern (vgl. Jaeger, Anm. 6 Abs. 3 zu Art. 287) auch dann, wenn eine solche Forderung auf andere Weise sichergestellt wird. Auch auf derartige verdeckte Pfandbestellungen muß daher Art. 287 Ziff. 1 anwendbar sein, wiewohl zugegeben ist, daß er bisher (vgl. z. B. BGE 26 II S. 203 Erw. 3) nicht in diesem weiten Sinne ausgelegt wurde.

Endlich steht der Anwendung des Art. 287 Ziff. 1 auf derartige Fälle auch nicht etwa der Umstand entgegen, daß die Kläger sich (außer auf Art. 288) nur auf Art. 287 Ziff. 2 berufen haben. Denn es handelt sich hier um eine Frage der Rechtsanwendung, deren Beantwortung nach dem Grundsatz *jura novit curia* von den Anbringern der Parteien unabhängig ist. Vergl. übrigens BGE 33 II S. 660 Erw. 2*, sowie Jaeger, Anm. 1 B i. f. zu Art. 285 und Anm. 1 i. f. zu Art. 288.

3. — Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß im vorliegenden Falle nicht sowohl zu untersuchen war, ob der Wechsel von 4237 Fr. 10 Cts. an sich geeignet gewesen wäre, ein übliches Zahlungsmittel darzustellen, als vielmehr, ob Franceschetti & Pfister schon vorher zur Sicherstellung der entsprechenden Forderung der Beklagten verpflichtet waren. Letzteres ist nun offenbar nicht der Fall, und es hat auch die Beklagte eine bezügliche Behauptung gar nicht aufgestellt. Daß aber die übrigen Voraussetzungen des Art. 287 (Vornahme der angefochtenen Handlung in den letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung, Überschuldung im Zeitpunkte der Vornahme und Nichtleistung des in Abs. 2 vorgesehenen Exculpationsbeweises) in casu erfüllt sind, ist von der Vorinstanz in durchaus zutreffender Weise ausgeführt worden, und es genügt daher in dieser Beziehung, auf ihr Urteil zu verweisen.

4. — Stellt sich somit die im Februar 1908 erfolgte Übergabe des Akzeptes der Linolithgesellschaft an die Beklagte als eine nach

Art. 287 Ziff. 1 anfechtbare Rechts-handlung dar, so muß die Be-
klagte zur Herausgabe der von ihr im Dezember 1908 einlassierten
Valuta dieses Wechsels nebst Verzugszins an die Kläger verurteilt
werden. Dabei erfolgt die Verurteilung an die Kläger selbstver-
ständlich nur im Sinne des Art. 260 Abs. 2 SchRG (vergl. da-
rüber Jaeger, Ann. 3 lit. i., Ann. 9 und 11 zu Art. 260).

erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheißen, daß die Beklagte
verurteilt wird, an die Kläger alsessionare der Konkursmasse
Franceschetti & Pfister außer den bereits zugesprochenen

Fr. 164 10 noch

„ 4237 10, zusammen also

Fr. 4401 20 nebst 5 % Zins seit 31. März 1911 zu bezahlen.

II. Prozessrechtliche Entscheidungen. — Arrêts en matière de procédure.

I. Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

112. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1912
in Sachen *Jensen*, Kl. u. Ber.-Kl., gegen *Weingärtner*,
Bekl. u. Ber.-Bekl.

Art. 56 OG: Oertliche Rechtsanwendung in Bezug auf ein in einem
Dienstvertrage enthaltenes Konkurrenzverbot mit Konventionalstraf-
klausel, speziell hinsichtlich der Frage der Gültigkeit.

Das Bundesgericht hat,

da sich ergeben:

A. — Der damals in Kassel wohnhafte Beklagte schloß am
18. April 1906 mit dem Kläger einen Vertrag, wonach er gegen
die Vergütung eines festen Gehaltes, der Spesen und gewisser
Provisionen als Reisender in dessen Geschäft eintrat. Gemäß diesem
Vertrage verpflichtete er sich bei einer Konventionalstrafe von
3000 Mk., während drei Jahren nach Beendigung des Dienst-
verhältnisses weder Firmen, die er schon für den Kläger besucht
habe oder die ihm durch diesen bekannt geworden seien, als Kon-
kurrent aufzusuchen, noch in ein Konkurrenzgeschäft als Ange-
stellter oder Teilhaber einzutreten, noch ein solches zu kaufen oder
zu errichten. Durch Nachtragsvertrag vom 22. September 1908
wurde einerseits bestimmt, daß der Beklagte sein Domizil von Kassel
nach Basel zu verlegen habe, anderseits wurden Gehalts-, Spesen-
und Provisionsvergütung neu geordnet; im Übrigen sollte es bei den
früheren Vereinbarungen sein Bewenden haben.

Nachdem der Kläger im August 1909 das Verhältnis durch