Vermögen des Schuldners erfasst, sondern nur die am Arrestort befindlichen verarrestierten Objekte. Diese Praxis der Betreibungsbehörden kann nur auf dem Wege der betreibungsrechtlichen Beschwerde, nicht der gerichtlichen Klage, angefochten werden; und ob speziell die Praxis der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer richtig ist, hat nicht das Bundesgericht als Berufungsinstanz zu prüfen, da es sich dabei um eine Frage der Exekution handelt, welche in die ausschließliche Kompetenz der Betreibungsbehörden, in letzter, eidgenössischer Instanz also der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, fällt. Mit jener Praxis ist also davon auszugehen, daß die Arrestbetreibung kein Recht auf Ausstellung eines Verlustscheines begründet. Damit ist aber dem für den Arrestbetrag ungedeckt bleibenden Gläubiger die Möglichkeit der Erhebung einer Anfechtungsklage entzogen. Denn indem das Gesetz als formelle Voraussetzung der Legitimation zur Anfechtungsklage außer Konkurs das Vorhandensein eines Verlustscheines aufstellt, stellt es ein absolutes Erfordernis für den Nachweis der Unzulänglichkeit des schuldnereischen Vermögens auf, ein Erfordernis, das nicht durch andere Beweismittel ergänzt oder ersetzt werden kann (NS 26 II S. 476 ff. Erw. 2, und Jäger, Kommentar, Anm. 3 zu Art. 285, S. 112 f.). Dieses Erfordernis kann daher auch nicht ersetzt werden durch das Vorliegen „besonderer Umstände“, und eine analoge Anwendung der Wirkungen des Verlustscheines auf die ungedeckte Pfändungsurkunde in der Arrestbetreibung ist ausgeschlossen. Wichtig betrachtet, ist denn auch im vorliegenden Falle mit der Ausstellung der ungedeckten Pfändungsurkunde in der Arrestbetreibung in keiner Weise die Unzulänglichkeit des Vermögens der Schuldnerin festgestellt; im Gegenteil gehen ja die Kläger selbst davon aus, daß die Schuldnerin ein beträchtliches Vermögen besitzt. Der Grund, weshalb die Kläger ihre Forderungen nicht erequieren können, liegt gar nicht in der Unzulänglichkeit des schuldnereischen Vermögens, sondern in dessen Unzuganglichkeit für die Kläger infolge der besondern Natur ihrer Forderungen als Steuerforderungen, in Verbindung mit der Tatsache des außerkantonalen Wohnsitzes der Schuldnerin und dem derzeitigen Rechtszustande hinsichtlich der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Forderungen. Das ist aber ein ganz anderer Tatbestand als der, den die Anfechtungsklage zur

Voraussetzung hat. Es steht übrigens, wie oben in Erwägung 4 gesagt (wenn nicht etwa die Ausführungen der I. Instanz in diesem Sinne zu verstehen sind), gar nicht einmal fest, ob die Schuldnerin auch nur im Kanton Zürich nicht noch pfändbares Vermögen besitze, auf das die Kläger greifen könnten: ein Grund mehr, um der vorliegenden Pfändungsurkunde die Wirkungen eines Verlustscheines zu versagen. Mit der II. Instanz ist daher die Anfechtungsklage mangels Klagelegitimation abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. September 1906 in allen Teilen bestätigt.

48. Urteil vom 10. Mai 1907 in Sachen

Würgler-Wächler, Bekl. u. Ber.=Kl.,

gegen Spar- und Leihkasse Frutigen, Kl. u. Ber.=Bekl.

Natur und Wirkungen der Abtretung nach Art. 260 SchKG; speziell: Wirkung des Rücktrittes einzelner Anfechtungsgläubiger von der Klage (oder des Verzichtes auf die Abtretung). — Wirkungen des Verzuges des Ersteigerers bei der Steigerung beweglicher Sachen. Art. 143, 129 SchKG; 119 OR. Das SchKG regelt die Verzugsfolgen erschöpfend.

A. Durch Urteil vom 26. Januar 1907 hat das Obergericht des Kantons Nargau erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zofingen vom 19. September 1906 ist aufgehoben.

2. Der Beklagte ist im Sinne des Art. 260 SchKG schuldig erklärt, der Klägerin 3268 Fr. samt Zins zu 5% seit 5. Juli 1905 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Anträgen:

Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das bezirksgerichtliche Urteil wieder herzustellen, d. h. die Klage abzuweisen; eventuell:

a) Es sei die Berufungsbeklagte nur im Verhältnis ihrer Forderung zur Gesamtheit aller 9 Abtretungsgläubiger klagberechtigt.

b) Es sei der Zins erst vom 21. Februar 1902 an zu 5% zu berechnen.

c) Es sei das ganze Prozeßergebnis nicht der Berufungsbeklagten, sondern dem Konkursamt Interlaken zur Verteilung unter die Berechtigten auszuhändigen.

C. Die Klägerin hat auf Abweisung der Berufung ange-
tragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Parteien waren Konkursgläubiger in dem im Oktober 1898 eröffneten Konkurse des J. J. Jaggi-Thönen, Besitzers des Hotel Viktoria in Grindelwald, und zwar der Beklagte mit Pfandrechtsrang, die Klägerin in V. Klasse. Am 28. Februar 1899 fand die Steigerung der Hotelliegenschaft samt dem dazu gehörigen Mobiliar statt, und der Ersteigerer war der Beklagte, wobei er das Mobiliar um den Schätzungspreis von 39,825 Fr. ersteigerte. Laut Ziff. 2 der Steigerungsbedingungen für die Liegenschaft sollten „Zins, Nutzen und Schaden“ mit dem Ersteigerungstage beginnen. Ziff. 6 bestimmte: „Die Steigerungssumme ist über die Überbünde hinaus bar zu bezahlen, für dieselben wird das Pfandrecht auf den Steigerungsgegenständen vorbehalten und der Ersteigerer hat nebstdem weitere Sicherheit durch Bürgschaft oder Hinterlage zu leisten; er erhält das Verfügungsrecht über die Steigerungssache erst nach erfolgter Sicherheitsleistung.“ Betreffend das Hotel-Mobiliar bestimmte Ziff. 2: „Der Kaufpreis ist — weil das Mobiliar nicht getrennt hingegeben werden kann — nach Perfektwerden des Kaufvertrages um das Hotel zu bezahlen. Hiefür ist solide, der Konkursverwaltung genügende Sicherheit zu leisten.“ Der Beklagte stellte sofort Sicherheitsleistung durch Bürgschaft. Er bezahlte den Kaufpreis von 34,825 Fr. in verschiedenen Raten, am 10. August 1899, 30. Oktober 1903 und 10. Februar 1904. Auf Verlangen des Konkursamtes Interlaken bezahlte er für die ausstehende Summe Zins

zu 3%, zusammen 4902 Fr. Gegen die Verteilungsliste erhob u. a. die heutige Klägerin Beschwerde, wobei sie u. a. sich darüber beschwerte, daß das Konkursamt für die Kaufpreissumme nur 3%, 4902 Fr., statt 5%, 8170 Fr., Verzugszins verlangt habe und begehrte, das Konkursamt sei zu verhalten, die Differenz einzufordern. Dieses Begehren ist letztinstanzlich durch Entscheidung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 15. Juni 1904 abgewiesen worden (AS 30 I Nr. 82 Erw. 4 S. 476 f. = Sep.-Ausg. 7 Nr. 46 S. 216), mit der Begründung, es handle sich dabei nicht um eine Verteilungs- sondern um eine Admassierungsfrage, und eine beschwerdefähige Verfügung liege noch gar nicht vor. Nach Erledigung dieser Beschwerde durch die kantonale Aufsichtsbehörde — die sich bezüglich dieses Beschwerdepunktes als inkompetent erklärt hatte — schrieb das Konkursamt Interlaken dem Beklagten, am 20. Mai 1904, die Gerichte hätten demnach festzustellen, ob der Verzugszins zu 3 oder zu 5% zu entrichten sei; „ich habe nur 3% „gefordert, um Ihnen entgegenzukommen, obschon ich dazu nicht „berechtigt war; Art. 143 A. 2 SchRG schreibt vor, daß der „Verzugszins à 5% berechnet werde.“ Es forderte demgemäß die Differenz mit 3268 Fr. (8170 Fr. statt 4902 Fr.) vom Beklagten ein. Im Dezember 1904 trat dann das Konkursamt diesen Anspruch der Masse auf Forderung der Zinsdifferenz an 9 Gläubiger, worunter die heutige Klägerin, ab (im Sinne des Art. 260 SchRG), und die Klägerin hat den Anspruch mit der vorliegenden Klage geltend gemacht, nachdem sie am 3. Juli 1905 gegen den Beklagten einen Zahlungsbefehl erlassen hatte, wogegen Rechtsvorschlag erfolgt war.

2. Der Beklagte nimmt auch heute wieder in erster Linie die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation der Klägerin auf. Während er sie vor den kantonalen Instanzen damit begründet hatte, die Klägerin könne, da der Anspruch von der Masse an mehrere Gläubiger abgetreten worden sei, nicht den ganzen Anspruch geltend machen, und beide kantonalen Instanzen diesen Standpunkt abgewiesen haben, versucht er heute die Einrede damit zu begründen, daß er ausführt, die andern Abtretungsgläubiger, welche sich der Klägerin nicht angeschlossen oder nicht selbständig geklagt

hätten, haben dadurch für ihre Quote auf den Anspruch verzichtet, und daher könne die Klägerin nicht den ganzen Anspruch einklagen. Auch unter dieser neuen Form ist die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation für das ganze unbegründet. Der Gläubiger, dem die Konkursmasse nach Art. 260 SchKG einen Anspruch abtritt, ist berechtigt, den Anspruch in seiner Totalität geltend zu machen. Die Abtretung an ihn bewirkt aber nicht eine materielle Abtretung des Rechtes selbst, sondern nur eine Abtretung des Prozeßführungsrechtes; die Einzelgläubiger werden durch die Abtretung nicht zu Trägern des Rechtes; dieses gehört vielmehr nach wie vor zur Masse. Ein einzelner Abtretungsgläubiger kann daher auch niemals zu Gunsten des Schuldners auf den materiellen Anspruch verzichten; ein Verzicht wirkt vielmehr nur zu Gunsten der Masse bzw. der andern Abtretungsgläubiger, und zwar auch bei teilbaren Ansprüchen. Bei Verzicht einzelner auf die Prozeßführung kann dennoch jeder der andern Abtretungsgläubiger den Anspruch in seiner Totalität, mit den in Art. 260 Abs. 2 SchKG vorgesehenen Rechtswirkungen, einklagen. Der einzelne Abtretungsgläubiger hat auch bei Abtretung an mehrere ein durchaus selbständiges Prozeßführungsrecht, und weder die Bildung einer Streitgenossenschaft noch eine Aufforderung an die übrigen Abtretungsgläubiger, sich der Klage anzuschließen, ist notwendig. Umgekehrt aber kann der Nichtbeitritt der übrigen Abtretungsgläubiger zur Klage des einen dem Prozeßführungsrecht dieses Einen in keiner Weise Abbruch tun.

3. In materieller Hinsicht stützt die Klägerin ihren Anspruch in erster Linie auf die Steigerungsbedingungen, wonach Zins, Nutzen und Schaden am Steigerungstag beginnen sollten. Zur Widerlegung dieses Standpunktes genügt jedoch ein Hinweis darauf, daß die betreffende Bestimmung der Steigerungsbedingungen nur die Liegenschaft betrifft und im Abschnitt über das Mobilien nicht aufgenommen ist.

4. Abgesehen von den Steigerungsbedingungen, will die Klägerin ihren Anspruch aus Art. 143 und 129 SchKG herleiten; sie will diesen Bestimmungen entnehmen, daß das SchKG für den Verzug des Ersteigerers einen gesetzlichen Verzugszins von 5% stipuliere. Diese Bestimmungen — von denen übrigens nur

Art. 129 in Frage kommen kann, da es sich beim Hotelmobiliar um bewegliche Sachen handelt — betreffen den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung durch den Ersteigerer; und zwar ist dabei, bei Steigerung beweglicher Sachen, als Regel Barzahlung und als Ausnahme ein Zahlungstermin „von höchstens zwanzig“ Tagen vorgesehen. Folge der nicht rechtzeitigen Zahlung ist die Rückgängigmachung des Zuschlages und die Anordnung einer neuen Steigerung; hierbei wird der frühere Ersteigerer schadenersatzpflichtig und zwar wird dabei der Zinsverlust zu 5% gerechnet. Diese Bestimmung über die Zinsen betrifft also den Fall der Rückgängigmachung des Zuschlages wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Steigerungspreises und die daraus entspringende Schadenersatzpflicht des Ersteigerers: sie enthält eine Vorschrift zur Berechnung des Mindererlöses (der zweiten Steigerung gegenüber der ersten) und ist nur für diesen Fall gegeben und auf ihn zugeschnitten. Um diesen Fall aber handelt es sich vorliegend ja gar nicht, und die Anrufung des Art. 129 (und 143) SchKG vermag daher die Klage nicht zu stützen.

5. Subsidiär will die Klägerin ihren Anspruch aus Art. 119 OR herleiten, indem sie den Standpunkt einnimmt, diese Bestimmung habe auch auf den Verzug beim Gantkauf Anwendung zu finden, weil das SchKG selbst darüber keine besondern Vorschriften enthalte; und dadurch, daß sie diesen Standpunkt zu dem ihrigen gemacht hat, ist die II. Instanz zur Gutheißung der Klage gelangt. Wichtig ist nun allerdings nach der Praxis des Bundesgerichts, daß die privatrechtlichen Bestimmungen über den Kaufvertrag auch auf den Gantkauf Anwendung finden, soweit ihrer Anwendung nicht die Normen des Spezialgesetzes, d. h. eben des SchKG entgegenstehen, und soweit sich im letztern Lücken finden. Die Anwendbarkeit des Art. 119 OR über den Zahlungsverzug des Schuldners hängt daher davon ab, ob das SchKG diese Materie erschöpfend regle, oder aber darüber eine Lücke aufweise. Diese Frage ist im ersteren Sinne zu beantworten. Während nach gemeinem Recht der Gläubiger bei Verzug des Schuldners die Wahl hat, auf der Erfüllung zu beharren und dazu (bei Zahlungsverzug) Verzugszinsen zu beanspruchen, oder aber vom Vertrage zurückzutreten und (bei Verschulden des Schuldners) Scha-

benerlag zu verlangen, hat der Betreibungsbeamte (dessen rechtliche Stellung beim Gantkauf hier keiner nähern Erörterung bedarf; vergl. darüber E. Huber in *Schw. N. Z.* 24 102 ff.) beim Gantkauf kein derartiges Wahlrecht. Nach Art. 143 und 129 SchKG (vergl. für den Konkurs Art. 259) hat er vielmehr im Falle Verzuges des Ersteigerers stets den Zuschlag rückgängig zu machen, womit eine Schadenersatzpflicht des Ersteigerers ins Leben tritt. Es handelt sich hierbei um eine öffentlich-rechtliche, zwingende Vorschrift, die eine Pflicht des Betreibungs- (bezw. Konkurs-)amtes begründet und im Interesse der glatten, sichern Durchführung der Verwertung und zur Wahrung der Interessen der Gläubiger aufgestellt ist. Der Fall, daß der Kaufpreis (bei Beweglichkeiten über 20 Tage hinaus) nach der Steigerung geschuldet wird, soll danach gar nicht vorkommen können, er ist bei normalem, ordnungs- und gesetzmäßigem Gang der Dinge ausgeschlossen. Damit aber verbietet sich eine Heranziehung des Art. 119 OR über den Zahlungsverzug des Schuldners auf den Verzug des Ersteigerers beim Gantkauf, da eben das Spezialgesetz die Folgen dieses Verzuges erschöpfend in einer Weise regelt, die einer Forderung von Verzugszinsen schlechterdings keinen Raum läßt. Hieraus ergibt sich die Abweisung der Klage, der es danach am gesetzlichen Fundament gebricht, von selbst, ohne daß nötig wäre zu untersuchen, ob und von wann an der Beklagte sich überhaupt im Verzuge befunden habe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt und, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Argau vom 26. Januar 1907, die Klage abgewiesen.

49. Urteil vom 31. Mai 1907

in Sachen **Konkursmasse Steiger**, Bekl. u. Ber.=Kl., gegen
Schulthess-Baumann, Kl. u. Ber.=Bekl.

Pfandbestellung an beweglichen Sachen, Art. 210 OR. — Anfechtung nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 und 288 SchKG. Aussergewöhnliches Zahlungsmittel? Passivlegitimation bei der Anfechtungsklage nach Art. 288; Art. 290 eod.

A. Durch Urteil vom 20. März 1907 hat das Obergericht des Kantons Zürich (I. Appellationskammer) erkannt:

Dem Kläger steht ein Faustpfandrecht zu an dem zur Zeit des Konkursausbruches über Jakob Steiger im Keller des Rüttschi in Feld-Weilen vorhandenen Weinvorrat des Steiger samt Fässern für eine Forderung von 10,000 Fr. samt Zins laut Obligo vom 17. Mai 1906.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Verwerfung des vom Kläger beanspruchten Pfandrechts. Die Berufungsbegründung enthält außerdem folgenden Passus: „Die Akten sind insofern unvollständig, als das Betreibungsamt Weilen nur um einen Auszug über die seit Mai 1906 angehobenen Betreibungen ersucht wurde, während ja, wie die Konkursbetreibung Egli beweist (die im Auszug nicht figuriert), schon früher, in den ersten Monaten 1906, Betreibungen pendent waren. Wir ersuchen neuerdings um diesbezügliche Ergänzung der Akten, sowie auch um Beiziehung des Konkursprotokolls, aus dem sich die mißliche Lage Steigers ergibt.“

C. Der Kläger hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger ist der Schwiegervater des Konkursfsten Steiger und hat demselben am 17. Mai 1906, d. h. 2 1/2 Monate vor Konkursausbruch, behufs Befriedigung eines betreibenden Gläubigers und Ablösung fälliger Wechselverbindlichkeiten 10,000 Fr.