

sich aus an Stelle des Amtes die Vornahme der fraglichen Handlungen hätte anordnen müssen. Da der Rekurs wegen Rechtsverweigerung nicht an die Beachtung der zehntägigen Rekursfrist geknüpft ist, war demnach die kantonale Aufsichtsbehörde, auch abgesehen davon, dass die Verletzung einer zwingenden Gesetzesvorschrift in Frage stand, verpflichtet, auf die Beschwerde des Schuldners einzutreten, und durfte deren Behandlung nicht wegen Verspätung ablehnen.

Der Rekurs ist demnach in dem Sinne begründet zu erklären, dass das Betreibungsamt Buttisholz angewiesen wird, das in Art. 4 und 5 der bundesgerichtlichen Verordnung vom 10. Mai 1910 vorgesehene Verfahren einzuschlagen.

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

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet erklärt.

Entscheidungen der Zivilkammern. — Arrêts
des sections civiles.

15. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Januar 1915 i. S.
Konkursmasse Trümpy, Beklagte
gegen Weill-Einstein, Kläger.

1. Während der Ausschlagungsfrist der Erben ist der Lauf von Verzugszinsen für Forderungen der Nachlassgläubiger nicht gehemmt. 2. Art. 217 Abs 1 SchKG findet auch dann Anwendung, wenn die Teilzahlung des Mitverpflichteten nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Erlös des Pfandes eines Dritten herrührt, das vom Mitverpflichteten für seine Schuld bestellt worden ist.

A. — Am 27. Januar 1913 verkaufte J. Schmidinger dem Giacomo Trümpy in Zurich acht Grundschuldbriefe von je 25,000 Mk., haftend auf seiner Liegenschaft in Vohwinkel bei Elberfeld; den Kaufpreis bezahlte Trümpy durch Hingabe von fünf Akzepten im Gesamtbetrage von 248,000 Fr., fällig den 1. August 1913. Die verkauften Grundschuldbriefe sollte Schmidinger bis nach Bezahlung der fünf Akzente als Faustpfand, und zwar mit dem Rechte der Weiterverpfändung, in seinem Besitz behalten. Am 26. Februar 1913 kaufte Schmidinger vom Kläger das Haus Kalkbreitestrasse Nr. 121 in Zürich; der Kaufpreis von 150,000 Fr. wurde zum Teil dadurch beglichen, dass Schmidinger die auf dem Haus lastenden Hypotheken im Betrage von 122,000 Fr. übernahm. Gleichzeitig mit diesem Hauskauf verpflichtete sich der Kläger, dem Schmidinger zwei mit seinem Indossament versehene Akzente Trümpys von nominell 73,000 Fr. (48,000 Fr. + 25,000 Fr.) mit 71,114 Fr. 40 Cts. zu dis-

kontieren. An diese Summe zahlte der Kläger dem Schmidinger in bar 43,114 Fr. 40 Cts., während die übrigen 28,000 Fr. mit der ebenfalls 28,000 Fr. ausmachenden Restforderung des Klägers aus dem Verkaufe des Hauses Kalkbreitestrasse Nr. 121 verrechnet wurde. Zur Sicherstellung seiner Verpflichtung als Indossant aus den beiden Wechseln gab Schmidinger dem Kläger am 25. Februar 1913 zwei der an Trümpy verkauften Grundschuldbriefe zu Faustpfand. Bei Verfall (1. August 1913) wurden die beiden vom Kläger diskontierten Akzente mangels Bezahlung protestiert, worauf der Kläger am 11. August 1913 für die Wechselforderung von 73,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. August 1913, sowie für 18 Fr. 70 Cts. Protestkosten und 243 Fr. 35 Cts. Provision gegen Schmidinger Betreibung auf Verwertung der beiden zu Faustpfand erhaltenen Grundschuldbriefe einleitete, die er in der Betreibung am 8. Januar 1914 um 30,000 Fr. ersteigerte. Mittlerweile war Trümpy am 24. Mai 1913 gestorben. Ueber seinen Nachlass wurde das öffentliche Inventar aufgenommen, und, nachdem seine Erben erklärt hatten, die Erbschaft nicht antreten zu wollen, am 27. November 1913 der Konkurs eröffnet. Zuerst widersetzte sich die Konkursverwaltung der Fortsetzung der Betreibung auf Pfandverwertung gegen Schmidinger; in der Folge vereinbarte sie aber mit dem Kläger, dass die beiden Grundschuldbriefe zur Versteigerung gelangen und vom Kläger um 30,000 Fr. ersteigert werden sollten. Im Konkurse des Trümpy meldete der Kläger am 10. Dezember 1913 die beiden Wechselforderungen von 48,000 Fr. und 25,000 Fr. an, nebst Zins zu 6 % vom 1. August bis 27. November 1913, sowie die beiden oben genannten Nebenforderungen. In der Anmeldung erklärte er, dass der neben Trümpy solidarisch haftende Indossant Schmidinger ihm zur Sicherung seiner verpflichtung zwei Grundschuldbriefe zu Faustpfand gegeben habe, und verlangte « als gang selbstverständlich », dass die gesamte Forderung kolloziert und demgemäss

die Konkursdividende bis zu seiner gänzlichen Befriedigung auf der vollen Schuld ausbezahlt, die im Betreibungsverfahren gegen Schmidinger erhaltene Zahlung somit nicht in Abzug gebracht werde. Die Konkursverwaltung wies sowohl die angemeldeten Forderungen als das beanspruchte Pfandrecht ab; eventuell erklärte sie, den aus den beiden Pfändern erlösten Betrag von den Forderungen abzuziehen und nur den Rest kollozieren zu wollen. Hierauf erhob der Kläger Klage über die Streitfragen:

» 1. Ist nicht die vom Kläger im Konkurse über den » Nachlass des verstorbenen Giacomo Trümpy angemeldete Wechselforderung von 73,000 Fr. nebst 1423 Fr. » 30 Cts. Zinsen bis zum Konkursausbruch und 262 Fr. » 05 Cts. Protestkosten und Provision für begründet zu » erklären und zu kollozieren ?

» 2. Ist nicht das vom Kläger für seine Wechselre- » gressforderung von 73,000 Fr. nebst 6 % Zinsen seit » 1. August 1913, 18 Fr. 70 Cts. Protestkosten und » 243 Fr. 35 Cts. Provision auf den Wechselaussteller » und Indossanten Jean Schmidinger an zwei in die » Masse Trümpy gehörenden preussischen Grundschuldbriefen von je 25,000 Mk. d. d. 29. Juni 1912 geltend » gemachte Faustpfandrecht begründet und die Masse » Trümpy demnach verpflichtet, dem Kläger den im » Betreibungsverfahren gegen Schmidinger auf diesen » Faustpfändern erzielten Erlös zu belassen ?

» 3. Ist nicht das Eventualbegehren der Masse, dass » der auf den oben genannten Faustpfändern erlöste » Betrag an der in Streitfrage 1 genannten Forderung » in Abzug gebracht und nur der Rest kolloziert werde, » als unbegründet abzuweisen und die in Streitfrage 1 » geltend gemachte Forderung gegenteils ohne Rücksicht » auf den Pfänderlös im vollen Betrage zu kollozieren » und die in der V. Klasse erhältliche Dividende demge- » mäss auch auf dem vollen Betrage bis zur gänzlichen » Befriedigung des Klägers auszuzahlen ? »

Zur Begründung dieser Streitfragen berief sich der Kläger auf die angeführten Tatsachen und auf Art. 217 SchKG. In Bezug auf Streitfrage 3 machte er insbesondere geltend, dass er im Konkurse des Akzeptanten Trümpy Auszahlung der Dividende für seine volle laufende Wechselforderung verlangen könne; was ihm aus dem Erlös des vom Indossanten und Mitschuldner Schmidinger bestellten Pfandrechts zugeflossen sei, berühre die Beklagte nur insoweit, als die Dividende auf der Gesamtforderung plus Pfanderlös den Gesamtforderungsbetrag nicht übersteigen dürfe. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen; eventuell machte sie geltend, die Forderung des Klägers sei ohne die verlangten Zinsen vom 1. August bis 27. November 1913 und nur für denjenigen Betrag zur Kollokation zuzulassen, welcher nach Abzug der vom Kläger im Betreibungsverfahren gegen Schmidinger empfangenen 30,000 Fr. übrig bleibe.

B. — Durch Urteil vom 25. November 1914 hat die Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich, vor welcher die Klage nur noch im Sinne des Eventualantrages der Beklagten bestritten war, erkannt, die Beklagte sei verpflichtet, « die Wechselforderungen des Klägers im vollen Betrage von 73,000 Fr. nebst 6 % Zins seit 1. August 1913 bis zur Konkurseröffnung (27. November 1913) sowie 262 Fr. 05 Cts. Protestkosten und Provision zu kollozieren ».

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei im Sinne ihres Eventualantrages abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — Zu prüfen ist in erster Linie, ob der Kläger im Konkurse über den Nachlass des Trümpy für 6 % Zins seiner 73,000 Fr. betragenden Wechselforderungen vom 1. August 1913 (Datum des Wechselprotestes) bis

27. November 1913 (Datum der Konkurseröffnung) zu kollozieren sei. Diese Frage ist mit der Vorinstanz zu bejahen, gestützt auf Art. 768 OR, wonach die Regressansprüche des Inhabers eines mangels Zahlung protestierten Wechsels sich u. a. auf die nicht bezahlte Wechselsumme nebst 6 % jährlichen Zins vom Verfalltage ab erstrecken. Als Akzeptant der beiden protestierten Wechsel wäre danach Trümpy verpflichtet gewesen, dem Kläger 6 % Zins vom 1. August 1913 an zu bezahlen. Da er schon vor dem 1. August 1913 verstorben ist, ist diese Verpflichtung auf seinen Nachlass als dem nunmehrigen Träger der Gesamtheit seiner Rechte und Verbindlichkeiten übergegangen. Die Verpflichtung zur Bezahlung der Wechselzinsen seit dem Verfalltag kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil es während des Laufes der Ausschlagungsfrist an einer zur Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten berufenen Person fehle (so deutsches Reichsgericht Bd 79 Nr. 46). Nach schweizerischem Recht ist während der Dauer der Ausschlagungsfrist der Erbe Schuldner des Nachlassgläubigers, wenn auch unter der Resolutivbedingung, dass er den Nachlass nicht ausschlage. Schlägt er ihn aus, so wird er zwar von der Haftung für die Erbschaftsschulden *ex tunc* befreit; allein damit werden die Folgen der Tatsache nicht beseitigt, dass die Schuld bei Verfall von ihm nicht bezahlt worden ist. Der während der Ausschlagungsfrist bestehende Schwebezustand erledigt sich durch die Ausschlagung so, dass nun die Folgen der Nichterfüllung der Erbmasse und nicht den Erben zur Last fallen. Es kann nicht die Absicht des Gesetzes sein, die Gläubiger während der namentlich beim Inventar langen Ausschlagungsfrist ihrer Zinse verlustig gehen zu lassen. Während dieser Zeit sollen nur Betreibungen für die Schulden des Erblassers ausgeschlossen sein und keine Verjährungsfristen laufen (Art. 586 ZGB), was nicht nötig gewesen wäre vorzusehen, wenn schon die Fälligkeit der Forderung bis zur Annahme hinaus geschoben

wäre (vgl. RIVIÈRE, Pandectes françaises, N° 2254 s. v. « Successions»). Da nach Art. 175 SchKG der Konkurs erst vom Zeitpunkte an als eröffnet gilt, in welchem er erkannt worden ist, wirkt die Eröffnung auch nicht auf den Todestag des Gemeinschuldners zurück (vgl. JAEGER, Komm. zu Art. 193 SchKG Note 2 *in fine*); der Zinsenlauf ist somit während der Ausschlagungsfrist nicht gehemmt.

2. — Für die Entscheidung der weiteren Frage, ob von der Forderung des Klägers abzuziehen sei, was er in der Betreibung gegen Schmidinger erhalten hat, ist entscheidend, ob der in dieser Betreibung erhaltene Pfanderlös als Zahlung des Mitverpflichteten Schmidinger im Sinne des Art. 217 Abs. 1 SchKG anzusehen sei. Die Beklagte bestreitet dies, weil die Pfänder, aus deren Erlös die teilweise Befriedigung des Klägers erfolgte, im Eigentum Trümpys und nicht des Verpfänders Schmidinger gestanden seien. Nun ist aber nicht nachgewiesen, dass Trümpy Eigentümer der betreffenden Pfänder geworden ist. Die Grundschuldbriefe wurden allerdings durch Vertrag vom 27. Januar 1913 von Schmidinger an Trümpy verkauft. Ob aber damit schon nach dem dafür massgebenden deutschen Recht die Grundschuldbriefe an Trümpy übergegangen seien, steht umso weniger fest, als nach dem Kaufvertrage Schmidinger die Grundschuldbriefe bis zur Zahlung des Kaufpreises behalten und in eigenem Interesse verpfänden durfte, sodass die nach § 1154 BGB notwendige Uebergabe der Grundschuldbriefe fehlte. Würde aber auch davon ausgegangen, dass ein Uebergang der Grundschuldbriefe an Trümpy stattgefunden habe, weil die Vorinstanz, die über diese nach ausländischem Recht zu beurteilende Frage endgültig zu entscheiden hat, einen solchen Uebergang stillschweigend anzunehmen scheint, so fehlt es doch jedenfalls an einem Nachweiss dafür, dass der Kläger als Gläubiger wusste, dass die ihm bestellten Pfänder nicht Eigentum des Verpfänders Schmidinger, sondern des Trümpy seien.

Gegenüber dem Gläubiger trat nur der Verpfänder Schmidinger als Eigentümer der Pfänder (bezw. Berechtigten des verbrieften Grundschuldbrechtes) auf, und es können daher auch die Exekutionsrechte des Gläubigers nicht dadurch beeinflusst werden, dass hinterher sich das ihm bestellte Pfand als im Eigentum eines Dritten stehend erweisen sollte; gegenüber dem Gläubiger muss daher auch der Pfanderlös als Zahlung desjenigen betrachtet werden, der ihm gegenüber als Verpfänder auftrat. Art. 217 SchKG gewährt dem Gläubiger das Recht, seine Forderung trotz der Teilzahlung des Mitschuldners voll anzumelden ohne jede Einschränkung; es liegt kein Grund vor, dieses Recht auf die Fälle zu beschränken, in denen die Teilzahlung aus dem Vermögen des Mitschuldners herrührt. Nicht die Quelle, aus der das betreffende Zahlungsmittel stammt, kann dafür massgebend sein, ob die Zahlung als solche des Schuldners anzusehen sei, sondern nur der Inhalt des Zahlungsgeschäftes selbst. Handelt es sich aber nicht um eine durch den Willen des Mitschuldners herbeigeführte Zahlung, sondern um eine durch Betreibung auf Pfandverwertung von ihm erzwungene, so ist auch hier nicht massgebend, woher das Mittel zu dieser zwangsweisen Tilgung herrührt, sondern ob der Zwang sich gegen den Mitschuldner richtete, und das muss auch da bejaht werden, wo in der gegen den Mitschuldner gerichteten Faustpfandbetreibung von ihm bestellte Pfänder verwertet werden, die ohne Wissen des Gläubigers von einem Dritten herkommen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. November 1914 bestätigt.