

**88. Urteil vom 21. Oktober 1909 in Sachen Konkursmasse Müller, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Glauser, Kl. u. Ber.-Bekl.**

**Konkursverlustscheinsforderungen:** Art. 265 SchKG. Solche Forderungen sind in einem neuen Konkurse des Schuldners mit neuen Kurrentforderungen zu gleichem Recht in der V. Klasse zu kollozieren; eine Bevorzugung der neuen Kurrentforderungen verstösst gegen die gesetzliche Rangordnung (Art. 219 u. 220 SchKG). Die Bestimmung in Art. 265 Abs. 2 SchKG, dass Verlustscheinsforderungen zur Anhebung einer neuen Betreibung nur berechtigen, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, begründet lediglich ein persönliches Einspracherecht des Schuldners im Sinne des Art. 265 Abs. 3 SchKG; es folgt daraus keine allgemeine Beschränkung der Rechtswirksamkeit der Verlustscheinsforderungen und insbesondere, in einem neuen Konkurse, kein Vorzugsrecht der neuen Kurrentgläubiger gegenüber den Verlustscheinsgläubigern.

A. — Der Kläger J. Glauser, Notar in Steffisburg, gab im Konkurs des Johann Müller, Architekten in Bischofszell, gestützt auf Konkursverlustscheine aus einem frühern Konkurs über denselben Kreditoren eine Forderung von 37,201 Fr. 20 Cts. ein. Das Konkursamt Bischofszell als Konkursverwaltung reichte bei der Kollokation die vom Kläger sowie von einigen andern Konkursverlustscheinsgläubigern angemeldeten Forderungen in eine hiezu besonders errichtete Klasse V b ein, in dem Sinn, daß sie nur dann Anspruch auf den Erlös haben sollten, wenn sich nach Deckung der in Klasse Va untergebrachten, seit dem Konkurs entstandenen Kurrentforderungen ein Aktivüberschuß ergeben würde.

B. — Diese Kollokation hat Glauser rechtzeitig auf dem Klageweg angefochten, mit dem Begehren um Gleichstellung seiner Forderung mit den Forderungen der Klasse Va. Zur Begründung machte er geltend, die Verweisung seiner Verlustscheinsforderung in eine besondere Klasse sei nicht statthaft, indem damit in Wirklichkeit sechs Forderungsklassen geschaffen würden.

Das Bezirksgericht Bischofszell hat die Klage als unbegründet abgewiesen, davon ausgehend, daß nach Art. 265 Abs. 3 SchKG die Geltendmachung von Konkursverlustscheinsforderungen überhaupt ausgeschlossen sei, solange nicht der Besitz neuen Vermögens ausgewiesen sei.

Vor dem Obergericht des Kantons Thurgau, bei welchem der Kläger hiegegen Berufung eingelegt hatte, nahm die Beklagte den Standpunkt ein, Art. 265 Abs. 3 SchKG enthalte, wie Art. 149, auf welchen in Art. 265 verwiesen werde, materiell-rechtliche Bestimmungen: die Geltendmachung der Verlustscheinsforderung werde von der Bedingung abhängig gemacht, daß neues Reinvermögen vorhanden sei. Diese Bedingung wäre erst mit der Deckung aller neuen Forderungen V. Klasse erfüllt, weshalb sich die vorgenommene Klasseneinteilung rechtfertige. Die Einrede mangelnden neuen Vermögens könne auch von der Konkursmasse erhoben werden. Eventuell sei die Verlustscheinsforderung nur unter der Bedingung in Klasse V zu kollozieren, daß sich das Vorhandensein neuen Vermögens ergebe, worüber nötigenfalls der Richter im beschleunigten Verfahren zu entscheiden hätte.

Mit Urteil vom 3. Juni 1909 hat das Obergericht des Kantons Thurgau dem Kläger sein Rechtsbegehren zugesprochen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung ans Bundesgericht ergriffen mit folgenden Anträgen:

„Das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und in Abweisung „des gegnerischen Rechtsbegehrens zu erkennen, daß die von der „Konkursverwaltung vorgenommene Kollokation der alten Verlustscheinsgläubiger in dem Sinn, daß sie auf einen Aktivüberschuß „nach Deckung der neuen Konkursgläubiger angewiesen sein sollen, „gerichtlich zu schützen sei. Eventuell sei die Kollokation formell „dahin abzuändern, daß die alten Verlustscheinsforderungen in „Klasse V kolloziert werden, mit Beifügen der Bedingung: „„sofern „„das Vorhandensein von neuem Vermögen durch den zuständigen „„Richter festgestellt wird““.

Die Parteivertreter haben mit gemeinsamer Zuschrift vom 10. September auf Vorträge im Berufungsverfahren verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Forderung, für welche dem Gläubiger mangels Befriedigung im Konkurs gestützt auf Art. 265 SchKG ein Verlustschein ausgestellt wird, bleibt an und für sich, soweit nicht getilgt, bestehen; doch wird sie materiell zu Gunsten des Gläubigers dahin affiziert, daß sie dem Schuldner gegenüber unverjährbar und zu seinen

Ungunsten dahin, daß sie dem Schuldner gegenüber unverzinslich wird. Als prozeßrechtliche Wirkung ist die Funktion des Verlustscheins als Arrestgrund zu erwähnen, ebenso diejenige als Schuldanerkennung im Sinn des Art. 82 SchRG, sofern die Forderung vom Gemeinschuldner anerkannt worden ist. Dazu kommt die Beschränkung der Möglichkeit der Anhebung einer neuen Betreibung gegen den Schuldner auf den Fall, daß er zu neuem Vermögen gekommen ist, worüber im Fall der Bestreitung durch den Schuldner das Gericht im beschleunigten Verfahren entscheidet. Um Inhalt und Tragweite dieser in Abs. 2 und 3 des Art. 265 enthaltenen Bestimmung dreht sich in casu der Streit.

2. — Aus dem Wortlaut des Art. 265, sowie aus der Stellung desselben im Gesetz im allgemeinen und aus seinem Zusammenhang mit der entsprechenden Bestimmung für das Pfändungsverfahren (Art. 149) im besondern geht hervor, daß es sich dabei um eine persönliche Einrede handelt, welche der Gemeinschuldner späteren Betreibungen durch die Konkursverlustscheinsgläubiger entgegensetzen kann, wenn er sich vom Konkurs wirtschaftlich noch nicht erholt hat, bezw., wie das Gesetz sich ausdrückt, noch nicht zu neuem Vermögen gekommen ist, wie denn auch die Praxis allgemein annimmt, daß der Einwand durch Rechtsvorschlag des betriebenen Schuldners geltend zu machen ist. Diese persönliche Rechtswohlthat ist auf das gemeinrechtliche *beneficium competentiae* zurückzuführen, dessen Wesen im ersten Entwurf zum Betreibungs- und Konkursgesetz vom Jahre 1874 (§ 165) sich widerspiegelt. Während die modernen Gesetzgebungen im allgemeinen, sei es den Grundsatz des unbeschränkten Nachforderungsrechts, sei es denjenigen der vollständigen Befreiung des Kreditors von allen Konkursverlustforderungen durch gerichtlichen Beschluß (*discharge*) aufgenommen haben, hat das schweizerische Recht einen Mittelweg eingeschlagen, indem es auf das *beneficium competentiae* zurückgegriffen und demselben in moderner Ausgestaltung wieder Anerkennung verschafft hat (vergl. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, in Bindings System. Handbuch IX 3 S. 388; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 443; Leemann, Der schweizerische Verlustschein, S. 92 ff.). Und zwar ist in der positiven Gestaltung der Charakter der Einrede als einer persönlichen nicht

verändert, insbesondere nicht derart gestaltet worden, daß sie auch den neuen Gläubigern des Schuldners zustehen würde.

In der Tat müßten hiefür angesichts des grundsätzlichen Standpunktes des Gesetzes, daß der Konkurs die Forderungen an den Kreditoren nicht erledigt, sondern, soweit sie nicht gedeckt werden, fortbestehen läßt, positive Anhaltspunkte vorliegen, die völlig fehlen. Aus dem Zweck der Vorschrift, daß der Schuldner für eine Konkursverlustscheinsforderung erst betrieben werden könne, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist, dürfen nicht Schlußfolgerungen gezogen werden, die über die Art, wie das Gesetz diesen Zweck zu erreichen sucht, hinausgehen; und wenn dieses dem Schuldner, um ihm die Erholung vom Zusammenbruch zu erleichtern, die Möglichkeit gibt, sich der drängenden alten Gläubiger durch jenen Einwand eine Zeit lang zu erwehren, so folgt daraus noch keineswegs notwendig, daß nun auch, gleichsam reflexweise, die neuen Gläubiger, die ja wußten, daß sie es mit einem Konkursiten zu tun hatten, im zweiten Konkurs ein selbständiges Vorrecht auf gewisse Teile des Vermögens des Konkursiten beanspruchen können. Einer so weitgehenden Berücksichtigung des Zweckes der Bestimmung stellt sich zudem die Erwägung in den Weg, daß durch den Konkursausbruch ausgewiesen ist, daß der Zweck, dem das Privileg dienen soll, nicht erreicht werden kann. Es würde auch an jedem prozeßualischen Mittel fehlen, ein solches Vorrecht zur Geltung zu bringen. Weder ist bei der Betreibung den neuen Gläubigern das Recht eingeräumt, selbst in irgend einer Form die Frage des neuen Vermögens aufzuwerfen, noch ist im Falle des Konkurses eine Ausscheidung des neuen von dem übrigen Vermögen vorgesehen; und doch ist nicht ohne weiteres durch den Konkursausbruch ausgewiesen, daß kein neues, sondern nur den neuen Gläubigern verfangenes Vermögen vorhanden sei, insbesondere nicht in gewissen Fällen der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung oder in den Fällen, wo der Schuldner gegen die Betreibung eines Konkursverlustscheinsgläubigers nicht Recht vorgeschlagen hat. Mit der Anfechtungsklage aber würde ein solches Vorrecht der neuen Gläubiger, da sie einen selbständigen Tatbestand voraussetzt, und auch mit Rücksicht auf die Vorschriften betreffend die Aktivlegitimation schwerlich in wirksamer Weise gewahrt werden können.

Wollte man den neuen Gläubigern eine derartige privilegierte Stellung in einem zweiten Konkurse einräumen, so müßte man auch die Konkurrenz der Verlustscheinsgläubiger mit den neuen Gläubigern in einem spätern Nachlaßverfahren ausschließen, was aber ebenfalls abzulehnen ist, wie in zutreffender Weise die bernische kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen als Nachlaßbehörde im Fall Brugger-Prior (Zeitschr. d. bern. J.-B. 36 S. 208 ff.) ausgeführt hat. Die Frage, ob der Schuldner mit seinen Verlustscheinsgläubigern allein einen Nachlaßvertrag abschließen könne, bleibt dabei vorbehalten (vergl. dazu einerseits den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen in Sachen Bonwyler Archiv 4 Nr. 101, anderseits die Bemerkungen von Brüstlein zu diesem Entscheid und die Ansicht des Betreibungsrates Archiv 4 Nr. 69).

Wird danach das durch Art. 265 Abs. 2 dem Gemeinschuldner eingeräumte Privileg nur im Fall der spätern selbständigen Anhebung einer betreibungsrrechtlichen Zwangsexekution durch die Konkursverlustscheinsgläubiger gegen den Gemeinschuldner praktisch, und zwar bloß dann, wenn sich der Gemeinschuldner darauf beruft, so muß die Vorschrift in Übereinstimmung mit Reichel (Kommentar von Weber und Brüstlein 2. Aufl. S. 385 Anm. 5), Brand (Archiv 10, Redaktionsbemerkungen zu Nr. 17), Lee-mann (a. a. o. S. 104 ff.), der bernischen Aufsichtsbehörde (Zeitschr. d. bern. J. B. 36 S. 208 ff.) und einem bündnerischen Gericht (Archiv 11 Nr. 26), und entgegen der von Brüstlein (Archiv 3 Nr. 142 und 4, Redaktionsbemerkungen zu Nr. 120), Jaeger (Komm., Anm. 8 zu Art. 265) und den Kantonsgerichten von St. Gallen und Zug (Archiv 4 Nr. 120 und 10 Nr. 17) vertretenen Auffassung als eine bloße, freilich der Forderung selbst anhaftende Einschränkung der Vollstreckbarkeit der Konkursverlustscheinsforderungen angesehen und dar nicht als eine allgemeine Beschränkung der Rechtswirksamkeit des Anspruchs selber ausgelegt werden, durch welche jede Art der Geltendmachung der Forderung an die Bedingung geknüpft würde, daß der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen sei. Übrigens mag bemerkt werden, daß der Kantonsgerichtspräsident von St. Gallen nach dem Entscheid in Sachen Spirig gegen Erbmasse

J. B. Müller (Archiv 2 Nr. 117) die Einrede, der Schuldner sei seit dem Konkurse nicht zu neuem Vermögen gelangt, selbst auch in dem Sinne als persönliche betrachtete, daß er sie seiner Erbmasse versagte.

Was die Frage anbetrifft, ob unter dem Begriff des neuen Vermögens ein neues Nettovermögen, d. h. ein Überschuß der Aktiven über die neuen, seit Konkurschluß entstandenen Passiven zu verstehen sei, so steht sie mit der vorwürfigen nicht derart im Zusammenhang, daß sie hier endgültig gelöst zu werden braucht.

3. — Hieraus folgt, daß die Verlustscheinsforderungen im neuen Konkurs mit den neuen Kurrentforderungen zu gleichem Recht in der V. Klasse zu kollozieren sind. Die von der Konkursverwaltung im Konkurs des Johann Müller vorgenommene Zweiteilung der Klasse V in der Weise, daß die Verlustscheinsforderungen (Klasse V b) erst nach vollständiger Befriedigung der neuen Kurrentforderungen (Klasse Va) dividendenberechtigt sein sollen, ist mit Art. 219 und 220 SchKG unvereinbar (vergl. insbesondere Brand, a. a. O.) Die Vorinstanz hat daher mit Recht die auf Abänderung des Kollokationsplanes im Sinn der Gleichstellung seiner Forderung mit denjenigen der Klasse Va gerichtete Klage des Berufungsbeklagten Glauser gutgeheißen und die Zweiteilung der Klasse V als gesetzlich unstatthaft aufgehoben. Ebenso hat die Vorinstanz mit Recht das Eventualbegehren der Konkursmasse abgewiesen, dahingehend, daß im neuen Konkurs die Verlustscheinsforderung nur als bedingte in Klasse V zu kollozieren sei, in dem Sinn, daß sie nur im Fall des Vorhandenseins neuen Vermögens anzuerkennen wäre.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 3. Juni 1909 in allen Teilen bestätigt.