

dettes, que le créancier qui a obtenu un acte de défaut de biens n'a qualité pour intenter la dite action qu'en vertu de la créance pour laquelle cet acte lui a été délivré, mais non en vertu des autres créances qu'il peut avoir contre le même débiteur. La loi fédérale a maintenu à l'égard des débiteurs sujets à la poursuite par voie de saisie le principe de l'exécution spéciale, sauf l'atténuation résultant du droit de participation à la saisie établi par l'art. 110. Ce principe a également prévalu en ce qui touche l'action révocatoire, d'où il suit que le créancier porteur d'un acte de défaut de biens n'est pas plus recevable à intenter cette action en vertu d'une créance que cet acte ne concerne pas que ne le serait un créancier qui n'aurait obtenu personnellement aucun acte de défaut de biens, mais se prévaudrait simplement de celui obtenu par un autre.

Dans le cas particulier, le recourant n'ayant obtenu aucun acte de défaut de biens pour le capital non échu de l'obligation dotale de 2000 fr., n'était pas légitimé à intenter l'action révocatoire en vertu de cette créance.

Il apparaissait en revanche légitimé au début du procès en vertu de sa créance de 300 fr., représentant des intérêts arriérés, pour laquelle il avait exercé des poursuites et obtenu un acte de défaut de biens. Mais cette créance ayant été dans la suite reconnue non existante, il s'en suit que le recourant ne peut plus s'en prévaloir, non plus que de l'acte de défaut de biens, pour justifier son droit d'action.

Il ne peut pas davantage, d'après les considérations qui précèdent, se prévaloir dans le procès actuel des actes de défaut de biens qu'il a obtenus contre son débiteur depuis l'ouverture de l'action. Il convient toutefois de faire encore remarquer à cet égard que l'argument, tiré par l'instance cantonale du fait que les créances pour lesquelles ces actes de défaut ont été délivrés sont postérieures en date à l'acte attaqué, n'est pas décisif. Le Tribunal fédéral a en effet déjà jugé que l'action révocatoire ne peut pas être refusée à un créancier par le seul motif que sa créance est née postérieurement à l'acte qu'il s'agit de faire annuler. (Voir arrêt en la

cause Régie fédérale des alcools c. Ghilione, *Rec. off.* XXII, page 225, et *Arch. de la Poursuite*, 1896, page 149-150.)

3. — Il suit de ces considérations que c'est à bon droit que la Cour d'appel de Fribourg a écarté la demande de sieur Deillon pour défaut de légitimation du demandeur au regard de l'art. 285 LP.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours est écarté et le jugement rendu entre parties, le 7 février 1900, par la Cour d'appel du canton de Fribourg, confirmé.

62. Urteil vom 31. Mai 1900 in Sachen Kölla gegen Streuli.

Aberkennungsklage gegenüber einer auf einen Verlustschein gestützten Betreibung, Art. 83 Abs. 2 Betr.-Ges. — Rechtsgültigkeit der Abtretung. — Beweislast; Wirkung des Verlustscheins. Art. 149; Art. 86 Betr.-Ges.

A. Gestützt auf einen, am 15. Juni 1896 vom Betreibungsamt Winterthur zu Gunsten der Konkursmasse des Jean Kölla-Mäf, gew. Steinmehrs in Tablat ausgestellten, laut Erklärung des Konkursamtes Tablat am 23. Juni 1896 der Frau Kölla-Mäf abgetretenen Verlustschein infolge Pfändung auf J. U. Fischer in Rykon-Zell und G. Streuli, Ingenieur in Luzern, beide früher in Winterthur, als Solidarschuldner, erhob Frau Kölla unterm 3. September 1898 gegen G. Streuli für den Verlustbetrag von 2870 Fr. 80 Cts. Betreibung. Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag, der jedoch durch provisorische Rechtsöffnung beseitigt wurde, woraufhin provisorische Pfändung stattfand.

B. Nunmehr spielte G. Streuli gegen Frau Kölla eine gerichtliche Klage aus, mit dem Schlusse, die beklagte Forderung sei als nicht zu Recht bestehend gänzlich abzuerkennen. Die Klage

stellt sich auf den Standpunkt, daß der Beweis für die Rechtsbeständigkeit der Forderung der Beklagten obliege; immerhin wird, ohne Präjudiz für die Beweislast, vorgebracht: Kläger sei s. Zt. Teilhaber der Firma Fischer & Streuli in Winterthur gewesen, welche im Frühjahr 1896 durch betriebsrechtliche Liquidation sich aufgelöst habe. Er habe die Forderung der Masse Kölla nicht bestritten, weil sein Gesellschafter Fischer allein mit der Liquidation zu thun gehabt, und weil er, Kläger, sich seit dem August 1895 nicht mehr in Winterthur aufgehalten und sich deshalb nicht mit der Liquidation abgegeben habe; Fischer, dem diese obgelegen wäre, habe alles vernachlässigt und nur für sich gesorgt. Die unterlassene Bestreitung gewähre übrigens nur prozessuale Vorteile, und am Bestand der Forderung werde dadurch nichts geändert. Thatsächlich bestehe diese zudem nicht oder nicht mehr: Kölla habe die Steinhauerarbeiten für eine Baute der klägerischen Gesellschaft in Winterthur übernommen gehabt; die Steine seien in Tablat gehauen und es sei die Gesellschaft dafür belastet worden; allein die Lieferung sei, da um jene Zeit Kölla in Konkurs geraten, nur zum geringsten Teile ausgeführt und es seien große Partien derselben für die Masse Kölla versteigert worden. Die ursprünglichen Käufer müßten also zahlen, was sie nie erhalten haben. Eventuell werde bestritten, daß die Beklagte die Forderung Kölla rechtsgültig erworben habe.

C. Die Beklagte schloß dahin, es sei die Klage abzuweisen und der Beklagten für die betriebene Forderung definitive Rechtsöffnung zu erteilen, unter gerichtlicher Beseitigung des vom Kläger gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Rechtsvorschlages. Es handle sich, wurde geltend gemacht, um eine Solidarschuld der beiden Teilhaber der Firma Fischer & Streuli. Die Forderung der Konkursmasse Kölla sei von keinem der Solidarschuldner bestritten, sondern von beiden anerkannt worden. Die Beweislast für den Nichtbestand der Forderung treffe im Auerkennungsprozesse und angesichts des Verlustscheins den Kläger. Daß Fischer die Liquidation zu besorgen gehabt habe, werde verneint und sei irrelevant, da die Unterlassung, die Forderung zu bestreiten, auch gegen den Kläger wirke. Dieselbe habe die Bedeutung eines außergerichtlichen Geständnisses, bezw. schließe die Anerkennung der Richtigkeit der im

Kollokationsplane aufgestellten Thatsachen in sich. Die Forderung der Masse Kölla habe übrigens thatsächlich bestanden, wofür Beweis angetreten werde. Beklagte habe das Forderungsrecht gültig durch Cession von der Konkursmasse erworben.

D. In der Replik wurde bestritten, daß zwischen Fischer und Streuli Solidarität bestanden habe und daß ausdrücklich oder durch Unterlassung der Bestreitung die Forderung anerkannt worden sei oder ein außergerichtliches Geständnis vorliege; eine allfällige Anerkennung Fischers wäre zudem für den Kläger unverbindlich. Die Angaben über den materiellen Bestand der Forderung wurden sämtlich verneint.

E. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Luzern, wies die Klage ab und erteilte der Beklagten für die Forderung von 2870 Fr. 80 Cts. definitive Rechtsöffnung, davon ausgehend, daß der Auerkennungskläger den Beweis für den Nichtbestand der Forderung zu leisten habe, daß dieser Beweis vorliegend nicht geleistet und daß die Frage der Legitimation beidseitig unbestritten sei. Dem Kläger wurde immerhin der Regreß auf den vormaligen Mitgesellschafter Fischer, dem er den Streit verkündet hatte, gewährt. Das Obergericht des Kantons Luzern, an das der Kläger appellierte, fand ebenfalls, daß den Kläger die Beweislast für den Bestand der Forderung treffe, nicht zwar deshalb, weil überhaupt im Auerkennungsprozeß die Beweislast anders zu verteilen sei als im ordentlichen Prozeß, sondern deshalb, weil der Verlustschein, auf den sich die Beklagte berufe, die Präsumtion begründe, daß die darin verurkundete Forderung thatsächlich existiere. Das Obergericht stimme ferner der ersten Instanz darin bei, daß der Beweis der Nichtschuld vom Kläger nicht erbracht sei, verneine aber dann die Frage der Aktivlegitimation der Beklagten, die keineswegs, wie die Vorinstanz meine, unbestritten sei. Im wesentlichen wird diesbezüglich ausgeführt: Der Konkurs über Kölla sei schon am 15. Mai 1896 als geschlossen erklärt worden. Mit diesem Momente sei die Verfügungsgewalt des Konkursamts Tablat über Vermögensstücke, die es nicht zur Masse gezogen hatte, erloschen, außer im Falle von Art. 269 B.-G., der aber hier nicht vorliege, da man es nicht mit neu entdecktem Vermögen zu thun habe. Die Abtretung des Verlustscheines, die erst

am 23. Juni 1896 erfolgte, sei daher rechtsungültig. Demnach erkannte das Obergericht mit Urteil vom 3. Februar 1900:

„Die Forderung der Beklagten im Betrage von 2870 Fr. „80 Cts. sei aberkannt, demnach die für dieselbe erteilte provisorische Rechtsöffnung aufgehoben und der Rechtsvorschlag vom „12. September 1898 zu Kräften gelegt.“

F. Vor dem Bundesgericht, an das die Beklagte das obergerichtliche Urteil weitergezogen hat, stellt sie die Anträge: „1. Es „sei das Urteil des Obergerichts Luzern vom 3. Febr. (26. März „a. c.) als aufgehoben zu erklären; 2. es sei die Aberkennungs- „klage als unbegründet abzuweisen und demnach der Anspruch der „Rekurrentin als zu Recht bestehend zu erklären und der dagegen „erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.“ Die Beklagte wirft dem Obergericht vor, daß es bei der Beurteilung der Legitimationsfrage ein novum eingeführt habe, da vom Kläger nirgends behauptet worden sei, daß das Konkursamt Tablat über den Verlustschein nicht habe verfügen dürfen. Überdies sei die Frage materiell unrichtig gelöst.

G. Der Kläger trägt, unter Bestreitung der Ausführungen der Berufungsklägerin und in Anlehnung an die Motive des obergerichtlichen Urteils betreffend die Legitimationsfrage, unter Aufrechthaltung jedoch des abweichenden Standpunktes mit Bezug auf die Frage nach dem materiellen Bestand der Forderung, bezw. die Frage der Beweislast, auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist unrichtig, daß das luzernische Obergericht dadurch ein novum in den Prozeß eingeführt hat, daß es die Frage der Sachlegitimation der Beklagten zum Gegenstand seiner Prüfung und Entscheidung machte. Das Thatfachenmaterial, auf welches das Obergericht den Ausspruch gründete, daß der Beklagten die Legitimation mangle, lag vollständig vor; die Beklagte hatte ja selbst behauptet und durch Vorlegung des Verlustscheins bewiesen, daß das Konkursamt Tablat, das mit der Konkursverwaltung im Konkurse Kölla identisch war, ihr denselben abgetreten habe. Ob aber die Abtretung rechtsgültig sei und welche Rechte daraus der Beklagten erwachsen, ist eine Rechtsfrage, die vom Kläger jederzeit zur Diskussion gestellt werden konnte und welche sogar,

soweit nicht die Anträge oder eine prozeßualische Erklärung des Klägers oder sein übriges Verhalten im Prozeß entgegenstanden, vom Gerichte von sich aus aufgeworfen werden durfte. Jedenfalls könnte hierin eine auf dem Wege der Berufung zu rügende Verletzung von Bundesrecht nicht erblickt werden. Dazu kommt, daß der Kläger schon in der Klage die Rechtsfrage gestellt, indem er ausdrücklich bestritten hatte, daß die Beklagte die Forderung Kölla rechtsgültig erworben habe; und wenn er auf die Behauptung der erfolgten Abtretung hin in der Replik erklärte: „Die Forderung Kölla wird nicht anerkannt, weil nicht existent,“ so kann hieraus nicht geschlossen werden, daß der Kläger den in der Klage eingenommenen Standpunkt habe preisgeben wollen, da in der allgemeinen Bestreitung auch die Behauptung erblickt werden kann, daß die Forderung in der Person der Beklagten nicht bestehe. Es beruht deshalb auf Irrtum, wenn die erste Instanz erklärte, die Frage der Aktivlegitimation sei nicht bestritten; und das Obergericht war nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, darüber sein Urteil abzugeben. Aus dem Gesichtspunkte, daß dasselbe sich einer Frage bemächtigt habe, die nicht zum Entscheide stand, erscheint somit die Beschwerde der Berufungsklägerin als unbegründet.

2. Dagegen ist sachlich die Legitimationsfrage von der Vorinstanz unrichtig beurteilt worden. Zwar ist es zutreffend, wenn erklärt wurde, daß der Verlustschein vom 15. Juni 1896 nicht ein nach Schluß des Konkursverfahrens entdecktes Vermögensstück sei, das zur Masse gehörte, aber nicht zu derselben gezogen wurde (Art. 269 Abs. 1 B.-G.). Die Forderung an Fischer & Streuli ist thatsächlich zur Masse Kölla gezogen und sogar von der Konkursverwaltung gegen die Schuldner auf dem Betreibungswege geltend gemacht worden. In die Zeit nach Schluß des Konkurses fällt bloß die Feststellung über das Ergebnis der Betreibung, sowie die Ablieferung des Liquidationsbetriffnisses und des Verlustscheines für den ungedeckt gebliebenen Betrag an die betreibende Konkursverwaltung. Aus dem durch das Konkursprotokoll bestätigten Berichte des Konkursverwalters geht übrigens hervor, daß diesem schon vor Schluß des Verfahrens aus der Liquidation Fischer & Streuli ein Verlustschein für den ganzen Forderungsbetrag zugestellt worden war, so daß also die später

ermittelte Liquidationsquote und der abgeänderte Verlustschein einfach an die Stelle des letztern treten. Weder bei dem Barbetreffnis, noch bei dem zweiten Verlustschein hat man es daher mit Vermögen zu thun, das erst nach Schluß des Konkurses entdeckt worden wäre; sondern beide stellen ein, allerdings durch die Realisierung umgewandeltes und in zwei Teile zerlegtes Masseaktivum dar. Dagegen ist nun die Folgerung, die die Vorinstanz hieraus zieht, daß nämlich das Konkursamt (bzw. die Konkursverwaltung) nicht befugt gewesen sei, zu Gunsten der Beklagten über den Verlustschein zu verfügen, rechtsirrtümlich. Der Konkursverwalter handelte gesetz- und pflichtgemäß, wenn er die Forderung des Gemeinschuldners an Fischer & Streuli in Betreibung setzte (s. Art. 243 des B.-G.). Und nun ist doch selbstverständlich, daß er, und zwar er allein, berechtigt war, das Ergebnis der Betreibung entgegenzunehmen. Hieran ändert der Umstand nichts, daß der erstmalige Abschluß der Zwangsvollstreckung gegen Fischer & Streuli sich als unrichtig herausstellte und daß die berichtigte Kollokation erst nach Schluß des Konkurses Kölla erfolgte. Denn auch jetzt handelte es sich für die Masse lediglich um die Entgegennahme des Resultates eines für sie von der Konkursverwaltung kompetenter Weise eingeleiteten Verfahrens. Hieraus erwuchs der Konkursverwaltung aber weiter auch die Befugnis und die Pflicht, über das Liquidationsergebnis dem Gesetze gemäß zu verfügen. Es könnte sich in dieser Beziehung bloß fragen, ob nicht mit dem Schlusse des Konkurses der Gemeinschuldner Kölla wieder die Verfügungsbefugnis über die Forderung erlangt habe, was aber nicht einmal ohne weiteres angenommen werden dürfte, wenn es sich um eine nicht zur Masse gezogene Forderung handelte (vergl. Amtl. Samml., Bd. XXV, 2. Teil, S. 929), und was vollends nicht zutrifft für eine Forderung, welche für die Gläubigergemeinschaft mit Beschlag belegt und im Namen der Masse vom Konkursverwalter auf dem Betreibungswege geltend gemacht worden ist. Darüber nun, daß der Barbetrag, der aus der Betreibung gegen Fischer & Streuli der Masse Kölla zukam, einfach dem nach dem Kollokationsplane und der Verteilungsliste zunächst berechtigten Gläubiger, d. h. der Ehefrau Kölla zuzuweisen war, kann ein Zweifel nicht bestehen. Fraglicher erscheint

dagegen allerdings, was mit dem Verlustschein zu geschehen hatte, insbesondere, ob derselbe nicht nach dem Willen des Gesetzes hätte versteigert werden sollen, in welchem Falle bloß der Erlös der Frau Kölla zuzuteilen gewesen wäre. Wenn man nun aber auch annehmen wollte, daß die Versteigerung und nicht die Zuweisung an Frau Kölla die richtige Art der Verwertung des durch den Verlustschein repräsentierten Masseaktivums gewesen wäre, so war doch letztere Maßnahme keinesfalls eine absolut nichtige, sondern höchstens eine anfechtbare; und zwar wären die Schuldner der Verlustscheinforderung zur Beschwerde nicht legitimiert gewesen. Noch weniger sind sie berechtigt, gegenüber der neuerlichen Geltendmachung der Forderung durch die Cessionarin den Einwand zu erheben, daß der Verlustschein anders hätte liquidiert werden sollen. Ihnen gegenüber muß vielmehr die Abtretung als gültig erfolgt angesehen werden, sofern dieselbe nur bewirkte, daß sie, die Schuldner, mit befreiender Wirkung an die Cessionarin zahlen durften. Und diese civilrechtliche Wirkung kann der erfolgten Abtretung seitens der Konkursverwaltung, die auch nach Schluß des Konkurses einzig über die Forderung zu verfügen hatte, nicht versagt werden, selbst wenn nach den konkursrechtlichen Vorschriften die Verwertung auf dem Wege der Versteigerung hätte vor sich gehen sollen. Zu dem nämlichen Resultate gelangt man, wenn man annimmt, daß auf die Verlustscheinforderung die Bestimmungen des Art. 269 des B.-G. über neu entdecktes Vermögen zur Anwendung zu kommen hätten. Die Einrede der Ungültigkeit der Abtretung ist daher zu verwerfen.

3. Was sodann den Bestand der Forderung betrifft, so ist grundsätzlich festzuhalten, daß im Überkennungsprozeß die Beweislast an sich nicht anders zu verteilen ist, als in einem gewöhnlichen Prozeß, in dem sich der Streit um jene Frage dreht, d. h. es hat an sich nicht der Überkennungskläger den Nichtbestand, sondern der Überkennungsbeklagte den Bestand der Forderung zu beweisen (s. Amtl. Samml., Bd. XXIII, S. 1088). Die Vorinstanz überbindet, trotzdem sie den Grundsatz anerkennt, im konkreten Falle doch dem Kläger den Beweis für den Nichtbestand der Forderung, weil der in den Händen der Beklagten befindliche Verlustschein für sie eine Präsuntion für das Bestehen der For-

derung schaffe. Dieser Entscheid unterliegt der Nachprüfung des Bundesgerichts, da der Streit einen nach eidgenössischem Recht zu beurteilenden Anspruch betrifft und die Frage der Beweislast nicht ausschließlich prozessualischer, sondern auch materiell-rechtlicher Natur ist, und da es sich ferner insbesondere nach eidgenössischem Rechte beurteilt, welche rechtlichen Wirkungen die Ausstellung eines Verlustscheins auf das materielle Rechtsverhältnis und seine prozessuale Geltendmachung ausübt. Diesbezüglich ist zunächst thatsächlich festzuhalten, daß man es mit einem auf Grund eines Pfändungsverfahrens ausgestellten Verlustschein im Sinne des Art. 149 des eidg. Betreibungsgesetzes zu thun hat. An sich nun ist ein solcher Verlustschein lediglich die amtliche Bescheinigung darüber, daß im Zwangsvollstreckungsverfahren bei dem Schuldner keine oder nicht vollständige Deckung für die betreffende Forderung erzielt werden konnte. Der Schuldner wirkt bei der Errichtung des Verlustscheins nicht mit, und es gelangt darin irgend ein auf das materielle Rechtsverhältnis bezüglicher Wille desselben nicht zum Ausdruck. Sowenig daher die Ausstellung des Verlustscheins eine Renuerung, d. h. die Ersetzung des früheren Schuldverhältnisses durch ein neues bewirkt, sowenig liegt darin die Schaffung eines neuen Schuldgrundes neben dem alten, in dem Sinne, daß der Schein ein selbständiges Klagefundament abgeben würde. Nach positiver Gesetzesvorschrift erleidet freilich das Schuldverhältnis durch die Ausstellung des Verlustscheins gewisse Änderungen in seinem materiellen Inhalte sowohl (Art. 149 Abs. 4 und 5), wie im Hinblick auf die exekutive Geltendmachung der Forderung (Art. 149 Abs. 2 und 3). Allein keine dieser gesetzlichen Wirkungen des Verlustscheins berührt den Bestand oder den Rechtsgrund der Forderung. Allerdings braucht ferner das Gesetz die Wendung, daß der Verlustschein als Schuldanerkennung gelte. Es fügt aber bei als Schuldanerkennung „im Sinne des Art. 82,“ und der Schluß liegt nahe, das Gesetz habe damit einfach aussprechen wollen, daß der Verlustschein, wie eine eigentliche, durch öffentliche Urkunde festgestellte oder durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung, dem Gläubiger das Recht gebe, den Rechtsvorschlag des Schuldners durch provisorische Rechtsöffnung beseitigen zu lassen. In der That geht es schon deshalb nicht an,

aus dem Gebrauche des Wortes Schuldanerkennung allein zu folgern, daß der Verlustschein auch in materiell-rechtlicher und prozessualischer Beziehung einem eigentlichen Schuldbekenntnis gleichzustellen sei, weil das Betreibungsgesetz damit auf ihm fremde Rechtsgebiete hinübergreifen würde. Zudem ist zu berücksichtigen, daß der Ausdruck Schuldanerkennung erst in der letzten Redaktion des Gesetzes erscheint, während es vorher hieß, der Verlustschein gelte als beweiskräftige Urkunde im Sinne des Art. 82. Da das Bestreben, die Ausdrucksweise in der Bestimmung, in welcher auf eine andere verwiesen wird, der letztern anzupassen, eine hinlängliche Erklärung für die Änderung bildet, ist es nicht erforderlich, der letztern die Bedeutung beizulegen, daß man den Verlustschein zu einer Schuldanerkennung im technisch-juristischen Sinne habe machen wollen. Trotzdem wird nun aber prozessualisch der Verlustschein ähnliche Wirkungen ausüben, wie eine eigentliche Schuldanerkennung, indem er dem Inhaber im Prozesse um den Bestand der Forderung eine bevorzugte Beweisstellung verschafft. Die Zwangsvollstreckung, welche durch die Ausstellung des Verlustscheins ihren Abschluß findet, konnte nur durchgeführt werden gestützt auf einen unwiderprochen gebliebenen Zahlungsbefehl oder nach Beseitigung des Rechtsvorschlages mittelst Rechtsöffnung, d. h. auf Grund bestimmter, bevorzugter Beweismittel. Mit Rücksicht hierauf ist es gewiß sachgemäß, wenn als Regel hingestellt wird, daß der Gläubiger, der sich im Besitze eines Verlustscheins befindet, sich damit begnügen dürfe, zum Beweise des Bestehens seiner Forderung den Verlustschein anzurufen, der ja auch den ursprünglichen Forderungstitel oder -grund angiebt, und daß es am Schuldner sei, den Verlustschein zu entkräften, indem er darthut: entweder, daß die formellen Voraussetzungen zur Ausstellung desselben nicht vorhanden waren, bezw. daß diese auf Irrtum beruhte, oder, daß die materiellrechtliche Grundlage für das betreibungrechtliche Vorgehen fehlte oder dahingefallen ist, d. h. daß die Schuld nicht bestand oder nicht mehr besteht. Es wäre sonderbar, wenn der Verlustschein, der dem Gläubiger ein so wirksamer Behelf für die Exekution der Forderung ist, im Streit um die Existenz derselben keine Beweisraft haben sollte; liegt doch auch der letzte Grund dafür, daß das Exekutionsrecht

für solche Forderungen erleichtert (und erweitert) wird, in der aus der Eigenart des Beweismittels sich ergebenden Vermutung für den Bestand derselben. Ferner ist zu beachten, daß dem Schuldner, wenn der Gläubiger, gestützt auf den unwidersprochen gebliebenen Zahlungsbefehl oder nach definitiver Beseitigung des Rechtsvorschlages, die Forderung erequiert hat, bloß noch die Rückforderungsklage nach Art. 86 des B.-G. übrig bleibt, bei der zweifellos ihm die Beweislast für das Nichtbestehen der Schuld obliegt. Nun kann aber doch die Stellung des Gläubigers mit Bezug auf den Beweis der Forderung nicht deshalb eine schlechtere werden, weil sich bei dem Schuldner nicht Mittel genug finden, um die Forderung zu decken und es daher zur Ausstellung eines Verlustscheines kommt. Vielmehr muß auch hier dem Schuldner die Beweislast zufallen, wenn im Verlauf der weiteren Exekution der Verlustscheinforderung der Bestand derselben in Frage gestellt wird. Der Charakter eines derart qualifizierten Beweismittels darf dem Verlustschein schließlich auch deshalb nicht abgesprochen werden, weil gewöhnlich die Geltendmachung der darin verurkundeten Forderung sich hinauszögern wird und weil in der Zwischenzeit leicht andere Beweismittel für den Gläubiger verloren gehen können. Vorliegend nun ist nicht behauptet, daß für die Ausstellung des Verlustscheins die formalen Voraussetzungen nicht vorhanden gewesen seien oder daß dieselbe auf einem Irrtum beruhe. Es trifft dies auch offenbar nicht zu: Der Verlustschein wurde ausgestellt auf Grund einer Betreibung, welche, wie aus der Deposition des Betreibungsbeamten von Winterthur hervorgeht, gegen den Kläger persönlich als solidarisch mit Fischer für die gleiche Forderung haftenden Schuldner eingeleitet worden war, und in der gegen den Kläger eine gesonderte Pfändung und Kollokation stattgefunden hatte. Ein Rechtsvorschlag ist gegen die Betreibung nicht erfolgt, und auch sonst ist das Verfahren vom Kläger in keiner Weise angefochten worden, insbesondere auch nicht etwa deshalb, weil er nicht in Winterthur habe betrieben werden können. Wenn der Kläger einwendet, daß sein Mitteilhaber die Liquidation der Gesellschaft übernommen habe, und daß es an diesem gewesen wäre, Rechtsvorschlag zu erheben und überhaupt seine, des Klägers, Interessen zu vertreten, so ist zu er-

widern, daß eben nicht die Gesellschaft betrieben war, sondern die beiden Gesellschafter jeder für sich und daß sich der Kläger, wenn Fischer aus irgend einem Grunde verpflichtet gewesen sein sollte, ihn zu vertreten, wegen allfälliger Nichterfüllung dieser Pflicht an seinen Vertrauensmann halten muß. Dagegen hat der Kläger eventuell behauptet und darzuthun versucht, daß die Forderung nicht oder nicht in dem geltend gemachten Betrage entstanden sei. In dieser Beziehung ist jedoch einfach den Vorinstanzen beizupflichten, die übereinstimmend erklären, daß ein solcher Beweis nicht erbracht sei; denn es kann in diesem Ausspruch weder eine Aktienwidrigkeit erblickt, noch kann derselbe als rechtsirrtümlich bezeichnet werden. Der Verlustschein erscheint somit durch die Einrede des Klägers nicht als entkräftet bezw. die dadurch für die Beklagte geschaffene Vermutung nicht als beseitigt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheißen und demgemäß, in Abänderung des angefochtenen Urteils, die Aberkennungsklage des G. H. Streuli abgewiesen.

V. Organisation der Bundesrechtspflege.

Organisation de la justice civile.

63. Urteil vom 25. Mai 1900 in Sachen
Bärwolff gegen Zeiß & Cie.

Revisionsbegehren, Art. 95 Org.-Ges. — 192 ff. eidg. C.-P.-O. — Form. — Schriftliche Eingaben müssen, um rechtsgültig zu sein, eine Unterschrift tragen. Art. 85 eidg. C.-P.-O.

Das Bundesgericht hat,
da sich ergeben:

A. Durch Urteil vom 11. November 1899 hat das Bundesgericht in Gutheißung der Berufung der Kläger August Zeiß & Cie. den Beklagten pflichtig erklärt, den Klägern außer den