

selten. Zweifellos unhaltbar ist sodann der vom Betreibungsamt aus Art. 146 Abs. 2 Satz 2 SchKG gezogene Schluss, dass für die Pfandgläubiger im Kollokationsplan kein Raum sei; vielmehr ist der in Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift enthaltene Hinweis auf Art. 219 SchKG ganz allgemein gehalten und bezieht er sich also nicht nur auf die privilegierten, sondern auch auf die pfandversicherten Forderungen (vgl. namentlich das fakultative Formular 4 b). Und um den Schuldner nicht vom Bestreitungsrecht auszuschliessen, hätte ihm schliesslich ja hier, als — wiederum selten vorkommende — Ausnahme von der Regel, die Kollokationsplananfechtungsklage zugestanden werden können. Dagegen ist seinerzeit nicht genügend beachtet worden, dass die Verweisung des Streites zwischen Vermieter und pfändendem Gläubiger in das Kollokationsverfahren eine Umkehrung der Parteirollen nach sich zieht. Findet zwischen ihnen das Widerspruchsverfahren statt, so kann nämlich nicht in Zweifel gezogen werden, dass der Vermieter Widerspruchsklage erheben muss, weil die Art. 106 und 109 SchKG für die Verteilung der Parteirollen einzig darauf abstellen, ob sich die gepfändete Sache im Gewahrsam des Schuldners befindet oder bei einem Dritten, welcher (das Eigentum oder) ein Pfandrecht an derselben beansprucht. Lässt sich nun zwar nicht leugnen, dass dem Vermieter eine gewisse Herrschaft über die vom Mieter eingebrachten Sachen zusteht, so kann deswegen doch nicht gesagt werden, diese Sachen befinden sich bei ihm und nicht im Gewahrsam des Mieters, was nach der gesetzlichen Ordnung der Widerspruchsklage angenommen werden müsste, damit die Klägerrolle dem pfändenden Gläubiger zugeschoben werden könnte. Unter diesem Gesichtspunkte kann an der früheren Entscheidung nicht festgehalten werden.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird abgewiesen.

#### 4. **Entscheid vom 2. Februar 1928 i. S. Kunz und Konsorten.**

Gegen einen und denselben Gemeinschuldner können nicht gleichzeitig mehrere Konkursverfahren (eröffnet und) durchgeführt werden (Erw. 1).

SchKG Art. 197 Abs. 1 (36, 174): Vermögen, welches der Gemeinschuldner während der Pendency seiner mit aufschiebender Wirkung ausgestatteten Berufung gegen das Konkurserkennntnis erwirbt, ist zum Vermögen zu rechnen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört; auf die Gegenleistung besteht eine (gewöhnliche) Konkursforderung (Erw. 2).

SchKG Art. 197 Abs. 2: Dem Gemeinschuldner vor Schluss des Konkursverfahrens anfallendes Vermögen gehört nur zur Konkursmasse, insoweit es Nottovermögen und auf rechtmässige Weise erworben ist (Erw. 3).

Plusieurs procédures de faillite ne sauraient être (ouvertes et) poursuivies concurremment contre un seul et même débiteur (consid. 1).

Art. 197 al. 1 LP (36, 174). Lorsque le failli acquiert des biens postérieurement au prononcé de faillite, mais avant solution du recours dirigé contre cette décision et pourvu d'effet suspensif, ces biens rentrent dans la masse, comme appartenant au failli lors de l'ouverture de la faillite. La contre-prestation due par le failli donne lieu à une créance (ordinaire) de faillite (consid. 2).

Art. 197 al. 2 LP. Les biens qui échoient au failli jusqu'à la clôture de la faillite ne rentrent dans la masse qu'en tant qu'ils ont été acquis régulièrement et dans la mesure seulement où ils constituent un actif net (consid. 3).

Non sono ammissibili simultaneamente più procedimenti di fallimento contro lo stesso debitore (consid. 1).

Art. 197 capv. 1 LEF (36, 174). Se il fallito acquista dei beni posteriormente all'apertura del fallimento, ma prima della definizione del ricorso diretto contro il giudizio di apertura e munito dell'effetto sospensivo, questi beni fanno parte della massa. La contro-prestazione costituisce un credito ordinario del fallimento (consid. 2).

Art. 197 capv. 2 LEF. I beni che pervengono al fallito prima che la procedura di fallimento sia chiusa, non fanno parte della massa se non ove siano stati regolarmente acquistati e nella misura che costituiscono un attivo netto (consid. 3).

A. — Über Ernst Burri in Ölrikon eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich am 15. Januar 1927 den Konkurs. Hiegegen legte Burri Berufung ein, welcher aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Indessen hatte das Rechtsmittel keinen weiteren Erfolg, als dass die Konkurspublikation bis am 8. Februar verzögert wurde. Inzwischen nahm Burri bei den Rekurrenten Darlehen in namhaften Beträgen auf, um daraus seine Gläubiger zu befriedigen. Da die Rekurrenten ihre Darlehensforderungen im vorher eröffneten Konkurs nicht glaubten geltend machen zu können, verlangten sie wegen den zu ihrem Nachteil begangenen betrügerischen Handlungen ohne vorgängige Betreibung nochmalige Konkurseröffnung über Burri, die vom Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich am 9. Mai dann auch ausgesprochen wurde. Gestützt auf einen Bescheid der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde verweigerte jedoch das Konkursamt die Durchführung eines zweiten Konkursverfahrens neben dem ersten. Andererseits zog es zur Konkursmasse die Anfechtungsansprüche gegenüber denjenigen Gläubigern des Burri, welche aus den von den Rekurrenten gewährten Darlehen befriedigt worden waren, und als die Gläubigerversammlung auf deren Geltendmachung verzichtete, schickte sich das Konkursamt an, sie an diejenigen Konkursgläubiger abzutreten, welche es beehrten.

Mit den vorliegenden Beschwerden verlangen die Rekurrenten,

1. das Konkursdekret vom 9. Mai sei zu vollziehen und ein zweiter Konkurs durchzuführen ;
2. die erwähnten Anfechtungsansprüche seien nicht abzutreten, bezw. die allfällig bereits stattgefundene Abtretung sei aufzuheben.

B. — Durch Entscheid vom 16. Dezember 1927 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Beschwerden abgewiesen.

C. — Diesen Entscheid haben die Rekurrenten an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :*

1. — Der erste Rekursantrag scheidet an dem im schweizerischen Konkursrecht — abgesehen von staatsvertraglichen Ausnahmen — geltenden Grundsätze der Einheit und Attraktivkraft des Konkurses, welcher während der Durchführung des Konkurses der Eröffnung und Durchführung eines zweiten Konkursverfahrens über einen und denselben Gemeinschuldner entgegensteht (Art. 55, 197 Abs. 2, 206 SchKG ; BGE 45 I S. 51 f. Erw. 2 ; 35 I S. 790, 812 = Sep.-Ausg. 12 S. 248, 284 f. ; 23 S. 1287 f. Erw. 1). Der jenen konkursrechtlichen Grundsatz verletzende Entscheid des Konkursrichters von Zürich ist für die den Konkursgerichten nicht untergeordneten Konkursbehörden nicht verbindlich, wie die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben.

2. — Zur Wahrung der Rechte der Rekurrenten bedarf es eines zweiten Konkursverfahrens auch gar nicht. Nach der Aktenlage ist davon auszugehen, dass der Gemeinschuldner die Darlehen bei den Rekurrenten aufgenommen hat während der Pendency seiner Berufung gegen die Konkurseröffnung, welchem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuerkannt worden war, oder schon vorher während des Laufes der Rechtsmittelfrist, und nicht etwa erst unmittelbar vor der Konkurspublikation, nach der Erledigung seiner Berufung. Dann handelt es sich aber gar nicht um erst nach der Konkurseröffnung abgeschlossene Rechtsgeschäfte, wie die Rekurrenten zur Begründung ihres Begehrens um zweimalige Konkurseröffnung ausgeführt und ihnen folgend der Konkursrichter und die beiden Vorinstanzen angenommen haben. Wenn nämlich der Berufung gegen das Konkurserkenntnis aufschiebende Wirkung zuerkannt wird, so vermag es weder auf das Vermögen des Schuldners, noch auf

die Rechte der Gläubiger die in Art. 197 ff. und 208 ff. SchKG vorgesehenen Wirkungen auszuüben vor dem Zeitpunkt, da die Berufung verworfen oder wieder zurückgezogen (oder die aufschiebende Wirkung ihr wieder entzogen) worden ist (BGE 53 III S. 206 f. Erw. 2). Die gegenteilige Auffassung, dass beim Wegfall der aufschiebenden Wirkung der Berufung die Wirkungen des Konkurserkennnisses *ex tunc* wieder aufleben, benimmt nicht nur dem Art. 36 SchKG einen wesentlichen Teil seiner Bedeutung, sondern führt auch zu ganz unhaltbaren praktischen Ergebnissen, wie in dem eben angeführten Urteile der zweiten Zivilabteilung dargetan ist und durch den vorliegenden Fall bestätigt wird. Freilich hat die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes in den — übrigens von keiner Seite angerufenen — Urteilen in BGE 46 I S. 365 ff. und 47 I S. 205 ff. der der Berufung gegen das Konkurserkennnis zuerkannten aufschiebenden Wirkung nur diese einschränkende Bedeutung beigelegt; doch beziehen sich ihre Entscheidungen lediglich auf die rein prozessrechtliche Frage nach der Zulässigkeit von *nova* in der Rechtsmittelinstanz des Konkursöffnungsprozesses, also nicht auf die hier streitige, dort in keiner Weise aufgeworfene Rechtsfrage nach den materiellen Wirkungen des Konkurserkennnisses im Falle der mit Suspensiveffekt ausgesetzten Weiterziehung, sodass Art. 23 Abs. 2 OG nicht zutrifft, wonach die Sache dem Gesamtgerichte vorzulegen wäre, ebensowenig wie in der erwähnten von der zweiten Zivilabteilung beurteilten Berufungssache.

Hieraus folgt zunächst, dass die Rekurrenten Konkursgläubiger sind und vermittelt nachträglicher Konkursangabe am Konkurse teilnehmen können, wenn sie sich nicht etwa schon binnen der Eingabefrist angemeldet und die Abweisung im Kollokationsplan hingenommen haben sollten, wobei es gegebenenfalls freilich das Bewenden haben müsste.

Als Konkursgläubiger können die Rekurrenten als-

dann natürlich auch die Abtretung der infolge der der vorliegenden Beschwerde zuerkannten aufschiebenden Wirkung bisher noch nicht gerichtlich geltend gemachten Ansprüche gegen diejenigen Gläubiger des Gemeinschuldners verlangen, welche aus den Darlehenssummen befriedigt worden sind, sei es ungültigerweise, insoweit die Zahlungen erst nach dem Definitivwerden der Konkursöffnung stattgefunden haben sollten, sei es vorher anfechtbarerweise, wie die Rekurrenten behaupten. Irgendein Vorrecht auf Abtretung vor anderen Konkursgläubigern kann freilich den Rekurrenten nicht zugestanden werden, wie denn ja auch die Geltendmachung durch die Konkursmasse selbst sämtlichen Konkursgläubigern in gleicher Weise profitiert hätte.

3. — Nach dem Ausgeführten würde also der Ausgangspunkt der Vorinstanz, dass der Gemeinschuldner die Darlehen erst nach der Konkursöffnung erhalten habe, nur zutreffen, wenn die seiner Berufung gegen das Konkurserkennnis beigelegte aufschiebende Wirkung im massgebenden Zeitpunkt nicht mehr bestanden hätte, sei es infolge vorangegangener Abweisung oder Rückzuges der Berufung (oder blosser Aufhebung des Suspensiveffektes). Allein auch in diesem Falle könnte ihrer Entscheidung über den zweiten Beschwerdeantrag nicht ohne Vorbehalte beigelegt werden. Wie die Vorinstanz seinerzeit in ihrer Weisung an das Konkursamt, dem zweiten Konkurserkennnis keine Folge zu geben, richtig bemerkt hat, könnte diesfalls nicht paulianische Anfechtung, sondern nur die Ungültigkeit der dann natürlich ebenfalls erst nach der Konkursöffnung erfolgten Zahlungen in Frage kommen (Art. 204 Abs. 1 SchKG). Allein derartige Zahlungen fallen nur dann unter die angeführte Vorschrift, wenn sie aus Konkursmassevermögen geleistet worden sind. Zu Unrecht rechnet die Vorinstanz unter der Voraussetzung, dass der Gemeinschuldner erst nach der Konkursöffnung Geld von den Rekurrenten erhalten habe, dieses zum Konkursmasse-

vermögen. Als Vermögen, welches dem Gemeinschuldner vor Schluss des Konkursverfahrens anfällt und infolgedessen gemäss Art. 197 Abs. 2 SchKG zur Konkursmasse gehört, kann nämlich nur Nettovermögen, also entweder unentgeltlich erworbenes Vermögen, oder entgeltlich erworbenes nur nach Abzug der entsprechenden Schulden, verstanden werden, wie die untere Aufsichtsbehörde zutreffend angenommen hat. Würde doch jede wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinschuldners während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens vollständig lahmgelegt, wenn jedes Vermögensstück, das er in dieser Zeit auf andere Weise als aus seinem Arbeitseinkommen erwirbt und nicht unter die unpfändbaren Sachen eingereiht werden kann, in die Konkursmasse fiel. Übrigens wird die Unhaltbarkeit der gegenteiligen Auffassung der Vorinstanz am besten dargetan durch das Ergebnis, zu welchem sie vorliegend geführt hat: dass zwar zur Konkursmasse gehöre, was die Rekurrenten dem Gemeinschuldner kreditiert haben, diese jedoch von der Anteilnahme am Konkursergebnis ausgeschlossen seien.

Hievon abgesehen muss für die Admassierung von dem Gemeinschuldner während der Dauer des Konkursverfahrens anfallenden Vermögen gelten, dass sie sich nicht auf solches Vermögen erstrecken soll, welches vom Gemeinschuldner auf deliktische Weise erworben worden ist. Unter diesem Gesichtspunkte betrachtet hätte es der Konkursmasse versagt werden müssen, gegen die aus den Darlehenssummen befriedigten Gläubiger vorzugehen; denn eigentlich wäre sie durch die Handlungsweise des Gemeinschuldners nicht nur nicht benachteiligt, sondern im Gegenteil infolge Wegfalles dieser Gläubiger bevorteilt worden.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

## 5. Entscheid vom 7. Februar 1928

### i. S. Spar- und Leihkasse in Bern und Konsorten.

Gegen die Aufnahme von Gegenständen in das Konkursinventar können Dritte nicht Beschwerde führen (Erw. 2).

Kommt in Frage, dass das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an der Grundstückszugehör auf eine Sache sich erstrecke, welche einem Dritten gehört, so darf die Konkursverwaltung die Sache nicht an den Eigentümer herausgeben, bezw. erst nach rechtskräftiger Verneinung des Pfandrechtes im Kollokationsverfahren (Erw. 3).

Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Art. 41 Abs. 2, 57, 130 entgegen Konkursverordnung Art. 53).

Les tiers n'ont pas qualité pour porter plainte contre l'inscription de tel ou tel objet dans l'inventaire de la faillite (consid. 2).

Lorsque la question se pose de savoir si le droit de gage immobilier grevant les accessoires d'un immeuble porte sur un objet appartenant à un tiers, l'administration de la faillite n'a pas le droit de remettre ledit objet au propriétaire, ou du moins pas avant que le droit de gage n'ait été définitivement déclaré nul dans la procédure de collocation (consid. 3).

Ord. réalis. forcée imm. art. 41 al. 2, 57 et 130; contra ord. administr. off. de f. art. 53.

Un terzo non ha qualità per lagnarsi dell'iscrizione di un bene nell'inventario del fallimento (consid. 2).

Ove sia litigioso, se il diritto di pegno immobiliare sugli accessori porti sopra un oggetto spettante ad un terzo, l'ufficio non può consegnare quell'oggetto al terzo rivendicante prima che il diritto di pegno sia definitivamente dichiarato inesistente nel procedimento di collocazione (consid. 3).

Regolamento sulla realizzazione forzata dei fondi art. 41, cap. 2, 57, 130, contrariamente al regolamento sull'amministrazione dei fallimenti, art. 53.

A. — Die Maschinenfabrik Winkler, Fallert & C<sup>ie</sup> A.-G. lieferte laut Vertrag vom 23. März 1926 der Verlagsanstalt W. Trösch in Olten eine Setzmaschine zum Preise von 23,240 Fr. unter Eigentumsvorbehalt, welcher