

Konkurrenz mit den Klägern an der Verteilung des von diesen letzteren erstrittenen Prozeßgewinns teilzunehmen, erweist sich somit schon nach dem klaren Wortlaute des Art. 260 Abs. 2 als unhaltbar. Zum gleichen Schlusse führt überdies auch die auf den Sinn und Zweck dieser Bestimmung abstellende Auslegung. Mit dem Recht auf die vorzugsweise Befriedigung aus dem Prozeßergebnis wollte der Gesetzgeber unzweifelhaft den auf eigene Gefahr prozessierenden Gläubigern eine Prämie für die Übernahme des Prozeßrisikos gewähren. Diese gesetzgeberische Absicht aber könnte bei Zulassung auch des Prozeßgegners jener Gläubiger zur Vorzugsteilung des Prozeßgewinns jedenfalls nur in unvollkommenem Maße verwirklicht werden, ja ihre Verwirklichung würde unter Umständen — falls der Prozeßgegner mit einer allein schon den Prozeßgewinn übersteigenden Konkursforderung zugelassen werden müßte, während nur die Forderungen der klagenden Gläubiger allein durch jenen vollständig gedeckt würden — geradezu illusorisch. Auch diese Erwägung steht daher dem Begehren des Beklagten zwingend entgegen. Das Dispositiv II des vorinstanzlichen Urteils ist somit im Sinne der Abweisung der Widerklage abzuändern; —

erkannt:

In teilweiser Gutheißung der Hauptberufung der Kläger und Abweisung der Anschlußberufung des Beklagten wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 25. Februar/2. März 1911 in seinen Dispositiven I und II dahin abgeändert, daß

a. nicht nur die Rechtsgeschäfte des Beklagten mit dem Gemeinschaftsdarlehner Vogel vom 4. Oktober 1908/29. April 1909 und vom 9. August 1909, sondern auch diejenigen vom 2. September 1908, 2. März 1909 und vom 8./10. Februar 1909, soweit sie selbständige Mobilien im Sinne der vorstehenden Erwägung 5 zum Gegenstande haben, als ungültig erklärt werden und die Klage in diesem Umfange gutgeheißen wird;

b. die Widerklage abgewiesen wird.

44. Urteil vom 3. Juni 1911

in Sachen **Schori und Suggler**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Tschanz-Fischer, Bell. u. Ber.-Bell.

Anfechtungsklage gegenüber einem bernischen « **Weibergutsherausgabeakt** », laut welchem der Ehemann seiner Ehefrau auf Rechnung ihres Weibergutes eine Liegenschaft abgetreten hat. Unzulässigkeit der Klage wegen vorläufig mangelnden Nachweises einer Schädigung der klagenden Gläubiger des ausgepfändeten Ehemanns durch diesen Rechtsakt, zufolge der Vorschrift des bernischen Rechts (des Gesetzes v. 26. Mai 1848 zur Erläuterung einiger Bestimmungen des Personenrechts), wonach eine solche Abtretung nur die Sicherstellung der Ehefrau für die « bevorrechtete Hälfte des zugebrachten Gutes » bewirkt und den Gläubigern des Ehemanns das Recht zusteht, die zu diesem Zwecke abgetretenen Gegenstände gleichwohl zu pfänden oder zur Masse zu ziehen, d. h. ihren Mehrwert über die gesetzliche Sicherstellung der Ehefrau hinaus (auf dessen Entzug sich die Klage gründet) zur eigenen Befriedigung zu verwenden. — Rechtsgültigkeit dieser kant. Vorschrift nach dem eidg. SchKG und daraus folgende Nichtanfechtbarkeit der fraglichen Pfandrechtsbestellung zu Gunsten der Ehefrau seitens der Gläubiger des Ehemanns, bevor diese ihren Pfändungsanspruch auf den Mehrwert des Abtretungsobjekts zur Geltung gebracht haben. Rechtliche Bedeutung des den Klägern bereits ausgestellten Verlustscheins.

A. — Durch Urteil vom 16. Dezember 1910 hat die II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt:

„Die Kläger sind mit ihrem Klagsbegehren abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger, soweit es sich um die Klage gegen die Ehefrau Tschanz handelt, die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils das Klagebegehren gegenüber der Frau Tschanz zuzusprechen und demnach der Weibergutsherausgabeakt vom 28. März 1909 mit Fertigung vom 27. März 1909 gerichtlich als ungültig und nichtig zu erklären und zu kassieren.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Berufungskläger die gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter der Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der ursprünglich mitbeklagte Ehemann der beklagten Frau Marie Tschanz geb. Fischer hatte sich der Spar- und Leihkasse Bern für einen dem Johann Zumburnt gewährten Kredit als Bürge verpflichtet. Neben ihm hafteten noch drei Mitbürgen (nämlich Robert Rößliberger, Ulrich Zumburnt und Gottlieb Bischer, welcher letzterer später im Einverständnis der Beteiligten aus der Bürgerschaft entlassen wurde). Im weitern hatten die heutigen Kläger Fritz Schori und Kaspar Huggler Nachbürgschaft geleistet. Die Gläubigerin kündigte im Oktober 1908 den Kredit und hob gegen den Hauptschuldner und die Vorbürgen Betreibung an, was gegenüber sämtlichen Betriebenen zur Ausstellung von Verlustscheinen führte, gegenüber Tschanz im besondern zur Ausstellung eines solchen vom 19. August 1909 für den Betrag von 4916 Fr. 65 Cts. Die Kläger bezahlten darauf am 9. Dezember 1909 die Schuld nebst den Betreibungskosten mit zusammen 4940 Fr. und ließen sich die der Gläubigerin gegen den Hauptschuldner und die Bürgen zustehenden Rechte abtreten.

Unterdessen hatte, am 10. März 1909, der Bürge Tschanz seiner (heute allein noch beklagten) Ehefrau, einen Weibergutsempfangschein ausgestellt, worin er anerkannte, von ihr beim Eheabschluß im Jahre 1901 an Vermögen 342 Fr. in bar und 2500 Fr. in Beweglichkeiten (Betten, Stühle, Ringe u. s. w.), zusammen 2842 Fr., unbeschwert empfangen zu haben. Am 18. März 1909 ließen die Eheleute Tschanz einen notariellen Weibergutsherausgabeakt errichten, laut dem der Ehemann der Ehefrau auf Rechnung der privilegierten Hälfte des Weibergutes, also von 1421 Fr., seine Besizung in Sigriswil im Grundsteuerwerte von 26,480 Fr., samt dem vorhandenen Mobilien und unter Überbindung der darauf haftenden Hypotheken von zusammen 27,000 Fr., für 28,421 Fr. abtrat. Der Vertrag wurde nachher gefertigt und im Grundbuche Sigriswil eingetragen.

Mit der vorliegenden Klage haben nunmehr die Nachbürgen Schori und Huggler ursprünglich gegen Tschanz und seine Ehefrau das Begehren aus Recht gestellt, es sei der genannte Weibergutsherausgabeakt und dessen Fertigung gerichtlich als ungültig und nichtig zu erklären und zu kassieren. Das Begehren ist damit

begründet worden, daß diese Akte nach Art. 288 und Art. 287 Ziff. 2 SchKG anfechtbar seien. Daneben haben die Kläger noch geltend gemacht, der Empfangschein und der Herausgabeakt seien auch wegen formeller Mängel ungültig.

2. — Soweit sich die Klage gegen den Ehemann Tschanz richtete, hat die Vorinstanz sie wegen mangelnder Passivlegitimation des Beklagten abgewiesen. Die Berufungskläger sehten den Vorentscheid in diesem Punkte nicht an und er fällt daher für die bundesgerichtliche Beurteilung des Falles außer Betracht.

3. — . . . (Inkompetenz des Bundesgerichts zur Überprüfung der auf kant. Recht gestützten formellen Bemängelung des Weibergutsempfangschesines und des Weibergutsherausgabeaktes.)

4. — Was sodann die paulianische Anfechtung des Weibergutsherausgabeaktes und seiner Fertigung — nur diese Rechts-handlungen werden in der Klage genannt, nicht auch der Empfangschein — gegenüber der Beklagten Frau Tschanz betrifft, so fragt es sich vor allem, ob die erforderlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegeben seien. Über diese Frage, die der Vorentscheid nicht näher prüft, indem er die Kläger ohne weiteres kraft des ihrer Rechtsvorfahrin, der Spar- und Leihkasse Bern, ausgestellten Verlustschesines als anfechtungsberechtigt ansieht, ist zu bemerken:

Die Klage wird in der Hauptsache damit begründet, daß die der Ehefrau übergebenen Gegenstände auch nach Abzug der darauf haftenden Lasten einen viel größern Wert hätten, als den ihr angerechneten Betrag, und daß daher schon aus diesem Titel die Ehefrau, abgesehen davon, ob sie überhaupt habe zum Nachteil der Gläubiger für die Hälfte ihres Frauengutes sichergestellt werden können, durch die Veräußerung dieser Gegenstände und die darin liegende Zuwendung des Mehrwertes an sie, und zwar in einer für sie erkennbaren Weise, offenbar begünstigt worden sei. Nur eventuell und nebenbei wird die Sicherung der Ehefrau überhaupt als anfechtbar bezeichnet.

Dabei geht die Klage also von der Ansicht aus, daß durch den Weibergutsherausgabeakt den Gläubigern des Ehemannes der Zugriff nicht nur auf die zur Sicherung der Hälfte des Frauengutes notwendigen Objekte entzogen worden sei, sondern daß sie auch

für den über diese Deckung hinaus nach der klägerischen Behauptung vorhandenen Mehrwert nicht mehr von den Gläubigern könnten in Anspruch genommen werden.

Demgegenüber hat die Ehefrau darauf verwiesen, daß nach dem bernischen Gesetze vom 26. Mai 1848 über die Erläuterung einiger Bestimmungen des Personenrechtes dieser Mehrwert, sofern ein solcher überhaupt vorhanden sei, den Gläubigern nach wie vor, trotz dem Weibergutsherausgabeakt, zur Verfügung stehe, da die Gläubiger ja die Möglichkeit hätten, diese Gegenstände pfänden und versteigern zu lassen und jenen Erlös, der nach Deckung der privilegierten Hälfte der Frauengutsforderung noch übrig bleibe, für sich beanspruchen zu können.

Wenn dem so ist, so können natürlich, solange dieses Verfahren nicht stattgefunden hat, die Kläger zur Anstellung einer Anfechtungsklage aus dem Titel der Überlassung der Gegenstände an die Ehefrau zu einem zu niedrigen Preise nicht berechtigt sein. Die Anfechtungsklage geht ja auch nur auf Rückgewähr der übergebenen Sachen zu dem Zwecke, damit sie in die Zwangsvollstreckung zu Gunsten der Kläger einbezogen, also für sie versteigert werden können. Hindert das angefochtene Rechtsgeschäft eine solche Zwangsvollstreckung nicht, so fehlt für die Anfechtungsklage die wesentlichste Voraussetzung, nämlich die schädigende Wirkung der angefochtenen Rechtshandlung auf die Exekutionsrechte der Kläger. Wo diese Exekutionsrechte vor wie nach der angefochtenen Handlung sich gleich geblieben sind, kann ein Anfechtungsanspruch überhaupt nicht entstehen, und eine solche Klage ist daher ohne weiteres abzuweisen.

Und dies auch ohne Rücksicht darauf, ob die Anfechtungskläger im Besitze eines Verlustscheines sind oder nicht; denn der Verlustschein gibt nur eine formelle Klagelegitimation und entscheidet nicht endgültig und ohne Möglichkeit des Gegenbeweises die Frage, ob die angefochtene Rechtshandlung diese schädigende Wirkung gehabt habe. Gegenüber einer Erklärung des Anfechtungsbeklagten, von dem durch die Anfechtungsklage verlangt wird, daß er in seinem Besitze befindliche Gegenstände der Zwangsvollstreckung zu Gunsten des betriebenen Schuldners ausliefere, daß er hiezu bereit sei, kann sich der Anfechtungskläger daher selbstverständlich nicht

auf die im konkreten Falle im Verlustschein allein verurkundete Tatsache berufen, daß der Schuldner diese Gegenstände nicht schon im Betreibungsverfahren zur Verfügung gestellt hat. Nur dann, wenn der Anfechtungsbeklagte selbst schon im Betreibungsverfahren die Herausgabe zu diesem Zwecke verweigert haben sollte, könnte offenbar die durch den Verlustschein allein beurkundete Tatsache, daß kein anderes Vermögen des Schuldners zur Befriedigung der betreibenden Gläubiger vorhanden war, die Berechtigung zur Anfechtungsklage geben.

4. — Fragt es sich somit, ob die Bestimmungen des zitierten bernischen Gesetzes von 1848 gegenüber den Vorschriften des BG über Schuldbetreibung und Konkurs zu Recht bestehen können, so ist das unbedenklich zu bejahen. Denn es handelt sich dabei ja lediglich um die Art und Weise der Sicherstellung der Ehefrau. Das kantonale eheliche Güterrecht kann natürlich eine solche Sicherstellung, sowie den Zeitpunkt, in welchem sie verlangt werden kann, vorschreiben und im Rahmen der ihm zur Zeit noch gelassenen sachenrechtlichen Kompetenzen auch die Art und Weise der Sicherstellung regeln. Vom betreibungsrechtlichen Standpunkte aus — der sachenrechtliche kann für diesen Fall außer Erwähnung bleiben, da es sich um die Bestellung der Sicherheit an Liegenschaften handelt, und in dieser Beziehung das eidgenössische Recht zur Zeit noch keinerlei die kantonale Hoheit einengende Vorschriften enthält — ist immer nur Voraussetzung für die Gültigkeit dieser Bestimmungen, daß sie der Anfechtungsmöglichkeit des Sicherheitsbestellungsaktes wegen Benachteiligung der Gläubiger nicht hindernd in den Weg treten. Nur insoweit eine solche Kollision vorliegen würde, könnten sie auf Geltung nicht Anspruch machen.

Doch ist hievon im vorliegenden Falle keine Rede. Gegen die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Weibergutsherausgabe zu einem zu geringen Preise liegen könnte, stellt das kantonale Recht ja selbst die gleichen Vorschriften auf, welche auch den eidgenössischen Anfechtungsbestimmungen zu Grunde liegen; es erklärt die Eigentumsübertragung den Gläubigern gegenüber als nicht wirksam, bezeichnet die Gegenstände trotz des „Eigentumsüberganges“ für eine Betreibung gegen den Ehemann als pfändbar

und behält der Ehefrau nur das Recht vor, aus dem Steigerungserlös für ihre privilegierte Forderung vor den pfändenden Gläubigern sich befriedigt zu machen. Das heißt im Grunde genommen nichts anderes, als daß den Gläubigern gegenüber die Herausgabe der Gegenstände an die Ehefrau zur Deckung des Weibergutes nur in der Form einer Pfandbestellung für diese Frauengutsforderung erfolge. Die Stellung einer Anfechtungsklage ist also, soweit sie sich nur auf die Übertragung eines Mehrwertes gründet, nicht nötig; soweit sie dagegen auf die privilegierte Anweisung der Ehefrau auf den Erlös der herausgegebenen Objekte sich bezieht, ist sie in gleicher Weise möglich, wie gegenüber einer eigentlichen Pfandbestellung.

5. — Aus dem Gesagten folgt nun aber im weitern, daß auch die Anfechtung im letztern Sinne, d. h. die Anfechtung der Sicherung eines Vorrechtes der Ehefrau für die privilegierte Hälfte auf den Erlös der übergebenen Objekte, trotz des ausgestellten Verlustscheines, so lange eben nicht möglich ist, als nicht durch die Durchführung des Betreibungsverfahrens in Bezug auf die übergebenen Objekte festgestellt ist, ob überhaupt die Gläubiger durch dieses Privilegium der Ehefrau geschädigt worden seien oder nicht. Eine Pfandrechtsbestellung — und gleich einer solchen ist im Verhältnis der Gläubiger nach dem Gesagten vom betreibungsrechtlichen Standpunkte aus die in dem Weibergutsherausgabeakt liegende Privilegierung der Ehefrau zu betrachten und zu behandeln — ist nur dann paulianisch anfechtbar, wenn aus dem Pfanderlös die betreibenden Gläubiger nicht neben dem Pfandgläubiger Befriedigung erhalten können. Gibt aber das Pfand Deckung für beide, so fehlt wieder für die Anfechtungsklage das Element der Schädigung der anfechtenden Gläubiger durch die angefochtene Handlung. Auch ist erst dann der Umfang der Schädigung und damit der Inhalt des Anfechtungsanspruches in einer für die Ausspielung der Klage notwendigen Art und Weise ziffermäßig näher bestimmt, wenn entweder provisorisch: durch eine betreibungsamtliche Schätzung (Art. 115), oder definitiv: durch die Versteigerung (Art. 149), festgestellt ist, welchen Erlös die betreffenden Objekte abwerfen. Es kann somit, so lange nicht wenigstens die Pfändung und Schätzung stattgefunden hat, auch

auf die Anfechtung der Sicherstellung der Ehefrau als solcher, unter Außerachtlassung des Mehrwertes, den sie erhalten haben soll, ebenfalls nicht eingetreten werden.

Es ist demnach die Klage auch in diesem Punkte zur Zeit abzuweisen, in der Meinung also, daß die Kläger zunächst die Betreibung auf die im Streite liegenden Gegenstände auszudehnen haben und dann je nach dem Ergebnis dieser Betreibung zur Anstellung der Klage in beiden Richtungen berechtigt sind.

6. — An diesem Resultat kann der von der Vorinstanz erwähnte Umstand nichts ändern, daß die Kläger den Verlustschein nicht angefochten haben. Sie taten das in der Meinung, daß die der Ehefrau übergebenen Gegenstände von ihr zu vollem Eigentum beansprucht werden. Es ist aber klar, daß sie dadurch keineswegs auf ihre Inanspruchnahme für ihre Forderungen verzichteten. Das beweist ja ohne weiteres die Anstellung der gegenwärtigen Klage, welche gerade diesen Zweck hat. Wenn daher die Beklagte selbst ohne weiteres die Gegenstände ihnen zur Pfändung zur Verfügung stellt, so ist nicht einzusehen, weshalb sie hiezu vorab noch ein gerichtliches Urteil sollten erwirken müssen. Ebenso wenig liegt natürlich auf Seite der Beklagten ein Verzicht darauf vor, diese Einrede zu erheben. Abgesehen davon, daß sie ja gegen die Ausstellung des Verlustscheines, weil sie nicht Partei war, gar nicht hätte Beschwerde erheben können, hatte sie natürlich solange keine Veranlassung, eine bezügliche Erklärung über die von ihr an den Objekten geltend gemachten Rechte abzugeben, als die Kläger nicht darauf bestimmte Rechte behaupteten, also ein ausdrückliches Begehren um ihre Einbeziehung in die Betreibung stellten. Sie hat aber diese Erklärung abgegeben, sobald sie von diesem Begehren im Anfechtungsprozesse Kenntnis erhielt, und sie muß daher in diesem Stadium noch gehört und berücksichtigt werden.

Endlich ist auch gleichgültig, daß nach Art. 83 Abs. 2 des bernischen Einführungsgesetzes durch die Ausstellung des Verlustscheines gemäß den Feststellungen der Vorinstanz zwischen den Eheleuten Tschanz die Gütertrennung eingetreten ist. Nach der Sitzung 107 bern. ZGB benimmt die Gütertrennung den Gläubigern des Ehemanns ihre sonst bestehenden Rechte nur hinsichtlich

des Vermögens, das der Ehefrau von da hinweg anfällt. Soweit diese Bestimmung überhaupt das hier in Frage stehende paulianische Anfechtungsrecht berührt und soweit sich überhaupt hinsichtlich der herausgegebenen Gegenstände von „der Frau angefallenem“ Vermögen sprechen läßt, reicht dieser Vermögensanfall vor die Ausfertigung des Verlustscheines zurück. Die Gütertrennung hat also unter keinen Umständen das Anfechtungsrecht der Gläubiger beeinträchtigen können, sondern höchstens durch eine allfällige Veränderung im Besitzstande der „herausgegebenen“ Gegenstände (dadurch, daß die Besitzrechte der Ehefrau weitergehende geworden wären) eine Verschiebung der Partierollen im künftigen Anfechtungsprozeße zu bewirken vermocht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin als begründet erklärt und das angefochtene Urteil des bernischen Appellationshofes in dem Sinne aufgehoben, daß die Klage zur Zeit abgewiesen wird.

45. Arrêt du 8 juin 1911

dans la cause **Bollag, dem. et rec., contre Faillite Marx,**
déf. et int.

Se caractérise comme **jugement au fond** au sens de l'art. 58 **OJF** tout jugement qui a pour résultat d'écarter d'une manière définitive la prétention de droit matériel en question, lors même qu'il ne statue pas directement sur le fond de ce droit. — **L'action en opposition à l'état de collocation** (art. 250 LP) présuppose une décision de l'administration de la faillite sur le fond même de la prétention dont il s'agit. En cas de **production tardive**, cette décision n'a pas besoin d'être mentionnée à l'état de collocation ni d'être publiée, pourvu qu'elle soit portée à la connaissance du créancier (art. 251 al. 4 et 5 LP). — Interprétation d'une réponse de l'administration, portant que la production tardive « ne peut être prise en considération ».

A. — Dame Marthe Wildenstein, épouse séparée de biens de Arthur Bollag, a produit au passif de la faillite de Julien Marx à Genève une créance de 107 623 fr. 02 c. Par lettre du

24 février 1910 l'administration de la faillite l'a informée que la production était écartée, Julien Marx ne devant rien à dame Bollag. Celle-ci a alors ouvert action à la masse, par exploit du 5 mars 1910, en concluant à ce qu'il soit prononcé que la production de la demanderesse a été écartée à tort et qu'elle doit être colloquée pour la somme de 107 623 fr. 02 c.

Le 2 du même mois Arthur Bollag avait produit en son nom personnel au passif de la faillite la créance déjà produite par sa femme. Par lettre du 7 avril l'administration de la faillite lui a donné avis que :

« Cette production ne peut être prise en considération pour »
» les motifs qu'elle ne constitue pas une production tardive »
» pouvant réclamer le bénéfice de l'art. 251 LP. En effet la »
» même créance a déjà été produite en des termes identi- »
» ques pour les mêmes sommes et les mêmes causes le »
» 8 janvier 1910. Elle a déjà fait l'objet d'une décision de »
» l'administration de la faillite. »

Le 16 avril Bollag a fait notifier à l'administration de la Faillite un exploit concluant à ce qu'après avoir prononcé la jonction des causes pendantes entre la dite faillite, dame Bollag, d'une part, sieur Bollag, de l'autre, le Tribunal colloque ce dernier dans la masse en faillite Marx pour la somme de 107 623 fr. 02 c., faute par dame Bollag d'être colloquée pour la dite somme.

La faillite Marx a conclu à ce que cette demande fût déclarée irrecevable. Elle soutient que l'administration de la faillite n'a ni admis ni écarté la production de Bollag ; seul le bénéfice de l'art. 251 LP lui a été refusé et sa production n'a pas été prise en considération. Il n'y avait donc pas lieu à ouverture d'action au sens de l'art. 250 LP et c'est par voie de plainte à l'autorité de surveillance que Bollag aurait dû recourir contre la décision de l'administration de la faillite. Au surplus cette décision était bien fondée : la créance produite par Bollag avait déjà été écartée, puisque c'est la même qui avait déjà été produite par dame Bollag.

B. — Le Tribunal de première instance a écarté l'exception d'irrecevabilité soulevée par la défenderesse et a ordonné la jonction de la cause avec celle introduite par dame Bol-