

nachrücken. Da die Mittel zur Abzahlung aus dem Substanzwerte des Grundstückes gewonnen werden, der entsprechend beeinträchtigt wird, würde andernfalls der Grundeigentümer zum Nachteil der nachgehenden Grundpfandgläubiger zweimal über den gleichen Wertteil des Grundstückes verfügen können, zunächst durch Gewinnung der Abzahlungssumme in Gestalt der Enteignungsentschädigung, und hernach durch wiederholte Errichtung eines Grundpfandrechtes an Stelle des durch diese Abzahlung getilgten. In dem der Teilexpropriation ähnlichen Falle, dass bei der Zwangsvollstreckung in mehrere für die gleiche Forderung verpfändete Grundstücke nur einzelne derselben verwertet werden müssen (Art. 816 Abs. 3 ZGB), der ebenfalls zur Tilgung einer Pfandforderung aus dem Substanzwerte des Pfandes (d. h. eines einzelnen der mehreren Pfänder) führt, ohne dass das ganze Pfandobjekt (bezw. alle gemeinsam verpfändeten Grundstücke) dem Eigentümer entzogen wird, ist diesem die nochmalige Verfügung über denjenigen Teil des Gesamtpfandes, aus dessen Wert die Abzahlung stattgefunden hat, deswegen natürlicherweise versagt, weil er sich infolge der Verwertung nun in der Hand eines Dritten befindet. Das Nachrückungsrecht, welches das ZGB ja nur für den Regelfall verpönt, ausnahmsweise aber doch zulässt (vgl. Art. 815), vermag bei der Teilexpropriation das gleiche Ergebnis zu vermitteln.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzell A.-Rh. vom 28. März 1927 bestätigt.

**80. Urteil der II. Zivilabteilung, vom 16. Dezember 1927
i. S. Schweizerische Volksbank gegen Kämpfer.**

Bauhandwerkerpfandrecht: ZGB Art. 841, Art. 839 Abs. 2 und Art. 837 Abs. 2; VZG Art. 117; OR Art. 164.

1. Die Ausfallsforderung der Bauhandwerker muss nicht binnen der nach Art. 117 VZG anzusetzenden Frist geltend gemacht werden. Diese Frist will den Baupfandgläubigern bloss die Möglichkeit der Anfechtung in diesem Verfahren geben, ohne sie hierzu zwingen zu wollen (Erw. 1).
2. Das Bauhandwerkerpfandrecht und der sich daraus herleitende Anspruch auf Deckung des Ausfalls nach Art. 841 ZGB ist zwar ein Sonderrecht einer gewissen Klasse von Gläubigern, doch nicht höchstpersönlicher Natur. Es kann daher nach Art. 164 OR gültig abgetreten werden (Erw. 2).
3. Der dem Baupfand vorgehende Pfandgläubiger hat einen Anspruch darauf, den Rechtsbestand der Bauhandwerkerpfandrechte z. B. deren rechtzeitige Eintragung im Grundbuch gerichtlich überprüfen zu lassen (Erw. 3 a).
Er kann die Ungültigkeit des Baupfandrechtes dem Anfechtungsanspruch des Baupfandgläubigers einredeweise entgegenhalten. Der Pfandausfallschein (bezw. im Konkurs der Verlustschein) gibt dem Baupfandgläubiger noch kein endgültiges Recht zur Geltendmachung des Ausfallsanspruches. Die Ungültigkeit des Baupfandrechts muss daher nicht schon vor Ausstellung des Pfandausfallscheines geltend gemacht werden. Zweck des Lastenbereinigungsverfahrens ist einzig die Feststellung, ob und welche Lasten dem betreibenden Gläubiger vorgehen. Aus der Unterlassung der Bestreitung kann nicht auf eine Anerkennung des Baupfandrechts geschlossen werden. Die Bestreitung hat für den vorgehenden Pfandgläubiger erst einen Sinn, wenn der Verlust des Baupfandgläubigers feststeht und die erkennbare Überlastung von diesem geltend gemacht wird (Erw. 3 b).
4. Prüfung der Rechtzeitigkeit der Grundbucheintragung der in Frage stehenden Baupfandrechte. Art. 839 Abs. 2 ZGB. Vollendungsarbeiten; Ausbesserungsarbeiten (Erw. 4 a—c).
5. Das Vorrecht des zu Verlust gekommenen Baupfandgläubigers erstreckt sich nach Art. 841 ZGB auf den Mehrwert, den das Grundstück durch die Überbauung gewonnen hat; er ist gleich dem Verwertungserlös abzüglich des Bodenpreises. Jeder einzelne Bauhandwerker hat Anspruch auf Deckung seiner Bauforderung im Verhältnis, in dem er

- durch seine Arbeiten zur Schaffung dieses Mehrwertes beigetragen hat. Die Feststellung dieses Verhältnisses ist wie die Feststellung der gedeckten und der ungedeckten Beträge tatsächlicher Natur (Erw. 5).
6. Bauvorschüsse dürfen nur allmählich nach Massgabe der Baufortschritte in der Weise ausbezahlt werden, dass jeder einzelne Unternehmer oder Handwerker im Verhältnis zu seinem Kostenvoranschlag befriedigt wird. Die geldgebende Bank hat dabei für das Verhalten eines von ihr ernannten Stellvertreters, der nicht Treuhänder sämtlicher Beteiligter ist, einzustehen (Erw. 6).
 7. Die Erkennbarkeit der Überlastung ist anzunehmen, wenn Zahlungen im Umfange der Ausfallforderungen der Baupfandgläubiger an Gläubiger, die keine Handwerker oder Unternehmer sind, gemacht wurden, obschon der geldgebenden Bank erkennbar war, dass der Kredit zur Deckung der Bauhandwerker und Unternehmer nicht mehr ausreicht und überdies der Bauherr zahlungsunfähig ist (Erw. 7).
 8. Wenn die Bauhandwerker trotz Kenntnis der Tatsache, dass die Banken nicht bis zur vollen Höhe der Bausumme Vorschüsse gewähren, und dass aus den Baugeldern auch die Sachlieferer zu decken sind, den Werkvertrag abgeschlossen haben, so liegt darin ein nach Art. 837 Abs. 2 ZGB unzulässiger teilweiser Verzicht auf das Baupfandrecht, der nichtig ist (Erw. 8).

A. — Die beklagte Schweizerische Volksbank, Filiale in Biel, gewährte der vermögenslosen Ehefrau des fruchtlos ausgepfändeten Zimmermannes F. Hirt in Biel, Frau Elise Hirt-Rebmann, die auf ihrem Grundstück an der Badhausstrasse in Biel, ein Wohnhaus erbaute, am 25. August 1923 einen Bauvorschuss von 20,000 Fr., den sie am 14. März 1924 um 10,000 Fr. erhöhte. Neben einer Solidarbürgschaft gab Frau Hirt als Faustpfand für den Vorschuss vom August 1923 einen Eigentümerschuldbrief für 25,000 Fr. und für den vom März 1924 einen solchen von 20,000 Fr., beide haftend im ersten und zweiten Range auf dem Baugrundstück, dessen Verkäufer die Grundpfandverschreibung für den Kaufpreis von 5280 Fr. den beiden Schuldbriefen im Range nachstellen liess. Nach dem Krediteröffnungsvertrag durften diese Bauvorschüsse nur für den Neubau verwendet

werden, sei es zur Bezahlung des Kaufpreises für das Land, sei es zur Befriedigung der am Neubau beteiligten Unternehmer und Handwerker; die einzelnen Vorschüsse sollten von der Bank nach dem allmählichen Fortschreiten des Baues ausbezahlt werden, und zwar mussten die Unternehmer und Handwerker unter sich gleichzeitig im Verhältnis ihrer Kostenvoranschläge befriedigt werden. Die Aufsicht über die Verwendung der bezogenen Gelder wurde von der Beklagten und von Frau Hirt dem Notar Heimann in dem Sinne übertragen, dass die Bank nur solche Zahlungen leisten durfte, die neben der Bauherrin auch von Heimann beglaubigt waren. Dieser nahm den Auftrag an und verpflichtete sich bei seiner persönlichen Verantwortlichkeit, dafür zu sorgen, dass die Baugelder zweckentsprechend verwendet würden. Am 27. Mai 1924 gewährte die Beklagte der Frau Hirt zur Fertigstellung des Gebäudes noch einen Wechsellvorschuss von 6000 Fr. unter den gleichen Bedingungen wie die früheren Vorschüsse, jedoch während der Abwesenheit Notar Heimanns. Verschiedene Bauhandwerker bewirkten in der Folge am 2. September 1924 für den ungedeckt gebliebenen Teil ihrer Bauforderungen die Grundbucheintragung von Bauhandwerkerpfandrechten, nämlich Schreinermeister A. Racine für 3046 Fr. 70 Cts., Spenglermeister A. Abt, für 1435 Fr., Malermeister Ed. Thomet für 1990 Fr. 38 Cts. und der Kläger, Baumeister A. Kämpfer für 4220 Fr. 60 Cts. Im Jahre 1925 gelangte dann das Grundstück der Frau Hirt im Grundpfandverwertungsverfahren zur Versteigerung, wobei die beklagte Bank als Faustpfandgläubigerin der beiden Eigentümerschuldbriefe für ihr Guthaben von insgesamt 40,325 Fr. (einschliesslich Zins und Kosten) voll gedeckt wurde; der frühere Eigentümer des Grund und Bodens wurde nur zum Teil gedeckt und erhielt für den Rest seiner Kaufpreisforderung einen Verlustschein. Die Bauhandwerker kamen gänzlich zu Verlust und zwar Racine mit 3265 Fr. 40 Cts., Abt mit 1539 Fr.,

Thomet mit 2134 Fr. 65 Cts. und der Kläger mit 4526 Fr. 50 Cts. Racine, Abt und Thomet traten dann ihre Forderungen an den Kläger ab, und dieser erhob am 12. Juni 1926 Klage gegen die Schweizerische Volksbank mit dem Begehren, sie sei zu verurteilen, ihm gemäss Art. 841 ZGB den Ausfall auf den ihm zustehenden Bauhandwerkerforderungen aus ihrem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil zu ersetzen, weil die Pfandrechte der Beklagten in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil dieser Bauhandwerker errichtet worden seien. Die Beklagte bestritt dem Kläger das Recht, die ihm abgetretenen Ausfallsforderungen gerichtlich geltend machen zu können, da solche Forderungen nicht abtretbar seien; sodann wandte sie ein, die Ausfallsforderungen hätten auf Fristansetzung gemäss Art. 117 VZG geltend gemacht werden sollen; ihre Geltendmachung sei heute, nach abgeschlossener Verteilung, verspätet; auch seien die beanspruchten Bauhandwerkerpfandrechte mangels rechtzeitiger Eintragung nicht gültig zustandgekommen; auf jeden Fall aber sei der Beklagten die Benachteiligung der Bauhandwerker bei der Annahme ihrer Pfandrechte nicht erkennbar gewesen; Notar Heimann habe übrigens die Baugelder als Treuhänder der Bank und der Bauhandwerker verwendet, die Handwerker könnten daher seine Zahlungen schon aus diesem Grunde nicht anfechten.

B. — Mit Urteil vom 12. Mai 1927 hat der Appellationshof des Kantons Bern das Baupfandrecht des Schreinermeisters Racine, weil verspätet ins Grundbuch eingetragen, nicht anerkannt, im übrigen aber sämtliche Einwendungen der Beklagten zurückgewiesen und die Klage bis zum Betrage von 4089 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5% seit dem 9. März 1926 gutgeheissen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, die Klage sei gänzlich abzuweisen und dem Kläger seien sämtliche Kosten zu überbinden. Der Kläger hat sich der

Berufung mit dem Begehren angeschlossen, die Klage sei auch für die Ersatzforderung Racines nebst Zins und Kostenfolge zuzusprechen, da, sofern im vorliegenden Verfahren die Rechtzeitigkeit der Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte überhaupt noch überprüft werden könne, was er bestreite, die Rechtzeitigkeit auch für die Eintragung Racines angenommen werden müsse.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Einwendung der Beklagten, die Ausfallsforderungen der Bauhandwerker gemäss Art. 841 ZGB hätten gemäss Art. 117 VZG im Zwangsverwertungsverfahren innerhalb der dort vorgeschriebenen Frist geltend gemacht werden sollen und seien heute verwirkt, hätte, wenn sie richtig wäre, zur Folge, dass auf die Klage nicht eingetreten werden könnte. Allein die Vorinstanz hat den Einwand mit Recht als unbegründet zurückgewiesen. Art. 117 VZG will die zu Verlust gekommenen Bauhandwerker und Unternehmer nicht zwingen, einen allfälligen Anspruch auf Deckung aus dem den vorgehenden Pfandgläubigern zufallenden Verwertungsanteil vor der Verteilung einzuklagen, sondern die Vorschrift will ihnen bloss die Möglichkeit dazu geben, um ihnen nach erfolgreicher Anfechtung den unmittelbaren Zugriff auf den ihnen zukommenden Verwertungsanteil zu sichern und sie nicht Gefahr laufen zu lassen, trotz obsiegender Anfechtung gegenüber dem vorgehenden Pfandgläubiger, der diesen Verwertungsanteil bereits in Empfang genommen hat, bei dessen Zahlungsunfähigkeit leer auszugehen (vgl. BGE 49 III 176). Nichts zwingt die Bauhandwerker, von dieser Begünstigung Gebrauch zu machen, und auch dem vorgehenden Pfandgläubiger fehlt jeder Anlass zu verlangen, dass die Geltendmachung im Zwangsverwertungsverfahren geschehe. Der Baupfandgläubiger bleibt frei, seinen Anspruch nachher noch innerhalb der ordentlichen Verjährungsfrist zu verfolgen.

2. — Auch die Abtretung, gestützt auf welche der Kläger über seinen eigenen Verlust hinaus denjenigen seiner Nebenhandwerker Racine, Abt und Thomet mit der vorliegenden Klage geltend macht, wird zu Unrecht von der Beklagten als unzulässig angefochten. Nach Art. 164 OR ist die Abtretung einer Forderung allerdings ausgeschlossen, wo die Natur des Rechtsverhältnisses ihr entgegensteht. Allein wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist das Bauhandwerkerpfandrecht und der sich daraus herleitende Anspruch auf Deckung des Ausfalls nach Art. 841 ZGB zwar das Sonderrecht einer gewissen Klasse von Gläubigern; doch handelt es sich dabei nicht um ein Recht höchstpersönlicher Natur. Die Bauhandwerkerforderung ist nicht wegen der Person des Bauhandwerkers begünstigt, sondern wegen ihrer sachlichen Eigenart: darum hängt das Vorrecht an der Forderung und wechselt mit ihr den Berechtigten, und daher ergreift auch das einmal begründete Pfandrecht, um das es sich hier handelt, den geschaffenen Mehrwert der Liegenschaft ohne Rücksicht auf die Person des Pfandgläubigers. Wäre die Auffassung der Beklagten zutreffend, dann wäre folgerichtig nicht nur der gemäss Art. 841 ZGB dem Pfandrecht eingeräumte Vorzug, sondern das Pfandrecht überhaupt (das ja als Ganzes begünstigt ist), nur für den Bauhandwerker persönlich wirksam; es folgte der abgetretenen Forderung nicht, und es dürfte dann auch das in Art. 837 Ziff. 1 und 2 dem Verkäufer und den Miterben und Gemeindern gegebene Pfandrecht nicht anders behandelt werden. Dass dies nicht angeht, ist augenscheinlich. Es steht daher ausser Zweifel, dass der Kläger an Stelle der Bauhandwerker, die ihm ihre Ausfallsforderung abgetreten haben, deren Anspruch geltend zu machen berechtigt ist.

3. — Die Beklagte bestreitet ihm nun aber die Klageberechtigung auch im ganzen Umfange seiner Forderungen, mit der Behauptung, die in Frage stehenden Bauhandwerkerpfandrechte seien nicht gültig zustande-

gekommen, weil sie erst nach dem Ablauf der in Art. 839 Abs. 2 ZGB vorgeschriebenen Frist von drei Monaten ins Grundbuch eingetragen worden seien. Dieser Einrede gegenüber wendet der Kläger ein, die Beklagte sei als vorgehende Pfandgläubigerin überhaupt nicht berechtigt, die Ungültigkeit der Baupfandrechte geltend zu machen; ihre Rechte seien genügend gewahrt, wenn sie sich gegen die Behauptung der Überlastung gegenüber dem Anspruch des Baupfandgläubigers und der Erkennbarkeit dieser Benachteiligung verteidigen könne; falls ihr aber ein Recht auf Anfechtung des Baupfandes zugestanden werden wollte, so hätte sie es durch Klage gemäss Art. 975 ZGB wegen ungerechtfertigter Eintragung anfechten sollen und zwar bereits im Lastenbereinungsverfahren; denn jetzt seien die Bauhandwerker auf Grund ihrer Verlustscheine zur Geltendmachung ihrer Ausfallsforderung endgültig berechtigt. Diese Einwendungen des Klägers sind von der Vorinstanz mit Recht als unbegründet zurückgewiesen worden.

a) Der vorgehende Pfandgläubiger hat im Hinblick auf seine Haftung gemäss Art. 841 ZGB einen Anspruch darauf, den Rechtsbestand der Bauhandwerkerpfandrechte überprüfen zu lassen. Der Umstand, dass er sich gegenüber der Geltendmachung des nach Art. 841 ZGB den Baupfandgläubigern eingeräumten Vorrechtes mit der Bestreitung der Überlastung und ihrer Erkennbarkeit zur Wehr setzen kann, genügt nicht, ihm das Recht auf Ungültigerklärung des Baupfandrechtes abzusprechen. Der Kreditgeber hat nämlich gar keinen Grund, gegenüber einem Baugläubiger, dem im Sinne des Art. 837 Ziff. 3 ZGB kein gesetzliches Pfandrecht zusteht, z. B. dem blossen Sachlieferer gegenüber, ein Grundstück nicht zu überlasten; der Eigentümer aber könnte irgendeinen, also auch diesem blossen Sachlieferer ein Pfandrecht einräumen, gegen das dann der vorgehende Pfandgläubiger sich zur Wehr zu setzen nicht im Stande wäre, wenn er jeden im Grundbuch eingetragenen Baupfand-

gläubiger anerkennen müsste. Es ist ihm daher die Möglichkeit zu wahren, die Ungültigkeit des Baupfandrechtes geltend zu machen. Dann muss ihm aber dieses Recht für alle Ungültigkeitsgründe offenstehen, also auch gegenüber einem Pfandrecht, dessen Berechtigter zwar Bauhandwerker im Sinne des Gesetzes ist, dessen Baupfandrecht aber aus irgendeinem Grunde nicht rechtsgültig zur Entstehung gelangt ist. Dies gilt gerade im Falle der verspäteten Eintragung. Nach unbenütztem Verfluss der Dreimonatsfrist seit Vollendung der Bauarbeiten braucht sich der Kreditgeber nicht mehr darum zu kümmern, wie der Baukredit verteilt wird; er kann den Rest der Baugelder dem Eigentümer abliefern und braucht die Auszahlung an die Handwerker nicht mehr zu überwachen. Wenn nun aber der Eigentümer die Eintragung eines Baupfandrechtes trotz Verwirkung nachträglich noch zuliesse und der vorgehende Pfandgläubiger sich nur mit der Verneinung der erkennbaren Belastung wehren könnte, so wäre ihm nicht geholfen. Denn darauf, dass dem Grundbuchführer nach Art. 839 Abs. 2 ZGB zur Pflicht gemacht ist, nach Ablauf der drei Monate kein Baupfandrecht mehr zur Eintragung entgegenzunehmen, kann er sich nicht verlassen; da dem Grundbuchführer natürlich nicht eine eingehende Untersuchung über den Beginn der Dreimonatsfrist obliegt oder auch nur möglich wäre, so ist die Eintragung verwirkter Baupfandrechte möglich.

b) Entgegen der Auffassung des Klägers ist der vorgehende Pfandgläubiger zur Geltendmachung der Ungültigkeit des Baupfandrechtes nicht auf den Weg der Klage verwiesen, sondern er kann sie dem Anfechtungsanspruch des Baupfandgläubigers einredeweise entgegenstellen. Weil der Wortlaut des Art. 841 ZGB vom Verlust bei der « Pfandverwertung » spricht, hält der Kläger diesen Verlust für massgebend und schliesst, da dieser durch den Pfandausfallschein (und im Konkurs durch den Verlustschein) ausgewiesen wird, weiter, der

Pfandausfallschein (bezw. der Verlustschein) verschaffe ein endgültiges Recht zur Geltendmachung des Ausfallsanspruches. So ist jedoch das Gesetz nicht zu verstehen. Die Bestimmung, die das Verhältnis zwischen dem vorgehenden Pfandgläubiger und dem Baupfandberechtigten bei ungenügendem Verwertungserlös regeln will, geht vom gewöhnlichen Fall aus, wo das eine wie das andere Pfand gültig bestellt ist; mit dem Sonderfall, wo dem nicht so ist, beschäftigt sich das Gesetz in diesem Zusammenhang nicht. Es hat hier auch gar keinen Anlass, dafür eine Vorschrift aufzustellen, die ihrer Bedeutung nach ins Betreibungsrecht gehörte. Darum würde die Notwendigkeit für den vorgehenden Pfandgläubiger, die Ungültigkeit des Baupfandrechtes vor Ausstellung des Pfandausfallscheines geltend zu machen, nur bestehen, wenn sie nach den Grundsätzen des Betreibungsrechtes gegeben wäre. Das ist aber nicht der Fall. Wie die Vorinstanz richtig hervorhebt, ist der Zweck des hier in Betracht fallenden Lastenbereinigungsverfahrens einzig die Feststellung, ob und welche Lasten dem betreibenden Gläubiger vor gehen, da ohne deren Deckung durch das Angebot der Zuschlag gemäss Art. 142 SchKG nicht erfolgen kann. Ein Interesse an einer Anfechtung haben daher nur die Pfändungsgläubiger und von den Pfandgläubigern nur die, die für sich selbst aus der Bestreitung eine günstigere Stellung erwarten können, also die auf Pfandverwertung betreibenden Pfandgläubiger hinsichtlich der ihnen v o r gehenden Lasten. Für die Bestreitung eines n a c h gehenden Pfandrechtes durch einen vorgehenden Pfandgläubiger fehlt ein solches Interesse. Aus der Unterlassung der Bestreitung kann daher nicht auf eine Anerkennung geschlossen werden. Dies umso weniger, als ja in diesem Verfahrensabschnitt noch gar nicht feststeht, ob überhaupt die nachgehenden Baupfandgläubiger einen Verlust erleiden und ob ihnen ein Anspruch gemäss Art. 841 ZGB entstehen werde oder nicht. Die Bestreitung hat für den vorgehenden Pfand-

gläubiger erst einen Sinn, wenn der Verlust des Baupfandgläubigers feststeht und die erkennbare Überlastung von diesem geltend gemacht wird. Übrigens wäre eine solche vom Kläger als gesetzmässig behauptete Ordnung auch höchst zweckwidrig, weil in allen Fällen, wo bei der Verwertung kein Ausfall entsteht, ein unnützer Prozess um die Rechtsgültigkeit des Baupfandrechtes geführt worden wäre, und, wo sich der Verlust verwirklicht, zwei Prozesse statt eines einzigen geführt werden müssten, wenn die Bestreitung des Baupfandrechtes nicht durchdringt; nämlich zuerst dieser Prozess um die Gültigkeit des Baupfandrechtes und nach dessen Abweisung die Klage des Baupfandgläubigers um seinen Anspruch nach Art. 841 ZGB, während sonst Anspruch und Gegenanspruch — wie der vorliegende Fall zeigt — im gleichen Verfahren erledigt werden können. Dass aber unnötige Prozesse nicht während der Lastenbereinigung durchgeführt werden, gebietet die Rücksicht auf alle andern an dem Betreibungsverfahren Beteiligten, weil dieses bis zur Erledigung der Prozesse seinen Fortgang nicht nehmen könnte. Auch die möglichst rasche Beseitigung der Unsicherheit über den Bestand des Baupfandrechtes bildet keinen Grund zur Einbeziehung der Baupfandanfechtung ins Lastenbereinigungsverfahren. Wenn durch die Verzögerung Beweisschwierigkeiten entstehen sollten, wie der Kläger befürchtet, so treffen diese ja nicht den Baupfandgläubiger, sondern den, der das Baupfand anfigt; denn er muss beweisen, dass es ungerechtfertigt ist, weil es nicht binnen der gesetzlichen Frist von drei Monaten eingetragen worden. An dieser Beweislast ändert es entgegen der Auffassung der Beklagten nichts, wenn, wie hier, die Baupfandrechte im Kontumazialverfahren gegen die Eigentümerin der Liegenschaft eingetragen wurden.

4. — Kann demnach die Beklagte gegenüber dem Anspruch des Klägers aus Art. 841 ZGB die Rechtsungültigkeit der Baupfandrechte noch geltend machen, so

ist die Einrede zu prüfen, die in Frage stehenden Baupfandrechte seien nicht binnen der Dreimonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB zur Eintragung gelangt. Die Rechtzeitigkeit der Eintragung des Baupfandes für Malermeister Thomet wird nicht bestritten; dagegen bestreitet sie die Beklagte für die Baupfandrechte Abts und des Klägers Kämpfer selbst, für die sie die Vorinstanz angenommen hat, und in der Anschlussberufung beansprucht sie der Kläger auch für das Baupfand Racines, für das sie von der Vorinstanz abgelehnt worden ist.

a) Spenglermeister Abt hat laut dem angefochtenen Urteil noch binnen der dreimonatlichen Frist die Abortanlage gesetzt. Diese Feststellung wird von der Beklagten als aktenwidrig gerügt, mit dem Hinweis auf eine im Besitze Friedrich Hirts, des Ehemannes der Bauherrin, befindliche Rechnung, wonach es sich dabei nicht um die Abortanlage selbst, sondern nur um das Anbringen eines Dunstrohres im Abort gehandelt habe, welche Arbeit aus dem Rahmen des Werkvertrages Abts gefallen sei. Allein mit einer ausserhalb der Akten liegenden Urkunde, die gemäss Art. 80 OG vor Bundesgericht nicht mehr eingelegt werden kann, lässt sich die Aktenwidrigkeit einer Feststellung nicht dartun. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Setzung des Dunstrohres zum Werkvertrag Abts gehörte oder nicht, die Anlage des Aborts war unbestrittener Massen darin vorgesehen.

b) Von den Maurerarbeiten Kämpfers waren drei Monate vor der Eintragung zurück die Sockel und Postamente der Einfriedung noch nicht verputzt. Die Vorinstanz sagt, dass es sich dabei um untergeordnete Arbeiten handelte, die immerhin zu den im Voranschlag vorgesehenen Vollendungsarbeiten gehörten. Dass letzteres nicht der Fall sei, will die Beklagte mit einem Kostenvoranschlag für die Gartenumfassung dartun, den ihr Friedrich Hirt nach Erlass des angefochtenen Urteils vorgewiesen habe. Aber auch diese Urkunde ist neu und vermag daher, wie eben ausgeführt, keine Aktenwidrig-

keit zu begründen. Dass aber solche Arbeiten schon an und für sich nicht zu den Vollendungsarbeiten gehörten, ergibt sich aus den Akten nicht. Dann sind sie aber trotz der geringen Bedeutung, die ihnen im Verhältnis zur ganzen Maurerarbeit Kämpfers zukommt, zu beachten: Wie dem Kämpfer vor Vollendung dieser Arbeit gemäss dem Werkvertrag 30 % seiner Bauforderung hätten verweigert werden können, ebensowenig war er vor deren Vollendung zur Eintragung seines Pfandrechtes gehalten. Etwas anderes wäre es, wenn es sich bei diesen Arbeiten um eigentliche Verbesserungen der nach Werkvertrag ausgeführten Arbeiten gehandelt hätte. Das ist aber nach der Feststellung der Vorinstanz nicht der Fall.

c) Der Kläger seinerseits ficht die Feststellung der Vorinstanz an, dass Schreinermeister Racine seine letzte Arbeit am 26. Mai 1924 gemacht habe, so dass die am 2. September 1924 erfolgte Eintragung seines Baupfandrechtes ausserhalb der Dreimonatsfrist falle. Diese Feststellung wird auf die eigene Angabe Racines in seiner Rechnung gestützt. Was der Kläger hiergegen einwendet, kann nicht gehört werden: er macht geltend, diese Rechnung sei nicht massgebend, weil bei einem Bau immer Nach- und Vollendungsarbeiten nötig seien, für die besonders Rechnung gestellt werde; Racine aber habe nach seinem Zeugnis solche Nach- und Vollendungsarbeiten ausgeführt, und die Gegenpartei habe den Beweis, dass dies nicht der Fall sei, nicht geleistet. Nacharbeiten fallen hier überhaupt ausser Betracht, weil es nur auf die erstmalige Ausführung der Arbeit, nicht auf eine nachträgliche allenfalls notwendig gewordene Verbesserung ankommt, und Vollendungsarbeiten müssen doch sicher auch bezahlt werden, haben also in der Rechnung Racines als inbegriffen zu gelten. Wenn die Vorinstanz gestützt auf diese Rechnung die letzte Arbeit Racines auf den 26. Mai 1924 ansetzt, statt mit Rücksicht auf die Zeugenaussagen Racines, Abts, Thomets und anderer die Vollendungsarbeiten, die

Gegenstand des Werkvertrages gebildet hätten, auf später zu verlegen, so hat sie im Rahmen der ihr zustehenden freien Beweiswürdigung gehandelt. Eine Aktenwidrigkeit kommt nicht in Betracht.

5. — Das Vorrecht des Klägers für sich und die ihm abgetretenen, hier in Betracht kommenden beiden andern Baupfandrechtsansprüche erstreckt sich nun gemäss Art. 841 ZGB auf den Mehrwert, den das Grundstück durch die Überbauung d. h. durch die Leistungen der Bauhandwerker und Unternehmer gewonnen hat. Und zwar hat jeder einzelne Bauhandwerker Anspruch auf Deckung seiner Bauforderung im Verhältnis, in welchem er durch seine Arbeiten zur Schaffung dieses Mehrwertes beigetragen hat (vgl. BGE 47 II 143). Der Mehrwert, d. h. der Verwertungserlös nach Abzug des Bodenpreises beträgt im vorliegenden Fall 35,000 Fr., die der Beklagten als Faustpfandgläubigerin der beiden den Bauhandwerkern vorgehenden Eigentümerschuldbriefe zugekommen sind (vgl. BGE 43 II 609), und nach der Feststellung der Vorinstanz haben die drei in Betracht kommenden Bauhandwerker in folgendem Verhältnis zur Schaffung dieses Mehrwertes beigetragen: Abt mit 7,32 % = 2562 Fr., Thomet mit 7,94 % = 2779 Fr. und der Kläger Kämpfer für sich allein mit 28,71 % = 10,048 Fr. 50 Cts. Auf Rechnung der aus diesen Leistungen entstandenen Ansprüche haben sie erhalten: Abt 1500 Fr., Thomet 2000 Fr. und Kämpfer 7800 Fr., sodass zugunsten Abts noch 1062 Fr., zugunsten Thomets 779 Fr. und zugunsten Kämpfers 2246 Fr. 50 Cts., zusammen 4089 Fr. 50 Cts. zu decken verbleiben. Diese Feststellungen entsprechen dem gerichtlichen Sachverständigengutachten, das die Klägerin allerdings anficht. Die Vorinstanz hat jedoch den Antrag auf Einholung eines Ergänzungs- oder Obergutachtens abgelehnt, und hieran kann das Bundesgericht nichts ändern, weil es sich dabei um reine tatsächliche Feststellungen und Ermessensfragen handelt, und die Klägerin es übrigens unterlassen hat, in der

Berufungserklärung einen Rückweisungsantrag zu stellen. Die Feststellung des Mehrwertes und der Beteiligung der drei in Frage stehenden Baupfandgläubiger daran ist somit für das Bundesgericht verbindlich, sodass der ungedeckte Gesamtbetrag von 4089 Fr. 50 Cts. von der Beklagten gemäss Art. 841 ZGB gutzumachen ist, wenn das Grundstück durch die ihr zu Faustpfand gegebenen Eigentümerschuldbriefe in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der berechtigten Handwerker belastet worden ist.

6. — Die Beklagte ist bei der Gewährung der Bauvorschüsse insofern richtig vorgegangen, als sie im Krediteröffnungsvertrag bestimmte, dass die Vorschüsse lediglich für den Neubau verwendet und die einzelnen Beträge nur allmählich nach Massgabe der Baufortschritte in der Weise ausbezahlt werden dürfen, dass der einzelne Unternehmer und Handwerker im Verhältnis zu seinem Kostenvoranschlag befriedigt werde. Zu einem derartigen Vorgehen ist eine geldgebende Bank schon aus dem allgemeinen Grunde verpflichtet, weil sie die Pfandsicherheit, die sie für die allmählich ausbezahlten Bauvorschüsse erhält, den Leistungen der Bauhandwerker und Unternehmer zu verdanken hat und diese zu Verlust kämen, wenn der Bauherr die Baugelder nicht an sie abführte. Die Beklagte hat sich zu diesen Vorsichtsmassnahmen überdies aus dem besonderen Grunde veranlasst gesehen, weil sie wusste, dass die Kreditnehmerin Frau Hirt keine eigenen Mittel besass und in der ganzen Bauangelegenheit lediglich die bekannte Geschäftsrolle der Ehefrau des ausgepfändeten Ehemannes spielte: war doch das Baugrundstück bei der Gewährung der Bauvorschüsse noch nicht bezahlt; ja es hatte die Bauherrin nicht einmal die Vermessungskosten von 96 Fr. aufzubringen vermocht. Bei dieser Zahlungsunfähigkeit konnten der Bauherrin die Baugelder nicht ohne Gefahr für die Forderungen der Bauhandwerker überlassen werden. Schon aus diesem Grunde

hatte daher die Beklagte Anlass genug, die Auszahlung der Bauvorschüsse einer besonderen Überwachung zu unterstellen. Dadurch war sie aber noch nicht jeder Verantwortung enthoben: der mit der Überwachung betraute Notar Heimann war nicht Treuhänder sämtlicher Beteiligter: der Bank, Bauherrin und Baugläubiger, sondern lediglich der von der Bauherrin angenommene Vertreter der Bank, für dessen Handlungen letztere wie für ihre eigenen einzustehen hat.

7. — Die Auszahlungen erfolgten nun aber nach der Feststellung der Vorinstanz an andere Gläubiger in einem Betrage, der zur vollen Deckung der drei in Frage stehenden Baupfandgläubiger hingereicht haben würde, und zwar obschon die Beklagte zur Zeit dieser Auszahlung wissen musste, dass danach zur Deckung der bevorrechteten Bauforderungen keine genügenden Mittel mehr vorhanden sein werden. Es trifft dies eine Zahlung von 450 Fr. an Notar Heimann, zwei Zahlungen von zusammen 2800 Fr. an den Wirt Löffel und eine solche von 2498 Fr. an die Gebrüder Kästli für Holzlieferungen, insgesamt also Zahlungen von 5748 Fr. Das Bewusstsein der Unmöglichkeit, die in Frage stehenden Bauforderungen zu decken, ergab sich für die Beklagte, wie die Vorinstanz überzeugend darlegt, bei der Eröffnung des Nachkredites von 10,000 Fr. aus dem eingeholten fachmännischen Gutachten über den Wert und Zustand des Baues, in Verbindung mit ihrer Kenntnis, dass längst fällige Rechnungen der Bauhandwerker noch nicht bezahlt waren. Die Beklagte duldet also die genannten Auszahlungen an Gläubiger, die keine Handwerker oder Unternehmer waren, obschon ihr erkennbar war, dass der Kredit zur Deckung der Bauhandwerker nicht mehr ausreiche und bei der zahlungsunfähigen Bauherrin nichts zu holen sein werde. Dass damit die Voraussetzung ihrer Haftung nach Art. 841 ZGB gegeben ist, kann nicht in Frage gestellt werden.

8. — Gegenüber der Tatsache, dass die Beklagte das

Baugrundstück in erkennbarer Weise zum Nachteil der Bauhandwerker überlastet hat, ist es bedeutungslos, wenn den Bauhandwerkern, wie die Beklagte weiter einwendet, bekannt gewesen sein sollte, dass die Banken nie bis zur vollen Höhe der Bausumme Vorschüsse gewähren, und dass aus den hier bewilligten 70 % auch die Sachlieferungen zu decken waren, weil sonst überhaupt nicht hätte gebaut werden können. Selbst wenn dies die Bauhandwerker gewusst haben und bei der Übernahme der Arbeit der Meinung gewesen sein sollten, dass die Sachlieferungen ihren eigenen Bauforderungen vorgehen, wäre dies rechtlich ohne Bedeutung. Denn es läge hierin ein teilweiser Verzicht auf ihr Vorrecht, der nach Art. 837 Abs. 2 ZGB unverbindlich wäre. Darum ist es auch unerheblich, ob die Holzlieferungen der Gebrüder Kästli überhaupt nur gegen Barzahlungen zu erlangen waren und die Bauhandwerker dies wussten oder nicht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Hauptberufung und Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 12. Mai 1927 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT DROIT DES OBLIGATIONS

81. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. November 1927 i. S. Diener gegen Müller-Kiefer.

K a u f. Anfechtung durch den Käufer wegen Übervorteilung (Art. 21 OR) und absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR). Keine Rechtskraft des Urteils im Aberkennungsprozess über eine Teilforderung für die Hauptfrage der Verbindlichkeit des Vertrages.

A. — Die Beklagte, Witwe A. Müller-Kiefer, suchte nach dem Tode ihres Mannes die Buchhandlung, die er in Luzern geführt hatte, zu verkaufen. Als Kaufliebhaber trat u. a. der Kläger Diener, damals Sprachlehrer an der Handelsschule St. Gallen, auf. Aus einem von der Tochter der Beklagten am 20. April 1920 an den Kläger gerichteten Briefe ist folgendes hervorzuheben: « Ich bin gerne bereit, Ihnen einige Angaben über unser Geschäft zu machen. Den Gesamtkaufpreis haben wir auf ca. 105,000 Fr. angesetzt. Wir kamen auf genannte Summe, indem wir den Lagerbestand des Detailgeschäftes auf 60,000 Fr. schätzten und das Bilderbücherlager auf 45,000 Fr. Seit einem Jahr hatte mein Vater anschliessend an das Detailgeschäft ein Bilderbüchergeschäft, wovon ein ganz bedeutendes Lager vorhanden ist von nur prima Waren, die von einem Provisionsreisenden en gros verkauft werden. Für dieses Geschäft haben wir in der ganzen Schweiz Kundenschaft. Der Jahresumsatz des Detailgeschäftes pro 1919 war ca. 72,000 Fr., Nettogewinn ca. 24,000 Fr. Die Ladenmiete ist jährlich 6500 Fr. und für das en gros-Lager 500 Fr. Im Bilderbüchergeschäft wurden in zwei Monaten für 24,000 Fr. verkauft, hievon ist der Gewinn ganz bedeutend. »