

kung zuzubilligen, von der Zustellung des Rekursentscheides des Bundesgerichts, oder ob sie vielmehr nicht vor dem Empfang des Auszuges aus dem nach der Fassung des Dispositivs der Vorinstanz erst noch vom Betreibungsamt abzuändernden Kollokationsplanes zu laufen beginnt. Indessen kann die Rekurrentin mit einer solchen Klage nur aus materiellrechtlichen Gründen Wegweisung oder Herabsetzung der zugelassenen Forderung der Rekursgegnerin verlangen, dagegen nicht die im vorliegenden Rekursverfahren erörterte rein betreibungsrechtliche Frage neu aufwerfen, weil deren Beurteilung einzig den betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden zusteht.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :*

Der Rekurs wird abgewiesen.

## II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

### ARRETS DES SECTIONS CIVILES

#### 33. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juni 1924

##### i. S. Schweizerische Bankgesellschaft gegen Betsch.

S c h K G A r t. 269. Nachträglich entdeckter Anfechtungsanspruch. Abtretung an einen Gläubiger unter Übergehung der andern. Nachweis, dass der Anspruch erst nach Konkurschluss entdeckt wurde. Frage, ob ihn das Konkursamt schon früher hätte kennen sollen.

A. — Am 31. Januar 1922 wurde über die 1916 gegründete Kommanditgesellschaft Felchlin & C<sup>ie</sup> in Basel, bestehend aus Friedrich Felchlin-Leder als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und dem heutigen Beklagten als Kommanditär mit 50,000 Fr., der Konkurs

erkannt. Mangels Aktiven erfolgte zunächst die Einstellung des Verfahrens; nachdem ein Konkursgläubiger, der Rechtsvorgänger der heutigen Klägerin, einen Kostenvorschuss geleistet hatte, wurde der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt.

In diesem Konkurs meldete der Beklagte eine Forderung von 89,288 Fr. 06 Cts., wovon 50,000 Fr. als seine Kommandite, zur Kollokation an gestützt auf eine Aufstellung, worin er seine Gesamtforderung auf 188,581 Fr. 50 Cts. bezifferte, daran aber folgende Posten in Abzug brachte: Eine Zahlung von Blum-Greuter, Architekt, gemäss Zession vom 12. August 1919 im Betrage von 60,000 Fr.; drei Zahlungen der Chemischen Fabrik Brugg gemäss Zession vom gleichen Datum im Gesamtbetrage von 33,750 Fr. 34 Cts.; eine Zahlung von F. Felchlin an die Basler Handelsbank im Betrage von 5000 Fr.; endlich Eingänge in deutscher Währung gemäss Zessionen vom 12. August 1919 und 20. August 1920 im Betrage von 543 Fr. 10 Cts.; total 99,293 Fr. 44 Cts. Das Konkursamt liess den Betrag von 39,283 Fr. 06 Cts. in fünfter Klasse zu, die Mehrforderung von 50,000 Fr. für Kommandite admittierte es nur, « sofern und inwieweit ein Gläubiger Abtretung des Anspruches gerichtet auf Anfechtung der Verrechnung und Bezahlung der Kommanditsumme verlangt und in dem Anfechtungsprozesse obsiegt ».

Am 1. Juli 1922 verlangte die Klägerin die Abtretung sämtlicher der Konkursmasse gegen den Beklagten zustehender Ansprüche im Sinne von Art. 260 SchKG. Darauf trat ihr das Konkursamt am 11. Juli den Anspruch auf Einzahlung der Kommanditsumme von 50,000 Fr. ab mit Klagefrist bis 15. Oktober 1922. Am 29. August 1922 wurde das Konkursverfahren als geschlossen erklärt; diese am 9. September publizierte Verfügung blieb unangefochten. Am 7. November 1922 verlangte die Klägerin vom Konkursamt die Ergänzung der Abtretung vom 11. Juli. Das Konkursamt entsprach dem

Begehren; die neue, vom 7. November 1922 datierte Abtretung umfasst « alle Ansprüche gegen Dr. Betsch-Mähly in Baden, insbesondere die Anfechtungsansprüche aus Art. 285 ff. SchKG auf Rückzahlung der bezogenen zirka 100,000 Fr. und Anspruch auf Einzahlung von 50,000 Fr. Kommanditsumme ». Für die Geltendmachung dieser Ansprüche wurde Klagefrist bis 15. November, später bis 15. Dezember 1922 angesetzt. Während des vorliegenden Prozesses gab das Konkursamt durch Rundschreiben sämtlichen Konkursgläubigern von den erwähnten Anfechtungsansprüchen als von neu entdecktem Vermögen Kenntnis mit dem Antrag, dass die Masse als solche auf deren Geltendmachung verzichte, und bot ihnen für den Fall der Zustimmung die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an. Nach Angabe der Klägerin haben dann ausser ihr auch noch andere Gläubiger die Abtretung verlangt, in der Folge aber wieder darauf verzichtet.

*B.* — Mit Klage vom 15. Dezember 1922 beehrte die Klägerin Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 149,293 Fr. 44 Cts. nebst 6% Zins seit 31. Januar 1922 an die Konkursmasse Felchlin & C<sup>ie</sup>, vertreten durch das Konkursamt Basel, eventuell an die Klägerin direkt. Der Beklagte habe die in seiner Konkurseingabe aufgeführten aus der Veräusserung der Gesellschaftsaktiven stammenden Beträge von zusammen 99,293 Fr. 44 Cts. auf anfechtbare Weise erlangt, daher an die Masse abzuliefern, und ferner schulde er noch seine Kommandite von 50,000 Fr., eine Verrechnung derselben sei unstatthaft.

Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, zunächst aus formellen Gründen. Die erste Abtretung vom 11. Juli 1922 sei mit dem Schluss des Konkursverfahrens und jedenfalls mit dem unbenützten Ablauf der Klagefrist dahingefallen, die zweite vom 7. November 1922 nach Ablauf der Beschwerdefrist und vollends nach Konkursabschluss nicht mehr zulässig gewesen, da es sich

nicht um neu entdecktes Vermögen handle, und zudem ungültig, weil die Abtretung nicht sämtlichen Gläubigern angeboten worden sei. Ausserdem aber sei durch die auf Grund seiner Aufstellung erfolgte rechtskräftige Kollozierung einer Forderung von 39,288 Fr. 06 Cts. auch diese Aufstellung anerkannt und eine nachträgliche Anfechtung seiner darin aufgeführten Bezüge ausgeschlossen. Im übrigen bestritt der Beklagte die materielle Begründetheit der Klage.

*C.* — Durch Urteil vom 29. Februar 1924 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Klage abgewiesen, soweit die Einzahlung der Kommanditsumme verlangt wurde, wegen Verwirkung des Klagerechts und überdies wegen Zulässigkeit der Verrechnung, hinsichtlich der weiteren Ansprüche wegen Fehlens einer gültigen Abtretung und weil es sich nicht um neu entdecktes Vermögen handle.

*D.* — In ihrer gegen dieses Urteil rechtzeitig ergriffenen Berufung an das Bundesgericht hat die Klägerin den Anspruch auf Einzahlung der Kommanditsumme fallen lassen, dagegen Gutheissung der Klage auf Erstattung der angefochtenen Bezüge von 99,293 Fr. 44 Cts., eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung dieser Forderung verlangt. Der Berufungsbeklagte hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — (Aktenvervollständigung.)
2. — Die Abtretung vom 11. Juli 1922 fällt für die heutige Entscheidung ausser Betracht, weil sie den Anspruch, den die Berufung einzig noch geltend macht, überhaupt nicht betrifft. Dass die Klägerin schon damals die Abtretung sämtlicher Ansprüche verlangt hat, ist unerheblich, massgebend ist, wofür ihr das Prozessmandat wirklich erteilt wurde.

Die Abtretung vom 7. November 1922, auf die sich

die Klägerin dermalen allein stützen kann, ist entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht deshalb nichtig, weil sie nicht sämtlichen Gläubigern angeboten worden war; diese Unterlassung hätte vielmehr lediglich eine Beschwerde der übrigen Gläubiger begründen können. Die Abtretung ist auch nie widerrufen und ebensowenig ist sie durch das weitere Vorgehen des Konkursamtes aufgehoben worden; denn das Konkursamt bezweckte mit diesem Vorgehen bloss, auch den versehentlich übergangenen Gläubigern die Teilnahme am Anfechtungsprozess zu ermöglichen. Ob in der Folge das der Klägerin bereits erteilte Prozessmandat formell erneuert und auf weitere Gläubiger erstreckt worden ist, berührt den Beklagten nicht; er könnte sich lediglich einer gesonderten Belangung durch weitere Konkursgläubiger widersetzen.

Dagegen setzt die erst nach Schluss des Konkursverfahrens erfolgte Abtretung allerdings voraus, dass es sich bei dem abgetretenen Anspruch um neu entdecktes Vermögen im Sinne von Art. 269 SchKG handelt. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist ein nachträglicher Konkursbeschluss zulässig, und daraus folgt weiterhin, dass auch der Beklagte zu der Einwendung legitimiert ist, der abgetretene Anspruch sei der Konkursverwaltung als Vertreterin der Masse — nicht bloss einem einzelnen Gläubiger, der heutigen Klägerin — schon vor Konkursabschluss bekannt gewesen, und dass in dieser Frage die Beweislast grundsätzlich den Prozessbeauftragten der Masse trifft. Andererseits aber liegt es nicht im Sinne des Gesetzes, die nachträgliche Heranziehung von Massavermögen, das zu Unrecht der Verwertung entgangen ist, durch zu strenge Anforderungen an den Beweis für die nachträgliche Entdeckung dieses Vermögens zu erschweren. Vielmehr wird die nachträgliche Entdeckung, die sich in der Regel wohl überhaupt nicht strikt beweisen lässt, schon dann anzunehmen sein, wenn keine Anhaltspunkte für eine frühere Kenntnis der

Konkursverwaltung vorhanden sind, zumal da ein Verzicht auf bekanntes Massavermögen an sich unwahrscheinlich ist und die Konkursverwaltung billig die Vermutung für sich in Anspruch nehmen darf, dass sie pflichtgemäss ihres Amtes gewaltet und nicht wesentlich Massavermögen vernachlässigt habe.

Nun ist nicht jede vom späteren Gemeinschuldner irgend einmal getroffene und in der Folge der Massa nachteilige Verfügung anfechtbar. Die Kenntnis der heute angefochtenen, für das Konkursamt aus der Konkurseingabe des Beklagten allerdings ohne weiteres ersichtlichen Zessionen und Zahlungen involviert daher nicht auch die Kenntnis des geltend gemachten Anfechtungsanspruches, vielmehr gehörte hiezu auch die Kenntnis der Tatsachen welche die Anfechtbarkeit begründen sollen, der Umstände, aus denen nun auf die Absicht des späteren Gemeinschuldners geschlossen wird, den Beklagten zum Nachteil anderer Gläubiger zu begünstigen, mit andern Worten die Kenntnis der gesamten finanziellen Lage, in der sich die Kommanditgesellschaft in einem der Konkursöffnung ziemlich weit vorausliegenden Zeitpunkte angeblich befunden hat. Dass das Konkursamt über diese Verhältnisse hinlänglich unterrichtet war, um die heute behauptete Anfechtbarkeit jener Bezüge des Beklagten zu erkennen, ist aus nichts zu entnehmen. Die vom Beklagten selbst angeführte Tatsache, dass es den streitigen Anfechtungsanspruch nicht im Konkursinventar verzeichnet hat, lässt das Gegenteil vermuten; auch ist gar nicht einzusehen, warum das Amt diesen Anspruch einfach übergangen und nicht schon am 11. Juli 1922 der Klägerin abgetreten hätte, wenn es ihn wirklich gekannt hätte. Nun steht freilich dem Kennen des Kennenmüssen gleich, aber von einem Kennenmüssen kann nur die Rede sein, wenn die Unkenntnis unentschuldigbar ist. Das trifft hier nicht zu. Vom Konkursbeamten, der einen Konkurs im summarischen Verfahren durchzuführen hat, kann unmög-

lich verlangt werden, dass er die Vermögenslage des Gemeinschuldners auf Jahre zurückverfolge, um festzustellen, ob Rechtsgeschäfte, die der Schuldner früher einmal, lange vor Konkursausbruch, abgeschlossen hat, etwa anfechtbar sind. Das summarische Konkursverfahren ist nicht auf derartige Untersuchung berechnet; andererseits will Art. 269 SchKG nicht zuletzt die nachträgliche Erfassung gerade solcher Anfechtungsansprüche ermöglichen, die dem Zugriff der Konkursverwaltung am leichtesten entgehen. Ob die Klägerin den Anspruch kannte und diese Kenntnis dem Konkursamt schon während des Konkursverfahrens hätte mitteilen können, ist unerheblich. Aus der Unterlassung kann der Masse als solcher kein Nachteil gegenüber dem Anfechtungsbeklagten erwachsen. Die Klägerin vertritt aber in diesem Prozesse die Rechte der Masse, und wem schliesslich bei der Verteilung das Prozessergebnis zufallen wird, geht den Beklagten nichts an.

Die gegen die Abtretung vom 7. November 1922 erhobenen Einwendungen halten demnach nicht stand.

3. — Unbegründet ist auch der weitere Standpunkt des Beklagten, dass die rechtskräftige Kollozierung seiner Forderung die vorliegende Anfechtung ausschliesse. Denn die Forderung, mit welcher der Beklagte kolloziert worden ist, wird ihm heute nicht streitig gemacht und auch sein ursprüngliches Gesamtguthaben an die Gesellschaft laut Aufstellung bleibt ungeschmälert, wenn der Beklagte die daran erhaltenen Zahlungen zurückgeben muss. Daraus aber, dass nicht mehr admittiert wurde, als was er selbst als sein Rechtsguthaben anmeldete, ist ein Verzicht auf die Anfechtung jener Zahlungen nicht herzuleiten.

Hiernach hängt das Schicksal der Klage davon ab, ob die Anfechtung materiell begründet ist. Da die Vorinstanz hierüber noch nicht geurteilt hat, ist die Streitsache an sie zurückzuweisen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 29. Februar 1924 aufgehoben und die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1924**

i. S. A. Michel A.-G. gegen Konkursmasse Müller.

Faustpfandbestellung oder Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht? Mangelhaftigkeit der Pfandbestellung infolge Furchterregung? OR Art. 30 Abs. 2 (Erw. 1).

Erlöschen des Faustpfandrechts infolge ungerechtfertigter Nichtablieferung der Pfänder an die Konkursverwaltung? SchKG Art. 232 Ziff. 4: bezieht sich nicht auf den Erlös von Pfändern, welche der Pfandgläubiger privatim, wenn auch unbefugterweise, verkauft hat (Erw. 2).

Verhältnis dieser Einreden zur Anfechtungseinrede (Erw. 1 i. i., 2 i. f., 5 i. f.).

Gutheissung der Anfechtungseinrede gemäss Art. 287 Ziff. 1 SchKG (Erw. 3).

Umfang der Rückgabepflicht, SchKG Art. 291: Sie umfasst nicht den Ersatz des Minderwertes infolge Preissturzes (Erw. 5). Bestimmung des Wertersatzes bei Nicht-Naturalrückgabe, speziell infolge (befugten oder unbefugten) privaten Pfandverkaufs durch den Pfandgläubiger (Erw. 6).

Art und Weise der Geltendmachung solcher Ersatzforderungen (Erw. 4), speziell Zulässigkeit der Verrechnung der Konkursdividende (Erw. 7).

Widerklagen gegenüber Kollokationsklagen bundesrechtlich zulässig (Erw. 4 i. i.).

Aktenwidrigkeitsrüge, Kriterien (Erw. 5 i. i.).

A. — Die Klägerin leistete ihrem Abnehmer Louis Müller finanziellen Beistand, indem sie zunächst einen grundpfandversicherten Bankkredit von 30,000 Fr. verbürgte und sodann mehrere Wechsel aus reiner Gefälligkeit mit ihrem Indossament versah, damit sie diskon-