

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 Helffenberger & 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 Helffenberger & 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, Bekl., Widerkl. u. Ber.-Kl., gegen  
Mechanische Siegelabrik Dinhard, A.-G. und Frik Bodhorn,  
Kl., Widerbekl. u. Ber.-Bekl.

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 Niedlistraße 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

der Beklagten einen Betrag von 60,000 Fr., eventuell einen gerichtlich festzusetzenden kleinere Betrag zu bezahlen haben, weiter eventuell, es sei in Gutheißung von Widerklage 2 gerichtlich festzustellen, daß aus dem Erlös der versteigerten Liegenschaft vorgängig einer Zahlung an die Kläger und andere Gläubiger des Ladner den Beklagten ein Betrag von 60,000 Fr., eventuell ein kleinerer gerichtlich festzusetzender Betrag zuzuteilen sei. „Ferner werde beantragt, es seien eventuell die Akten an die Vorinstanz zur Abnahme der offerierten Beweise zurückzusenden, sofern das Bundesgericht ein Beweisverfahren bei prinzipieller Gutheißung einer der Berufungsanträge für nötig erachte.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten die gestellten Berufungsanträge erneuert. Die Vertreter der beiden Kläger haben beantragt, es sei auf die Berufung wegen Unzuständigkeit des Bundesgerichts nicht einzutreten, eventuell sei sie als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Cassian Ladner hatte auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1629 an der Scheuchzer- und Niedlistraße in Zürich IV die Erstellung eines Doppelwohnhauses unternommen. Zahlungsschwierigkeiten hinderten ihn an der Fertigstellung der Baute und er schloß dann am 20. September 1910 mit einer Anzahl seiner Gläubiger, nämlich mit den heutigen Beklagten, den Gebr. Lechner, und mit L. Bartholomé-Cuby, E. Frech-Schaub und E. Brühlhard, einen Vertrag ab, wonach diese Gläubiger erklärten, von Ladner die genannte Liegenschaft um die notariellen grundvericherten Hypotheken zu übernehmen und zu kanzleien. Dabei wurde ferner unter anderm bestimmt, daß das auf der Baustelle befindliche Gerüstmaterial als Eigentum an die Käufer übergehe und daß das Gefälligkeitsakzept von 1000 Fr. zu Gunsten des Gipsermeisters Frech von den Käufern zur Zahlung übernommen und bei der ersten Geldaufnahme angewiesen werde. Als Tag der Fertigung sah der Vertrag den 24. September 1910 vor, die Liegenschaft wurde aber schon am 23. September und zwar nur den Beklagten, Gebr. Lechner, zugewiesen, die laut ihrer Angabe an Ladner 9000 Fr. zu fordern haben. Die Kläger, die Mecha-

nische Ziegelfabrik Dinhard A.-G. und Fritz Bockhorn, die ebenfalls Forderungen gegenüber Ladner beanspruchen, hatten es abgelehnt, dem Vertrag vom 20. September beizutreten. Nach dessen Abschluß hoben sie für ihre Forderungen Betreibung an, nämlich die Mechanische Ziegelfabrik Dinhard A.-G. für 1798 Fr. 35 Cts. samt Zins zu 5 % seit dem 20. August 1910 und Bockhorn für 573 Fr. 55 Cts. samt Zins zu 5 % zur Hälfte vom 1. Juli und zur andern Hälfte vom 1. Oktober 1910 an. Die Pfändungen blieben ergebnislos. Bockhorn erwirkte am 12. April 1911 noch einen definitiven Verlustschein für 605 Fr. 20 Cts.

In der Folge haben diese beiden Gläubiger die vorliegende Klage eingereicht mit dem Begehren, es sei der am 22. (?) September 1910 zwischen den Beklagten und Ladner abgeschlossene Kaufvertrag als anfechtbar zu erklären und aufzuheben und die Liegenschaft zu Gunsten der Kläger in die Pfandmasse einzubeziehen; eventuell sei festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet seien, den Mehrwert der Liegenschaft über die Hypotheken hinaus in die Pfandmasse Ladners einzuwerfen. Die Kläger machen geltend: Durch den angefochtenen Liegenschaftsverkauf sei ihnen das einzige Aktivum Ladners zur Deckung ihrer Forderungen entzogen worden. Der Wert der verkauften Liegenschaft erreiche 130,000 Fr., wofür Expertenbeweis angeboten werde; und hiezu komme noch der Wert der ebenfalls übergegangenen Gerüstungen und Baumaterialien von 3000 Fr. Die Hypotheken dagegen, deren Übernahme die Gegenleistung bilde, beliefen sich zusammen auf 108,804 Fr. 50 Cts. Die Forderung der Beklagten betrage 5000 Fr. bis 7000 Fr. und die Beklagten seien also darüber hinaus bereichert. Die Anfechtbarkeit ergebe sich aus Art. 286 Ziff. 1 wegen des Mißverhältnisses zwischen dem Werte der Liegenschaft und der Gegenleistung, aus Art. 287 Ziff. 2, weil die Übernahme der Liegenschaft kein übliches Zahlungsmittel für die Tilgung einer laufenden Forderung sei und aus Art. 288, weil Ladner den Kauf in der den Käufern erkennbaren Absicht, sie gegenüber den andern Gläubigern zu begünstigen, abgeschlossen habe; es seien ihm 1500 Fr. versprochen worden, wenn er den Vertrag abschließe.

Die Beklagten haben zunächst beantragt, es sei die Klage

angebrachtermaßen abzuweisen: Es fehle ihnen nämlich die Passivlegitimation, weil nicht nur sie, sondern auch die andern Käufer hätten ins Recht gefaßt werden sollen. Eventuell sei die Klage als sachlich unbegründet zu verwerfen. Für den Fall ihrer Gutheißung haben sie widerklagsweise die Begehren gestellt: 1. Es seien die Kläger zu verpflichten, bei einer Rückfertigung und vorgängig der Verwertung der streitigen Liegenschaft ihnen 60,000 Fr. oder eventuell einen gerichtlich festzusetzenden Betrag zu bezahlen. 2. Es sei ihnen aus dem Erlös der versteigerten Liegenschaft, vorgängig einer Zahlung an die Kläger und andere Gläubiger Ladners, 60,000 Fr., eventuell ein gerichtlich festzusetzender Betrag zu bezahlen. 3. Sie seien als berechtigt zu erklären, gegen Bezahlung der Forderung der beiden Kläger an Ladner die Rückfertigung der Liegenschaft und deren Einbeziehung in die Pfandmasse zu verhindern. — In der Begründung ihres Rechtsstandpunktes führen die Beklagten aus: Der Vertrag sei abgeschlossen worden, weil die Baute bei der schlechten Lage Ladners nicht hätte vollendet werden können und um die Entwertung der Liegenschaft zu verhüten und die — unter diesen Umständen den Gläubigerinteressen zuwiderlaufende — Grundpfandverwertung zu vermeiden. Bei der Rohbauschatzung seien die beiden Häuser auf zusammen 81,200 Fr. gewertet worden. Nach dieser Schätzung habe Ladner nicht weiter gebaut. Die Baute sei nicht mehr als 80,000 Fr. wert und das Grundstück nicht mehr als 30,000 Fr., so daß der Totalwert nur 110,000 Fr. betrage, was zum Beweis erstellt werde. Bei einer Zwangsversteigerung aber wären kaum noch 80,000 Fr. erhältlich gewesen. Gerüstmaterial sei nur für 500 Fr. mitverkauft worden. Auf der Liegenschaft habe im ersten Range ein (Kreditversicherungs-) Brief der Gewerbebank Männedorf mit einem Kreditbetrage von 150,000 Fr. und einem Schuldbetrage von 108,804 Fr. 50 Cts. gelastet und nachgängig eine Hypothek von 15,000 Fr. Nach dem Kaufe sei die Liegenschaft ausgebaut worden und die Endschätzung für die Baute betrage nunmehr 145,000 Fr. Ferner sei auf einem nebenstehenden Bauplatz noch ein Rohbau im Werte von 20,000 Fr. errichtet worden. Der Mehrwert der Liegenschaft betrage 64,000 Fr. und die Belastung sei um 24,000 Fr. gesteigert worden. An den Voraussetzungen

für die Anfechtbarkeit fehle es: Der Art. 288 finde nicht Anwendung, weil allen Gläubigern die Teilnahme am Konsortium angeboten worden sei; der Art. 286 nicht, weil kein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe, und der Art. 287 nicht, weil die Forderung der Beklagten an Ladner — die 9000 Fr. betrage — nicht getilgt worden sei.

2. — Die Zuständigkeit des Bundesgerichts ist gegeben: Die Klage beurteilt sich nach den Art. 285 ff. SchRG und bei der Widerklage stehen ebenfalls die bundesrechtlichen Grundsätze über die Anfechtungsklage und namentlich über die Rückgewähr des anfechtbarerweise erworbenen Vermögens, wenn nicht ausschließlich, doch zum mindesten mit in Frage. Was den Streitwert anbetrifft, so bestimmt er sich laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vergl. US 27 II S. 293, 30 II S. 379) bei der Anfechtung außer Konkurs nach dem Wert des Vermögensgegenstandes, aus dem sich der anfechtende Gläubiger für seine Forderung befriedigt machen will und nach der Höhe des (ungedeckten) Betrages dieser Forderung, und zwar so, daß der kleinere dieser Werte maßgebend ist. Im vorliegenden Fall muß also auf die Forderungen der beiden klagenden Gläubiger von 1798 Fr. 35 Cts. und 605 Fr. 20 Cts. abgestellt werden und zwar sind sie laut Art. 60 Abs. 1 OÖ zusammenzurechnen, da die Kläger die Anfechtung als Streitgenossen, wenn auch jeder zu Gunsten seiner Forderung, betreiben. Hienach ist der Streitwert hinsichtlich der Klage auf 2403 Fr. 55 Cts. zu bestimmen und es müßte also insoweit das schriftliche Berufungsverfahren Platz greifen. Nun hat aber der Beklagte auf Bezahlung oder betreibungsamtliche Zuteilung von 60,000 Fr. gerichtete Widerklagebegehren gestellt. Da bei diesen der Streitwert 4000 Fr. übersteigt und somit für sie das mündliche Berufungsverfahren gilt, so hat dieses Verfahren auch für die Klagebegehren Anwendung zu finden; denn maßgebend für das anzuwendende Berufungsverfahren sind die dem Streitwerte nach größern der zu beurteilenden Ansprüche. An dem Gesagten ändert auch der Umstand nichts, daß die Widerklageanträge nur eventuell gestellt sind, nämlich nur für den Fall, daß die Klage gutgeheißen werde. Auch so bilden sie Gegenstand des Streites und sobald mit der Zusprechung der Klage ihre Beurteilung nötig wird, bezieht sich

die richterliche Entscheidung auf Ansprüche, deren Wert 4000 Fr. übersteigt.

3. — Die von den Beklagten erhobene Einrede „der mangelnden Passivlegitimation“ — in Wirklichkeit handelt es sich, wie die Vorinstanz richtig bemerkt, um die Einrede der mehreren Streitgenossen — beruht auf einer unrichtigen Auffassung des Klagebegehrens: Seinem Wortlaute nach geht dieses freilich in seinem ersten Teil dahin, den Kaufvertrag vom 22. (sollte wohl heißen 20.) September 1910 als anfechtbar zu erklären. Aber das wird doch lediglich in präjudizieller Weise verlangt, nämlich in Hinsicht auf das weiter gestellte Begehren um Einbeziehung der gekauften Liegenschaft in die Pfändungsmasse Ladners. Nur das letztere Begehren bildet inhaltlich und nach seinem Zwecke eine Anfechtungsklage, indem es darauf gerichtet ist, den Eigentumsübergang der Beklagten an der verkauften Liegenschaft in Hinsicht auf die Betreibungsrechte der Kläger als unwirksam zu erklären. Mit der Anfechtung des obligatorischen Kaufvertrages für sich allein aber hätten die Kläger nichts gewonnen und es wäre eine solche Anfechtung für sie auch nicht erforderlich gewesen. Denn der genannte Vertrag hat das Eigentum des Pfändungsschuldners an der Liegenschaft und damit deren Pfändbarkeit unberührt gelassen. Kommt somit nur die Fertigung an die Kläger als anfechtbare Rechtsbehandlung in Frage, so hat sich die Klage auch nur gegen die Kläger und nicht auch gegen die andern beim obligatorischen Kaufgeschäft Beteiligten zu richten.

4. — In der Sache selbst fragt es sich vor allem, ob die Kläger durch die angefochtene Kauffertigung vom 23. September 1910 wirklich geschädigt worden, ob also dadurch Vermögen ihres Schuldners veräußert worden sei, auf das sie als Pfändungsgläubiger hätte greifen können. Dies ist aber so weit zu verneinen, als zur Zeit des Eigentumsüberganges der Beklagten auf der verkauften Liegenschaft Hypotheken lasteten und die Beklagten diese Hypotheken als Käufer übernommen haben. Denn ohne die Veräußerung der Liegenschaft hätten die Kläger zur Befriedigung ihrer Forderungen nur jenen Betrag ihres Erlöses beanspruchen können, der nach der Deckung der Hypothekargläubiger übrig geblieben wäre. Zum Schaden der Beklagten haben also die

Kläger durch die Kauffertigung nur dann anfechtbarerweise Vermögen erworben, wenn der Wert der übertragenen Liegenschaft — ohne Berücksichtigung der, wie behauptet, später auf sie gemachten Verwendungen — den Betrag der von den Beklagten übernommenen Hypothekarschulden übersteigt. Auf diesen Punkt haben denn auch beide Parteien in der Begründung ihrer Rechtsstandpunkte Gewicht gelegt: Die Kläger haben geltend gemacht, daß die Beklagten eine Hypothekarschuld von zusammen 108,804 Fr. 50 Cts. (nebst der Wechselschuld Fretsch von 1000 Fr.) übernommen und dagegen eine Liegenschaft im Verkehrswerte von 130,000 Fr. und mit dem zugehörigen Gerüst- und Baumaterial von 133,000 Fr. erworben hätten, während die Beklagten die (neben der genannten Wechselschuld) übernommenen Hypotheken auf zusammen 123,804 Fr. 50 Cts., den Liegenschaftswert aber auf nur 110,000 Fr. und das verkaufte Material auf nur 500 Fr. angeben. Im erstern Falle würde also die Erwerbung der Liegenschaft für die Beklagten eine Vermögensvermehrung, im zweiten einen Verlust bedeuten. Welche dieser beiden Möglichkeiten zutrifft, hat die Vorinstanz trotz den dafür angebotenen Beweisen nicht geprüft, sondern, wie sie selbst angibt, von den hierzu erforderlichen Feststellungen abgesehen.

Bevor die in dieser Hinsicht wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse feststehen, läßt sich nun aber die Klage hinsichtlich keines der von den Klägern eingenommenen Standpunkte beurteilen worüber im einzelnen folgendes zu bemerken ist:

a) Die Kläger sechten den Verkauf der Liegenschaft zunächst gestützt auf Art. 286 Ziff. 1 SchRG deshalb an, weil die Gegenleistung der Beklagten als Käufer zu der Leistung des Schuldners „in einem Mißverhältnis stehe“. Ob ein solches Mißverhältnis vorliegt, beurteilt sich aber nach der Beziehung zwischen dem Verkehrswert der Liegenschaft mit Inbegriff der verkauften Zubehörden einerseits und der Summe der zur Zahlung übernommenen Hypotheken und der Wechselschuld andererseits.

b) Von dieser Beziehung hängt ferner ab, ob der im weitem angerufene Art. 288 SchRG zutrefte, insofern dieser voraussetzt, daß der Schuldner durch die angefochtene Rechtsbehandlung tatsächlich seine Gläubiger „benachteiligt“ oder einzelne von ihnen,

hier also die Beklagten „begünstigt“ hat. Eine solche Benachteiligung oder Begünstigung ist ausgeschlossen, wenn der Verkauf für die Beklagten keine Vermehrung und für den Verkäufer keine Verminderung ihres Vermögens bewirkt hat.

c) Die Kläger haben endlich noch unter Berufung auf Art. 287 Ziff. 2 SchKG behauptet, der Pfändungsschuldner habe in der Form des angefochtenen Verkaufes seine Geldschuld gegenüber den Beklagten, Gebr. Vechner, durch ein nicht übliches Zahlungsmittel getilgt.

Ob nun überhaupt die Liegenschaft in der Meinung verkauft worden sei, daß der Pfändungsschuldner kraft des Verkaufes von seiner Schuld befreit sein sollte und daß also die Beklagten als Käufer nicht nur die Hypothekarschulden zu übernehmen, sondern zugleich auf ihre Forderung gegen den Pfändungsschuldner zu verzichten hätten, ergibt sich aus dem Wortlaut des Vertrages vom 20. September 1910 nicht und geht auch sonst aus den Akten nicht hervor. Die Vorinstanz ist — von dem unten zu erwähnenden Standpunkt aus, der sie zur Gutheilung der Klage geführt hat — dazu gelangt, auch diese Frage offen zu lassen und von einer Tatbestandsfeststellung hierüber abzusehen.

Selbst wenn man aber annimmt, daß wirklich die Parteien die erwähnte Schuld haben tilgen wollen, in welchem Falle Art. 287 Ziff. 2 allein in Frage kommen kann, so ließe sich über die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ebenfalls nur dann Klarheit gewinnen, wenn jenes Wertverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung der Kaufparteien in tatsächlicher Beziehung feststände. Träfe nämlich die Behauptung der Beklagten zu, daß schon die von ihnen übernommenen Hypotheken von zusammen 123,804 Fr. 50 Cts., deren Übernahme die hauptsächlichste Gegenleistung der Beklagten bildet, den Verkehrswert der Liegenschaften (mit Inbegriff des mitverkauften Materials) um rund 13,000 Fr. übersteigt, so erhöhe sich die Frage, ob überhaupt und eventuell zu welchem Teil der Kaufgegenstand das Äquivalent — nicht der übernommenen Hypotheken, — sondern der Befreiung des Verkäufers von seiner Schuldpflicht bildet. Nur soweit diese Frage zu bejahen ist, kann der Kaufgegenstand im Sinne von Art. 287 Ziff. 2 als Zahlungsmittel gebient haben. Auch in

dieser Hinsicht bedarf es also der Festsetzung des Wertverhältnisses zwischen den Leistungen und Gegenleistungen der Parteien beim Fertigungsakte.

Die Vorinstanz hat nun freilich Art. 287 Ziff. 2 von dem Standpunkte aus als anwendbar erklärt, daß jedenfalls die vertraglich bedungene Übernahme des Gefälligkeitswechsels Frech als Tilgung einer Geldschuld durch ein nicht übliches Zahlungsmittel gelten müsse. Zur Begründung führt sie aus, Frech bezw. seine Firma sei an der Übernahme der Liegenschaft beteiligt gewesen und durch diese Übernahme habe der Wechsel getilgt werden sollen. Dem gegenüber ist zunächst zu bemerken, daß laut den Akten Frech nur beim obligatorischen Kaufvertrag beteiligt war, Eigentümer der Liegenschaft sind durch Fertigung nur die Beklagten geworden, wie denn auch der Liegenschaftserwerb nur ihnen gegenüber angefochten wird. Ob ferner in der vertraglich bedungenen Übernahme des Wechsels zur Zahlung wirklich eine Tilgung der Wechselschuld aus dem Kaufgegenstand im Sinne von Art. 287 Ziff. 2 sich finden lasse, braucht zur Zeit nicht geprüft zu werden; denn selbst wenn dem so wäre, so bedürfte es wiederum der erwähnten tatsächlichen Feststellung über das Verhältnis zwischen Kaufgegenstand und Preis, um beurteilen zu können, ob und welcher Teil des Kaufgegenstandes die Gegenleistung dafür bildet, daß die Beklagten die Bezahlung der Wechselschuld des Verkäufers übernommen haben. Beigefügt werden mag nur, daß auch dann, wenn die Übernahme der Wechselzahlung anfechtbar wäre, diese Anfechtbarkeit allein, die einen ganz geringen Teil der von den Kaufparteien bedungenen Leistungen betrifft, doch nicht dazu führen könnte, das ganze Fertigungsgeschäft als anfechtbar zu erklären, wie es die Vorinstanz getan hat.

5. — Die tatsächlichen Feststellungen, deren es laut den obigen Ausführungen zur Beurteilung der Klage bedarf, lassen sich auf Grund der vorhandenen Akten nicht vom Bundesgericht vornehmen und es ist daher nach Art. 82 OÖ unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Widerklagebegehren sind nur für den Fall der Gutheilung der Klage gestellt. Da nun die Klage neuerdings vorinstanzlich

zu beurteilen ist und von dieser Beurteilung die der Widerklage abhängt, hat das Bundesgericht zur Zeit auf deren Prüfung nicht einzutreten.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, daß das angefochtene Urteil der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 27. September 1911 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung im Sinne der Erwägungen und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

#### 50. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 15 mai 1912

*dans la cause Reichler, déf. et rec.,*

*contre la Banque cantonale vaudoise et consorts, dem. et int.*

La prescription annale de l'art. 69 ancien CO n'est pas applicable à la créance basée sur l'art. 143 LP. — **Art. 19 ancien CO**: L'erreur commise par l'acheteur de l'auberge d'un failli en ce qui concerne l'existence et la cessibilité de la patente n'influe pas la vente de l'auberge. — **Art. 143, 259, 260 et 261 et suiv. LP**. En matière de faillite, l'enchérisseur défaillant au sens de l'art. 143 al. 2 LP a le droit de **compenser la créance en moins-value** que des créanciers du failli font valoir contre lui en vertu d'une cession au sens de l'art. 260 LP, **avec le droit** reconnu et exigible **à un dividende** qu'il a acquis ensuite du paiement partiel par lui d'une créance hypothécaire grevant l'immeuble vendu aux enchères. — Le dividende est attribué à l'enchérisseur défaillant dans la mesure où le produit de la réalisation de la créance en moins-value aurait été attribué au créancier gagiste aux droits duquel il est subrogé et proportionnellement au montant versé par lui à ce créancier.

A. — Le 25 février 1909, le défendeur s'est rendu solidairement avec G. Alioth-Druey, à Lausanne, adjudicataire des immeubles vendus aux enchères publiques par la masse en faillite de Charles-Maximilien Chanson, à Faoug, pour le prix de 30 000 fr. Reichler et Alioth ne payèrent pas le prix de vente de ces immeubles et l'adjudication du 25 février

1909 fut, conformément aux conditions de la vente, révoquée pour défaut de paiement. Une nouvelle vente aux enchères des mêmes immeubles eut lieu le 16 août 1909. Charles Reichler s'en porta à nouveau acquéreur pour la somme de 16 050 fr. Ces immeubles lui furent adjugés, après paiement de la somme indiquée.

B. — Au moment de la vente, les immeubles Chanson étaient grevés des charges suivantes:

a) Privilèges généraux.

Impôts cantonal et communal . . . Fr. 74 64

b) Privilèges spéciaux.

Obligation hypothécaire en 1<sup>er</sup> rang en faveur du Crédit Foncier vaudois . . . > 15 000 —

Gardance de dams en 2<sup>e</sup> rang en faveur de l'Union vaudoise du Crédit . . . > 18 268 20

Ensemble Fr. 33 342 84

Le produit de la vente des immeubles a été absorbé par le paiement des privilèges généraux et celui de l'obligation hypothécaire du Crédit Foncier vaudois. Quant à l'Union vaudoise du Crédit, elle a été remboursée par le défendeur Reichler et la Brasserie d'Aarberg, qui s'étaient tous deux portés cautions solidaires envers elle du failli Chanson. Elle reçut de Reichler 9500 francs et de la Brasserie d'Aarberg 9222 fr. 40, pour lesquelles sommes Reichler et la Brasserie d'Aarberg ont été subrogés aux droits de l'Union vaudoise du Crédit contre le failli Chanson.

C. — Enfin et par cession du 24 novembre 1909, l'administration de la masse en faillite de Charles Chanson a cédé aux consorts demandeurs, à teneur de l'art. 260 LP, « la créance ou prétention qu'elle possède contre G. Alioth-Druey, Pontaise à Lausanne et Charles Reichler père en Crebelle, les Esserts près Clarens résultant de folle enchère » (suit le résumé de l'affaire).

D. — C'est en vertu de cette cession que la Banque cantonale vaudoise et les autres consorts demandeurs, après lui avoir fait signifier un commandement de payer qui fut frappé d'opposition, ont formé action le 23 novembre 1910 à Charles