

21 juillet. Sans doute l'acte du 21 juillet est lui-même antérieur de moins de six mois à l'ouverture de la faillite; mais, à supposer même que cette circonstance entraînât la nullité d'un gage constitué pour garantir des dettes existant déjà lors de la promesse de garantie (v. dans le sens opposé: JAEGER, 3<sup>me</sup> éd. note 8 sur art. 287, *Handelsgerichtliche Entsch.* 13 p. 36 et *Revue der Gerichtspraxis* 12 n° 64), il en est évidemment autrement lorsque les dettes sont postérieures à cette promesse; en effet le but de l'art. 287 ch. 1 est uniquement d'empêcher qu'un débiteur insolvable n'accorde à l'un de ses créanciers une garantie pour une dette déjà existante; mais il ne s'oppose pas à ce qu'il promette ou à ce qu'il constitue un gage pour une dette future. Or depuis le 21 juillet — date à laquelle la garantie a été promise — jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre le Comptoir d'Escompte a prêté à Gavillet 15 440 fr., soit une somme supérieure à celle pour laquelle un droit de gage est revendiqué.

D'autre part l'art. 288 ne saurait trouver d'application en l'espèce, car rien ne prouve que Gavillet ait favorisé le Comptoir d'Escompte avec la connivence de ce dernier, c'est-à-dire que le 21 juillet 1909 cet établissement eût connaissance de l'état d'insolvalibilité de Gavillet. Il est vrai qu'il a déclaré lui-même qu'il le savait « géné »; mais cela n'implique nullement qu'il eût des raisons de croire qu'il serait hors d'état de faire honneur à ses engagements. Bien au contraire, le fait qu'il a continué à lui consentir des prêts et pour une somme supérieure au montant de la garantie fournie est de nature à démontrer que le Comptoir d'Escompte avait confiance dans la solvabilité de son débiteur.

Par ces motifs

le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis; en conséquence l'arrêt de la Cour de Justice civile de Genève, du 28 octobre 1911, est réformé en ce sens que les conclusions du demandeur sont reconnues fondées.

#### 48. Urteil vom 16. März 1912 in Sachen

**A. Jellisch & Cie., Bell. u. Ver.-Kl., gegen Konkursmasse Hessenberger & Cie., Kl. u. Ver.-Bell.**

**Art. 229 a OR:** Die Uebergabe von Wechselakzepten gegen das Versprechen, für deren Betrag « Kaffee und Kolonialwaren » zu liefern, ist kein Kaufvertrag, sondern bedeutet die Begründung einer durch die Diskontierung bedingten Darlehensschuld mit der Verpflichtung des Schuldners, diese durch Verrechnung mit den Preisforderungen aus den künftigen Kaufverträgen zu tilgen. — **Art. 287 Ziff. 2 SchKG:** Die nach dieser Vereinbarung gemachten Warenkäufe sind nur anfechtbar, soweit sie sich nicht als Fortsetzung des gewohnten Geschäftsverkehrs zwischen den Parteien, sondern als aussergewöhnliche Veräußerungsgeschäfte darstellen.

**A.** — Durch Urteil vom 10. Oktober 1911 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in vorliegender Streitsache erkannt: „Beklagte wird verurteilt, der Klägerin sämtliche vom 16. November 1910 bis zum 24. März 1911 von der Firma Hessenberger & Cie. bezogenen und in deren Verkaufsbuch auf Seite „33 bis 44 näher aufgeführten Waren, soweit sie nicht durch die „an die Konkursmasse in bar entrichteten 84 Fr. 95 Cts. bezahlt „sind, also im Gesamtbetrage von 15,000 Fr. herauszugeben. Im „Falle gänzlicher oder teilweiser Nichtablieferung dieser Waren „innert 14 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils hat die Beklagte der Klägerin die entsprechenden, im Verkaufsbuche vermerkten Beiträge zu bezahlen nebst 5 % Zins seit dem 24. Mai 1911.“

**B.** — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt: „1. Hauptantrag: Gänzliche Abweisung der Klage. 2. Eventualantrag: Abweisung der Klage, soweit Herausgabe der vom 16. November 1910 bis 28. Februar 1911 gelieferten Waren im Gesamtbetrage von 3149 Fr. 25 Cts., eventuell soweit Herausgabe der vom 16. November 1910 bis 23. Dezember 1910 gelieferten Waren im Gesamtbetrage von 1118 Fr. 25 Cts. gefordert wird.“

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten die gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter der Klägerin hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwagung:

1. — Am 21. September 1910 akzeptierte die Beklagte, Firma A. Zeltisch & Cie., zu Gunsten der nachher in Konkurs geratenen Firma Helfenberger & Cie. sechs Wechsel im Totalbetrage von 20,000 Fr. Helfenberger & Cie. stellten dafür der Beklagten folgende Erklärung aus: „Basel, den 21. September 1910. Von Herren A. Zeltisch & Cie. in Basel

Fr. 3,602 50	Alzep	per 18. Dezember 1910
" 3,704 10	" "	20. "
" 3,430 05	" "	22. "
" 3,803 40	" "	26. "
" 3,207 30	" "	24. "
" 2,252 65	" "	28. "

Fr. 20,000 — total, die von den Herren Helfenberger & Cie. einzulösen sind. Als Sicherheit für obige Alzepen stellen die Herren Helfenberger & Cie. 10,000 Kilos Kaffee und 10,000 Kilos Malaga in ihren Magazinen zur Verfügung der Herren A. Zeltisch & Cie. Nach Eingang der Alzepen stellen die Herren A. Zeltisch & Cie. obige Waren wieder zur Verfügung der Herren Helfenberger & Cie.“

Die Firma Helfenberger & Cie. gab diese Alzepen zum Diskont weiter. Sie wurden dann laut der Auskunft der betreffenden Banken am 20., 21., 23., 27., 29. und 30. Dezember eingelöst; von wem, ob von der Beklagten oder von Helfenberger & Cie., ist unter den Parteien streitig.

Um 23. Dezember über gab die Beklagte der Firma Helfenberger & Cie. fünf von ihr akzeptierte, von dieser Firma auf sie gezogene Tratten im Totalbetrag von 15,000 Fr. (3602 Fr. 50 Cts. vom 18. Dezember 1910 auf 18. März 1911, 2904 Fr. 10 Cts. vom 20. Dezember auf 21. März, 3024 Fr. 40 Cts. vom 22. Dezember auf 22. März, 2803 Fr. 15 Cts. vom 23. Dezember auf 23. März und 2666 Fr. 30 Cts. vom 24. Dezember auf

24. März 1911). Die Beklagte erhielt dafür folgende Erklärung ausgestellt: „Sie übergeben uns 15,000 Fr. in fünf Alzepen per 18., 20., 22., 23. und 24. März 1911, für welchen Betrag wir Ihnen Kaffee und Kolonialwaren liefern werden. (sig.) Helfenberger & Cie.“ Diese Alzepen wurden von Helfenberger & Cie. in der Zeit vom 23. bis 28. Dezember 1910 diskontiert und später von der Beklagten bei Verfall eingelöst.

Vom 16. November 1910 bis und mit 28. Februar 1911 bezog die Beklagte bei Helfenberger & Cie. unter sieben Malen in regelmässiger Auseinanderfolge Waren für zusammen 3149 Fr. 25 Cts. und am 24. März 1911 dann noch solche für 11,935 Fr. 70 Cts., zusammen somit für 15,084 Fr. 95 Cts. Am 6. April 1911 wurde über Helfenberger & Cie. der Konkurs eröffnet und es schuldete ihnen also damals die Beklagte einen Saldo von 84 Fr. 95 Cts., den sie der Masse einzahlt.

2. — Die Konkursmasse hat nunmehr mit der vorliegenden Anfechtungsklage verlangt, die Beklagte habe ihr die genannten Waren im Gesamtbetrag von 15,000 Fr. herauszugeben, eventuell die entsprechenden Beträge nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Mai 1911, eventuell seit der Klagezustellung (24. Mai 1911) zu bezahlen. Zur Begründung machte sie geltend: Die Beklagte habe die Alzepen von 20,000 Fr. vom 21. September 1910 als Darlehen gegeben und die Firma Helfenberger & Cie. ihr dafür in ungültiger Weise Waren verpfändet. An das Darlehen habe dann diese Firma durch Einlösung eines der Septemberalzepen (des ersten von 3602 Fr. 50 Cts.) und durch Verrechnung zusammen 5000 Fr. zurückbezahlt. Die am 23. Dezember 1910 übergebenen Alzepen seien nur eine Erneuerung der übrigen Wechsel vom September gewesen, wobei man zur Verdeckung dieser Prolongation die Wechselbeträge abgeändert habe. Zur weiten Sicherheit habe die Beklagte sich von Helfenberger & Cie. die Erklärung vom 23. Dezember 1910 aussstellen lassen, die unter dem Scheine eines Kaufgeschäftes bezweckte, die Darlehensschuld durch Warenbezüge abzutragen. Diese Tilgung der Schuld sei durch kein übliches Zahlungsmittel erfolgt und also nach Art. 287 SchKG anfechtbar, da Helfenberger & Cie. schon anfangs November 1910 überschuldet gewesen seien. Eventuell sei das angebliche Kaufgeschäft

ungültig, da es an der Bestimmtheit des Kaufobjektes und des Kaufpreises fehle. Weiter eventuell liege Unfehlbarkeit nach Art. 288 SchKG vor: Helsenberger & Cie. hätten den größten Teil der der Beklagten gelieferten Waren, speziell den im März gelieferten Kaffee erst kurz vor dem Konkursausbruch gekauft und nicht bezahlt. Ihre Lieferanten kämen so zu Verlust, während die Beklagte zu deren Nachteil durch Deckung aus diesen Waren habe begünstigt werden wollen. Ihre Kenntnis der Begünstigungsabsicht ergebe sich namentlich aus dem abnorm großen Warenbezug im März, kurz vor dem Konkursausbruch.

Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen. Sie behauptet, daß die sechs Septemberakzente bloße Gefälligkeitsakzente gewesen seien, die Helsenberger & Cie. die Diskontierung der Wechsel hätten erleichtern sollen; sie seien dann auch alle von ihnen selbst eingelöst worden. Mit dem Geschäft vom 21. September sei das vom 23. Dezember in keinem Zusammenhang gestanden. Letzteres stelle ein Kaufgeschäft dar und Helsenberger & Cie. seien danach nicht zur Rückzahlung der 15,000 Fr. in bar, sondern nur zur Warenlieferung verpflichtet gewesen. Sei aber die Warenlieferung nicht Erfüllungssurrogat, sondern Vertragserfüllung, so liege keine Unfehlbarkeit nach Art. 287 vor. Käufe wie der fragliche seien rechtlich gültig und unter den Parteien nach ihren geschäftlichen Beziehungen nichts außergewöhnliches gewesen. Der große Warenbezug im März erkläre sich daraus, daß ein Teilhaber der beklagten Firma dieser damals die Räume einer von ihm erworbenen Liegenschaft zur Verfügung gestellt hätte, während vorher die ihr verfügbaren Magazinträume ungenügend groß gewesen seien, und daß sie damals angefangen habe, für Kaffee reisen zu lassen und so den Betrieb dieses Artikels zu vermehren. Auch der Art. 288 SchKG treffe nicht zu: Der Konkursausbruch sei ihr ebenso unerwartet, wie allen andern Geschäftsleuten gekommen und sie habe auch nicht erkennen können, daß die ihr gelieferten Waren von Helsenberger & Cie. erst kurz vorher bezogen und nicht bezahlt worden seien.

Die Vorinstanz hat die Klage in vollem Umfange gutgeheißen. Sie nimmt mit der Klägerin an, von den Septemberakzepten hätten Helsenberger & Cie. nur 5000 Fr., die Beklagte aber

15,000 Fr. eingelöst. Hinsichtlich der letzten Summe seien die neuen Wechsel einfach an die Stelle der alten getreten unter Ersetzung der früheren, ungültigen Warenverpfändung durch das Versprechen, als Deckung Waren zu liefern. Dieses — in die Form eines Kaufes gehüllte — Deckungsgeschäft falle unter Art. 287 Ziff. 2 SchKG und auch die sonstigen Voraussetzungen dieses Artikels für die Unfehlbarkeit träfen zu.

3. — In erster Linie ist die Behauptung der Beklagten abzulehnen, sie habe am 23. Dezember 1910 mit Helsenberger & Cie. einen wirklichen Kaufvertrag abgeschlossen. Es fehlt an der Bestimmung einer Kaufsache. Mit der Erklärung von Helsenberger & Cie., daß sie der Beklagten „Kaffee- und Kolonialwaren liefern werden“, ist nicht der Gegenstand eines damals geschlossenen Kaufes bezeichnet, sondern nur ausgesprochen worden, daß die Parteien spätere Käufe über Waren dieser Art abschließen würden. Deren Gegenstand aber mußte nachher für jeden einzelnen dieser Kaufverträge nach Quantität und Qualität noch näher bestimmt werden. Es kann sich hiernach höchstens um einen Vorvertrag zum Abschluß späterer Käufe handeln. Somit läßt sich auch in der am 23. Dezember 1910 erfolgten Übergabe der fünf Akzente nicht die Bezahlung eines Kaufpreises erblicken, sondern nur die Leistung eines Vorschusses auf Rechnung der künftig zu kaufenden Waren: Die Beklagte händigte Helsenberger & Cie. 15,000 Fr. in Akzepten aus, mit denen sich diese Firma durch die nachherige Diskontierung die entsprechende Barsumme verschaffte, und Helsenberger & Cie. versprachen, die auf diese Weise begründete Darlehensschuld so zu tilgen, daß ihre Preisforderungen aus den späteren Kaufverträgen jeweilen damit verrechnet würden.

4. — Prüft man auf dieser Grundlage die Anwendbarkeit von Art. 287 Ziff. 2, so kann zunächst eine ausschlaggebende Bedeutung der von den beiden Vorinstanzen hauptsächlich erörterten Frage nicht beigelegt werden, ob die Vereinbarung vom 23. Dezember rechtlich mit der vom 21. September zusammenhänge, ob also die nach der ersten übergebenen fünf Akzente bis zu einem Betrage von 15,000 Fr. an die Stelle der Septemberwechsel von zusammen 20,000 Fr. getreten seien. In beiden Fällen hat die Beklagte nach der Aushändigung jener Akzente gegenüber Helsen-

berger & Cie. die erwähnte Darlehensforderung gehabt. Nur ist im ersten Falle diese Forderung selbstständig begründet worden, während sie im zweiten Falle die frühere Wechselschuld von 20,000 Fr. erseht hat. Auf diesen Punkt kommt es aber für die Anfechtbarkeit nicht wesentlich an. Denn nicht hinsichtlich der Begründung der Darlehensforderung, sondern nur hinsichtlich ihrer späteren Tilgung durch Verrechnung mit den nachherigen Kaufpreisforderungen kann von einer Anfechtbarkeit die Rede sein und nur darauf richtet sich auch die Klage. Es fragt sich allein, ob die späteren Warenkäufe Deckungsgeschäfte seien, die dazu dienten, die Darlehensforderung nach und nach anfechtbarerweise abzutragen und diese Frage läßt sich laut den nachstehenden Ausführungen beantworten, ohne daß auf den Zeitpunkt der Entstehung und den Grund der Forderung abgestellt zu werden brauchte.

5. — Rechtlich von Bedeutung ist dagegen vor allem die Art und Weise, wie die Beklagte durch die streitigen Warenbezüge für ihre Vorschußforderung sich bezahlt gemacht hat. In dieser Hinsicht ergibt sich folgendes aus den Akten: Die Beklagte hat von der Firma Hessenberger & Cie. seit Jahren in regelmäßiger Geschäftsvorlehr Waren bezogen, die teils bar teils durch Wechsel bezahlt wurden. Vergleicht man die Warenbezüge vor dem 23. Dezember mit denjenigen, die nachher und bis Ende Februar 1911 erfolgten, so ergibt sich, daß sie nach ihrem Umfange und ihrer Häufigkeit vom Dezember- und auch vom September-Geschäfte an nicht zu-, sondern eher abgenommen haben. Vom 16. November 1910 an bis Ende Februar 1911 sind unter 7 Malen für 3149 Fr. 25 Cts. Waren in Posten von durchschnittlich gleich hohen Beträgen geliefert worden; wie solche vorher bei den ordentlichen zwei Lieferungen im Monat üblich waren; wohl aber weist die vorangegangene Periode am 1. September 1910 noch einen ausnahmsweise hohen Extrapolsten von 7298 Fr. auf. Erst am 24. März, kurz vor dem Konkursausbruch, hat dann die Beklagte auf einmal Waren für die außergewöhnlich hohe Summe von 11,935 Fr. 70 Cts. bezogen.

Hierach stellt sich die Sachlage so dar, daß der Umfang der Warenbezüge bis Ende Februar dem normalen Geschäftsvorlehr der Parteien entsprochen hat. Die Beklagte hat nicht mehr bezogen,

als was sie nach ihren bisherigen regelmäßigen Geschäftsbeziehungen mit Hessenberger & Cie. für ihren Bedarf benötigte. Die streitigen Bezüge bezweckten somit nicht die Abzahlung ihrer Darlehensforderung, sondern die Fortsetzung der gewohnten Geschäftsbeziehungen und jene Abzahlung war nur die Folge dieses weiteren geschäftlichen Verkehrs. Hierach läßt sich nicht sagen, daß die Forderung der Beklagten durch ein nicht übliches Zahlungsmittel nach Art. 287 Ziff. 2 getilgt worden sei. Zu den anfechtbaren Deckungsgeschäften im Sinne dieser Bestimmung gehören vielmehr Warenkäufe, bei denen der Kaufpreis mit einer bestehenden Schuld an den Käufer verrechnet wird, nur dann, wenn sie sich als außergewöhnliche, nicht aus dem normalen Geschäftsverkehr der Parteien sich ergebende Veräußerungsgeschäfte darstellen (vgl. Jaeger, Kommentar, III. Aufl., Bd. II. S. 380; Brand, Anfechtungsrecht, S. 170). Undersets erhellt hieraus, daß umgekehrt der Warenbezug vom 24. März 1911 unter Art. 287 Ziff. 2 fällt, da er seinem Umfange nach als keine normale Lieferung, sondern nur als eine zur Deckung der Schuldrestanz dienende Hingabe von Waren an Zahlungstatt gelten kann. Die Berufung ist zunächst soweit gutzuheissen, als die vom 16. November 1910 bis und mit dem 28. Februar 1911 gelieferten Waren im Gesamtbetrag von 3149 Fr. 25 Cts. zurückverlangt werden.

6. — Hinsichtlich der März-Lieferung von 11,935 Fr. 70 Cts. könnte die Berufung nur geschützt werden, wenn die Beklagte den durch den Schlußabsatz von Art. 287 vorgesehenen Entlastungsbeweis geleistet, also dargetan hätte, daß sie zur Zeit dieser Lieferung die „Vermögenslage“ — also die Überschuldung — der Firma Hessenberger & Cie. nicht gekannt habe. Dieser Beweis kann aber nicht als erbracht gelten. Daß die genannte Firma am 24. März 1911 überschuldet war, steht außer Zweifel, da ganz kurz nachher, am 6. April, der Konkurs erkannt worden ist und sich eine Unterbilanz von fast einer halben Million ergeben hat. Für die Kenntnis der vorhandenen Überschuldung aber spricht mit großer Wahrscheinlichkeit der Umstand, daß die Beklagte nach den vorangegangenen geschäftsüblichen Bezügen auf einmal einen Warenposten von außerordentlichem Umfange bezogen hat, der den Rest ihrer Forderung nahezu voll tilgte. Die Beklagte hätte dem gegen-

über vor allem darzutun, daß dieses Verhalten, das an sich ein gewichtiges Verdachtsmoment bildet, durch besondere Gründe seine Erklärung und Rechtfertigung finde. In dieser Beziehung hält nun zwar die untere Instanz — die obere äußert sich nicht hierüber — als erstellt, daß damals die Beklagte, nachdem zuvor einer ihrer Teilhaber ein Haus erworben hatte, die Möglichkeit erlangt habe, ihre bisher bei Helsenberger & Cie. lagernden Waren in den Magazinen dieses Hauses unterzubringen. Allein damit wäre nur erklärt, warum die Beklagte bereits ihr gehörende Waren aus den Magazinen der gemeinschuldnerischen Firma weggenommen, nicht aber auch, warum sie in so ungewöhnlichem Maße Waren neu erworben haben sollte. Der angeblich um diese Zeit eingetretene Mehrabsatz von Kaffee steht laut den dafür beigebrachten Belegen zu der großen Bestellung vom 24. März in keinem Verhältnis. Aber auch abgesehen von diesen Gründen ist im allgemeinen zu sagen, daß es noch viel gewichtigerer und schlüssigerer Indizien zu Gunsten der Beklagten bedürfte, um unter den gegebenen Verhältnissen annehmen zu können, sie habe keinen Anlaß gehabt, mit einer Überschuldung der Firma Helsenberger & Cie. zu rechnen, und sie habe in guten Treuen unmittelbar vor dem Zusammenbruch dieser Firma ein so großes Warenquantum bezogen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird im Sinne der Zusprechung des ersten Eventual-Berufungsantrages (auf Nichtherausgabe der vom 16. November 1910 bis 28. Februar 1911 gelieferten Waren) gutgeheissen.

---

**49. Urteil vom 23. März 1912 in Sachen  
Gebr. Lehner, Befl., Widerfl. u. Ber.-Kl., gegen  
Mechanische Ziegelfabrik Dinhard, A.-G. und Frik Bokhorn,  
Kl., Widerbefl. u. Ber.-Befl.**

**Art. 59 ff. OG:** Berechnung des Streitwertes, wenn zwei Gläubiger auf Grund des Art. 285 Ziff. 1 SchKG miteinander eine Anfechtungsklage erheben. Berücksichtigung des Betrages einer nur für den Fall der Gutheissung der Klage erhobenen Widerklage. — Voraussetzung der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung, wodurch eine Liegenschaft vom Schuldner gegen Uebernahme der Hypotheken zu Eigentum abgetreten worden ist, aus Art. 286 Ziff. 1 u. 288 SchKG ist, dass der Wert der Liegenschaft, abgesehen von später auf sie gemachten Verwendungen, den Betrag der Hypothekarschulden übersteigt. — **Art. 287 Ziff. 2 SchKG:** Dieses Wertverhältnis bildet auch eine Voraussetzung für die Beantwortung der Frage, ob die Liegenschaft das Äquivalent für eine beim Verkauf vereinbarte Tilgung einer Forderung des Verkäufers gegen den Käufer darstelle und insoweit die Abtretung der Liegenschaft anfechtbar sei.

A. — Durch Urteil vom 27. September 1911 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streitsache erkannt: „1. Der unterm 22. September 1910 zwischen den Beklagten und C. Ladner, Bauunternehmer in Zürich III abgeschlossene Kaufvertrag betreffend 13 a 61 m<sup>2</sup> „Bauland an der Scheuchzer- und Riedlisstraße in Zürich IV „Kat. Nr. 1629 mit dem darauf erstellten unvollendeten Wohnhaus wird als anfechtbar erklärt und die Kläger sind demgemäß berechtigt, in der Betreibung gegen Ladner deren Pfändung und Verwertung zu verlangen. 2. Auf die Widerklage 1 und 2 wird nicht eingetreten.“

B. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: „Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, eventuell es sei die Widerklage Nr. 1 gutzuheissen und festzustellen, daß bei einer Rückfertigung und vorgängig einer Versteigerung und Verwertung der streitigen Liegenschaft die Kläger