

wenn ihr die ganze Liegenschaft unterworfen wird, braucht im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

32. **Entscheid vom 12. Mai 1917 i. S. Levi.**

Abtretung nach Art. 260 SchKG. — Rechtliche Natur. — Wirksamkeit der im offiziellen Formular aufgestellten Grundsätze auch ohne Verwendung des Formulars. — Notwendigkeit für mehrere Abtretungsgläubiger, als Streitgenossen aufzutreten. — Folgen für die Verteilung des Prozessgewinnes, wenn einer von mehreren Gläubigern einen besondern Prozess eingeleitet und mit der Gegenpartei nach der Erledigung des Prozesses der andern Gläubiger einen Vergleich abgeschlossen hat.

A. — Im Konkurse über Hieronymus Glaser-Imhof in Binningen trat das Konkursamt Binningen am 25. August 1915 Anfechtungsansprüche der Masse gegen Hans Glaser, den Sohn des Gemeinschuldners, im Sinne des Art. 260 SchKG an den Rekurrenten Albert Levi-Heim in Basel, die Rekursgegnerin Frau Glaser, die Ehefrau des Gemeinschuldners, und sieben weitere Gläubiger ab, ohne jedoch hiefür das vorgeschriebene Formular zu verwenden. Sämtliche Abtretungsgläubiger ausser einem leiteten innert der angesetzten Frist beim Friedensrichteramt Binningen die Anfechtungsklage ein. Dabei handelten aber nur der Rekurrent und sechs weitere Gläubiger gemeinsam durch einen gemeinschaftlichen Vertreter; die Rekursgegnerin trat getrennt von ihnen für sich allein auf. Sie begnügte sich denn auch damit, den Friedensrichter-Akzessschein dem Bezirksgericht Arlesheim kurz vor Ablauf der dafür bestehenden gesetzlichen Frist einzureichen und sodann das Ergebnis

des Vorgehens der übrigen Gläubiger abzuwarten, indem sie die vorläufige Einstellung ihres Prozesses veranlasste. Die übrigen klagenden Gläubiger verlangten mit der Anfechtungsklage vom Sohne des Gemeinschuldners die Zahlung eines Betrages von 16,000 Fr. Nachdem aber die erste Instanz die Klage abgewiesen hatte, zog bloss der Rekurrent dieses Urteil an das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft weiter und verlangte in der Appellationsverhandlung nur noch die Zahlung von 5680 Fr. nebst Zins. Er tat das mit Rücksicht darauf, dass sein Verlust im Konkurse bloss soviel betrug.

Das Obergericht hiess durch Urteil vom 20. Oktober 1916 die Klage im erwähnten Betrage gut, bemerkte aber, dass sie für einen Betrag von 15,000 Fr. oder 11,000 Fr. gutgeheissen worden wäre, wenn der Rekurrent das ursprüngliche Klagbegehren aufrechterhalten hätte.

Die Rekursgegnerin schloss nun am 9. Januar 1917 mit ihrem Sohne einen Vergleich ab, wodurch der von ihr eingeleitete Prozess erledigt wurde. Dieser Vergleich enthält folgende Bestimmung: « Die Klägerin verlangt, dass infolge der grundsätzlichen Anfechtbarkeit des fraglichen Geschäftes der Beklagte an die Konkursmasse Hieronimus Glaser zu Handen der sämtlichen prozedierenden Gläubiger nur einen Betrag von 5680 Fr. nebst Zins zu 5% seit 26. August 1915 zu bezahlen habe. Sie verzichtet ihrerseits auf einen Mehrbetrag, indem in Anbetracht aller Verhältnisse die Zahlung dieser 5680 Fr. plus Zins nach ihrer Auffassung mehr als genug ist. Die ergangenen Kosten übernimmt der Beklagte. »

Infolge einer Betreuung des Rekurrenten für den Betrag von 5680 Fr. nebst Zins und die Prozesskosten bezahlte Hans Glaser dem Betreibungs- und Konkursamt Binningen 6535 Fr. 50 Cts.

Das Konkursamt stellte darauf am 9. März 1917 einen Nachtrag zur Verteilungsliste auf. Es wies darin, nachdem es zunächst sich selbst für die Kosten gedeckt hatte, dem Rekurrenten für seine Prozesskosten 422 Fr. 10 Cts. zu.

Der übrig bleibende Betrag wurde in der Weise verteilt, dass die Rekursgegnerin für die privilegierte Hälfte ihrer Frauengutsforderung von 8000 Fr. gedeckt und der Restbetrag in der 5. Klasse unter sie und den Rekurrenten verteilt wurde. Dieser erhielt somit für seine kollozierte Forderung 1287 Fr. 30 Cts., die Rekursgegnerin dagegen etwa 4800 Fr.

B. — Gegen diese Verteilung erhob der Rekurrent Beschwerde mit dem Antrag, das Konkursamt sei anzuweisen, den « gesamten Erlös der Pfändung » ihm zu überlassen.

Er machte geltend : Das Prozessergebnis komme nur solchen Gläubigern zu, die den Prozess durchgeführt haben. Die Abmachung zwischen der Rekursgegnerin und ihrem Sohne könne den Prozessgewinn des Rekurrenten nicht beeinträchtigen.

Die Rekursgegnerin beantragte die Abweisung der Beschwerde, indem sie ausführte : Ebenso wie der Rekurrent habe darauf verzichten können, den ganzen Anfechtungsanspruch geltend zu machen, und damit seine ehemaligen Mitkläger schwer geschädigt habe, so könne auch sie (die Rekursgegnerin) einen Prozessvergleich abschliessen, wodurch sie auf die Geltendmachung eines Teiles des Anfechtungsanspruches verzichte. Höchstens das Konkursamt hätte hiegegen Einspruch erheben können ; dies sei aber jetzt nicht mehr möglich.

Die Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Landschaft wies die Beschwerde durch Entscheid vom 17. April 1917 mit folgender Begründung ab : Für die Abtretung hätte das Konkursamt das in Art. 80 KV vorgeschriebene Formular verwenden sollen. Da dies nicht geschehen sei, so bestünden Zweifel, inwieweit die auf das Formular aufgedruckten Bedingungen für die Auslegung der vorliegenden Abtretung massgebend seien. Nun hätten beide Parteien auf die prozessualische Durchsetzung des ganzen Anfechtungsanspruches verzichtet. Dies hätte aber nur die Konkursverwaltung beanstanden können ; die Auf-

sichtsbehörde habe nicht die Befugnis zur Ueberprüfung der Prozessführung. Die Verteilung sei an und für sich nicht anfechtbar ; der Vergleich zwischen der Rekursgegnerin und ihrem Sohne sei für das Konkursamt verbindlich.

C. — Diesen ihm am 25. April 1917 zugestellten Entscheid hat der Rekurrent am 3. Mai 1917 unter Erneuerung seiner Begehren an das Bundesgericht weitergezogen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung :

1. — Dass das Konkursamt für die Abtretungserklärung nicht das in Art. 80 KV vorgesehene Formular N° 7 verwendet hat, ist im vorliegenden Falle ohne Bedeutung. Die im Formular unter N° 1-5 und 7 aufgeführten Abtretungsbedingungen enthalten Grundsätze über die Rechte und Pflichten der Abtretungsgläubiger und über das Verfahren bei der Verteilung des Ergebnisses aus der Abtretung, die sich aus der rechtlichen Natur der Abtretung notwendig ergeben und denn auch schon vor dem Erlass der Konkursverordnung in der Praxis im Laufe der Zeit aufgestellt worden sind (vergl. insbes. AS Sep.-Ausg. 4 N° 12 S. 49 ff., N° 15 Erw. 2, 6 N° 41 S. 178 f., N° 49 S. 206*). So galt auch der in Ziff. 5 der Abtretungsbedingungen aufgeführte Grundsatz, dass mehrere Abtretungsgläubiger in einem allfälligen Prozessverfahren als Streitgenossen auftreten müssen, für den Rekurrenten, die Rekursgegnerin und die übrigen in der Abtretungsurkunde vom 25. August 1915 genannten Gläubiger. Da, wie das Bundesgericht wiederholt festgestellt hat, die Abtretung nach Art. 260 SchKG keine zivilrechtliche Zession von Rechten der Konkursmasse oder des Gemeinschuldners bildet, sondern nur die Uebertragung der Befugnis zur Geltendmachung solcher Rechte bedeutet, so bleibt trotz der Abtretung die Konkursmasse oder der Gemeinschuldner

* Ges.-Ausg. 27 II S. 129 ff., I S. 234 f., 29 II S. 397 Erw. 2, I S. 370.

Träger dieser Rechte, und die Abtretung erfolgt auch bei teilbaren Rechten und einer Mehrheit von Abtretungsgläubigern stets in dem Sinne, dass jeder von diesen die Befugnis und die Verpflichtung zur Geltendmachung des ganzen « abgetretenen » Rechtes erhält. Jeder wird also Vertreter der Konkursmasse für dieses ganze Recht. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, dass mehrere Abtretungsgläubiger nicht getrennt und unabhängig von einander vorgehen können; es kann nicht der eine sein Ziel durch einen Vergleich zu erreichen suchen und gleichzeitig der andere einen Prozess durchführen. Einer mehrfachen Prozessführung durch verschiedene Abtretungsgläubiger stände, weil sie alle dasselbe Recht namens desselben Rechtssubjektes verfolgen, übrigens auch die Einrede der Streithängigkeit oder der abgeurteilten Sache entgegen. Das Bundesgericht hat allerdings wiederholt erklärt, dass jeder von mehreren Abtretungsgläubigern ein selbständiges Prozessführungsrecht habe, also auch ohne Mitwirkung der andern vorgehen könne, wenn diese von der Abtretung keinen Gebrauch machen wollen (AS. Sep.-Ausg. 10 N° 40 Erw. 2, 11 N° 32 Erw. 2*, Ges.-Ausg. 41 III N° 69). Damit wollte aber nicht gesagt werden, dass mehrere Abtretungsgläubiger neben einander, jeder auf eigene Faust und nach eigenem Gutdünken und nur für einen Teilbetrag, gegen den Dritten vorgehen könnten; sondern es sollte damit nur dem Gedanken Ausdruck gegeben werden, dass einer von mehreren Abtretungsgläubigern die Rechtsverfolgung selbständig anheben und durchführen kann, wenn die andern in der Sache nichts tun oder auf die Weiterführung eines Prozesses verzichten, und dass er auch nicht etwa verpflichtet ist, die andern zum Anschluss aufzufordern. Nach der Natur der Abtretung war somit ein getrenntes Vorgehen des Rekurrenten und der Rekursgegnerin ausgeschlossen.

2. — Hinsichtlich der Bedeutung einer getrennten Pro-

zessführung mehrerer Abtretungsgläubiger für die Verteilung des Prozessgewinns ist zu sagen, dass ein Gläubiger, der zwar formell den Prozess einleitet, ihn aber liegen lässt, bis die andern ihren Prozess durchgeführt haben, um sich dann auf der Grundlage des Ergebnisses dieses Prozesses mit der Gegenpartei vergleichsweise zu einigen, keinen Anspruch auf privilegierte Deckung aus dem Prozessergebnis hat. Nach der feststehenden Praxis des Bundesgerichtes steht dieser Anspruch nicht ohne weiteres jedem Abtretungsgläubiger zu, ohne Rücksicht darauf, ob er klagend vorgegangen ist oder nicht; sondern er bildet die Prämie für die zur Erreichung des Prozessergebnisses aufgewendete Mühe und insbesondere für die Übernahme des Risikos, die Prozesskosten tragen zu müssen (AS Sep.-Ausg. 14 N° 82 S. 342, 16 N° 44*, Ges.-Ausg. 41 III N° 69). Daher können nur diejenigen Abtretungsgläubiger das Recht auf privilegierte Deckung aus dem Prozessergebnis beanspruchen, die durch ihre Tätigkeit dieses Ergebnis herbeigeführt haben. Das Bundesgericht hat denn auch bereits im Entscheide i. S. Hinden-Blumer vom 17. Dezember 1914 (AS 40 III N° 80 S. 436) hervorgehoben, dass nicht ein Abtretungsgläubiger an dem von andern erstrittenen Prozessergebnis gleich diesem teilnehmen kann, ohne beim Streite, der zu diesem Ergebnis geführt hat, mitgewirkt zu haben. Somit kann keine Rede davon sein, dass die Rekursgegnerin ein Recht darauf hätte, gleich dem Rekurrenten aus dem von ihm erstrittenen Prozessgewinn vorzugsweise gedeckt zu werden. Die Zuweisungen an die Rekursgegnerin in der Verteilungsliste vom 9. März 1917 sind daher aufzuheben und das Konkursamt ist anzuweisen, den nach Deckung seiner Kosten und der Prozesskosten des Rekurrenten von der Zahlung des Hans Glaser noch bleibenden Betrag dem Rekurrenten zuzuteilen, soweit er zu dessen Deckung erforderlich ist, und einen allfälligen Überschuss unter die übrigen Konkurs-

* Ges.-Ausg. 37 II S. 322, 39 I S. 464 Erw. 1.

gläubiger nach dem ihnen im Kollokationsplan gegebenen Rang zu verteilen. Die Rekursgegnerin könnte lediglich auf Grund dieser Rangordnung, aber nicht auf Grund ihrer Prozessführung an einem allfälligen Überschuss ein Vorrecht beanspruchen.

3. — Der Rekurrent hat allerdings seine aus der Abtretung sich gegenüber der Konkursmasse ergebende Verpflichtung, den Prozess auch im Interesse der Masse sorgfältig durchzuführen (vgl. AS Sep.-Ausg. 4 N° 12 S. 50 ff., N° 15 Erw. 2, 6 N° 41 S. 178 f. und N° 49 S. 206*), nicht erfüllt, indem er lediglich mit Rücksicht auf die Höhe seiner ungedeckten Konkursforderung die Klage zum Teil fallen liess. Es könnte sich daher fragen, ob er der Konkursmasse gegenüber schadenersatzpflichtig sei, weil er sie damit augenscheinlich um den Überschuss des Prozessgewinns über den zu seiner Deckung erforderlichen Betrag gebracht hat. Indessen hat die Konkursverwaltung einen solchen Schadenersatzanspruch bisher nicht geltend gemacht und die Rekursgegnerin wäre zu dessen Geltendmachung nicht legitimiert.

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

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

33. Arrêt du 19 mai 1917 dans la cause Bossy.

Poursuite en réalisation de gage. La poursuite ne peut être continuée contre le tiers propriétaire du gage, avant qu'elle puisse l'être contre le débiteur lui-même. L'office ne peut pourvoir à la gérance des immeubles constituant le gage qu'à partir du moment où la vente en est requise (LP art. 102, 152, 155, CC art. 806).

A. — Le 26 août 1905, la Banque de l'Etat de Fribourg a ouvert un crédit de 45 000 fr., garanti par hypothèque,

* Ges.-Ausg. 27 II S. 130 ff., I S. 234 f., 29 II S. 397 Erw. 2, I S. 370.

au sieur Aloys Bossy, Conseiller d'Etat à Fribourg. Demoiselle Antoinette Bossy à Givisiez est intervenue dans cet acte pour fournir un complément de garantie hypothécaire sur ses propres immeubles.

Par commandements de payer du 13 décembre 1916, la Banque de l'Etat engagea une poursuite en réalisation d'hypothèque simultanément contre les enfants d'Aloys Bossy, à Vevey, et contre demoiselle Antoinette Bossy.

Les enfants Bossy ayant fait opposition, la mainlevée provisoire en fut prononcée par le Président du Tribunal de la Sarine, le 20 janvier 1917. Demoiselle Bossy ne fit pas opposition au commandement de payer, mais dans la suite, se fondant sur l'art. 85 LP, elle demanda au Président du Tribunal de la Sarine de prononcer l'annulation, subsidiairement la suspension de la poursuite. Par jugement du 27 mars 1917, le Président écarta ces demandes, en ajoutant toutefois que « la poursuite en réalisation par la vente ne pourra se faire qu'après qu'il aura été statué sur l'action en libération de dette intentée par les enfants Bossy à la Banque de l'Etat. »

B. — Par plainte du 6 avril 1917 déposée auprès de la Commission de surveillance des offices de poursuite et de faillite du canton de Fribourg, demoiselle Antoinette Bossy demanda que la décision prise dans l'intervalle par l'office des poursuites d'exercer la gérance sur ses immeubles fût révoquée ensuite du jugement sus-énoncé du Président du Tribunal de la Sarine. Elle estime cette mesure injustifiée, étant donné qu'elle se trouve dans la situation d'une caution simple : elle ne doit pas le montant réclamé par la Banque si les débiteurs, c'est-à-dire les enfants Bossy, ne sont pas tenus de le payer.

La Banque de l'Etat de Fribourg, dans sa réponse, estime que le Président du Tribunal de la Sarine est sorti du cadre de ses compétences en disant que la poursuite en réalisation par la vente ne pourra se faire qu'après décision sur l'action en libération intentée par les enfants Bossy à la Banque. Dès lors, son prononcé est sans valeur