

pour toucher sur le produit de l'actif la part correspondant au montant de sa créance chirographaire. Dès le 6 avril 1911 — date de la vente de l'immeuble — la Banque, soit la Grande Brasserie et Beauregard subrogée à ses droits, savait que la créance hypothécaire était à découvert pour un montant de 19,385 fr. 90 et que pour cette somme elle participait au concordat comme créancière chirographaire. Or à cette date les deux dernières répartitions comportant au total 16,766 fr. 95 — somme suffisante pour assurer son égalité de traitement avec les autres créanciers chirographaires — n'avaient pas encore eu lieu. Si donc la demanderesse n'a pas touché le dividende auquel elle avait droit dans la répartition de l'actif du recourant, cela provient de sa propre faute et elle ne saurait faire supporter les conséquences de cette négligence au défendeur qui, ayant exécuté le concordat, est délié de toute obligation à l'égard de l'ensemble de ses créanciers.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont écartées en leur entier.

51. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. Juni 1914 i. S. Ehegatten Zimmermann, Kläger, gegen Witwe Hupfer, Beklagte.

Art. 265, 267 und 149 Abs. 4 SchKG. — Recht des Schuldners, die Einrede aus Art. 265 noch im Aberkennungsprozesse, sei es erstmals zu erheben, sei es gegenüber dem Rechtsöffnungsentscheid wiederaufzunehmen. Verpflichtung des Aberkennungsrichters, sie zu berücksichtigen. Art und Weise der Berücksichtigung. — Anwendbarkeit der Art. 265 und 149 Abs. 4 auch auf solche Forderungen, die im Konkurse entweder nicht angemeldet, oder aber aus irgend einem Grunde bei der Verteilung nicht berücksichtigt worden waren (Art. 267).

A. — Der Vater des klägerischen Ehemannes hatte diesem am 1. Mai 1899 ein Darlehen von 4000 Mk. und am 10. Juli gl. J. ein solches von 1200 Mk. gewährt. Für diese beiden Darlehen nebst Zins à 4 % wurde am 1. Mai 1900 ein von beiden klägerischen Ehegatten unterzeichneter neuer Schuldschein im Betrage von 5200 Mk. ausgestellt.

Am 5. Mai 1901 wurde an die erwähnte Schuld von 5200 Mk. ein Betrag von 3200 Mk. zurückbezahlt.

Am 15. Juli 1901 wurde über den klägerischen Ehemann in Kreuzlingen der Konkurs eröffnet. In diesem Konkurse meldete Vater Zimmermann laut Auskunft des Betreibungs- und Konkursamtes Kreuzlingen vom 12. Dezember 1906 eine Forderung von 4000 Mk. « gemäss Schuldschein vom 12. (recte 1.) Mai 1899 » an, die jedoch « im Kollokationsplan als nicht anerkannt aufgeführt, eventuell durch Rückzug erledigt » und weder in der Schlussrechnung noch in der Verteilungsliste vorgetragen wurde. Die klägerische Ehefrau erhielt für einen Teil ihrer Frauengutsforderung Befriedigung und erwirkte am 17. Dezember 1901 vom Bezirksgericht Kreuzlingen die « eheliche Gütertrennung »

Am 5. Februar 1910 hob Vater Zimmermann gegen

beide klägerischen Ehegatten Betreibung an, und zwar u. a. für :

Mark

2000	Restanz laut Schuldschein vom 1. Mai 1900			
416	Zins à 4% von Mk. 5200 vom 1. Mai 1900 bis 1. Mai 1902			
120	» » » 3000 » 1. Mai 1902 » 1. Mai 1903			
540	» » » 2000 » 1. Mai 1903 » 1. Febr. 1910			
51	» » » 200 » 21. Aug. 1903 » 1. Febr. 1910			

alles nebst Zinsen à 5% seit 1. Februar 1910.

Gegenüber dieser Betreibung, für die übrigens nur ein Zahlungsbefehl ausgefertigt wurde, trotzdem die Betriebenen noch keinen gemeinsamen Vertreter hatten, wurde von den klägerischen Ehegatten Rechtsvorschlag erhoben. Ob im Rechtsvorschlag die Einrede des mangelnden neuen Vermögens (im Sinne des Art. 265 SchKG) angekündigt wurde, ist aus den Akten nicht ersichtlich; ebensowenig, ob sie in dem darauf eingeleiteten Rechtsöffnungsverfahren erhoben wurde. Die nachgesuchte provisorische Rechtsöffnung wurde dem betreibenden Gläubiger am 14. März 1910 « gestützt auf die vorgelegten Schuldscheine vom 1. Mai 1900, 31. August 1903 und 1. Oktober 1903, in Anwendung von Art. 82 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs » ohne weitere Motivierung bewilligt.

Darauf erfolgte am 16. März 1910 die Einreichung der vorliegenden Aberkennungsklage, mit dem Antrag auf « Aufhebung des angeführten Rechtsöffnungsentscheidens und Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung. »

Am 18. März 1910 starb Vater Zimmermann unter Hinterlassung eines unangefochten gebliebenen Testaments, in welchem er seine Tochter, Wwe Hupfer, zu seiner alleinigen Erbin eingesetzt und bemerkt hatte, sein Vermögen bestehe « zur Zeit » in Forderungen an seine beiden Kinder (d. h. an den klägerischen Ehemann und an Witwe Hupfer).

Gestützt auf dieses Testament hat Witwe Hupfer die

Erbschaft angetreten und den Aberkennungsprozess als Beklagte an Stelle ihres Vaters fortgesetzt.

B. — Durch Urteil vom 24. Juni 1913 erkannte das Kreisgericht Uri :

« Die Aberkennungsklage wird abgewiesen und der » Aberkennungsbeklagtschaft die in Erwägung 6 festgesetzte Summe zugesprochen. »

Die von dem Kläger vor Kreisgericht Uri eingenommenen Rechtsstandpunkte sind im Urteil olgendermassen zusammengefasst :

« 4. Zimmermann, Sohn könnte heute nicht mehr » belangt werden, indem die Darlehensschuld im Konkurse desselben nicht figuriere und ein Konkursit könne » nicht belangt werden, wenn der Fordernde nicht zuvor » im beschleunigten Verfahren den Nachweis leiste, dass » der Konkursit zu neuem Vermögen gekommen sei (Art. » 265 des Sch. und K. Gesetzes).

C. — Das angeführte Urteil des Kreisgerichts Uri ist am 12. November 1913 vom Obergericht des Kantons Uri ohne jede Beifügung bestätigt worden.

D. — Gegen das obergerichtliche Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheissung der Aberkennungsklage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

. 4. — In Bezug auf den Kapitalposten von 2000 Mk., wie auch in Bezug auf die Zinsen dieses Kapitals und der früher geschuldeten weiteren 3200 Mk., ist ein Unterschied zu machen zwischen der gegen den Ehemann und der gegen die Ehefrau Zimmermann gerichteten Betreibung; denn namens des Ehemanns ist gestützt auf Art. 265 die Einrede des mangelnden neuen Vermögens erhoben worden, während die Ehefrau diese Einrede nicht erhoben hat und, als Nichtkonkursitin, auch nicht erheben konnte.

Der kantonale Richter hat nun hinsichtlich der Einrede aus Art. 265 nicht nur keinen Unterschied zwischen den beiden vorliegenden, übrigens unrichtigerweise (entgegen der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 70 Abs. 2) nur mittelst eines Zahlungsbefehls eingeleiteten Betreibungen gemacht, sondern er hat jene, doch schon vor der I. Instanz ausdrücklich erhobene Einrede, wenigstens im rechtlichen Teile des Urteils, überhaupt mit Stillschweigen übergangen.

In tatsächlicher Beziehung sodann fehlt eine Feststellung darüber, und ist auch aus dem bei den Akten liegenden Rechtsöffnungsentscheid vom 14. März 1910 nicht ersichtlich, ob die erwähnte Einrede schon im Rechtsöffnungsverfahren erhoben, bezw. im Rechtsvorschlag angekündigt worden war, oder ob der klägerische Ehemann überhaupt erst im Aberkennungsprozesse zu erkennen gegeben hat, dass er sie erheben wolle. Die Einrede des mangelnden neuen Vermögens gehört nämlich (vgl. BGE 34 I N° 32 und 35 I N° 128 (Sep. A 11 N° 12 und 12 N° 61), sowie JAEGER, Anm. 10 zu Art. 82) zu denjenigen Einreden, welche schon dem Rechtsöffnungsbegehren entgegengehalten werden können, und sie sollte auch, weil mit ihr nicht die Forderung selbst, sondern nur deren Vollstreckbarkeit im Sinne des Art. 69 Ziff. 3 bestritten wird, bereits im Rechtsvorschlag angekündigt, und dadurch (vgl. JAEGER, Anm. 2 Abs. 2 zu Art. 75) der Gläubiger in die Lage versetzt werden, sofort das in Art 265 Abs. 3 vorgesehene besondere Verfahren einzuleiten. Indessen muss, da einerseits der Rechtsvorschlag nach Art. 75 nicht begründet zu werden braucht, andererseits im summarischen Verfahren (als welches das Rechtsöffnungsverfahren sich qualifiziert) über die Einrede aus Art. 265 doch nicht entschieden werden kann, dem Schuldner immerhin das Recht zuerkannt werden, die Einrede des mangelnden neuen Vermögens noch im Aberkennungsprozesse, sei es erstmals zu erheben, sei es gegenüber dem Rechts-

öffnungsentscheid wiederaufzunehmen. Der sog. Aberkennungsprozess ist nichts anderes als der in Art. 79 vorgesehene « ordentliche Prozess », mit der einzigen Modifikation, dass infolge der Erteilung der Rechtsöffnung die Parteirollen umgekehrt sind. Gleichwie es nun zum Wesen des ordentlichen Prozesses gehört, dass darin sämtliche zur Begründung des Rechtsvorschlages, d. h. (nach Art. 69 Ziff. 3) zur Bestreitung der Forderung oder ihrer Exequierbarkeit geeigneten Einreden, also auch diejenige aus Art. 265 (vgl. JAEGER, Anm. 12 A d zu Art. 69 und Anm. 8 zu Art. 265), erhoben werden können, selbst wenn sie weder im Rechtsvorschlag angekündigt, noch im Rechtsöffnungsverfahren erhoben worden waren, so muss ihre Erhebung auch im Aberkennungsprozesse möglich sein. Allerdings wird in diesem Prozesse, der ja nicht im beschleunigten Verfahren durchgeführt zu werden braucht und pflegt, über die Begründetheit der Einrede des mangelnden neuen Vermögens meist nicht entschieden werden können. Daraus folgt indessen nicht, dass der Aberkennungsrichter diese Einrede einfach unberücksichtigt lassen dürfe, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist; sondern der Schuldner hat ein unentziehbares Recht auf Beurteilung seiner Einrede durch den zuständigen Richter in dem durch das Bundesgesetz vorgeschriebenen beschleunigten Verfahren. Der Aberkennungsrichter hat deshalb, sobald die Einrede aus Art. 265 ordnungsgemäss erhoben ist, sei es von sich aus das im dritten Absatz dieses Artikels vorgesehene beschleunigte Verfahren einzuleiten, sei es — ob das eine oder andere, hängt vom kantonalen Prozessrecht ab — den Gläubiger auf dieses Verfahren zu verweisen und den Prozess unter Fristansetzung an den Gläubiger zu sistieren, oder endlich die Aberkennungsklage « zur Zeit », d. h. hinsichtlich der vorliegenden Betreibung, gutzuheissen und dem Gläubiger das weitere Vorgehen zu überlassen. Keinesfalls dagegen darf umgekehrt die Aberkennungsklage deshalb

abgewiesen werden, weil im Aberkennungsprozesse über die Einrede aus Art. 265 ja doch nicht entschieden werden könne; denn dadurch würde der Schuldner seines Rechtes auf Beurteilung dieser Einrede durch den zuständigen Richter überhaupt verlustig erklärt und die Rechtswohltat des Art. 265 für ihn vereitelt.

Im vorliegenden Falle ist nun durch Abweisung der Aberkennungsklage hinsichtlich des aus der Zeit vor dem Konkurs stammenden Schuldpostens von 2000 Mk. das Recht des klägerischen Ehemanns auf Beurteilung seiner Einrede aus Art. 265 in der Tat verletzt worden. Darauf nämlich, dass die s. Z. von Vater Zimmermann im Konkurse des Sohnes angemeldete Forderung von 4000 Mk. (in welchen 4000 Mk. die heute streitigen 2000 Mk. als inbegriffen gelten können) im Kollokationsplan als « nicht anerkannt » aufgeführt und dann auch weder in der Schlussrechnung noch in der Verteilungsliste vorgetragen wurde, kommt hier deshalb nichts an, weil nach Art. 267 die in Art. 265 vorgesehene Beschränkung auch solche Forderungen beschlägt, welche im Konkurse überhaupt nicht angemeldet wurden, und es sich natürlich ebenso mit denjenigen Forderungen verhalten muss, welche zwar angemeldet, jedoch (infolge Nichtanerkennung im Kollokationsplan oder infolge eines Kollokationsprozesses) bei der Verteilung nicht berücksichtigt worden sind, — da ja (vgl. JAEGER, Anm. 8 Abs. 5 zu Art. 250) der Kollokationsplan jeweilen nur für den betreffenden Konkurs verbindlich ist.

Die Berufung des klägerischen Ehemanns ist daher hinsichtlich des Postens von 2000 Mk. in dem Sinne gutzuheissen, dass dieser Forderungsposten zur Zeit, d. h. mit Wirkung für die vorliegende Betreibung, aberkannt, und dass es der Beklagten überlassen wird, nach Anhebung einer neuen Betreibung das in Art. 265 Abs. 3 vorgesehene Verfahren einzuleiten.

Ausser dem Kapitalbetrage von 2000 Mk. und aus

demselben Grunde wie dieser sind zur Zeit auch abzuerkennen:

1. die Zinsen von 5200 Mk. für die Zeit vom 1. Mai 1900 bis 5. Mai 1901, d. h. bis zur Rückzahlung der im Schuldschein vom 5. Mai 1901 erwähnten 3200 Mk.;

2. die Zinsen von 2000 Mk. für die Zeit vom 5. Mai bis 15. Juli 1901.

Auch diese Zinsforderungen unterliegen der in Art. 265 vorgesehenen Beschränkung.

5. — Eine weitere Folge des s. Z. über den klägerischen Ehemann durchgeführten Konkurses besteht in der Unverzinslichkeit des Kapitalpostens von 2000 Mk. für die Zeit vom 15. Juli 1901 an, d. h. für die Zeit nach Konkursausbruch. Ist auch aus der vorliegenden Urteilsausfertigung nicht ersichtlich, dass Zimmermann sich bereits vor den kantonalen Instanzen auf die Bestimmung des Art. 149 Abs. 4 berufen habe, so steht doch fest, dass er von Anfang an Aberkennung der gesamten in Betreibung gesetzten Forderung verlangt und dass er auch die Tatsache des in den Jahren 1901 und 1902 über ihn durchgeführten Konkurses, wiewohl in erster Linie zur Begründung seiner Einrede aus Art. 265, geltend gemacht hat. Dies genügte aber zur Abweisung der erwähnten Zinsforderungen; denn auch die Einrede aus Art. 149 Abs. 4 kann nach Art. 267 einer jeden aus der Zeit vor dem Konkurs stammenden Forderung entgegengehalten werden, gleichgültig ob der betreffende Gläubiger am Konkurs teilgenommen hat, ob seine Forderung im Kollokationsplan anerkannt wurde, wie ein allfälliger Kollokationsprozess ausgefallen ist, u. s. w.

7. — Rein rechnerisch ist sodann zu Gunsten beider Kläger noch die Tatsache zu berücksichtigen, dass von ihrer ursprünglichen Schuld (5200 Mk.) laut einer bei den Akten liegenden Quittung schon am 5. Mai 1901, also etwas mehr als zwei Monate vor Konkursausbruch, ein Betrag von 3200 Mk. abbezahlt worden

war. Die im vorliegenden Zahlungsbefehl geforderten Zinsen von 5200 Mk. für die Zeit vom 1. Mai 1900 bis 1. Mai 1902 (zusammen 416 Mk.) sind daher hinsichtlich des Teilbetrages von 3200 Mk. für die Zeit vom 5. Mai 1901 bis 1. Mai 1902 abzuerkennen, und zwar definitiv nicht nur zu Gunsten der Ehefrau, sondern auch zu Gunsten des Ehemanns.

..... Endlich ist die Zinsberechnung der Gläubigerschaft dahin zu korrigieren, dass die Betreuungszinsen à 5% erst vom 5. Februar 1910, nicht schon vom 1. Februar an berechnet werden dürfen.

Die in Betreuung gesetzte Forderung ist somit gegenüber dem klägerischen Ehemann:

a) definitiv abzuerkennen:

..... 2. für die Zinsen à 4%

von 3200 Mk. vom 5. Mai 1901 bis 1. Mai 1902,

von 2000 Mk. vom 15. Juli 1901 bis 1. Mai 1902,

von 3000 Mk. vom 1. Mai 1902 bis 1. Mai 1903,

von 2000 Mk. vom 1. Mai 1903 bis 5. Februar 1910,

3. für die Zinsen à 5% vom 1. bis 5. Februar 1910

ab sämtlichen geforderten Beträgen,

b) zur Zeit abzuerkennen:

1. für das geforderte Kapital von 2000 Mk.,

2. für die Zinsen à 4%

von 5200 Mk. vom 1. Mai 1900 bis 5. Mai 1901,

von 2000 Mk. vom 5. Mai 1901 bis 15. Juli 1901.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des klägerischen Ehemanns wird im Sinne der Erwägungen teilweise begründet erklärt.....

52. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Juni 1914 i. S.

Leih- und Sparkasse Eschlikon, Klägerin,
gegen Thurgauische Hypothekenbank, Beklagte.

Der Schuldner einer verpfändeten, auf den Namen ausgestellten Obligation, der weder ein dem Pfandgläubiger vorgehendes Pfandrechth noch die Gläubigerqualität geltend macht, ist zur Anstellung der Widerspruchsklage nach Art. 106 u. ff. SchKG und zur Vindikation des Titels nicht legitimiert.

A. — Am 30. Januar 1902 unterzeichnete F. Schildknecht in Eschlikon, gew. Verwalter der Leih- und Sparkasse daselbst, einen s. g. Accept-Faustpfandvertrag gegenüber der thurgauischen Hypothekenbank, womit er anerkannte, ein Darlehen von 40,000 Fr. erhalten zu haben, wofür er, unter andern Titeln, folgende Obligationen der genannten Leih- und Sparkasse als Faustpfand einsetzte:

N° 4595 auf Schildknecht Fr. 8500

» 3971 » » 4500

» 4209 auf Frau Schildknecht-Schilling » 3000

Diese Obligationen haben folgende Formel:

« Leih- und Sparkasse Eschlikon. »

« Obligation. »

« (unter Garantie der Bürgergemeinde). »

« Die Leih- und Sparkasse Eschlikon beurkundet von » Franken verzinslich à erhalten zu » haben. Der Inhaber sowohl als die Leih- und Sparkasse » wird jeder Zeit zu einer Kündigung berechtigt. » Die Rückzahlung erfolgt an der Kassa gegen Abgabe » dieser Obligation. »

Eschlikon, den

Der Verwalter.

(bei N° 3971 der Kassier)

sig. F. Schildknecht.

Am Fusse: « Der Vorweiser dieses Scheines wird als » rechtmässiger Eigentümer betrachtet. »

Mit Zahlungsbefehl vom 7. April 1913 betrieb die Beklagte den Schuldner Schildknecht auf Verwertung dieser Faustpfänder. Auf erfolgten Rechtsvorschlag wurde die provisorische Rechtsöffnung erteilt, worauf die Klägerin die thurgauische Hypothekenbank vor Bezirksgericht Frauenfeld lud mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei pflichtig zu erklären, unter Aberkennung ihres Pfandrechtes, der Klägerin die obgenannten drei Obligationen zu unbeschränktem Eigentum aushinzugeben.

Die Beklagte bestritt die Berechtigung der Klägerin, eine solche Widerspruchsklage zu erheben, da ihr weder Eigentum noch Pfandrecht an den fraglichen Titeln zustehe; ev. trug sie auf Abweisung der Klage an.

B. — Beide kantonale Instanzen wiesen die Klage ab, das Obergericht wesentlich aus folgenden Gründen: Die Frage, ob die Titel in richtiger Weise zu stande gekommen seien, habe es nicht zu prüfen: auch nicht diejenige, ob der Verwalter Schildknecht berechtigt gewesen sei, Obligationen des Institutes für sich auszugeben. Es handle sich um ein Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG: die Widerspruchsklage sei aber unbegründet. Die Verpfändung der Titel durch Schildknecht sei in formell gültiger Weise erfolgt, sowohl wenn die fraglichen Obligationen Inhaber- als wenn sie Namenstitel seien. Denn im ersten Falle habe zur Verpfändung deren Uebergabe an den Pfandgläubiger genügt (Art. 213 aOR). Aber auch die von Art. 215 (aOR) für den zweiten Fall verlangten Erfordernisse der Schriftlichkeit der Verpfändung und der Benachrichtigung des Schuldners seien erfüllt. Die Einrede, dass die Unterschrift Schildknechts auf dem Verpfändungsakt mangels Kompetenz ungültig sei, scheitere an Art. 16 der Statuten der Leih- und Sparkasse.

C. — Gegen dieses Urteil des Obergerichtes von Thurgau vom 27. Februar 1914 hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Guttheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Mit Recht hat die Vorinstanz angenommen, es handle sich im vorliegenden Falle um eine Widerspruchsklage im Sinne von Art. 106 ff. SchKG. Denn die Klage ist im Laufe einer Betreibung auf Pfandverwertung eingeleitet worden; sie führte zur Einstellung des Betreibungsverfahrens gemäss Art. 155 und 107 SchKG und verfolgte ohne Frage den Zweck, das Pfandrecht der Beklagten aberkennen und die Veräusserung der Obligationen zu ihren Gunsten verhindern zu lassen. Indessen gelangt man zu demselben Schlussergebnis (siehe Erw. 4) wenn man sich die Klage abgelöst vom Widerspruchsverfahren vorstellt und sie als eine reine Feststellungs- oder Vindikationsklage behandelt.

2. — Den Titeln, um welche gestritten wird, kommt die Eigenschaft von Inhaberpapieren nicht zu. Sie sind auf den Namen ausgestellt und weisen eine Inhaberklausel nicht auf. Die Bemerkung, dass der Vorweiser der Obligation von der Schuldnerin als deren rechtmässiger Eigentümer betrachtet werde, hat nur die Bedeutung, dass die Schuldnerin an den Vorweiser rechtsgültig zahlen könne, nicht dass sie es tun müsse: sie ist, trotz dieser Klausel, berechtigt zu verlangen, dass der Vorweiser des Scheines sich durch andere Mittel als durch dessen blossen Besitz als Gläubiger ausweise.

Hievon ausgegangen, ist zunächst die von den kantonalen Instanzen nicht entschiedene Frage zu untersuchen, ob die Klägerin zur Anhebung der Klage legitimiert sei. Diese Frage muss verneint werden. Das Widerspruchsverfahren ist zwar auch in einem Falle wie dem vorliegenden (d. h. in einem Verfahren auf Verwertung einer verpfändeten Forderung, Art. 155, 106 SchKG: AS 29 I S. 262; 33 I S. 228) gegeben. Die Legitimation zur Sache steht aber nur demjenigen Drittentervenienten zu, welcher sich nicht damit begnügt, die Gültigkeit der

Pfandbestellung zu bestreiten, sondern ein positives Recht an der zu verwertenden Forderung beansprucht, mit dessen Bestand deren Verwertung überhaupt oder ausschliesslich zu Gunsten des betreibenden Gläubigers nicht vereinbar ist (Art. 155, 126 SchKG). Der Widerspruchskläger wird demnach entweder ein dem angefochtenen vorgehendes Pfandrecht beanspruchen oder behaupten müssen, dass die zu Pfand gegebene Forderung nicht dem Pfandbesteller sondern ihm, dem Kläger, zuzustand und jener daher nicht berechtigt gewesen sei, sie dem Widerspruchsbeklagten zu verpfänden. Hier liegen die Verhältnisse anders. Die Klägerin hat nicht einmal die Behauptung aufgestellt, dass ihr an den fraglichen Titeln eine der Beklagten im Range vorgehende pfandversicherte Forderung zustehe. Auch behauptet sie nicht, — was ja offensichtlich unrichtig wäre — die Verpfändung vom 30. Januar 1902 sei deshalb ungültig, weil sie die Gläubigerin dieser Forderungen (Obligationen) sei. Sie führt ihren Anspruch auf unbeschwerte Herausgabe der Titel vielmehr auf die Behauptung zurück, dass die Obligationen von Anfang an nichtig gewesen seien, weil Schildknecht zu deren Ausstellung nicht befugt gewesen sei. Indessen erscheint auch dieser Einwand nicht als geeignet, die Legitimation der Klägerin zu begründen. Er kann irgend welchen Einfluss auf die Verwertung nicht ausüben, denn die Klägerin wird ihn jedem Vorweiser der Obligationen, also auch dem künftigen Ersteigerer, entgegenhalten können. Mit Recht ist daher die Vorinstanz auf die materielle Prüfung dieses Standpunktes nicht eingetreten.

3. — Aus diesen Ausführungen ergibt sich zugleich, dass die Klage auch dann abzuweisen wäre, wenn man sie losgelöst vom Widerspruchsverfahren betrachten würde. Denn auch in diesem Falle könnte die Klägerin ihre Sachlegitimation nur auf die Behauptung eines ihr zustehenden Pfandrechtes oder der Gläubigerqualität zurückführen. Das nicht aus einem Pfandanspruch oder

aus der Gläubigerqualität abgeleitete Begehren auf « unbeschwerte Herausgabe » dieser nicht als Inhaberpapiere sich darstellenden Obligationen hätte kein rechtliches Fundament. Dem Einwande aber, dass die Titel von Anfang an nichtig waren, könnte die Beklagte mit der Einrede der mangelnden Passivlegitimation begegnen. Denn nur demjenigen, der die Einlösung der Obligationen verlangt, also dem Gläubiger, nicht demjenigen, dessen Pfandrecht an der Obligation bestritten werden will, kann die Nichtigkeit der Titel entgegengehalten werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen.

53. Arrêt de la II^e section civile du 24 juin 1914 dans la cause
 Soc. du Gd. Hôtel des Narcisses et Buffet Terminus,
 demanderesse, contre Margot, défendeur.

Action révocatoire. Cession d'une créance par un débiteur insolvable à son frère. Preuve de la connivence du défendeur résultant de sa proche parenté et de son intimité avec le débiteur, de ses connaissances professionnelles en matière d'affaires et des inquiétudes manifestées dans la correspondance sur la situation financière de son frère. Admission de l'action révocatoire.

A. — En 1898, Eugène Margot a souscrit en faveur de son frère Louis Margot, en garantie de prêts faits par celui-ci, une obligation hypothécaire de fr. 5000.— grevant l'immeuble de la Pension des Narcisses à Chamby, dont il était propriétaire. En 1905, il a vendu la Pension des Narcisses à la société demanderesse. Il a engagé son frère à souscrire à 10 actions de fr. 500.— de la société; Louis Margot s'y est décidé à condition que Eugène Margot lui garantît le capital et les intérêts. Les actions ont été payées par fr. 1000.— par Louis Margot —