

## 80. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. Oktober 1917

i. S. Schweizerische Volksbank, Belagte gegen Müller, Kläger.

Art. 841 ZGB. Geltendmachung des Vorrechtes des Bauhandwerkerpfandgläubigers, auch wenn der Bauherr nicht ausgepfändet oder der Konkurs gegen ihn nicht durchgeführt ist, gegenüber dem Inhaber eines Faustpfandrechtes an einem auf der Liegenschaft errichteten Inhaberschuldbrief. — Bedeutung des Abs. 3 von Art. 841 ZGB. — Voraussetzungen für die Ersatzforderung gegenüber einem Gläubiger, dem das Pfandrecht für einen Baukredit gewährt worden ist.

A. — Die als Bauspekulantin bekannte, wenig kapitalkräftige Kollektivgesellschaft Stärkle & Schmid liess in den Jahren 1913 und 1914 auf den von ihr erworbenen Parzellen 1684 und 1685 in Straubenzell, deren Ankaufspreis gegen 7000 Fr betrug, zwei Wohnhäuser erstellen. Die Erd- und Maurerarbeiten im Fakturawert von 35,512 Fr. 50 Cts. wurden von der Kollektivgesellschaft Müller & Meyer, deren Rechtsnachfolger der Kläger ist, ausgeführt; eine Anzahl anderer Arbeiten von Stärkle & Schmid selbst; andere endlich von Drittpersonen. Als die Häuser im November 1913 im Rohbau erstellt waren, eröffnete die Beklagte der Firma Stärkle & Schmid, welche ihr seit längerer Zeit bekannt war und gegen welche sie bereits zweimal auf dem Betreibungswege hatte vorgehen müssen, gegen Verpfändung zweier zu diesem Zwecke errichteter Inhaberschuldbriefe I. Ranges von zusammen 70,000 Fr. einen Baukredit in derselben Höhe. Im Februar und Juni 1914 gewährte sie ihr gegen Verpfändung weiterer zu diesem Zwecke errichteter Inhaberschuldbriefe II. bis V. Ranges, noch 32,500 Fr. Am 29. November 1913 liess die Beklagte dem Kläger infolge einer Anweisung der Firma Stärkle & Schmid auf Rechnung seines Guthabens für die von ihm ausgeführten Erd- und Maurerarbeiten 27,500 Fr. auszahlen. Davon gab der Kläger der Firma Stärkle & Schmid 12,000 Fr. zurück; weitere 1500 Fr.

verwendete er zur Deckung eines Darlehens, das er der genannten Firma schon früher gewährt hatte, während der Rest von 14,000 Fr. der Firma Stärkle & Schmid als Zahlung an die Werklohnforderung des Klägers gutgeschrieben wurde. Am 27. Juni liess der Kläger zur Sicherung seines Restguthabens Bauhandwerkerpfandrechte eintragen und zwar auf Kat. Nr. 1684 ein solches im Betrage von 20,000 Fr. mit 62,500 Fr. Vorgang und auf Kat. Nr. 1685 ein solches im Betrage von 10,000 Fr. mit 60,000 Fr. Vorgang.

Im August 1915 wurde sowohl über Stärkle & Schmid als auch über Stärkle persönlich der Konkurs eröffnet. Der Kläger wurde in beiden Konkursen rechtskräftig kolloziert für:

Fr. 13,543 09	mit Bauhandwerkerpfandrecht
	auf Kat. Nr. 1684 und
» 9,135 12	mit Bauhandwerkerpfandrecht
	auf Kat. Nr. 1685,

zusammen Fr. 22,678 21.

Bei der konkursrechtlichen Versteigerung wurden die beiden Liegenschaften wie folgt zugeschlagen:

Nr. 1684	für Fr. 57,600
» 1685	» » 49,600

zusammen Fr. 107,200,

welcher Betrag zum grössten Teil der Beklagten ausbezahlt wurde. Der Kläger erlitt einen Pfandausfall von 22,678 Fr. 21 Cts. (gleich dem vollen Betrag seiner kollozierten Forderung). Mit der vorliegenden Klage verlangt er, gestützt auf Art. 841 ZGB, Ersatz dieses Betrages.

B. — Durch Urteil vom 2. Mai 1917 hat das Kantonsgericht St. Gallen die Beklagte zur Zahlung von 8012 Fr. 15 Cts. nebst 5 % Zins seit 19. Mai 1916 an den Kläger verurteilt, mit der Begründung, dass die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Art. 841 — Pfandausfall des Klägers im eingeklagten Betrage und Erkennbarkeit der Schädigung für die Beklagte — erfüllt seien,

und dass daher die Beklagte dem Kläger denjenigen Teil seines Pfandausfalls zu ersetzen habe, der sich ergebe, wenn von seiner ursprünglichen Bauforderung (35,512 Fr. 15 Cts.) der Betrag abgezogen werde, der dem Kläger s.Zt. aus dem Baukredit ausgezahlt worden sei (27,500 Fr.). Der Kläger habe daher noch 8012 Fr. 15 Cts. von der Beklagten zu fordern.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht  
i n E r w ä g u n g :

1. — Zu ersetzen ist nach dem Wortlaut des Art. 841 ZGB der « bei der Pfandverwertung » entstehende « Ausfall ». Daraus ergibt sich, dass die in der angeführten Gesetzesbestimmung vorgesehene Ersatzklage weder eine Auspändung des Bauherrn, noch die Durchführung einer gegen ihn zu richtenden Konkursbetreibung voraussetzt, sondern schon dann angestrengt werden kann, wenn ein Bauhandwerker bei der Geltendmachung seines gesetzlichen Pfandrechts einen Ausfall erleidet. In dem Masse, wie er (auf Grund des Art. 841 ZGB) von dem Inhaber eines vorgehenden Pfandrechts aus dem den Bodenwert übersteigenden Verwertungsanteil befriedigt wird, geht nach Analogie des in Art. 110 Ziff. 1 OR aufgestellten Grundsatzes seine persönliche Forderung gegen den Bauherrn auf jenen über.

Bei einer andern Auslegung des Art. 841 ZGB, zu welcher *a priori* die Ausdrücke « Forderungen » und « Verlust » Anlass geben könnten, würde die Gefahr einer Verschlechterung der finanziellen Lage des vorgehenden Pfandgläubigers nach stattgefundener Pfandverwertung dem Bauhandwerker aufgebürdet, was der Absicht des Gesetzgebers u. a. deshalb nicht entsprechen kann, weil dadurch unlautere Machenschaften (z. B. Verschiebung

eines insolventen Grundpfandgläubigers) begünstigt werden könnten.

Der Antrag der Beklagten auf Abweisung der Klage zur Zeit (weil noch nicht feststehe, ob der Kläger im Konkurs der Firma Stärke & Schmid einen Verlust erleiden werde) ist somit unbegründet.

2. — Unbegründet ist auch die von der Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Passivlegitimation, die sie damit begründet, dass sie nicht vorgehende Grundpfandgläubigerin im Sinne des Art. 844 ZGB, sondern nur Faustpfandgläubigerin an einem vorgehenden Grundpfandtitel sei. Art. 841 ZGB lässt den « vorgehenden Pfandgläubiger » den Handwerkern gegenüber haften, weil er in schuldhafter Weise dabei mitgewirkt hat, das Baugrundstück zum Nachteile der Bauhandwerker zu belasten. Der gesetzliche Grund dieser Haftung trifft, sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 841 gegeben sind, auch dem Beklagten gegenüber zu, der sich vom Eigentümer des Baugrundstückes einen als Inhaberschuldbrief errichteten Grundpfandtitel zu Faustpfand übergeben liess. In diesem Falle trat der Nachteil für die Bauhandwerker nicht schon mit der Errichtung des Inhaberschuldbriefes ein, weil nach Art. 815 ZGB der noch nicht begebene Inhaberschuldbrief bei der Verwertung des Unterpandes hätte gelöscht werden müssen, sondern erst mit der Begebung des Titels an die Beklagte, weil erst damit ein Anspruch der letzteren auf Befriedigung aus dem Baugrundstücke geschaffen wurde, der die Befriedigung der nachgehenden Bauhandwerker verhindert hat. Bei dieser die Schädigung der Handwerker bewirkenden Handlung hat aber die Beklagte durch die Entgegennahme des Schuldbriefes aus Faustpfand mitgewirkt. Die gegenteilige Auslegung würde zu dem Ergebnisse führen, dass der Schutz, den das Gesetz bezweckt, einfach dadurch vereitelt werden könnte, dass der Bauunternehmer die Pfandrechte auf das Baugrundstück als

Inhaberschuldbriefe bestellte und diese nachher an Dritte verpfändete. Mit Unrecht beruft sich die Beklagte für ihre Auffassung auf Art. 841 Abs. 2, woraus sie herleiten will, dass der Kläger nur den Unternehmer, der den Schuldbrief veräußert habe, nicht aber die Beklagte als Erwerberrin des Schuldbriefes belangen könne. Der Fall des Art. 841 Abs. 2 liegt gar nicht vor, denn die Beklagte befindet sich nicht in der Stellung des Dritten, der einen auf dem Baugrundstücke haftenden Schuldbrief von einem vorgehenden Pfandgläubiger erworben hat.

Auch Art. 841 Abs. 3 steht dem Schutze der Klage nicht entgegen. Allerdings wird hier dem Handwerker ein Mittel gegeben, um die Errichtung von vorgehenden Schuldbriefen oder Gülten zu verhindern. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Handwerker, der von diesem Mittel keinen Gebrauch macht, der also den Beginn des Werkes nicht vormerken lässt, den ihm in Abs. 1 gegebenen Anspruch auf Anfechtung des durch einen Schuldbrief oder eine Gült begründeten Pfandrechtes überhaupt nicht geltend machen könnte. Abs. 3 enthält keine Einschränkung des in Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes. Er bezieht sich nur auf den in Abs. 2 geregelten Fall, dass der Pfandgläubiger, zu dessen Gunsten das Pfandrecht errichtet wurde und dem gegenüber es anfechtbar wäre, den Schuldbrief an einen gutgläubigen Dritten veräußert, dem gegenüber die Anfechtung des Handwerkers mit Rücksicht auf die Art. 865 und 866 ZGB nicht durchdringen könnte. Für diesen Fall erklärt Abs. 2 den den Pfandtitel veräußernden Pfandgläubiger dem Handwerker gegenüber für den entstandenen Schaden haftbar. Weil aber dieser in Abs. 2 gebotene Schutz für den Handwerker unwirksam ist, falls der veräußernde Pfandgläubiger zahlungsunfähig wäre, gibt Abs. 3 dem Handwerker ein Mittel, um dieses Risiko abzuwenden, indem er durch die Eintragung des Beginnes des Werkes im Grundbuche die Errichtung weiterer Schuldbriefe und Gülten und damit die Gefahr, dass diese in die Hände gut-

gläubiger Dritter gelangen, verhindern kann. Die Auslegung, dass durch Abs. 3 überhaupt die Anfechtung von in Form von Schuldbriefen und Gülten errichteten Pfandtiteln habe ausgeschlossen werden wollen, ist mit der Fassung des Art. 841 schlechterdings unvereinbar. Dazu kommt, dass die Handwerker praktisch oft gar nicht in der Lage sind, von dem ihnen von Art. 841 Abs. 3 gewährten Schutzmittel in wirksamer Weise Gebrauch zu machen; das trifft insbesondere gegenüber solchen Handwerkern zu, die ihre Arbeiten erst im letzten Stadium zu beginnen haben.

3. — Der bei der Pfandverwertung für den Bauhandwerker entstehende Ausfall ist nach dem Wortlaute des Art. 841 aus dem den Bodenwert übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger nur zu ersetzen, «sofern (d. h. insoweit als) das Grundstück durch ihre Pfandrechte zum Nachteile der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist». Das Pfandrecht fällt nur dahin, d. h. der Pfandgläubiger hat den an Stelle des Pfandrechtes erhaltenen Erlös nur herauszugeben, soweit das Pfandrecht in anfechtbarer Weise, erkennbar zum Nachteile der Handwerker auf das Grundstück gelegt wurde. Der Kläger kann sich daher mit seiner Klage aus Art. 841 nicht besser stellen, als wenn die Beklagte den Baukredit, für den ihr ein Pfandrecht verschafft wurde, so verwendet hätte, dass ein Anfechtungsgrund nicht vorläge. Nur soweit der Kläger nicht das erhält, worauf er ohne die anfechtbare Belastung des Baugrundstückes Anspruch hätte, kann er aus dem Verwertungserlös der Beklagten Befriedigung verlangen. Nun beruht der besondere Schutz, den das Gesetz den Bauforderungen gewährt, auf dem Gedanken, dass der Mehrwert, den die Handwerker durch ihre Verwendungen auf das Baugrundstück geschaffen haben, nicht auf Grund eines vorgehenden Pfandrechtes von einem Grundpfandgläubiger vorweggenommen werden kann, sondern den Handwerkern als gemeinsames Pfand dienen soll. Erhält der Kläger

im vorliegenden Falle von dem nach Abzug des Bauplatzwertes verbleibenden Verwertungserlöse den Anteil, der auf seine Bauforderung, d. h. den durch seine Verwendungen geschaffenen Mehrwert entfällt, so kann er das zu Gunsten der Beklagten errichtete Grundpfandrecht nicht anfechten. Nach Art. 841 kann nicht beanstandet werden, dass die Beklagte aus dem von ihr dem Unternehmer gewährten Baukredite andere Handwerker und Lieferanten bezahlt hat und sich hiefür ein Pfandrecht hat bestellen lassen. Denn auch diese haben durch ihre Arbeiten und Lieferungen den im Verwertungserlöse steckenden Mehrwert schaffen helfen. Eine Benachteiligung des Klägers kann nur darin liegen, dass die Beklagte andere Forderungen als solche von Handwerkern, die Bauwert schaffen, bezahlt hat oder unter solchen Handwerkern einzelne andere vor dem Kläger bevorzugte, während ihr die Gefahr, dass die Forderung des Klägers dadurch ihre Deckung verliert, erkennbar ist. Daraus folgt, dass die Bauhandwerker jedenfalls kein Recht auf Ersatz desjenigen Ausfalles haben, der ihnen auch erwachsen wäre, wenn das gegen Errichtung des vorgehenden Grundpfandrechtes über den Bodenwert hinaus aufgenommene Baugeld in vollem Umfang zur Befriedigung derjenigen verwendet wurde, die den Mehrwert geschaffen haben.

Die Vorinstanz hat daher zu Unrecht der Beklagten den von ihr anerbotenen Beweis nicht abgenommen, dass der ganze von ihr gewährte Baukredit zur Bezahlung von Forderungen verwendet worden sei, die auf die Erstellung der Baute Bezug haben. Die Akten sind daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, um festzustellen, ob und eventuell in welchem Umfang aus dem Baukredite Bauforderungen beglichen wurden; auf dieser Grundlage wird dann im Sinne der Erwägungen zu prüfen sein, ob der Kläger mit den ihm bereits ausbezahlten 27,500 Fr. den Teil des Mehrwertes erhalten hat, auf den er nach Massgabe seiner Bauforderung Anspruch gehabt hätte.

Es bedarf daher vor allem der Feststellung der bestrittenen Tatsache, ob aus dem Baukredit andere Forderungen als solche der Bauhandwerker bezahlt worden sind. Sollte aber der Baukredit auch ausschliesslich zur Bezahlung von Bauhandwerkern verwendet worden sein, so ist von der Vorinstanz weiter zu untersuchen, ob dabei einzelne Bauhandwerker bevorzugt wurden trotz der Erkennbarkeit, dass im Zeitpunkt dieser Bevorzugung der einen noch andere unbezahlte Bauhandwerkerforderungen bestehen, bei denen die Gefahr eines Deckungsausfalles für die Beklagte erkennbar war.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 2. Mai 1917 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an den kantonalen Richter zurückgewiesen wird.

81. Arrêt de la II<sup>e</sup> section civile du 17 octobre 1917  
dans la cause **Labourey** contre **Held & C<sup>ie</sup>** et **Veuve Perrin**.

Art. 933 C.C. Acquisition de choses confiées. Ne peut invoquer sa bonne foi celui qui achète à vil prix des marchandises à un commissionnaire sans s'assurer que le vendeur est en droit de conclure un pareil marché.

A. — Joseph Tacchi, gérant du cinématographe Apollo à La Chaux-de-Fonds, s'est aussi occupé de placer des montres. Dans le courant de 1915, plusieurs maisons de La Chaux-de-Fonds, entre autres Held & C<sup>ie</sup> et Veuve de Victor Perrin, confièrent à Tacchi un certain nombre de montres que celui-ci devait vendre comme commissionnaire.

Tacchi vendit plusieurs de ces montres à Vital La-