

16. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Januar 1915

i. S. Reber, Beklagter, gegen Schürch, Kläger.

Art. 288 SchKG. Anfechtung im Konkurse. — Deliktspauliana. — Begünstigungsabsicht und ihre Erkennbarkeit. — Art. 360 SchKG. Zulässigkeit der Verfolgung des Abtretungsanspruches auch nach Schluss des Konkursverfahrens. In diesem Falle ist der Abtretungsbeklagte berechtigt, dem Abtretungskläger seinen Anspruch auf die Konkursdividende für die im Sinne von Art. 291 SchKG wiedererstandene Forderung einredeweise entgegenzuhalten.

A. — Jakob Grossenbacher war Käser in La Schurra bei Freiburg. Sein Schwager Reber, der heutige Beklagte, hatte ihm bei Eingehung des Pachtvertrages Bürgschaft geleistet. Auch nachher stand Reber mit Grossenbacher in geschäftlicher Verbindung und war ihm gelegentlich behilflich. So hatte er ihm mit seiner Unterschrift ein Darlehen von 14,000 Fr. verschafft, für das er schliesslich aufkommen musste und wofür ihm Grossenbacher am 10. April 1908 einen Schuldschein ausstellte, kraft dessen das Darlehen auf erstes Verlangen zurückzubezahlen war. Ende Juni 1908 war Grossenbacher ausser Stande seine Milchlieferanten zu befriedigen. Roger de Diessbach in Freiburg, der Grossenbacher den Milchlieferanten gegenüber Bürge war, liess um diese Zeit den Reber nach La Schurra kommen und setzte ihm die Lage Grossenbachers auseinander, worauf Reber erklärte, das Nötige für die Zahlung tun zu wollen. Er besichtigte darauf die Käse und Schweine der Käserei und sagte, er werde mit Grossenbacher nach Bern zu einem Metzger gehen um die Schweine zu verkaufen.

Am 14. Juli 1908 kam zwischen Grossenbacher einerseits und den Metzgern Schürch, Gaffner und Schäfli in Bern andererseits eine Vereinbarung zu Stande, wonach diese von Grossenbacher 90 Schweine für 9000 Fr. kauften. Da die Waare aber noch nicht zum Verkauf reif war, so sollte sie erst später geliefert werden. Um aber dem Verkäufer

Geld sofort zu verschaffen in der Meinung, dass er es zur Bezahlung der Milchlieferanten verwende, einigte man sich dahin, dass er auf Grund eines durch die Käufer verbürgten Wechsels bei der Spar- und Leihkasse Bern die Kaufsumme sofort beziehen solle : bei Verfall würden dann die Käufer den Wechsel einlösen. Reber war bei diesen Verhandlungen zugegen. Er erwartete den Grossenbacher bei der Spar- und Leihkasse und liess sich von ihm fast den ganzen von der Bank erhaltenen Betrag (8900 Fr.) aushändigen. Im gegenwärtigen Prozesse versuchten Grossenbacher und Reber diese Geldübergabe damit zu erklären, dass sie behaupteten, es habe Reber am 14. Juli dem Grossenbacher ein weiteres Darlehen von 20,000 Fr. unter der Bedingung in Aussicht gestellt, dass zuerst die Schuld von 14,000 Fr., zu deren *à conto* Zahlung die Leistung von 8900 Fr. erfolgt war, vollständig getilgt werde ; Grossenbacher habe infolge dieses Versprechens im Momente der Leistung die Hoffnung gehabt, den Konkurs noch vermeiden zu können. Da er aber dann nicht in der Lage gewesen sei, die vollen 14,000 Fr. zu tilgen, so habe ihm Reber eine weitere Hilfe versagt.

Elf Tage nachher d. h. den 25. Juli 1908 erklärte sich Grossenbacher insolvent. In seiner Insolvenzerklärung bemerkte er, dass er überschuldet und nicht mehr in der Lage sei, die Milchlieferanten zu bezahlen. Er legte der Insolvenzerklärung eine Bilanz bei ; dieser ist zu entnehmen, dass er sein Vermögen auf 28,000 Fr. schätzte, welchem er ein Passivum von zirka 60,000 Fr. gegenüberstellte. Das Ergebnis des am 28. Juni 1910 abgeschlossenen Konkurses war indessen noch erheblich ungünstiger. Zur Verteilung an die Forderungen der V. Klasse, die allein 77,561 Fr. 35 Cts. betragen, gelangten blos 24,722 Fr. 35 Cts., was eine Dividende von 31 % bedeutet.

B. — Im Konkurse hatte Fritz Reber eine Forderung von 21,924 Fr. angemeldet, von welcher er die am 14. Juli 1908 *à conto* erhaltenen 8900 Fr. und eine weitere Zahlung von 900 Fr. (die hier nicht weiter in Betracht fällt) abzog.

Diese Forderung bestand aus dem Darleihen von 14,000 Franken (soweit nicht als getilgt angenommen durch die Leistung vom 14. Juli 1908) und zwei anderen Ansprüchen aus Schuldverpflichtungen des Konkursiten. Die Forderung im Restbetrage von 12,124 Fr. 30 Cts. wurde von der Konkursverwaltung nicht zugelassen. Am 5. Mai 1909 teilte sie zudem dem Reber mit, dass sie die Rückzahlung der Summe von 9000 Fr. (sollte 8900 heissen), die er im Juli 1908 in anfechtbarer Weise erhalten hatte, verlange und dass sie diesen Anfechtungsanspruch gegenüber seiner Konkursforderung widerklageweise geltend machen werde. Im darauffolgenden Kollokationsanfechtungsprozess Rebers gegen die Masse Grossenbacher erhob letztere in der Tat widerklageweise den Anspruch auf Anfechtung jener Zahlung. Als indessen das Appellationsgericht Freiburg, aus formellen Gründen, die Widerklage von der Hand wies so hat die Konkursmasse den Anfechtungsanspruch auf Reber am 2. Mai 1910 an einen Konkursgläubiger Fritz Schürch in Bern im Sinne von Art. 260 SchKG ab und erklärte den 20. Mai 1910 im Kollokationsanfechtungsprozess den Abstand unter Wahrung der Rechte des Abtretungsgläubigers.

Am 11. Juli 1913, d. h. lange nach Abschluss des Konkurses Grossenbacher und drei Tage vor dem Ablauf der Verjährungsfrist gemäss Art. 292 SchKG, hob der Zessionar die vorliegende Anfechtungsklage an mit folgenden Begehren :

1. Die Hingabe von 8900 Fr. sei weil anfechtbar « unwirksam » zu erklären.

2. Der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger für sich und zu Handen der Konkursmasse Grossenbacher diese Summe nebst Zins zu 5% seit dem 14. Juli 1908 zu bezahlen, unter Kostenfolge.

In rechtlicher Hinsicht stützte sich die Klage auf Art. 287 und 288 SchKG.

Der Beklagte Reber bestritt in erster Linie die klägerische Legitimation zur Klagerhebung, weil die Klage erst

nach Schluss des Konkursverfahrens eingeleitet worden war. Materiell trug er auf Abweisung an, unter Bestreitung der Klagebegehren prinzipiell und dem Masse nach.

C. — Mit Urteil vom 18. Juni 1914 hiess die erste Instanz (das Amtsgericht von Signau) die Einrede der mangelnden Legitimation zur Klageerhebung gut und wies aus diesem Grunde die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Bern hingegen verwarf am 10. November 1914 diese Einrede, hob die Zahlung vom 14. Juli 1908 als anfechtbar im Sinne von Art. 288 SchKG auf und verurteilte den Beklagten gemäss Klagebegehren 2, zur Zahlung von 8900 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 14. Juli 1908 und zu den Prozesskosten.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage : Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage gänzlich abzuweisen, unter Kostenfolge.

In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Berufungsklägers dieses Begehren begründet, wogegen der Vertreter des Berufungsbeklagten den Antrag auf Abweisung stellte.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Nach den rechtsverbindlichen Feststellungen der Vorinstanz unterliegt es keinem Zweifel, dass die Voraussetzungen der Deliktspauliana gemäss Art. 288 SchKG im vorliegenden Falle gegeben sind. Dass eine den Beklagten begünstigende und die übrigen Gläubiger schädigende und damit eine objektiv anfechtbare Handlung vorliege, ergibt sich daraus, dass Reber für einen Teil seiner Forderung vollständig gedeckt worden ist, während er für den Rest im Konkurse kolloziert und wie die übrigen Gläubiger die darauf entfallende Dividende und den Verlustschein erhalten hat. Ebenfalls steht die Benachteiligungsabsicht Grossenbachers fest. Nach konstanter

bundesgerichtlicher Praxis (AS 37 II S. 305 und die dort angegebenen Präjudizien) ist nicht erforderlich, dass die Schädigung der Gläubiger geradezu den Zweck des Rechtsgeschäftes bilde : es genügt, wenn dieser Erfolg vom Schuldner als die natürliche Folge der anfechtbaren Rechtshandlung vorausgesehen werden konnte und musste. In diesem Sinne ist die Voraussetzung der Benachteiligungsabsicht zweifellos vorhanden. Schon der Umstand, dass Grossenbacher elf Tage nach der Zahlung an den Beklagten sich insolvent erklärte, lässt den Schluss zu, dass er bereits am 14. Juli wissen musste, wie schlecht seine Sachen standen. Zudem ergibt sich aus den Konkursakten und schon aus der Bilanz, die der Schuldner der Insolvenzerklärung beilegte, dass dessen Vermögenslage seit längerer Zeit eine prekäre war und dass die verhältnismässig sehr bedeutende Unterbilanz nicht plötzlich, etwa infolge einer unglücklichen Spekulation, eingetreten ist. Roger de Diessbach hatte schon im Juni 1908 den Grossenbacher auf seine schwierigen Vermögensverhältnisse aufmerksam gemacht und dieser Zeuge erklärt, dass Grossenbacher selbst seine Lage eingesehen hatte. Auch der überstürzte Verkauf der Schweine, die als unreife Waare veräussert wurden, beweist, in welcher Notlage Grossenbacher sich befand, und dass er sich dessen bewusst sein musste. Grossenbacher musste also am 14. Juli erkennen, dass nach dem zu erwartenden Laufe der Dinge die Zahlung an den Beklagten zum Nachteile der übrigen Gläubiger gereichen werde. Umsonst wendet der Beklagte ein, dass er am 14. Juli die Hoffnung haben konnte, den Konkurs zu vermeiden da Reber ihm die Zusicherung einer weiteren Unterstützung von 20,000 Fr. unter der Bedingung gegeben hatte, das ältere Darlehen von 14,000 Fr. vollständig zu tilgen, und dass Grossenbacher noch damals darauf rechnen konnte, die Paar tausend Franken beizubringen, die hiezu nötig gewesen wären. Ob dies zutrifft, braucht nicht einmal festgestellt zu werden : denn die blosser Hoffnung des Schuldners, sich

aus seiner misslichen Lage zu befreien, die sich dann als trügerisch erweist, genügt nicht um ihn zu entlassen. (AS 34 II S. 791.) Grossenbacher musste in allen Fällen mit der Möglichkeit rechnen, dass die volle Rückzahlung des Darlehens ihm nicht gelingen oder dass Reber aus sonst einem anderen Grunde seinem Versprechen nicht nachkommen würde : er musste also erkennen, dass er Gefahr lief den Räber zu begünstigen, wenn er ihm das Geld gab, ohne sich Sicherheiten für die Erfüllung der Gegenleistung geben zu lassen.

Noch viel weniger kann über die Erkennbarkeit der Begünstigung auf Seiten Rebers irgend ein Zweifel bestehen. Er war über die Vermögensverhältnisse Grossenbachers vollständig im Klaren : er war ihm wiederholt finanziell beigestanden und wenn er es noch im April 1908 getan hat, so beweist dies nicht gegen seine Kenntnis von der Lage Grossenbachers, denn es ist anzunehmen, dass er es aus verwandschaftlichen Rücksichten tat. Jedenfalls war der Anfechtungsbeklagte über die Vermögensverhältnisse Grossenbachers seit der Besprechung mit Roger de Diessbach (Ende Juni 1908) genau orientiert. Reber war es, welcher Grossenbacher veranlasste, die unreife Waare zu verkaufen und dieses Geschäft mit den Metzger in Bern vermittelte. Es muss daher angenommen werden, dass dem Reber die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nicht nur erkennbar war, sondern geradezu, dass er sie erkannte und ihrer bewusst wurde.

2. — Was die Frage anbetrifft, ob auf die Klage noch eingetreten werden könne, obgleich sie erst nach dem am 28. Juni 1910 erfolgten Schlusse des Konkurses angehoben worden ist (11. Juli 1913), ist auch in diesem Punkte der Auffassung der Vorinstanz beizupflichten. Zwar ist richtig, dass die Abtretung nach Art. 260 SchKG ihre Wirksamkeit verliert, wenn der Konkurs nicht durchgeführt oder widerrufen (z. B. infolge Nachlassvertrags aufgehoben) worden ist : denn dann fallen die Rechte der Gläubiger auf das schuldnerische Vermögen, die der Anfechtungs-

klage als Basis dienen, überhaupt dahin. Anders wenn der Konkurs durchgeführt und mit der Verteilung des Erlöses und der Ausstellung der Verlustscheine seine Erledigung gefunden hat : in diesem Falle kann nicht gesagt werden, dass die Rechte der Masse auf die Vermögensbestandteile des Schuldners, die nicht zur Realisierung gelangt sind, mit dem Schlusse des Verfahrens schlechterdings dahingefallen sind. Diese Folgerung ergibt sich aus Art. 269 SchKG. Denn, wenn gemäss dieser Bestimmung die nach Schluss des Konkurses entdeckten Massbestandteile zu Gunsten der zu Verlust gekommenen Gläubiger zu liquidieren sind, so will das heissen, dass der Konkurschluss an sich nicht alle weiteren Vorkehren zur Realisierung von Massvermögen schlechterdings ausschliesst. Zum Massvermögen gehört aber auch ein nach Art. 260 abgetretener Anfechtungsanspruch : denn diese Zession bedeutet keine Entäusserung des Anspruches, sondern nur die Uebertragung des Prozessführungsrechtes an den Abtretungsgläubiger (AS 37 II S. 128). Daraus folgt, dass grundsätzlich der Schluss des Konkurses weder der Anhebung der Anfechtungsklage noch deren Durchführung im Wege steht. Allerdings ist richtig, dass die Bestimmung des Art. 269, ihrem Wortlaute nach, sich bloss auf Vermögensstücke bezieht, die erst nach dem Konkurschluss entdeckt worden sind ; zu diesen kann aber ein von der Masse abgetretener Anspruch selbstverständlich nicht gezählt werden. Indessen hat das Bundesgericht wiederholt festgestellt, dass der Grund wesswegen Ansprüche, die der Konkursmasse bereits bekannt waren, nach Durchführung des Konkurses nicht mehr realisiert werden können, darin zu suchen sei, dass in der Untarlassung ihrer früheren Liquidation ein Verzicht der Masse liege, den fraglichen Vermögensteil als Massagut zu beanspruchen. Von einem Verzicht kann jedoch hier nicht die Rede sein. Abgesehen davon, dass die Masse selber die Geltendmachung des Anspruches eingeleitet hatte (widerklagsweise, vor den Freiburger Gerichten), so hat sie den Anspruch immer

aufrecht erhalten und zum Zwecke der Geltendmachung abgetreten. Daraus folgt, dass wenn, wie hier, kein besonderer Verwirkungsgrund, wie z. B. eine terminierte « Abtretung », vorliegt, der nach Art. 260 abgetretene Anfechtungsanspruch den Konkurschluss überdauert und er somit auch nach Schluss desselben geltend gemacht werden kann (AS 37 II S. 130).

3. — Ist somit das erste Klagebegehren prinzipiell begründet, so fragt sich noch, ob auch das zweite Klagebegehren im vollen Umfange gutzuheissen ist, nachdem der Beklagte die Forderung nicht nur prinzipiell sondern auch der Höhe nach bestritten hat ; mit anderen Worten, ob der Anfechtungsbeklagte zur Rückgabe der vollen am 14. Juli 1908 erhaltenen Summe zu verhalten ist. Zweifel hierüber können wegen der besonderen Gestaltung entstehen, die der Konkurschluss vor Durchführung des Anfechtungsprozesses diesem Falle verliehen hat. Nach Art. 291 Abs. 2 SchKG tritt die getilgte Forderung mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft. Der Anfechtungsbeklagte erhält also mit dem Momente, in welchem er auf Grund des Urteiles das Empfangene zurückgibt, eine Forderung im gleichen Betrage, die er im Konkurse als gewöhnliche Konkursforderung gelten machen kann. Dieser Normalfall erleidet aber eine wesentliche Aenderung, wenn der Anfechtungsgläubiger mit der Durchführung des Anfechtungsprozesses so lange zugewartet hat, dass unterdessen der Konkurs geschlossen wurde und es somit dem Anfechtungsbeklagten unmöglich geworden ist, den Anspruch gegen die Masse auf Kollokation und Dividende für die neu auflebende Forderung geltend zu machen. Diese Unmöglichkeit ist im vorliegenden Falle einzig auf Handlungen zurückzuführen, die der Anfechtungsbeklagte nicht zu vertreten hat. Gegen den frühzeitigen Konkurschluss, bei dem das in Art. 95 KV vorgesehene Verfahren nicht beobachtet worden ist, stand dem Anfechtungsbeklagten kein Rechtsmittel zu. Auch der Einwand würde fehl gehen, dass er etwas ver-

säumt habe, indem er den Anfechtungskläger zur gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsanspruches nicht provoziert hat. Das Mittel der Provokation ist ein Recht, nicht eine Pflicht und dem Anfechtungsbeklagten kann nicht zugemutet werden, dass er die Aussicht einer bevorstehenden Verjährung des Anspruches nach Art. 292 SchKG durch eine Klageprovokation hätte verscherzen sollen. Unter solchen Umständen fragt es sich, ob der Anfechtungsbeklagte nicht berechtigt sei, dem Anfechtungskläger die Einrede entgegenzuhalten, dass er zu nicht mehr verurteilt werden könne, als zur Herausgabe des zu Unrecht bezogenen, unter Abzug dessen was er erhalten hätte, wenn der Konkurs nicht abgeschlossen und somit die durch die anfechtbare Handlung getilgte Forderung an der Konkursdividende hätte teilnehmen können.

Die Frage ist zu bejahen. Wie der Konkurschluss den Untergang des Anfechtungsanspruches nicht herbeizuführen vermag, also, als solcher, die Rechte des Anfechtungsklägers nicht berührt, so kann andererseits nicht zugegeben werden, dass er der Geltendmachung des Dividendenanspruches prinzipiell im Wege stehe und die Rechte des Anfechtungsbeklagten schmälere. Richtig ist zwar, dass dieser Anspruch (Teilnahme an der Dividende laut Gesetz Art. 291, Abs. 2) von zwei Voraussetzungen abhängig ist: von der tatsächlichen Rückerstattung des Empfangenen und von der Kollokation der neu auflebenden Forderung. Dieser Anspruch ist somit bedingt, aber als bedingter Anspruch steht er dem Anfechtungsbeklagten jetzt schon zu, und es würde wider Treu und Glauben verstossen und zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse führen, wenn es in der Hand der Konkursmasse bzw. ihres Vollmachtträgers liegen könnte, diesen Anspruch durch Zuwarten mit der Anstellung der Anfechtungsklage bis nach Schluss des Konkursverfahrens zu beseitigen, auf der andern Seite aber den vollen Betrag der dem Anfechtungsbeklagten vom Schuldner geleisteten Zahlung für

sich zu beanspruchen. Mit dem Hinweise der Vorinstanz auf ein internes Liquidationsverhältnis zwischen der Masse und dem Anfechtungskläger ist dem Rechte des Anfechtungsbeklagten nicht Genüge geleistet: denn dieses Liquidationsverhältnis bezieht sich auf den Prozessgewinn (Art. 260 SchKG) und besteht zwischen dem Anfechtungskläger und der Masse, berührt aber den Anspruch des Anfechtungsbeklagten gegen die Masse auf die Konkursdividende keineswegs. Die einzige Möglichkeit, diesen Anspruch nunmehr dem Anfechtungsbeklagten zu wahren, besteht in dessen einredeweiser Zulassung gegen die Forderung, die auf Grund des Anfechtungsanspruches der Masse (bezw. dem Anfechtungskläger als deren Prozessmandatar) zuzusprechen ist. Letzterer muss sich diese Einrede gefallen lassen: denn der Anspruch des Anfechtungsbeklagten auf Dividende für die auflebende Forderung lastet auf der Masse und ist offenbar Zug um Zug zu erfüllen. Wäre, wie es die Meinung des Gesetzes ist (vgl. Art. 200), der Anfechtungsanspruch bereits im Konkursinventar vorgemerkt worden, so hätte die bei gerichtlicher Zusprechung desselben wieder auflebende Forderung auch als bedingte im Kollokationsplan für diesen Fall aufgenommen werden können und sollen, und dann hätte zweifellos der Anfechtungsbeklagte der Forderung der Masse auf Rückgabe der anfechtbaren Zahlung die Einrede der Verrechnung mit seinem Anspruch auf die Dividende entgegenhalten können. Wenn nun die Masse — oder ihr Prozessbevollmächtigter — den Anfechtungsanspruch erst geltend macht, nachdem das sämtliche Massavermögen bereits verteilt ist, so ist selbstverständlich, dass die mit dessen Gutheissung und Bezahlung wieder auflebende Konkursforderung Anspruch auf Tilgung aus dem neuen, als Ergebnis des Anfechtungsanspruches vorliegenden Massavermögen erheben kann. Und zwar muss der Anfechtungskläger nun die Geltendmachung dieses Anspruches auch auf dem Wege der Einrede der Verrechnung sich gefallen lassen,

wie die Masse wenn die Verhältnisse sich normal abgespielt hätten, weil er nicht mehr Rechte haben kann als die Masse selbst.

Auch die Tatsache, dass eine Kollokation der wieder auflebenden Forderung nicht stattgefunden hat, steht dem nicht entgegen. Denn abgesehen davon, dass es sich bei dieser Forderung ja nur um einen Teil der als solche von der Masse bereits durch ihren Rücktritt vom Kollokationsprozess definitiv für die Masse anerkannten Darlehensforderung handelt, so wäre eine nachträgliche Bestreitung dieser Forderung auch sonst weder durch die Masse, noch durch einzelne Konkursgläubiger mehr denkbar und möglich. Die *M a s s e* hat, nachdem sie ausdrücklich nur die *A n f e c h t u n g* der streitigen Teilzahlung auf die vom Anfechtungsbeklagten eingegebene Forderung als der Masse noch zustehenden streitigen Anspruch im Sinne von Art. 260 angekündigt und abgetreten hat, damit implizite den Bestand der Forderung, an welche die Zahlung verrechnet wurde, anerkannt. Es würde gegen Treu und Glauben verstossen, wenn sie eine Zahlung für eine im Konkurse angemeldete Forderung zunächst als anfechtbar zurückfordern, im Anfechtungsprozess gegen die Forderung als solche keine Einwendungen erheben und hernach erst nach dessen Durchführung die Forderung noch prinzipiell bestreiten wollte. Ein solches Verhalten würde auch mit dem Verfahren, wie es im Gesetze geordnet ist, nicht vereinbar sein. Denn die Masse ist verpflichtet, im *K o l l o k a t i o n s v e r f a h r e n* ihre sämtlichen Einwendungen gegen den Bestand der angemeldeten Forderungen an den Kridar anzubringen und wenn sie von einer ihr angemeldeten Forderung nur die ihr ebenfalls angemeldete *T i l g u n g* als unwirksam anfecht, so liegt darin eine unzweideutige Anerkennung der Forderung als solcher. Aber auch die *e i n z e l n e n* *G l ä u b i g e r* hatten im Konkursverfahren selbst schon Gelegenheit gehabt, gegen diese Anerkennung durch die Konkursverwaltung Stellung zu nehmen dadurch, dass

sie eine andere Formulierung der nach Art. 260 abzutretenden Rechte verlangen konnten ; nachdem sie das nicht getan, können sie in diesem Stadium des Verfahrens mit der Präntion auf Bestreitung der Forderung nicht mehr gehört werden.

Ebensowenig widerspricht der hier vertretenen Auffassung das Urteil der Schuldbetreibungskammer des Bundesgerichtes vom 10. Juli 1912 in Sachen Jeltsch & C^{ie} (AS 38 I S. 643), wonach der Anfechtungsbeklagte auf Abschlagszahlungen keinen Anspruch hat, die im Momente der Zusprache der Anfechtungsbeklagte bereits erfolgt sind. In jenem Falle handelte es sich nicht um den Umfang des Anfechtungsanspruches, sondern um die rein konkursprozessuale Frage, ob an einer bereits vollzogenen Abschlagszahlung nachträglich ein Gläubiger noch teilnehmen könne. Ob durch den Ausschluss des Anfechtungsbeklagten von der Dividende die Masse bereichert worden sei, und ob dem Anfechtungsbeklagten aus diesem Titel ein Anspruch gegen die Masse bzw. gegen den Anfechtungskläger erwachse, ist damals nicht untersucht und nicht entschieden worden und konnte von den Aufsichtsbehörden nicht erörtert werden (siehe Erwägung 1 des Urteils).

4. — Nach dem Gesagten bleibt noch zu untersuchen, welche Dividende dem Beklagten für 8900 Fr. in V. Klasse zugekommen wäre, wenn dieser Betrag in die allgemeine Masse gefallen und unter die sämtlichen Gläubiger verteilt worden wäre : nur für die Differenz zwischen 8900 Fr. und diesem Betrage kann die Klage zugesprochen werden. Dabei ist die Rechnung so zu gestalten, dass der Betrag von 8900 Fr., der in die Masse im Sinne von Art. 260 SchKG gefallen, wenn der Konkurs nicht vor der Prozessdurchführung abgeschlossen worden wäre, zu den Aktiven zu rechnen ist die unter die V. Klasse zur Verteilung gelangt sind, während anderseits auch die Passiven um die neu auflebende Forderung (8900), die dividendenberechtigt gewesen wäre, zu vermehren sind.

Diese Aktiven betragen somit 24,722 Fr. 35 + 8900 = 33,622 Fr. 35.

Passiven : 77,561 Fr. 35 + 8900 = 86,461 Fr. 35.

Die Dividende daher gleich 33,622 Fr. 35 : 86,461 Fr. 35 wie X : 100 = 38% (statt 31%) : auf die übrigen Prozenten hat die Masse durch Abtretung des Anfechtungsanspruches an den Kläger im Sinne von Art. 260 SchKG zu dessen Gunsten verzichtet, ein Verzicht, an dem der Berufungsbeklagte nicht mitwirken konnte und folglich für ihn auch keine Wirkung ausüben kann. 38% von 8900 Fr. = 3382. Die Klage ist demnach zuzusprechen für 8900 Fr. vermindert um den Betrag von 3382 Fr. Die Zinse der Summe von 8900 Fr. laufen nicht, wie die kantonale Instanz angenommen hat, vom 14. Juli 1908 d. h. vom Tage der anfechtbaren Leistung an. Der Anfechtungsanspruch ist nicht an diesem Tage entstanden, sondern erst mit der Schädigung der Masse, also nicht vor der Konkurseröffnung. Verzugszinse aber trägt die zu Unrecht empfangene Summe erst vom Tage an, wo der Anfechtungsbeklagte in Verzug gesetzt worden ist : im vorliegenden Falle mit der Aufforderung vom 5. Mai 1909, die Leistung vom 14. Juli 1908 der Masse zurückzuerstatten : eine frühere Mahnung ist den Akten nicht zu entnehmen. Es rechtfertigt sich, die Zinse der Summe von 3382 Fr. welche die Dividende darstellt, vom Tage des Konkurschlusses an laufen zu lassen d. h. vom Momente an wo anzunehmen ist, dass alle übrigen Gläubiger ihre Dividende erhalten haben.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird in dem Sinne begründet erklärt, dass die dem Kläger durch das angefochtene Urteil zugesprochene Summe von 8900 Fr. erst seit dem 5. Mai 1909 (statt seit 14. Juli 1908) mit 5% zu verzinsen ist und dass von dieser Summe der Betrag von 3382 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 28. Juni 1910 in Abzug zu bringen ist.

Kreisschreiben des Bundesgerichts an die kantonalen
Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung u. Konkurs. — Circulaires
du Tribunal fédéral aux autorités cantonales de surveillance
sur la poursuite pour dettes et la faillite.

17. Kreisschreiben Nr. 9 vom 8. März 1915. Gegenstand :
Vollzug des früheren Kreisschreibens Nr. 8 betreffend Fest-
stellung der Entlassung im Militärdienst befindlicher
Betreibungsschuldner.

Durch Kreisschreiben vom 21. Dezember 1914 haben wir Sie im Anschluss an den Rekursentscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 2. Dezember 1914 in Sachen Berner Kantonalbank (AS 40 III. Teil Nr. 70) darauf aufmerksam gemacht, dass es Sache der Betreibungsämter sei, von sich aus den Zeitpunkt der Entlassung derjenigen Schuldner, denen gegenüber die Vornahme von Betreibungshandlungen gestützt auf Art. 57 SchKG suspendiert werden musste, aus dem Militärdienst festzustellen. Die Betreibungsämter wurden daher angewiesen, sich zu diesem Zwecke in solchen Fällen mit der zuständigen kantonalen Militärbehörde in Verbindung zu setzen, d. h. ihr die Namen der betreffenden Schuldner anzuzeigen und sie zu er suchen, dem Amte von deren Entlassung aus dem Dienst sofort Mitteilung zu machen.

Die Durchführung dieser Anordnung ist in der Folge auf Schwierigkeiten gestossen, indem einige kantonale Militärdirektionen die Erteilung der ihnen zugeordneten Auskünfte überhaupt verweigerten, andere erklärten, dass sie dazu nicht imstande seien, da sie von den Muta-