

produit aurait été attribué à l'Union vaudoise du Crédit, et proportionnellement au montant versé par lui à cet établissement de crédit. Or comme son droit à ce produit est en effet exigible dès le moment où le résultat de l'action en moins-value a été fixé, c'est-à-dire au moment du paiement de cette créance, le recourant se trouve en droit d'opposer à la créance de la masse en paiement de la moins-value sa propre créance relative à la part à laquelle il a droit personnellement sur cette même créance.

5. — Le montant payé par les deux cautions étant de 18 522 fr. 40 et la somme due par Reichler pour n'avoir pas donné suite à la première enchère étant de 13 950 fr., il lui aurait été attribué une somme proportionnelle au montant payé par lui à l'Union vaudoise du Crédit, soit 7078 fr. Il ne peut donc être condamné à payer aux demandeurs que la différence entre 13 950 fr. et 7078 fr., soit une somme de 6872 fr. Enfin Reichler doit être condamné à rembourser à la masse en faillite, soit aux demandeurs, la somme de 150 fr. La demande doit ainsi être réduite à la somme de 7022 fr. avec intérêt à 5 % dès le 25 février 1909.

Par ces motifs

le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis partiellement et le jugement de la Cour civile réformé en ce sens que la somme que Reichler père est condamné à payer aux consorts demandeurs est réduite à la somme de 7022 fr. avec intérêts à 5 % dès le 25 février 1909.

51. **Arrest der II. Zivilabteilung vom 13. Juni 1912**  
in Sachen **Studer und Kouf.**, Bekl. u. Ver.-Kl.,  
gegen **Wohlfend und Kouf.**, Kl. u. Ver.-Bekl.

*Eine Pfandbestellung kann, auch wenn eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung schon bei der Entstehung der Forderung bestanden hat, unter Umständen auf Grund des Art. 288 SchKG angefochten werden. Existenz der Voraussetzungen dieser Anfechtbarkeit im vorliegenden Falle.*

A. — Am 20. Juli 1908 „verkauften“ Gottlieb Studer (der Rechtsvorgänger der Beklagten) und August Lenz (der Streitberufene) an den Baumeister Wilhelm Hermann aus Allmannsdorf (Grh. Baden) einen 20 a 34 m<sup>2</sup> haltenden Bauplatz in der Gemeinde Rorschacherberg (St. Gallen) zum Preise von 33,900 Fr., zahlbar wie folgt:

„Durch Berechnung an fünf in Allmannsdorf übernommene Liegenschaften mit einer Kaufsumme von 58,000 Mark“ Fr. 12,000  
durch Errichtung eines Kaufschuldbriefes „ 21,900

Total, wie oben, Fr. 33,900

Dieser Kaufvertrag wurde am 25. Juli 1908 vom Gemeinderat Rorschacherberg gefertigt, und am gleichen Tage wurde auch der darin vorgesehene Kaufschuldbrief errichtet.

Tags zuvor hatten Studer und Lenz dem Hermann bei der Thurgauischen Hypothekenbank, Filiale Kreuzlingen, unter der Bezeichnung „Königsbau Hermann“ einen Debitorenkonto eröffnet, auf dessen Rechnung Hermann in der Zeit vom 24. Juli bis zum 16. Oktober 1908 zirka 5000 Mk. bezog. Unter Hinzurechnung eines Postens vom 8. Dezember 1908 „Zinsen laut Aufrechnung vom 17. September 1908 1034 Fr. 75 Cts.“ belief sich dieser Konto nach den Angaben der Bank am 31. Dezember 1908 auf 6533 Mk.

Am 17. Oktober eröffneten Studer und Lenz dem Hermann bei derselben Bank unter der Bezeichnung „Rorschacherberg Hermann“ einen weiteren Debitorenkonto, auf dessen Rechnung Hermann nach dem bei den Akten liegenden Kontokorrentauszug der

Bank vom 17. Oktober bis 17. November 1908 einen Gesamtbetrag von 13,500 Fr. bezog, der mit Zinsen und Kosten 13,667 Fr., Valuta 25. Januar 1909, ausmachte.

Dieser zweite Konto wurde von den Beteiligten als „Baukredit“ für die Überbauung der dem Hermann am 20./25. Juli 1908 von Studer und Lenz verkauften Liegenschaft in Rorschacherberg bezeichnet. Tatsächlich begann denn auch Hermann im Oktober 1908 auf dieser Liegenschaft den Bau zweier Wohnhäuser. Die Baukosten betragen jedoch bedeutend mehr als jene 13,500 Fr., und es wurden infolgedessen, da Hermann über keine eigenen Varmittel verfügte, die Lieferanten und Bauhandwerker zum größern Teil nicht bezahlt.

Am 19. Oktober 1908 verkauften sodann Studer und der Streitberufene an Hermann einen weitem 25 a 29,5 m<sup>2</sup> haltenden Bauplatz in Altstätten (St. Gallen) zum Preise von 24,000 Fr., wofür ein Kauffschuldbversicherungsbrief im gleichen Betrage errichtet wurde. Hermann begann auf diesem Areal den Bau von 5 Häusern. Im Zusammenhang mit diesem zweiten Kauf eröffnete die Thurgauische Hypothekenbank, Filiale Romanshorn, dem Hermann im Auftrage Studers und des Streitberufenen einen Debitorenkonto, der von den Beteiligten wiederum als „Baukredit“ bezeichnet wurde. Auf Rechnung dieses Kontos bezog Hermann laut Kontoforrentauszug der Bank:

am 25. November . . . . .	5,000 Fr.
„ 1. Dezember . . . . .	2,000 „
„ 8. „ . . . . .	5,000 „
„ 23. „ . . . . .	2,000 „
„ 15. Januar . . . . .	2,000 „
„ 25. „ . . . . .	2,000 „
„ 26. „ . . . . .	1,800 „
„ 6. Februar . . . . .	1,000 „
„ 10. „ . . . . .	1,000 „
„ 22. „ . . . . .	1,000 „
Total 22,800 Fr.	

oder inkl. Zinsen und Kosten, 23,223 Fr., Valuta 13. April 1909. Die Baukosten betragen jedoch auch hier bedeutend mehr als die von Hermann auf der Bank erhobenen Beträge, und es

wurden infolgedessen die Lieferanten und Handwerker wiederum zum größern Teil nicht bezahlt.

Vom 15. Januar an mußte Hermann bei der Ausstellung der Empfangsbescheinigungen jeweilen beifügen: „auf Rechnung der zu errichtenden I. Hypothek.“

Anfangs Dezember waren die Häuser in Rorschacherberg im Rohbau fertig, und es konnte infolgedessen die gemeinderätliche Schätzung stattfinden, ohne welche nach st. gallischem Hypothekensrecht, von dem Kauffschuldbversicherungsbrief abgesehen, keine Pfandverschreibung möglich war. Die Schätzung ergab für die mittlerweile in zwei Parzellen zerlegte Liegenschaft folgende Beträge:

	Bodenwert	Gebäudewert	Gesamtwert
Parzelle mit Haus Nr. 707	Fr. 5,600	Fr. 17,700	Fr. 23,300
„ „ „ „ 708	„ 10,700	„ 12,000	„ 22,700
	Fr. 16,300	Fr. 29,700	Fr. 46,000

Gestützt auf diese gemeinderätliche Schätzung ließ Hermann am 21. Dezember 1908 (nachdem am 7. Dezember die Pfandkopien ausgestellt worden waren) zu Gunsten Studers zwei Pfandverschreibungen im zulässigen Maximalbetrage von 23,300 Fr. und 22,700 Fr. errichten, wogegen der Kauffschuldbversicherungsbrief von 21,900 Fr. kassiert wurde. Die Beklagten behaupten, ihr Rechtsvorgänger habe damit, von dem Ersatz für den kassierten Kauffschuldbversicherungsbrief abgesehen, nur für den Gesamtbetrag der auf den Konti „Königsbau“ und „Rorschacherberg“ ausbezahlten Beträge Deckung erhalten, nämlich für:

Konto „Königsbau“	6,523 Mt.	=	Fr. 8,166.35
Konto „Rorschacherberg“:			
Direkt von Hermann bezogen		Fr. 13,667	
Fertigungskosten „zirka“		„ 2,000	„ 15,667.—
Kauffschuldbversicherungsbrief		Fr. 21,900	
Unbezahlter Zins		„ 300	„ 22,200.—
			Fr. 46,033.35

Die Kläger behaupten dagegen, die Schuld Hermann habe in Wirklichkeit 4000 Fr. weniger betragen.

Am 25. März 1912 gebierte Studer die beiden Pfandverschrei-

bungen von 23,300 Fr. und 22,700 Fr. an die Thurgauische Hypothekbank, Filiale Kreuzlingen. Dafür wurde ihm von der Bank der Betrag von 46,000 Fr. gutgeschrieben, jedoch nur gegen seine und des Streitberufenen Solidarbürgschaft für die Einbringlichkeit der pfandversicherten Forderung.

Am 5. April 1909 wurde über Hermann infolge Insolvenzerklärung der Konkurs eröffnet. Die fünf Häuser in Altstätten waren in diesem Zeitpunkt durchschnittlich im Rohbau fertiggestellt. Die gemeinderätliche Schätzung hatte jedoch noch nicht stattgefunden, und es hatten infolgedessen auch die projektierten Pfandverschreibungen zu Gunsten Studers nicht vorgenommen werden können.

Die von der Thurgauischen Hypothekbank, Filiale Kreuzlingen, als Inhaberin der beiden Pfandverschreibungen auf den Häusern in Rorschacherberg angemeldete Forderung von 46,000 Fr. wurde unter den pfandversicherten Forderungen kolloziert, mit der Beifügung: „Vorbehalt der Anfechtung dieser Hypothek“. Dabei ergab sich folgender Vermögensstand Hermanns:

## Aktiven.

## (II. Konkursamtliche Schätzung).

## A. Liegenschaften.

2 Häuser in Rorschacherberg . . . . .	Fr. 40,000	
5 Häuser in Altstätten . . . . .	„ 30,000	
Überbaute Liegenschaft in Arbon . . . . .	„ 16,800	Fr. 86,800

## B. Fahrnis.

Baumaterialien in Rorschacherberg und Altstätten . . . . .	Fr. 600	
Guthaben . . . . .	„ 300	Fr. 900
		Fr. 87,700

## Passiven.

## A. Pfandversichert.

Rorschacherberg: 2 Pfandverschreibungen zu Gunsten Studers . . . . .	Fr. 46,000
Übertrag:	Fr. 46,000

Übertrag:	Fr. 46,000	
Altstätten: Kauffschuldbversicherungsbrief zu Gunsten Studers und des Streitberufenen Belastung der Liegenschaft in Arbon . . . . .	„ 24,000	
Ausstehende Hypothekarzinsen . . . . .	„ 16,800	Fr. 87,835
	„ 1,035	
B. Erste Klasse.		„ 50
C. Fünfte Klasse.		
Ungebedete Forderungen Studers u. des Streitberufenen („Bankredit Altstätten“) . . . . .	Fr. 23,223	
Übrige Gläubiger 5. Klasse, meist Handwerker u. Lieferanten von Baumaterialien . . . . .	„ 31,235	„ 54,458
		Fr. 142,343

Die Versteigerung der Liegenschaften in Rorschacherberg ergab folgendes Resultat:

	Belast. einschl. aussteh. Zinsen	Gröss	Übererlös	Ansfall
	Fr.	Fr.	Fr.	Fr.
Parzelle mit Haus Nr. 708	23,824 25	24,000 —	175 75	—
Parzelle mit Haus Nr. 707	23,210 75	20,800 —	—	2,410 75

Den bei der Parzelle mit Haus 708 entstandenen Pfandausfall von 2410 Fr. 75 Cts. mußten sich die Beklagten infolge der von Studer f. Zt. geleisteten Solidarbürgschaft von der Bank belasten lassen.

Die Kläger, die in fünfter Klasse mit zusammen zirka 18,000 Fr. forderungsberechtigt sind und bei der Verteilung auf Grund des Kollokationsplanes gänzlich zu Verlust kommen würden, haben sich am 22. Februar 1910 von der Konkursverwaltung das Recht der Anfechtung der beiden Pfandtitel von 23,300 Fr. und 22,700 Fr. gegenüber den Beklagten im Sinne des Art. 260 SchKG abtreten lassen. Gestützt auf diese Abtretung haben sie am 27. Mai 1910 vor dem zuständigen Friedensrichteramt für folgende Rechtsfrage die Weisung bezogen:

„Sind die Beklagten und Appellanten solidarisch verpflichtet, die durch Errichtung der zwei Versicherungsbriefe vom 21. Dezember 1908 auf der Liegenschaft des Hermann, Bauunternehmer, in Rorschach zu Gunsten von Studer sel. erhaltene widerrechtliche Deckung in der Höhe von 24,100 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 5. April 1909 an die Klägerschaft zu bezahlen?“

Die „Schlussätze“ der Klagpartei, wie sie schon vor I. Instanz formuliert worden waren, enthalten außerdem das Eventualbegehren auf Rückerstattung der angeblich 4000 Fr. betragenden Differenz zwischen den Pfandtiteln, die sich Studer ausstellen ließ, einerseits, und der effektiven Schuld Hermanns anderseits.

B. — Durch Urteil vom 27. Februar 1912 hat das Obergericht des Kantons Thurgau in Bestätigung eines am 17. November 1911 vom Bezirksgericht Kreuzlingen gefällten Urteils zweitinstanzlich erkannt:

Die Rechtsfrage wird bejahend entschieden.

Die Erwägungen des obergerichtlichen Urteils lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Ein Ausweis, daß der Erblasser Studer im Dezember 1908 hinsichtlich der Solvenz des Gemeinschaftschuldners Hermann sich in gutem Glauben befunden habe, sei nicht erbracht worden . . . . . (wird näher ausgeführt). Nach der Aktenlage sei nicht genügend abgeklärt, zu welcher Zeit Hermann dem Rechtsvorgänger der Beklagten die mündliche Zusicherung der Pfandbestellung gegeben habe. Auf Seiten des Zeugen Böhli (es ist dies der Direktor der Thurg. Hypothekenbank, Filiale Kreuzlingen) liege nur die unpräzise Aussage vor, die Besprechungen zwischen Hermann und Studer hätten „Ende 1908 oder Anfangs 1909“ stattgefunden. Die Unterredung sei jedenfalls vor dem 7. Dezember 1908 erfolgt, indem an diesem Tage die Pfandbestellung vor der zuständigen Behörde stattgefunden habe. Das Obergericht erachte es indessen nicht als erforderlich, hinsichtlich der Feststellung des Datums der vom Zeugen behaupteten Unterhandlung auf eine Aktenvervollständigung, die prozessual keineswegs ausgeschlossen wäre, einzutreten. Die angeblich vor der Kreditgewährung von Hermann gegenüber Studer abgegebene Zusicherung der Pfandbestellung sei nämlich nach st. gallischem Recht zu beurteilen, weil es sich um die „Bestellung von Liegenschaftspfanden“ im Kanton St. Gallen gehandelt habe.

Nach st. gallischem Hypothekarreht entstehe nun aber ein klagbarer Anspruch auf Grundpfandbestellung erst mit der Verhandlung vor Gemeinderat. Habe es sich danach beim angefochtenen Rechtsgeschäft um die Bestellung eines Pfandrechts für eine Schuld gehandelt, zu deren Sicherstellung Hermann vorher nicht verpflichtet gewesen sei, so sei die Klage auf Grund des Art. 287 Ziff. 1 SchRG gutzuheissen.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag:

1. „Das Urteil des Thurg. Obergerichts ist aufzuheben und die Rechtsfrage vom Bundesgericht verneinend zu entscheiden.“

2. „Eventuell ist die Streitfrage an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen zwecks Feststellung des Zeitpunktes der Zusage Hermanns, hypothekarische Sicherheit für die Baukredite zu leisten, speziell durch nochmalige Einvernahme von Bankdirektor Böhli in Kreuzlingen als Zeugen.“

3. „Eventuell ist die Klage ohne weiteres abzuweisen, soweit sie den Betrag von 8166 Fr. 35 Cts. nebst Zins (Darlehen auf Konto Hermann, Königsbau) überschreitet. Alles unter „Kostenfolge.“

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten Gutheißung, derjenige der Kläger Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Sowohl die Aktivlegitimation der Kläger als die Passivlegitimation der Beklagten ist gemäß Art. 260 und 290 SchRG gegeben und übrigens nicht bestritten. Der Geltendmachung des vorliegenden Anfechtungsanspruches steht auch nicht etwa der Umstand entgegen, daß die Thurgauische Hypothekenbank für den Betrag von 46,000 Fr. als pfandversichert kolloziert worden ist, diese Kollokation aber innert der Frist des Art. 250 SchRG von keiner Seite angefochten wurde. Das von der genannten Bank geltend gemachte Pfandrecht war allerdings das gleiche, wie dasjenige, um dessen Anfechtung es sich heute handelt, da ja die Bank es von dem Rechtsvorgänger der Beklagten erworben hatte. Allein beim Abschluß des anfechtbaren Rechtsgeschäfts als solchen war die Bank nicht beteiligt gewesen, und es ist auch nicht be-

hauptet worden, daß sie die beiden Pfandtitel in bösem Glauben erworben habe. Der Anfechtungsanspruch konnte somit nach Art. 290 und 291 ihr gegenüber nicht geltend gemacht werden. Als dann aber sind die Kläger trotz des Umstandes, daß der Bank gegenüber keine Anfechtung im Sinne des Art. 250 stattgefunden hat, berechtigt, auf Grund einer Abtretung im Sinne des Art. 260 gegen Studer bezw. dessen Rechtsnachfolger vorzugehen — wogegen natürlich dem von der Konkursverwaltung im Kollokationsplan und übrigens auch anlässlich der Steigerung gemachten „Anfechtungsvorbehalt“ keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt.

2. — Die den verschiedenen Anfechtungsklagen gemeinsame Voraussetzung, daß der Anfechtungsbeklagte „Vermögen des Schuldners erworben hat“ (vergl. Art. 291), bezw. daß er zum Nachteil der anderen Gläubiger „begünstigt“ wurde (vergl. Art. 288), ist im vorliegenden Falle zweifellos erfüllt. Zwar haben die Beklagten insofern kein „Vermögen“ des Gemeinschuldners „erworben“, als sie ja nur Deckung für eine Forderung erhalten haben; allein es steht in der Praxis durchaus fest (vergl. Jäger, Anm. 1 zu Art. 291) und ergibt sich übrigens schon aus der bloßen Existenz der Anfechtungsgründe des Art. 287, daß jener Ausdruck „Vermögen erworben“ extensiv zu interpretieren ist und sich insbesondere auch auf den Fall bezieht, daß ein Gläubiger für seine samt mehr oder weniger wertlose Forderung eine reale Deckung erhalten hat. Ein solcher Fall liegt hier vor. Denn zur Zeit der Errichtung der beiden Pfandtitel (am 7. bezw. 21. Dezember 1908) besaß Hermann — von einigen unbedeutenden Fahrnisaktiven abgesehen — lediglich die Liegenschaften in Rorschacherberg, Altsätten und Arbon. Diejenige in Arbon war bis zum vollen Betrag der gemeinderätlichen Schätzung (16,800 Fr.) belastet; diejenige in Altsätten, die im Konkurse einschließlich der darauf befindlichen, durchschnittlich im Rohbau fertiggestellten fünf Häuser auf 30,000 Fr. geschätzt worden ist, damals aber nur zum geringsten Teil überbaut war (der „Baufredit“ war kaum vier Wochen vorher bewilligt worden), war zweifellos weniger wert als die 24,000 Fr. betragende Belastung. Einzig die Liegenschaften in Rorschacherberg, deren gemeinderätliche Schätzung 46,000 Fr. betrug, repräsentierte gegenüber der damaligen Belastung von 21,900 Fr. einen realen Mehrwert. Gerade dieser

Mehrwert ist nun aber durch die Errichtung der beiden Pfandtitel vom Rechtsvorgänger der Beklagten beschlagnahmt und den übrigen Gläubigern entzogen worden. In der Folge sind denn auch die Beklagten — bezw. die Thurg. Hypothekbank, die für ihre Rechnung handelte, und der gegenüber Studer und Lenz sich für die pfandversicherten Forderungen verbürgt hatten — bis auf den relativ kleinen Pfandausfall von 2410 Fr. 75 Cts. gedeckt worden, d. h. die Beklagten haben aus den beiden Pfandtiteln 43,589 Fr. 25 Cts., also volle 21,689 Fr. 25 Cts. mehr erlöst, als wenn sie auf ihr ursprüngliches Pfandrecht angewiesen gewesen wären, — wogegen die Masse um den gleichen Betrag von 21,689 Fr. 25 Cts. geschädigt wurde. Diese Summe repräsentiert daher das Interesse, das die Konkursmasse bezw. deren Zessionare an der Anfechtung der Pfandbestellung haben, und sie ist deshalb gegebenen Falles den Klägern zuzusprechen. Denn, da eine Annullierung der Pfandrechte wegen ihrer Begebung an einen gutgläubigen Dritten nicht mehr möglich ist, haben die Beklagten den daraus gezogenen Wert zu ersetzen.

3. — Ob die speziellen Voraussetzungen des Art. 287 Ziff. 1, den die Kläger in erster Linie angerufen haben, im vorliegenden Falle erfüllt wären, ist fraglich. Einerseits ergibt sich aus den Akten — und es ist dies auch nicht bestritten — daß Hermann zur Zeit des Abschlusses des angefochtenen Rechtsgeschäftes (Dezember 1908) bereits stark überschuldet war; andererseits aber hat sich der Direktor der Thurg. Hypothekbank Filiale Kreuzlingen bereit erklärt, seine frühere Zeugenaussage, wonach Hermann „von Ende 1908 bis Anfangs 1909“ die Errichtung der Titel versprochen hätte, dahin zu berichtigen, daß dieses Versprechen schon am 17. Oktober 1908, als dem Tage der Eröffnung des Baukredits „Rorschacherberg“, abgegeben worden sei; und die Vorinstanz erklärt, daß eine nochmalige Einnahme des genannten Zeugen, die denn auch vor zweiter Instanz beantragt worden war, „prozessual keineswegs ausgeschlossen“ wäre. Sofern also in jenem Versprechen, vorausgesetzt, daß es wirklich am 17. Oktober 1908 abgegeben wurde, eine „frühere Verpflichtung“ im Sinne des Art. 287 Ziff. 1 zu erblicken wäre — was angesichts der für das Bundesgericht verbindlichen Feststel-

lungen der Vorinstanz über das von ihr zur Anwendung gebrachte st. gallische Recht allerdings sehr zweifelhaft erscheint (vergl. Reichel, Anm. 5, Jäger, Anm. 8 zu Art. 287) —, so müßte die vorliegende Klage, soweit sie auf Art. 287 gestützt wird, und soweit es sich um die erst nach dem 17. Oktober 1908 ausbezahlten Beträge (13,667 Fr. bzw. 15,667 Fr.) handelt, allerdings abgewiesen werden. Indessen können alle hiemit zusammenhängenden Fragen — insbesondere auch die Frage, ob und inwieweit trotz Klagelosigkeit eines speziell auf Pfandsicherheit lautenden Versprechens ein allgemeines Versprechen der Sicherheitsleistung als genügend zu erachten wäre — hier dahingestellt bleiben. Denn auf alle Fälle sind die Voraussetzungen des Art. 288 erfüllt; dadurch aber, daß Art. 287 die Anfechtung von Pfandbestellungen unter gewissen Bedingungen erleichtert, wird die subsidiäre Anwendbarkeit des Art. 288 keineswegs ausgeschlossen; vielmehr kann nach Art. 288 auch eine Pfandbestellung anfechtbar sein, und dies sogar dann, wenn eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bestanden hätte — ebenso wie ja z. B. auch die Tilgung einer verfallenen Schuld u. U. nach Art. 288 anfechtbar sein kann, trotzdem Art. 287 Ziff. 3 nur die Tilgung einer nicht verfallenen Schuld anfechtbar erklärt. Vergl. BGE 23 S. 341 f., 30 II S. 611 Erw. 5, 34 II S. 789 Erw. 3, 36 II S. 143\*, sowie E. Jäger, Kommentar zur deutschen Konkursordnung, Anm. 2 zu § 31.

4. — Daß der Gemeinschuldner Hermann, als er am 21. Dezember 1908 die beiden Pfandtitel von 23,300 Fr. und 22,700 Fr. zu Gunsten Studers errichtete, sich über die daraus resultierende Schädigung seiner übrigen Gläubiger Rechenschaft gab oder doch Rechenschaft geben mußte, ist zwar von der Vorinstanz nicht festgestellt worden, ergibt sich aber ohne weiteres aus den Akten. Wenn auch angenommen wird, daß Hermann den genauen Betrag seiner sämtlichen Passiven vielleicht nicht kannte (wie er denn auch bei seiner ersten Einvernahme im Konkurs die Kurrenschulden nur bis auf zirka  $\frac{1}{2}$  angegeben hat), so wußte er doch jedenfalls: einerseits, daß sehr viele Handwerkerrechnungen unbezahlt seien, andererseits, daß er außer dem Mehrwert der Liegenschaft in Rorschacherberg über den Pfandtitel von 21,900 Fr.

hinaus kein nennenswertes, unbelastetes Aktivum mehr besaß. Wenn er also jenes einzige größere Aktivum, über das er noch verfügte, zur Sicherstellung Studers benutzte, so konnte ihm unmöglich entgehen, daß er dadurch seine andern Gläubiger benachteilige.

Aber auch auf Seiten Studers war das Bewußtsein von der durch die Pfandbestellung bewirkten Schädigung der übrigen Gläubiger Hermanns offensichtlich vorhanden. Abgesehen davon, daß Studer und der Streitberufene Lenz von Anfang an die eigentlichen Berater Hermanns gewesen waren und schon aus diesem Grunde dessen Vermögensverhältnisse zweifellos ebensogut oder noch besser kannten, als er selbst, mußten sie sich über die schlechte Situation des Genannten namentlich auch deshalb Rechenschaft geben, weil sie selber es waren, die durch zu teuren Verkauf der Bauplätze in Rorschacherberg und Alfstätten und durch Errichtung der entsprechend hohen Kaufversicherungsbriefe — nach den späteren gemeinderätlichen und konkursamtlichen Schätzungen betrug der wirkliche Wert der Bauplätze jeweilen nur etwa halb soviel wie der Kaufpreis — den Grund zur Überschuldung Hermanns gelegt hatten. Nachdem durch das Mittel der Kaufschuldbriefe der Mehrwert, den die Liegenschaften infolge der Errichtung der Häuser voraussichtlich erhalten würden, zum größeren Teil schon von den Verkäufern des Grund und Bodens beschlagnahmt worden war, stellten die Liegenschaften natürlich für die Forderungen der Bauhandwerker und Lieferanten keine ausreichende Deckung mehr dar. Anderes Vermögen aber besaß Hermann nicht, und es war auch kein Frauengut mehr vorhanden, das er zur Bezahlung seiner Gläubiger hätte verwenden können — wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob ein Frauengut überhaupt je vorhanden gewesen war, was aus den Konkursakten nicht mit Bestimmtheit hervorgeht. Allerdings haben dann gerade Studer und Lenz dem Hermann zwei für die Überbauung der Liegenschaften in Rorschacherberg und Alfstätten bestimmte „Baufreidite“ verschafft; allein es war von vornherein klar, daß diese sog. Baufreidite in der Höhe, wie sie gewährt wurden (zirka 13,000 Fr. für die beiden Häuser in Rorschacherberg, zirka 23,000 Fr. für die fünf Häuser in Alfstätten) zur Bezahlung der Baukosten für alle sieben Häuser nicht genügen konnten. Tatsächlich repräsentieren denn

\* Sep.-Ausg. 7 Nr. 91, 11 Nr. 63, 13 Nr. 24 S. 102.

auch allein schon zwei dieser Häuser (nämlich diejenigen in Rorschacherberg) laut gemeinderätlicher Schätzung einen Wert von zusammen 29,700 Fr., d. i. mehr als das doppelte des entsprechenden „Baukredits“, Die Bauhandwerker mußten also zu Verlust kommen, sofern die Liegenschaften, wie dies geschehen ist, mitsamt dem durch die Bauten geschaffenen Mehrwert dem Rechtsvorgänger der Beklagten verpfändet wurden. Dies umsomehr, als Studer sich durch die im Dezember erfolgte Pfanderrichtung zugleich auch noch für einen Betrag Deckung verschafft hat, der weder für die Bauten in Rorschacherberg noch für diejenigen in Altstätten verwendet worden war, sondern, wie aus den Akten hervorgeht, zur Tilgung früherer, von einem Bau in Allmannsdorf bei Konstanz (sog. Königsbau) herrührender Schulden, deren Bezahlung übrigens indirekt zum Teil wiederum dem Rechtsvorgänger der Beklagten und dem Streitberufenen zu gute gekommen zu sein scheint, da ja Hermann seine fünf Liegenschaften in Allmannsdorf bereits im Juli 1908 an Studer und Lenz abgetreten hatte.

Dazu kommt, daß gegen Hermann, wie die Vorinstanz feststellt, schon vor der Pfanderrichtung verschiedene Betreibungen anhängig waren. Nach der Zeugenaussage Hermanns „kannte“ denn auch Studer seine (des Zeugen) Lage „ganz genau“, und zwar „ganz besonders zur Zeit der Titelerrichtung“; er „wußte“, daß Hermann „damals jeglicher Barmittel entblößt und weder die Lieferanten noch die Arbeiter zu zahlen imstande“ war. Ferner ergibt sich aus den Zeugenaussagen der Kläger Volli und Wohlwend — deren Eignung als Zeugen das Bundesgericht nicht zu überprüfen hat —, daß Studer die Lieferanten und Bauhandwerker Hermanns mehrfach aufmunterte, diesem weiter Kredit zu gewähren, da er „sehr gut“ stehe. Weiterhin wurde speziell durch den genannten Wohlwend bezeugt, daß Studer schon im November für eine Bauschuld Hermanns im Betrage von 5000 Fr. hatte Bürgschaft leisten müssen; und endlich hat der Streitberufene selbst bei seiner Einvernahme „als Zeuge“ erklärt, Hermann habe von Anfang an „nicht über ausreichende Mittel verfügt“, weshalb ihm Studer „das nötige Geld beschafft“ habe.

Unter diesen Umständen spricht die Tatsache, daß Studer und Lenz dem Hermann noch nach dem 21. Dezember 1908 bedeutende Summen vorgeschossen haben (nämlich noch zirka 11,000 Fr.

für die Bauten in Altstätten), keineswegs für den guten Glauben Studers. Wollten dieser und der Streitberufene für die bereits kreditierten zirka 12,000 Fr. in Altstätten Deckung erhalten, was nach dem st. gallischen Hypothekarrecht, da es sich nicht mehr um eine Kaufschuldbversicherung handelte, erst nach Fertigstellung der Häuser möglich war, so mußten sie dem Hermann die Mittel zur Fortsetzung der Arbeiten oder doch wenigstens zur Bezahlung derjenigen Lieferanten und Handwerker verschaffen, die Barzahlung verlangten. Je schlimmer also Hermann stand, umso größer war das Interesse Studers und des Streitberufenen, durch weiteres Kreditieren die Fertigstellung der Häuser zu beschleunigen. Das damit verbundene Risiko aber mochte ihnen verhältnismäßig gering erscheinen, da sie ja darauf rechneten, hier in gleicher Weise wie in Rorschacherberg sofort nach Fertigstellung der Häuser nicht nur für die bereits vor dem 21. Dezember ausbezahlten, sondern auch für die noch nachher auszubehandelnden Beträge sichergestellt zu werden, und da der Wert des zukünftigen Unterpandes infolge des Weiterbauens nicht nur mit jedem Tage zunahm, sondern sogar — dank dem Umstande, daß die meisten Lieferanten und Handwerker nicht bezahlt wurden — in noch rascherem Tempo zunahm, als die sicherzustellende Forderung selbst.

5. — Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß der Rechtsvorgänger der Beklagten und der Streitberufene geradezu darauf ausgegangen sind, zur Sicherung ihrer bereits zu hohen Kaufpreisforderungen den durch die Lieferanten und Handwerker erst noch zu schaffenden Mehrwert der betreffenden Liegenschaften mit Beschlagnahme zu belegen. Insofern sie daher durch die angefochtene Rechtsbehandlung dieses Ziel erreicht haben, d. h. insofern sie durch die am 7./21. Dezember 1908 erfolgte Errichtung der beiden Pfandtitel auf den Liegenschaften in Rorschacherberg eine weitergehende Deckung erhalten haben, als sie sie schon vorher besaßen — es macht dies nach den Ausführungen in Erwägung 2 hievon 21,689 Fr. 25 Cts. aus —, insofern ist die vorliegende Anfechtungsklage auf Grund des Art. 288 SchRG gutzuheißen, und es sind also die Beklagten zur Rückerstattung jener 21,689 Fr. 25 Cts. an die Kläger zu verurteilen, die Mehrforderung von 2410 Fr. 75 Cts. dagegen abzuweisen, weil die Beklagten hiefür tatsächlich keine Deckung gefunden haben.

Selbstverständlich erfolgt die Verurteilung zur Zahlung an die Kläger nur im Sinne des Art. 260 Abs. 2 (vergl. darüber speziell Jäger, 3. Aufl., Anm. 3 lit. i, Anm. 9 und 11 zu Art. 260).

Der Beginn des Zinsenlaufs ist auf den Tag der friedensrichterlichen Verhandlung festzusetzen, da eine frühere Inverzugsetzung nicht nachgewiesen ist und auch nicht behauptet wurde.

6. — Einies Eintretens auf das klägerische *Eventualbegehren* (es seien die Beklagten zur Rückerstattung der angeblich 4000 Fr. betragenden Differenz zwischen dem Nominalbetrag des Pfandmittels und der effektiven Forderung der Beklagten zu verurteilen) bedarf es unter den vorliegenden Umständen schon deshalb nicht, weil dieses Eventualbegehren ja als solches nur für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens gestellt worden war. Wird nun auch das Hauptbegehren nicht in seinem vollen Umfange zugesprochen, so ist mit der Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 21,689 Fr. 25 Cts. doch der ganze Vorteil aufgehoben, der ihnen aus der angefochtenen Pfandbestellung erwachsen war. Selbst wenn sich also ergeben würde, daß die sicherzustellende Forderung weniger betrug, als der Wert des Pfandes, so könnten die Beklagten doch nicht zur Zahlung einer größeren Summe als jener 21,689 Fr. 25 Cts. verurteilt werden. Über die Frage aber, in welcher Höhe den Beklagten ein Verlustschein auszustellen sei, hat sich das Bundesgericht in diesem Verfahren nicht auszusprechen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

In teilweiser Gutheißung der Berufung und in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 27. Februar 1912 werden die Beklagten zur Zahlung von 21,689 Fr. 25 Cts. samt 5 % Zins seit 27. Mai 1910 an die Kläger verurteilt, die Mehrforderung der Kläger dagegen abgewiesen.

## II. Prozessrechtliche Entscheidungen. — Arrêts en matière de procédure.

### Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

52. Urteil vom 19. Januar 1912 in Sachen  
Straßer, Bess. u. Ber.-Kl., gegen Sommer, Kl. u. Ber.-Bess.

*Art. 56 OG: Nichtanwendbarkeit schweiz. Rechts. Nach dem für ein Vertragsverhältnis an sich mit Rücksicht auf dessen örtliche Beziehungen massgebenden Recht beurteilt sich auch die Einrede der Verjährung einer aus dem Vertragsverhältnis abgeleiteten Forderung; demnach hier Anwendung ausländischen Rechts.*

Das Bundesgericht hat  
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Der Kläger Sommer hatte in den Jahren 1899 und 1900 für ein ihm gehörendes Haus in München, wo er damals wohnte, durch einen Installateur Gstettner, daselbst, elektrische Einrichtungen im Kostenbetrage von 2910 Mk. ausführen lassen und sich über die Bezahlung dieser Kosten zunächst durch Vereinbarung vom 3. Dezember 1900 mit Gstettner verständigt. In der Folge aber trat Gstettner, da der Kläger die getroffene Vereinbarung nicht hielt, seine Forderung (bestehend aus drei Posten von 300 Mk., 1000 Mk. und 1610 Mk.) an den beklagten Agenten Straßer in München ab. Dieser leitete nun gegen den Kläger, der inzwischen nach Zürich übergesiedelt war, hier Betreibung ein und erwirkte gegenüber seinem Rechtsvorschlager gestützt auf die erwähnte Vereinbarung für den ungerechneten Forderungsbetrag von 3579 Fr. 40 Cts. nebst Kosten provisorische Rechtsöffnung. Hierauf hat der Kläger den vorliegenden Prozeß auf Aberkennung dieser