

erfolgt sei, sondern Spiehl als Ersteigerer betrachtet werden müsse. Mangels dessen ist auch in diesem Punkte für den Richter die den betriebsamtlichen Verfügungen zu Grunde liegende Auffassung maßgebend. Wäre er übrigens diesbezüglich zu einer selbständigen Entscheidung zuständig (wie dies die Vorinstanzen stillschweigend angenommen haben), so müßte sie jedenfalls zu Ungunsten des Berufungsklägers ausfallen. Dem nach der gegebenen Sachlage (s. oben sub A der Fakta) wäre wohl anzunehmen, daß zwar Spiehl das Höchstangebot gemacht, sich dagegen nachher, aber vor Abgabe eines bezüglichen Zuschlages, mit dem Berufungskläger und dem Amte im Sinne eines Eintrittes des Berufungsklägers in seine Rechtsstellung verständigt habe, und daß dann die Zuschlagserklärung gegenüber dem letztern erfolgt sei.

5. Ohne weiteres zurückzuweisen ist endlich die Behauptung, die Ersatzpflicht aus Art. 143 Abs. 2 SchKG greife im vorliegenden Falle nicht Platz, weil es nicht zu einer Fertigung des Gantobjektes gekommen sei. Es genügt, in dieser Beziehung auf die diese Frage präjudizierenden gegenteiligen Ausführungen des Bundesgerichtes in Sachen Spiehl (Erwägung 2) hinzuweisen.

6. Nach den vorstehenden Ausführungen ist somit die eingeklagte Forderung in allen Beziehungen als tatsächlich und rechtlich begründet anzusehen und deshalb die gegen ihre Gutheißung durch die Vorinstanz gerichtete Berufung abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das angefochtene Urteil der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 14. November 1903 in allen Teilen bestätigt.

18. Urteil vom 13. Februar 1904

in Sachen **Ginzbürger & fils**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Hirschi-Baumann, Befl. u. Ver.=Befl.

Anfechtungsklage, Art. 285 ff. SchKG. *Ueberschuldungspauliana*, Art. 287 leg. cit., *Berechnung der sechsmonatlichen Frist der Art. 286 und 287 leg. cit., Bedeutung derselben*. Art. 297. — *Deliktspauliana*, Art. 288 SchKG. *Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht*.

A. Durch Urteil vom 21. November 1903 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern über die Rechtsbegehren:

1. Es sei die vom Einspruchsbeklagten Christian Hirschi-Baumann im Konkurse des Ulrich Christen, gewesener Baumeister in Oberburg, als grundversichert geltend gemachte und unter Nr. 12 des Kollokationsplanes auf Grundpfand bezw. dessen Erlös angewiesene Forderung von 3795 Fr. 48 Cts aus der Klasse der grundversicherten Forderungen auszuweisen und in dem erwähnten Kollokationsplan als Forderung fünfter Klasse in dieser Klasse anzuweisen;

2. Es sei der Kollokationsplan im Konkurse des Ulrich Christen gewesener Baumeister in Oberburg dementsprechend abzuändern und es sei die Einspruchsklägerin Firma Ginzbürger & fils auf das dadurch freiwerdende Vermögen für ihre im erwähnten Konkurse des Ulrich Christen geltend gemachte und anerkannte Forderung von 6843 Fr. 30 Cts., soweit möglich und erforderlich, anzuweisen;

erkannt:

1. Die Klägerin ist mit ihrer Beweisbeschwerde abgewiesen.
2. Die Klägerin ist mit ihrem ersten Klagsbegehren abgewiesen.
3. Die Klägerin ist auch mit dem ersten Teil ihres zweiten Klagsbegehrens, nämlich soweit es auf Abänderung des Kollokationsplanes gerichtet ist, abgewiesen; auf den übrigen Teil des zweiten Klagsbegehrens wird nicht eingetreten.

B. Gegen Dispositive 2 und 3 dieses Urteils hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit den Anträgen:

1. Es sei der vom angefochtenen Urteile eingenommene Standpunkt, dahingehend, daß bei der Berechnung der in Art. 287 SchRG normierten Frist von sechs Monaten die Zeit, während welcher der Gemeinschuldner Ulrich Christen Nachlassstundung genossen hat, nicht mitberechnet werden, d. h. von der erwähnten sechsmonatlichen Frist nicht in Abzug gebracht werden könne, als rechtsirrtümlich zu verwerfen und es sei die Streitsache dem Appellations- und Kassationshofe des Kantons Bern auf Grundlage des vom Bundesgerichte mit Bezug auf die Berechnung dieser sechsmonatlichen Frist festgestellten Rechtsstandpunktes zur neuen Beurteilung zuzuwenden.

Eventuell

2. Es seien in Aufhebung des angefochtenen Urteils und in Begründeterklärung des gegenwärtigen Rekurses die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren zuzusprechen.

C. Der Beklagte stellt in seiner Antwort auf die Berufung die Anträge: Auf Berufungsbegehren 1 sei nicht einzutreten, eventuell sei dasselbe abzuweisen; Berufungsbegehren 2 sei abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte Hirschi-Baumann, der mit dem Baumeister Ulrich Christen in Oberburg seit mehreren Jahren in geschäftlichem Verkehr stand, verbürgte sich diesem neben einem Mitbürger Kramer der Schweizerischen Volksbank in Bern gegenüber für eine dem Christen am 25. September 1899 gewährte Krediteröffnung über 10,000 Franken. Am 5. Mai 1900 stellte Christen diese Bürgschaft durch einen Schadlosbrief für den Betrag von 5000 Fr. nebst Zins und Folgen auf die ihm gehörende Besitzung Flurweg Nr. 3 in Bern sicher. Mitte Mai 1900 verließ Christen sein Domizil ohne Hinterlassung von Nachrichten; er kehrte am 2. Juni gl. Js. zurück, nachdem ihm schon ein Beistand nach Satz 313 bern. GB bestellt worden war und nachdem er laut Zirkular seines Beistandes vom 8. Juni 1900 planlos und infolge seiner schlechten Finanzlage gesundheitlich an-

gegriffen in der Schweiz umhergeirrt war. Mit Rücksicht auf seine mißliche Vermögenslage — die am 8. Juni 1900 aufgestellte Bilanz erzeigte einen mutmaßlichen Passivenüberschuß von 72,730 Fr. — und zur Vermeidung des ihm bereits angedrohten Konkurses trat er mit seinen Gläubigern behufs Erlangung einer Nachlassstundung in Verbindung, und die Stundung wurde ihm am 25. Juni 1900 von der Nachlassbehörde erteilt. Der von Christen angestrebte Nachlassvertrag scheiterte dann aber am Mangel genügender Zustimmungen, und am 10. Januar 1901 wurde über Christen der Konkurs eröffnet. In diesem Konkurse nimmt einerseits die Klägerin als Konkursgläubigerin mit einer — unbestrittenen — laufenden Forderung von 6190 Fr. 70 Cts. teil. Andererseits meldete der Beklagte, gestützt auf den Schadlosbrief vom 5. Mai 1900 und eine Abtretung der Schweizerischen Volksbank vom 26. November 1900 eine Forderung von 5467 Fr. 30 Cts. (bestehend aus einer Zahlung als Bürge an die Volksbank plus Zinsen und Kosten), und zwar als Grundpfandversichert, an. Hieron wurden 3795 Fr. 48 Cts. in die Klasse der Grundpfandversicherten Forderungen angewiesen, während der Rest von 1671 Fr. 82 Cts. wegen ungenügenden Erlöses aus dem Grundpfand in die V. Klasse verwiesen wurde. Die Klägerin hat nun mit ihrer rechtzeitig eingereichten Einspruchsklage nach Art. 250 (Abs. 2 zweiter Teil und Abs. 3) die aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren gestellt. Sie stützt mit dieser Klage den Schadlosbrief vom 5. Mai 1900 gestützt auf Art. 287 Ziff. 1 und Art. 288 SchRG an, ohne daß indessen eine Abtretung der Rechte der Konkursmasse an sie im Sinne des Art. 260 SchRG (vergl. Art. 285 Ziff. 2 eod.) stattgefunden hätte. Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt aus Gründen, die, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich sind, aus denen auch die Begründung des die Klage abweisenden zweitinstanzlichen Urteils hervorgeht.

2. Die Frage der Legitimation der Klägerin, die vom Beklagten vor den kantonalen Instanzen bestritten war, weil eine Abtretung der Rechte der Konkursmasse an die Klägerin gemäß Art. 260 SchRG nicht stattgefunden hat, ist von der Vorinstanz unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichtes vom 23. Mai 1903

in Sachen Bierbrauerei Utlberg c. Schweiz. Volksbank in Uster, Amtl. Samml., Bd. XXIX, 2. Teil, S. 383 ff., spez. S. 389 f. Erw. 3*, bejaht worden; und da die Legitimation heute nicht mehr bestritten ist, braucht auf diese Frage nicht eingetreten zu werden.

3. Bei Beurteilung der Klage aus dem Gesichtspunkte der Überschuldungspauliana, Art. 287 SchKG, frägt es sich für das Bundesgericht nur, ob das Erfordernis der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung — der Ausstellung des Schadlosbriefes vom 5. Mai 1900 — innert sechs Monaten vor der Konkursöffnung erfüllt sei; und diese Frage ist davon abhängig, ob bei Berechnung jener sechsmonatlichen Frist die Nachlaßstundung mitzuberücksichtigten, d. h. in Abzug zu bringen sei; denn ist dieses nicht der Fall, so ist klar, daß von einer Anwendung des Art. 287 SchKG keine Rede sein kann, da die angefochtene Rechtshandlung an sich um mehr als sechs Monate hinter der Konkursöffnung zurückliegt. Die Klägerin stützt ihre Rechtsauffassung, daß die Zeit der Nachlaßstundung von der mehrgenannten Frist in Abzug zu bringen sei (vergl. Berufungsbegehren 1), wesentlich auf Art. 297 SchKG und auf Erwägungen allgemeiner Natur. Allein Art. 297 leg. cit. kann auf die Frist des Art. 287 (wie auch des Art. 286) SchKG keine Anwendung finden. Nach jener Gesetzesbestimmung ist während der Nachlaßstundung, „der Lauf jeder Verjährungs- oder Verwirklichungsfrist, welche durch Betreibung unterbrochen werden kann, gehemmt.“ Die Frist des Art. 287 (und 286) SchKG ist nun aber keineswegs eine Verjährungs- oder eine Verwirklichungsfrist. Daß sie ersteres nicht ist, ist unbestreitbar, da es sich nicht um die gerichtliche Geltendmachung eines Rechtes handelt. Ebenso wenig aber kann die Frist als Verwirklichungsfrist bezeichnet werden; denn durch die Frist wird nicht ein schon entstandenes Recht zeitlich beschränkt. Nach Art. 287 und 286 SchKG sollen bestimmte Rechtshandlungen, die der Schuldner mit Dritten vornimmt, dann (die übrigen Erfordernisse der Überschuldungs- bzw. Deliktspauliana vorausgesetzt) anfechtbar sein, wenn binnen sechs Monaten darauf über den Schuldner die Konkursöffnung aus-

* Sep.-Ausg. Bd. VI, No 39, S. 156 ff., spez. S. 161 f.

gesprochen oder die Pfändung vorgenommen wird. Mit dem Zeitpunkt des Abschlusses der betreffenden Rechtshandlung erwerben danach die — übrigen — Gläubiger des Schuldners noch kein Recht, keinen Anspruch, insbesondere auch noch nicht einen Anfechtungsanspruch auf Grund dieser Gesetzesbestimmungen, gegen den Schuldner; es kann daher auch keine Verjährungs- oder Verwirklichungsfrist für einen solchen Anspruch laufen. Es würde eine fundamentale Verkennung des Wesens der Überschuldungspauliana bedeuten, von einer schon existenten und nur befristeten Anfechtung zu reden. Vielmehr tritt die sechsmonatliche Frist als weiteres, gleichwertiges Erfordernis zu den übrigen Voraussetzungen der Überschuldungs- bzw. Schenkungspauliana: den bestimmten Rechtshandlungen, der Konkursöffnung und bzw. Pfändung hinzu; m. a. W.: sie bildet, wie die Vorinstanz richtig ausführt, ein Tatbestandsmerkmal der Überschuldungs- bzw. Schenkungspauliana. (So zutreffend Brand, das Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 177 ff. Vergl. auch Urteil des Bundesgerichtes vom 15. Juli 1899 in Sachen Fantoli & Co. c. Comte frères, Amtl. Samml., Bd. XXV, 2. Teil, S. 666 f.* Für das deutsche Anfechtungsgesetz vergl. Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, Bd. 17, S. 70; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes, S. 252.) Daraus ergibt sich aber, daß die Frist eine absolute ist und durch nichts unterbrochen oder gehemmt werden kann. Speziell Art. 297 SchKG kann übrigens schon deshalb keine Anwendung finden, weil er nur von Fristen, die durch Betreibung gehemmt werden können, spricht und die hier in Frage stehende Frist offensichtlich nicht hierunter fällt. Aber auch von einer Restitution in den unverschuldeten Ablauf der Frist darf nicht gesprochen werden; denn die Restitution dient nur dazu, eine versäumte Rechts- (Prozeß-) Handlung nachzuholen, niemals aber dazu, einen nicht vorliegenden Tatbestand durch Fiktion herzustellen. Wenn endlich der Vertreter der Klägerin auf den möglichen Fall der Arglist des Schuldners, der die Nachlaßstundung verlangt nur um die Anfechtungsklage illusorisch zu machen, hinweist, so ist zu beachten,

* Sep.-Ausg., Bd. II, S. 192 f.

daß nicht der Schuldner der Anfechtungsbeklagte ist und der Schuldner kein Interesse daran hat, die Anfechtungsklage zu vereiteln. Dem Gläubiger bleibt die Möglichkeit offen, von anfechtbaren Handlungen des Schuldners der Nachlaßbehörde Kenntnis zu geben, damit sie bei Prüfung des Geschäftsgebahrens des Schuldners im Sinne von Art. 294 SchRG Berücksichtigung finden. Nach diesen Ausführungen ist somit, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, die Klage als unbegründet zu erklären, soweit sie als Überschuldungspauliana begründet wird, und damit erlebigt sich auch das Rückweisungsbegehren der Klägerin, das übrigens als selbständiges und prinzipales Verfassungsbegehren gar nicht zulässig ist.

4. Ist somit die Klage nur noch aus dem Gesichtspunkte der Deliktspauliana, Art. 288 SchRG, zu prüfen, so kann vorab nicht bestritten werden, daß das Erfordernis einer die Gläubiger schädigenden Rechtshandlung gegeben ist: Die angefochtene Pfandbestellung erfolgte ohne Leistung eines Gegenwertes, da die Krediteröffnung und die Bürgschaft hierfür schon lange vorher stattgefunden hatte, und entzog ein gewisses Vermögensstück des Schuldners dem Zugriff aller Gläubiger, um es ausschließlich zur Sicherung eines Gläubigers, des Beklagten, zu verwenden. Das Vorhandensein des weiteren Tatbestandsmerkmals der Deliktspauliana: der Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht des Schuldners, kann dahingestellt bleiben, da es unter allen Umständen am dritten Erfordernisse: der Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht (diese vorausgesetzt) beim Beklagten, als Anfechtungsbeklagten, fehlt. Diese Erkennbarkeit müßte angenommen werden, wenn erwiesen wäre, daß der Beklagte zur kritischen Zeit

— 5. Mai 1900 — von der Überschuldung oder dem bevorstehenden Zusammenbruch des Christen Kenntnis hatte oder hätte haben müssen. In dieser Richtung stellt die Klägerin namentlich ab auf einen Brief des Beklagten an Christen vom 29. März 1900, worin der Beklagte von Christen, nachdem er in Erfahrung gebracht, daß dieser den Mitbürgern Kramer durch Verpfändung einer Lebensversicherungspolice sichergestellt habe, die Ausstellung eines Schadlosbriefes auf dessen Besitzung am Flurweg verlangte, damit er auch Deckung habe mit Rücksicht auf seine Familie bei

Todesfall. Allein dieser Brief bildet kein genügendes Indiz zur Annahme der Erkennbarkeit einer Benachteiligungsabsicht, speziell der Kenntnis einer Ueberschuldung des Christen; er erklärt sich aus dem natürlichen Bestreben des Beklagten, gleichgestellt zu sein, wie sein Mitbürge, und die Berufung auf seine Familie will nur an die Last erinnern, die die Familie in Folge der eingegangenen Bürgschaft nach dem Tode des Beklagten treffen könnte. Ebenso wenig kann der Umstand, daß der Schuldner häufig Wechsel prolongieren ließ, auf eine Kenntnis des Beklagten von dessen Ueberschuldung oder von dem drohenden Zusammenbruch schließen lassen. Wechselprolongationen sind, wie die Vorinstanz ausführt, in den Kreisen, denen Christen angehört, durchaus nichts ungewöhnliches. Umgekehrt spricht gegen die Kenntnis des Beklagten von dem bevorstehenden Zusammenbruch Christens und mithin gegen die Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht der Umstand, daß der plötzliche Zusammenbruch des Christen nach den Zeugenausagen ganz unerwartet kam und daß noch kurz vor dem Verschwinden Christens niemand an dessen Zusammenbruch dachte. Daß der Beklagte, der allerdings mit Christen in engen geschäftlichen und auch in freundschaftlichen Beziehungen stand, eine andere Auffassung über den Vermögensstand Christens gehabt habe oder habe haben müssen, als die allgemein verbreitete, ist durch nichtsargetan. Dazu kommt endlich noch, daß das angefochtene Rechtsgeschäft selber, seiner Natur nach, unverdächtig war und dem Beklagten unverdächtig erscheinen konnte. Mangels des Erfordernisses der Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht auf Seite des Beklagten, als Anfechtungsgegners, ist daher die Klage, in Bestätigung des angefochtenen Urteils, abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 21. November 1903 in allen Teilen bestätigt.