

in fallimento o siano stati escussi infruttuosamente o che non sia possibile convenirli giudizialmente in Svizzera, e non abbia proceduto sui pegni ai sensi dell'art. 495 nCO; —

La Camera esecuzioni e fallimenti
pronuncia :

Il ricorso è ammesso parzialmente nel senso dei considerandi.

84. **Entscheid vom 26. Dezember 1916**
i. S. Weiss und Grämiger.

Der Verzicht der Konkursverwaltung auf die Bestreitung der an einem Gegenstand geltend gemachten Eigentumsansprüche berührt den Bestand an ihm angemeldeter Pfandrechte nicht. Erstreiten einzelne Gläubiger auf Grund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG den Gegenstand für die Masse, so steht ihnen ein Vorrecht im Sinne von Abs. 2 ebenda auf dessen Erlös nur hinsichtlich des Ueberschusses über den zur Deckung der darauf kollozierten Pfandrechte erforderlichen Betrag zu.

A. — Die heutigen Rekurrenten, Paul Weiss in Esslingen und Jakob Grämiger in Bazenheid, sind Gläubiger eines im vierten Range stehenden Versicherungsbriefes N° 11124 von 1300 Fr., haftend auf der Liegenschaft des Konkursiten Traugott Spörry in Bazenheid. Ihrem Pfandrechte gehen vor : 1. ein Pfandbrief N° 11106 von 6500 Fr. zu Gunsten der Spar- und Leihkasse Kirchberg ; 2. ein Versicherungsbrief von 1300 Fr. zu Gunsten der gleichen Gläubigerin ; 3. ein Versicherungsbrief von 1900 Franken zu Gunsten des Martin Weibel in Uznach. Nach der Errichtung dieser Grundpfandrechte hatte der Gemeinschuldner in der verpfändeten Liegenschaft eine Stickmaschine aufgestellt, welche sich zur Zeit der Konkursöffnung noch dort befand. Da zwei Schwäger des

Kridaren, die Brüder Vollenweider, an der Maschine einen Eigentumsvorbehalt zu ihren Gunsten geltend machten, führte das Konkursamt diese im Kollokationsplan nicht als Pfandgegenstand auf. Infolgedessen erhoben die Spar- und Leihkasse Kirchberg und die heutigen Rekurrenten Klage nach Art. 250 SchKG mit dem Antrage, ihr Grundpfandrecht sei auch auf die Stickmaschine zu erstrecken. Der Prozess endete im Vermittlungsvorstand durch Anerkennung der Klage seitens der Konkursverwaltung, worauf diese im Kollokationsplan bei den Titeln 1. und 4. Ranges die Bemerkung beifügte : « Ins Pfand gehört neben der Liegenschaft (Inv. N° 1) auch die mech. Stickmaschine samt Zugehör. » Auf ein — ob vor oder nach diesen Vorgängen ist aus den Akten nicht ersichtlich — vom Konkursamt erlassenes Zirkular, womit es den Gläubigern anzeigte, dass es unter Vorbehalt ihrer Rechte aus Art. 260 SchKG auf die Bestreitung der Eigentumsansprüche der Brüder Vollenweider verzichte, erwirkten die Spar- und Leihkasse Kirchberg und die heutigen Rekurrenten für sich die Abtretung der Ansprüche der Masse im Sinne des zitierten Artikels. Die darauf den Ansprechern Gebr. Vollenweider vom Konkursamt gemäss Art. 242 SchKG angesetzte Frist zur Klage gegen die Zessionare lief unbenützt ab. An der am 22. Mai 1915 abgehaltenen Steigerung bot das Konkursamt die Liegenschaft und die Maschine zunächst gesondert und sodann zusammen aus und schlug, da das Angebot beim Gesamtausruf (10,050 Franken) die Summe der Einzelangebote (8600 Fr. für die Liegenschaft + 800 Fr. für die Maschine = 9400 Fr.) überstieg, auf Grund jenes zu. Am 2./3. Juni teilte es dem Hypothekargläubiger 3. Ranges M. Weibel mit, dass es den für die Liegenschaft allein gebotenen Betrag von 8600 Fr. allen Grundpfandgläubigern nach ihrem Range, den Mehrbetrag von 1450 Fr. dagegen nur den Hypothekargläubigern zuweisen werde, welche seinerzeit den Kollokationsplan angefochten und sich damit ein Pfandrecht an der Maschine erstritten hätten, sodass auf

seinen Teil von 1900 Fr. nur 426 Fr. 25 Cts. entfielen. Auf Beschwerde Weibels hob indessen am 22. Juni 1915 die kantonale Aufsichtsbehörde — von der Auffassung ausgehend, dass der ursprüngliche Kollokationsplan überhaupt keine Verfügung über die Ausdehnung der Grundpfandrechte auch auf die Maschine enthalten habe und daher auch eine Anfechtung auf dem Klagewege nicht nötig gewesen wäre — diese Verteilung in dem Sinne auf, dass sie das Konkursamt anwies, den Kollokationsplan durch eine ausdrückliche Verfügung über die Zulassung oder Abweisung des Pfandrechtes auch des II. und III. Hypothekartitels an der Maschine zu ergänzen. Infolgedessen legte das Konkursamt am 22. Oktober 1915 einen Nachtrag zum Kollokationsplan auf, worin es die Maschine bei allen Titeln als mitverhaftet aufführte, und verteilte nach unbenütztem Ablauf der Anfechtungsfrist dementsprechend nunmehr den ganzen Erlös von 10,050 Fr. unter alle Grundpfandgläubiger nach ihrem Range, sodass Weibel bis auf 109 Fr. 25 Cts. gedeckt wurde, während die Forderung der heutigen Rekurrenten ganz zu Verlust kam. Weiss und Grämiger, verlangten auf dem Beschwerdewege Abänderung der neuen Verteilungsliste in dem Sinne, dass zuzuweisen seien : 1. der Spar- und Leihkasse Kirchberg 8173 Fr. 75 Cts. ; 2. Martin Weibel 540 Fr. 90 Cts.; 3. ihnen selbst 1335 Fr. 35 Cts. (wovon 1300 Fr. durch Anweisung und 35 Fr. 35 Cts. in baar), indem sie zur Begründung geltend machten : Nach Art. 260 Abs. 2 SchKG habe das Ergebnis der gestützt auf eine Abtretung im Sinne des angeführten Artikels von einzelnen Gläubigern erstrittenen Rechtsansprüche vorab zur Befriedigung dieser Gläubiger zu dienen ; nur ein allfällig darüber hinaus verbleibender Ueberschuss falle der Masse und damit auch den Gläubigern, welche keine Abtretung verlangt hätten, zu. Da nur die Rekurrenten und die Spar- und Leihkasse Kirchberg, — welche als schon durch den Erlös der Liegenschaft gedeckt, heute nicht mehr in Betracht falle — sich der Eigentumsansprache der Brüder

Vollenweider widersetzt und Abtretung der bezüglichlichen Ansprüche der Masse erwirkt hätten, sei demgemäss der Mehrerlös, der infolge ihres Vorgehens im Verwertungsverfahren für die Masse erzielt worden sei, vorab ihnen zuzuweisen. Wenn Weibel daran hätte teilnehmen wollen, so hätte er ebenfalls Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen müssen. Nachdem er dies unterlassen, könne er höchstens noch auf denjenigen Teil des streitigen Mehrerlöses greifen, der nach Deckung der Beschwerdeführer übrig bleibe. Daran ändere das ihm durch den Nachtrag zum Kollokationsplan zugebilligte Pfandrecht an der Maschine nichts. Da ihm dieses nur infolge der Erstreitigung der Maschine für die Masse durch die Beschwerdeführer habe zuerkannt werden können, müsse es vor dem verfahrensrechtlichen Anspruche der letztern aus Art. 260 SchKG zurücktreten, weshalb die Rekurrenten auch keinen Anlass gehabt hätten, jene nachträgliche Kollokation anzufechten.

Durch Entscheid vom 23. November wies die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde mit folgender Begründung ab : Massgebend für die Ansprüche der Gläubiger am Massevermögen sei der rechtskräftige Kollokationsplan. Die Verteilungsliste bilde lediglich noch die Ausrechnung des ihnen auf Grund dieses zukommenden Anteils. Danach sei aber die angefochtene Verteilung nicht zu beanstanden, da sie der durch den Nachtrag zum Kollokationsplan geschaffenen Rechtslage entspreche. Wenn die Rekurrenten sich die ihnen angeblich auf Grund von Art. 260 SchKG zustehenden Vorzugsrechte hätten wahren wollen, so hätten sie gegen jene Nachtragskollokation Klage erheben und verlangen sollen, dass das Pfandrecht des Weibel nur unter Vorbehalt ihrer Vorzugsrechte anerkannt werde. Durch die Unterlassung der Kollokationsklage sei das Pfandrecht des Weibel ein unbeschränktes geworden und habe daher, wie geschehen, respektiert werden müssen.

B. — Gegen diesen Entscheid rekurrieren Weiss und

Grämiger an das Bundesgericht, indem sie an der in ihrer Beschwerde vertretenen abweichenden Rechtsauffassung festhalten.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
i n E r w ä g u n g :

1. — Nach Art. 247 ff. SchKG ist über die Rangordnung der Gläubiger und damit auch über den Bestand der nach Art. 232 Ziff. 4 SchKG angemeldeten Pfandrechte im Kollokationsverfahren zu entscheiden. Gleich wie die übrigen Gläubiger sich der Zulassung eines solchen Pfandrechts nur dadurch widersetzen können, dass sie auf dem Wege der Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG vom Richter dessen Wegweisung verlangen, so kann auch die Konkursverwaltung es nur dadurch von der Teilnahme am Erlös ausschliessen, dass sie die Pfandrechtsansprache abweist und einen darauf allenfalls vom Ansprecher gegen die Masse angestregten Prozess erfolgreich durchführt. Der blosser Verzicht auf die Bestreitung eines an dem Pfandgegenstande von einem Dritten geltend gemachten Eigentumsanspruches im Sinne von Art. 242 SchKG kann den daran angemeldeten Pfandrechten nichts schaden. Was die Konkursverwaltung dadurch preisgibt, ist lediglich das allgemeine Beschlagsrecht der Masse, das sich bei einer verpfändeten Sache nur auf den allfälligen Uebererlös über die Pfandschulden erstreckt, d. h. die Möglichkeit, die Sache in die Konkursliquidation einzubeziehen. Der Bestand des Eigentums beschränkender dinglicher Rechte an der Sache wird dadurch nicht berührt, weil die Konkursverwaltung über diese Rechte nur so weit verfügen kann, als deren Anspruch auf Befriedigung im Konkurs in Frage steht, während ihr dazu, sie zu Gunsten eines Dritten, im Konkurse nicht als Gläubiger Beteiligten aufzugeben, keine Befugnis zusteht. Die Wirkung eines Verzichtes der erwähnten Art ist demnach, wenn er endgültig wird, nur die, dass der Pfandgläubiger sein Pfandrecht ausserhalb des Konkurses gegenüber dem Drittan-

sprecher geltend zu machen hat, nicht aber, dass dieses selbst untergeht. Folgerichtig vermag auch, wenn ein Gläubiger sich dem Verzicht widersetzt und Abtretung der Rechte der Masse an dem Gegenstande nach Art. 260 SchKG verlangt, die erfolgeriche Prozessführung gegen den Vindikanten ihm nicht etwa einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem gesamten Erlös des Gegenstands vor allen anderen Gläubigern zu verschaffen: vielmehr kann das « Ergebnis » der Abtretung im Sinne von Abs. 2 des zitierten Artikels in einem solchen Falle nur in der Differenz zwischen jenem Gesamterlös und dem Betrage bestehen, der nötig ist, um die im Kollokationsverfahren anerkannten, vorgehenden beschränkten dinglichen Rechte an der Sache zu decken. Denn da die Abtretung nach Art. 260 SchKG dem Gläubiger nur das Recht zur Verfolgung derjenigen Rechtsansprüche gibt, auf die die Konkursverwaltung namens der Gesamtheit der Gläubiger verzichtet hat und verzichten konnte, kann er durch sein Vorgehen auch nur diese für sich erstreiten. Durch die erfolgreiche Bestreitung der Eigentumsansprache seitens der Zessionare kommt der betreffende Gegenstand daher nicht etwa als unbelastetes Eigentum, sondern lediglich in der Rechtslage in das Beschlagsrecht der Masse zurück, wie sie sich aus den daran angemeldeten beschränkten dinglichen Rechten ergab, die durch den Verzicht der Masse, die Bestreitung selbst durchzuführen, nicht hinfällig werden konnten. Ein Anspruch des Zessionars auf Zuweisung des ganzen Erlöses und nicht nur der erwähnten Differenz könnte demnach nur dann in Frage kommen, wenn es ihm gelänge, im Wege der gerichtlichen Anfechtung des Kollokationsplanes nach Art. 250 SchKG die Wegweisung jener Rechte zu erwirken. Unterlässt er es, eine solche Klage zu erheben oder unterliegt er damit, so muss er es sich auch gefallen lassen, dass sie vor ihm befriedigt werden.

2. — Nachdem die heutigen Rekurrenten Weiss und Grämiger den Nachtrag zum Kollokationsplan, durch den

über die Pfandrechtsansprache des Rekursgegners Weibel an der Maschine entschieden und diese anerkannt worden war, unbestrittenermassen nicht angefochten haben, und diese Kollokation damit rechtskräftig geworden ist, war daher das Konkursamt verpflichtet, den zufolge des Gesamtausgebotes der Maschine und der Liegenschaft erzielten Mehrerlös vorab dem Rekursgegner bis zur vollen Deckung seiner, derjenigen der Rekurrenten vorgehenden, pfandversicherten Forderung zuzuweisen, und es ist diese Verteilung von den Rekurrenten zu Unrecht angefochten worden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
e r k a n n t :

Der Rekurs wird abgewiesen.

**Entscheidungen der Zivilkammern. — Arrêts
 des sections civiles.**

**85. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. November 1916
 i. S. Müller, Beklagter,
 gegen Pestalozzi & Cie und Konsorten, Kläger.**

Verpflichtung des Kommanditärs, im Konkurse der Kommanditgesellschaft einen allfällig einbezahlten Teil der Kommandite « zur Masse abzuliefern » (Art. 603 Abs. 3 OR). Paulianische Anfechtbarkeit einer weniger als sechs Monate vor Konkursausbruch vorgenommenen Verrechnung der Kommanditschuld mit einer Darlehnsforderung des Kommanditärs.

A. — Der Beklagte und der Ing. Ed. Zürcher schlossen am 20. Mai 1911 einen Vertrag ab, wonach der Beklagte sich verpflichtete, der « Firma Ing. Ed. Zürcher » (Zentralheizungsfabrik in Zürich) ein « laufendes Darlehn » von 60,000 Fr. zu gewähren, während fernere Einzahlungen des Beklagten bis zum Betrage von weitem 60,000 Fr., als Kommanditeinlage gelten sollten. Der « Gesellschaftsvertrag » sollte am Ende eines jeden Geschäftshalbjahres (31. Mai und 30. November) « halbjährlich kündbar » sein, sobald der jährliche Netto-Reingewinn des verflossenen Jahres nicht mindestens 10,000 Fr. betragen würde ; das « Darlehn » sollte dagegen erst dann gekündigt werden können, wenn der jährliche Netto-Reingewinn in z w e i a u f e i n a n d e r f o l g e n d e n Jahren unter jenen Betrag sinken würde, und zwar sollte alsdann das Darlehn « spätestens innert zwei Jahren von der Kündigung an » fällig sein.

Auf Grund dieses Vertrages zahlte der Beklagte am