

jedes Mal, wenn der Vollzug eines Begehrens um Vornahme einer Betreibungshandlung wegen Militärdienstes des Schuldners nicht möglich ist, den Namen des Schuldners anzuzeigen und sie zu ersuchen, dem Betreibungsamt offiziell Mitteilung zu machen, sobald der Schuldner aus dem Dienst entlassen ist. Es liegt alsdann der kantonalen Militärbehörde ob, sich über die Entlassung der in Betracht kommenden Truppeneinheiten beim Truppenkommando zu erkundigen, falls sie nicht sonst davon unterrichtet ist. Die Kosten der Mehrarbeit, die dem Betreibungsamt hieraus erwächst, sind vom Gläubiger zu erheben, der sie, wie alle andern Betreibungskosten, auf den Schuldner abwälzen kann (Art. 68 SchKG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
e r k a n n t :

Der Rekurs wird gutgeheissen, der Entscheid der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Basel-Landschaft vom 5. November 1914 aufgehoben und das Betreibungsamt Arlesheim angewiesen, dem Pfändungsbegehren der Rekurrentin nach Entlassung des Schuldners aus dem Militärdienst im Sinne der Motive ohne weiteres Folge zu geben.

Entscheidungen der Zivilkammern. — Arrêts
des sections civiles.

71. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. September 1914 i. S.
Konkursmasse Lang, Beklagte, gegen Ulmer & Knecht,
Klägerin.

Art. 288 SchKG. Verkauf des Wirtschaftsmobiliars und der Kellervorräte seitens eines Wirtes an einen ihn dazu drängenden Gläubiger und ausschliessliche Verwendung des Kaufpreises zur Tilgung der Forderungen dieses Gläubigers. Voraussetzungen der Anfechtbarkeit des Kaufvertrages.

A. — Die Klägerin und Berufungsbeklagte, bezw. ihre Rechtsvorgängerin, die Firma Ulmer-Hemmann, war die Bierlieferantin des R. F. Lang, der am 15. März 1904 von der Aktiengesellschaft Hôtel de Musique in Bern das dortige Café du Théâtre gepachtet hatte. Die Firma Ulmer-Hemmann hatte sich für die Verpflichtungen des Lang aus dem Pachtvertrag solidarisch verbürgt. Der Betrieb des erwähnten Restaurants erwies sich von Anfang an als unrentabel. Am 12. Februar 1906 sah sich deshalb Lang genötigt, der Firma Ulmer-Hemmann zur Sicherheit für ein Darlehen von 10,000 Franken sein gesamtes Wirtschaftsmobilium « abzutreten », wobei ihm unter Einräumung eines « Rückkaufsrechtes » gestattet wurde, es als « Mieter » weiterzubenutzen. Einige Tage darauf gewährte die Schweizerische Volksbank dem Lang gegen Solidarbürgschaft der Firma Ulmer-Hemmann ein Darlehen von ebenfalls

10,000 Fr., welches Lang zur Abzahlung desjenigen der Firma Ulmer-Hemmann und zum « Rückkauf » seines Mobiliars verwendete.

Am 31. März 1907 wurde zwischen Lang und der Firma Ulmer-Hemmann zur Sicherung eines Darlehens von 20,000 Fr. ein zweiter « Kauf-, Rückkauf- und Mietvertrag » abgeschlossen.

Am 31. März 1909 konnte Lang mittels eines bei der Spar- und Leihkasse Bern aufgenommenen, wiederum von Ulmer-Hemmann solidarisch verbürgten Darlehens von 20,000 Fr. sein Mobiliar abermals « zurückkaufen ».

Am 1. Juni 1911 war die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Firma Ulmer-Hemmann und als Solidarbürge genötigt, der Aktiengesellschaft Hôtel de Musique einen von Lang geschuldeten fälligen Mietzinsbetrag von 6643 Fr. 15 Cts. zu bezahlen. Bei dieser Gelegenheit übernahm sie im Einverständnis mit der Vermieterin sämtliche Rechte und Pflichten des Lang aus dem Mietvertrag, während Lang Untermieter wurde und sich verpflichtete, den Mietzins nunmehr in monatlichen Raten von 1520 Fr. 85 Cts. zu bezahlen.

Kurze Zeit darauf — der genaue Zeitpunkt ergibt sich nicht aus den Akten — verlangte die Klägerin, dass Lang ihr wiederum sein Wirtschaftsmobiliar « verkaufe ». Lang sträubte sich zuerst, gab aber nach, als die Klägerin mit der Aufhebung des Untermietvertrages drohte. Am 30. September 1911 kam daher ein neuer « Kauf- und Mietvertrag » zustande, wonach Lang der Klägerin zum Preise von 42,000 Fr. einerseits sein von den Kontrahenten auf 34,141 Fr. 78 Cts. veranschlagtes Wirtschaftsmobiliar, andererseits seine auf 9679 Franken 25 Cts. geschätzten Kellervorräte, abzüglich eines kleinen Vorrates im Schatzungswerte von 1000 Fr., « verkaufte ». Das Wirtschaftsmobiliar übernahm Lang wiederum als « Mieter », die Kellervorräte dagegen erklärte die Klägerin « zu Handen » zu nehmen und « li-

quidieren » zu wollen. Der « Mobiliarmietzins » wurde auf 5300 Fr. für das erste Jahr, 5000 Fr. für das zweite Jahr, 4700 Fr. für das dritte Jahr, u. s. w., festgesetzt. Mit dem « Kaufpreis » wurden als rückständige Lokalmiete für die Zeit bis 31. August 1911 10,926 Fr. 50 Cts. (= den von der Klägerin an die Aktiengesellschaft Hôtel de Musique bezahlten 6643 Fr. 15 Cts. nebst weiterem 4283 Fr. 35 Cts.) « verrechnet », wozu im Vertrag bemerkt wurde: « Für die an den Kaufpreis verrechneten » Mietzinsforderungen von 10,926 Fr. 50 Cts. würde der » A.-G. Ulmer und Knecht statt des nun abgeschlossenen Kaufvertrages infolge Retentionsrecht der Zugriff auf die hievor bezeichneten Kaufgegenstände » zugestanden haben. » Den Rest im Betrage von 31,073 Fr. 50 Cts. erklärte Lang « von der Käuferin » Aktiengesellschaft Ulmer und Knecht heute vollständig und zwar in barem Gelde ausbezahlt erhalten zu haben. » Es ergibt sich jedoch aus den Akten, dass diese letzere Bemerkung der Wirklichkeit nicht entsprach. Tatsächlich wurde nämlich über die angegebene Summe erst am 24. Januar 1912 abgerechnet. An diesem Tage wurden laut einem « Nachtrag » zum « Kauf- und Mietvertrag » zunächst 4083 Fr. 40 Cts. zur Tilgung der Lokalmiete für die Zeit vom 1. September bis 31. Dezember 1911 (abzüglich einer von Lang am 14. Dezember geleisteten Barzahlung von 2000 Fr.) verwendet; den Rest im Betrage von 26,990 Fr. 10 Cts. erklärte Lang wiederum « heute in barem Gelde erhalten zu haben. » Auch diese letzere Bemerkung entspricht jedoch der Wirklichkeit nicht. Der Betrag von 26,990 Fr. 10 Cts. wurde zwar von der Klägerin bezahlt, jedoch nicht dem Lang, sondern, allerdings in dessen Gegenwart und mit seiner Zustimmung, dem Anwalt der Klägerin, Fürsprech S., ausgehändigt. Letzterer zahlte aus dem Geld auftragsgemäss folgende Schulden des Lang:

an die Schweizerische Volksbank, Restanz des Darlehens vom 19. Februar 1906	Fr. 10,574 —
an die Spar- und Leihkasse Bern, Restanz des Darlehens vom Jahre 1909 »	9,080 20
an die Klägerin selbst, als Abschlagszahlung an den Mobiliarmietzins und verschiedene Darlehen im Gesamtbetrage von 7850 Fr. 65 Cts..... »	7,335 90

Zusammen Fr. 26,990 10

Am 21. Oktober 1912 wurde über Lang der Konkurs eröffnet. In diesem Konkurse machte die Klägerin, unter Berufung auf den Vertrag vom 30. September 1911, an den in diesem Vertrag aufgeführten Gegenständen, soweit diese noch vorhanden waren, einen Eigentumsanspruch geltend, wogegen die Konkursverwaltung sich auf Art. 202 alt OR und 288 SchKG berief. Die Parteien sind darüber einig, dass an Stelle jener Gegenstände deren Steigerungserlös im Betrage von 35,000 Fr., die bei der Schweizerischen Volksbank zu Handen wes Rechtens deponiert sind, treten soll.

B. — Durch Urteil vom 10. Juni 1914 hat der Appellationshof des Kantons Bern das von der Klägerin gestellte Rechtsbegehren, sie sei zum Bezug des erwähnten Steigerungserlöses nebst Zins, abzüglich 2123 Fr. 60 Cts. für leere Flaschen und offene Weine, zu ermächtigen, mit wesentlich folgender Motivierung gutgeheissen :

Die Einrede der Beklagten, dass das Eigentum an den Kellervorräten deshalb nicht auf die Klägerin übergegangen sei, weil in Bezug auf diese Kellervorräte keine Besitzübertragung im Sinne des Art. 202 Abs. 1 alt OR stattgefunden habe, sei unbegründet ; denn aus den Zeugenaussagen ergebe sich, dass eine Besitzübergabe durch *constitutum possessorium* tatsächlich stattgefunden habe..... (wird näher ausgeführt). Der Beweis einer Benachteiligungsabsicht im Sinne des Art.

202 Abs. 2 alt OR sodann sei nicht erbracht..... (wird ebenfalls näher ausgeführt). Die weitere Frage, ob der Vertrag vom 30. September 1911 auf Grund des Art. 288 SchKG anfechtbar sei, zerfalle in die drei Unterfragen :

a) ob jener Vertrag sich als eine « Rechtshandlung » qualifiziere ;

b) ob der Schuldner diese Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen habe, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne unter ihnen zu begünstigen ;

c) ob diese Absicht für den Gegenkontrahenten erkennbar gewesen sei.

Die erste dieser drei Unterfragen sei zu bejahen, die beiden anderen dagegen zu verneinen. Obschon Lang selber als Zeuge seine finanzielle Lage im Jahre 1911 als eine schlechte bezeichnet, und seine Ehefrau in demselben Sinne ausgesagt habe, gehe doch aus der vom Gericht eingeholten Expertise « in dieser Beziehung nicht hervor, dass die Situation Langs eine so ungünstige war. » Der Sachverständige stelle tatsächlich fest, dass die Bilanz Langs auf 1. Oktober 1911 eine Unterbilanz von 30,564 Fr. 55 Cts. erzeugte, aber er stelle unter die Passiven einen Posten von 30,000 Fr. ein betreffend die « Erbschaft Haller » und einen Kreditorenposten von 30,755 Fr. 69 Cts. Nun sei aber der Posten « Erbschaft Haller » wahrscheinlich identisch mit der Frauengutsforderung der Frau Lang-Haller, und unter den Gläubigern, welche in der Bilanz mit 30,755 Fr. 69 Cts. vertreten seien, stehe die Klägerin allein mit 20,230 Fr. 55 Cts. zu Buch. Daraus sei der Schluss statthaft, dass die Klägerin die Hauptgläubigerin Langs war, « neben der die übrigen nach den Geschäftsbüchern nicht stark ins Gewicht fielen. » Sehe man von der Forderung der Frau Lang ab, so habe sich die finanzielle Lage ihres Gatten am 1. Oktober 1911 so ziemlich im Gleichgewicht befunden. Im Allgemeinen werde ja die Frauengutsforderung vom Ehemann nicht als eine gewöhnliche

Forderung angesehen « in den gegenseitigen Beziehungen der Ehegatten nach innen. » Lang habe demnach hoffen dürfen, sich über Wasser halten zu können, und es sei deshalb nicht wahrscheinlich, dass er bei Abschluss des Kaufgeschäftes vom 30. September 1911 daran dachte, er werde dadurch seine Gläubiger benachteiligen oder gewisse unter ihnen zum Nachteil der anderen begünstigen. Noch im Besitze unproduktiver Vermögensobjekte habe er diese flüssig zu machen gesucht, um den Wirtschaftsbetrieb fortführen zu können. Aber selbst angenommen, Lang habe mit der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, bezw. einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, den Kauf- und Mietvertrag vom 30. September 1911 mit der Klägerin abgeschlossen, so müsse man dennoch dafür halten, diese Absicht sei für letztere nicht erkennbar gewesen. Der Zweck des Kaufes habe darin bestanden, dem Lang die Mittel zu verschaffen, sich aus der finanziellen Klemme zu ziehen, und schliesslich verdanke es der Gemeinschuldner diesem Rechtsgeschäfte, wenn er sich noch über ein Jahr — bis zum 21. Oktober 1912 — über Wasser halten konnte. Die Wirkung des Kaufvertrages sei die Umwandlung eines unproduktiven Aktiums in Betriebskapital. Die Klägerin habe sich umso weniger über eine fraudulöse Absicht Langs Rechenschaft geben können, als dieser bis zu jener Zeit sozusagen nie betrieben worden war.

Im Tatbestand des Urteils ist über die Abrechnung vom 24. Januar 1912 nichts enthalten. Die oben sub A angeführten Tatsachen ergeben sich aber zum Teil aus den von den Parteien produzierten Urkunden, zum Teil aus Behauptungen der Beklagten, die von der Klägerin nicht bestritten wurden.

C. — Gegen das angeführte Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Auf den Standpunkt der Beklagten, dass das Eigentum an den Kellervorräten (im Gegensatz zu demjenigen an dem Wirtschaftsmobilien) deshalb nicht auf die Klägerin übergegangen sei, weil in Bezug auf diese Kellervorräte keine Besitzübertragung im Sinne des Art. 202 Abs. 1 alt OR stattgefunden habe, braucht dann nicht eingetreten zu werden, wenn sich schon aus Art. 288 SchKG die Abweisung der Klage ergibt. Desgleichen braucht in diesem Fall auch das Verhältnis zwischen der paulianischen Anfechtung einerseits und der Einrede aus Art. 202 Abs. 2 alt OR andererseits, sowie die Frage, ob die letztere Einrede von der Beklagten überhaupt erhoben worden sei, nicht erörtert zu werden. Es empfiehlt sich daher, im Gegensatz zur Vorinstanz vor allem die aus Art. 288 SchKG abgeleitete Einrede der Beklagten zu beurteilen.

2. — Die erste der Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Art. 288, wie überhaupt der Art. 285 ff. SchKG, besteht darin, dass durch die angefochtene Rechtshandlung die Konkursmasse tatsächlich geschädigt, bezw. einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer tatsächlich begünstigt worden sind. Erst wenn feststeht, dass diese, im Gesetz allerdings nicht ausdrücklich formulierte, jedoch selbstverständliche Voraussetzung erfüllt ist, fragt es sich weiter, ob die Beteiligten diese Schädigung, bezw. Begünstigung beabsichtigten oder doch voraussehen mussten.

Die hienach in erster Linie zu entscheidende, von der Vorinstanz übergangene Frage nach der tatsächlichen Schädigung der Masse, bezw. nach der tatsächlichen Begünstigung der Klägerin müsste, wenn nur die im

vorliegenden Urteil festgestellten Tatsachen berücksichtigt würden, verneint werden. Denn einerseits ist nicht behauptet worden und auch auf Grund der Akten nicht anzunehmen, dass der im « Kauf- und Mietvertrag » vom 30. September 1911 festgesetzte « Kaufpreis » von 42,000 Fr. in einem irgendwie erheblichen Missverhältnis zum wirklichen Werte des « Kaufobjektes » gestanden habe; andererseits aber würden, wenn der vorinstanzliche Tatbestand vollständig wäre, der Zweck und auch die Wirkung des Vertrages darin bestanden haben, dem « Verkäufer » das für den Weiterbetrieb der Wirtschaft nötige Betriebskapital zu verschaffen, da ja der grösste Teil des « Kaufpreises », nämlich ein Betrag von 31,073 Fr. 50 Cts., dem « Verkäufer » sofort « vollständig und zwar im barem Gelde ausbezahlt » worden wäre. Erschiene es nun auch nicht ganz zutreffend, in einem solchen Falle von der « Umwandlung eines unproduktiven Aktivums in Betriebskapital », bzw. von der « Flüssigmachung unproduktiver Vermögenswerte » zu sprechen, wie es die Vorinstanz tut (weil das Wirtschaftsmobiliar und die Kellervorräte, solange sie dem Wirt gehörten, dieser also für das Mobiliar keinen Mietzins zu zahlen hatte und den Erlös der Weine für sich behalten konnte, gewiss keine « unproduktive Werte » darstellten), so würde doch immerhin die Ersetzung eines investierten durch ein völlig liquides Aktivum vorgelegen haben, was an sich noch keine Schädigung der Masse bedeutet haben würde.

Aus den Akten ergibt sich nun aber, dass tatsächlich jene 31,073 Fr. 50 Cts. dem « Verkäufer » Lang nicht « sofort in bar ausbezahlt » worden sind, und dass auch die am 24. Januar 1912 in Gegenwart des Lang dem Fürsprech S. ausbezahlten 26,990 Fr. 10 Cts. keinen Augenblick zur freien Verfügung des Lang gestanden haben, sondern dass S. im voraus angewiesen worden war, daraus zwei von der Klägerin verbürgte alte Schulden des Lang, sowie eine von diesem gegen-

über der Klägerin selbst eingegangene Schuld zu tilgen. Insoweit also in dem vorinstanzlichen Urteil die tatsächliche Feststellung zu erblicken sein sollte, dass Lang die 31,073 Fr. 50 Cts. am 30. September 1911 wirklich behändigt habe, müsste diese Feststellung als aktenwidrig erklärt werden. Wird dagegen angenommen, die Vorinstanz habe die Frage, wann und unter welchen Umständen jene Summe ausbezahlt worden sei, als unerheblich betrachtet und aus diesem Grunde darüber nichts festgestellt, so ist es Sache des Bundesgerichts, den kantonalen Tatbestand in der angegebenen Richtung zu ergänzen, da dies ohne weiteres auf Grund der Akten geschehen kann. In beiden Fällen ist somit davon auszugehen, dass Lang von dem « Kaufpreis » von 42,000 Fr. nicht nur, wie es im « Kaufvertrag » heisst, einen Betrag von 10,926 Fr. 50 Cts., sondern überhaupt alles zur Tilgung solcher Schulden verwendet hat und zu verwenden gezwungen war, die entweder von der Klägerin verbürgt oder direkt ihr gegenüber kontrahiert worden waren. Alsdann aber kann die Frage, ob die Konkursmasse geschädigt worden sei, nicht deshalb verneint werden, weil der « Kauf- und Mietvertrag » vom 30. September 1911 an sich noch keine solche Schädigung bewirkt habe. Nach feststehender Praxis (vergl. JAEGER, Anm. 3 zu Art. 288, S. 387 i. d. M. und BGE 39 II S. 375 ff. Erw. 4*) genügt für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung auch ein bloss mittelbarer Zusammenhang mit der tatsächlich eingetretenen Schädigung der Konkursmasse, sofern jene Rechtshandlung die Voraussetzung für diese Schädigung bildete und die beteiligten Personen sich des Zusammenhangs zwischen beiden bewusst waren oder bewusst sein mussten. Im vorliegenden Falle hat nun aber tatsächlich nur der « Kaufvertrag » vom 30. September 1911 dem Gemeinschuldner es ermöglicht, die verhältnismässig hohe Summe von 31,073 Fr. 50 Cts. zur Befriedigung der Klägerin und

* Sep.-Ausg. 16 S. 231 ff.

zu ihrer Befreiung von Bürgschaftsschulden zu verwenden; denn, dass Lang damals zum mindesten über keine andern flüssigen Vermögenswerte von Belang mehr verfügte, ist unbestritten und ergibt sich übrigens gerade aus dem angefochtenen Vertrag, durch welchen der Genannte das Letzte veräusserte, dessen ein Wirt sich zu entledigen pflegt: sein Wirtschaftsmobiliar und seine Kellervorräte. Was aber das Bewusstsein von dem Zusammenhang zwischen dem « Kaufvertrag » und der Verwendung des Kaufpreises zur Befriedigung, bezw. Befreiung der Klägerin betrifft, so kann keinem Zweifel unterliegen, dass dieses Bewusstsein bei beiden Kontrahenten vorhanden war; denn einerseits ist nicht ersichtlich, welches Interesse die Klägerin an der Erwerbung des Wirtschaftsmobiliars und gar der Kellervorräte gehabt haben würde, wenn sie deren vollen Gegenwert in bar zu zahlen gehabt hätte, andererseits aber ist klar, dass Lang am 30. September 1911 für die ihm feststehendermassen damals nicht bezahlte Kaufpreisrestanz von über 30,000 Fr. nicht quittiert haben würde, wenn nicht von vornherein abgemacht gewesen wäre, dass der gesamte « Kaufpreis » zur Befriedigung der Klägerin für ihre Forderungen, bezw. zu ihrer Befreiung von ihren Bürgschaften bestimmt sei. Diese Absicht der ausschliesslichen Verwendung des « Kaufpreises » zu Gunsten der Klägerin war dermassen ausgeprägt und bildete so sehr die Richtschnur für das ganze weitere Verhalten der Kontrahenten, dass diese mit der Abrechnung sogar zuwarteten, bis die ungedeckten Forderungen der Klägerin an Lang zusammen mit den von ihr verbürgten Bankschulden auch wirklich den vollen Betrag der « Kaufpreisrestanz » erreichten. Weil dies erst Anfangs 1912 der Fall war, nachdem vom 30. September bis 31. Dezember 1911 noch 4562 Fr. 55 Cts. an Lokalmiete und 1324 Fr. 95 Cts. an « Mobiliarmietzins » aufgelaufen waren, wurde die Abrechnung erst im Januar 1912 vorgenommen und

dadurch verhindert, dass auch nur ein einziger Franken anders als im Interesse der Klägerin verwendet werde. Der Zusammenhang zwischen dem « Kauf- und Mietvertrag » vom 30. September 1911 einerseits und der am 24. Januar 1912 bewerkstelligten nahezu vollständigen Befriedigung der Klägerin für ihre eigenen Forderungen, sowie ihrer Befreiung von der durch sie eingegangenen Bürgschaften andererseits ist somit vorhanden, und es haben sich auch die Kontrahenten über diesen Zusammenhang sehr wohl Rechenschaft gegeben. Sind aber darnach bei der Frage, ob die Konkursmasse geschädigt worden sei, nicht nur die Wirkungen des « Kauf- und Mietvertrages » vom 30. September 1911 als solchen, sondern namentlich auch diejenigen der am 24. Januar 1912 vorgenommenen Abrechnung zu berücksichtigen, so bedarf es keiner Ausführung, dass die Konkursmasse tatsächlich geschädigt worden ist; denn durch jene Rechtshandlungen ist ihr der volle Gegenwert des Wirtschaftsmobiliars und der Kellervorräte, also ein Betrag von ungefähr 40,000 Fr., entzogen worden.

3. — Bei der weitem Frage, ob diese Schädigung der Masse, bezw. die ihr entsprechende Begünstigung der Klägerin beabsichtigt gewesen sei, ist insofern zwischen den beiden Kontrahenten zu unterscheiden, als angenommen werden kann, dass für den Gemeinschuldner Lang die Begünstigung der Klägerin wohl nicht Selbstzweck war, da sein Hauptgläubiger, der dadurch voraussichtlich in erster Linie geschädigt wurde, seine eigene Ehefrau war. Es ergibt sich denn auch aus den Akten, dass nicht er jene Begünstigung vorgeschlagen hatte, sondern dass sie ihm von der Klägerin, die mit der Aufhebung des Mietvertrages drohte, aufgezwungen worden ist. Indessen genügt es für die Annahme einer Schädigungs-, bezw. Begünstigungsabsicht im Sinne des Art. 288 SchKG, wenn der Gemeinschuldner wusste oder wissen musste, dass die

betreffende Rechtshandlung eine Schädigung der Masse, bzw. eine Begünstigung einzelner Gläubiger herbeiführen werde oder herbeiführen könne. Diese Voraussetzung aber trifft im vorliegenden Falle zu. Sowohl Lang persönlich als seine Ehefrau haben in ihren, vom kantonalen Richter nicht beanstandeten Zeugenaussagen die in der Hauptverteidigung aufgestellte Behauptung, dass Lang tatsächlich schon im Frühjahr 1911 insolvent war und dass jedenfalls im September 1911 bereits auch eine Unterbilanz bestand, bestätigt. Das Letztere ergibt sich auch aus dem bei den Akten liegenden, von der Vorinstanz selber als massgebend betrachteten Expertengutachten, wonach die Unterbilanz sogar volle 30,000 Franken betrug. Es besteht nämlich kein Grund, bei der Frage, ob Lang überschuldet war, die unter den Passiven figurierende Frauengutsforderung von ebenfalls 30,000 Fr. nicht mitzurechnen; denn im Konkurse hat die Ehefrau zum mindesten ebensowohl wie die andern Gläubiger (soweit sie nämlich nicht sogar privilegiert ist) Anspruch auf verhältnismässige Befriedigung. Desgleichen ist auch nicht einzusehen, warum bei der Frage, ob eine Unterbilanz vorhanden war, die damaligen Forderungen der heutigen Klägerin nicht mitberücksichtigt werden sollten. Bestand nämlich eine Unterbilanz unter der Voraussetzung, dass einerseits die Forderungen der Klägerin unter die Passiven, anderseits das Wirtschaftsmobiliar und die Kellervorräte unter die Aktiven gestellt wurden, so blieb diese Unterbilanz genau die gleiche, wenn die Forderungen der Klägerin mit dem entsprechenden Teil des « Kaufpreises » für Mobiliar und Vorräte verrechnet wurden, wie dies, teils schon am 30. September 1911, teils erst am 24. Januar 1912, tatsächlich geschehen ist; ja das Missverhältnis zwischen Aktiven und Passiven wurde in diesem Falle für die übrigen Gläubiger nur noch grösser. Übrigens war nach dem Expertengutachten (wegen der Minderwertigkeit der unter den Aktiven

figurierenden, zum Nominalwert eingesetzten Aktien der Kurhaus Schänzli-Aktiengesellschaft) die Überschuldung Langs im Herbst 1911 sogar noch um « einige tausend Franken » grösser, als jene 30,000 Fr.

War somit Lang zur kritischen Zeit offenbar überschuldet, und wusste er dies oder musste er es wissen, so musste er sich auch darüber Rechenschaft geben, dass die von der Klägerin ihm zugemutete « Abtretung seines gesamten Wirtschaftsmobiliars und des grössten Teils seiner Kellervorräte seinen übrigen Gläubigern zum Schaden gereichen werde. Eine Begünstigungsabsicht im Sinne des Art. 288 SchKG war also auf seiner Seite vorhanden.

4. — Noch deutlicher erhellt aus den Akten die Absicht der Klägerin, sich auf Kosten der übrigen Gläubiger schadlos zu halten. Ihr ganzes Verhalten lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass sie die missliche Situation Langs mindestens ebensogut kannte, wie dieser selbst. Dabei ist namentlich von Bedeutung, dass Lang schon wiederholt die Hilfe der Klägerin hatte anrufen müssen und dass diese Hilfe ihm bereits zweimal nur gegen « Abtretung » seines Wirtschaftsmobiliars gewährt worden war; sodann, dass das Defizit, statt allmählich amortisiert zu werden, im Gegenteil immer grösser wurde; weiterhin, dass beim Abschluss des « Kauf- und Mietvertrages » vom 30. September 1911 sogar die Aufnahme des in den frühern « Abtretungsverträgen » enthaltenen « Rückkaufsrechtes » für überflüssig befunden wurde (offenbar deshalb, weil nunmehr jede Hoffnung auf eine Sanierung der Verhältnisse Langs aufgegeben worden war). Charakteristisch ist auch, dass Lang nun nicht mehr, wie früher, nur das Wirtschaftsmobiliar, sondern sogar den grössten Teil seiner Kellervorräte abtreten und sich dadurch eines für ihn sehr wesentlichen Betriebsmittels entblössen musste; ferner, dass die Klägerin schon im Juni desselben Jahres darauf gehalten hatte, den von Lang mit der Aktiengesellschaft

Hôtel de Musique abgeschlossenen Mietvertrag auf sich selbst übertragen zu lassen; des weitern, dass Lang sich in dem Untermietvertrag verpflichten musste, den Mietzins entgegen der Ortsübung monatlich und zwar prae-numerando (jeweilen auf den 5. des laufenden Monats) zu entrichten, u. s. w. — alles Umstände, die deutlich darauf hinweisen, dass die Klägerin die schlechte Vermögenslage des nachmaligen Gemeinschuldners sehr wohl kannte und gerade, weil sie sie kannte, auf dem « Verkauf » des Wirtschaftsmobiliars und der Kellervorräte so hartnäckig bestand.

5. — Da nach den vorstehenden Ausführungen die Klage jedenfalls gestützt auf Art. 288 SchKG abzuweisen ist, bedarf es keiner Untersuchung der Frage, ob auch Art. 202 alt OR zu diesem Resultate geführt haben würde.

Ebensowenig bedarf es eines Eintretens auf die Frage, ob die Klägerin kraft Vermieterretentionsrechtes auf den Erlös des Wirtschaftsmobiliars oder einen Teil davon hätte Anspruch erheben können; denn im vorliegenden Prozesse hat sie ausdrücklich nur ihr vermeintliches Eigentumsrecht geltend gemacht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des bernischen Appellationshofes vom 10. Juni 1914 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

72. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Oktober 1914

i. S. Kramer, Beklagter,
gegen Cohn & Kreh und Konsorten, Kläger.

Anfechtung einer vom Gemeinschuldner unmittelbar vor Konkursausbruch vorgenommenen, vom Angewiesenen ebenfalls noch vor Konkursausbruch angenommenen, jedoch erst nach Konkursausbruch honorierten Anweisung. Unanwendbarkeit des Art. 204 SchKG auf diesen Fall; Anwendbarkeit des Art. 288 gegenüber dem über die Vermögenslage des Anweisenden orientierten Anweisungsempfänger.

A. — Die Firma Wüthrich & C^{ie} in Herzogenbuchsee, als deren Rechtsnachfolger der Beklagte den vorliegenden Prozess führt, hatte eine unbestrittene, fällige Forderung von 5800 Fr. an den Baumeister Fieber in Zürich. Am 17. September 1908 liess sie durch Rechtsanwalt W... in Zürich auf Grund vorangegangener Wechselbetreibung für jene Forderung das Konkursbegehren gegen Fieber stellen. Am 25. September, als die Konkurseröffnung unmittelbar bevorstand, stellte Fieber dem genannten Rechtsanwalt eine zu Gunsten von Wüthrich & C^{ie} lautende Anweisung auf die Leihkasse Neumünster im Betrage von 5925 Fr. (= jenen 5800 Fr. nebst Zinsen und Spesen) aus. Fieber hatte bei der genannten Bank einen Baukredit, der aber damals erschöpft war. Rechtsanwalt W... erhielt deshalb auf seine Anfrage bei der Leihkasse, ob die Anweisung honoriert werde, vorderhand einen abschlägigen Bescheid. Als ihr jedoch Fieber am 30. September neue Schatzungsscheine vorlegte, wonach der ihm gewährte Kredit sich um 24,000 Fr. erhöhte, « schrieb » die Bank der Firma Wüthrich & C^{ie}, ohne irgendwelche Anzeige an sie, Rechtsanwalt W... oder Fieber, den Betrag von 5925 Fr. « gut », und zwar auf einem zu diesem Zwecke angelegten « Konto » (das jedoch bloss auf einer freigebliebenen Stelle eines ältern Geschäftsbuches angebracht wurde); gleichzeitig « belastete » sie diesen