

Netto-Mieterträge unbestrittenermassen 4363 Fr. 85 Cts., während sie am 1. Februar (dem Erfüllungstermin der ersten Gant) nur 2198 Fr. 95 Cts. betragen hatten, was für die Zwischenzeit eine Zunahme um mehr als jene 1940 Fr. 80 Cts. ergibt. Dieser letztere Betrag wäre daher, zusammen mit den 2423 Fr. 05 Cts., von denen die Vorinstanzen annehmen, dass sie dem Hypothekargläubiger sechsten Ranges gehörten, dem Hypothekargläubiger fünften Ranges zuzuteilen gewesen. Dass, wie hieraus hervorgeht, die Verteilung des Gesamtbetrages der verfügbaren Mietzinse (4363 Fr. 85 Cts.) unter die Hypothekargläubiger fünften und sechsten Ranges von den Vorinstanzen unrichtig vorgenommen wurde, ist indessen — abgesehen davon, dass der Kläger sich darüber nicht beschwert hat, — für den Ausgang des vorliegenden Prozesses deshalb unerheblich, weil der Kläger als Ersteigerer der Ausfallforderung auf die streitigen 1940 Fr. 80 Cts. nur d a n n Anspruch erheben könnte, wenn es richtig wäre, dass dieser Betrag dem Eigentümer des Grundpfandes, bzw. dessen Pfändungsgläubigern zuzuteilen gewesen wäre, — was aber deshalb nicht zutrifft, weil, wie ausgeführt, mit der Stellung des Verwertungsbegehrens die amtliche Verwaltung eingetreten und der streitige Mietzinsbetrag daher unter allen Umständen zur Befriedigung von Hypothekargläubigern zu verwenden war.

Das Urteil der Vorinstanz ist somit, wie in Bezug auf den ersten, so auch in Bezug auf den zweiten Streitpunkt, im Dispositiv zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht  
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der ersten Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 1915 bestätigt.

**32. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. März 1916**  
i. S. Konkursmasse Wyss & Frutiger, Beklagte,  
gegen Rheinpfälzische Eisenindustrie, Klägerin.

Zulässigkeit und Wirksamkeit einer erst nach Uebergabe der Sache erfolgten Eintragung des Eigentumsvorbehalts. — Paulianische Anfechtbarkeit eines Eigentumsvorbehalts, der erst nach bekannt gewordener Insolvenz des Käufers, auf Grund einer von diesem erst d a n n ausgestellten Eintragungsbewilligung, in das öffentliche Register eingetragen wurde.

A. — Die Klägerin verkaufte der Firma Wyss & Frutiger in Nidau am 5. Februar 1913 und lieferte ihr in der Folge verschiedene Maschinen zum Preise von 4100 Fr. auf Grund eines am genannten Tage von der Käuferin unterzeichneten Bestellscheins, der nebst einer gedruckten Gerichtsstandsklausel (« Erfüllungsort . . . und Gerichtsstand . . . ist St. Ingbert, Rheinpfalz ») folgenden, ebenfalls gedruckten Vermerk trug: « Eigentum geht erst nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises an den Käufer über. » Der Eigentumsvorbehalt wurde jedoch vorderhand nicht in das bezügliche öffentliche Register eingetragen. An den Kaufpreis waren 1500 Fr. abbezahlt, als die Käuferin im Dezember 1913 in Zahlungsschwierigkeiten geriet. Anfangs Januar 1914 konnte sie einen von der Klägerin auf sie gezogenen Wechsel nicht einlösen. Da sie auch nicht im Stande war, Bürgschaft zu leisten (unter welcher Bedingung die Klägerin den Wechsel prolongiert haben würde), erfolgte im Laufe des Monats Januar Betreibung. Am 31. Januar erliess die Schuldnerin an ihre sämtlichen Gläubiger ein Zirkular, in welchem sie ihnen unter Berufung darauf, dass eine Unterbilanz von 33,000 Fr. vorhanden sei und die voraussichtliche Konkursdividende nur 42,6 % betragen würde, eine Nachlassdividende von 50 % anbot. Die Klägerin lehnte diesen Vorschlag ab und liess sich, wie die Beklagte im Prozesse behauptet und die Klägerin nicht bestritten hat, von der

Schuldnerin eine « Erklärung » ausstellen, in welcher diese (die Schuldnerin) zur « nachträglichen » Eintragung des Eigentumsvorbehalts ihre « Zustimmung » gab. Auf Grund dieser Erklärung erwirkte die Klägerin am 5. Februar die Eintragung des Eigentumsvorbehalts. Am 4. April desselben Jahres wurde über die Firma Wyss & Frutiger der Konkurs eröffnet.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt die Verkäuferin, gestützt auf den eingetragenen Eigentumsvorbehalt, Herausgabe der in Frage stehenden Maschinen. Es steht fest, dass Abnutzung und Miete, die nach Art. 716 dem Käufer zu belasten sind, im vorliegenden Falle etwas mehr betragen, als die von der Käuferin geleisteten Abschlagszahlungen, nämlich 1600 Fr.

Die Beklagte hat die aus Erwägung 1 hienach ersichtlichen Einreden erhoben.

C. — Durch Urteil vom 20. Januar 1916 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage gutgeheissen.

D. — 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 in Erwägung:

1. — Die Wirksamkeit des von der Klägerin erwirkten, formgültigen Eintrags im Register der Eintragungsvorbehalte wird von der Beklagten aus dem doppelten Grunde bestritten, weil ein nach Art. 717 ZGB ungültiges, bzw. gegenüber Dritten unwirksames Besitzkonstitut vorliege, und weil die Eintragung überdies paulianisch anfechtbar sei (nämlich nach Art. 288 SchKG). In beiden Beziehungen kommt, selbst wenn der Kaufvertrag als solcher vom deutschen Recht beherrscht sein sollte, schweizerisches Recht zur Anwendung: in Bezug auf die paulianische Anfechtung deshalb, weil für sie das Recht des Ortes der Konkursöffnung massgebend ist (BGE 41 III S. 318),

in Bezug auf Art. 717 ZGB deshalb, weil dieser (ebenso wie nach mehreren Präjudizien Art. 715) im Sinne des Art. 2 SchlT « um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt » ist; dies gibt nicht nur in Fragen des intertemporalen, sondern auch in solchen des internationalen Privatrechts den Ausschlag zu seinen Gunsten.

2. — Was zunächst die Berufung der Beklagten auf Art. 717 ZGB betrifft, so ist davon auszugehen, dass im Momente der Uebergabe der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache an den Käufer, falls nicht etwa vorher die Eintragung des Eigentumsvorbehalts stattgefunden hat, das Eigentum auf den Käufer übergeht. Denn der Eigentumsvorbehalt ist nach Art. 715 ZGB, solange er nicht eingetragen ist, nicht nur gegenüber Dritten, sondern überhaupt unwirksam und vermag daher insbesondere den mit der Besitzübertragung normalerweise verbundenen Uebergang des Eigentums auf den Käufer nicht zu hindern (vergl. Sten. Bull. 1906 S. 1350, LEEMANN, in Schw. Jur.-Ztg. 6 S. 282, HUBER, Zum schw. Sachenrecht S. 108). Durch die nachträgliche Eintragung des Eigentumsvorbehalts wird also ohne Rückübertragung des Besitzes ein Rückfall des Eigentums bewirkt, sofern nämlich (was hier offen gelassen werden kann) das dem Verkäufer durch den Eintrag gesicherte Recht entsprechend dem Ausdruck « Eigentumsvorbehalt » wirklich (mit Leemann, a. a. O. S. 283) als Eigentum und nicht (mit Huber, a. a. O. S. 109) bloss als « verdinglichtes Rücktrittsrecht » betrachtet wird. Allein jener Rückfall des Eigentums, bzw. die Verdinglichung des Rücktrittsrechts, ist die notwendige Folge einer jeden erst nach der Besitzübergabe vorgenommenen Eintragung eines Eigentumsvorbehalts. Da nun aber Art. 715 nicht vorschreibt, dass der Eigentumsvorbehalt, um wirksam zu sein, vor der Besitzübergabe eingetragen werden müsse, und da der Eintrag tatsächlich gerade in den meisten Fällen erst nach der Besitzübergabe stattfindet,

so handelt es sich dabei um einen vom Gesetz selber gewollten, auf einer Spezialbestimmung beruhenden Rückfall des Eigentums, der deshalb nicht unter Berufung auf die allgemeine Bestimmung des Art. 717, bzw. auf die dieser letztern zu Grunde liegende, noch allgemeinere des Art. 714 Abs. 1 angefochten werden kann. Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts ersetzt hier die Rückübertragung des Besitzes.

3. — Gegenstand der paulianischen Anfechtung kann in Fällen von der Art des vorliegenden nur die durch Erklärung des Käufers an das Amt für Eintragung der Eigentumsvorbehalte erteilte Eintragungsbewilligung sein, da sie den dinglichen Verfügungsakt des Schuldners bildet, durch welchen der Verkäufer gegenüber den übrigen Gläubigern des Käufers begünstigt worden ist. Es fragt sich daher, ob die Eintragungsbewilligung vom Käufer in einem Zeitpunkte erteilt worden sei, in welchem sowohl er als der Verkäufer sich darüber Rechenschaft geben mussten, dass damit eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger des Käufers verbunden sein werde.

Ob diese Voraussetzung dann als erfüllt zu betrachten sei, wenn die Eintragungsbewilligung (die schon im « Kaufvertrag » enthalten sein kann) zwar vom Käufer in einem Zeitpunkt ausgestellt und unterzeichnet, bzw. dem Verkäufer übergeben worden ist, da der Käufer noch solvent war oder doch für solvent gehalten werden konnte, dagegen dem Registerführer erst nach eingetretener, bzw. nach bekannt gewordener Insolvenz eingereicht worden, also die an das Amt gerichtete Erklärung (der dingliche Verfügungsakt) erst dann perfekt geworden ist, kann hier dahingestellt bleiben. Denn im vorliegenden Falle war kein von beiden Parteien unterzeichneter Kaufvertrag vorhanden, auf Grund dessen nach Art. 4 litt. 2 Lemma *a* der Verordnung des Bundesgerichts betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte ohne weiteres die Eintragung hätte bewirkt werden

können, sondern nur ein von der Käuferin unterzeichneter Bestellschein, der diese Funktion nicht erfüllen konnte. Eine Eintragungsbewilligung ist erst Anfangs Februar 1914 ausgestellt worden, nachdem die Käuferin bereits seit zwei Monaten mit Zahlungsschwierigkeiten gekämpft, seit einem Monat wegen eines uneingelösten Wechsels mit der Klägerin in Unterhandlungen gestanden hatte, dann von ihr betrieben worden war und schliesslich in einem Zirkular an ihre Gläubiger eine Unterbilanz von 33,000 Fr. zugegeben und eine Nachlassdividende von 50 % offeriert hatte. Die Voraussetzungen des Art. 288 SchKG sind somit erfüllt. Die Möglichkeit der Anfechtung auf Grund dieses Artikels ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil die Kridarin durch Erteilung der Eintragungsbewilligung eine schon vorher, und zwar mehr als sechs Monate vor der Konkurseröffnung eingegangene Verpflichtung erfüllte. Denn daraus, dass Art. 287 die Anfechtung von Sicherheitsbestellungen unter gewissen Bedingungen erleichtert, wird die subsidiäre Anwendbarkeit des Art. 288 für den Fall des Fehlens jener besondern Bedingungen nicht berührt; vielmehr besteht (vergl. BGE 38 II S. 354\* und die dortigen Zitate) der Zweck des Art. 288 u. a. gerade darin, die Anfechtung solcher Leistungen zu ermöglichen, zu denen der Schuldner zwar von früher her verpflichtet war, die er aber nachweisbar in der dem betreffenden Gläubiger bekannten oder erkennbaren Absicht vorgenommen hat, ihn vor seinen übrigen Gläubigern zu begünstigen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage abgewiesen.

\* Sep.-Ausg. 15 S. 337 f. Erw. 3.