

um so mehr auffallen, daß Spicker ihr doch nur annähernd den Betrag ihrer Frauengutsforderung aushändigte, und anderseits bedurfte es, wenn die Verhältnisse Spickers wirklich geordnete waren, auch angesichts der Möglichkeit eines baldigen Todes, keiner Rückzahlung des Frauengutes, da dieses im Todesfall einfach der Hinterlassenschaft zu entnehmen war.

Sollten aber auch all diese Umstände nicht als hinreichend betrachtet werden, um die Annahme zu rechtfertigen, es habe die Beklagte die Begünstigungsabsicht Spickers tatsächlich gekannt, so ergibt sich aus denselben doch jedenfalls soviel, daß diese Begünstigungsabsicht erkennbar war, zumal wenn die Beklagte, wie dies unter derartigen Verhältnissen ihre Pflicht war, über das eigentümliche Vorgehen Spickers von diesem Aufklärung verlangte. Nach der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 288 SchKG bedarf es aber keines tatsächlichen Erkennens der Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht, sondern es genügt die Erkennbarkeit einer solchen Absicht.

6. Was endlich die Berufung der Beklagten auf § 18 des luzernischen Gesetzes über die eheliche Vormundschaft vom 25. November 1880 betrifft, so kann allerdings nach dieser Bestimmung dem Ehemann unter Umständen die Pflicht erwachsen, das Frauengut sicherzustellen. Allein es ist klar, daß im Falle einer Kollision zwischen dieser auf dem kantonalen Rechte beruhenden Verpflichtung, einerseits, und den bundesgesetzlichen Vorschriften über die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, anderseits, die letzteren vorgehen müßten (vergl. US 23 S. 341). Des fernern ist es aber auch gar nicht richtig, daß im vorliegenden Falle Spicker, als er seiner Ehefrau die Gülden übergab, der Vorschrift von § 18 des zitierten kantonalen Gesetzes nachgekommen sei. Denn einmal lag keine Verfügung des Heimatgemeinderates vor, wie jene Bestimmung voraussetzt, und sodann ist namentlich zu beachten, daß der Vorschrift, wonach „die betreffenden Vermögenstitel in die Depositalkasse einzulegen“ sind, weder seitens des Spicker, noch seitens seiner Ehefrau nachgelebt worden ist, sondern daß Spicker, der ja auf die Ausübung der ehelichen Vormundschaft nicht verzichtete, nach wie vor die Verfügung über die Titel behielt. Von einer Sicherstellung im Sinne von § 18 des luzernischen Gesetzes über die eheliche Vormundschaft kann unter solchen Umständen gewiß nicht gesprochen

werden, ganz abgesehen davon, daß eine Tilgung der Frauengutsforderung bezweckt war, ein Anspruch auf Rückerstattung des Frauengutes aber nach § 21 des mehrerwähnten Gesetzes erst bei Beendigung der ehelichen Vormundschaft besteht. Die Berufung auf dieses Gesetz geht somit in jeder Beziehung fehl.

7. Die prinzipielle Begründetheit der vorliegenden Anfechtungsklage hat ohne weiteres die Gutheißung der beiden ersten klägerischen Rechtsbegehren zur Folge. Dagegen liegt keine Veranlassung vor, schon heute darüber zu entscheiden, was zu geschehen habe, falls die fraglichen Gülden „nicht binnen 10 Tagen seit Rechtskraftibeschreibung des Urteils in natura restituiert werden sollten“. Auf das dritte Rechtsbegehren der Klage ist daher nicht einzutreten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheißen, daß die Aushängung der Gülden auf Hotel Rigi in Weggis im Gesamtbetrage von 16,400 Fr. durch Kilian Spicker an die Beklagte gegenüber der Klägerin ungültig erklärt und die Beklagte verurteilt wird, diese Gülden zur betriebsrechtlichen Befriedigung der Klägerin für ihre Forderung von 9357 Fr. 75 Cts. nebst Zins der Pfändung zu unterstellen. Auf das dritte Klagebegehren wird nicht eingetreten.

101. Urteil vom 7. Dezember 1907

in Sachen **Bürki & Cie.**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Konkursmasse Zurbuchen, Vekl. u. Ver.-Vekl.

Anfechtungsklage, Deliktspauliana, Art. 288 SchKG. Mittelbare Schädigung; Zusammenhang der Schädigung mit der angefochtenen Rechtshandlung. Begünstigungsabsicht und Erkennbarkeit dieser Absicht. (Pfandbestellung für ein Darlehen, das zu Gunsten des Pfandbestellers zu verwenden ist.)

A. Durch Urteil vom 14. Juni 1907 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (II. Abteilung) über das Rechtsbegehren der Klägerin:

„Die klägerische Firma ist im Konkurs des Peter Zurbuchen

„in Bern mit ihrer laut Pfandobligation vom 25. Juli 1904
 „(eingeschrieben am 4. August 1904 in Bern — Grundbuch
 „Nr. 256 Fol. 153) grundpfandversicherten Forderung von
 „30,000 Fr. nebst Zins à 4% vom 1. Juli 1904 an als
 „Gläubigerin anzuerkennen, aus dem Ergebnisse der Verwertung
 „des Pfandes, Besitzung Nr. 4 am Ulmenweg in der Lorraine,
 „nebst zudienendem Waldweg, Hausplatz und Umschwung (Ka-
 „tasterparzelle 264 II Flur J) ihrem Pfandrechtsränge entspre-
 „chend vorweg zu bezahlen und für den vom Erlös des Pfandes
 „allfällig nicht gedeckten Rest der Forderung in Klasse V zu kol-
 „lozieren, und es ist der Kollokationsplan im genannten Konkurs
 „im Sinne dieser Begehren abzuändern“ —
 erkannt:

1. Der Klägerin wird ihr Klagsbegehren insoweit zugesprochen,
 als sie im Konkurse des Peter Zurbuchen

a) für einen Betrag von 3986 Fr. 90 Cts. nebst Zins zu
 4% seit 1. Juli 1904 vorweg, ihrem Pfandrechtsränge ent-
 sprechend, aus dem Erlöse der Besitzung Nr. 4 am Ulmenweg in
 der Lorraine (Bern) nebst zudienendem Waldweg, Hausplatz und
 Umschwung (Katasterparzelle 264 II Flur J) zu befriedigen ist;

b) für einen Betrag von 26,013 Fr. 10 Cts. nebst Zins zu
 4% seit 1. Juli 1904 bis zum 13. Oktober 1904 sowie den
 allfällig aus dem Pfanderlöse nicht gedeckten Betrag der vor-
 stehend als pfandversichert zugelassenen Forderung im Kolloka-
 tionsplan in Klasse V anzuweisen ist.

2. Soweit das Klagsbegehren weiter geht, ist dasselbe abge-
 wiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Be-
 rufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag:

Es sei das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß die Klä-
 gerin im Konkurse des Peter Zurbuchen mit ihrer ganzen laut
 Pfandobligation vom 25. Juni 1904 grundpfandversicherten For-
 derung als Pfandgläubigerin zuzulassen und dem vertraglichen
 Pfandrechtsränge entsprechend aus dem Ergebnisse der Verwertung
 des Pfandes, Besitzung Nr. 4 am Ulmenweg in der Lorraine
 nebst Zubehörden, vorweg zu bezahlen und für den vom Erlös
 des Pfandes allfällig nicht gedeckten Rest der Forderung in

Klasse V zu kollozieren ist, und es sei der Kollokationsplan in
 genanntem Konkurs dementsprechend abzuändern.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klä-
 gerin seine Berufungsanträge erneuert.

Der Vertreter der Beklagten hat auf Bestätigung des angefoch-
 tenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Unter der Firma Zurbuchen & Cie. bestand in Bern vom
 Jahre 1898 bis 1904 eine Käsehandlung en gros. Teilhaber der
 Firma waren ursprünglich Peter Zurbuchen und dessen Söhne
 Fritz und Samuel Zurbuchen, von 1902 — nach dem Tode des
 Fritz Zurbuchen — bis 1904 Peter und Samuel Zurbuchen.
 Am 8. April 1904 starb auch Samuel Zurbuchen. Über die
 Firma Zurbuchen & Cie. wurde dann am 31. August 1904 der
 Konkurs eröffnet und am 13. Oktober 1904 wurde auch über
 Peter Zurbuchen persönlich der Konkurs erkannt. Im Konkurse
 des Peter Zurbuchen hat die Klägerin die aus dem Klagsbegehren
 ersichtliche Eingabe gemacht, die von der Konkursverwaltung ab-
 gewiesen worden ist. Mit dem Rechtsgrunde dieser Eingabe ver-
 hält es sich folgendermaßen: Die klägerische Gesellschaft, Bürki
 & Cie., ebenfalls Käsehandlung in Bern, deren Teilhaber die
 Nefen der Frau Peter Zurbuchen sind, stand mit Zurbuchen & Cie.
 seit längerer Zeit in Geschäftsverkehr. Sie war u. a. Bürge für
 einen Wechsel der Gesellschaft Zurbuchen & Cie. von 30,000 Fr.,
 ausgestellt am 29. Oktober 1904, und für einen weiteren von
 12,000 Fr., fällig per 15. Juni 1904. Der 30,000 Fr.-Wechsel
 wurde am 26. Februar 1904 in der Weise erneuert, daß ein
 Wechsel von 25,000 Fr., fällig per 30. Juni 1904 unterzeichnet
 von Zurbuchen & Cie. als Schuldnerin und von Bürki & Cie.
 sowie A. Strübi als Bürgen, ausgestellt wurde; 5000 Fr. nebst
 Zinsen wurden der Gläubigerin bar bezahlt. Der am 15. Juni
 1904 fällige Wechsel von 12,000 Fr. wurde am 16. gleichen
 Monats bar getilgt; die Klägerin hatte vorher an Peter Zur-
 buchen (oder an Zurbuchen & Cie.) 1013 Fr. 10 Cts. gegeben,
 welche zur Deckung des Wechsels verwendet wurden. Am 29. Juni
 1904 zahlte die Klägerin an Peter Zurbuchen weitere 3986 Fr.
 90 Cts. und am 1. Juli 25,000 Fr. Der am 30. Juni 1904

fällige 25,000 Fr.-Wechsel wurde hierauf von Zurbuchen & Cie. bezahlt. Für die Zahlungen von insgesamt 30,000 Fr. stellte Peter Zurbuchen am 1. Juli 1904 folgende Interimskquittung aus: „Der unterzeichnete Peter Zurbuchen, Käsehändler, in Bern, „anerkennt hiermit, den Herren Bürki & Cie., Käsehandlung, in „Bern, für ein heute in bar erhaltenes Darlehen die Summe „von 30,000 Fr., dreißigtausend Franken, schuldig zu sein, zins- „bar ab 1. Juli 1904 à 4 0/0. Hiefür erklärt der Unterzeichnete, „den Gläubigern eine Pfandobligation zu errichten auf seine Be- „sitzung Ulmenweg 4 in Bern und zwar im Nachgang zu einer „I. Hypothek von 24,000 f. G. des Zieglerhospital in Bern. So- „halb der daheringe Forderungs- und Pfandrechtszitel erstellt ist, „und den Gläubigern übergeben ist, fällt gegenwärtige Interims- „quittung dahin. Bern, den 1. Juli 1904. Sig. P. Zurbuchen.“ Am 25. Juli 1904 ließ sodann Peter Zurbuchen zu Gunsten der Firma Bürki & Cie. in den gesetzlichen Formen eine Pfandobligation auf seine Besitzung Nr. 4 am Ulmenweg zu Bern für ein erhaltenes Darlehen von 30,000 Fr. nebst Zins zu 4 1/2 0/0 ab 1. Juli 1904 errichten. Diese Pfandobligation ist es, deren Kollokation die Klägerin mit der vorliegenden Klage geltend gemacht hat.

2. Die Beklagte hatte ursprünglich sowohl das Pfandrecht als die Forderung bestritten, indem sie sich auf Simulation und Art. 287 Ziff. 1 SchKG stützte. Die erste Instanz hat das Pfandrecht im gesamten Umfange als ungültig erklärt, gestützt auf Art. 287 Ziff. 1 SchKG, dagegen die Forderung der Klägerin in V. Klasse zugelassen. Auf Appellation beider Parteien hin hat die zweite Instanz das aus Fakt. A ersichtliche, nun von der Klägerin angefochtene Urteil gefällt. Es beruht auf der Auffassung, daß das Pfandrecht für einen Betrag von 26,013 Fr. 10 Cts. anfechtbar sei gemäß Art. 288 SchKG. Denn dieser Betrag (25,000 Fr. und 1013 Fr. 10 Cts.) sei von der Klägerin gegeben worden zur Tilgung der beiden von ihr verbürgten, am 15. und 30. Juni 1904 fälligen Wechsel. Die Errichtung des Pfandrechts für diese Leistung bedeute eine Begünstigung der Klägerin, sie sei auch in — und zwar in der Klägerin erkennbarer — Begünstigungsabsicht erfolgt. Errichtung des Pfandrechts,

Hingabe des Darlehens und Zahlung der Wechsel haben nach Ansicht der Vorinstanz ein einheitliches, zusammenhängendes Rechtsgeschäft gebildet, sodas die Pfanderichtung anfechtbar ist.

3. Nachdem die Beklagte sich beim Urteil der Vorinstanz beruhigt, das die Forderung der Klägerin im ganzen Umfange und das Pfandrecht für den Betrag von 3986 Fr. 90 Cts. nebst Zins zugelassen hat, ist vom Bundesgericht nur zu prüfen, ob das Pfandrecht in dem weiteren von der Klägerin beanspruchten Maße zuzulassen sei. Die von der Beklagten ursprünglich erhobenen Einreden der Simulation und der Anfechtbarkeit aus Art. 287 Ziff. 1 SchKG fallen damit außer Erörterung, und die Begründetheit des klägerischen Anspruches ist nur noch auf Grund des Art. 288 SchKG zu untersuchen. Dabei ist vorab für das Bundesgericht vollständig unerheblich, daß die Beklagte den Art. 288 SchKG in ihren Rechtschriften nirgends angerufen hat. Abgesehen davon, daß die Rechtsrörterungen nach bern. Prozeßrecht in den mündlichen Vortrag gehören und daß die Klägerin vor Bundesgericht keineswegs darauf abgestellt hat, die Beklagte habe die genannte Gesetzesbestimmung nicht angerufen, ist es eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes, ob die Vorinstanz den Art. 288 als Entscheidungsnorm heranziehen konnte, obschon die Beklagte ihn nicht besonders angerufen hat. Übrigens hat die Beklagte jedenfalls rechtsgenüßlich alle Tatsachen geltend gemacht, die die Anwendung der genannten Bestimmung rechtfertigen, und das genügt vom Standpunkt des Bundesrechtes aus zu deren Anwendbarkeit.

4. Nach dem gesagten hat das Bundesgericht zunächst davon auszugehen, daß die Klägerin an Peter Zurbuchen ein Darlehen von 30,000 Fr. gegeben hat und daß für dieses Darlehen die angefochtene Hypothek errichtet worden ist. Damit die Pfanderichtung anfechtbar sei, ist vor allem erforderlich, daß sie eine Schädigung der Gläubiger des Peter Zurbuchen und eine Begünstigung der Klägerin bewirkt habe. Der Standpunkt der Klägerin ist nun der, eine allfällige Schädigung sei nicht durch die Hingabe des Darlehens und die Errichtung des Pfandes, sondern durch die Verwendung des Darlehens erfolgt; diese stelle sich aber als ganz selbständige Rechtshandlung dar, die mit der Hingabe

des Darlehens in keinem Zusammenhange stehe. Die Vorinstanz hat sich grundsätzlich auf den Boden, daß zur Anfechtbarkeit ein derartiger Zusammenhang erforderlich sei, gestellt, und das entspricht der Rechtsansicht des Bundesgerichts gemäß den Urteilen BGE 29 II S. 391 f., 31 II S. 330 Erw. 7 und 33 II S. 193 Erw. 4. Dabei ist mit der neuern, im letztgenannten Urteile zum Ausdruck gekommenen Praxis nicht sowohl darauf abzustellen, daß das vom Anfechtungsbeklagten und dem Gemeinschuldner zunächst gewollte Geschäft und die die Schädigung unmittelbar herbeiführende Rechts-handlung ein im Rechtssinne einheitliches Rechtsgeschäft sein muß, vielmehr besteht ein genügender Zusammenhang auch dann, wenn bei rechtlicher Selbstständigkeit beider Geschäfte (wie pfandversichertes Darlehen einerseits und Zahlung anderer Schulden andererseits) das zweite die Schädigung unmittelbar verursachende beim Abschluß des ersten vom Anfechtungsbeklagten gewollt oder doch als Folge des ersten vorausgesehen wurde. Wenn damit die Anfechtbarkeit der ersten Handlung allerdings nicht allein von dieser Handlung abhängig gemacht wird, sondern erst von einer nachfolgenden, so besteht hiegegen in denjenigen Fällen kein Bedenken, in denen diese nachfolgende Handlung als notwendige Folge vorausgesehen und damit vom Willen des die erste Handlung Ausführenden mitumfaßt wurde. Daß diese mittelbare Folge der ersten Rechts-handlung von den Parteien gewollt war, ist nun nach den gesamten Umständen zu beurteilen. Der Gläubiger, der wie hier dem Schuldner ein Darlehen gewährt, damit es der Schuldner im Interesse des Gläubigers verwende, wird selten dem Schuldner eine ausdrückliche Verpflichtung zu dieser Verwendung des Darlehens auferlegen; gewöhnlich wird nur aus den begleitenden Umständen darauf zu schließen sein, daß eine solche Verpflichtung gemeint war. Namentlich wird dann, wenn der Darlehensgeber wußte, daß das Geld zu diesem Zwecke verwendet werden sollte, auch anzunehmen sein, daß es nur zu diesem Zwecke hingegeben wurde, daß also die die Gläubiger schädigende Verwendung auch vom Darlehensgeber gewollt war. Im vorliegenden Falle steht tatsächlich fest, daß die Verwendung des Darlehens zur Zahlung der verbürgten Wechsel-schulden dem Darlehensgeber bekannt war. Aber außerdem

ergibt sich aus den Akten (Zeugnis des Notars Schmid), daß sich die Geschäftsparteien wohl bewußt waren, daß es sich bei der ganzen Rechts-handlung um ein Umgehungs-geschäft handle, das zwar so wie geschlossen gewollt, also nicht simuliert war, aber doch den einfacheren und allein beabsichtigten Erfolg verdeckte. Eigentlich hätte, wie Zurbuchen dem Notar bestätigte, die Klägerin den Wechsel einlösen sollen; nur um den bösen Schein zu meiden, wurde vorgesehen, daß Zurbuchen das Geld bei der Klägerin erhebe und den Wechsel selber einlöse. Daraus ergibt sich auch, daß dem Zurbuchen die Art der Verwendung des so erhobenen Darlehenskapitals durchaus nicht freistand. Das folgt auch aus der Erwägung, daß die Klägerin vernünftigerweise ihrem Schuldner, der ihnen die Unfähigkeit, ihren Wechsel einzulösen, bekannte, niemals ein Darlehen zu beliebiger Verwendung gemacht hätte, sondern daß sie sich selbstverständlich nur zur Deckung ihrer Forderung unter den gegebenen Umständen zu einer solchen Darlehens-gewährung verstand. An dem nach Vorstehendem anzunehmenden Zusammenhange zwischen der Darlehens-hingabe und deren Verwendung kann der Umstand nichts ändern, daß die verbürgten und aus dem Darlehen bezahlten Wechsel Schulden der Kollektivgesellschaft Zurbuchen & Cie. waren. Denn einmal war diese Gesellschaft in Folge Todes eines Gesellschafters aufgelöst und die Haftung jedes einzelnen Gesellschafters für die Schulden der aufgelösten Gesellschaft deshalb begründet (Ort 564 Abs. 3). Außerdem aber würde auch nur die eventuelle Haftung des Pfandbestellers Peter Zurbuchen hinter einer Gesellschaft genügen, um unter den gegebenen Umständen, namentlich beim vorausgesehenen Konkurs der Gesellschaft, den Schluß zu rechtfertigen, daß die geschehene Verwendung des Darlehens zur Zahlung der Wechsel der Gesellschaft von den Parteien des Darlehens-geschäftes gewollt war. Der Zulässigkeit der Anfechtung solcher unmittelbar schädigender Handlungen steht auch nicht entgegen, daß die zweite Handlung, hier die Zahlung der Wechsel-schuld von Zurbuchen & Cie., beim Obliegen des Anfechtungs-klägers in ihren Folgen nicht rückgängig gemacht werden kann und soll. Es genügt, wenn der Anfechtungsbeklagte seinen Vorteil restituiert resp. das Pfand verliert, wogegen ihm der Anspruch aus Bürgschafts-regreß wieder zukommt,

den er ohne die anfechtbare Rechts-handlung gehabt hätte. Sollte er dabei einen Negreß auf seinen Mitbürgen verloren haben, was hier nicht zu entscheiden ist, so kann er doch diese Folge seiner anfechtbaren Handlung nicht als Argument gegen die Zulässigkeit der Anfechtung verwenden.

5. Für die Anfechtbarkeit ist weiter erforderlich, daß Peter Zurbuchen in Benachteiligungsabsicht gehandelt habe. In dieser Beziehung ist von der Vorinstanz festgestellt — was übrigens ohne weiteres feststeht —, daß zur Zeit der Pfanderrichtung der Zusammenbruch sowohl des Peter Zurbuchen als der Firma Zurbuchen & Cie. nahe bevorstand. Für die Beurteilung der Situation des Peter Zurbuchen müssen auch die Geschäftsschulden von Zurbuchen & Cie. herbeigezogen werden, da Peter Zurbuchen für dieselben zur Zeit der Pfandbestellung schon haftete. Dagegen macht die Klägerin geltend, Peter Zurbuchen habe von seiner Vermögenslage keine Kenntnis gehabt, wofür sie sich darauf beruft, daß in der Gesellschaft Zurbuchen & Cie. seit einiger Zeit keine Bücherabschlüsse gemacht worden seien. Allein es ist klar, daß ein Kaufmann seine geschäftliche Lage auch ohne Buchabschluß überblickt; die Unterlassung von Abschlüssen erfolgt häufig gerade bei beginnendem Zerfall des Geschäftes. Des weitern ist festgestellt, daß sich Zurbuchen & Cie. in Zahlungsschwierigkeiten — speziell auch hinsichtlich der in Frage kommenden Wechsel — befanden, und daß sie in Triest an einer Gesellschaft G. Appolonio & Cie. einen Verlust von zirka 40,000 Fr. erlitten hatten, der auf die finanzielle Lage so stark einwirkte, daß sogar dem Buchhalter der Firma infolge dieses Verlustes zum Bewußtsein kam, daß die Firma unter ihren Sachen stehe (Zeugnis Vog). Endlich stellt die Vorinstanz fest, es sei dem Peter Zurbuchen bekannt gewesen, daß Samuel Zurbuchen unter Hinterlassung einer bedeutenden Schuldenlast gestorben sei. Alle diese Umstände rechtfertigen den Schluß, daß dem Peter Zurbuchen bei Errichtung des Pfandrechtes erkennbar sein mußte, daß dadurch eine Begünstigung der Klägerin und eine Schädigung der übrigen Gläubiger eintrete, daß also Benachteiligungsabsicht vorlag.

6. Als letztes Erfordernis der Anfechtbarkeit bleibt danach das Vorhandensein der Erkennbarkeit der Benachteiligungs- und Be-

günstigungsabsicht bei der Klägerin zu ermitteln. Nach dieser Richtung stellt die Vorinstanz tatsächlich fest, daß die Klägerin Kenntnis vom Verlust Appolonio hatte, sowie auch von dem Umstande, daß der Firma Zurbuchen & Cie. neue Betriebsmittel zugeführt werden mußten; weiter, daß sie wußte, daß Zurbuchen & Cie. den Wechsel von 25,000 Fr. in seinem ganzen Betrage nicht einlösen konnten, denjenigen von 12,000 Fr. nur unter Zuhilfenahme ihrer, der Klägerin, Mittel. Endlich führt die Vorinstanz noch aus, der Klägerin sei angeichts der Verwandtschaft zweifellos bekannt gewesen, daß Samuel Zurbuchen unter Hinterlassung eines bedeutenden Schuldenüberschusses gestorben war und dessen Verlassenschaft ausgeschlagen wurde. Der letztern Argumentation gegenüber verweist die Klägerin darauf, daß das Ergebnis des amtlichen Güterverzeichnisses erst am 8. August festgestellt und die Erbschaft erst am 30. August 1904 ausgeschlagen worden sei. Allein das steht der ausschlaggebenden Feststellung, daß die Klägerin Kenntnis vom Schuldenüberschuß hatte, nicht entgegen. Des weitern ist allerdings aus dem Ergebnis des Beweisverfahrens zu schließen, daß die Situation von Zurbuchen & Cie. allgemein als günstig angesehen wurde und daß der Zusammenbruch Uneingeweihten überraschend kam. Das schließt indessen die Schlüssigkeit jener Feststellungen der Vorinstanz für die Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht bei der Klägerin, zumal angeichts des Verwandtschaftsverhältnisses zu Peter Zurbuchen, nicht aus. Es kann auch nicht argumentiert werden, die Klägerin habe nur an eine vorübergehende Klemme von Zurbuchen & Cie. glauben können. Gerade die Art, wie die Wechseldeckung beschafft wurde, ist ein gewichtiges Indiz dafür, daß der Klägerin die Situation von Zurbuchen & Cie. und Peter Zurbuchen erkennbar war; mehr als Erkennbarkeit verlangt aber das Gesetz nicht. Daß die Klägerin mit ihrem Darlehen 3986 Fr. 90 Cts. mehr an Zurbuchen auszahlte, als zur Deckung der verbürgten Wechsel notwendig war, steht der Erkennbarkeit des nahen Zusammenbruchs nicht entgegen; sie konnte diese Mehrleistung angeichts der Pfanddeckung risikieren und ermöglichte außerdem der Firma dadurch einen größeren Teil ihrer eigenen Mittel an den einen der verbürgten Wechsel zu verwenden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 14. Juni 1907 in allen Teilen bestätigt.

102. Arrêt du 27 décembre 1907, dans la cause Desbiolles et Gillard, dem. et rec., contre Weber, def. et int.

Etat de collocation; action révocatoire. Art. 247, 250, 260, 285 et suiv. LP. — Lorsqu'un créancier conteste le rang auquel a été colloqué un autre créancier, l'art. 250 LP est seul applicable, et l'art. 260 n'entre pas en ligne de compte. — L'admission d'un créancier ne peut être contestée que dans le délai de 10 jours prévu par l'art. 250 et par l'action prévue dans cet article. — Distinction entre l'action révocatoire tendant à la fixation de la masse passive et celle concernant la masse active.

A. — Au printemps 1905, Adolphe Eggli, poëlier, conçut le projet de construire, à Bulle, un atelier avec maison d'habitation; il acheta de la commune un terrain pour le prix de 5000 fr. Son ancien patron, le défendeur Arthur Weber, de Bienne, consentit à lui prêter 8000 fr., dont 5000 furent versés, le 18 mars 1905, à la Caisse de la ville de Bulle et 3000 fr. à Eggli lui-même, par l'intermédiaire du notaire Morard.

La quittance de cette somme renferme la phrase suivante: « Reçu de M. Weber le montant de trois mille francs en » prêt qui sera constaté par un acte notarié de huit mille » francs avec hypothèque en premier rang », signé « Adolphe » Eggli. »

L'acte hypothécaire ne fut pas passé de suite.

B. — En août 1905, le bâtiment, en partie édifié, fut inscrit au cadastre pour la somme de 37 900 fr., et, le 30 août, Eggli constituait sur ses immeubles une gardance de dams de 40 000 fr. en faveur de M. Menoud, banquier, à Bulle.

La Banque d'Etat de Fribourg lui fit, en outre, deux prêts de 3500 fr., le 17 août, et de 3000 fr., le 11 décembre 1905, cautionnés par le notaire Morard et M. Folghera, entrepreneur à Bulle.

Le 25 janvier 1906, le notaire Morard se fit donner, en garantie de son cautionnement, une gardance de dams en second rang sur l'immeuble.

Le défendeur Weber ayant appris, le 26 janvier, que la garantie hypothécaire qui lui avait été promise, n'était pas encore stipulée devant notaire, vint à Bulle, et fit procéder, le 5 février 1906, à la constitution d'une obligation hypothécaire, en 3^{me} rang, du montant de 8000 fr.

C. — Le 7 avril 1906, Eggli fut déclaré en faillite.

Weber intervint dans la liquidation pour 8000 fr., en vertu de cette obligation hypothécaire. Son intervention fut admise par l'administration de la faillite, et inscrite à l'état de collocation avec rang privilégié. Aucun créancier ne fit opposition à cette inscription ni à son rang, en intentant l'action prévue par l'art. 250 LP, durant le délai légal, échéant le 23 août 1906.

Les créanciers Desbiolles et Gillard, soit au nom de ce dernier, M. J. Seydoux, réclamèrent, à répétées fois, la production de l'écrit original renfermant l'engagement d'Eggli de constituer une hypothèque; ce n'est que le 27 septembre 1906, que Weber produisit une copie vidimée de cette pièce.

Entendu comme témoin, le préposé aux faillites de Bulle a déclaré entre autres ce qui suit: « M. Seydoux a toujours » protesté contre cette inscription à titre de privilège. Je » leur ai dit que je ne pouvais me refuser à inscrire un titre » hypothécaire, qu'ils n'avaient qu'à attaquer le tableau de » collocation. Je ne me rappelle pas si M. Desbiolles a aussi » protesté contre cette inscription. »

En outre, le procès-verbal de la deuxième assemblée des créanciers, du 1^{er} octobre 1906, porte ce qui suit:

« Le préposé aux faillites expose à l'assemblée que, lors » de l'établissement de l'état de collocation de la faillite