

Art. 244 B.-G.); und soweit mit Art. 315 ein Schutz der Gläubiger gegen unlautere Abmachungen bezweckt sein sollte, entfällt das Bedürfnis nachlassbehördlicher Prüfung der Frage, ob die Bedingungen des Nachlassvertrages erfüllt seien, im Konkurse deshalb, weil die Organe der Gläubigergemeinschaft diese Prüfung vornehmen und den einzelnen Gläubigern erst noch das Recht der Anfechtung von Ansprüchen zusteht, die ihrer Ansicht nach zu Unrecht anerkannt worden sind. Daß der Nachlassvertrag, wenn er dem Schuldner vermögensrechtliche Leistungen auferlegt, nicht zur Folge haben kann, daß in einem vor Erfüllung des Vertrags über ihn ausgebrochenen Konkurs nur die unbezahlte Nachlassdividende liquidiert werden könnte, ergibt sich auch daraus, daß der Anspruch auf letztere ein stringenter und absoluter ist, und eine weitere Schmälerung oder Änderung nicht duldet. Auch diese Betrachtung bestätigt, daß, wenn vor der Erfüllung des Nachlassvertrages der Konkurs ausbricht, in demselben nicht die nicht erfüllten Nachlassleistungen zu liquidieren sind, daß vielmehr die nicht ausgewiesenen Nachlassgläubiger von vornherein und ohne daß es eines Verfahrens nach Art. 315 B.-G. bedarf, mit dem ursprünglichen Betrag ihrer Forderungen als Konkursgläubiger zugelassen werden müssen. Daß der diligente Nachlassgläubiger, der den Konkurs herbeigeführt hat, auf diese Weise um die Früchte seiner Diligenz kommt, mag teilweise richtig sein, entspricht aber durchaus dem den Konkurs beherrschenden Prinzip der Parität der Gläubiger.

6. Die Frage, ob die Klägerin aktiv zur Klage legitimiert sei, bzw. ob ihrer Klage nicht der Einwand entgegenstehe, daß ihre Kollokation mit dem nämlichen Mangel behaftet sei, wie die angefochtene des Beklagten, braucht unter den obwaltenden Umständen nicht nachgeprüft zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird verworfen und das angefochtene Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern in allen Teilen bestätigt.

28. Urteil vom 14. Februar 1900
in Sachen v. Wattenwyl und Konsorten gegen
Konkursmasse Pfister=Dür.

*Anfechtungsklage, gestützt auf Art. 287 Ziff. 2 und Art. 288 Betr.-Ges.
— Legitimation, Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 eod. — Uebliches Zahlungsmittel?*

A. Im Jahre 1895 fiel der Bauunternehmer Michael Meier in Bern in Konkurs. Seitdem betreibt seine Ehefrau, Emma Meier-Fricker, das Geschäft auf ihren Namen und ihre Rechnung. Am 25. November 1897 trat sie dem Kaufmann J. J. Pfister=Dür in Burgdorf, mit dem sie in Geschäftsbeziehungen stand, „von ihrem Baus Guthaben an die Herren Johann Spahni, „Heizer, und Johann Spahni, Schlosser, beide in Bern, gemäß „Bauvertrag vom 29. Juni 1897 für Erstellung des Hauses „Nr. 44 Hopfenweg, eine Summe von 4000 Fr.“ unter Anzeige an die Drittschuldner förmlich ab, „mit Erkennen, den Gegenwert von Pfister=Dür erhalten zu haben in Lieferungen, da- „für quittierend.“ Diese Abtretung fochten Fürsprech v. Wattenwyl in Bern, Johann Müller, Dachdeckermeister, daselbst, und die Spar- und Leihkasse Bern, die die Frau Meier für verschiedene Forderungen fruchtlos betrieben und am 27. Januar 1898 auch Pfändung auf das an J. J. Pfister=Dür abgetretene Guthaben erwirkt hatten, unter Berufung auf Art. 287 Ziff. 2 und Art. 288 Betr.-Ges., gerichtlich an. Der Beklagte wendete ein: Sein Geschäftsverkehr mit Frau Meier sei von Anfang an auf Grundlage der Bedingung erfolgt, daß Frau Meier ihm für seine Lieferungen Abtretungen auf ihre Klientschaft ausstellen müsse. Auf dieser Grundlage sei auch das Geschäft zu Stande gekommen, wonach Pfister der Frau Meier Backsteine für den Neubau der beiden Spahni lieferte. Beim Abschluß des Geschäfts habe Pfister ausdrücklich die Bedingung gestellt, daß ihm Frau Meier zur Deckung seiner Forderung von über 4000 Fr. für Backsteinlieferungen ihr Guthaben an die beiden Spahni in entsprechendem Betrage abtreten müsse. Diese Vereinbarung sei schon vor dem

25. November 1897, jedenfalls in der ersten Hälfte des Jahres 1897, getroffen worden. Notar Schneider in Bern habe schon damals den Auftrag erhalten, den Abtretungsvertrag schriftlich abzufassen, denselben aber allerdings erst am 25. November 1897 ausgeführt. Frau Meier habe somit die Abtretung nicht aus freien Stücken, sondern in Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung ausgestellt, die sie schon vor den 6 Monaten des Art. 287 Betr.-Ges. eingegangen sei. Der Beklagte bestritt ferner, daß die angewandte Zahlungsart nicht üblich sei, und daß er die Vermögenslage der Frau Meier gekannt habe, sowie daß von einer fraudulösen Absicht die Rede sein könne. Die erste Instanz wies die Klage ab. Dieses Urteil ist vom Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern unterm 25. Mai 1899 bestätigt worden.

B. Gegen das Urteil des Appellations- und Kassationshofes hat Fürsprech F. v. Wattenwyl für sich und Mitthafte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Begehren: „Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils das klägerische Begehren, soweit noch streitig, zuzusprechen, und es sei daher gerichtlich zu erkennen, die unterm 25. November 1897 erfolgte Abtretung eines Guthabens von 4000 Fr. der Frau Emma Meier-Fricker in Bern an Johann Spahni, Schlosser und Johann Spahni, Heizer, beide in Bern, an den Beklagten Herrn Pfister-Dür, Handelsmann in Burgdorf, sei ungültig.“ Vor dem bundesgerichtlichen Abspruch fiel der Beklagte J. J. Pfister-Dür in Konkurs, was eine Einstellung des Prozesses zur Folge hatte. Unterm 29. Dezember 1899 beschloß die zweite Gläubigerversammlung, den Anfechtungsprozeß mit F. v. Wattenwyl und Konkursorten aufzunehmen und namens der Masse fortzusetzen.

Im heutigen Vorstande wiederholt Fürsprech v. Wattenwyl den Berufungsantrag. Der Vertreter der Konkursmasse trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im angefochtenen Urteil ist festgestellt, daß sich jeder der Kläger im Besitze eines provisorischen Verlustscheins auf Frau Meier-Fricker befinden. Sie sind deshalb zur Anstellung der An-

fechtungsklage hinsichtlich der von ihrer Schuldnerin am 25. November 1897 vollzogenen Abtretung einer Forderung von 4000 Fr. auf die beiden Spahni an J. J. Pfister-Dür berechtigt (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 Betr.-Ges.).

2. Die Vorinstanz hat die Klage aus Art. 287 Betr.-Gesetz deshalb abgewiesen, weil die Abtretung von Guthaben des Bauunternehmers an den Bauherrn zur Bezahlung von Materiallieferungen in Bern ein übliches Zahlungsmittel sei, während sie annimmt, daß im übrigen die sämtlichen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach Art. 287 zutreffen. Würde nun wirklich das Schicksal der Klage aus Art. 287 davon abhängen, ob eine Abtretung, wie sie hier vorliegt, als ein zur Tilgung einer Geldschuld übliches Zahlungsmittel betrachtet werden könne, so müßte die Berufung geschützt und die Klage gutgeheißen werden. Zunächst ist diesbezüglich zu beachten, daß die Frage, ob man es mit einem üblichen Zahlungsmittel zu thun habe, nicht eine reine Thatsache ist, daß es sich vielmehr vorab darum handelt, festzustellen, was nach dem Willen des Gesetzes, gemäß den rechtlichen Regeln der Gesetzesinterpretation, unter jenem Begriffe zu verstehen sei. Nun will Art. 287 Ziff. 2, wenn darin die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel als anfechtbar erklärt wird, offenbar diejenigen Tilgungsarten der Anfechtung unterstellen, die den Charakter des Abnormalen an sich tragen, durch welche der Schuldner seinem Vermögen etwas entfremdet, das sonst, normalerweise, bei dem spätern Zusammenbruch zur gesetzmäßigen Befriedigung der Gesamtheit der Gläubiger oder anderer Gläubiger dienen würde. Dieser Gesichtspunkt trifft an sich auch zu auf die zum Zwecke der Tilgung einer Geldschuld erfolgte Abtretung einer gewöhnlichen Forderung. Es ist etwas von der Norm, von der Regel abweichendes, wenn eine Geldschuld statt mit Geld oder Gelbeswert, durch Überlassung eines persönlichen Anspruchs des Schuldners an einen Dritten getilgt wird; und erfahrungsgemäß dienen gerade solche Geschäfte häufig dazu, die andern Gläubiger zu schädigen, bezw. dem einen einen gesetzwidrigen Vorteil zu verschaffen. Allerdings stellt nun das Gesetz bei der Frage, was ein zulässiges Zahlungsmittel sei, auf die Übung ab, indem es

bestimmt, daß Tilgung durch übliche Zahlungsmittel der Tilgung mit Barschaft gleichstehe und der Anfechtung nach Art. 287 entzogen sei. Es wäre danach denkbar, daß die Abtretung einer Forderung zur Tilgung einer Geldschuld, trotzdem gewöhnliche Forderungen ihrem Wesen nach nicht hiezu bestimmt sind, nicht unter Art. 287 fallen würde, dann nämlich, wenn die Ausnahme an einem bestimmten Orte oder in einem bestimmten Geschäftszweige durch Übung zur Regel des Verkehrs geworden sein sollte. Dies könnte jedoch nur dann angenommen werden, wenn die Abtretung von Forderungen zur Tilgung von Geldschulden an einem gewissen Orte oder in einem gewissen Geschäftszweige offenkundigerweise derart gebräuchlich wäre, daß im Verkehr ganz allgemein damit gerechnet wird, und daß diejenigen, welche Kredit gewähren, darin durchwegs nichts außergewöhnliches und besonderes erblicken. Eine solche Übung ist aber im vorliegenden Falle nicht ausgewiesen. Der Experte, auf den sich die Vorinstanz beruft, erklärt selbst, daß im Verkehr zwischen Lieferanten von Baumaterialien und Unternehmern unter gut fundierten Firmen die Bezahlung in bar das gebräuchliche sei, und wenn er weiter anführt, es werde gegenüber Unternehmern, die über einen größern Betriebsfonds nicht verfügen, für die „Sicherung“ von Guthaben an solche Kunden „nicht selten“ das Mittel der Abtretung benutzt, oder weiter, es sei diese da üblich, wo Barzahlung, Anweisung auf Banken, Verpfändung von Titeln u. s. w. nicht erfolgen können und wo der Kredit des Kunden dem Lieferanten nicht genüge, so folgt hieraus doch geradezu, daß die Abtretung auch in Bern und in der fraglichen Branche eben nicht allgemein als Zahlungsmittel üblich ist, sondern nur unter besondern Umständen von einzelnen Unternehmern den Lieferanten gegenüber als solches benutzt wird. Auch dort haftet somit einem solchen Geschäft der Charakter des Abnormalen an, der es, sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 287 Betr.-Ges. zutreffen, der Anfechtung seitens der Gläubiger des Abtretenden aussetzt.

3. Trotzdem muß die Klage aus Art. 287 Betr.-Ges. abgewiesen werden, aus folgenden Gründen: Die Rechtshandlungen, die hier als anfechtbar bezeichnet werden, sind solche, mittelst deren der Schuldner einem Gläubiger Befriedigung oder Sicherung ge-

währte, die er nicht, oder noch nicht, oder nicht in der Art zu leisten verpflichtet war. Seine Verpflichtungen in normaler Weise zu erfüllen, ist dem Schuldner durch Art. 287 nicht verwehrt; nur besondere Vorteile, zu denen er nicht verpflichtet war, darf er einzelnen Gläubigern in der kritischen Zeit von 6 Monaten vor der Pfändung oder Konkursöffnung nicht mehr zukommen lassen. Nun hat der Beklagte Pfister behauptet, und die Vorinstanz erklärt es als bewiesen, daß ihm von Frau Meier die Abtretung der Forderung auf die beiden Spahni schon bei Eingehung des Lieferungsvertrages und jedenfalls mehr als 6 Monate vor dem maßgebenden Zeitpunkte zugesichert worden sei, ja daß Pfister überhaupt nur unter dieser Bedingung die Lieferungen an Frau Meier übernommen habe. Daß dieses pactum de cedendo unverbindlich gewesen wäre, ist von den Klägern nicht geltend gemacht worden. Frau Meier erfüllte daher lediglich eine ihr obliegende rechtliche Verpflichtung, wenn sie am 25. November 1897 die Forderung auf die beiden Spahni förmlich an Pfister abtrat. Ein solches Verhalten fällt aber nicht unter Art. 287 Betr.-Ges., gleichviel, ob man annehme, die Abtretung sei zahlungshalber oder sie sei an Zahlungsstatt erfolgt. Als Deckungsgeschäft betrachtet, wird dieselbe durch Ziff. 1 nicht betroffen, weil hier, abgesehen davon, daß nur von der Begründung eines Pfandrechts die Rede ist, ausdrücklich nur solche Sicherstellungen als anfechtbar erklärt sind, zu denen der Schuldner nicht schon vorher verpflichtet war. Und wenn man darin ein Tilgungsgeschäft erblickt, so trifft Ziff. 2 nicht zu, weil es sich nicht um die Tilgung einer Geldschuld handelt, da von vornherein als Gegenleistung für die Lieferungen des Pfister die Überweisung der Forderung auf die Spahni versprochen war.

4. Die obwaltenden Umstände schließen, wie auch die Vorinstanz richtig erkannt hat, die Annahme unbedingt aus, daß durch die Abtretung oder durch die vorherige Abmachung zwischen Frau Meier und Pfister eine Benachteiligung der Gläubiger oder die Begünstigung des einen Gläubigers vor den andern beabsichtigt gewesen sei (Art. 288 Betr.-Ges.). Mit der Abtretung hat Frau Meier, wie schon ausgeführt, lediglich eine schon früher eingegangene Verpflichtung erfüllt, welche dazu diente, ihr die Übernahme

des Baues der Spahn überhaupt zu ermöglichen. Diefelbe bezog sich lediglich auf die Regelung des neu begründeten Kreditverhältnisses, während dadurch die vorhandenen Gläubiger in ihrer Rechtsstellung in keiner Weise verkürzt worden sind oder verkürzt werden wollten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird verworfen und das angefochtene Urteil in allen Teilen bestätigt.

29. Arrêt du 18 janvier/1^{er} mars 1900, dans la cause
Bornand-Hössli contre Paillard et Addor.

Action révocatoire, basée sur les art. 286, ch. 1, 287, ch. 2, 288 LP. — Objet du litige, art. 59 O. J. F. — Nature juridique et effet de cette action. — Art. 291, al. 3 LP.

A. — Dans le but d'obtenir paiement d'une somme de 45 fr. qui lui était due à titre de loyer par Antoine Thalman, précédemment à Sainte-Croix, Jules Addor, boulanger au dit lieu, a fait notifier à son débiteur, le 21 avril 1898, un commandement de payer, par insertion dans la *Feuille des avis officiels*.

Le 18 mai suivant, Eugène Paillard, boucher à Sainte-Croix, a, de son côté, fait notifier à Thalman, par remise à son mandataire, le notaire Addor, à Sainte-Croix, un commandement de payer pour une somme de 100 fr. qu'il avait dû verser à la Banque cantonale, comme endosseur d'un billet de change au 9 mai 1898 souscrit par Thalman.

Ces deux commandements étant restés sans opposition, les créanciers ont requis la continuation de la poursuite, qui a abouti, le 11 juin 1898, à un acte de défaut de biens en faveur de Paillard, pour la somme de 103 fr. 50 c., et le 25 juin à un dit en faveur de Addor, pour la somme de 52 fr. 15 c.

Les deux procès-verbaux de saisie infructueuse constatent que quelques jours avant l'exécution de la saisie le débiteur a vendu à Justin Bornand les immeubles qu'il possédait à Sainte-Croix, et qu'il ne possède plus aucuns biens rière l'arrondissement de Sainte-Croix.

Thalman avait en effet vendu ses immeubles à J. Bornand dans les circonstances suivantes :

Un avis paru dans le *Journal et Feuille d'Avis* de Sainte-Croix du 23 avril 1898 avait annoncé que les immeubles possédés par Thalman à Sainte-Croix seraient vendus aux enchères publiques le 9 mai suivant. Le notaire G. Addor, à Sainte-Croix, était désigné pour fournir des renseignements.

Le surlendemain de la publication de cet avis, soit le 25 avril, Justin Bornand-Hössli et A. Thalman, qui avait quitté Sainte-Croix antérieurement à cette date, se présentèrent chez le notaire Golay, à Lausanne. Celui-ci les voyait pour la première fois et n'avait reçu aucun avis préalable de leur visite. J. Bornand exposa que Thalman voulait lui vendre des immeubles à Sainte-Croix, que ceux-ci étaient négligés et que le propriétaire avait du reste quitté Sainte-Croix. Le notaire fut chargé d'instrumenter une promesse de vente qui stipula ce qui suit quant au prix :

« Le prix de vente est fixé à 5000 fr., payable à la pas-	
sation de l'acte définitif, par	Fr. 4400 —
en extinction des hypothèques consistant en	
deux titres, et »	600 —
	<hr/> Fr. 5000 —

au moyen d'un règlement de compte qui interviendra entre parties, dans lequel l'intérêt couru sur les deux titres hypothécaires sera porté au débit du vendeur, ainsi qu'une somme de 400 fr. remise en prêt par l'acquéreur. »

Le même jour, Bornand se fit remettre la grosse de la promesse de vente en ajoutant qu'il ferait stipuler l'acte définitif par un notaire de Sainte-Croix.

Cet acte fut instrumenté le 6 mai 1898 par le notaire G. Addor, à Sainte-Croix. Thalman fut représenté à la sti-