mêmes de l'obligation qu'ils avaient assumée, de les favoriser et de porter ainsi préjudice aux créanciers du failli; cette libération doit donc être annulée, les conditions de l'art. 288 LP étant remplies.

5. — Les quatre cautions étaient solidairement engagées pour la garantie de la dette du failli; les défendeurs ont donc, tous quatre, profité de la libération obtenue et, cette libération étant annulée, ils sont tous quatre tenus à restitution (art. 291 LP). La révocation devant les replacer vis-à-vis de la masse dans le *statu quo ante* et ne pouvant leur donner une situation meilleure que celle qu'ils avaient auparavant, ils doivent être tenus solidairement à restitution.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

I. — Le recours interjeté par la masse en faillite de Joseph Lehmann contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Fribourg le 10 avril 1907 est déclaré bien fondé. Le dit arrêt est réformé et les conclusions de la masse recourante sont admises.

En conséquence :

II. — Les intimés Christophe Scherly, Emile Lehmann, Louis Théraulaz et Alphonse Kolly, tous à La Roche, sont condamnés à payer solidairement, soit à restituer à la masse en faillite de Joseph Lehmann la somme de 3500 fr. avec intérêts et accessoires légaux dès le 31 mai 1905, montant du billet de pareille valeur du 24 mai 1905 dû par le failli Joseph Lehmann à la Banque de l'Etat de Fribourg et cautionné par eux.

100. Urteil vom 15. November 1907

in Sachen **Gewerbebank Zürich**, Kl. u. Ver.=Kl., gegen
Spicker, Bekl. u. Ver.=Bekl.

Anfechtungsklage; Deliktspauliana, Art. 288 SchKG. Begünstigungsabsicht und Erkennbarkeit dieser Absicht, besonders bei Rechtsgeschäften unter nahen Verwandten.

A. Durch Urteil vom 20. Juni 1907 hat das Obergericht des Kantons Luzern über die Rechtsfrage:

1. Ist die Auszahlung der Gülden auf Hotel Rigi in Weggis im Gesamtbetrag von 16,400 Fr. durch Kilian Spicker an Beklagte gegenüber der Klägerin als ungültig zu erklären?

2. Hat die Beklagte die bezogenen Gülden im Gesamtbetrag von 16,400 Fr. zur betriebsrechtlichen Befriedigung der Klägerin zu ihrer Befriedigung der Forderung von 9357 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 1903 von 8801 Fr. 90 Cts. zurückzugeben?

3. Ist die Beklagte zum Schadenersatz zu verurteilen und hat an Klägerin 9357 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 1903 von 8801 Fr. 90 Cts. zu bezahlen, falls die fraglichen Gülden nicht binnen 10 Tagen seit Rechtskraftbeseitigung des Urteils in natura restituiert werden sollten?

erkannt:

Die Klage sei des gänzlichen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin Gutheißung, der Vertreter der Beklagten Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Kilian Spicker, der Ehemann der Beklagten, verkaufte am 1. Oktober 1900, mit Fertigung vom 12. Dezember 1900, seinem Sohne Arthur Spicker zum Preise von 130,000 Fr. Hotel und Pension zum Rigi in Weggis. Der Kaufpreis war zahlbar wie folgt:

Durch Übernahme der Hypotheken	Fr.	87,455 23
durch Ausstellung von Gültten	"	42,400 —
durch Barzahlung 3 Monate nach der Ferti-		
gung	"	144 77
	zusammen Fr.	130,000 —

Von obigen Gültten übertrug Spicker der Beklagten am 14. Januar 1901 auf Rechnung ihrer Frauengutsforderung von zirka 17,000 Fr. (nach der Vorinstanz 17,150 Fr., nach der heutigen Erklärung der Parteien 17,175 Fr. 16 Cts.) folgende Titel:

Einen Titel von	Fr.	2,000
" " "	"	4,400
" " "	"	5,000
" " "	"	5,000
	Summa Fr.	16,400

Am 16. Februar 1903 erhielt die Klägerin auf angehobene Betreibung gegen Spicker für eine Forderung aus Bürgschaft einen Verlustschein von 9357 Fr. 75 Cts. Gestützt auf diesen Verlustschein erhebt sie die vorliegende Klage, mit dem aus Fakt. A hievon ersichtlichen Rechtsbegehren. In rechtlicher Beziehung beruft sie sich auf Art. 288 SchRG.

Die Umstände, unter denen der Verkauf des Hotels Rigi an Arthur Spicker, sowie die Übergabe der Gültten an die Beklagte erfolgten, sind aus den Erwägungen 3 und 5 hienach ersichtlich.

2. Der Vorinstanz ist zunächst darin beizupflichten, daß die Klägerin kraft des auf ihren Namen lautenden Verlustscheines im Betrage von 9357 Fr. 75 Cts. zur Klage aktiv legitimiert ist, sowie darin, daß die Übergabe der streitigen Gültten seitens des Kilian Spicker an seine Ehefrau eine Schädigung der übrigen Gläubiger des Spicker zur Folge haben mußte. Es genügt in dieser Beziehung, zu konstatieren, daß durch die angefochtene Rechts-handlung Gültten im ungefähren Werte von 16,000 Fr. einem einzelnen Gläubiger zugewendet und dem Zugriff der übrigen Gläubiger entzogen wurden. Die von der Vorinstanz erörterte Frage, bis zu welchem Betrage die Beklagte als Inhaberin einer privilegierten Forderung (Frauengutsforderung) so wie so befriedigt worden wäre, und welche Summe daher den Chirographar-

gläubigern „effektiv entzogen“ wurde, braucht hier nicht entschieden zu werden, da, wenn auch die Anfechtungsklage gutgeheißen wird, und die der Pfändung entzogenen Werte wieder der Betreibung unterliegen, der Ehefrau das Recht der Anschlußpfändung gemäß Art. 111 SchRG zusteht.

3. Tatsächlich festgestellt ist sodann, daß Kilian Spicker im kritischen Zeitpunkte, d. h. am 14. Januar 1901, bereits in erheblichem Maße überschuldet war. Allerdings ergibt sich aus den Akten, daß die ersten auf Spicker ausgestellten Verlustscheine vom Januar 1902 datieren. Indessen steht fest, daß die meisten Verluste des Klägers aus Geschäften herrührten, welche derselbe mehrere Jahre vorher abgeschlossen hatte, und es liegt auch, da es sich ausschließlich um Terrainspekulationen handelte, in der Natur der Sache, daß die Katastrophe erst geraume Zeit nach der tatsächlichen Überschuldung ausbrach. Unter diesen Umständen konnte es aber dem Ehemann der Beklagten nicht entgehen, daß die angefochtene Rechts-handlung eine Benachteiligung seiner übrigen Gläubiger zur Folge haben werde. Es ist denn auch klar, daß bei der mißlichen Lage Spickers jene Rechts-handlung überhaupt nur den Zweck haben konnte, die Beklagte vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen.

Dabei kommt, wie die Vorinstanz richtig bemerkt, nichts darauf an, ob sich Spicker eines Spezialdolus gegenüber der Klägerin schuldig gemacht habe, sondern es genügt das Bewußtsein der Begünstigung eines einzelnen Gläubigers gegenüber allen übrigen. Aus diesem Grunde kann auch ununtersucht bleiben, ob und inwieweit Spicker bei der Eingehung der Bürgschaft für Eccarius Sieber (d. h. derjenigen Schuld, auf welcher der Verlustschein der Klägerin beruht) sich der Möglichkeit trotz dem anscheinend ausreichenden Grundpfand einmal zahlen zu müssen, bewußt gewesen sei oder bewußt sein mußte. Die zahlreichen übrigen von ihm eingegangenen Verpflichtungen, in Verbindung mit dem ungünstigen Ergebnis seiner meisten Realisationen, genügten vollständig, um ihn davon zu überzeugen, daß die Befriedigung seiner Ehefrau im kritischen Zeitpunkte eine Benachteiligung seiner übrigen Gläubiger zur Folge haben werde.

4. Was nun die Frage betrifft, ob die Benachteiligungs- bzw.

Begünstigungsabsicht Spickers für die Beklagte erkennbar gewesen sei, so versteht sich zunächst von selbst, daß dies ebenso eine Rechtsfrage ist, wie z. B. die Interpretation des Parteiwillens bei Rechtsgeschäften; denn hier wie dort handelt es sich darum, aus äußern Vorgängen auf interne, nicht direkt wahrnehmbare Verhältnisse zu schließen. Das Bundesgericht ist also in dieser Beziehung an die Auffassung der Vorinstanz nicht gebunden, sondern hat hierüber eine selbständige Entscheidung zu treffen.

Richtig ist, daß in Bezug auf die Erkennbarkeit der Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht, wie überhaupt bezüglich aller Voraussetzungen des Art. 288 SchRG, grundsätzlich die Klagepartei beweispflichtig ist und daß an diesem Prinzip auch durch Art. 289, wonach der Richter bei Anwendung der Art. 286—288 unter Würdigung der Umstände und nach freiem Ermessen urteilt, nichts geändert wird. Richtig ist ferner, daß das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs eine Präsuntion des bösen Glaubens bei naher Verwandtschaft, wie sie § 31 der deutschen KO aufstellt, nicht kennt. Dagegen hindert dies nicht, daß im einzelnen Falle eine mit der Verwandtschaft in Zusammenhang stehende nahe Interessengemeinschaft bei der Frage der Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht berücksichtigt werde. Es ist denn auch klar, daß bei Rechtsgeschäften zwischen Personen, welche zu einander in nahen verwandtschaftlichen Beziehungen stehen und in gemeinsamem Haushalt leben, zumal bei Ehegatten, die gewöhnlichen zivilprozessualen Beweismittel (Zeugen und Urkunden) in der Regel überhaupt versagen, wo es gilt, die einem bestimmten Rechtsgeschäft zu Grunde liegenden Absichten der Kontrahenten festzustellen. Das Institut der Anfechtungslage würde daher gerade in diesen Verhältnissen, aus welchen erfahrungsgemäß die meisten anfechtbaren Rechtsgeschäfte hervorgehen, keinen praktischen Wert besitzen, wenn der Richter bei der Beurteilung der Frage, ob eine Begünstigung beabsichtigt worden sei, an irgendwelche formelle Beweisregeln gebunden wäre.

5. Nun steht in Bezug auf die Verhältnisse des vorliegenden Falles fest, daß Spicker während seiner ganzen 23jährigen Ehe mit der Beklagten das Frauengut der letztern stets in durchaus selbständiger Weise verwaltet und in seinem Geschäfte verwendet

hatte, daß er sich aus bescheidenen Verhältnissen allmählig emporgearbeitet hatte und eine zeitlang finanziell sehr gut situiert war, dann aber infolge von Terrainspekulationen bedeutende Verluste erlitt und in eine immer mißlichere Lage geriet, bis er schließlich (Ende 1900) das wichtigste der ihm verbliebenen Aktiven, das Hotel Rigi in Weggis, verkaufte. In diesem Momente, während er von allen Seiten bedrängt wurde und flüssiger Werte zur Begleichung seiner fälligen Schulden in hohem Maße bedurft hätte, soll sich Spicker nun auf einmal verpflichtet gefühlt haben, dasjenige zu tun woran er sogar in bessern Zeiten nicht gedacht hatte: den einzigen Gläubiger, der niemals Bezahlung oder auch nur Sicherstellung verlangt hatte, nämlich seine Ehefrau, nahezu vollständig zu decken. Ein solches Verfahren mußte der Beklagten auffallen und dieselbe stutzig machen. Denn selbst wenn angenommen werden wollte, die Beklagte sei, trotzdem sie in gemeinsamem Haushalt und in anscheinend glücklicher Ehe mit ihrem Manne lebte und trotzdem sie in Geschäften offenbar nicht unbewandert war — nach der Feststellung der Vorinstanz war sie die Leiterin des umfangreichen Gasthofs in Weggis — dennoch über die von den Terrainspekulationen herrührenden Verluste ihres Ehemannes nicht orientiert gewesen (da Spicker, obwohl er tatsächlich in Weggis lebte, noch ein Geschäftsdomizil in Zürich besaß, woselbst ihm denn auch in der Folge sämtliche Betreibungsurkunden zugestellt wurden), so hatte es ihr doch jedenfalls nicht entgehen können, daß ihr Mann eine zeitlang glänzend situiert gewesen war, was ihm u. a. gestattet hatte, jenen Gasthof in Weggis anzukaufen und vollständig neu einzurichten. Wenn es sich also zwischen ihr und ihrem Ehemann überhaupt um eine bei Lebzeiten beider Teile vorzunehmende Rückzahlung oder Sicherstellung des Frauengutes handeln konnte, so mußte es ihr doch auffallen, daß Spicker, trotzdem er schon viel früher ein Vermögen erworben hatte, erst im Jahre 1901 auf den Gedanken kam, ihr das Frauengut zurückzuerstatten. Allerdings ist festgestellt, daß Spicker zu jener Zeit kränklich war, sowie daß ihm gerade damals aus dem Verkauf des Hotels Rigi eine Kaufpreisrestanz von zirka 40,000 Fr. zugeflossen war. Allein einerseits mußte es der Beklagten, gerade wenn sie den Eingang dieser 40,000 Fr. in Berücksichtigung zog,

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 Frauenguts 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 Rechtskraftbeschreitung 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 Nigi in Weggis im Gesamtbetrage von 16,400 Fr. durch Nilian Spicker an die Beklagte gegenüber der Klägerin ungültig erklärt und die Beklagte verurteilt wird, diese Gülden zur betreibungswirtschaftlichen 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. Ber.-Kl., gegen
Konkursmasse Zurbuchen, Defl. u. Ber.-Defl.

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