

« les machines, transformateurs et supports d'appareils devront être soigneusement reliés à la terre » ; il y a lieu de savoir si une installation de transformateur dans laquelle la plaque de terre était commune pour la haute et pour la basse tension pouvait, en 1906, être considérée comme « soigneusement » faite. Le dossier ne permettant pas au Tribunal fédéral d'établir ces faits, le jugement doit être annulé (art. 82, al. 2 OJF) et la cause renvoyée à l'instance cantonale qui statuera à nouveau, en se basant sur les considérants de droit du présent arrêt, après avoir ordonné une nouvelle expertise destinée à fixer : si, étant donné l'état des connaissances techniques lors de l'accident du 23 juillet 1906 et en présence notamment des dispositions des § 22 et 38 des Prescriptions de l'A. S. E. de mai 1900, la mesure de prudence consistant à établir deux plaques de terre séparées, l'une pour le réseau primaire, l'autre pour le réseau secondaire, était indiquée.

La nouvelle expertise portera également sur la question de savoir si réglementairement la plaque de terre par le fait qu'elle était commune aux deux réseaux, devait avoir une surface de 1 m² ou si cette surface pouvait être réduite à 1/4 m² (Prescriptions du Conseil fédéral de 1899, art. 49). Au cas où ils estimeraient que la plaque de terre aurait dû avoir 1 m², ils diront si, à leur avis, avec une plaque de cette surface l'accident aurait été évité.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

L'arrêt rendu le 27 juin 1910 par la Cour d'appel du canton de Fribourg est annulé et la cause est renvoyée à la Cour d'appel pour compléter le dossier et statuer à nouveau sur la base des considérants du présent arrêt.

4. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

16. Urteil

vom 24. Februar 1911 in Sachen Benz, Meisel & Cie.,
Kl. u. Ber.=Kl., gegen Spar- und Leihkasse Thun,
Bekl. u. Ber.=Bekl.

Kollokationsstreitigkeit unter kollozierten Gläubigern (Art. 250 Abs. 2 in fine SchKG) : Die Verfügung der Abänderung des Kollokationsplanes und die Zuweisung des Prozessgewinnes steht nicht dem Richter, sondern den Konkurs- und Aufsichtsbehörden zu. — Anfechtungsgrund des Art. 287 Ziff. 1 SchKG : Nachweis der Ueberschuldung und der Kenntnis des Begünstigten hiervon. Pfandbestellung zur Sicherung eines Kontokorrentverhältnisses : Für die Ermittlung der « bereits bestehenden » Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, deren Sicherung anfechtbar ist, ist massgebend der Aktivsaldo des Kontokorrentgläubigers im Momente der Pfandbestellung, und nicht erst im späteren Zeitpunkte der vertragsgemässen Kontokorrentsaldierung. — Nichtanwendbarkeit der Zahlungsregel des Art. 101 OR auf Kontokorrentverhältnisse. — Unanfechtbarkeit eines an sich unter Art. 287 Ziff. 1 SchKG fallenden Pfandaktes, soweit er sich als blosser Bestätigung einer früheren rechtsgültigen Pfandbestellung erweist.

A. — Durch Urteil vom 30. September 1910 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt :
„Auf den zweiten Teil des klägerischen Rechtsbegehrens wird „nicht eingetreten; im übrigen ist die Klägerin damit abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage : Es sei ihr in Abänderung des angefochtenen Urteils ihr Klagebegehren in der in Art. 23 der Klagebegründung präzisierten Umschreibung zuzusprechen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin den gestellten Berufungsantrag erneuert. Der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die später in Konkurs gefallene Firma Künzi und Schneider, Baugeschäft in Steffisburg, stand seit dem Jahre 1905 mit der Beklagten, der Spar- und Leihkasse Thun, in Geschäftsverkehr. Die Beklagte lieferte ihr gestützt auf eine Reihe von Kreditoröffnungs- und Kontokorrentverträgen Geld, wogegen sie der Kasse jeweilen ihr zustehende Bauforderungen verpfändete. Diese Verträge enthalten jeweilen die Bestimmung: „Falls die „Spar- und Leihkasse Thun der vorgenannten Kreditnehmerin „bereits Kredite eröffnet hat oder noch solche eröffnen wird, so „erklärt sich die Verpflichtete ausdrücklich einverstanden, daß die „mehreren Kreditverhältnisse in ein einziges Kontokorrentverhältnis „buchmäßig verschmolzen werden und daß der Saldo dieses Konto- „korrentes aus den eröffneten Krediten im Verhältnis zu ihrer „Größe gedeckt wird.“ In der Regel sollten halbjährliche Rechnungsabschlüsse erfolgen und der jeweilige Saldo auf neue Rechnung vorgetragen werden. Die Kasse behielt sich ferner das Recht vor, den Kredit jederzeit zurückzuziehen und den ausstehenden Saldo sofort einfordern zu können.

Durch Faustpfandverschreibung Nr. 113 vom 31. Oktober 1907 verpfändete die Firma Künzi & Schneider der Beklagten für ihre jeweiligen Guthaben sechs Bauforderungen, nämlich:

1. Eine solche resp. eine Mehrforderung von mindestens 7500 Fr. an den Fr. Marie und Sophie Gerber, Privatiers, an der Lauenen bei Thun, beruhend auf Bauvertrag vom 21. September 1906.

2. Eine Bauforderung von mindestens 6500 Fr. an Herrn Karl Baudenbacher, Schreinermeister in Thun, beruhend auf Bauvertrag vom 23. Oktober 1906.

3. Eine Bauforderung von mindestens 6000 Fr. an Herrn Albert Eggen, Schreinermeister in Glöckenthal bei Steffisburg, beruhend auf Bauvertrag vom 30. April 1907.

4. Eine Bauforderung von mindestens 6500 Fr. an Herrn Bärfuß im Schwäbisch bei Steffisburg, beruhend auf Bauvertrag vom 1. Juni 1907.

5. Eine restanzliche Bauforderung resp. Garantiesumme von 750 Fr. an den Schweiz. Bundesbahnen, beruhend auf Bauvertrag vom 9. September 1904.

6. Eine restanzliche Bauforderung resp. Mehrforderung von mindestens 6000 Fr. an Herrn Friedr. Zipperle, Wirt im Schwäbisch, Gemeinde Steffisburg, beruhend auf Bauvertrag vom 9. Oktober 1906. Diese Forderung wurde am 14. November 1907 mit 6100 Fr. der Kasse bezahlt.

Laut Faustpfandverschreibung Nr. 112 vom 2. November 1907 verpfändete die Firma Künzi & Schneider der Beklagten in gleicher Weise zur Sicherung ihres Guthabens die Bauforderung an Robert Bischoff, Fabrikarbeiter in Thun, die ihr schon zusteht oder noch erwachsen wird, laut Bauvertrag vom 14. September 1907 über einen Neubau an der mittleren Straße in Thun, die jetzt mindestens 5000 Fr. betrage.

Laut Faustpfandverschreibung Nr. 115 vom 9. November 1907 endlich gaben Künzi & Schneider der Beklagten in gleicher Weise zur Sicherung ihres Guthabens noch eine Forderung zum Pfande, nämlich eine Bauforderung an Frau Kaspar in Thun, im Betrage von 16,607 Fr. 65 Cts. im Minimum, beruhend auf Bauvertrag vom 27. September 1907, an die dann am 7. Dezember 1907 3500 Fr. und am 10. Dezember 3000 Fr. abbezahlt wurden.

In allen drei Pfandverschreibungen wird erklärt, daß die Pfänder für sämtliche Verbindlichkeiten haften sollten, die die Schuldnerin schon eingegangen habe oder noch eingehen werde, auch für Zinsen, Kommissionen und Kosten. Ferner wird darin der Beklagten das Recht eingeräumt, das Kontokorrentguthaben jederzeit zu verlangen, und bestimmt, daß die Verpfändung in erster Linie zur Deckung des eröffneten Kontokorrentkredites — oder, wie in den Verpfändungsakten vom 2. und 9. November näher gesagt wird, der Soll-Saldi dieses Kredites — zu dienen habe. Der Verpfändungsakt vom 31. Oktober 1907 im besondern erklärt des weitern, daß die Verpfändung im Nachgang und in Bestätigung früherer Verpfändungen erfolge.

Am 26. März 1908 wurde über die Firma Künzi & Schneider der Konkurs erkannt, worauf die Beklagte mit Eingabe vom 27. April 1908 eine Forderung von 25,268 Fr. als Saldo pro 26. März 1908 aus dem der gedachten Firma eröffneten allgemeinen Kontokorrentkredite anmeldete und dafür Kollation als Faustpfandgläubigerin entsprechend den erwähnten drei Faustpfand-

verschreibungen verlangte. Die Konkursverwaltung hat die Beklagte in der beanspruchten Weise kolloziert. Hiegegen hat die in V. Klasse mit 5668 Fr. 30 Cts. zugelassene Firma Benz, Meißel & Cie. rechtzeitig die vorliegende Kollokationsklage eingereicht mit dem Begehren: Es sei zu erkennen, daß der Beklagten kein Faustpfandrecht zustehe an den ihr mittelst den erwähnten drei Faustpfandverschreibungen verpfändeten Forderungen, und die Beklagte sei daher, soweit sie im Kollokationsplan auf diese Faustpfänder angewiesen worden sei, aus dem Plane auszuweisen und der Erlös der Faustpfänder vorab zur Deckung der klägerischen Forderung von 5638 Fr. 30 Cts. samt Prozeßkosten zu verwenden. In Art. 23 der Klagebegründung hat die Klägerin ihr Begehren noch dahin näher präzisiert, daß die fraglichen Verpfändungen nur so weit angefochten würden, als sie zur Sicherstellung bereits bestehender Verbindlichkeiten erfolgt seien. Die Vorinstanz hat hierüber in der oben wiedergegebenen Weise erkannt.

2. — Die Vorinstanz ist auf den zweiten Teil des Klagebegehrens nicht eingetreten, soweit also die Klägerin verlangt, daß die Beklagte für ihre Anweisung auf die Faustpfänder aus dem Kollokationsplan ausgewiesen und der Erlös dieser Pfänder vorab zur Deckung der klägerischen Forderung verwendet werde. Der Vorentscheid ist in diesem Punkte zu bestätigen, da die durch das Urteil des Kollokationsrichters bedingte Abänderung des Kollokationsplanes und Zuweisung des Prozeßgewinnes in die Zuständigkeit der Konkurs- und Aufsichtsbehörden fällt.

3. — Die Klage wird ausschließlich auf Art. 287 Ziff. 1 SchRG gestützt. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind zunächst soweit gegeben, als der Ingreß des Artikels sie aufstellt: Die angefochtenen Pfandverschreibungen sind innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkursöffnung vorgenommen worden, und bei ihrer Vornahme war die Kridarin bereits überschuldet. Letzteres ist unbestritten und ergibt sich zudem unzweifelhaft aus einer Anzahl von der Vorinstanz altentmächtig festgestellter Indizien. So ist namentlich ausgewiesen, daß die gemeinschuldnerische Firma schon seit ihrer Gründung Zahlungsschwierigkeiten hatte, daß sie verschiedene Wechsel uneingelöst ließ, daß sie einige Male an Zahltagen nicht über das nötige Geld zur Löhnung der Arbeiter ver-

fugte und daß in den zwei Jahren vor der Konkursöffnung ununterbrochen für größere Beträge Betreibungen gegen sie angehoben wurden, die zu 49 Konkursbegehren führten.

Mit der Vorinstanz kann sodann unter den gegebenen Umständen auch der Entlastungsbeweis nicht als erbracht gelten, den der Schlußsatz des Artikels dem Begünstigten einräumt. Da die Beklagte schon längere Zeit vor den angefochtenen Rechts-handlungen mit der Gemeinschuldnerin in Geschäftsverkehr stand, konnten ihr die oben für die Überschuldung angeführten Momente, wenigstens in der Hauptsache, nicht unbekannt sein, um so weniger, als sich doch Bankinstitute über die Kreditwürdigkeit ihrer Schuldner genauer auf dem laufenden zu erhalten pflegen. Sodann ist namentlich auf die vorinstanzlich nicht erwähnte, aber durch die Akten ausgewiesene Tatsache hinzuweisen, daß auch von der Beklagten selbst Konkursbegehren gegen die Firma ausgegangen sind, und auf die Feststellung der Vorinstanz, daß Notar Glauser bei einem für die Gemeinschuldnerin gestellten Darlehensgesuch der Beklagten erklärt habe, jene bedürfe dringend Geld, um Zahltag zu machen. Umgekehrt fehlt es an jedem Nachweis — soweit ein solcher bei dieser Sachlage überhaupt möglich ist —, daß die Beklagte irgend einen Grund gehabt habe, die Kridarin zur Zeit der Pfandbestellung als nicht überschuldet anzusehen. Hiefür könnten die bloßen Zusicherungen des Firmainhabers selbst, es sei anzunehmen, daß die Firma bei gleichbleibendem Geschäftsgange aus den Schulden herauskomme, nachdem sich die Passivbilanz bereits verringert habe, natürlich keinen Beweis abgeben; sie sprechen vielmehr für das Gegenteil.

4. — Somit bleibt noch zu prüfen, ob die im Text der Ziff. 1 selbst aufgestellten Erfordernisse der Anfechtbarkeit erfüllt seien. Dies wiederum ist nur in Hinsicht auf eines davon fraglich, nämlich insofern, als das Pfandrecht, um anfechtbar zu sein, zur Sicherung „bereits bestehender“ Verbindlichkeiten begründet sein muß. Wie die Rechtsprechung (vergl. z. B. US 33 II S. 192/93 Erw. 3*) ausdrücklich festgestellt hat, ist die Pfandbegründung für eine zukünftige Verbindlichkeit nach der vorliegenden Gesetzesbestimmung

* Sep.-Ausg. 10 Nr. 17.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

nicht anzufechten. Die Klägerin hat denn auch ausdrücklich erklärt, daß sich ihr Klagebegehren auf diesen Fall nicht beziehe.

Die Beklagte macht nun in der Tat geltend, durch die angefochtenen Pfandverschreibungen seien erst später entstandene Forderungen gesichert worden, nämlich die jeweiligen spätern Abrechnungssaldi aus dem Geschäftsverkehr; und sie beruft sich hiefür auf die rechtliche Natur des Kontokorrentverhältnisses, indem sie ausführt, daß laut bundesgerichtlicher Praxis (NS 19 S. 408; 29 II S. 335 f.) der Kontokorrentvertrag die während der vereinbarten Rechnungsperiode erfolgenden Leistungen der Parteien so zu einer Einheit zusammenfasse, daß nur die aus ihnen sich ergebenden Saldi eingefordert werden dürfen, während jene einzelnen Leistungen nur Rechnungsposten für die Saldofeststellungen und keine selbständig geltend zu machenden Ansprüche begründen. Mit Recht hat sich aber dem gegenüber die Vorinstanz auf den Standpunkt gestellt, daß bei der Beurteilung, ob Art. 287 Ziff. 1 zutrefte und ob also das Pfand für eine bereits bestehende Schuld bestellt worden sei, auf das materielle Schuldverhältnis zurückgegangen werden müsse, indem es hier wegen der in Betracht fallenden vollstreckungsrechtlichen Interessen Dritter auf die für die Parteien formell verbindliche Novationswirkung der Saldoziehung nicht ankommen könne. In diesem Sinne hat sich denn auch bereits das Bundesgericht in seinem Entscheide in Sachen der Bank in Baden gegen die Konkursverwaltung Buff & Wetzler (NS 30 II S. 609 f. *) über die vorliegende Frage des nähern ausgesprochen, und es kann daher hier im allgemeinen auf die Ausführungen dieses Entscheides verwiesen werden, denen immerhin in Hinsicht auf die Argumentation der Beklagten und die besondere Sachlage noch folgendes beigelegt werden mag: Die Konkurspauliana des Art. 287 SchRG will es dem anfechtenden Gläubiger ermöglichen, in Beziehung auf die angefochtene Rechtshandlung die Wirkung der Konkursöffnung vorzuschieben, also den Rechtszustand zu schaffen, wie er bestände, wenn der Konkurs schon im Momente dieser Rechtshandlung erkannt worden wäre. Wäre nun letzteres hier der Fall gewesen, so hätte das Kontokorrentverhältnis aufgehört; es wäre unabhängig vom Willen der

* Sep.-Ausg. 7 Nr. 91 S. 438 f.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

Parteien zu einer Zwangssaldierung auf diesen Moment gekommen und die Beklagte hätte sich außer Stande gesehen, für diesen Saldo weitere Pfandrechte zu erlangen. Somit sind die nachherigen Verpfändungen für den Betrag des Guthabens, das der Beklagten unmittelbar vor ihrer Bornahme aus dem Kontokorrentverkehr zustand, anfechtbar. Es läßt sich auch nicht einwenden, die Pfänder seien nicht zu Gunsten dieses Guthabens bestellt worden, weil zwei der Pfandverschreibungen (die vom 2. und 9. November 1907) ausdrücklich bestimmten, daß die Verpfändung in erster Linie zur Deckung der „Sollsaldi“ aus dem Kontokorrentverhältnis dienen müßten. Denn hiemit wollte keineswegs gesagt werden, die Beklagte solle nicht schon von der Pfandbestellung an für die einzelnen Forderungen, die ihr damals aus dem Geschäftsverkehr zustanden — und die freilich, weil als Sollposten in das Kontokorrentverhältnis einbezogen, als solche nicht geltend gemacht werden konnten (NS 29 II S. 335) — pfandrehtlich gesichert sein, sondern erst von der spätern Saldoziehung an und nur für die Saldoforderung selbst. Vielmehr betrafen jene Vertragsbestimmungen nur die Frage, in welcher Reihenfolge die Pfänder einerseits die in den Kontokorrent einbezogenen und andererseits die sonstigen Ansprüche der Beklagten zu sichern hätten. Laut sämtlichen drei Pfandverschreibungen haben nämlich die Pfänder für „alle Verbindlichkeiten“ des Schuldners, also auch für allfällige außerhalb des Kontokorrentverhältnisses stehende, zu haften. Diese Haftung wird sodann ausdrücklich als auch für die „schon eingegangenen“ Verpflichtungen geltend erklärt, woraus sich von selbst ergibt, daß eine Bestellung der Pfandrechte ausschließlich für die künftige Saldoforderung nicht gewollt war. Aber auch im umgekehrten Falle wäre entsprechend den Ausführungen des genannten Bundesgerichtsentscheides zu sagen, daß eben die spätere Saldoforderung die bei der Pfandbestellung vorhandenen Einzelforderungen in sich aufnimmt und daß insoweit ihre Bildung wirtschaftlich den Vermögenszustand und den Stand des Geschäftsverkehrs der Parteien nicht verändert. Für die Beurteilung der Interessen des dritten Gläubigers aber, der durch die Pfandbestellung von der Befriedigung aus dem Erlös dieser Pfänder ausgeschlossen werden soll, kommt es wesentlich auf dieses wirtschaftliche Moment an.

Der Umstand allein, daß das Schuldverhältnis durch die novierende Wirkung der Saldoziehung rechtlich eine andere Form erlangt hat, vermag eine Schlechterstellung des Dritten nicht zu rechtfertigen, um so weniger als sonst, wie bereits die Vorinstanz hervorgehoben hat, die vorliegende Gesetzesbestimmung vielfach dadurch umgangen werden könnte, daß die Forderung, deren Zahlung sich der Gläubiger in Wirklichkeit sichern will, in ein Kontokorrentverhältnis einbezogen und formell der künftige Saldo als die pfandversicherte Forderung erklärt würde. Nach diesen Ausführungen hat sodann hier nicht nur die beim nachherigen Jahresabschluß festgestellte Saldoforderung, sondern auch der späterhin auf den Zeitpunkt der Konkursöffnung festgestellte und im Konkurse angemeldete Saldo die Natur einer „bestehenden Verbindlichkeit“ im Sinne von Art. 287 Ziff. 1 insofern beibehalten, als darin, unmittelbar oder mittelbar, als Aktivbetrag auch das Gesamtguthaben aufgenommen worden ist, das der Beklagten zur Zeit der drei Pfandverschreibungen an der Gemeinschuldnerin zustand; und in der Höhe dieses Gesamtguthabens muß die Pfandbestellung auch hinsichtlich der angemeldeten Konkursforderung als solcher anfechtbar geblieben sein.

5. — Nach dem zuletzt Gesagten läßt sich nun der Berechnungsart nicht beistimmen, die die Vorinstanz dazu führt, die Pfandverschreibungen für die ganze Konkursforderung als gültig zu erklären und somit die Klage gänzlich abzuweisen. Das Verfahren der Vorinstanz besteht darin, daß sie zunächst alle Einzahlungen der Gemeinschuldnerin in den Kontokorrent, die seit dem 1. November 1907, also nach der ersten Pfandverschreibung, erfolgt sind, „zur Deckung der alten, durch die Pfänder nicht gesicherten Schuldposten“ dienen läßt und daß sie dann feststellt, welche neuen Kreditierungen nach den Pfandbestellungen bis zur Konkursöffnung entstanden seien, wobei sie von der ersten Pfandverschreibung an zu einem Gesamtbetrage von 29,038 Fr. 10 Cts., von der zweiten an zu einem solchen von 28,838 Fr. 10 Cts. und von der dritten an zu einem solchen von 24,338 Fr. 10 Cts. gelangt. Hieraus schließt sie dann, daß die beiden ersten Pfandbestellungen unanfechtbar seien, weil sie zur Sicherung erst nachher entstandener Verbindlichkeiten gedient hätten, die insgesamt die Höhe der Konkursforderung von 25,268 Fr. überstiegen, und daß,

wenn die Beklagte nach der dritten Pfandbestellung für weniger als den letztern Betrag kreditiert habe, doch zu berücksichtigen sei, daß der Minderbetrag durch die frühern Pfandverschreibungen mehr als gedeckt werde. Diese Auffassung läßt die oben entwickelte, für die ganze Frage entscheidende Erwägung unberücksichtigt, wonach das materielle Schuldverhältnis, wie es bei der Begründung des Pfandrechtes bestand, auch in der Folgezeit und trotz der Novationswirkung der Rechnungsabschlüsse in Hinsicht auf die Anfechtbarkeit seine Bedeutung beibehält. Statt hierauf stellt nun die Vorinstanz umgekehrt auf die nach der Pfandbestellung liegenden neuen Vorgänge im Kontokorrentverkehr ab, wobei sie im Widerspruch mit dem Wesen und der Wirkung des Kontokorrentverhältnisses den Zusammenhang zwischen den Aus- und den Einzahlungen löst und sie beide nach andern rechtlichen Gesichtspunkten behandelt. In letzterer Beziehung sodann glaubt sie mit Unrecht, die Zulässigkeit der Verrechnung neuer Einzahlungen mit alten Sollposten aus Art. 101 OR ableiten zu können. Wie das Bundesgericht bereits im genannten Entscheide (S. 610) bemerkt hat, gilt die Auslegungsregel des Art. 101 für den Kontokorrentverkehr, wenigstens hinsichtlich der hier in Betracht kommenden Rechtsbeziehungen, nicht; und im gegebenen Falle trifft sie um so weniger zu, als die Parteien vertraglich noch besonders festgesetzt hatten, daß die einzelnen Kreditverhältnisse buchmäßig in ein einziges Kontokorrentverhältnis verschmolzen werden sollten. Die Beklagte selbst hat sich denn auch im Prozesse gar nicht auf den Art. 101 OR berufen und nicht geltend gemacht, daß diese Einzahlungen eine solche, von der kontokorrentmäßigen abweichende Behandlung erfahren müßten. Aber auch darin läßt sich ferner der Vorinstanz nicht beistimmen, daß sie zur Beantwortung der streitigen Frage, ob und welche Quote der angemeldeten Konkursforderung wegen Anfechtbarkeit der Pfandbestellungen nicht auf die Pfänder angewiesen werden könne, die Summe der nach den Pfandbestellungen erfolgten Kreditierungen (Auszahlungen) der Beklagten in Beziehung setzt. Nicht auf diese spätern, sondern auf die frühern Kreditierungen kommt es an, da aus diesen der Bestand und der Umfang einer „bereits bestehenden Verbindlichkeit“ im gesetzlichen Sinne zu ermitteln ist. Von den den Pfandverschreibungen nachfolgenden Geschäftsvorgängen könnten vielmehr

allfällig eher die Einzahlungen der Gemeinschuldnerin in Betracht kommen: von dem Gesichtspunkte aus nämlich, daß sie die unmittelbar vor der Verpfändung vorhandene „bestehende Verbindlichkeit“ vermindern und daß daher der tiefste nachherige Sollbestand, den der Kontoforrent während der sechsmonatlichen Frist aufweist, den in anfechtbarer Weise pfandversicherten Betrag der Konkursforderung darstellen würde und für den Mehrbetrag die Pfandbestellungen nach Art. 287 Ziff. 1 unanfechtbar wären, weil dieser Mehrbetrag aus Auszahlungen herrührte, die erst seit jenem tiefsten Stande in Hinsicht auf das bereits bestellte Pfandrecht gemacht und damit „neue Verbindlichkeiten“ begründet worden wären. Näher braucht indessen auf diesen Punkt nicht eingegangen zu werden, weil die Parteien in ihren Rechtschriften nicht darauf abgestellt und ihre Anträge nicht in diesem Sinne substantiiert haben.

Nach den bisherigen Ausführungen ist ferner klar, daß auch die von der Klägerin in der Berufungsinstanz vorgeschlagene Berechnungsweise fehl geht. Sie besteht darin, daß vom schon erwähnten Gesamtbetrag der Abzahlungen von 29,038 Fr. 10 Cts. diejenigen, nach der ersten Pfandverschreibung (31. Oktober 1907) erfolgten Einzahlungen von zusammen 23,045 Fr. 5 Cts. abgezogen werden, die während den Monaten November 1907 bis Februar 1908 aus Eingängen aus den verpfändeten Forderungen gemacht worden sind. Die Differenz zwischen den beiden Gesamtbeträgen, also 5993 Fr. 5 Cts., soll nunmehr die Quote darstellen, für die die Konkursforderung von 25,268 Fr. im Konkurse Pfandrecht beanspruchen kann, während für den Rest dieser Forderung von 19,274 Fr. 95 Cts. die Pfandbestellungen anfechtbar und also die Deckung aus Pfändern zu verweigern wäre. Demgegenüber ist einfach darauf zu verweisen, daß nach den obigen Ausführungen weder die Ein- noch die Auszahlungen, die die Klägerin in Rechnung bringt, in der behaupteten Weise als Rechnungsfaktoren dienlich sind. Hinsichtlich der Einzahlungen im besondern läßt sich zudem nicht einsehen, warum ein Unterschied zu machen wäre zwischen jenen, deren Beträge aus Abzahlungen an die Pfandforderungen herrühren, und den übrigen, die die Beklagte mit der Vorinstanz an die „alten Verbindlichkeiten“ angerechnet wissen will.

6. — Nach alldem ist also zunächst das Guthaben festzustellen, das der Beklagten unmittelbar vor der ersten Pfandverschreibung vom 31. Oktober 1907 aus dem Kontoforrentverhältnis gegenüber der Gemeinschuldnerin zustand. Laut einer von der Beklagten herrührenden Rechnungsaufstellung hätte dieses Guthaben 26,553 Fr. 25 Cts. betragen, also mehr als der beim Konkursausbruch vorhandene und im Konkurse angemeldete Saldo von 25,268 Fr., und es wären also insoweit die Pfandverschreibungen hinsichtlich dieses ganzen Saldos anfechtbar. Nun ist aber aus einem andern Grunde die Anfechtbarkeit nicht in diesem vollen Umfange gegeben: Aus den Akten (namentlich aus der genannten Rechnungsaufstellung) ergibt sich nämlich, daß die am 31. Oktober 1907 verpfändeten Forderungen zum größten Teil bereits vor Beginn der sechsmonatlichen Frist des Art. 287 SchRG der Beklagten im nämlichen Kontoforrentverhältnisse als Pfänder bestellt worden waren und daß also insoweit die Pfandverschreibung vom 31. Oktober inhaltlich nur die Aufrechterhaltung und Bestätigung früher begründeter Pfandrechte enthält, die der Anfechtung nach Art. 287 Ziff. 1 nicht unterliegen. Im Umfange dieser Pfandrechte war also nicht nur das vor dem 31. Oktober 1907 bestandene Rechnungsguthaben gültig gesichert, sondern ist es auch noch die nunmehr im Konkurs geltend gemachte Saldoforderung von 25,268 Fr. An welchen der in jene Pfandverschreibung aufgenommenen Forderungen und für welche Beträge von ihnen die Beklagte bereits früher unanfechtbare Pfandrechte erworben hat, ist nun aber aus den Akten nicht bestimmt zu entnehmen; namentlich stehen sich hier hinsichtlich der Bauforderungen gegen die Geschwister Gerber und Albert Eggen widersprechende Parteibehauptungen gegenüber, zu deren Prüfung es weiterer Feststellungen bedarf. Desgleichen ist nicht festgestellt der Wert dieser Pfandrechte, d. h. der Erlös aus ihrer Liquidation. Der Fall ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, in dem Sinne, daß sie die Forderungen und Forderungsbeträge, an denen das Pfandrecht aus dem erwähnten Grunde unanfechtbar bestellt wurde und hinsichtlich derer also die Beklagte als Pfandgläubigerin für ihre Konkursforderung kollationsberechtigt ist, im einzelnen bestimme. Daraus ergibt sich dann des genauern, in

welchem Umfange umgekehrt das Klagebegehren, die Verpfändungen vom 31. Oktober, 2. und 9. November unbeschränkt als anfechtbar zu erklären und der Beklagten jeden Anspruch auf Kollokation als Faustpfandgläubigerin zu versagen, geschützt werden muß und die verpfändeten Forderungen wegen Unwirksamkeit der Pfandbestellung in die allgemeine Masse zu fallen haben. Es ist m. a. W. der zwischen der Beklagten und der Firma Künzi & Schneider bestandene Kontokorrent auf den 30. Oktober 1907, inklusive Zinsen und Kommissionen, auf diesen Tag abzuschließen und dann die Summe abzuziehen, die aus der Liquidation der vor diesem Datum rechtskräftig begründeten Pfandverschreibungen resultiert. Die dabei sich ergebende Differenz repräsentiert denjenigen Betrag, für welchen die nachher begründeten angefochtenen Pfandbestellungen als für damals bereits bestehende Verbindlichkeiten, nicht in Anspruch genommen werden dürfen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, daß das angefochtene Urteil des bernischen Appellationshofes vom 30. September 1910 in allen Teilen aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung im Sinne der vorstehenden Urteilsmotive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

17. Extrait de l'arrêt du 23 mars 1911

dans la cause *Deillon, dem. et rec., contre Zanetti, déf. et int.*

Art. 250 LP. Point de départ du délai de l'action en modification de l'état de collocation.

Dans la faillite de Gaston Zanardi, entrepreneur, à Fribourg, Ruffilo Zanetti a produit une créance hypothécaire de 12,497 fr. 70 grevant un immeuble que Zanardi avait vendu, avant la déclaration de la faillite, à Célestin Deillon. Cette production a été admise et portée au tableau de collocation. Les créanciers ont été avisés du dépôt de celui-ci par avis publié dans la Feuille officielle de Fribourg du 5 novembre 1908. L'avis portait que le délai pour intenter l'action en opposition expirait le 19 novembre 1908.

Par exploit du 18 novembre 1908, Célestin Deillon a ouvert action à Ruffilo Zanetti en concluant, en première ligne, à ce que l'intervention faite par Zanetti doit être éliminée du plan de collocation.

Par arrêt du 24 mai 1910, la Cour d'appel du canton de Fribourg a écarté cette conclusion pour cause de tardiveté, en invoquant le motif suivant: L'action en modification de l'état de collocation a été intentée 14 jours après la date de la publication de l'avis de dépôt. C'est cette date qui constitue le point de départ du délai de 10 jours de l'art. 250 LP. L'action de Deillon est dès lors tardive.

Le Tribunal fédéral a confirmé cet arrêt en

considérant en droit:

Aux termes de l'art. 250 LP, l'action en modification de l'état de collocation doit être ouverte dans les dix jours dès la publication de l'avis de dépôt — c.-à.-d. dès la date à laquelle la Feuille officielle, fédérale ou cantonale, a paru au lieu où elle s'imprime. Ainsi que le Conseil fédéral l'a reconnu (v. Archives III, N° 40), « pour déterminer les délais, il faut partir d'un terme initial fixe, et c'est pourquoi l'on ne saurait admettre que la loi ait entendu dater une publication du jour, difficile à déterminer, où la feuille dans laquelle l'avis a paru a pu être distribuée dans une certaine localité » (v. dans le même sens, JAEGER, note 2 sur art. 35 et note 3 sur art. 250 LP). Or, en l'espèce, l'avis du dépôt de l'état de collocation a paru dans la Feuille officielle du 5 novembre 1908. L'action intentée le 18 novembre a dès lors été intentée après l'expiration du délai de dix jours fixé par la loi.

Il est vrai que l'avis de dépôt, signé par le préposé à l'office des faillites, portait la mention suivante: « Délai pour intenter l'action en opposition: 19 novembre 1908 ». Mais le recourant ne peut évidemment pas se prévaloir de ce fait: il n'appartient pas à l'office de modifier les délais déterminés par la loi (v. JAEGER, note 2 sur art. 33 LP).