

Quittung für diese Auffassung. Wenn die Beklagte für „diese Forderung“ Quittung erteilte, so ist damit eben die Forderung gegenüber dem Quittungsempfänger gemeint, aber nicht die Forderung „in ihrem objektiven Bestand“, wie der Vertreter des Klägers heute auszuführen versucht hat. Als Solidarschuldner, als welcher der Kläger, wie die Vorinstanz richtig ausführt, als Aussteller neben dem Acceptanten haftete, wurde der Kläger im Betrage der durch den Acceptanten seinen Mitsolidarschuldner erfolgten Zahlung befreit (Art. 166 Abs. 1 OR), d. h. für den Betrag von 191 Fr. 35 Cts. Für den Restbetrag von 212 Fr. 30 Cts. dagegen blieb er Schuldner, sofern er nicht Umstände darzutun vermag, die für seine Befreiung durch die Befreiung des Acceptanten sprechen, oder sofern nicht die Natur der Verbindlichkeit die Befreiung rechtfertigt (Art. 166 Abs. 2 OR). Besondere Umstände nach dieser Richtung sind vom Kläger, dem die Beweislast obgelegen hätte (BGE 33 II S. 146 Erw. 5), gar nicht behauptet; insbesondere hat er erst heute, also verspätet, gemäß Art. 80 OR, vorgetragen, daß die Beklagte zum Nachlaßvertrag von Biber und Leuthold eingewilligt habe. Und was die Natur der Verbindlichkeit betrifft, so scheint allerdings auf den ersten Blick die Argumentation etwas für sich zu haben, durch die Befreiung des Acceptanten müsse auch der Aussteller, wenn er Indossant ist, befreit werden, da sonst der Rückgriff wiederum auf dem Acceptanten laste. Allein damit so argumentiert werden könnte, müßte das dem Wechsel zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zwischen Aussteller und Acceptant aufgedeckt und zudem erwiesen sein, daß dem Wechselgläubiger dieses Grundgeschäft, sofern es den Indossanten als Hauptschuldner erscheinen läßt, bekannt war. Von all dem liegt hier nichts vor.

6. Schon diese Erwägungen führen, in wesentlicher Übereinstimmung mit der II. Instanz, zur Abweisung der Klage, sodas nicht weiter zu untersuchen ist, inwiefern der Kläger durch Nichtanhebung der Arrestaufhebungsklage — wenigstens für den Teil, für den der Verlustschein nicht mehr bestand — sich den angeblichen Schaden selbst zugezogen hat, und auch eine Erörterung der Verjährungsfrage überflüssig ist. Die Aktenvervollständigungsbegehren des Klägers fallen damit ohne weiteres dahin, da es

der Klage an einem wesentlichen grundsätzlichen Erfordernis gebricht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 7. November 1907 in allen Teilen bestätigt.

13. Urteil vom 20. März 1908

in Sachen **E. F. Schwarz Söhne**, Bekl., Ber.-Kl. u. Anschl.-Ber.-Bekl., gegen **Levy-Sonneborn**, Kl., Anschl.-Ber.-Kl. u. Ber.-Bekl.

Anfechtungsklage. Verhältnis des Anfechtungsrechts des Einzelgläubigers zum Anfechtungsrecht der Konkursmasse. Der Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers ausser Konkurs (Art. 285 Ziff. 1 SchKG) geht mit der Eröffnung des Konkurses nicht schlechthin verloren. Ungültigkeit der Abtretung des Anfechtungsanspruches im Konkurse seitens der Konkursmasse an den Anfechtungsbeklagten.

Das Bundesgericht hat

gestützt auf folgende Tatsachen:

A. Emil Spier betrieb früher in Luzern ein kleines Konfektionsgeschäft. Seine einzigen Lieferanten waren die heutigen Prozeßparteien, der Kläger J. Levy-Sonneborn und die Beklagten E. F. Schwarz Söhne. Auf den 7. April 1902 schuldete Spier laut vorinstanzlicher Feststellung dem Kläger 6247 Fr. 5 Cts. und den Beklagten 3279 Fr. 60 Cts., welchen Schulden von zusammen 9526 Fr. 65 Cts. Aktiven von insgesamt 6049 Fr. 50 Cts. gegenüberstanden. Am genannten Tage schloß Spier mit den Beklagten, für die ihr Vertreter Stendel handelte, einen „Kaufvertrag“ ab. Danach verkaufte er den Beklagten einen Posten Konfektionswaren für 3350 Fr., welchen Betrag er gleichzeitig anerkannte, laut Abrechnung erhalten zu haben. Daneben übernahmen die Beklagten das Ladenlokal Spiers mit-

dem seit 15. März 1902 fälligen Mietzins, und die sämtlichen Ladeneinrichtungen, die im Kaufpreis von 3350 Fr. inbegriffen sein sollten, erlaubte Spier den Beklagten, als Nachfolger seine Firma zu führen, und erklärten endlich die Beklagten, keinerlei Verbindlichkeiten und Folgen zu übernehmen, die aus diesem Vertrage entstehen sollten.

Am 25. April 1902 wurde über Spier, der infolge einer Strafflage des Klägers flüchtig geworden war, in Luzern der Konkurs eröffnet und im Konkurserkennnis verfügt, daß das vom Gemeinschuldner innegehabte und nunmehr von Stendel betriebene Geschäft zu schließen und dessen Aktiven ebenfalls ins Inventar aufzunehmen seien. Die Beklagten beanspruchten, wie es scheint, sämtliche Konkursaktiven, weil zu dem verkauften Geschäft gehörend, als Eigentum, worauf das Konkursgericht, am 4. Juni 1902, nach Art. 230 Abs. 1 SchRG die Einstellung des Verfahrens anordnete, was im weiteren, da kein Gläubiger nach Abs. 2 dieses Artikels Sicherheit für die Kosten leistete, zum Schlusse des Verfahrens gemäß der genannten Bestimmung führte. Die Beklagten verlangten darauf die Herausgabe der angesprochenen Waren etc. Infolge Einspruches des Klägers hielt jedoch die Justizkommission des luzernischen Obergerichts laut Entscheid vom 5. Januar 1903 die Beschlagnahme vorläufig aufrecht mit der Auflage an den Kläger, seine Ansprüche innert Monatsfrist (die später verlängert wurde) gerichtlich geltend zu machen. In der Folge wurden dann die beschlagnahmten Waren auf Anordnung des Gerichtspräsidenten von Luzern (Konkursrichter) im Einverständnis der heutigen Parteien versteigert und ist der Erlös, der nach Abzug der Kosten 625 Fr. 63 Cts. betrug, zu Händen des Berechtigten beim Gerichtspräsidenten hinterlegt worden.

B. In Nachachtung der erwähnten Klagaufforderung reichte Revy-Sonneborn rechtzeitig, am 25./27. Februar 1903, gegen C. F. Schwarz Söhne Klage ein mit den Begehren: 1. die beklagte Firma habe anzuerkennen und es sei gerichtlich zu erkennen: a) daß der Vertrag vom 7. April 1902 ungültig sei; b) daß die vom Konkursamte sequestrierten Waren eventuell deren Steigerungserlös dem Kläger auszuhändigen sei; 2. die beklagte Firma habe dem Kläger eine Entschädigung von 3975 Fr. 90 Cts. nebst

Zins à 5 % seit der Klageeinreichung abzüglich den Steigerungserlös der sequestrierten Waren zu bezahlen. — Die eingeklagten 3975 Fr. 90 Cts. stellen den Betrag dar, den Spier dem Kläger nach dessen Behauptung aus gemachten Lieferungen bei der Klageeinreichung schuldete. Zur Begründung der Klagebegehren wurde geltend gemacht: Der Vertrag vom 7. April 1902 sei nach Art. 17 OR ungültig und die Beklagten als bösgläubige Erwerber nach Art. 207 OR verpflichtet, die gekauften Waren dem Kläger herauszugeben oder, soweit sie entäußert seien, ihm deren Wert zu ersetzen. Ferner seien ihm die Beklagten aus Art. 50 ff. OR schadenersatzpflichtig, da in dem Vertrage vom 7. April und dessen Vollziehung dem Kläger gegenüber eine unerlaubte Handlung liege. Endlich sei der streitige Vertrag nach Art. 288 ff. SchRG anfechtbar. In letzterer Hinsicht erklärte der Kläger, daß er den für die Begründung der Anfechtungsklage erforderlichen Verlustschein gegen Spier noch erwirken und zu den Akten bringen werde, was dann auch geschehen ist. Der betreffende Verlustschein ist vom Betreibungsamt Wädenswil nach Art. 115 Abs. 1 SchRG für einen Forderungsbetrag von 3965 Fr. 95 Cts. nebst Zins und Kosten ausgestellt und vom 5. März 1903 datiert.

In ihrer Antwort auf die Klage beantragten die Beklagten deren gänzliche Abweisung. Sie führten aus: Dem Kläger fehle zu einer Anfechtung des Kaufes vom 7. April 1902 die Aktivlegitimation, da er nicht Vertragspartei sei. Übrigens sei dieser Vertrag weder ungültig noch anfechtbar. Auch habe der Kläger im Konkurse versäumt, sich, wie erforderlich, die Masserechte nach Art. 260 SchRG abtreten zu lassen. Eventuell werde mit der Klageforderung ein Schadenersatzanspruch der Beklagten von 4500 Fr. zur Verrechnung gestellt, da die vom Kläger bewirkte Schließung des Geschäftes und Wegnahme von Waren den Beklagten gegenüber im Sinne von Art. 50 OR rechtswidrig und die Beklagten dadurch im genannten Umfange geschädigt worden seien.

C. Am 27. Januar 1905 fällte das Bezirksgericht Luzern als erste Instanz sein Urteil in der Sache dahin aus, daß es den Vertrag vom 7. April 1902 als anfechtbar erklärte und die Beklagten anwies, dem Kläger die Anhandnahme des beim Gerichtspräsidenten hinterlegten Steigerungserlöses zu gestatten.

Diesem Entscheid zogen beide Parteien an das luzernische Obergericht weiter, das am 8. September 1905 erkannte: Der Vertrag vom 7. April 1905 sei als anfechtbar erklärt und die Beklagten gehalten, dem Kläger 3192 Fr. nebst Verzugszins zu 5% seit 28. Februar 1903 zu bezahlen, worauf die Beklagten zur Anhandnahme des aus den sequestrierten Waren herrührenden, beim Gerichtspräsidenten von Luzern deponierten Steigerungserlöses berechtigt seien; mit den abweichenden Begehren seien die Parteien abgewiesen. — Zu den zugesprochenen 3192 Fr. kommt das Obergericht dadurch, daß es von dem im Vertrage vom 7. April ausbedungenen Kaufpreis von 3350 Fr. 158 Fr. abzieht, nämlich den Betrag, den die Beklagten als Rechtsnachfolger Spiers für rückständigen Mietzins und Gaskonsum zu bezahlen hatten. Aus den Motiven des Urteils ist ferner hervorzuheben: Das Obergericht bemerkt, daß der Kläger seine Klage als vindikationsklage nicht mehr aufrecht erhalten habe, sodaß dieser Teil der Klage nicht mehr zu prüfen sei. Auf die Begründung der Klage aus den Art. 50 ff. OR wird in den Erwägungen nicht eingetreten; wohl aber wird die auf die nämlichen Bestimmungen gestützte Schadenersatzforderung der Beklagten von 4500 Fr. als ungerechtfertigt abgewiesen (wie dies schon die erste Instanz getan hatte). Im übrigen beschäftigen sich die Erwägungen ausschließlich mit der Beurteilung der Klage als actio Pauliana.

D. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten E. F. Schwarz Söhne rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: 1. die Klage sei gemäß dem Antwortschluß gänzlich abzuweisen; 2. eventuell das obergerichtliche Urteil im Sinne des erstinstanzlichen Entscheides vom 27. Januar 1905 abzuändern. Von der Gegenforderung von 4500 Fr. ist in der der Berufungserklärung beigelegten Rechtschrift nicht mehr die Rede.

Der Kläger hat sich der gegnerischen Berufung innert Frist angeschlossen mit dem Antrage, das obergerichtliche Urteil dahin abzuändern, daß das Klagebegehren Ziff. 2 in vollem Umfange zugesprochen werde. In der, der Anschlußberufung beigegebenen Rechtschrift, wird nichts gegen die vorinstanzliche Auffassung, die Klage werde als vindikationsklage nicht mehr aufrecht erhalten, eingewendet und für die Begründung der Anschlußberufung auch nicht mehr auf die Art. 50 ff. OR abgestellt.

Eine Kassationsbeschwerde, die die Beklagten gegen das vor Bundesgericht angefochtene Urteil beim luzernischen Obergericht eingereicht hatten, ist von dieser Behörde am 9. Januar 1906 abgewiesen worden.

E. Nachdem Tagfahrt zur Verhandlung des Prozesses vor Bundesgericht auf den 23. Februar 1906 angesetzt worden war, eröffnete der Gerichtspräsident von Luzern am 8. Februar 1906 neuerdings auf Begehren des Vertreters der Beklagten über Spierden Konkurs, und es wurde sodann die bundesgerichtliche Verhandlung vertagt, damit über die Frage der Admassierung der Anfechtungsrechte durch die Masse Beschluß gefaßt werden könne.

Unter Hinweis auf die Konkursöffnung stellten die Beklagten und Berufungskläger am 9. Februar 1906 vor Bundesgericht das Begehren: auf die Behandlung des Prozesses sei, weil dieser (durch die nunmehrige Konkursöffnung) gegenstandslos geworden sei, nicht einzutreten und es sei der Prozeß als dahingefallen zu erklären. Umgekehrt stellte der Kläger am 9. März 1906 bei Bundesgericht den Antrag, den daselbst hängigen Prozeß beförderlich zu beurteilen, da das Konkurserkennntnis die Erledigung des Prozesses als eine res inter tertios nicht zu verzögern vermöge.

Am 10. März 1906 verfügte darauf der Präsident der I. Abteilung des Bundesgerichts was folgt: 1. Das Begehren des Klägers um sofortige Ansetzung des Falles sei abgewiesen. 2. (betrifft die unten erwähnte Anfechtung des Konkurserkennntnisses vom 8. Februar 1906 durch die Beklagten). 3. Das Konkursamt Luzern werde eingeladen, im Falle der Bestätigung des Konkurserkennntnisses sofort nach Abhaltung der II. Gläubigerversammlung über die Schlußnahme derselben bezüglich Aufnahme des Prozesses durch die Masse Bericht zu geben.

Nachdem inzwischen der Kläger das Konkurserkennntnis vom 8. Februar 1906 bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des luzernischen Obergerichts als Berufungsinstanz nach Art. 174 Abs. 2 SchRG angefochten hatte, beschloß diese Behörde am 29. März 1906, auf den Rekurs wegen mangelnder Legitimation des Klägers nicht einzutreten. Hiergegen ergriff der Kläger den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, das ihn aber mit Entscheidung vom 14. November 1906 abwies, in dem Sinne, daß ihm

die Möglichkeit gewahrt sei, die Ungesetzlichkeit der Konkursöffnung durch betreibungrechtliche Beschwerde bei den Aufsichtsbehörden geltend zu machen.

Am 22. Februar 1907 teilte das Konkursamt — nachdem die mit der Anfechtung des Konkurserkennnisses zusammenhängenden Vorkehrungen eine Verzögerung verursacht hatten — dem Präsidenten des Bundesgerichts mit, daß die II. Gläubigerversammlung am 21. Februar 1907 beschlossen habe: die Konkursmasse als solche solle, da kein sonstiges liquides Massegut vorhanden sei, in den Prozeß vor Bundesgericht nicht eintreten, dagegen sei den einzelnen Gläubigern die Abtretung der bezüglichlichen Masserechte nach Art. 260 SchRG anzubieten.

Von diesem Beschlusse machte das Konkursamt den Konkursgläubigern am 4. März 1907 Mitteilung. Diese Verfügung focht nunmehr der Kläger an und gleichzeitig — unter Berufung auf den Rechtsvorbehalt im Bundesgerichtsentscheid vom 14. November 1906 — von neuem das Konkurserkennnis. Es ergingen hierüber abweisende Entscheide des Gerichtspräsidenten von Luzern vom 18. März und der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Obergerichts vom 16. Mai 1907. Am 28. Juni 1907 trat dann das Konkursamt die fraglichen Masserechte den zwei Gläubigern, die einzig darum nachgesucht hatten, nämlich den Beklagten C. F. Schwarz Söhne und deren Anwalt J. B. (der ebenfalls als Konkursgläubiger aufgetreten war) nach Art. 260 SchRG ab. Die Abtretung erfolgte mit der Auflage, dem Bundesgerichte die Prozeßaufnahme innert 10 Tagen anzuzeigen, ansonst Verzicht auf die Abtretung angenommen werde.

Am 1. Juli 1907 erklärten darauf die Beklagten durch Zuschrift an das Bundesgericht, den vor diesem hängigen Prozeß aufzunehmen „mit Verweis auf die von ihnen im Prozeß und in der Berufung gestellten Haupt- und eventuellen Begehren“. Fürsprech B. dagegen hat als Konkursgläubiger die Aufnahme des Prozesses nicht verlangt.

Gegen den Entscheid der luzernischen Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 16. Mai 1907 rekurrierte der Kläger an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts und (mit Eingabe vom 20. August 1907) an das Bundesgericht

als Staatsgerichtshof. Der erste Rekurs wurde mit Entscheid vom 15. Juli 1907 abgewiesen; die staatsrechtliche Beschwerde durch Entscheid vom 6. Februar 1908 und zwar in dem Sinne, daß das Konkurserkennnis aufrecht bleibe, damit aber selbstverständlich der Frage nicht vorgegriffen werde, welche Bedeutung dieses Erkenntnis für den in der Berufungsinstanz schwebenden Anfechtungsprozeß habe, —

in Erwägung:

1. Der Kläger hat seine Klage seinerzeit in dreifacher Weise begründet: als Geltendmachung eines Eigentums-, eines Schadenersatzanspruchs aus Art. 50 ff. OR und eines Anfechtungsanspruches nach Art. 285 ff. SchRG. Gegenwärtig aber wird sie nur noch als Anfechtungsklage aufrecht erhalten. Die Eigentumsklage ist, wie die Vorinstanz feststellt, bereits vor ihr fallen gelassen worden und der Kläger hat sie denn auch in den Rechtschriften vor Bundesgericht nicht mehr erwähnt. Über die Schadenersatzklage sodann spricht sich die Vorinstanz zwar nicht besonders aus. Es ist aber anzunehmen, daß sie vor ihr ebenfalls nicht mehr Gegenstand des Prozesses gebildet hat, wie sie sich denn auch rechtlich kaum begründen läßt. Auf alle Fälle ist zu sagen, daß der Kläger vor Bundesgericht auf sie verzichtet hat: denn nicht nur wendet er nichts dagegen ein, daß die Vorinstanz sie mit Stillschweigen übergeht, sondern auch seine ganze Begründung der Anschlußberufung stellt sich ausschließlich auf den Boden der Art. 285 ff. SchRG; dies namentlich auch soweit die vorinstanzlich zugesprochene Summe von 3192 Fr. als zu niedrig bemängelt wird, indem hier der Kläger nur geltend macht, das nach Art. 291 SchRG Zurückzugebende sei nicht richtig bemessen worden.

Ob die Beklagten ihre Schadenersatzforderung von 4500 Fr. noch aufrechterhalten, kann derzeit unerörtert bleiben. Denn diese Forderung wird nicht selbständig durch Widerklage, sondern bloß zum Zwecke der Verrechnung mit den vom Kläger erhobenen Ansprüchen, also zur Zeit noch mit dem Anfechtungsanspruche, geltend gemacht. Gegenwärtig bildet sie somit jedenfalls nur noch dann und insoweit Gegenstand der richterlichen Prüfung, als es beim klägerischen Anfechtungsanspruche der Fall ist.

2. Nach der Auffassung der Beklagten wäre nun dieser An-

fechtungsanspruch mit der Konkursöffnung auf die Masse übergegangen, hätte ihn damit der Kläger, wenigstens soweit er als Einzelgläubiger anfechten und vollstrecken will, endgültig verloren, und wäre so der von ihm angehobene Prozeß jetzt als gegenstandslos geworden zu erklären. Diese Auffassung läßt sich nun aber aus theoretischen und namentlich auch aus praktischen Gründen nicht rechtfertigen:

In ersterer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, daß das Anfechtungsrecht des Einzelgläubigers (Art. 285 Ziff. 1 SchRG) und das der Gläubigerschaft im Konkurse (Art. 285 Ziff. 2) nicht identisch sind. Sie sind es besonders insoweit nicht, als die Einzelanfechtung die Deckung nur der betreffenden Einzelforderung bezweckt und erreichen kann, die konkursmäßige Anfechtung aber Deckung der sämtlichen Konkursforderungen. Sodann sind möglicherweise die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit für die Gläubigerschaft andere als sie es für den Einzelgläubiger vor der Konkursöffnung waren, indem z. B. der Gläubigerschaft (die das Anfechtungsrecht selbständig ausüben, nicht die frühere Geltendmachung durch den Einzelgläubiger weiter verfolgen will) die Verwirklichungsfristen der Art. 286/287 SchRG entgegen stehen können, während dies bei dem vor dem Konkurs anfechtenden Einzelgläubiger vielleicht nicht der Fall gewesen ist, oder indem umgekehrt etwa ein für den Einzelgläubiger verbindlicher Verzicht auf die Anfechtung der erneuten selbständigen Anfechtung durch die Gläubigerschaft nicht entgegen gehalten werden kann. Aus all dem ergibt sich, daß die vorliegende Frage nicht kurzweg, wie die Beklagten meinen, mit der Erklärung zu lösen ist: der Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers falle, etwa wie ein gepfändetes Vermögensstück, in die Masse, gehe damit notwendig dem Einzelgläubiger endgültig verloren.

Hiergegen sprechen, wie schon angedeutet, nun vorzüglich auch noch praktische Gründe: Nur soweit vermag es sich nämlich zu rechtfertigen, die Befugnisse zu schmälern, die dem Einzelgläubiger vor dem Konkurse zustanden, um durch die Anfechtung zu Befriedigung seiner Forderung zu gelangen, als das prävalierende Interesse der Gläubigerschaft eine solche Schmälerung nötig macht. Deshalb muß freilich der Einzelgläubiger mit der Konkurs-

eröffnung es sich gefallen lassen, daß jetzt zunächst nicht mehr er, sondern die zuständigen Konkursorgane das Anfechtungsrecht ausüben und daß der Erfolg davon nicht mehr ihm allein, sondern der Gesamtheit der Konkursgläubiger zu Gute kommt, und in diesem Falle muß dann notwendiger Weise der auf weniger gehende Anspruch des Einzelgläubigers in dem das Mehrere umfassenden Anspruch der Konkursmasse aufgehen. Dagegen ist nicht abzusehen weshalb, wenn aus irgend einem Grunde, namentlich wegen Aufhebung des Konkurses oder Verzichtes der Konkursmasse auf die Anfechtung, das Anfechtungsrecht nicht zu Gunsten der Gläubigerschaft ausgeübt wird, der Einzelgläubiger nun auch dauernd gehindert sein sollte, den schon vor Konkursöffnung ans Recht gesetzten Anspruch nun wieder für sich weiter zu verfolgen.

Von solchen Erwägungen hat sich die deutsche Gesetzgebung bei der Regelung der vorliegenden Frage leiten lassen. Nach Art. 13 des Gesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879, (Fassung vom 20. Mai 1898) verliert der Einzelgläubiger mit der Konkursöffnung seinen Anfechtungsanspruch nicht, sondern wird ihm nur dessen Verfolgung bis zum Schlusse des Konkursverfahrens verunmöglicht. An seiner Stelle kann nunmehr der Konkursverwalter — elektiv neben einer selbständigen Geltendmachung des Anfechtungsrechts gemäß der Konkursordnung — den vom Einzelgläubiger erhobenen Anspruch zu Gunsten der Gesamtgläubigerschaft weiter erfolgen und zu diesem Zwecke namentlich auch den Prozeß aufnehmen, den der Einzelgläubiger vor dem Konkurs eingeleitet hatte und der durch die Konkursöffnung unterbrochen worden ist. Nach Schluß des Konkurses aber kann wiederum der Gläubiger sein Anfechtungsrecht selbständig ausüben und also auch gegebenen Falls den von ihm angehobenen Prozeß zu Ende führen, soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. (Vergl. Sarwey, Konkursordnung 2. Aufl. S. 136 ff.; Wilimowski, Konkursordnung 5. Aufl. § 8 S. 70, § 29 Note 2 S. 154, und Anhang, Anfechtungsgesetz, § 13 S. 585; Cosack, Anfechtungsrecht, 1884, S. 358 ff.; Hartmann, Kommentar zum Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 § 13 S. 214 ff.; Jäger, Die Gläubigeranfecht-

tung außerhalb des Konkurses § 13 S. 285 ff. — Hinsichtlich des gegenteiligen Standpunkts des österr. Rechts s. Menzel, Österreichisches Anfechtungsrecht, S. 307 ff.)

Nichts hindert, diese Lösung, die der Natur der Sache und der Billigkeit entspricht, auch für das schweizerische Recht anzunehmen. Das SchRG und namentlich dessen Titel über die Anfechtungsklage (Art. 285/92) berührt die vorliegende Frage des Verhältnisses zwischen der Anfechtung durch den Einzelgläubiger und der durch die Konkursorgane nicht und weist insoweit eine Lücke auf, die im erwähnten Sinne zu ergänzen ist. Für eine andere Regelung der Sache läßt sich aus keiner sonstigen Bestimmung des Gesetzes etwas entnehmen. Beigezogen werden kann namentlich nicht der von den Berufungsklägern angerufene Art. 200, der als zur Konkursmasse gehörend all das erklärt „was nach Maßgabe der Art. 214 und 285 bis 292 Gegenstand der Anfechtungsklage ist“. Aus dieser — übrigens unklar abgefaßten — Bestimmung ist nur abzuleiten, daß das, was die Anfechtung an Vermögen der Exekution zugänglich zu machen vermag, der nunmehrigen Konkursmäßigen Exekution dienen soll, unter Ausschluß jeglicher Sondervollstreckung, und daß also, wie im deutschen Recht, der Einzelgläubiger seinen Anfechtungsanspruch während des Konkurses nicht verfolgen kann. Daß dieser Anspruch hingegen mit der Konkursöffnung dem Einzelgläubiger endgültig verloren gehe und ihm damit dessen Verfolgung nach Verzicht der Masse auf seine Geltendmachung und nach Schluß des Konkursverfahrens schlechthin verunmöglicht sei, läßt sich aus Art. 200 nicht folgern; dies schon deshalb nicht, weil der Artikel, wie überhaupt das ganze Gesetz, das Verhältnis zwischen Einzelanfechtung und Anfechtung für die Gläubigerschaft unerwähnt läßt. Ebensowenig kann mit Art. 260 argumentiert werden. Er betrifft bloß die Frage, ob und wie weit Ansprüche, deren Geltendmachung der Masse zusteht, statt von den ordentlichen Masseorganen von dem einzelnen Konkursgläubiger für Rechnung der Masse (mit Anrecht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Ergebnis) geltend gemacht werden können. Diese Frage hat aber nichts zu tun mit der vorliegenden, ob der Einzelgläubiger auch dann gehindert sei, seinen von demjenigen der Masse qualitativ verschiedenen Anfechtungsanspruch im Sinne

einer Sondervollstreckung — nicht als Mandatar der Gläubigerschaft — auszuüben, wenn kein Konkursverfahren entgegensteht. Und endlich bildet auch Art. 265 Abs. 2 kein Hindernis: wenn er die Sondervollstreckung nach durchgeführtem Konkurs ausschließt, so will damit nur der Schuldner geschont werden, nicht aber der Anfechtungsgegner, und ist also dem Verlustscheinsgläubiger nach Konkurschluß nicht verwehrt, sich durch Geltendmachung seines Anfechtungsanspruches vom Anfechtungsgegner Vermögen zu beschaffen, das für die Befriedigung seiner Forderung zu dienen vermag und auf welches die im Konkurs vereinigte Gläubigergemeinschaft verzichtet hat.

3. Auf Grund dieser Ausführungen ist nun für den gegebenen Fall zu bemerken:

Das Konkursurteil vom 8. Februar 1906 hatte zur Folge, daß der Kläger während des darauffolgenden Konkursverfahrens seinen (behaupteten) Anfechtungsanspruch nicht mehr geltend machen konnte und daß deshalb der um diesen Anspruch geführte, in die bundesgerichtliche Instanz vorgeschrittene Prozeß eingestellt wurde.

Dieser Prozeß konnte nun zunächst für die Gläubigerschaft im Konkurs aufgenommen werden, sei es durch die Konkursverwaltung als ihrem ordentlichen Organ, sei es durch einen einzelnen oder mehrere Konkursgläubiger als Prozeßführungsberechtigte im Sinne des Art. 260. Keines von beiden ist aber gültig geschehen: Vorerst hat die Konkursverwaltung durch Erklärung vom 22. Februar 1907 gemäß vorher ergangenen Gläubigerbeschluß den Eintritt in den Prozeß ausdrücklich abgelehnt. Sodann hat freiwillig „die bezüglichen Masserechte“ nach Art. 260 an zwei Konkursgläubiger, die Beklagten und heutigen Berufungskläger und deren Anwalt Fürsprech J. B., abgetreten. Allein Fürsprech B. hat die Aufnahme des Prozesses innert der ihm von der Konkursverwaltung gesetzten Frist nicht erklärt und es ist damit nach dem Inhalte der „Abtretung“ sein Prozeßführungsrecht dahingefallen. Und die „Abtretung“ an die Berufungskläger, die die Anfechtungsgegner sind, muß als eine rechtsungültige, und zwar als eine schlechthin nichtige, auch durch den Ablauf der Beschwerdefrist nicht wirksam werdende Verfügung betrachtet werden. Denn derjenige, gegen den sich der geltend zu machende Masseanspruch

richtet, kann unmöglich als Konkursgläubiger nach Art. 260 mit der Geltendmachung des Anspruchs betraut werden. (MS Sep.-Ausg. 6 Nr. 48 *.) Damit bleibt die Frage unberührt, ob nicht ein solcher Konkursgläubiger, der gleichzeitig hinsichtlich des Masseanspruchs der Leistungspflichtige ist, bei der Verteilung des Ergebnisses aus der Geltendmachung des Anspruchs anders zu behandeln sei, als ein Konkursgläubiger, der sich den Anspruch hätte abtreten lassen können, davon aber keinen Gebrauch gemacht hat. Sonst würde nämlich jener Konkursgläubiger dann und bloß deshalb bei der Verteilung schlechter wegkommen, wenn und weil er den Anspruch nicht sofort befriedigt, sondern glaubt, sich ihm widersetzen zu können, und er das Abtretungsverfahren des Art. 260 mit seinen besondern Folgen für die Verteilung provoziert.

Kommt hiernach eine Weiterführung des Prozesses zu Gunsten der Konkursgläubigerschaft nicht mehr in Betracht, so steht es nach den frühern Ausführungen dem Kläger und Anschlußberufungskläger frei, den Prozeß nach Beendigung des Konkursverfahrens als Anfechtungsprozeß außer Konkurs wieder aufzunehmen. Einem dahingehenden Gesuche ist zu entsprechen, sobald der Anschlußberufungskläger vor Bundesgericht den urkundlichen Nachweis erbringt, daß der Konkurs geschlossen ist und daß er darin einen Verlustschein ausgestellt erhalten hat, seine Forderung also noch und in welchem Betrage der Befriedigung durch Ausübung des Anfechtungsrechts bedarf; —

beschlossen:

Die Behandlung des Falles ist solange verschoben, bis der Anfechtungskläger J. Levy durch Vorlage seines Verlustscheines den Ausweis geleistet hat, daß der Konkurs über Spier ausge-
tragen ist.

* Ges.-Ausg. 29 I Nr. 77 S. 363 ff.

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

VII. Schwach- und Starkstromgesetz.

Forces motrices.

14. Urteil vom 23. Januar 1908

in Sachen **A.-G. Elektrizitätswerk Wyman**, Bekl. u. Ver.=Kl.,
gegen **Gasser**, Kl. u. Ver.=Bekl.

Art. 27 leg. cit. : Haftung des Unternehmers für Tötung einer Person. Einrede der höhern Gewalt (Herunterfallen von Leitungsdrähten infolge Blitzschlages), des groben Selbstverschuldens des Verunglückten und der wissentlichen Uebertretung von Warnungen etc. — Klagelegitimation : Anwendbarkeit von Art. 52 OR.

A. Durch Urteil vom 10. September 1907 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern als einzige kantonale Instanz über die Rechtsbegehren:

A. Der Klage: „1. Die Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger für den Tod seines Sohnes Fritz angemessene Entschädigung zu bezahlen.

„2. Es sei die Entschädigungssumme vom 25. August 1905 event. vom 13. Dezember 1905 hinweg zu 5 % verzinslich zu erklären.“

B. Der Hauptverteidigung: „1. Der Kläger sei mit den Rechtsbegehren seiner Klage abzuweisen;

„2. eventuell: Der klägerische Anspruch sei angemessen herabzusetzen“ —

erkannt:

1.

2. Dem Kläger Heinrich Gasser werden seine Klagsbegehren für einen Betrag von 500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 25. August 1905 zugesprochen, soweit weitergehend abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung ans Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, die Klage sei gänzlich abzuweisen.

C. In der heutigen Berufungsverhandlung vor Bundesgericht