

gewöhnliche zivilrechtliche Zession, d. h. eine Uebertragung des Anspruchs zu eigenem, ausschliesslichem Rechte, so konnte ihr die Konkursverwaltung nicht nachträglich, ohne dass eine Annullierung des sie enthaltenden Aktes eingetreten wäre, dadurch eine andere Bedeutung geben, dass sie denselben als eine Abtretung nach Art. 260 SchKG erklärte. Es hat denn auch die Klägerin selbst in ihrer Replikschrift vom 25. November 1915, mit der sie die Bescheinigung vom 23. November 1915 beibrachte, nur ausgeführt, dass damit die bereits am 12. Juni 1914 ausgesprochene Abtretung « wiederholt und bekräftigt » werde. Sie leitet also selbst ihre Legitimation nicht aus jener Urkunde, sondern aus der vorangegangenen Vereinbarung vom letzteren Datum her, wie sie konsequenter Weise auch in erster Linie auf Aushängung der anfechtbarer Weise der Beklagten zugekommenen Vermögenswerte an sie zu Eigentum und nur eventuell auf Einwerfung derselben in die Konkursmasse nach Art. 260 geklagt hat.

Unter diesen Umständen braucht nicht untersucht zu werden, ob die für eine Abtretung nach Art. 260 erforderlichen formellen Voraussetzungen — Verzichtsbefehl der Gläubigermehrheit auf die Geltendmachung des Anspruchs namens der Masse und vorhergehende Aufforderung an alle Gläubiger zur Einreichung von Abtretungsbegehren — erfüllt gewesen wären und ob der Dritte, gegen den der « abgetretene » Anspruch sich richtet, überhaupt befugt sei, eine nach Art. 260 vollzogene Abtretung aus diesen Gründen im Prozesse anzufechten. Denn der Streit dreht sich in Wirklichkeit nicht hierum, sondern um die andere Frage, ob der Akt, auf den sich die Klägerin für ihre Befugnis zur Klage stützt, sich seinem Inhalte nach überhaupt als eine Abtretung im Sinne jener Gesetzesbestimmung oder nicht vielmehr als eine nach dem oben Ausgeführten unzulässige Veräusserung — zivilrechtliche Zession — des Anfechtungsanspruchs als selbständigen Aktivums darstelle. Zur

Nachprüfung dieser Frage muss aber der mit der Anfechtungsklage angegangene Richter befugt sein, weil davon, nachdem das Gesetz als Bedingung für die Anhebung derselben durch einzelne Konkursgläubiger ausdrücklich den Besitz einer Abtretung nach Art. 260 fordert, die Legitimation zur Klage abhängt, gleichwie es bei der Anfechtung ausser Konkurs immer als in die Kognition des Richters fallend betrachtet worden ist zu untersuchen, ob die vom Kläger als Verlustschein vorgelegte Urkunde nach dem Charakter der darin bescheinigten Tatsachen auch wirklich den Erfordernissen eines solchen entspreche.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern II. Kammer vom 16. Januar 1919 bestätigt.

### 37. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Mai 1919

i. S. **Annahaim** gegen **Brügger**.

Ablehnung der vom Berufungskläger, gleichzeitig mit der Berufung, durch Revisionsgesuch beim kantonalen Richter verlangten nachträglichen Zulassung eines neuen Beweismittels, weil dasselbe unerheblich sei. Unzuständigkeit des Bundesgerichts zur Ueberprüfung dieses Entscheides. — Bedeutung von Art. 566 Abs. 2 ZGB. Entkräftung der darin aufgestellten Vermutung für die Ausschlagung der Erbschaft durch Eintritt in einen gegen den Erblasser hängigen Prozess? — Vertrag zwischen Vater und Söhnen, wonach jener diesen seine Habe zu einem bestimmten Schätzwerte abtritt, andererseits die Söhne sich verpflichten, die Hypotheken und gewisse laufende Schulden des Vaters zu übernehmen, vom Ueberschusse des Schätzwertes hierüber einen Teil an Vater und Mutter zu bezahlen, den Rest ihnen lebenslänglich zu verzinsen und überdies beiden ein lebenslängliches Wohnrecht einzuräumen. Anfechtung gestützt auf Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG. Einrede, dass die Vereinbarung zwischen Vater und Mutter

über den letzterer zukommenden Teil der Leistungen der Söhne sich als güterrechtliche Auseinandersetzung nach Art. 188 ZGB darstelle. Verhältniss dieser Vorschrift zu Art. 285 ff. SchKG. Folgen der Veräusserung der anfechtbarer Weise empfangenen Vermögensobjekte für die Haftung des Veräusserers. Zulässigkeit eines Klagebegehrens, durch welches lediglich allgemein für diese Eventualität die Verurteilung zum Wertersatz begehrt, die Bezeichnung der einzelnen dafür in Betracht kommenden Objekte und die Bestimmung des Wertes dagegen einem späteren Verfahren vorbehalten wird. — Aktivlegitimation des gestützt auf eine Abtretung nach Art. 260 SchKG als Anfechtungskläger auftretenden Konkursgläubigers. Unzulässigkeit einer Untersuchung darüber, ob die von ihm angemeldete und im Kollokationsplan zugelassene Konkursforderung wirklich zu Recht bestehe.

A. — Am 17. März 1915 wurde über Johann Annaheim, Landwirt und Bauunternehmer in Lostorf, der Konkurs eröffnet. Ungefähr drei Monate vorher, am 21. Dezember 1914 war zwischen dem Gemeinschuldner, dessen Ehefrau Sophie geb. Niggli und den Söhnen beider, August, Albert, Leo, Franz, Josef, Otto, Ernst und Walter Annaheim in Anlehnung an die Bestimmungen der §§ 897 ff. des früheren solothurnischen Zivilgesetzbuches über die «lebzeitige Teilung» («Eine Person, welche das fünfzigste Jahr Alters zurückgelegt hat, kann noch während ihres Lebens ihr Vermögen unter ihre Präsumtiverben verteilen, ein Ehegatte bedarf dazu der Zustimmung des anderen. Der Teilungshalter kann sein ganzes zur Zeit der Teilung vorhandenes Vermögen den Erben überlassen und sich eine angemessene Nutznutzung in Geld oder Natur vorbehalten, oder aber er kann nur einen Teil seines Vermögens abtreten» usw.) ein sog. «Erb-Abtretungs- und Teilungsvertrag» geschlossen und öffentlich beurkundet worden. Er enthält zunächst im Eingang ein Verzeichnis der Vertragsgegenstand bildenden «Habe» und «Schulden» und gibt die erstere auf 98,558 Fr., nämlich Liegenschaften (81 Grundstücke mit vier Gebäuden in den Gemeinden Lostorf, Stüsslingen und Ober-Grösgen) 85,693 Fr., «Be-

weglichkeiten» (Vieh, landwirtschaftliches Inventar, Hausrat, Lebensmittel usw.), 9865 Fr., Guthaben an den Sohn August Annaheim aus Vorempfang 3000 Fr., die Schulden auf 60,270 Fr. wovon 56,469 Fr. 05 Cts. grundversicherte und 3800 Fr. 95 Cts. laufende, die «reine Habe» demnach auf 38,288 Fr. an. Sodann wird unter dem Titel «Erb und Abtretungsvertrag» bestimmt, dass die Eltern Annaheim-Niggli die sämtliche «vorn aufgenommene» Habe an ihre Söhne und Erben zu Eigentum abtreten, wobei an der im Eingangsinventar enthaltenen Schätzung der Liegenschaften auf 85,693 Fr. ein Abstrich von 8000 Fr. gemacht wurde, sodass sich die Anschlagssumme der gesamten Habe noch auf 90,558 Fr. diejenige der Liegenschaften allein auf 77,693 Fr. belief. Als Gegenleistung behielten sich die Eltern vor: 1. das lebenslängliche unentgeltliche Wohnrecht im I. Stocke des Hauses Nr. 18 in Lostorf; 2. das lebenslängliche unentgeltliche Benützungsrecht des nötigen Mobiliars, Küchengerätes und Weisszeugs als: «2 Betten, 1 Kommode, 1 Buffet, 2 Kasten, 1 Tisch und Stühle.» Ferner hatten die Söhne: 3. die sämtlichen im Eingangsinventar verzeichneten Schulden zur Bezahlung zu übernehmen; 4. an Vater und Mutter und zwar an jedes zur Hälfte ein Kapital von 22,288 Fr. zu entrichten, wovon 17,000 Fr. durch zwei Grundpfandverschreibungen über je 8500 Fr. sicherzustellen waren; 5. das «an die Erben abgetretene Vermögen von 8000 Fr.», entsprechend der Differenz zwischen der Anschlagssumme der Habe nach Abzug der Schulden (30,288 Fr.) und den unter 4 erwähnten 22,288 Fr. den Eltern bis zu deren Ableben zu 5% zu verzinsen. In einem anschliessenden als «Auskauf» überschriebenen weiteren Abschnitt vereinbarten die Söhne Albert und Josef Annaheim als «Ausäufer» mit den anderen Söhnen August, Leo, Franz, Otto, Ernst und Walter als «Ausgekauften», dass die sämtliche von den Eltern überlassene Habe mit Ausnahme der Liegenschaften Grundbuch Lostorf Nr. 1070, 1073, 1101 den Ausäufern zu

Eigentum zukommen solle, wogegen diese andererseits die darauf haftenden Hypothekarschulden und die im Eingangsinventar enthaltenen laufenden Schulden auf sich zu nehmen, für das den Eltern zu entrichtendes Kapital von 22,288 Fr. allein aufzukommen und jedem der Ausgekauften als «Auskaufl» 1000 Fr. durch Grundpfandverschreibungen sicherstellbar zu vergüten hätten. Der betreffende Anspruch des August Annaheim wurde dabei auf seine Schuld von 3000 Fr. aus Vorempfang verrechnet. Die Liegenschaften Grundbuch Lostorf Nr. 1070, 1073 und 1101 sollten von den Ausgekauften um die darauf haftenden Hypothekarschulden übernommen werden. Die Bestimmung der Pfandhaft wurde der Amtsschreiberei (Grundbuchamt) überlassen.

Das nach der Konkurseröffnung über den Vater Johann Annaheim vom Konkursamt aufgenommene Inventar erwähnt infolgedessen, dass der Gemeinschuldner am 21. Dezember 1914 den Grossteil seiner Habschaft an seine Söhne abgetreten habe und führt als einzige Aktiven auf: Hausrat für 186 Fr., eine im Prozesse liegende Forderung auf den heutigen Kläger Hans Brügger, von deren weiterer Verfolgung indessen die Gläubigerversammlung Abstand nahm, und den kraft des «Erb- und Abtretungsvertrages» zu Gunsten des Gemeinschuldners errichteten Hypothekartitel über 8500 Fr. auf Albert und Josef Annaheim, woran aber die Schuldner schon vor dem Konkurs 6644 Fr. abbezahlt hatten, während gegenüber einem Teil des Restes von Albert Annaheim eine Regressforderung aus Mitbürgschaft verrechnungsweise geltend gemacht wurde. Diesen Aktiven standen an Passiven 127,028 Fr. 85 Cts., wovon 47,166 Fr. 60 Cts. «eigene Schulden» und 79,862 Fr. 25 Cts. Bürgschaftsschulden, gegenüber. Unter den eigenen Schulden V. Klasse findet sich unter anderem auch ein Schadenersatzanspruch des heutigen Klägers Hans Brügger aus verschiedenen Titeln von 20,000 Fr., der vom Gemeinschuldner bestritten, von der Konkurs-

verwaltung (Konkursamt Olten) aber im Kollokationsplan zugelassen wurde. Eine dagegen von einem Gläubiger angehobene Kollokationsklage wurde wieder zurückgezogen.

Nachdem gestützt auf den damit rechtskräftig gewordenen Kollokationsplan Brügger die Abtretung der Rechte der Konkursmasse auf Anfechtung des «Erb-Abtretungs- und Teilungsvertrages» vom 21. Dezember 1914 im Sinne von Art. 260 SchKG an ihn verlangt hatte, beschloss die zweite Gläubigerversammlung vom 20. März 1916 auf die direkte Geltendmachung dieses Anspruchs durch die Masse zu verzichten, worauf das Konkursamt Olten dem Begehren Brüppers entsprach und ihm die gewünschte Abtretung ausstellte.

Mit im Mai 1916 eingeleiteter Klage stellte infolgedessen Brügger gegen die Ehefrau Sophie Annaheim-Niggli und sieben der am streitigen Verträge beteiligten Söhne, Albert, Leo, Franz, Josef, Otto, Ernst und Walter Annaheim — der achte, August war schon vor dem Vater ebenfalls in Konkurs gefallen — die Rechtsbegehren:

1. der vom Gemeinschuldner Johann Annaheim in Lostorf mit den Beklagten abgeschlossene Erb-Abtretungs- und Teilungsvertrag sei als anfechtbare Handlung ungültig zu erklären;

2. die Beklagten hätten demgemäss alle Objekte, die sie infolge jenes Vertrages vom Gemeinschuldner ausgehändig erhalten hätten, dem Konkursamt Olten-Gösgen zur Verfügung zu stellen;

3. und 4. soweit sie über Zuwendungen an Liegenschaften oder Beweglichkeiten gemäss dem Verträge schon verfügt haben sollten oder der eine oder andere von ihnen die durch den Vertrag erworbenen Forderungstitel veräussert oder verpfändet haben sollte, die ihnen aus dieser Verfügung, Veräussderung oder Verpfändung zugeflossene Bereicherung (Reingewinne) zu Handen der Konkursmasse Johann Annaheim herauszuzahlen;

5. der so sich ergebende Erlös sei nach Abzug der

darauf haftenden Pfandsummen zur Deckung der rechtskräftig kollozierten Forderung des Klägers von 20,000 Fr. zu verwenden.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie in erster Linie die Aktivlegitimation des Klägers mit der Begründung bestritten, dass er mangels Bestehens der von ihm behaupteten — vom Konkursamt zu Unrecht kollozierten — Forderung an den Gemeinschuldner zur Stellung eines Abtretungsbegehrens nach Art. 260 SchKG nicht befugt gewesen sei, und sodann auch in Abrede stellten, dass anfechtbare Rechtshandlungen vorliegen.

B. — Durch Urteil vom 19. März 1918 hat das Obergericht des Kantons Solothurn, in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils des Amtsgerichts Olten-Gösgen vom 31. Oktober 1917, die Klagebegehren 1 bis 4 gutgeheissen und ist auf das Begehren 5, weil in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs fallend, nicht eingetreten.

Während der Hängigkeit des Prozesses vor Obergericht war die Erstbeklagte Frau Sophie Annaheim-Niggli am 11. Januar 1918 gestorben. Mit Eingabe vom 23. Januar 1918 gab der Anwalt der mitbeklagten Söhne dem Obergericht hievon Kenntnis und stellte gleichzeitig das Gesuch, es sei diese Tatsache nicht als Grund zur Einstellung des Verfahrens nach § 16 ZPO zu betrachten, sondern nach Art. 602 ZGB in Verbindung mit § 234 EG hiezu an Stelle der Verstorbenen deren Erbengemeinschaft in den Prozess einzuführen. Der Amtsschreiber von Olten-Gösgen habe zu diesem Zwecke am 21. Januar 1918 den Anwalt der beklagten Söhne und Erben als Vertreter der Erbengemeinschaft nach Art. 602 Abs. 3 ZGB bestellt. Das Obergericht beschloss zunächst am 24. Januar 1918 die Behandlung des Prozesses zu verschieben, bis die Erbschaft entweder von den Erben übernommen oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen sei. Am 7. Februar 1918 kam es dann aber auf diesen Be-

schluss zurück, lud die Parteien zur Appellationsverhandlung auf den 19. März 1918 vor und fällte an diesem Tage das oben erwähnte Urteil, wobei in den Erwägungen bemerkt wurde, dass die noch verbleibenden Beklagten als Erben ihrer Mutter auch an deren Stelle passiv legitimiert seien, « was von ihnen nicht bestritten worden sei ». Zwei Tage nach der mündlichen Urteilsöffnung richtete der Anwalt der Beklagten darauf an das Obergericht eine weitere Eingabe, worin er bemerkte, er habe bei der Appellationsverhandlung erwähnt, dass die Mutter Annaheim, ohne Habschaft zu hinterlassen, gestorben sei. Zum Beweise dafür bringe er nunmehr noch die entsprechende Bescheinigung des Gemeindeammann-Stellvertreters und der Vormundschaftsbehörde Lostorf vom 13. Februar 1918 nach § 200 EG z. ZGB bei, infolgederen die Amtsschreiberei Olten-Gösgen von der Aufnahme eines Inventars über den Nachlass abgesehen habe. Es liege demnach der Fall des Art. 566 Abs. 2 ZGB vor. Die Eingabe wurde jedoch weil verspätet nicht mehr berücksichtigt.

C. — Auf die am 23. Mai 1918 erfolgte Auflegung des schriftlichen Urteils zu Händen der Parteien nach Art. 63 Ziff. 4 OG haben die Beklagten Albert, Leo, Franz, Josef, Otto, Ernst und Walter Annaheim gegen dasselbe rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und beantragt: die Klage sei wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers und als materiell unbegründet gänzlich, eventuell jedenfalls insoweit abzuweisen, als sie als Erben ihrer Mutter Sophie Annaheim ins Recht gefasst würden.

D. — Am 17. September 1918 haben sie überdies beim Obergericht noch ein Neurechtsgesuch nach §§ 223 ff. der solothurnischen ZPO mit dem Antrage gestellt, es sei zu erkennen, dass genügend neue Gründe ins Recht gebracht worden seien, um das Urteil des Obergerichts vom 19. März 1918 in dem Sinne abzuändern, dass die Klage, soweit sie sich gegen die Beklagten als Erben der ver-

storbenen Mitbeklagten Sophie Annaheim-Niggli richte, abgewiesen werde. Nach § 223 in Verbindung mit § 224 Ziff. 1 leg. cit., so wurde ausgeführt, müsse das neue Recht bewilligt werden, wenn eine Partei nachträglich eine Urkunde vorlege, welche geeignet sei, in Verbindung mit dem früher Vorgebrachten, eine Abänderung des gefällten Urteils zu bewirken, gleichviel aus welchem Grunde die Vorlegung im früheren Verfahren unterlassen worden sei. Diese Voraussetzung treffe hier zu, indem durch die am 21. März 1918 eingereichte Bescheinigung der Gemeinde- und Vormundschaftsbehörde von Lostorf der früher bei der Urteilsfällung fehlende amtliche Beweis für die Zahlungsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkte ihres Todes erbracht sei, sodass nach Art. 566 Abs. 2 ZGB die Ausschlagung der Erbschaft vermutet werden müsse. Die Beklagten seien demnach zu Unrecht auch als Erben ihrer Mutter haftbar erklärt worden. Durch Entscheid vom 21. Dezember 1918 lehnte indessen das Obergericht das Gesuch und die Gestattung der damit beantragten Beweisführung mit der Begründung ab: die Hablosigkeits-erklärung nach § 200 des EG z. ZGB besitze nicht die ihr von den Beklagten beigelegte Bedeutung, sie solle nicht die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers zur Zeit des Todes feststellen bzw. offenkundig machen, sondern habe nur die Funktion, die Inventarisierungsbehörde (Amtschreiberei) von der sonst durch § 187 ebenda für alle Todesfälle obligatorisch vorgesehenen Inventarisierung des Nachlasses zu entbinden. Es hätte daher trotz derselben zur Ablehnung des Erwerbs der Erbschaft noch einer ausdrücklichen Ausschlagungserklärung bedurft. Eine solche sei aber von den Beklagten unbestrittenermassen nicht abgegeben worden und könnte infolge Ablaufs der Frist dazu auch nicht mehr abgegeben werden. Die Bedingung des « neuen Rechts », Anrufung eines erheblichen neuen Beweismittels sei demnach nicht erfüllt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Mit Recht haben sich die Vorinstanzen in eine Untersuchung darüber, ob die vom Kläger Brügger im Konkurse des Johann Annaheim Vater angemeldete und im Kollokationsplan zugelassene Forderung von 20,000 Fr. wirklich bestehe oder nicht, nicht eingelassen. Zweck der Anfechtungsklage ist die Vermehrung des Bestandes der Konkursmasse durch Einbeziehung solcher Vermögenswerte, die im Zeitpunkte der Konkurseröffnung nicht mehr dem Gemeinschuldner gehörten, sondern infolge eines von ihm vorgenommenen — anfechtbaren — Entäusserungsaktes in das Vermögen Dritter übergegangen waren. Dieses Ziel verfolgt sie auch dann ausschliesslich, wenn als Kläger nicht die Konkursmasse selbst bzw. die Konkursverwaltung, sondern ein einzelner Gläubiger im Sinne des Art. 260 SchKG auftritt. Die Abtretung nach Art. 260 hat nicht die Bedeutung einer zivilrechtlichen Zession, sondern eines blossen Prozessmandates. Der Gläubiger, dem sie ausgestellt wird, wird damit nicht zum Träger des « abgetretenen » Anspruchs; er erhält nur die Befugnis, denselben als Vertreter und Beauftragter der Masse, aber auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Das von ihm Erstrittene fällt in die Masse: ein Vorrecht steht ihm daran nur in Gestalt eines Privilegs bei der Verteilung bis zur Deckung seiner Konkursforderung nebst Prozesskosten zu, während der Ueberschuss unter alle Gläubiger nach ihrem Range zu verteilen ist. Darüber, wer an der Verteilung des Massevermögens teilzunehmen berechtigt sein soll, bestimmen aber die Konkursgläubiger und die von ihnen bestellten Organe allein. Haben sie das Teilnahmerecht durch Zulassung der Forderung im Kollokationsplan bzw. Unterlassung einer Klage gegen die von der Konkursverwaltung verfügte Zulassung anerkannt, so ist es damit gegenüber jedermann verbindlich festgestellt. Der auf

Grund einer Abtretung nach Art. 260 mit der Anfechtungsklage belangte Dritte kann demnach die Befugnis des Zessionars zur Klage nicht deshalb bestreiten, weil die von demselben angemeldete Forderung zu Unrecht kolloziert worden sei. Für die Herstellung der Klagelegitimation genügt es, dass die Kollokation tatsächlich erfolgt und ihre Anfechtung nach Art. 250 durch andere Gläubiger nicht versucht oder, was auf dasselbe hinauskommt, wieder fallen gelassen worden ist, wie dies hier zugegebenermassen zutrifft (AS 43 II S. 76 c).

2. — Was die in zweiter Linie zu erörternde Passivlegitimation der Beklagten als Erben der während des Prozesses verstorbenen Mitbeklagten Sophie Annaheim-Niggli betrifft, so ist unbestritten, dass die Beklagten eine auf Ausschlagung der Erbschaft gerichtete Erklärung (Art. 566 Abs. 1, 571 ZGB) innert nützlicher Frist nicht abgegeben haben. Es ist demnach lediglich zu prüfen, ob nicht die Ausschlagung deshalb zu vermuten gewesen wäre, weil die « Zahlungsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt ihres Todes amtlich festgestellt oder offenkundig war » (Art. 566, Abs. 2). Dass diese Voraussetzung zutrefte, wäre von den Beklagten zu behaupten und beweisen gewesen. Nach den Akten haben sie sich aber an der Appellationsverhandlung vom 19. März 1918 auf die beiläufige Erwähnung der Tatsache, dass die Mutter Annaheim ohne Hinterlassung von Habschaft verstorben sei, beschränkt. Ein Beweis dafür ist von ihnen damals weder beigebracht oder angetragen worden noch haben sie sich veranlasst gesehen, daraus weitere, auf der Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 566 Abs. 2 beruhende prozessuale Folgerungen zu ziehen, wie z. B. dass die Klage, soweit sie sich gegen sie als Erben der Mutter richte, schon mangels Passivlegitimation zu verwerfen oder die Verhandlung über diesen Teil derselben einstweilen auszusetzen sei oder dergleichen. Wenn das angefochtene Urteil infolgedessen erklärt, dass die Beklagten ihre Eigenschaft als Erben der

Mutter nicht bestritten hätten und dieselbe daher für diesen Prozess als anerkannt zu betrachten sei, so kann darin eine Aktenwidrigkeit nicht gesehen werden. Es ist deshalb zweifelhaft, ob die Vorinstanz überhaupt berechtigt gewesen wäre, im Hinblick auf die nachträglich beigebrachte Bescheinigung der Gemeindebehörden von Lostorf vom 13. Februar 1918 auf ihren Entscheid in dem erwähnten Punkte im Wege des Revisionsverfahrens zurückzukommen. Nach Art. 566 Abs. 2 ZGB begründet das Vorliegen einer amtlichen Feststellung oder der Offenkundigkeit der Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkte des Todes nur eine Vermutung für die Ausschlagung: es wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Erbe die Erbschaft durch ausdrückliche Erklärung oder schlüssige Handlungen im Sinne von Art. 571 Abs. 2 ZGB dennoch antritt. Eine derartige Annahme durch schlüssige Handlung müsste aber doch wohl in der vorbehaltlosen Aufnahme und Fortführung eines gegen den Erblasser hängigen Prozesses durch den Erben gesehen werden, da der Eintritt in einen solchen nur dann Sinn hat, wenn der Erbe die Erbschaft übernehmen will (vergl. ESCHER zu Art. 571 Nr. 3). Von diesem Standpunkte aus vermöchte aber die streitige Bescheinigung vom 13. Februar 1918 den Beklagten auch dann nichts zu helfen, wenn sie sachlich den Anforderungen des Art. 566 Abs. 2 entsprechen sollte, weil eben die Beklagten durch die vorbehaltlose Einlassung in den Prozess vor zweiter Instanz auf die Wohltat jenes Artikels verzichtet hätten. Vielmehr könnte es sich nur fragen, ob sie nicht befugt wären, den damit stillschweigend erklärten Antritt der Erbschaft, weil auf einem Willensmangel im Sinne der Art. 23 ff. OR (Irrtum, Betrug, Zwang) beruhend, anzufechten, was nicht behauptet wird. Indessen braucht die Frage nicht weiter verfolgt zu werden. Selbst wenn man nicht so weit gehen und in Anlehnung an den Revisionsentscheid vom 21. Dezember 1918 die Sache so betrachten wollte, wie wenn die

Berufung auf Art. 566 Abs. 2 ZGB schon in der Appellationsverhandlung vom 19. März 1918 prozessual gültig geschehen und nur mangels Beweises abgelehnt worden wäre, könnte das Endergebnis kein anderes sein. Da die Beklagten die für das Zutreffen der Voraussetzungen der erwähnten Gesetzesvorschrift angerufene amtliche Bescheinigung erst nach Ausfällung des mit der Berufung angefochtenen Haupturteils beigebracht haben, im Berufungsverfahren aber neue Beweismittel nicht zulässig sind (Art. 80 OG), könnte dieselbe nur berücksichtigt werden, wenn sie nachträglich in einem kantonalen Revisionsverfahren als Beweismittel zugelassen und damit zum Bestandteil des der Nachprüfung des Bundesgerichts unterliegenden Prozesstoffes geworden wäre. Nun ist aber die prozessuale Situation keineswegs die, dass die Vorinstanz infolge des Neurechtsgesuchs der Beklagten auf ihr Urteil vom 19. März 1918 zurückgekommen wäre, d. h. es einer erneuten Nachprüfung unterworfen, dann aber doch daran festgehalten hätte. Vielmehr geht ihr Entscheid dahin, dass zu einem solchen Zurückkommen kein Anlass bestehe, weil die für ein Neurechtsbegehren durch die kantonale Prozessordnung geforderten Bedingungen, unter welchen allein die beantragte nachträgliche Beweisführung gestattet werden könnte, nicht erfüllt seien. Ob die Erwägungen, aus denen sie zu diesem Schlusse gekommen ist, zutreffen oder nicht, ist nicht zu untersuchen. Da es sich bei dem Entscheide über die Bewilligung der Revision (des neuen Rechts) nicht um ein Urteil über den im Streite liegenden materiellrechtlichen Anspruch selbst, sondern ausschliesslich um ein solches über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels handelt, ist er nicht mit der Berufung weiterziehbar, wie denn auch die Beklagten diese nur gegen das Urteil vom 19. März 1918 selbst und nicht gegen den Entscheid vom 21. Dezember 1918 ergriffen haben. Es ist deshalb auch ausgeschlossen, dass das Bundesgericht nachprüfen könnte, ob die Vorinstanz mit Recht im letzteren der Bescheini-

gung vom 13. Februar 1918 die « Erheblichkeit » abgesprochen habe. Die Erörterungen hierüber erklären sich daraus, dass die nachträgliche Anrufung eines Beweismittels nach §§ 223 u. 224 der solothurnischen ZPO nur dann zur Bewilligung des « neuen Rechts » zu führen vermag, wenn die Erbringung des beantragten Beweises, falls er schon bei Ausfällung des ursprünglichen Urteils vorgelegen hätte, geeignet gewesen wäre, auf dieses einzuwirken. Sie bilden demnach einen Bestandteil der Untersuchung darüber, ob die Bedingungen des kantonalen Prozessrechts für das « neue Recht » erfüllt seien und vermögen dem Entscheide den fehlenden Charakter eines Haupturteils nicht zu verleihen. Wird die Frage der Anwendbarkeit des Art. 566 Abs. 2 ZGB lediglich auf Grund der Akten beurteilt, die dem Obergericht bei Ausfällung des Urteils vom 19. März 1918 vorlagen, so ist sie aber, wie auch die Berufungsschrift zugibt, ohne weiteres mangels Beweises der dafür nötigen tatsächlichen Voraussetzungen zu verneinen. Da nach Art. 290 SchKG die Anfechtungsklage nicht nur gegen denjenigen, der das angefochtene Rechtsgeschäft mit dem Schuldner abgeschlossen hat, sondern auch gegen seine Erben angestellt werden kann, hat somit die Vorinstanz mit Recht, soweit der Erb-Abtretungs- und Teilungsvertrag vom 21. Dezember 1914 anfechtbare Zuwendungen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners an die Mutter Sophie Annaheim-Niggli in sich schloss, die Beklagten auch hiefür grundsätzlich rückgewährpflichtig erklärt.

3. — In der Sache selbst ist zunächst der Versuch der Beklagten abzulehnen, das erwähnte Gegenstand der Anfechtungsklage bildende Rechtsgeschäft als eine Vereinbarung erbrechtlicher Natur hinzustellen. Die Bestimmungen des früheren solothurnischen Erbrechts über die « lebzeitige Teilung », an die man beim Abschluss gedacht zu haben scheint, sind durch das ZGB aufgehoben worden und können für die Beurteilung eines vom Jahr 1914 datierenden Vertrages nicht mehr in Betracht fallen.

Dem neuen eidgenössischen Zivilrechte ist eine solche antizipierte Erbfolge nicht bekannt. Insbesondere ist keine Rede, dass sie sich nach der Andeutung der Berufungsschrift unter den Begriff des Erbvertrages bringen liesse. Gegenstand des Erbvertrages kann nach Art. 494 ZGB nur die Hinterlassung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses, also ein Vermögensübergang von Todeswegen, nach dem Tode des Erblassers sein. Ebenso hat der Erbverzicht, möge er nun unentgeltlich oder gegen Entgelt, als Erbauskaufl geschehen, nur zur Folge, dass der Verzichtende beim Erbgang, nach Eröffnung der Erbschaft als Erbe ausser Betracht fällt (Art. 495). Dasselbe gilt für die in Art. 608 vorgesehenen Vorschriften über « die Teilung oder die Bildung der Erbteile » und die nach Art. 636 unter der Bedingung der Zustimmung und Mitwirkung des Erblassers zulässigen Verträge eines Erben mit Miterben oder Dritten. Auch sie können sich nur beziehen auf eine in der Zukunft anfallende Erbschaft, die Regelung der Rechtsverhältnisse an einem Vermögen nach dem Tode seines bisherigen Inhabers. Ein Rechtsgeschäft, wodurch der Erblasser sein Vermögen noch zu Lebzeiten, mit sofortiger Wirksamkeit auf seine präsumtiven gesetzlichen Erben überträgt, ist kein erbrechtliches. Vielmehr hat man es dabei mit einer gewöhnlichen Zuwendung unter Lebenden und zwar, je nachdem die Uebertragung unentgeltlich oder gegen eine geldwerte Gegenleistung erfolgt, entweder mit einer Schenkung oder mit einem Kaufe zu tun. Es muss somit gegenüber demselben die Anfechtungsklage in der gleichen Weise zulässig sein, wie wenn als Erwerber (Käufer) statt der Erben ein Dritter aufgetreten wäre, da die gesetzlichen Erben hinsichtlich solcher Zuwendungen unter Lebenden gegenüber anderen Begünstigten keinerlei Vorzugsstellung geniessen. Fällt der Abschluss wie im vorliegenden Falle in die letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung, so ist daher nicht nötig, dass ein Handeln in fraudem creditorum, in der dem Beklagten

erkennbaren Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, oder eine nach Art. 287 SchKG unzulässige Pfandbestellung bzw. Schuldtilgung vorliege. Es genügt für die Anfechtbarkeit, dass der Schuldner bei dem Geschäft eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seinen eigenen Leistungen in einem Missverhältnis steht (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) oder dadurch für sich oder einen Dritten eine Leibrente oder einen Niessbrauch erworben hat (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 ebenda). Von den nämlichen Gesichtspunkten aus wird auch zu untersuchen sein, ob nicht, wie die Klage geltend macht, eine anfechtbare Zuwendung neben der Abtretung der im Eingang des streitigen Vertrages inventarisierten « Habe » an die Söhne als Erben auch in demjenigen liege, was sich der Gemeinschuldner von den letzteren zu Händen seiner Ehefrau versprechen liess. Wenn der Vertrag als « Abtretende » formell die beiden Ehegatten bezeichnet, so geschah dies nicht deshalb, weil das abgetretene Vermögen gemeinsames Eigentum beider oder zum Teil Eigentum der Frau gewesen wäre. Vielmehr sollte dadurch offenbar nur ausgedrückt werden, dass diese sich gegen die ihr zugesicherten Zuwendungen auch für ihre eventuellen Forderungsansprüche an den Ehemann kraft ehelichen Güterrechts, soweit sie ohne die Abtretung aus den abgetretenen Objekten hätte dafür Befriedigung suchen können, abgefunden und daher mit der Abtretung einverstanden erkläre. Nicht nur waren die Liegenschaften auf den Namen des Mannes allein im Grundbuch eingetragen und somit sein Alleineigentum. Nach den Akten muss dasselbe auch für die weiter Gegenstand der Abtretung bildenden « Beweglichkeiten » angenommen werden. Hätte sich darunter von der Frau eingebrachte Fahrnis befunden, so würden die Beklagten zweifellos nicht unterlassen haben, darauf hinzuweisen und die betreffenden Sachen zu bezeichnen, da alsdann inbezug hierauf die Anfechtungsklage, die sich ja nur auf veräussertes Vermögen des Gemeinschuldners beziehen kann, ohne weiteres

ausgeschlossen gewesen wäre. Wenn sie dies nicht getan, sondern sich begnügt haben — zur Rechtfertigung der Zuwendungen an die Ehefrau — geltend zu machen, dass diese s. Z. dem Schuldner einen Betrag von 4140 Fr. in die Ehe gebracht habe, so ist daraus zu schliessen, dass es sich dabei entweder von vornherein um ein *Barbetreffnis* oder doch um nachträglich in ein solches umgewandelte Objekte, also um Werte handelte, die in das Eigentum des Mannes übergegangen waren und als deren Aequivalent ihr nur noch eine persönliche Ersatzforderung gegen jenen zustand. Die Sache verhält sich also nicht etwa so, dass die von den Söhnen an die Mutter zu bewirkenden Leistungen den Gegenwert für von ihr an sie abgetretenes Vermögen bilden würden, in welchem Falle die Transaktion in diesem Umfange, weil keine Rechtshandlung des Gemeinschuldners darstellend, der Anfechtung entzogen wäre, sondern dass der Gemeinschuldner durch den angefochtenen « Erb-Abtretungs- und Teilungsvertrag » neben dem Rechtsgeschäfte mit den Söhnen auch noch ein weiteres, zweites, mit seiner Ehefrau abschloss, wodurch ein Teil des von den Söhnen für die Überlassung seiner Aktiven Geschuldeten ihr zugehalten, ihr also ebenfalls eine Zuweisung aus seinem Vermögen gemacht wurde. Es ist deshalb im Folgenden für diese beiden Rechtsgeschäfte selbständig und getrennt zu prüfen, ob auf sie die Merkmale des Art. 286 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 zutreffen.

4. — Dies ist zunächst für das erste derselben, die Vermögensabtretung zwischen Vater und Söhnen, ohne weiteres zu bejahen. Dass die von den Söhnen dabei übernommenen Leistungen den Ertragswert der abgetretenen Aktiven erreichten oder überstiegen, wie in dem von der ersten Instanz eingeholten Gutachten des Schätzungsamtes des schweiz. Bauernsekretariates angenommen wird, ist unerheblich. Der Grundsatz des Art. 617 ZGB, wonach landwirtschaftliche Grundstücke nach dem Ertragswert zu schätzen sind, hat keine allgemeine Bedeu-

lung. Er gilt nur für die Erbteilung, das Verhältnis unter den Erben nach eröffnetem Erbgang. Massgebend dafür, ob eine unter Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG fallende Schädigung der Gläubiger vorliege ist, was ihnen durch die anfechtbare Rechtshandlung entzogen wurde. Das ist aber, da ohne diese die betreffenden Aktiven in die Konkursmasse gefallen und für deren Rechnung verwertet worden wären, der Wert, der bei einer solchen Veräusserung — Versteigerung oder freihändigem Verkauf — an Dritte erzielbar gewesen wäre, also der Verkehrswert. Und zwar der Erlös, der sich bei der vorteilhaftesten Verwertungsart ergeben hätte. Die Konkursmasse war nicht gehalten, den Liegenschaftenbesitz, so wie er bisher bewirtschaftet worden war, als einheitliches landwirtschaftliches Gewerbe « en bloc » zu veräussern. Es hinderte sie nichts daran, die Verwertung parzellenweise vorzunehmen oder aus der Gesamtheit der Parzellen verschiedene Gruppen zu bilden, falls sich dabei ein günstigeres Ergebnis erwarten liess. Wenn die Vorinstanz bei Bemessung des Wertes der « abgetretenen » Habe die Grundstücke nicht bloss zu den vom Schätzungsamt des Bauernsekretariats als « Ertragswert » angegebenen Summen noch auch zu ihrem Verkehrswert als einheitliches landwirtschaftliches Gewerbe, sondern mit dem für den Fall günstigster parzellenweiser Veräusserung ermittelten Verkehrswert eingestellt hat, so war dies also keineswegs rechtsirrtümlich, sondern durchaus zutreffend. Ebenso ist nichts dagegen einzuwenden, dass sie hiebei für die « Gebäude » den gleichen Ansatz zu Grunde legte, wie ihn das Bauernsekretariat im Zusammenhang mit der Schätzung des « Verkehrswertes » des ganzen Gewerbes als Einheit angenommen hatte, und damit die Behauptung des Gutachtens, dass bei parzellenweiser Veräusserung der Grundstücke die zum landwirtschaftlichen Gewerbe gehörenden Gebäude wertlos würden und nur noch mit dem Preis des Abbruchmaterials berücksichtigt werden dürften, stillschweigend ablehnte. Nachdem schon bisher

ein Teil der Gebäulichkeiten getrennt an Dritte vermietet war, ist nicht einzusehen, warum dasselbe nicht auch hinsichtlich des Restes möglich gewesen wäre und sich nicht ein Käufer gefunden hätte, der sie auch ohne das Gewerbe zu diesem Zwecke oder zur Ergänzung seines eigenen bisherigen Betriebes erworben und dementsprechend bezahlt hätte. Im übrigen dreht sich hier der Streit nicht mehr um die rechtlichen Grundlagen der Schätzung, sondern lediglich noch darum, wie hoch auf einer bestimmten Grundlage, nämlich nach dem bei getrennter Veräußerung sich ergebenden Erlös, der Wert eines Vermögenskomplexes anzuschlagen sei, also um eine Tatfrage, deren Entscheidung durch die kantonalen Instanzen sich, den nicht vorliegenden Fall der Aktenwidrigkeit vorbehalten, der Kognition des Bundesgerichts entzieht. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 289 SchKG) war die Vorinstanz hiebei an das von ihr eingezogene Gutachten nicht schlechthin gebunden; es stand ihr frei, von dessen Schlussfolgerungen abzuweichen und sie zu berichtigen, soweit sie auf nach der Lebenserfahrung oder der eigenen Sachkenntnis des Richters nicht haltbaren Prämissen beruhten.

Geht man hievon aus, so ergibt sich aber als Wert der abgetretenen Habe, eine Summe von über 104,000 Fr., nämlich

1. Verkehrswert der Gebäude (Fr. 35,400) und unüberbauten Grundstücke (Fr. 56,568) =	Fr. 91,968. —
2. Wert der «Beweglichkeiten» nach der unangefochtenen Schätzung des Vertrages selbst. . . . .	» 9,865. —
3. Guthaben auf den Sohn August Annaheim aus Vorempfang . . . . .	» 3,000. —
	<u>Fr. 104,833. —</u>

denen an Gegenleistungen der Söhne gegenüberstanden ;

1. Uebernahme der im Vertrag aufgeführten Schulden . . . . .	Fr. 60,270. —
2. Ausrichtung eines Kapitals an die Eltern von . . . . .	» 22,288. —
3. Lebenslängliches Wohnrecht derselben im Hause Nr. 18 Lostorf, Kapitalwert nach der vermutlichen Lebensdauer von den Beklagten selbst angeschlagen auf . . . . .	» 2,400. —
4. Lebenslängliche Verzinsung eines Kapitalbetrages von Fr. 8000 zu 5% an beide Eltern, Kapitalwert von den Beklagten selbst geschätzt auf . . . . .	» 4,800. —
5. Lebenslängliches Benützungsrecht an Mobilien von den Beklagten geschätzt . . . . .	» 500. —
Zusammen . . . . .	<u>Fr. 90,258. —</u>

Es verbleibt also, sogar wenn man berücksichtigt, dass die parzellenweise Veräußerung der Liegenschaften nicht ganz den denkbaren Erlös ergeben hätte und den Gesamtwert der Aktiven daher auf 100,000 Fr. abrundet, noch eine Differenz von 10,000 Fr. oder 10%, um den die Gegenleistungen der Erwerber hinter dem wirklichen Preise zurückblieben. Dass hierin ein Missverhältnis im Sinne des Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG liegt, bedarf keiner Ausführungen. Der nachgehende «Auskauf» unter den Söhnen und die Art, wie sie hiebei die erworbene Habe und die Pflicht für die Leistungen an die Eltern aufzukommen, unter sich verteilten, berührt als Internum unter ihnen die Frage, ob der Vater Annaheim für die Veräußerung seines Vermögens eine dem Wert entsprechende Gegenleistung erhalten habe, nicht.

Es wäre aber auch der Tatbestand der Ziff. 2 ebenda gegeben. In der Verpflichtung zur lebenslänglichen Verzinsung des Kapitalbetrages von 8000 Fr. liegt nichts anderes als die Einräumung eines Niessbrauchs an einer Forderung in dieser Höhe und in dem lebenslänglichen Wohnrecht und Benützungsrecht des Mobiliars die

Bestellung eines solchen an Grundstücken und beweglichen Sachen (vergl. Art. 776 ZGB, der das Wohnrecht den Regeln der Nutzniessung unterstellt). Darauf, ob der zur Gewährung des Niessbrauchs Verpflichtete damit eine äquivalente Gegenleistung für die ihm zugeflossenen Vermögenswerte übernommen habe, kommt hier nichts an. Nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist jedes Rechtsgeschäft, wodurch der Schuldner sich eine Nutzniessung hat versprochen lassen, wenn innert der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung vorgenommen, schlechthin, ohne Rücksicht auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung anfechtbar. Es sollte damit verhütet werden, dass sich der Schuldner in einer Zeit, wo sein finanzieller Zusammenbruch schon vor der Tür steht, auf Kosten der Gläubiger seine künftige Existenz sichere, wie dies ihm sonst, ohne die vorbehaltslose Statuierung der Anfechtbarkeit, infolge der Vorschrift des Art. 93 SchKG möglich gewesen wäre, wonach Nutzniessungen und deren Erträgnisse, soweit das Existenzminimum nicht übersteigend, vom Pfändungs- und folglich auch vom Konkursbeschlage ausgenommen sind. Auch hier muss dabei die Folge der Anfechtbarkeit in der Ungiltigkeit des die Niessbrauchsbestellung enthaltenden Rechtsgeschäfts gegenüber den Gläubigern als Ganzes bestehen. Die Gegenstand des « Erb-Abtretungs- und Teilungsvertrages » bildende Habe ist den Söhnen als Einheit abgetreten worden. Es ist nicht möglich, davon den Teil, der ihnen als Äquivalent für die Bestellung der Nutzniessungsrechte überlassen wurde, auszuschneiden und die Rückgewährpflicht hierauf zu beschränken, ganz abgesehen davon, dass hier der ganze Veräusserungsakt auch sonst schon aus einem anderen Gesichtspunkte, nämlich nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG anfechtbar erscheint.

5. — Ähnliches ist in bezug auf das zweite im Streite liegende Rechtsgeschäft, die Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seiner Ehefrau, zu sagen. Nach dem Verträge vom 21. Dezember 1914 bestanden die ihr zu-

kommenden Werte in der Hälfte der oben Erwägung 4 unter 2 bis 5 angeführten Leistungen, zu denen sich die Söhne insgesamt verpflichtet hatten, also :

- |  |               |
|--|---------------|
| 1. Ausrichtung eines Kapitals von . . .                                    | Fr. 11,144. — |
| 2. Wohnrecht im Kapitalwerte von . . .                                     | » 1,200. —    |
| 3. Verzinsung eines Kapitalbetrages<br>von 4000 Fr., Kapitalwert . . . . . | » 2,400. —    |
| 4. Benützungsberechtigt an Mobiliar . . . . .                              | » 250. —      |

Zusammen . . . . . Fr. 14,994. —

während als Gegenleistung ihrerseits einzig in Betracht fällt der Verzicht auf die Ersatzforderung für das eingebrachte Gut von 4140 Fr. Es liegt also auch hier ein augenscheinliches Missverhältnis zwischen den vom Schuldner preisgegebenen Vermögenswerten und dem dafür Empfangenen vor. Im Unrecht wollen die Beklagten es durch die Behauptung beseitigen, dass die Ehefrau Annaheim ausser dem Anspruch auf Rückerstattung des eingebrachten Gutes auch einen solchen auf  $\frac{1}{3}$  des durch den Vertrag ausgewiesenen « Vorschlages » des ehelichen Vermögens von 26,147 Fr. 55 Cts. gehabt habe (Betrag der « reinen Habe » nach Abzug der Schulden und des Frauengutes. Abgesehen davon dass ihr ein solcher Anspruch, solange keine Gütertrennung stattgefunden hatte, erst beim Tode des Ehemannes und soweit dannzumal noch ein Vorschlag vorhanden gewesen wäre, zugestanden habe, die Zuweisung unter diesem Titel zu Lebzeiten durch den Ehemann sich also in Wirklichkeit als Schenkung dargestellt haben würde (Art. 189, 213, 214 ZGB), ist auch die Behandlung der erwähnten Summe als « Vorschlag » schon an sich nicht haltbar. Einmal dürfte als solcher natürlich nicht einfach die Differenz zwischen Aktiven und Passiven betrachtet werden, es müsste davon zunächst noch abgezogen werden, was der Ehemann selbst in die Ehe gebracht hatte. Sodann haben ja die Beklagten in anderem Zusammenhang selbst ausgeführt, dass der « Erb-Abtretungs- und Teilungsvertrag » die Schulden nicht vollständig an-

gebe, indem die Passiven des Baugeschäftes dabei ausser Acht gelassen worden seien. Berücksichtigt man, dass in dem kurz nachher ausgebrochenen Konkurs noch solche weitere Schulden für über 27,000 Fr. (ausser der Forderung des Klägers Brügger) und ferner Forderungen aus Bürgschaft für über 79,000 Fr. angemeldet worden sind, so ist klar, dass schon zur Zeit des Abschlusses des angefochtenen Geschäftes von einem Ueberschusse der Aktiven über die Passiven und damit von einem Vorschlage überhaupt nicht mehr gesprochen werden konnte.

Ebenso wenden die Beklagten zu Unrecht ein, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seiner Ehefrau um eine «güterrechtliche Auseinandersetzung» gehandelt habe, gegen deren Folgen die Gläubiger durch die den Art. 285 ff. SchKG derogierende lex specialis des Art. 188 ZGB geschützt seien und die deshalb nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage bilden könne. Da ein Güterstandswechsel unter den Ehegatten, aus dem sich irgendwelche weiteren güterrechtlichen Ansprüche der Ehefrau als die bisher schon bestehenden hinsichtlich des eingebrachten Gutes hätten ergeben können, nicht vorlag, könnte von einer «güterrechtlichen Auseinandersetzung» höchstens insofern die Rede sein, als die Leistungen an die Frau den Zweck verfolgten, ihr an Stelle der bisherigen Ersatzforderung auf den Mann für den Wert des Eingebrachten, zur Abfindung hiefür, bestimmte Vermögensrechte gegen Dritte als Eigentum anzuweisen. Von diesem Gesichtspunkte aus wäre indessen die Vereinbarung, ohne dass es der Heranziehung der Grundsätze über die Gläubigeranfechtung bedürfte, schon deshalb nichtig, weil darin ein Rechtsgeschäft unter den Ehegatten über das eingebrachte Gut liegen würde, zu dessen Abschluss nach Art. 177 ZGB die — unbestrittenermassen nicht eingeholte — Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nötig gewesen wäre. Für das aber, was der Ehefrau über das zu jenem Zwecke — Abfindung für das eingebrachte Gut — Erforderliche

hinaus zugewendet wurde, würde Art. 188 ZGB sowieso nicht zutreffen, weil die Zuweisung hier ihren Grund nicht mehr in der Liquidation güterrechtlicher Ansprüche haben konnte. Insoweit müsste daher die Berufung auf die Grundsätze der Art. 285 ff. SchKG, auch wenn man der Auffassung der Beklagten über das Verhältnis derselben zu der erwähnten Vorschrift des ZGB zustimmt, jedenfalls zulässig sein. Dass danach aber auch hier eine anfechtbare Rechtshandlung vorliegt, weil alles, was die Ehefrau über den Betrag ihrer Frauengutsforderung hinaus erhielt, sich als reine Liberalität darstellt, ist bereits ausgeführt worden.

6. — Ob die Beklagten sich bei Abschluss des anfechtbaren Vertrages in gutem oder bösem Glauben befanden, d. h. davon Kenntnis hatten oder hätten haben sollen, dass er auf eine Benachteiligung der Gläubiger ihres Gegenkontrahenten hinauslaufe, ist für die Frage der Anfechtbarkeit des Geschäftes an sich nach Art. 286 SchKG unerheblich und kommt höchstens für den Umfang der sie treffenden Rückgewähripflicht in Betracht (Art. 291 ebenda). Doch können auch darüber, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, keine begründeten Zweifel bestehen. Als nächste Verwandte des Gemeinschuldners, die mit ihm zusammenlebten und arbeiteten, mussten sie wissen, dass die ihnen durch den Vertrag vom 21. Dezember 1914 überbundenen Schulden nur einen Teil der Passiven jenes darstellten und daneben auch noch Verbindlichkeiten aus dem Baugeschäft vorhanden sein mussten. Auch darf es danach als abgeschlossen betrachtet werden, dass sie von den zahlreichen Bürgschaftsverbindlichkeiten, die der Schuldner im Laufe der Zeit eingegangen hatte, nicht wenigstens in einem gewissen Umfange Kenntnis gehabt haben sollten. Es hätte ihnen demnach bei auch nur einiger Aufmerksamkeit nicht entgehen können, dass ein Vertrag, wie der vorliegende, wodurch der Schuldner sich nahezu aller seiner Aktiven unter ihrem Werte — zu einem Preise,

der sogar unter der von den Parteien selbst vorgenommenen Schätzung blieb — entäusserte, und bei dem er überdies noch einen Teil der Gegenleistung einem Dritten, der Ehefrau zufließen liess, ohne zugleich für die Deckung jener anderen Verbindlichkeiten zu sorgen, zum Erfolge haben werde, die sonst noch vorhandenen Gläubiger wenn nicht ganz, so doch zu einem guten Teile um die Möglichkeit der Befriedigung, soweit eine solche bisher bestand, zu bringen. Dies genügt aber um den guten Glauben auszuschliessen. Dass die Schädigung der Gläubiger der eigentliche Zweck des Geschäftes gewesen sei und die Beklagten darum gewusst hätten, ist nicht erforderlich. Es kann deshalb nichts darauf ankommen, dass sich der Eigentumserwerb an den Objekten, die schliesslich den einzelnen Beklagten verblieben, unmittelbar nicht auf den « Abtretungsvertrag » mit dem Vater, sondern auf den unter ihnen vereinbarten « Auskauf » stützt. Selbst wenn man nicht annehmen wollte, dass die Anfechtbarkeit des « Abtretungsvertrages » ohne weiteres auch das Dahinfallen des sich auf ihn aufbauenden « Auskaufes » nach sich ziehe, könnte dies den Beklagten nichts nützen, weil sie infolge ihres bösen Glaubens auch dann haften, wenn sie die mit der Anfechtungsklage herausverlangten Vermögenswerte nicht unmittelbar vom Schuldner, sondern erst auf dem Wege der Rechtsnachfolge vom ursprünglichen Begünstigten erhalten haben. Es haben denn auch die Beklagten selber aus diesem Grunde Einwendungen gegen ihre Haftung nicht erhoben.

7. — Die Folge der Guttheissung der Anfechtung ist, dass die Beklagten die Vermögensobjekte, in deren Besitz sie infolge des angefochtenen Aktes vom 21. Dezember 1914 gekommen sind, soweit sie sich noch in ihren Händen befinden, an die Konkursmasse zu erstatten haben werden, und dass sie dieselbe Verpflichtung in ihrer Eigenschaft als Erben ihrer Mutter auch hinsichtlich der dieser auf Grund jenes Aktes zugekommenen Leistungen trifft, wogegen andererseits die Frauengutsforderung von

4140 Fr., die dadurch unzulässiger Weise getilgt worden ist, wiederaufleben wird. (Art. 291 Abs. 1 und 2 SchKG). Dass der Kläger es unterlassen hat, die zurückzuerstattenden Vermögensstücke im Klagebegehren einzeln zu bezeichnen, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Da der Vertrag selbst eine detaillierte Aufzählung der abgetretenen Habe und ihrer Verteilung unter die einzelnen Beklagten enthält, konnte davon füglich abgesehen und auf ihn verwiesen werden. Sollte sich bei der Vollstreckung über die Identität des einen oder anderen Objektes, dessen Rückgewähr an die Masse verlangt wird, mit einem im angefochtenen Vertrag aufgeführten Zweifel erheben, so wird darüber in einem neuen Verfahren zu entscheiden sein. Ein Anspruch auf Erstattung der aus den Sachen seit Anstellung der Klage gezogenen Nutzungen ist nicht erhoben worden und fällt daher ausser Betracht.

Hinsichtlich der Vermögensobjekte, die die Beklagten allenfalls bereits weiter veräussert haben sollten und die zurückzuerstatten sie deshalb nicht mehr im stande sind, tritt an Stelle der Rückgabe die Verpflichtung zu Vergütung des Wertes (Art. 97, 119 OR; JAEGER zu Art. 291 Nr. 2 B). Der Kläger hätte daher sein Begehren zum mindesten auf den Ersatz dieses richten können, gleichgültig ob die Beklagten selbst bei der Weiterveräusserung weniger erlöst haben. Wenn er sich statt dessen damit begnügt hat, Herausgabe des den einzelnen Beklagten aus der Verfügung — Veräusserung oder Verpfändung — zugeflossenen Reingewinns, der Bereicherung zu verlangen, so liegt darin das Mindestmass dessen, worauf er Anspruch hat. Als Bereicherung wird dabei auch dasjenige anzusehen sein, was die « ausgekauften » fünf Söhne eventuell aus der Verwertung der ihnen für die Auskaufsumme von je 1000 Fr. von den « Auskäufern » ausgestellten Grundpfandverschreibungen erzielt haben, sofern sie nicht mehr in der Lage sind, diese Titel wieder an sich zu bringen und die Belastung auf den Grundstücken löschen zu lassen. Heute schon bestimmte Angaben

darüber zu machen, inwieweit eine die Rückgewähr in natura ausschliessende Verfügung seitens der Beklagten tatsächlich stattgefunden habe und welche Bereicherung sie daraus gezogen haben, war der Kläger nicht gehalten. Da die Verpflichtung zum Ersatze des Wertes, bezw. der Bereicherung nur eine eventuelle, für den Fall der Unmöglichkeit der Rückgewähr der Sache in natura bestehende ist und daher, um zu einer präsenten zu werden, die vorhergehende Feststellung dieser Unmöglichkeit voraussetzt, konnte er damit zuwarten, bis im Wege der Vollstreckung des die Anfechtungsklage grundsätzlich gutheissenden Urteils ermittelt sein werde, inwiefern die Beklagten noch in der Lage sind, ihren Verpflichtungen durch unmittelbare Rückerstattung nachzukommen oder nicht. Sollte alsdann über die Beträge, welche die Beklagten statt dessen aus dem Titel der Bereicherung zu ersetzen haben, keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden können, so wird er zu deren Feststellung neuerdings den Klageweg zu beschreiten haben. Dannzumal wird auch zu entscheiden sein, wie sich in dieser Beziehung die Behauptungs- und Beweislast zwischen den Parteien verteilen wird (vergl. JAEGER zu Art. 291 Nr. 7 i. f.).

Für die Frage, inwiefern die Beklagten andererseits Anspruch auf Rückgabe der dem Schuldner gemachten Gegenleistungen haben, ist massgebend Art. 291 Abs. 1 SchKG. Im vorliegenden Verfahren besteht kein Anlass dazu Stellung zu nehmen, da irgendwelche Rechtsbegehren nach dieser Richtung nicht gestellt worden sind. Mit diesen Verdeutlichungen inbezug auf die aus der Gutheissung der Anfechtung sich ergebenden Folgen ist das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 19. März 1919 im Sinne der Erwägungen bestätigt.

**38. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 25 juin 1919  
dans la cause Hayoz contre Blanchard.**

Responsabilité des préposés aux poursuites (art. 5 LP). —  
Ordonnance de séquestre.

Attendu que le recourant a intenté au préposé aux poursuites de l'arrondissement de la Singine, à Tavel, une action en 2000 fr. de dommages-intérêts, basée sur le fait que le défendeur, en ne donnant pas suite immédiatement à une *réquisition de séquestre* formulée par le demandeur le 11 septembre 1916 aurait commis une faute qui l'obligerait, en vertu de l'art. 5 LP, à réparer le préjudice subi par le créancier ;

Considérant que l'art. 5 LP se rapporte uniquement à la responsabilité des préposés pour le dommage causé par leur faute dans l'exercice des fonctions que leur attribue la loi *fédérale* ;

que la LP ne place point dans les attributions du préposé aux poursuites l'ordonnance de séquestre ; qu'elle dispose au contraire à l'art. 23 que les cantons désignent les autorités chargées d'autoriser le séquestre (art. 271 et suiv.), et que, d'après l'art. 6 de la loi cantonale d'exécution de la LP, le canton de Fribourg a confié cette fonction au préposé ;

que le préposé aux poursuites de Tavel n'ayant par conséquent pas agi en l'espèce comme organe de la poursuite, mais comme autorité de séquestre en vertu de la compétence que lui confère le droit cantonal, sa responsabilité relève de ce droit et non point de l'art. 5 LP (cf. JAEGER, Comment. LP art. 273, note 1) ;

que le passage du commentaire de Jaeger (note 3 sous art. 272 LP) invoqué par le recourant — « Sie (die Arrestverfügung) ist nicht als ein Urteil in einem Zivilrechtsstreit zu behandeln, sondern hat den Charakter einer rein betreibungsrechtlichen Massnahme » — a trait à la question de savoir si la décision de séquestre est une