

Wagens. Er bestreitet die vorinstanzliche Schätzung; der Verkaufswert sei ca. Fr. 13,000.—. Die geleisteten Abzahlungen habe er aus dem Verdienst heraus aufgebracht, nicht aus Kapital. Der Wagen sei bereits heute um 55 % entwertet und werde in 3 Jahren gebrauchsunfähig sein. Ohne einen Wagen gebe es keinen Autotransportbetrieb; von diesem allein lebe er mit Familie.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

Für die Frage, ob ein Betrieb ein Unternehmen sei oder nicht, kann es nicht darauf ankommen, ob die unter Eigentumsvorbehalt gekauften Maschinen in grösserem oder geringerem Umfange abbezahlt sind. Es muss auf den absoluten, nicht auf den vom Schuldner effektiv daran bezahlten Betrag abgestellt werden. Für den kapitalistischen Charakter eines Unternehmens macht es keinen Unterschied aus, ob der Unternehmer die Maschinen aus eigenem Kapital bezahlen konnte oder ob er sie auf Kredit nahm, denn in diesem Falle muss er das kreditierte Kapital verzinsen; der Kapitalaufwand für das Unternehmen ist gleich gross. Demnach kann auch die Natur der Berufsausübung nicht eine andre werden, je nachdem noch mehr oder weniger grosse Schulden ausstehen und mit dem Pfändungsgegenstand durch Eigentumsvorbehalt gesichert sind. Die Durchführung dieser Unterscheidung würde auch praktisch zu unabsehbaren Schwierigkeiten und unhaltbaren Konsequenzen führen, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt.

Die Schätzung des Wagens war als Frage der Angemessenheit Sache der Vorinstanz und kann daher vom Bundesgericht nicht überprüft werden (BGE 51 III 115). Gegenüber dem Wert von Fr. 18-20,000.—, den der Wagenzug darstellt, spielt die persönliche Tätigkeit des Rekurrenten aber die untergeordnete Rolle, sodass mit der Vorinstanz hier von einer Unternehmung gesprochen werden muss.

Übrigens kommt noch hinzu, dass der Rekurrent den Beruf nicht allein, sondern mit einer Hilfsperson ausübt, und zwar nicht nur jetzt, wo ihm die Fahrbewilligung entzogen ist, sondern auch früher, als er seinen Bruder als Beimann beschäftigte. Es handelt sich somit um eine Unternehmung, die sowohl ein namhaftes Kapital als fremde Hilfskräfte beansprucht. Unter diesen Umständen kann der Kompetenzanspruch nicht geschützt werden.

Demnach erkennt die Schuldbetr. u. Konkurskammer:
Der Rekurs wird abgewiesen.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

50. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. November 1936 i. S. Banque Cantonale Neuchâteloise und Kons. gegen Messer.

Weist die Konkursverwaltung eine angemeldete Konkursforderung im Kollokationsplan ab als erloschen durch Verrechnung mit einer (nicht höheren) Gegenforderung aus Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG, so kann sie ihr Anfechtungsrecht nicht mehr anderswie ausüben oder gemäss Art. 260 SchKG abtreten.

Lorsque l'administration de la faillite écarte de l'état de collocation une créance produite parce qu'elle la considère comme éteinte par compensation avec une créance de la masse (d'un montant non supérieur) dérivant des art. 285 ss LP, elle ne peut plus exercer d'une autre manière l'action révocatoire qui lui compète ni céder celle-ci aux créanciers en conformité de l'art. 260 LP.

Quando l'amministrazione del fallimento non ammetta nella graduatoria un credito insinuato perchè compensato con un credito (non superiore) della massa derivante dall'azione rivocatoria dell'art. 285 segg. LEF, essa non può più esercitare in seguito l'azione rivocatoria nè cederla a termini dell'art. 260.

A. — Anfangs 1933 schuldete A. Marbot dem Beklagten aus Warenlieferungen über 26,000 Fr. Von da an begann

der Beklagte umgekehrt von A. Marbot Waren zu beziehen, und zwar bis am 20. Mai 1933 für 11,497 Fr. 30 Cts., während er ihm nur noch einmal, nämlich am 24. April 1933, solche lieferte, und zwar nur für 1141 Fr.

Am 14. Juli 1933 wurde über Marbot der Konkurs eröffnet. Der Beklagte meldete seine Restforderung von 11,181 Fr. 95 Cts. an. In dem am 17. März 1934 aufgelegten Kollokationsplan wies die Konkursverwaltung diese Forderung ab aus dem Grunde:

« Cette créance est éteinte par compensation avec les prétentions que la Masse en faillite est en droit de faire valoir en vertu des articles 285 et suivants de la L. P. ».

Der Kollokationsplan ist unangefochten geblieben.

Die zweite Gläubigerversammlung vom 5. April 1934 beschloss den Verzicht auf « toutes les prétentions que la masse est en droit de faire valoir en vertu des articles 285 et ss. L. P. » gegen den Beklagten und trat diese an die Kläger ab, welche darauf folgende Anfechtungsklage erhoben: « Es seien die vom Beklagten vorgenommenen, in der Klage näher umschriebenen Rechtshandlungen (d. h. die eingangs angeführten) gemäss Art. 287 Ziff. 2 und 288 SchKG ungültig zu erklären, und es sei demgemäss der Beklagte schuldig und zu verurteilen, den Klägern als Abtretungsgläubigern gemäss Art. 260 SchKG das durch die angefochtenen Rechtshandlungen erworbene Vermögen des Gemeinschuldners Marbot zurückzugeben, eventuell für das nicht mehr vorhandene Vermögen auf gerichtliche Bestimmung hin Ersatz zu leisten. »

B. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat am 1. Juli 1936 die Klage abgewiesen, zunächst aus dem Grunde, dass die Anfechtungsansprüche, wenn sie überhaupt bestanden, auf jeden Fall durch die Verrechnung erledigt seien und nicht ein zweites Mal geltend gemacht werden können.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Bis zur Konkursöffnung war der nachmalige Gemeinschuldner Gläubiger des Beklagten für gut 11,000 Fr., der Beklagte umgekehrt Gläubiger des nachmaligen Gemeinschuldners für gut 27,000 Fr., also unbestreitbar Gläubiger für gut 16,000 Fr. Letztere vom Beklagten im Konkurs angemeldete Forderung konnte die Konkursverwaltung im Kollokationsplan nur aus dem Grund (und auch dies vorderhand nur teilweise) abweisen, weil durch die Konkursöffnung eine weitere Gegenforderung gegen den Beklagten entstanden sei, nämlich aus Anfechtung der Lieferungsgeschäfte, aus denen der Beklagte Schuldner des nachmaligen Gemeinschuldners geworden war. Als Subjekt dieser Gegenforderung ist, gleichwie als Subjekt aller Konkursaktiven, einzig der Gemeinschuldner selbst vorstellbar, wenn auch ohne die Konkursöffnung keinerlei derartige Forderung hätte entstehen können. Diese Gegenforderung hatte zunächst nicht Geld, sondern die Rückerstattung der vom nachmaligen Gemeinschuldner gelieferten Ware zum Gegenstand, konnte jedoch in eine Geldforderung verwandelt werden, sei es dass die Rückgabe in natura wegen inzwischen erfolgter Veräusserung oder Vermischung nicht mehr möglich oder auch sonstwie (nach der Ausgestaltung des kantonalen Realvollstreckungsrechts) nicht durchsetzbar war, sei es dass sich der Konkursverwalter und der Beklagte dahin verständigten. Seine daherige Schuld von mutmasslich rund 11,000 Fr. konnte der Beklagte nicht etwa mit seiner unbestreitbaren Forderung (bezw. einem entsprechenden Teilbetrag) verrechnen, weil er erst mit bezw. nach der Konkursöffnung Geldschuldner des Gemeinschuldners bezw. der Konkursmasse geworden war (Art. 213 SchKG). Dagegen konnte die Konkursverwaltung, die im eigenen Namen zum Einzug dieser Gegenforderung berechtigt war, mit ihr verrechnen, und zwar sofort die Schuld des Gemeinschuldners laut Konkurseingabe, oder allfällig später, nach Aufstellung

der Verteilungsliste, die dann fällige Konkursdividenden-schuld der Konkursmasse, oder sie konnte auch Anfechtungsklage auf Rückerstattung der dem nachmaligen Gemeinschuldner gelieferten Ware oder Geldersatz erheben oder durch Zessionare gemäss Art. 260 SchKG erheben lassen, wogegen sie jedoch nicht nur die vom Beklagten eingegebene, sondern von Amtes wegen für den Fall erfolgreicher Anfechtung der Warenlieferungen an den Beklagten auch die wiederauflebende, anfechtbar getilgte Forderung, zusammen bis zum ursprünglichen Betrag von über 27,000 Fr. im Kollokationsplan zulassen musste (BGE 41 III 240). Nicht nur tat die Konkursverwaltung das letztere nicht, sondern sie schritt schon bei der Auflage des Kollokationsplanes, also lange vor der Fälligkeit der Konkursdividende, zur Verrechnung, indem sie die vom Beklagten eingegebene Konkursforderung im Kollokationsplan abwies, was auf die Verrechnung derselben hinausläuft. Eigentlich hätte sie damals auf diese Art nur einen Teil der Konkursforderung des Beklagten im Umfange des zurückzuerstattenden Geldersatzes für die beim nachmaligen Gemeinschuldner bezogenen Waren verrechnen können. Allein hierauf kommt nichts mehr an, nachdem sich der Beklagte die Abweisung seiner ganzen Konkursforderung hat gefallen lassen. Insofern er selbst zahlungsfähig und nicht etwa eine Konkursdividende von weit mehr als 50 % zu erwarten war, lag diese Art der Erledigung des Anfechtungsanspruches natürlich durchaus in seinem Interesse. Zweifelhafter erscheint, ob dabei auch die Rechte der Konkursmasse richtig gewahrt wurden, die sich einer bloss dividendenberechtigten Konkursforderung (freilich in höherem Betrag) entledigte, aber andererseits eine unbeschränkt einziehbare Forderung aufgab. Allein für die Gültigkeit der derart erfolgten Verrechnung ist dies nicht von Belang, zumal nachdem kein anderer Konkursgläubiger gegen diese aus dem Kollokationsplan ersichtliche Operation Beschwerde geführt hat. Damit war das Anfechtungsrecht konsumiert; es bestand also im Zeitpunkt

der zweiten Gläubigerversammlung gar nicht mehr; diese konnte auf dessen Geltendmachung nicht mehr verzichten, und die im Anschluss daran vorgenommene Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bezog sich auf einen damals gar nicht mehr existierenden Rechtsanspruch und entbehrt daher jeglicher Wirksamkeit. Nur dann sind einzelne Konkursgläubiger zur Anstellung der Anfechtungsklage berechtigt, wenn nicht die Konkursverwaltung die Anfechtungsklage selbst anstellt oder auf andere Weise den Anfechtungsanspruch zur Geltung bringt, wie es hier durch ihre Verrechnung geschehen ist. Dass die Konkursverwaltung hiezu befugt war, ergibt sich nicht nur aus Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, sondern auch aus ihren Befugnissen im Kollokationsverfahren, die sie selbständig und endgültig ausübt, unter Vorbehalt der den Konkursgläubigern zustehenden Rechtsbehelfe, von denen hier nicht Gebrauch gemacht worden ist, und nichts Gegenteiliges ergibt sich aus Art. 260 SchKG, da die Verrechnung mit der Gegenforderung aus Anfechtung eben nicht etwa ein Verzicht auf deren Geltendmachung ist. Dem Versuch, das Anfechtungsrecht ein zweites Mal gegenüber dem Beklagten zur Geltung zu bringen, nachdem gestützt darauf bereits dessen Konkursforderung (von über 27,000 Fr.) im Kollokationsverfahren rechtskräftig, also mit Urteilswirkung, abgewiesen worden ist, ist die Vorinstanz mit Recht durch Abweisung der Klage entgegengetreten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 1. Juli 1936 bestätigt.