

um die Gültigkeit eines Liegenschaftskaufes handelt, so ist das Bundesgericht nicht kompetent, weil nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Rechte zu entscheiden ist. Der Vertreter des Rekurrenten hat zwar heute darzutun versucht, daß der streitige Vertrag vom 28. Juni 1887 nicht oder doch nicht bloß ein Kaufvertrag über Liegenschaften sei; einerseits hat er angedeutet, der Vertrag sei eigentlich überhaupt kein Kauf, sondern ein entgeltliches Mandat oder ein Dienstvertrag; andererseits hat er behauptet, derselbe enthalte jedenfalls nicht nur einen Kauf, sondern auch einen „Garantievertrag“ und in dieser Richtung jedenfalls sei das Bundesgericht kompetent. Allein diese Ausführungen sind unbegründet. Die ersterwähnte, vom Rekurrenten nicht näher begründete, These steht sowohl mit dem von dem Beklagten selbst vor den kantonalen Instanzen eingenommenen Standpunkt als mit dem Inhalte des Vertrages in Widerspruch. Nach diesem kann kein Zweifel bestehen, daß wirklich ein Kauf (wenn auch zu dem Zwecke des Weiterverkaufs der Sache durch den Käufer) und nicht ein bloßes Mandat oder ein Dienstvertrag gewollt war. Der sogenannte „Garantievertrag“ sodann, d. h. die vom Verkäufer den Käufern versprochene Gewähr eines Reingewinnes von 6000 Fr. auf dem Weiterverkauf, ist offenbar kein selbständiger Vertrag, sondern lediglich eine Nebenbestimmung des Liegenschaftskaufes; von einer selbständigen Aufhebung dieser Vertragsbestimmung könnte offenbar keine Rede sein und es ist denn dies auch vom Beklagten gar nicht verlangt; vielmehr bestreitet Letzterer, allerdings wesentlich mit Rücksicht auf diese Vertragsbestimmung, die Verbindlichkeit des ganzen Vertrages, d. h. des Liegenschaftskaufes.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Beschwerde wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten, und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 7. Juli 1888 sein Bewenden.

101. Urtheil vom 3. November 1888 in Sachen  
Masse Schildknecht gegen Huber.

A. Durch Urtheil vom 12. Juli 1888 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Von der Anerkennung der Klage im Betrage von 100 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 28. Februar 1888 wird Vormerk genommen; im Uebrigen wird dieselbe abgewiesen.

2. Die Staatsgebühr ist auf  
300 Fr. — Cts. festgesetzt; die übrigen Kosten betragen:

|   |   |   |                  |
|---|---|---|------------------|
| — | — | — | Schreibgebühr;   |
| — | — | — | Citationsgebühr; |
| — | — | — | Stempel;         |
| — | — | — | Porto.           |

3. Die Klägerin hat die Kosten des Prozesses zu bezahlen.

4. Dieselbe hat den Beklagten für außergerichtliche Kosten und Umtriebe mit 100 Fr. zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Vertreter, indem er eventuell seine vor kantonaler Instanz gestellten Beweisangebote aufrecht hält; es sei der Beklagte Oskar Huber pflichtig, der Klägerin die Summe von 11,600 Fr., resp. nachdem der Beklagte 100 Fr. hievon anerkannt hat, 11,500 Fr. mit Zins zu 5 % seit dem 2. Februar 1888 zu bezahlen, unter Kostenfolge. Er erklärt, daß seine Partei auf die weiteren vor der kantonalen Instanz noch streitig gewesenen 264 Fr. 71 Cts. verzichte.

Der Anwalt des Beklagten und seines Littisdenunziaten trägt auf Abweisung der Weiterziehung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an, indem er ebenfalls eventuell seine vor kantonaler Instanz gestellten Beweisangebote aufrecht hält.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Kaufvertrag vom 23. Juli 1887 verkaufte der Käufer J. A. Schildknecht von Mooshub dem Großhändler

Oskar Huber in Winterthur „von seinen diesjährigen fetten Käsen zu Mooshub die 365 Stück vom 1. Mai bis 31. Oktober 1887 zum Preise von 148 Fr. pro 100 Kilos mit 6% Ausgewicht, franko nach Hauptweil in gutem Zustande geliefert, einzuwiegen: Maikäse im September, Juni, Juli und 20 Stück vom August, wenn offen Ende Oktober, Rest August/September auf 1. Januar 1888; Oktoberkäse im Februar 1888.“ Die Zahlung hatte zu geschehen für die beiden ersten Lieferungen auf 5. November 1887, für die beiden anderen Lieferungen auf Lichtmeß 1888. Dieser Kauf war vermittelt worden durch Jakob Aebi in Gofau, welcher für verschiedene Großhändler die Käseeinkäufe in der Ostschweiz besorgt und bereits früher in Geschäftsverbindung mit Schildknecht gestanden hatte. Die Vorinstanz stellt, gestützt auf eine Reihe von Thatmomenten, fest, daß anlässlich des durch Aebi vermittelten Kaufabschlusses zwischen Schildknecht und Huber die folgende, im Käsehandel übliche und speziell bei den frühern durch Aebi vermittelten Verkäufen des Schildknecht stets festgehaltene, Vereinbarung getroffen worden sei: Der Vermittler Aebi solle dem Käufer Schildknecht durch Eingehung von Wechselbürgschaften, resp. durch Girirung von Wechsellern behülflich sein, das für die Zahlungen an seine Milchlieferanten auf Martini 1887 erforderliche Geld zu beschaffen. Hinwieder solle Aebi dadurch sichergestellt werden, daß der Käufer Huber seine Kaufpreisschuld bis zum Belaufe der von Aebi unterzeichneten Wechsel an diesen und nicht an Schildknecht bezahle, oder dann zum Zwecke der Einlösung fraglicher Wechsel selbst verwende. Diese Verabredung sei von allen Beteiligten (Schildknecht, Huber und Aebi) genehmigt worden. Ob in Ausführung dieser Vereinbarung Schildknecht dem Aebi einen (später verloren gegangenen) Abtretungsschein über seine Kaufpreisforderung ausgestellt habe, läßt die Vorinstanz dahingestellt. Schildknecht stellte nun drei Eigenwechsel an die Ordre des S. Aebi aus, nämlich 1. einen solchen d. d. 22. Oktober 1887 über 2500 Fr., zahlbar am 22. Januar 1888 bei der Schweizerischen Volksbank, Filiale in St. Gallen; 2. einen solchen d. d. 29. Oktober über 4000 Fr., zahlbar am 29. Januar 1888 bei der Eidgenössischen Bank

in St. Gallen; 3. einen solchen d. d. 5. November 1887 über 5000 Fr., zahlbar am 4. Februar 1888 bei Mandry und Dorn in St. Gallen. Aebi girirte diese Wechsel der Abrede gemäß an die betreffenden Bankinstitute. Nachdem Aebi den letzten dieser Wechsel unterzeichnet hatte, vernahm er von Schildknecht, daß Huber den Kaufpreis für die inzwischen geschehenen ersten Käselieferungen bereits an Schildknecht bezahlt habe. Er reklamierte daher sofort durch Schreiben vom 6. November 1887 bei Huber, indem er diesen an die Vereinbarung, daß das Käsegeld an ihn zu bezahlen sei, erinnerte und darauf insistirte, daß wenigstens die zweite Zahlung an ihn geschehen müsse, um ihn für die Einlösung der Wechsel zu sichern. Am 11. November 1887 starb nun aber Schildknecht; nachdem ein am 19. November 1887 über seinen Nachlaß aufgenommenes waisenamtliches Inventar einen Passivenüberschuß von circa 30,000 Fr. ergeben hatte, wurde das Beneficium inventarii mit Anmeldefrist bis 19. Dezember bewilligt und am 23. Dezember 1887 der Konkurs über den Nachlaß eröffnet. Anfangs Dezember 1887 erwarb Huber im Einverständnisse mit Aebi die drei oben erwähnten von Schildknecht ausgestellten und von Aebi girirten Wechsel, — denjenigen vom 29. Oktober 1887 über 4000 Fr. direkt durch Indossament der Eidgenössischen Bank, die beiden andern durch Indossament des Aebi, welcher dieselben von den betreffenden Bankinstituten zurückerworben hatte. Im Konkurse des Schildknecht verstellte Huber seine Forderung aus den drei Wechseln mit zusammen 11,500 Fr. zur Verrechnung gegen seine restliche Kaufpreisschuld, welche, wie nunmehr anerkannt ist, 11,600 Fr. betrug. Die Konkursmasse Schildknecht focht, unter Berufung auf Art. 137 D.-R., diese Verrechnung an und klagte gegen Huber auf Zahlung seiner Kaufpreisschuld zur Konkursmasse.

2. Unbestrittenermaßen sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Verrechnung an sich gegeben und kann es sich nur fragen, ob nicht dieselbe, gemäß Art. 137 D.-R., deshalb angefochten werden könne, weil der Beklagte die von ihm zur Verrechnung verstellten Wechselforderungen an Schildknecht, zwar vor der Konkursöffnung, aber in Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit

des Schildknecht, resp. seines Nachlasses, erworben habe, um sich oder einem andern durch die Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden. Wäre dies zu bejahen, so müßte die Verrechnung vom Richter verweigert werden. Denn die vom Anwalte des Rekursbeklagten vertretene Meinung, daß der Richter gemäß dem Schlusssatz des Art. 137 cit. befugt sei, auch bei Vorhandensein des Thatbestandes dieses Artikels die Verrechnung nach freiem Ermessen dennoch zu gestatten, kann, wie dies bereits die Vorinstanz ausgesprochen hat, nicht gebilligt werden. Wenn der Schlusssatz des Art. 137 sagt, der Richter „entscheidet darüber unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen,“ so wird dadurch der Richter nicht ermächtigt, den im ersten Satz des Artikels aufgestellten Rechtsatz je nach Umständen, nach Ermessen und Willkür, anzuwenden oder auch nicht anzuwenden, sondern wird nur bestimmt, daß der Richter darüber, ob die thatsächlichen Voraussetzungen des fraglichen Rechtsatzes gegeben seien (ob der Schuldner Kenntniß von der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers gehabt und eine Benachtheiligung der Masse zum eigenen Vortheil oder zum Vortheile eines dritten beabsichtigt habe), also über die Beweisfrage, nach freiem Ermessen entscheide, ohne an formelle Beweisregeln der kantonalen Prozeßordnungen gebunden zu sein. Wenn dem Richter nicht nur die freie Beweiswürdigung hätte eingeräumt, sondern ihm auch hätte gestattet werden wollen, die Voraussetzungen der Anfechtung je für den einzelnen Fall nach freiem Ermessen selbständig festzustellen, so wäre diesem Gedanken gewiß im Gesetze unzweideutiger Ausdruck gegeben worden. Nach der Fassung des Gesetzes kann dem Schlusssatz desselben keine andere Bedeutung beigemessen werden als dem ganz ähnlich lautenden Schlusssatz des Art. 202 Abs. 2 D.-R., bei welchem doch wohl unzweifelhaft ist, daß er sich lediglich auf die Beweiswürdigung bezieht. (A. A. anscheinend allerdings Schneider und Fick, Commentar, zweite Auflage ad Art. 137, Sanggen, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXIII, S. 438 u. f.)

3. Der Vorderrichter läßt dahingestellt, ob der Beklagte zur Zeit des Erwerbes der Wechsel Kenntniß von der Zahlungs-

unfähigkeit des Schildknecht'schen Nachlasses hatte; denn er geht davon aus, daß, selbst wenn dies der Fall gewesen sei, die Verrechnung dennoch nicht angefochten werden könne, da es an dem weitem gesetzlichen Requisite der Anfechtung, der fraudulösen Absicht, d. h. der Absicht, sich oder einem dritten einen Vortheil zu Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden, fehle.

4. Dieser Entscheidung ist grundsätzlich beizutreten. Während Art. 136 D.-R. die Verrechnung schlechthin als unzulässig erklärt, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners erst nach der Konkursöffnung eine Forderung an denselben erwirbt, so ist in dem andern Falle, wo der Schuldner des in Konkurs Gerathenen eine Forderung an denselben, zwar in Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers, aber vor der Konkursöffnung, erworben hat, die Verrechnung gemäß Art. 137 D.-R. bloß anfechtbar und auch dies nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn der Forderungserwerb erfolgte, „um sich oder einem Andern durch die Verrechnung einen Vortheil zu Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden.“ Während nämlich durch die Konkursöffnung das Vermögen des Gemeinschuldners in seinem damaligen Bestande der Gläubigerschaft zur Befriedigung aus demselben zugewiesen wird, so daß spätere Vorgänge, wenn sie auch gegenüber dem Gemeinschuldner die Kompensationseinrede begründen würden, der Masse nicht entgegengehalten werden können, so ist dagegen, wenn der Grund der Einrede der Verrechnung bereits vor der Konkursöffnung gelegt war, die Verrechnung im Konkurse an sich statthaft und kann nur, gemäß Art. 137 D.-R., angefochten werden, wenn der auf Verrechnung sich berufende Schuldner die zur Verrechnung gestellte Forderung in fraudulöser Absicht erworben hat, d. h. in der Absicht, durch die Verrechnung sich selbst oder einem dritten einen Vortheil zuzuwenden, auf welchen sie im Konkurse keinen Anspruch hätten. Das Gesetz will unredlichen, auf Ausplünderung der Masse berechneten Manipulationen einzelner Schuldner und Gläubiger eines Zahlungsunfähigen entgegenzutreten; es will verhindern, daß z. B. die Schuldner eines solchen sich ihrer Schuldpflicht in wohlfeiler Weise dadurch entledigen, daß sie Forderungen auf denselben zu billigem

Preise erwerben und dieselben alsdann zum vollen Betrage auf ihre Schuld verrechnen; oder daß sie, sei es aus Gefälligkeit, sei es gegen Entgelt, Forderungen einzelner Gläubiger zur Verrechnung auf ihre Schuld übernehmen, um letztern Befriedigung ihrer Forderungen zu einem Satze zu verschaffen, auf welchen sie im Konkurse keinen Anspruch hätten und dergleichen. Dagegen ist die Verrechnung mit einer, selbst im Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers erworbenen, Forderung dann nicht anfechtbar, wenn beim Forderungserwerbe eine solche unredliche Absicht nicht obwaltete. Von einer unredlichen, auf Schädigung der Masse gerichteten, Absicht nun kann insbesondere dann nicht gesprochen werden, wenn der Schuldner, indem er die Forderung an seinen zahlungsunfähigen Gläubiger zum Zwecke der Verrechnung erwarb, lediglich eine, bereits bestehende und nicht zum Zwecke der Benachtheiligung der Gläubiger eingegangene, rechtliche Verpflichtung erfüllen wollte. In diesem Falle will ja der Schuldner nicht, durch mißbräuchliche Ausnützung des Instituts der Verrechnung, sich oder einem andern zum Nachtheile der Masse einen ihnen im Konkurse nicht gebührenden Vortheil verschaffen, sondern einfach, in Erfüllung eines Gebots der Rechtsordnung, diejenige Rechtslage herstellen, welche dem objektiven Rechte entspricht und auf welche daher der dadurch Begünstigte einen rechtlichen, auch im Konkurse nicht anfechtbaren, Anspruch besitzt. Dies trifft auch dann zu, wenn eine rechtliche Verpflichtung zum Forderungserwerbe für den Schuldner nicht wirklich besteht, sondern von ihm nur irrtümlich, aber in gutem Glauben, als bestehend angenommen wird. Auch in diesem Falle ist die vom Gesetze zur Anfechtbarkeit der Verrechnung geforderte unredliche Absicht ausgeschlossen.

5. Es ist nun unzweifelhaft, daß der Beklagte die Wechsel zu dem Zwecke erwarb, um den Litisdenuziaten Aebi von seiner Haftung für diese Wechsel zu befreien, resp. denselben dadurch, daß er die Wechselforderungen erwarb und gegen seine Kaufpreisschuld an Schildknecht verrechnete, für den aus den Wechseln eventuell erwachsenden Regressanspruch an Schildknecht zu decken. Sofern daher der Beklagte im Augenblicke des Er-

werbs der Wechsel von der Zahlungsunfähigkeit des Schildknechtschen Nachlasses Kenntniß hatte, so wäre die Anfechtbarkeit der Verrechnung, nach dem oben Bemerkten, begründet, wenn nicht angenommen werden müßte, der Beklagte habe die Wechsel in der Absicht erworben, dadurch eine ihm obliegende rechtliche Verpflichtung zu erfüllen. Dies ist aber nach dem von der Vorinstanz festgestellten Thatbestande unzweifelhaft der Fall. Nach der zwischen Schildknecht, Aebi und Huber zu Folge des Thatbestandes der Vorinstanz getroffenen Abrede hatte Schildknecht den Beklagten Huber beauftragt, seine Kaufpreisschuld bis zum Belaufe der von Aebi unterzeichneten Wechsel (d. h. bis auf den Betrag von 11,500 Fr.) statt an ihn, vielmehr an Aebi zu bezahlen, oder diese Schuld direkt durch eigene Einlösung der Wechsel zur Befreiung des Aebi zu verwenden; er hatte ferner den Aebi zu dessen Vortheil, — damit derselbe daraus die von ihm garantirten Wechselfschulden tilge, — ermächtigt, die fraglichen Zahlungen in Empfang zu nehmen. Aebi hatte die ihm gegebene Ermächtigung, Huber den ihm gegebenen Auftrag (letzteres sowohl gegenüber Aebi als gegenüber Schildknecht) angenommen. In diesem Sachverhalte darf unbedenklich der Thatbestand einer im Interesse des Anweisungsempfängers erteilten, von diesem angenommenen und auch vom Angewiesenen sowohl gegenüber dem Anweisenden als gegenüber dem Anweisungsempfänger auftragsgemäß acceptirten, daher unwiderruflichen und durch den Konkurs des Anweisenden nicht dahinfallenden, Anweisung gefunden werden (s. Art. 406 u. ff.; speziell 412 D.-R.). Daß die Anweisung etwa in fraudem creditorum erteilt worden sei, ist nicht behauptet und konnte offenbar nicht behauptet werden. Danach war aber der Beklagte befugt (und verpflichtet), 11,500 Fr. seiner Kaufpreisschuld, statt an Schildknecht, resp. dessen Masse, an Aebi zu bezahlen und konnte er gegenüber der Konkursmasse Schildknecht geltend machen, daß er seine Kaufpreisschuld an Schildknecht durch Zahlung an den Anweisungsempfänger Aebi und nicht an sie zu tilgen habe. Er hat dies nun allerdings nicht gethan, sondern statt dessen die von Aebi garantirten Wechsel auf Rechnung seiner Kaufpreisschuld und zur Verrechnung gegen

dieselbe erworben. Dadurch hat er aber einfach auf anderm Wege die von ihm gültig übernommene Verpflichtung, dem Aebi vermittelt seiner Kaufpreisschuld Deckung zu verschaffen, erfüllt und erfüllen wollen; die ökonomische Wirkung für alle Beteiligten, insbesondere auch für die Konkursmasse Schildknecht, ist durchaus die nämliche als wenn der Beklagte, wie er in erster Linie versprochen hatte, an Aebi bezahlt und dann diese Bezahlung gegenüber der Konkursmasse geltend gemacht hätte. Es kann also hier von einer auf Schädigung der Masse zu eigenem oder fremdem Vortheil gerichteten Absicht so wenig wie überhaupt von einer effektiven Schädigung der Masse die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 12. Juli 1888 sein Bewenden.

102. Arrêt du 10 Novembre 1888, dans la cause  
*Dusonchet contre le Phénix.*

Le recourant, attendu que l'arrêt attaqué a violé les principes posés à l'art. 50 C. O., conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral, admettant en principe les faits et les conséquences juridiques exposés par le Tribunal de première instance, lui adjuger ses conclusions primitives, à savoir condamner la Compagnie d'assurance le Phénix en 25 000 fr, de dommages-intérêts et en tous les dépens.

La Compagnie le Phénix a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral écarter le recours du sieur Dusonchet-Dard comme mal fondé, confirmer en conséquence l'arrêt de la Cour civile de Genève du 25 Juin 1888, et condamner Du-

sonchet-Dard à payer au Phénix la somme de 120 fr. à titre de dépens par devant le Tribunal fédéral.

*Statuant et considérant :*

*En fait :*

1° Le 23 Avril 1886, la Compagnie d'assurance sur la vie « le Phénix » et la Compagnie « la Magdebourg » ont porté une plainte en escroquerie contre les sieurs Dusonchet-Dard et Vincent-Bonnet, à Genève, bénéficiaires de deux polices d'assurance sur la vie souscrites en Octobre 1885 par la veuve Zimmermann, décédée le 22 Avril 1886, soit moins de six mois après la conclusion des polices. Les Compagnies accusaient Vincent-Bonnet et Dusonchet-Dard de les avoir sciemment trompées sur l'état de santé de la veuve Zimmermann au moment de la conclusion des contrats.

Le 2 Juillet 1886, Dusonchet-Dard a assigné la Compagnie le Phénix en paiement de la somme de 25 000 fr. à titre de dommages-intérêts pour la réparation du préjudice que lui avait causé cette plainte.

Le 14 Juillet 1886, la Chambre d'instruction, statuant sur la plainte portée par la Compagnie le Phénix contre Dusonchet-Dard, rendit une ordonnance de non-lieu en faveur de ce dernier, déclarant qu'il ne résultait pas de la procédure prévention suffisante contre lui de s'être rendu coupable d'escroquerie.

Le 14 Janvier 1886 déjà, le Phénix avait ouvert à la veuve Zimmermann et à Dusonchet-Dard, une action en annulation des prédites polices.

Par jugement du 18 Novembre 1886, le Tribunal de commerce a repoussé cette action et condamné la Compagnie le Phénix à payer à Dusonchet-Dard la somme de 30 000 francs, montant de la police souscrite sur la tête de la veuve Zimmermann.

Par arrêt du 18 Avril 1887, la cour de justice, statuant sur l'appel interjeté par la Compagnie le Phénix, a réformé ce jugement et dit que la police conclue le 22 Octobre 1885 entre Dusonchet-Dard et le Phénix sur la tête de la veuve Zimmermann était annulée.