

66. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Juni 1913

in Sachen Kellner, Kl. u. Ver.-Kl.,

gegen Engel und Jeremias, Dell. u. Ver.-Dell.

Anfechtungsklage auf Grund eines provisorischen Verlustscheins in einer Arrestbetreibung. Nur zulässig, wenn der Arrestort auch der ordentliche Betreibungsort war. Zulässig auch vor durchgeführter Verwertung der Pfändungsobjekte, wobei jedoch die Gutheissung der Klage nur den Sinn hat, dass das Anfechtungsobjekt in die Pfändung einzubeziehen, resp. darin zu belassen ist, sofern die übrigen Pfändungsobjekte zur Deckung der Pfändungsgläubiger nicht ausreichen.

A. — Am 6. Juli und am 5. September 1912 erwirkten die Beklagten beim Bezirksgerichtspräsidium Horgen für Forderungen von 8418 Fr. 85 Cts. und 1289 Fr. 80 Cts. je einen Arrestbefehl gegen Andreas Engel, früher Gastwirt in Thalwil. In beiden Fällen wurde (außer 4759 Litern Wein und einem bestrittenen Guthaben auf Simon Müller in Thalwil) mit Beschlag belegt:

„1 Schuldbrief à 10,000 Fr. à 4½ %/o, dat. 10. April 1912 auf Simon Müller, 2 Katharinahof Thalwil, zu Gunsten des Andreas Engel, laut Not. Protokoll pag. 363.“
und dabei bemerkt: „Bezüglicher Schuldbrief ist vom Notariat noch nicht angefertigt.“

Die nämlichen Gegenstände wurden sodann vom Betreibungsamt Thalwil am 5. August zu Gunsten der Beklagten Nr. 1, sowie dreier weiterer Arrestnehmer, und endlich am 6. November auch zu Gunsten der Beklagten Nr. 2, die inzwischen für eine andere Forderung von 1341 Fr. einen zweiten Arrest ausgewirkt hatte, gepfändet. Die Pfändungsurkunde vom 5. August 1912, auf welche diejenige vom 6. November verweist, enthält noch folgende Angaben:

„Die hierorts eingepfändeten bezw. arrestierten Aktiven genügen nicht.“

„Laut Angabe des Gläubigers soll der Schuldner noch Mobilien besitzen, das bei Thurnheer & Fluck, Lagerhaus in Zürich III eingestelltes sein soll.“

„Das Betreibungsamt Zürich III wird deshalb um gest. Einpfändung der bei Thurnheer & Fluck lagernden und dem Schuld-

„ner zu Eigentum zustehenden Möbel ersucht, unter Berichterstattung anher.“

„Thalwil, den 7. August 1912.“

„Betreibungsamt Thalwil:

„sig. H. Brupbacher.“

„Vollzug in Zürich III. St. Mitteilung der Speditionsfirma Thurnheer & Fluck ist fragl. Mobilien am 22. Juli 1912 im Auftrage des Schuldners nach München speidiert worden.“

„Vollzug, den 9. August 1912 nachmittags 5¾ Uhr.“

„Der Pfändungsbeamte:

„sig. J. Eichmann.“

„Zürich, den 9. August 1912.“

„Betreibungsamt Zürich III:

„sig. Hüni, Subst.“

„Das pfändbare Vermögen ist ungenügend.“

„Thalwil den 23. August 1912.“

„Betreibungsamt Thalwil:

„sig. H. Brupbacher.“

„Ergänzungspfändung: Dieselbe blieb erfolglos. Vollzug am 28. August 1912.“

„Der Betreibungsbeamte:

„sig. H. Brupbacher.“

„Ergänzungspfändung: Dieselbe blieb erfolglos. Vollzug am 6. November 1912.“

„Der Betreibungsbeamte:

„sig. H. Brupbacher.“

„Ergänzungspfändung: Dieselbe blieb erfolglos. Vollzug am 27. November 1912.“

„Der Betreibungsbeamte:

„sig. H. Brupbacher.“

An dem erwähnten „Schuldbrief“ von 10,000 Fr. machte die Klägerin auf Grund folgender „Zessionsurkunde“ einen „Eigentumsanspruch“ geltend, der von den Beklagten bestritten wurde.

„Zessions-Urkunde.“

„Ich Endesunterschriebener bekenne hiermit, daß ich das Capital von Fr. 10,000, sage Franken Zehntausend, welches Simon Müller, zum „Katharinahof“ in Thalwil bei Zürich laut Schuldbrief vom 10. April 1912 mir schuldet und welche Schuld grundbüchlerlich beim Notariat Thalwil eingetragen ist nebst 4½ per-

„zentigen Zinsen, heutigen Tages an Fräulein Therese Kellner in München zediert habe. Infolge dieser Zession steht derselben das Recht zu, mit dieser Forderung als mit ihrem Eigentum frei schalten und walten zu können und ist der betreffende Schuldbrief, welcher noch beim Notariat in Thalwil erliegt, dem Fräulein Therese Kellner auszufolgen. Zürich, den 4. Juni 1912. Urkundlich meine eigene Unterschrift:

„sig. Andreas Engel.“

Gegenüber diesem Bindikationsanspruch erhoben die Beklagten folgende Einreden:

1. Die Klägerin habe keine Forderung gegen den Arrest- und Pfändungsschuldner beissen, und es liege daher Simulation vor.

2. Die „Zession“ sei mit Rücksicht auf Art. 868 und 869 ZGB nicht möglich gewesen, weil der Pfandtitel im Zeitpunkte der „Zession“ gar nicht existiert habe.

3. Die „Zession“ sei auf Grund der Art. 285 ff., speziell des Art. 287 Ziff. 2 SchRG, anfechtbar. Die Legitimation der Beklagten zur Erhebung des Anfechtungsanspruches ergebe sich aus der Bescheinigung des Betreibungsamtes über die Unzulänglichkeit der vorgenommenen Pfändung.

Die Klägerin bestritt den Beklagten ihrerseits die Legitimation zur Erhebung eines Anfechtungsanspruches, da kein eigentlicher und definitiver Verlustschein vorliege.

B. — Durch Urteil vom 5. Mai 1913 hat die Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

„Sind die Beklagten schuldig, das von der Klägerin in der Vertreibung Nr. 718 Gruppe I/69 und in Arrest Nr. 14 gegen Andreas Engel geltend gemachte Eigentumsrecht an dem unter Nr. 1 gepfändeten Schuldbrief von Fr. 10,000 anzuerkennen?“ erkannt:

„Die Klage wird abgewiesen.“

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin außerdem den Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz gestellt, um vor dieser dazun zu können:

1. Daß der Arrest- und Pfändungsschuldner im Zeitpunkte der Arrestnahme und auch in demjenigen der Pfändung sein ordentliches Domizil in München gehabt habe, so daß die Bescheinigung des Betreibungsamtes über die ungenügende Deckung nicht einem in der ordentlichen Betreibung ausgewirkten Verlustschein gleichgestellt werden dürfe;

2. daß jene Bescheinigung über die angeblich ungenügende Deckung überhaupt unrichtig sei, da einzelnen Pfändungsgläubigern in Wirklichkeit gar keine Forderung zustehende und umgekehrt einzelne Pfändungsobjekte zu niedrig eingeschätzt seien.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Frage, ob am 4. Juni 1912 das „Kapital von 10,000 Fr. laut Schuldbrief vom 10. April 1912“, bezw. die diesem Schuldbrief zu Grunde liegende Forderung, auf die Klägerin habe übertragen werden können, trotzdem damals noch kein Pfandtitel existierte und infolgedessen auch kein solcher übergeben worden ist (vergl. Art. 868 und 869 ZGB), kann unerörtert bleiben, sofern sich ergibt, daß die vorliegende Klage schon wegen der von den Beklagten erhobenen, auf Art. 287 Ziff. 1 ZGB gestützten Anfechtungseinrede abgewiesen werden muß.

Dasselbe gilt von der Frage, ob die „Zession“ vom 4. Juni 1912 simuliert sei; auch diese Frage braucht nicht entschieden zu werden, falls sich ergibt, daß die Klage jedenfalls wegen eines, den Beklagten zustehenden Anfechtungsanspruches abgewiesen werden muß.

2. — Nur hat die Vorinstanz in nicht aktenwidriger und daher für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt, daß der Arrest- und Pfändungsschuldner Engel zur Zeit der „Zession“ bereits überschuldet war — wobei sie freilich nur die in der Schweiz befindlichen Aktiven, wie übrigens auch nur die in der Schweiz auf dem Betreibungswege geltend gemachten Forderungen berücksichtigt hat, was indessen durchaus zulässig war — und daß die Klägerin den Beweis der Unkenntnis der Überschuldung nicht geleistet habe. Des weitern erklärt die Vorinstanz, die „Tilgung der Schuld an die Klägerin“ sei „nicht durch ein übliches Zahlungsmittel geschehen“; denn „die Abtretung einer Forderung, resp. eines Schuldbriefes“ könne „nicht als ein solches (sc. als ein übliches Zahlungsmittel) betrachtet werden“. Hierin liegt (vergl. BGE 30 II

384 A. Oberste Zivilgerichtsinstantz. — I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

§. 361 Erw. 2; 33 II §. 366*) insofern wiederum eine tatsächliche Feststellung, als offenbar gesagt werden wollte, in solchen Geschäftsbeziehungen, wie sie zwischen der Klägerin und dem Pfändungsschuldner Engel bestanden haben mochten, sei die Abtretung von Grundpfandsforderungen an Zahlungsstatt nicht üblich. Auch an diese tatsächliche Feststellung ist das Bundesgericht gebunden, da den Akten nicht zu entnehmen ist, daß die Klägerin zu Engel je in einem andern geschäftlichen Verhältnis, als in demjenigen einer Haushälterin, gestanden habe.

Endlich ist unbestritten, daß die angefochtene Rechts-handlung in die letzten 6 Monate vor der Pfändung fällt.

Sämtliche Spezialvoraussetzungen des Art. 287 Ziff. 2 sind somit erfüllt, und es fragt sich nur noch, ob die Beklagten sich im Besitz von Verlustscheinen im Sinne des Art. 285 Ziff. 1 befinden.

3. — Als zur Aufsechtungsklage legitimierender Verlustschein gilt nach feststehender Praxis (vergl. Jaeger, Anm. 1 i. f. zu Art. 149 und Anm. 3 B d zu Art. 285) nur der in einer ordentlichen, am Wohnsitz des Schuldners durchgeführten Betreibung ausgewirkte Verlustschein, bezw. die infolge einer solchen Betreibung vorgenommene ungenügende Pfändung. Es fragt sich daher, ob die vorliegende Pfändungsurkunde, auf der vermerkt ist, daß das pfändbare Vermögen ungenügend sei, auf Grund der ordentlichen, oder auf Grund einer bloßen Arrestbetreibung ausgestellt worden sei.

Diese Frage ist in ersterem Sinne zu entscheiden. Allerdings sind die Betreibungen der beiden Beklagten, wie übrigens auch diejenigen dreier anderer Pfändungsgläubiger, in Prosequierung von Arresten eingeleitet worden, und es sind auch, wenigstens bei den heutigen Beklagten, die Pfändungsobjekte mit den Arrestobjekten identisch. Allein einmal ergibt sich aus der bei den Akten liegenden Pfändungsurkunde vom 5./9. August 1912, daß eine Ergänzung der Pfändung durch die Beschlagnahme anderer, nicht verarrestierter Gegenstände versucht worden ist — was doch das Vorhandensein eines ordentlichen Betreibungsforums voraussetzte —, und sodann hat die Vorinstanz festgestellt, daß für die Annahme, Engel habe bei seinem Wegzug von Thalwil anderswo einen festen Wohnsitz begründet, keinerlei Anhaltspunkte zu finden seien, wie

* Sep.-Ausg. 7 S. 240, 10 S. 187.

denn auch die Klägerin selber „hiefür einen Beweis nicht offeriert und einen solchen andern Wohnsitz auch nicht namhaft gemacht“ habe. An diese, wiederum nicht aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen des kantonalen Richters ist das Bundesgericht gebunden, und es kann daher auf den bezüglichen Beweis-antrag der Klägerin (oben sub D 2), weil er keine Ergänzung, sondern eine Abänderung des einwandfrei festgestellten kantonalen Tatbestandes bezweckt, nach Art. 81 OG nicht eingetreten werden. Alsdann aber muß in rechtlicher Beziehung, auf Grund des Satzes, daß der einmal begründete Wohnsitz einer Person bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen bleibt (vergl. Art. 24 Abs. 1 ZGB, bezw. Art. 3 Abs. 3 BG betr. d. zivilr. Verh., und dazu BGE 28 I S. 218; 32 I S. 602; Hafer, Anm. 1 zu Art. 23 ZGB; Egger, Anm. 5 c zu Art. 23 ZGB; Jaeger, Anm. 3 A zu Art. 46 SchRG), mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, daß Engel sowohl zur Zeit der Einleitung der Betreibungen, als auch zur Zeit der Pfändungsaufkündigungen, seinen ordentlichen Betreibungswohnsitz noch in Thalwil hatte, und daß also keine bloßen Arrestbetreibungen vorliegen.

Dem Vermerk auf den Pfändungsurkunden, daß „das pfändbare Vermögen ungenügend“ sei, kommt somit in der Tat die Eigenschaft eines provisorischen Verlustscheins im Sinne des Art. 115 Abs. 2 SchRG zu, und es ist daher auf Seiten der Beklagten die in Art. 285 Ziff. 1 aufgestellte Voraussetzung des Aufsechtungsanspruches erfüllt.

4. — Dagegen ist mit Rücksicht auf die Natur des vorliegenden Verlustscheins als eines bloß provisorischen, d. h. bedingten, auch der Aufsechtungsanspruch der Beklagten als ein bedingter zu betrachten, d. h. er existiert nur unter der Bedingung, daß die Bewertung der übrigen Pfändungsobjekte einen Ausfall ergeben sollte. Gleichwie die auf einen provisorischen Verlustschein gegründete Aufsechtungsklage abgewiesen werden muß, falls sich während der Pendenz des Prozesses herausstellt, daß ein Verlust nicht eingetreten ist oder nicht eintreten wird (vergl. Jaeger, Anm. 3 A i. f. zu Art. 285, sowie BGE 37 II S. 500 ff. Erw. 3, Sep.-Ausg. 14 S. 361 ff.), so hat die Gutheißung der Aufsechtungsklage oder -Einrede vor durchgeführter Bewertung von vornherein nur den Sinn einer Feststellung, daß das Aufsechtungs-

objekt in die Pfändung einzubeziehen, resp. darin zu belassen ist, sofern die übrigen Pfändungsobjekte zur Deckung der Pfändungsgläubiger nicht ausreichen.

Das angefochtene Urteil ist somit in dem Sinne zu bestätigen, daß der gepfändete Schuldbrief von 10,000 Fr., bezw. die ihm zu Grunde liegende Forderung dann, aber auch nur dann zu Gunsten der Beklagten zu verwerthen ist, wenn sich ergibt, daß die übrigen Pfändungsobjekte (4759 Liter Wein, sowie das bestrittene Guthaben auf Simon Müller) zur Deckung der Beklagten nicht ausreichen. Dabei ist zu beachten, daß jene übrigen Pfändungsobjekte in der Gruppe I Nr. 69 außer zu Gunsten der Beklagten auch noch zu Gunsten der Gläubiger Simon Müller, Franz Huber und Bessing & Cie. gepfändet sind und deshalb den verschiedenen Gläubigern in Verhältnis der Forderungen haften, die sich auf Grund des Verfahrens nach Art. 148 als kollokationsberechtigt ergeben werden. Sollte also z. B. die von der Klägerin als nicht existierend bezeichnete Forderung des Simon Müller in Wegfall kommen, oder sollte die gepfändete Forderung auf Simon Müller ein so hohes Verwertungsergebnis ergeben, daß die Beklagten, ebenso wie die übrigen Pfändungsgläubiger, auch ohne die Heranziehung des „Schuldbriefes“ von 10,000 Fr. voll befriedigt würden, so dürfte dieser Schuldbrief, bezw. das ihm zu Grunde liegende Guthaben, trotz Abweisung der vorliegenden Klage dennoch nicht verwertet werden, oder es müßte doch dessen Erlös, wenn die Verwertung schon stattgefunden hätte, der Klägerin zurückerstattet werden. Dagegen ist der Erlös in dem Maße den Beklagten verfallen, als diese sonst einen Verlust erleiden würden.

Hieraus ergibt sich zugleich, daß es keiner Rückweisung der Sache an die Vorinstanz behufs Feststellung des definitiven Verlustes der Beklagten (im Sinne des heutigen Beweisanspruches der Klägerin (vergl. oben sub D 2) bedarf.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 1913 im Sinne der Erwägungen bestätigt.

67. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Juni 1913
in Sachen **Lacombe**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen **Blum & Hayum**,
Bekl. u. Ver.-Bekl.

Bürgschaft. Der Bürge kann die vom Gläubiger aus dem Konkurs des Hauptschuldners bezogene Dividende an seiner Schuld abziehen. Die Dividende ist auf den verbürgten wie auf den unverbürgten Teil der Konkursforderung zu verteilen.

A. — Im Herbst 1909 geriet die Firma Regamey & Bornand in Lausanne, die den Beklagten in diesem Zeitpunkt für gelieferte Waren 12,610 Fr. 65 Cts. schuldete, in Zahlungsschwierigkeiten. Um Regamey & Bornand zu helfen, gingen der Kläger und dessen Vater am 8. Oktober 1909 folgende, « cautionnement solidaire » überschriebene Bürgschaftsverpflichtung ein: « Sur une somme de » quatre mille francs de fournitures que s'engagent à livrer » d'ici au 30 novembre 1909 MM. Blum & Hayum à Zurich » à MM. Regamey & Bornand à Lausanne, les soussignés » M. Jean Henri Lacombe à Lausanne et M. Henri Lacombe » fils à Zurich, déclarent par le présent acte garantir solidairement aux prénommés le paiement d'une somme de Deux » mille francs payable pour le 30 juin 1910. » Gestützt auf diese Erklärung lieferten die Beklagten der Firma Regamey & Bornand vom 9. Oktober bis 20. November 1909 Waren für 3995 Fr. 25 Cts. Am 15. Oktober 1909 kam zwischen Regamey & Bornand und einer Anzahl von Gläubigern, zu denen auch die Beklagten gehörten, eine Abmachung zustande, wonach sich Regamey & Bornand verpflichteten, ihr Geschäft innert Jahresfrist zu liquidieren und einer der Hauptgläubiger beauftragt wurde, die Liquidation zu überwachen und die eingegangenen Gelder an die verschiedenen Gläubiger auszusahlen. Von Ende November an lieferten die Beklagten an Regamey & Bornand noch Waren für 3453 Fr. 85 Cts., welcher Betrag bis auf einen Saldo von 110 Fr. 95 Cts. teils per Nachnahme erhoben, teils mit Wechseln auf 2—5 Monate bezahlt wurde. Diesen Leistungen gingen folgende Zahlungen der Firma Regamey & Bornand an die Beklagten voraus: