

erforderlich, der ersten Instanz hätten unterbreitet werden können. Uebrigens sind jene Bescheinigungen inhaltlich nicht geeignet, die Richtigkeit der fraglichen Behauptung des Klägers darzutun. Die vom Vermittleramt Altstätten ausgehende besagt wiederum lediglich, dass der Kläger seine Erklärung betreffend den Auszug im Sinne eines nicht angenommenen Vergleichsvorschlages gemacht habe. Laut der vom Bezirksammann ausgestellten hätte sich der Rekurrent freilich im Exmissionsverfahren geäußert, dass er « sowieso auf Ende Juli ausziehen » werde. Allein es ist nicht ersichtlich, dass der Rekursgegner oder sein Vertreter von dieser Erklärung Kenntnis erhielten und zudem enthalten die Akten des Exmissionsverfahrens über eine solche Erklärung nichts.

Endlich kann der Rekurrent auch nicht mit seiner Behauptung durchdringen, die Räumung der Wohnung habe sich unter den Augen des Personals der Filiale Altstätten vollzogen. Die Bescheinigung der Filialeiterin, die er zum Beweise vor Bundesgericht einlegte, lässt sich aus den schon erwähnten prozessualen Gründen nicht berücksichtigen. Auch diese Urkunde würde übrigens inhaltlich nichts beweisen, da kein Grund für die Annahme vorliegt, dass es Sache des Personals gewesen sei, sich um das Mietverhältnis zwischen ihrem Prinzipal und dem Rekurrenten zu kümmern. Die blosse Kenntnis des Personals vom Wegzug aber tut nicht dar, dass dieser dem Rekursbeklagten nicht verheimlicht worden sei.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
e r k a n n t :

Der Rekurs wird abgewiesen.

*Entscheidungen der Zivilkammern. — Arrêts
des sections civiles.*

**98. Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. Oktober 1915
i. S. Konkursmasse Giger & Glarner, Klägerin,
gegen Zwirnerlei Zwicky A.-G., Beklagte.**

Simulierter Kaufvertrag zum Zwecke der Bestellung eines Mobiliarpfandrechts ohne Besitzübertragung (Erw. 1). Nach Art. 287 Ziff. 2 anfechtbare Uebernahme des vermeintlichen Pfandes an Zahlungsstatt für eine dem vermeintlichen Pfandgläubiger zustehende Forderung (Erw. 3). Nach derselben Gesetzesbestimmung anfechtbare Realisierung eines möglicherweise bestehenden Pfand- oder Retentionsrechts (Erw. 3).

A. — Am 26. September 1910 kam zwischen den Garnhändlern Giger & Glarner einerseits und der Beklagten andererseits ein « Lohnzwirnvertrag » zustande, gemäss welchem sich Giger & Glarner verpflichteten, der Beklagten ein bestimmtes Quantum Gespinnst zum Zwirnen zu übergeben und die betreffenden Fakturen jeweilen monatlich zu reglieren. Am 13. Dezember desselben Jahres ersuchten Giger & Glarner die Beklagte, einen ihr zahlungshalber übergebenen Wechsel aus der Zirkulation zurückzuziehen. Am 29. Dezember ersuchten sie sie ferner, drei Wechsel von zusammen 12,000 Fr. doch ja nicht protestieren zu lassen, da ihnen dadurch « ungeheure Unannehmlichkeiten » erwachsen könnten; « in der schlechtesten Zeit » sei ihnen ein vorübergehender Bankkredit von 10,000 Fr. entzogen worden; damit seien ihre « Geldsorgen eben nicht kleiner ge-

worden»; mit dem neuen Jahre hofften sie « in geordnetere Verhältnisse zu kommen ». Am 3. Januar 1911 ersuchten sie telegraphisch und brieflich um Prolongierung der drei Wechsel; in einigen Tagen werde die Beklagte « weitere Anschaffung » erhalten; infolge der « Engherzigkeit » ihrer Bank seien sie gnötigt, sich « eben momentan auf diese Weise zu behelfen »; sie würden nicht ermangeln, sich nach einer andern Bank umzusehen; die Beklagte solle ihnen « dieses doch ja nicht übel deuten ». Am 20. Januar schickten sie der Beklagten für den Betrag von 12,500 Fr. neue Wechsel; von dieser Summe sollte jedoch ein Betrag von 7957 Fr. 15 Cts. als Ersatz für einen am 20. Januar fälligen Wechsel und nur der Rest (4542 Fr. 85 Cts.) als Anzahlung auf die per 31. Dezember fällig gewesenenen 12,000 Fr. gelten. Einen für Zinsen und Spesen geschuldeten Betrag von 311 Fr. 80 Cts. erklärten sie erst am 23. Januar per Postmandat einsenden zu können; bis dahin würden ihnen nämlich « grössere Beträge in bar eingehen ». Am 21. Januar konnte die Beklagte auf eine von Giger & Glarner ausgestellte Tratte 14,692 Fr. 25 Cts. erhältlich machen. Diesen Betrag händigte sie sofort einem Teilhaber der Firma Giger & Glarner aus, der ihn seinerseits zur Ablösung einer Schuld bei ihrer eigenen Bank (Specker & C^{ie} in Rheineck) verwendete. Am 24. Januar schlugen Giger & Glarner der Beklagten als « Ausweg » zur Überwindung ihrer « gegenwärtigen Geldknappheit, » die Eröffnung eines Kontokorrentes mit $\frac{1}{4}$ - oder $\frac{1}{2}$ -jährlicher Abrechnung vor. Am 27. Januar fand zwischen der Beklagten und Giger & Glarner eine Besprechung statt, deren Resultat die Beklagte am 28. Januar wie folgt zusammenfasste :

« 1. Sie legen in ein neutrales Depot (eventuell Lagerhaus St. Margrethen) für mindestens 30,000 Fr. (dreissigtausend) Garne, deren Wert so bestimmt wird, dass zum heutigen Gespinnst-Marktpreis der Façon zugezogen wird. Dieses Lager ist mit unserem Einver-

« ständnis und rechtzeitiger Avisierung durch andere » N°^s auswechselbar mit entsprechendem Gegenwert: « Auch Sie haben dem betreffenden Depot ausdrücklich » in diesem Sinne Mitteilung zu machen, und, dass das » Garn unser Eigentum sei.

» 2. Ab Februar haben Sie monatlich mindestens » 3 bis 4000 Fr. in bar oder soliden Kundenakzepten an uns » direkt oder an die Schweizerische Volksbank einzu- » zahlen.

» 3.

» 4. Wir nehmen im weitern von Ihrer ausdrücklichen » Erklärung Vormerkung, dass alle übrigen von Ihrer » Firma akzeptierten Wechsel am Verfalltage unter » allen Umständen und Folgen pünktlich eingelöst » werden. Wir haben Ihnen bereits erklärt, dass wir » weitere Prolongation von Wechseln unmöglich mehr » akzeptieren können und alle uns künftigen Guthaben » von Ihnen nun bei Verfall in bar oder guten Kunden- » akzepten regliert werden.

»
» Nach Reglierung sämtlicher Wechsel und aller dann » fälligen Guthaben geht das Depot wieder auf Sie zu- » rück und werden die geleisteten Barzahlungen ver- » rechnet.

» Wir hoffen nun, auf diesem Wege eine für beide » Teile befriedigende Lösung der Angelegenheit gefunden » zu haben, ohne Sie in Ihrem Verkehr geschädigt oder » gehindert und uns anderseits in Anbetracht des ganz » bedeutenden Guthabens bei Ihnen etwelche Sicherheit » verschafft zu wissen.

»

Am 7. Februar erklärten sich Giger & Glarner mit dieser Regelung « einverstanden », jedoch nur unter der Bedingung, dass das zur Sicherstellung der Beklagten bestimmte Warenlager « notarisch versiegelt » im Magazin von Giger & Glarner deponiert bleibe; die Verbringung des Warenlagers nach einem auswär-

tigen Lagerhaus würde nämlich « sehr kreditschädigend » wirken. Am 10. Februar antwortete die Beklagte, sie nehme den Vorschlag an, sofern ihr im « Hause » von Giger & Glarner ein « extra Raum, der separat abgeschlossen werden kann, » angewiesen werde. Im übrigen müsse sie von nun an auf Barzahlung aller Fakturen bestehen, da ihre Bank die weitere Diskontierung von Wechseln auf Giger & Glarner kategorisch ablehne. Giger & Glarner antworteten am 14. Februar, einen verschlossenen Raum könnten sie der Beklagten nicht zur Verfügung stellen; diese brauche aber nicht zu befürchten, dass, « wenn eine Angelegenheit notariisch verschrieben ist, » Giger & Glarner sich « eine ungerechte Handlungsweise zu Schulden kommen lassen » könnten. « Mit Barmitteln » seien sie « gegenwärtig sehr knapp »; es sei ihnen deshalb nicht möglich, die Beklagte « anders als auf bisherige Weise zu befriedigen ». Die Beklagte verlangte darauf ein Verzeichnis der zu ihrer Sicherheit bestimmten Waren und erklärte, diese der « Einfachheit halber käuflich übernehmen » zu wollen, mit der Abmachung, dass sie die Zwirne unentgeltlich bei Giger & Glarner lagern könne; der Akt würde « notariell beglaubigt »; « durch separate briefliche Abmachung » würde « festgesetzt, dass dieses Lager nach Einlösung der sämtlichen Wechsel wieder an Giger & Glarner zurückfällt ».

Mit Datum vom 24. Februar unterzeichneten darauf Jean Giger als « Vermieter » und die Beklagte als « Mieterin » einen « Mietvertrag » über « das Magazin im Parterre des Hauses von Jean Giger in Staad »; der « Mietzins » wurde auf 20 Fr. per Monat festgesetzt; unter der vorgedruckten Rubrik « Besondere Bestimmungen » wurde beigefügt: « Die Mieter geben hierdurch » dem Vermieter das Recht, der Firma Giger & Glarner » zu gestatten, das Lokal zu Lagerzwecken zu benutzen, » soweit der Mieter in der Benützung des Lokals da- » durch nicht behindert wird. »

Mit Datum vom 25. Februar unterzeichneten sodann Giger & Glarner als « Verkäufer » und die Beklagte als « Käuferin » folgenden « Kaufvertrag »:

« 1. Die Firma Giger & Glarner verkauft durch gegenwärtigen Vertrag der Firma Zwicky A.-G. einen Posten » gewirnte Garne laut Spezialverzeichnis im Werte von » 27,223 Fr. 5 Cts.

» Die Verkäufer verpflichten sich, die verkauften » Waren auf eigene Kosten in das vom Käufer gemietete Lokal im Parterre des Hauses des Herrn Jean » Giger in Staad zu verbringen.

» 3. Die Verkäufer Giger & Glarner erklären durch » ihre nachstehende Unterschrift, den Gegenwert für die » verkauften Waren durch Verrechnung erhalten zu » haben und erklären sich gegenüber der Firma Zwirner » Zwicky A.-G. per Saldo aller weiteren Ansprüche aus » gegenwärtigem Kaufvertrage für befriedigt. »

Am 27. Februar schrieb die Beklagte an Giger & Glarner:

« Wir gestehen Ihnen das Recht zu, von diesem un- » serem Lager bei Ihnen, bei Bedarf Zwirne zu den » angesetzten Preisen uns abkaufen zu können, sofern sie » den Fakturabetrag sofort bei Wegnahme in bar ent- » richten. Es kann eventuell auch ein Ersatz durch an- » dere Zwirne geleistet werden, in jedem Falle aber ist » vorerst unser Einverständnis einzuholen. Eine allfällige » Herausgabe oder Auswechslung von Waren kann nur » in Gegenwart von uns oder unserer Beauftragten ge- » schehen.

» Gemäss unserer weiteren in Gegenwart von Herrn » Dr. Biggel getroffenen Abmachungen bezahlen Sie uns » ab März 1911 monatlich mindestens 3000 Fr. in bar » oder soliden Kundenakzepten acconto alte Rechnung » ein, ausser den Zahlungen für laufende fällige Fak- » turen.

» Im weitem haben wir ausdrücklich abgemacht, dass » Sie auf Rechnung des Façonkontraktes ununterbrochen

» für mindesten 7000 Fr. Gespinnst an unserem Lager
 » hier in Malans liegen haben, welche als Teildeckung
 » für unsere jeweiligen offenen Guthaben uns faustpfand-
 » rechtlich zu Eigentum gehören.

» Auf Grund des Mietvertrages mit Herrn Jean Giger
 » in Staad ist uns jederzeit der freie Zutritt zu dem ge-
 » mieteten Magazin, wo unsere Garne lagern, selbst-
 » redend gestattet, trotzdem wir Ihnen laut Abmachung
 » mit Herrn Giger die Mitbenützung des Magazins so
 » lange der Platz reicht, gestatten. Für diese Mitbenützung
 » des Magazins zahlen Sie uns monatlich 20 Fr. »

Mit dem Inhalt dieses Schreibens erklärten sich
 Giger & Glarner am 3. März einverstanden. Sie fügten
 bei, es werde nun hoffentlich « alles seinen richtigen
 Weg gehen » und sie (Giger & Glarner) « recht bald
 in geordnete Verhältnisse hineinkommen ».

Auf den 3. März berechneten Giger & Glarner die
 Höhe ihrer Schuld an die Beklagte auf 63,901 Fr.
 65 Cts. und fügten folgende Aufstellung bei :

» An verkauften Waren ab Staad Fr. 27,223 05
 » An verkauften Waren ab Malans » 7,000 —

In der Folge entnahmen Giger & Glarner dem Waren-
 lager, teils mit, teils ohne Erlaubnis der Beklagten,
 wiederholt kleinere oder grössere Partien Gespinnst. Die
 diesen Bezügen entsprechenden Zahlungen wurden a con-
 to der Hauptschuld gebucht. Die Beklagte drängte be-
 ständig auf Reduktion der Schuld durch Barzahlungen
 und verbat sich die Einsendung von Wechseln, die doch
 nur in den seltensten Fällen honoriert würden. Trotz
 aller Schwierigkeiten, mit denen die Beklagte in dieser
 Beziehung zu kämpfen hatte, fand immerhin allmählich
 eine Reduktion der Schuld statt. Auf den 19. Mai be-
 trug diese nur noch 50,872 Fr., während das zur Sicher-
 stellung der Beklagten bestimmte Warenlager in Staad
 einen Wert von 23,641 Fr. 75 Cts., dasjenige in Malans
 einen solchen von zirka 16,000 Fr. repräsentierte. Am
 1. Juni reklamierte die Beklagte, weil Giger & Glarner

das Warenlager entwerteten, indem sie eigenmächtig alle
 gangbare Ware wegnähmen und durch « Ladengauner »
 ersetzten; andererseits seien die Abzahlungen « mehr als
 mager »; so könne es deshalb nicht weitergehen; Giger
 & Glarner sollten « jetzt einmal einen andern Gläubiger
 warten lassen »; sonst werde sich die Beklagte genötigt
 sehen, das Warenlager « an sich zu ziehen ».

Am 28. Juni ersuchten Giger & Glarner die Beklagte,
 eine « Kaufbeile » von 10,000 Fr. an Zahlungsstatt anzu-
 nehmen; die Beklagte erklärte jedoch, nach Rücksprache
 mit ihrer Bank, darauf nicht eingehen zu können.

Am 4. August schrieb die Beklagte, sie « übernehme »
 nun das Warenlager in Malans « an Zahlungsstatt » zum
 Preise von 12,341 Fr. 75 Cts., welchen Betrag sie der
 Firma Giger & Glarner gutschreibe. Giger & Glarner
 protestierten zuerst, mit Schreiben vom 8. August, gegen
 diese « Annektierung »; eventuell verlangten sie Anrech-
 nung höherer Preise. Zugleich schickten sie einen Rech-
 nungsauszug mit einem Saldo von 39,371 Fr. 65 Cts. zu-
 gunsten der Beklagten, wobei sie die ihnen von der Be-
 klagten « gutgeschriebenen » 12,341 Fr. 75 Cts. nicht
 berücksichtigten.

Die Beklagte bestand ihrerseits, mit Schreiben vom
 9. August, auf der « vollständig berechtigten Annektie-
 rung an Zahlungsstatt » und verlangte dringend, unter
 Androhung rechtlicher Schritte, Abzahlung ihres Rest-
 guthabens von 27,029 Fr. 90 Cts.; « in diesem Fall »
 « falle » der Firma Giger & Glarner « das gekaufte Lager
 in Staad wieder zu ».

Darauf antworteten Giger & Glarner am 11. August:
 da das Lager in Malans wohl bereits nicht mehr vor-
 handen sein werde, müssten sie sich « wohl oder übel »
 mit der Gutschrift der 12,341 Fr. 75 Cts. einverstanden
 erklären.

Am 27. Oktober schickten Giger & Glarner der Be-
 klagten einen Rechnungsauszug, der (unter Berücksich-
 tigung der Gutschrift der 12,341 Fr. 75 Cts.) mit einem

Saldo von 19,140 Fr. 10 Cts zugunsten der Beklagten abschloss; dabei hatten jedoch Giger & Glarner als «Zahlung» ihrerseits drei Wechsel im Gesamtbetrage von 5318 Fr. 65 Cts. gebucht, die von der Beklagten sofort zurückgewiesen wurden. Nach Streichung dieser Gutschrift von 5318 Fr. 65 Cts. und nach Belastung der Schuldnerin mit vier Retourwechseln im Gesamtbetrage von 3124 Fr. 70 Cts., sowie mit einer Rechnungsdifferenz von 12 Fr. 75 Cts., würde sich per 31. Dezember 1911 ein Saldo von 27,596 Fr. 20 Cts. zugunsten der Beklagten ergeben haben.

Am 20. November brachte es nun aber die Beklagte dazu, dass ihr sämtliche bis dahin in Staad deponierten Waren zugeschiedt wurden. Dafür schrieb sie der Firma Giger & Glarner unterm 10. November den Betrag von 17,879 Fr. 15 Cts. gut, wodurch sich der Rechnungssaldo auf 9717 Fr. 5 Cts. reduzierte.

Am 27. November brach über Giger & Glarner der Konkurs aus. In diesem meldete die Beklagte zunächst eine Forderung von 14,717 Fr. 5 Cts. (= jenen 9717 Fr. 5 Cts. zuzüglich einer Schadenersatzforderung von 5000 Fr. wegen ungenügenden Warensendungen) an.

Die Konkursverwaltung bestritt zuerst die ganze Forderung von 14,717 Fr. 5 Cts., anerkannte dann aber den Betrag von 9717 Fr. 5 Cts. Über die Schadenersatzforderung, die inzwischen auf 10,000 Fr. erhöht worden war, fand im Kanton St. Gallen ein Kollokationsprozess statt, der mit der rechtskräftigen Abweisung der gesamten Schadenersatzforderung endigte. Die Beklagte ist infolgedessen mit 9717 Fr. 5 Cts. in V. Klasse kolloziert. Die Anfangs August, sowie am 20. November 1911 von ihr übernommenen Waren sind, soviel aus den Akten ersichtlich ist, nicht mehr *in natura* vorhanden.

Gegenüber einer im Januar 1912 von Jean Giger gegen die Beklagte angehobenen Betreibung auf Zahlung von 220 Fr. «Mietzins» für das Lokal, in welchem die zur Sicherstellung der Beklagten bestimmten Waren in

Staad deponiert gewesen waren, nahm die Beklagte den Standpunkt ein, dass jene Miete «bloss formelle Bedeutung» gehabt habe.

B. — Am 13. September 1912 erfolgte die Einleitung des vorliegenden Prozesses, in welchem die Konkursverwaltung verlangt:

«1. Anerkennung der Anfechtbarkeit und Ungültigkeit » der zwischen ihr (der Beklagten) und der Firma Giger & Glarner abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, wonach » sich Beklagte, laut ihrem Rechnungsauszug vom » 31. Dezember 1911

» a) am 9. August 1911 Rohstoffe im Betrage von » 12,311 Fr. 75 Cts. aneignete,

» b) am 20. November 1911 Garne im Betrage von » 17,879 Fr. 15 Cts. gestützt auf den sogenannten Kauf- » vertrag vom 25. Februar 1911 von der Firma Giger » & Glarner senden liess und diese beiden Warendeckun- » gen zur teilweisen Befriedigung ihres Guthabens ver- » wendete.

» 2. Rückerstattung der durch diese Rechtshandlungen » erhaltenen Waren bezw. Anerkennung und Bezahlung » von 30,190 Fr. 90 Cts. nebst Zins zu 5 %

» a) von 12,311 Fr. 75 Cts. seit 9. August 1911,

» b) von 17,879 Fr. 15 Cts. seit 20. November 1911; » alles unter Kostenfolge ».

Zu diesem Rechtsbegehren hat die Klägerin folgende Erklärung abgegeben:

» Nach Rückerstattung sämtlicher Waren, bezw. nach » erfolgter Bezahlung der 30,190 Fr. 90 Cts. nebst Zins » und Kosten verpflichtet sich die Klägerin, die Beklagte » mit diesem Betrage in fünfter Klasse zu kollozieren. »

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

C. — Durch Urteil vom 13. Februar 1915 hat das Kantonsgericht von Graubünden die Klage abgewiesen, weil weder ein anfechtbares Rechtsgeschäft, noch Simulation vorliege.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig

und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Die Beklagte hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Es steht ausser Frage, dass die Beklagte den « Kaufvertrag » vom 25. Februar 1911 nicht zu dem Zwecke abgeschlossen hat, um sich Garne einer bestimmten Sorte, deren sie in ihrem Gewerbebetrieb bedürft hätte, zu verschaffen, sondern, dass es ihr dabei lediglich darum zu tun war, ihre ungedeckte Forderung an Giger & Glarner nachträglich einigermaßen sicherzustellen. Zu diesem Zwecke hätte nun, ausser dem nächstliegenden Mittel der Faustpfandbestellung, unter Umständen allerdings auch ein Kaufvertrag geeignet sein können, nämlich dann, wenn einerseits die Kontrahenten wirklich beabsichtigt hätten, die essentiellen Rechtswirkungen eines jeden Kaufvertrags — Übergabe einer Sache zu Eigentum und Bezahlung eines Kaufpreises — eintreten zu lassen, andererseits aber weder eine im Sinne der Art. 202 Abs. 2 alt OR, bezw. 717 ZGB un wir k s a m e, noch eine nach Art. 288 SchKG a n f e c h t b a r e Rechtshandlung vorgelegen hätte. Wie es sich in letzterer Hinsicht mit dem « Kaufvertrag » vom 25. Februar 1911 verhalten würde, kann hier d e s h a l b unerörtert bleiben, weil die Annahme eines rechtsgültigen Kaufvertrages schon an dem Umstande scheitert, dass die Kontrahenten gerade jene essentiellen Rechtswirkungen eines jeden Kaufvertrages (Übergabe der Sache zu Eigentum und Bezahlung des Kaufpreises) ausschliessen wollten. Zwar hatte die Beklagte ursprünglich verlangt, dass die in Betracht kommende Ware in einen « extra, separat abschliessbaren Raum » verbracht, also eine wirkliche Besitzübertragung vollzogen werde. Da

aber Giger & Glarner hiegegen Einspruch erhoben und erklärten, dass der Sicherstellungszweck ebensogut durch « notarische Verschreibung der Angelegenheit » zu erreichen sei, verzichtete die Beklagte schliesslich auf die Besitzübertragung und verlangte nur noch, dass ein Verzeichnis der Waren aufgenommen und ein « notariell beglaubigter » Vertrag abgeschlossen werde, wonach sie « der Einfachheit halber » die Ware « käuflich übernehme ». Der Abschluss eines « Kaufvertrages » an Stelle eines Verpfändungsvertrages erfolgte somit nur « der Einfachheit halber », d. h. bei richtiger Interpretation dieses zu Simulationszwecken oft verwendeten euphemistischen Ausdrucks: behufs Verschleierung des wirklichen Vertragswillens, der im vorliegenden Falle nicht auf Eigentumsübertragung und Preisbezahlung, sondern auf Bestellung eines Pfandrechts ohne Besitzübergabe gerichtet war. Um dabei ja alle Rechtswirkungen eines wirklichen Kaufvertrages auszuschliessen, wollte die Beklagte durch « separate briefliche Abmachung », also in einer nach aussen nicht hervortretenden Weise, « festsetzen » lassen, dass das « verkaufte » Lager nach Einlösung sämtlicher Wechsel « wieder an Giger & Glarner zurückfalle ». Dementsprechend wurde denn auch — entgegen der im « Kaufvertrag » enthaltenen Angabe, dass der « Kaufpreis » durch « Verrechnung » getilgt sei, — den « Verkäufern » des auf 27,223 Fr. 5 Cts. geschätzten Warenlagers dieser Betrag nicht etwa in laufender Rechnung gutgeschrieben, und ebensowenig wurden ihnen umgekehrt die Waren, die sie dem Lager mit oder ohne Einwilligung der Beklagten entnahmen, belastet; wohl aber wurden ihnen diejenigen Beträge gutgeschrieben, die sie für solche Warenbezüge entrichteten. Wenn also Giger & Glarner dem Lager einen Posten Waren entnahmen und der Beklagten eine entsprechende Barzahlung machten, so bedeutete dies in Wirklichkeit keinen partiellen R ü c k k a u f der angeblich v e r k a u f t e n Waren, sondern bloss eine partielle A b l ö s u n g

des vermeintlichen Pfandes. Von allen Gesichtspunkten aus handelte es sich somit nicht um einen Kauf mit Vorbehalt des Rückkaufs, sondern um eine Verpfändung mit besondern Bestimmungen über die Ablösung des Pfandes. War aber die Willensmeinung der Kontrahenten entgegen der von ihnen gewählten Ausdrucksweise auf den Abschluss eines Verpfändungsvertrages gerichtet, und ist nach Art. 16 alt OR bei der Beurteilung des von ihnen abgeschlossenen Vertrages auf ihren wirklichen Willen abzustellen, so ergibt sich, dass ein rechtsgültiger Vertrag überhaupt nicht vorliegt. Einerseits nämlich ist (nach der zitierten Gesetzesbestimmung) ein Kaufvertrag deshalb nicht zustande gekommen, weil die Kontrahenten einen solchen nicht abschliessen wollten; andererseits aber fehlt die nach Art. 210 alt OR für das Zustandekommen eines Verpfändungsvertrages erforderliche « Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger ». Der « Käuferin » ist allerdings die Möglichkeit des Zutritts zu dem « gekauften » Warenlager eingeräumt worden; zugleich wurde indessen auch den « Verkäufern, » d. h. den Verpfändern, der Gewahrsam daran belassen; gerade ein solches Verfahren ist aber nach Art. 210 alt OR, bzw. nach Art. 884 ZGB, zur Vornahme einer rechtsgültigen Verpfändung ungeeignet.

Wie sehr übrigens die Besitzübertragung im vorliegenden Falle fingiert war, ergibt sich auch noch aus dem Abschluss des vom 24. Februar 1911 datierten « Mietvertrages » mit dem darin stipulierten « Mitbenutzungsrecht » des « Vermieters », wofür dieser, bzw. Giger & Glarner nach einer weitem brieflich erfolgten Abmachung dem « Mieter » genau gleichviel « zahlen » mussten, wie der « Mieter » für die « Miete ». Tatsächlich hatte also die Beklagte als « Mieter » gar nichts zu bezahlen, und es war somit vollkommen richtig, wenn sie, wie sich aus den Akten ergibt, im Januar 1912 das Ansinnen des Jean Giger, ihm den « Mietzins » zu bezahlen, mit dem

Hinweis auf die « bloss formelle Natur » der « Miete » beantwortete.

5. — Da nach dem Gesagten am 25. Februar 1911 weder ein Kaufvertrag noch ein Verpfändungsvertrag zustande gekommen war, so stellt sich die am 20. November 1911 erfolgte Zusendung des Warenlagers an die Beklagte weder als die nachträgliche Erfüllung eines Kaufvertrages, noch als eine Zustimmung zur aussergerichtlichen Pfandverwertung, sondern einfach als eine unmittelbar vor Konkursausbruch erfolgte Hingabe an Zahlungsstatt dar. Als solche ist sie aber nach Art. 287 Ziff. 2 SchKG ohne weiteres anfechtbar. Denn es bedarf keiner Ausführung, dass die zur Tilgung einer Werklohnschuld stattfindende Überlassung von Waren, deren der Gläubiger nicht etwa zur Fortführung seines Betriebes bedarf, sondern die er lediglich deshalb übernimmt, weil der Schuldner infolge seiner schlechten Vermögenslage ausser Stande ist, ihn anders zu befriedigen, kein « übliches Zahlungsmittel » im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung ist. Dass aber die Beklagte im November 1911 die Vermögenslage ihrer Schuldnerin nicht gekannt habe, ist nach Lage der Akten vollständig ausgeschlossen, und die Beklagte hat denn auch selber einen bezüglichen Beweis mit Recht nicht angetreten.

3. — Ein ebenso aussergewöhnliches Zahlungsmittel war die Anfangs August 1911 seitens Giger & Glarner « wohl oder übel » erfolgte Überlassung ihres in Malans befindlichen Warenlagers an die Beklagte. Auch hiebei handelte es sich um die, innerhalb der letzten sechs Monate vor Konkursausbruch erfolgte Hingabe von Waren an Zahlungsstatt für eine Geldschuld, zu deren Begleichung auf normalem Wege die schuldnerische Firma, wie die Beklagte wusste, völlig ausser Stande war. Der Unterschied gegenüber der am 20. November erfolgten Anhandnahme des Warenlagers in St. a. d. besteht nur darin, dass das im August von der Beklagten über-

nommene oder, wie die Beteiligten sich selber ausdrückten, « annektierte » Warenlager sich bereits seit Monaten im Gewahrsam der Beklagten befand, und zwar (gemäss Brief der Beklagten vom 27. Februar und Zustimmungserklärung der Firma Giger & Glarner vom 3. März) « als Teildeckung für die jeweiligen offenen Guthaben, faustpfandrechtlich zu Eigentum ». Es könnte sich deshalb fragen, ob der Beklagten nicht ein (irreguläres) Pfandrecht, eventuell ein kaufmännisches Retentionsrecht an jenem Warenlager zustand, bzw. ob ihr nicht heute noch ein solches Pfand- oder Retentionsrecht an dem **Ü b e r n a h m e p r e i s** zustehe. Was indessen zunächst das **P f a n d r e c h t** betrifft, so wäre es offenbar nach Art. 288 SchKG **a n f e c h t b a r**, weil durch dessen Errichtung (Anfangs März 1911) ein wertvolles Aktivum der Firma Giger & Glarner, das zum Betriebskapital gehörte und daher **s ä m t l i c h e n** Gläubigern der genannten Firma verhaftet war, zur Deckung eines **e i n z e l n e n** Gläubigers verwendet worden wäre, und zwar eines Gläubigers, der nachweisbar damals und übrigens schon seit längerer Zeit über die schlechte Vermögenslage der Schuldnerin genau orientiert war, sich also darüber Rechenschaft geben musste, dass die Pfandbestellung zum Nachteil der übrigen Gläubiger stattfinde. Zweifelhaft könnte dagegen allerdings sein, ob nicht der Bestand des **k a u f m ä n n i s c h e n** **R e t e n t i o n s r e c h t e s** anerkannt werden müsste, weil dieses seine Entstehung nicht dem Willen der Parteien, sondern direkt dem Gesetz verdanke. Alsdann wäre aber die weitere Frage zu entscheiden, ob das Retentionsrecht sich auch auf die **a l t e** Schuld der Firma Giger & Glarner gegenüber der Beklagten, oder nicht vielmehr bloss auf die aus dem Zwirnen der retinierten Waren selbst herführende Forderung beziehen konnte; und je nach der Beantwortung dieser grundsätzlichen Frage wäre dann weiter zu untersuchen, inwieweit die im Momente des

Konkursausbruchs bestehende Schuld in der Tat aus dem Zwirnen der retinierten Waren herrührte, und inwieweit sie im Gegenteil aus der früheren Zeit stammte. Da nun über diese Fragen nicht verhandelt worden ist, übrigens die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlen und auch nicht auf Grund der Akten nachgeholt werden können, so ist von einer Untersuchung über den Bestand und den eventuellen Umfang des Retentionsrechts hier Umgang zu nehmen, zumal da sich auch sonst die Begründetheit der vorliegenden Anfechtungsklage hinsichtlich des Postens von 12,341 Fr. 75 Cts. ergibt. Für die Anfechtbarkeit nach Art. 287 Ziff. 2 SchKG bedarf es nämlich nicht des Nachweises, dass das zur anormalen Tilgung einer Geldschuld verwendete Vermögensobjekt ohne die anfechtbare Rechtshandlung unter allen Umständen in der Konkursmasse verblieben wäre, sondern es genügt, dass es infolge jener Rechtshandlung nicht, wie Art. 198 vorschreibt, « zur Konkursmasse gezogen » werden konnte, um im Konkurs gemäss Art. 219 Abs. 1 liquidiert zu werden, bzw. dass es entgegen der Vorschrift des Art. 232 Ziff. 4 nicht zu diesem Zwecke « dem Konkursamte zur Verfügung gestellt » wurde. Die Konkursverwaltungen sind berechtigt und verpflichtet, sämtliche Pfänder und Retentionsobjekte in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise zu verwerten, und sie können daran durch anfechtbare Abmachungen des Schuldners mit dem Pfand- oder Retentionsgläubiger nicht gehindert werden. Vereinbarungen über den Verfall eines für eine bereits fällige Schuld haftenden Pfandes sind **z i v i l r e c h t l i c h** (vgl. HAFNER zu Art. 222 alt OR und WIELAND zu Art. 894 ZGB) allerdings zulässig. Sobald sie aber innerhalb der letzten sechs Monate vor Konkursausbruch stattgefunden haben, sind sie nach Massgabe des Art. 287 Ziff. 2 SchKG **a n f e c h t b a r**, und zwar unabhängig davon, ob das Pfandrecht überhaupt existierte und ob durch eine konkursamtliche Verwertung des

Pfandes ein materiell besseres Resultat erreicht worden wäre, als durch dessen Hingabe an Zahlungsstatt, insbesondere ob sich für die Konkursmasse noch etwas übrig hätte haben würde. Ausschlaggebend ist, dass durch eine solche Hingabe an Zahlungsstatt die Stellung der Konkursmasse auf alle Fälle prozessualisch verschlechtert wird, da nunmehr die Konkursverwaltung, wenn sie das Pfand- oder Retentionsrecht oder die Berechnung des Übernahmeprices nicht anerkennen will, klagend auftreten muss, während sie sonst in der Lage gewesen wäre, es auf eine Anfechtung des Kollokationsplanes, bezw. der Verwertungsoperation ankommen zu lassen. Sofern also die übrigen Voraussetzungen einer Anfechtungsklage gemäss Art. 207 Ziff. 2 erfüllt sind, muss die Konkursmasse berechtigt sein, unabhängig von der Existenz oder Nichtexistenz eines Pfand- oder Retentionsrechtes die Hingabe an Zahlungsstatt rückgängig zu machen. Die im Urteile des Bundesgerichts vom 22. September 1915 i. S. Schaller gegen Stoffel noch offen gelassene Frage, ob eine Anfechtungsklage auf Grund des Art. 287 Ziff. 2 nur beim Nachweis einer materiellen Schädigung der Masse gutgeheissen werden könne, oder ob schon die Schaffung einer ungünstigern rechtlichen Situation genüge, ist somit im letztern Sinne zu beantworten.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich hieraus, dass die Beklagte den Anrechnungspreis der Anfangs August 1911 von ihr « übernommenen » Waren, mit 12,341 Fr. 75 Cts. an die Konkursverwaltung abzuliefern hat, und dass sie mit der Geltendmachung eines Retentionsrechtes auf den Weg der Kollokationsklage zu verweisen ist, für den Fall nämlich, dass die Konkursverwaltung bei der nachträglich vorzunehmenden Kollokationsverfügung den Bestand eines solchen Retentionsrechtes nicht anerkennen sollte. In diesem Sinne ist die vorliegende Anfechtungsklage auch hinsichtlich des Postens von 12,341 Fr. 75 Cts. gutzuheissen.

4. — Zinsen sind nach feststehender Praxis nicht schon vom Datum der anfechtbaren Rechtshandlung, sondern erst von der Inverzugsetzung, im vorliegenden Falle vom Vermittlungsvorstande (13. Sept. 1912) an, zu berechnen. Die Beklagte ist somit zur Zahlung von 30,190 Fr. 90 Cts. nebst 5 % Zins seit 13. September 1912 an die Klägerin verpflichtet, wobei letztere bei ihrer Erklärung behaftet bleibt, dass sie, sobald ihr jene Summe nebst Zinsen und Kosten bezahlt sein wird, die Beklagte mit der entsprechenden Forderung in V. Klasse kollozieren wird. Die bereits erfolgte Kollokation für den von Anfang an unbestrittenen Betrag von 9717 Fr. 5 Cts. wird dadurch selbstverständlich nicht berührt. Über die eventuelle Anerkennung eines Retentionsrechtes für den Betrag von 12,341 Fr. 75 Cts. (wodurch die Forderung in V. Klasse auf 17,879 Fr. 15 Cts. + 9717 Fr. 5 Cts. reduziert würde) ist bereits in Erwägung 3 hievon das Erforderliche gesagt worden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Berufung und Klage werden im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

99. Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. Oktober 1915
i. S. Schweizerische Kreditanstalt, Klägerin,
gegen Konkursmasse Mandrino, Beklagte.

Pfandrecht an verzinslichen Forderungen. —
Begriff des « laufenden » Zinses im Sinne der Art. 216 alt OR
und 904 ZGB. Umfang der Pfandhaft, insbesondere im
Konkurse des Pfandschuldners.

A. — Die Klägerin hat sich am 14. Oktober 1909 von ihrem Schuldner Josef Mandrino eine Anzahl Gülden, die diesem gehörten, verpfänden lassen. Die Verpfändungs-