

nisses an die Gläubiger oder auch nur einer irgendwie formellen Feststellung desselben bedurfte es nicht, um die Beschwerdefrist in Gang zu setzen (vgl. BGE 48 III S. 189). In der Übersendung einer Abschrift des Einspruches des Gläubigerausschusses an die Aufsichtsbehörde kann aber eine Beschwerde gegen das Zirkular vom 3. Dezember nicht gesehen werden, weil sie offenbar lediglich der Orientierung halber geschah und zudem die Aufsichtsbehörden in keiner Weise mit den Einsprüchen der Gläubigerausschüsse sich zu befassen haben (BGE 48 III S. 43 f. Erw. 2 und 3). Darauf, dass der Gläubigerausschuss — mindestens zum Teil — eine Frage zum Gegenstande seines Einspruches gemacht hat, welche der Disposition der Gläubigerversammlung entrückt ist und von jedem einzelnen Gläubiger hätte zum Gegenstand einer Beschwerde gemacht werden können, kommt hiebei nichts an. Übrigens hätte eine solche Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden müssen. Bei Herbeiführung von Abstimmungen auf dem Zirkularwege steht nämlich nichts entgegen, dass alle Konkursgläubiger, an die das Zirkular versendet worden ist, auch diejenigen, welche sich auf die stillschweigende Entgegennahme beschränken, als sich an der Abstimmung beteiligend angesehen werden, sofern mindestens aus dem Zirkular selbst deutlich hervorgeht, dass Stillschweigen nicht als Nichtanteilmahme an der Abstimmung sondern als Zustimmung zum gestellten Antrag oder Ablehnung desselben ausgelegt werde, wie dies hier — im ersteren Sinne — der Fall war. Dass die Rechtsfolge, welche an die Nicht-Teilnahme eines Konkursgläubigers an der Gläubigerversammlung geknüpft wird (vgl. BGE 40 III S. 4 f.), auf die Abstimmung im Zirkularwege nicht ohne weiteres zutreffen kann, ergibt sich aus der Überlegung, dass bei solcher Abstimmung ja überhaupt kein Stimmberechtigter « anwesend » ist. Nur soviel wird den Rekurrenten einzuräumen sein, dass Konkursgläubiger, welche der Konkursverwaltung

ausdrücklich anzeigen, sie wollen sich der Abstimmung enthalten, nicht als zustimmend angesehen werden dürfen, anderseits aber schon für die Bestimmung der Mehrheit von der Gesamtzahl der Gläubiger abzuziehen sind (vgl. a. a. O.). — Endlich ist die Deutung des Verhaltens des Konkursbeamten durch die Vorinstanz als Fällung des Stichentscheides unabweisbar. Eigentlich hat ja der Konkursbeamte den Stichentscheid schon zum voraus (eventuell) dadurch gegeben, dass er im Zirkular anzeigte, nur der Widerspruch der Mehrheit der Gläubiger vermöchte den Prozessabstand zu verhindern.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 26. April 1928 i. S. Lüscher gegen Flachsmann.

Bei Kollokationsplananfechtungsklage eines Konkursgläubigers auf Wegweisung eines anderen, im Kollokationsplane mit einem Pfandtitel unter den grundpfandversicherten Forderungen mit der Massgabe zugelassenen Gläubigers, dass er einen dritten, als durch den erwähnten Pfandtitel faustpfandversichert zugelassenen Gläubiger befriedige, besteht der Streitwert nur aus dem Mehrbetrag des Pfandtitels über die Faustpfandforderung hinaus.
Grundstücksverwertungsverordnung Art. 126.

Action en modification de l'état de collocation intentée par un créancier du failli aux fins de faire rayer dudit état un créancier admis comme étant garanti par gage immobilier à la condition qu'il désintéresse un troisième créancier colloqué comme garanti par le nantissement du titre de ce gage

immobilier. En ce cas, la *valeur litigieuse* est représentée par la somme pour laquelle le montant du titre de gage immobilier dépasse celui de la créance garantie par nantissement.

Ord. réalisat. forcée des immeubles, art. 126.

Azione di contestazione della graduatoria promossa da un creditore del fallito per farne stralciare altro creditore ammessovi come garantito da pegno immobiliare, alla condizione che soddisfi un terzo creditore pure iscritto come garantito da pegno mobiliare sul titolo in discorso. In questo caso, il valore litigioso della causa è rappresentato dalla somma della quale il titolo di pegno immobiliare supera l'importo del credito garantito da pegno mobiliare sul titolo stesso.

RRF. (Regolamento sulla realizzazione di fondi) Art. 126.

A. — Am 13. April 1926 kaufte Fritz Woodtli eine Liegenschaft in Wettingen gegen Übernahme der persönlichen Schuldpflicht für einen darauf haftenden, ihm selbst gehörenden Inhaberschuldbrief von 4500 Fr. vom 13. November 1922. Am 15. April 1926 verpfändete Woodtli diesen Schuldbrief der Gewerbekasse Baden für 2500 Fr.

Im nachfolgenden Konkurs über Woodtli machte der Beklagte folgende Eingabe: « Der Schuldner Woodtli errichtete auf dem..... Stück Land einen Inhaberschuldbrief per 4500 Fr., welcher dem Unterzeichneten abgetreten worden ist gegen Übernahme der bei der Gewerbekasse Baden haftenden Summe von 2500 Fr. Die Differenz ist mit meinem Vormanne, der Baugenossenschaft Renovation in Zürich » — welche den Schuldbrief angeblich von Woodtli selbst erworben hatte — « verrechnet d. h. ausbezahlt worden. Der Schuldbrief befindet sich im Besitz der Gewerbekasse in Baden. Ich bin bereit, den Vorgang von 2500 Fr. der Gewerbekasse in Baden sofort zu bezahlen. Ich erhebe Anspruch auf den Schuldbrief per 4500 Fr. und ersuche um bezügliche Kollokation, bzw. melde Ihnen eine Forderung von 4500 Fr. haftend im ersten Range auf dem verkauften Baulande an, gemäss Schuldbrief bei der Gewerbekasse Baden. »

Sodann meldete die Gewerbekasse Baden ihre durch Faustpfand am Inhaberschuldbrief versicherte Forderung von 2500 Fr. an. Beide Gläubiger wurden im Kollokationsplan zugelassen, die Gewerbekasse unter den faustpfandversicherten Forderungen, der Beklagte unter den grundpfandversicherten Forderungen mit dem Hinweis: « Der Schuldbrief befindet sich im Besitz der Gewerbekasse Baden, welche daran ein dem Dr. H. Lüscher vorgehendes Faustpfandreht von 2500 Fr. nebst Zins und Kosten geltend macht (Koll.-Plan Nr 11) », und mit der Bemerkung: « A n e r k a n n t in dem Sinn, dass Dr. H. Lüscher die Faustpfandforderung der Gewerbekasse Baden abzulösen hat, sodass die Konkursmasse von dieser Ansprache entlastet wird. »

Der Kläger, ebenfalls Konkursgläubiger, focht den Kollokationsplan an mit dem Antrage, « der Beklagte habe anzuerkennen, dass ihm ein Grundpfandreht laut Inhaberschuldbrief per 4500 Fr., dat. 13. November 1922, nicht zusteht und dass daher dieser Schuldbrief zur Konkursmasse gehört. »

B. — Durch Urteil vom 17. Mai 1927 hat das Obergericht des Kantons Zürich erkannt: « Die Eigentumsansprache des Beklagten an dem Inhaberschuldbriefe von 4500 Fr. vom 13. November 1922 ist nicht begründet. »

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen, die Klage sei angebrachtermassen abzuweisen, eventuell sei der Prozess als gegenstandslos zu Lasten des Klägers abzuschreiben, eventuell sei die Klage materiell abzuweisen.

D. — Ausserdem hat der Beklagte beim Kassationsgericht des Kantons Zürich Nichtigkeitsbeschwerde geführt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Der Kläger macht geltend, der streitige auf der Liegenschaft des Gemeinschuldners lastende Inhaberschuldbrief

sei, gleichwie im Zeitpunkte der Verpfändung an die Gewerbekasse Baden, so auch noch im Zeitpunkte der Konkursöffnung (materiell) Eigentümerpfandtitel gewesen, während der Beklagte ihn seit der Verpfändung und belastet mit dem Faustpfandrechte der Gewerbekasse erworben haben will. Dieser Streit umfasst in Wahrheit nicht den Bestand der ganzen Forderung von 4500 Fr. laut dem Inhaberschuldbrief. Hätte nämlich der Beklagte keinerlei Konkurs eingabe gemacht oder wäre er mit seiner Eingabe abgewiesen worden, so hätte der Inhaberschuldbrief gemäss Art. 126 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken doch mit dem Betrag der zugelassenen Faustpfandforderung von 2500 Fr. unter die grundpfandversicherten Forderungen aufgenommen werden müssen, und wenn der Kläger durchdringen würde, so müsste der Inhaberschuldbrief doch mit diesem Betrage unter den grundpfandversicherten Forderungen aufgenommen bleiben. Hieraus ergibt sich, dass für die Konkursmasse, von welcher der Kläger seine Klagelegitimation herleitet, auch rein nominell, also abgesehen vom mutmasslichen Konkursergebnis, nur der Mehrbetrag des Inhaberschuldbriefes über die faustpfandversicherte Forderung hinaus auf dem Spiele steht, indem nur dieser Mehrbetrag nicht als Grundpfand kolloziert bleiben muss, wenn die Klage zugesprochen wird (vgl. Abs. 2 der angeführten Vorschrift). Ob aber gegebenenfalls der Inhaberschuldbrief mit dem Betrag der zugelassenen und ja auch vom Beklagten nicht bestrittenen Faustpfandforderung der Gewerbekasse Baden anonym oder auf den Namen des Beklagten unter den grundpfandversicherten Forderungen aufgenommen bleibe, kann der Konkursmasse durchaus gleichgültig sein.

Zum gleichen Ergebnis, dass nämlich der Streitwert nur rund 2000 Fr. beträgt, führt auch die Überlegung, dass der Beklagte mit seiner Forderungsanmeldung von 4500 Fr. im Kollokationsplan nur in der Weise zuge-

lassen worden ist — und übrigens bei seiner Konkurs eingabe selbst von der Auffassung ausgegangen war —, dass er die Rechte aus dieser Kollokation nur dann in vollem Umfange für sich in Anspruch nehmen könne, wenn er die Konkursmasse von der ihr aus der Kollokation der Gewerbekasse Baden mit deren faustpfandversicherter Forderung von 2500 Fr. erwachsenen Pflicht entlaste. Die Frage, ob diese Art und Weise der Kollokation formell richtig und zulässig gewesen sei, ist für die Streitwertberechnung des an sie anknüpfenden Kollokationsprozesses nicht von Belang, nachdem sie mangels Beschwerdeführung formell rechtskräftig geworden ist.

Die Berufungssumme von 4000 Fr. ist also nicht erreicht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

