

gungsverfahrens — während der Ersteigerer freilich nicht deswegen einer Mehrbelastung ausgesetzt werden darf, weil es den Parteien beliebt hat, das Betreibungsamt daran zu hindern, direkt auf das Ziel des Verwertungsverfahrens hinzusteuern, und deshalb gewisse gebührenpflichtige oder Auslagen verursachende Vorkehren (widerufen und später) wiederholt werden mussten.

Das Betreibungsamt hat in seiner Beschwerdevernehmlassung « die Kostendifferenz durch die Wiederholung der Steigerung » auf 96 Fr. 95 Cts., eventuell 109 Fr. 95 Cts. beziffert, und der Rekurrent hat sich im weiteren Verfahren nicht im einzelnen mit diesen Zahlen befasst. Daher ist einfach auf den zugestandenen kleineren Betrag abzustellen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird für den Betrag von 96 Fr. 95 Cts. begründet erklärt.

II. ENTSCHEIDUNGEN DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. September 1935 i. S. Müller gegen Keller.

Schadenersatzpflicht des dritten Gewahrsamsinhabers, der die bei ihm gepfändete, ohne Erfolg als sein Eigentum angesprochene Sache verschwinden lässt, gegenüber dem betreibenden Gläubiger.

Est tenu à des dommages-intérêts envers le créancier poursuivant le tiers détenteur qui fait disparaître la chose saisie entre ses mains, dont il a revendiqué sans succès la propriété.

Il terzo detentore che ha fatto scomparire la cosa pignorata presso di esso e di cui aveva rivendicato senza successo la proprietà, ha l'obbligo di risarcire il danno subito dal creditore escutente.

Der Kläger nimmt mit seiner Betreibung für 7800 Fr. nebst Akzessorien gegen A. Ammann an der am 27. Oktober

1932 vollzogenen Nachpfändung eines Sèvres-Service im Schätzungswert von 5000 Fr. teil, das sich damals im Gewahrsam des Beklagten befand. Der Beklagte erhob Eigentumsansprüche. Hiegegen strengten sowohl der Kläger, als ein weiterer Gruppengläubiger, als endlich die nachträglich, gemäss Art. 113 des Bundesbeschlusses vom 28. September 1920 betreffend die neue ausserordentliche Kriegssteuer, für 89 Fr. 10 Cts. nebst Akzessorien angeschlossene Kriegssteuerverwaltung des Kantons Zürich Klage an. Die vom Kläger erhobene Klage wurde zugesprochen; die Klage der Kriegssteuerverwaltung ist noch nicht beurteilt; die Klage des weiteren Gruppengläubigers wurde wegen Tilgung seiner Forderung gegenstandslos. Als das Betreibungsamt auf das Verwertungsbegehren des Beklagten hin die Ablieferung des Service verlangte, erklärte der Beklagte, er besitze es nicht mehr, und weigerte sich, anzugeben, wo es sich befinde. Eine deswegen gegen den Beklagten eröffnete Strafuntersuchung wurde eingestellt.

Mit der vorliegenden Klage (soweit noch streitig) verlangt der Kläger Verurteilung des Beklagten zu 5000 Fr. Schadenersatz.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat am 16. Mai 1935 die Klage zugesprochen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte unter Vorlage eines Gutachtens von Professor Blumenstein die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Beklagte meint, er habe durch die Beiseite-schaffung des gepfändeten Service nur den betriebenen Schuldner geschädigt, und nur wenn der daherrige Schadenersatzanspruch des betriebenen Schuldners gepfändet und vom Kläger auf der Versteigerung oder gemäss Art. 131 SchKG erworben worden wäre, könnte der Kläger Schadenersatz verlangen. Allein eine Schädigung des betrie-

benen Schuldners hätte zur Voraussetzung, dass er Eigentümer der gepfändeten Sache sei, was nicht wahrscheinlich, jedenfalls aber unabgeklärt ist.

2. — Indessen hat der Beklagte den Kläger direkt dadurch geschädigt, dass er ihn um sein Recht brachte, das gepfändete Service zur Deckung der Betreibungssumme verwerten zu lassen. Anders als im Falle blosser Weigerung, die gepfändete Sache dem Betreibungsamt zur Verwertung abzuliefern, ist das Betreibungsamt durch die Erklärung des Beklagten, er besitze das Service nicht mehr und weigere sich, anzugeben, wo es sei (ob überhaupt noch in der Schweiz oder im Ausland), in die Unmöglichkeit versetzt worden, irgendetwas vorzukehren, insbesondere irgendwelche Zwangsmassnahmen zu veranlassen, um das gepfändete Service, von dem das Amt nicht weiss, wo es sich befindet, in Verwahrung nehmen zu können. Kann sich aber das Betreibungsamt den Besitz einer gepfändeten körperlichen Sache nicht verschaffen, so kann es sie auch nicht verwerten, weil gemäss Art. 129 SchKG die Versteigerung gegen Barzahlung geschieht, was nicht nur bedeutet, dass die Übergabe nur gegen Erlegung des Kaufpreises stattfindet, sondern auch, dass ohne Übergabe keine Barzahlung gefordert werden kann (BGE 41 III S. 293 oben). Die Gründe, aus denen die Pfändung von Herausgabeansprüchen unzulässig ist (BGE 60 III S. 229), verbieten auch, dass an Stelle einer seinerzeit gepfändeten, inzwischen jedoch abhanden gekommenen Sache der Herausgabeanspruch verwertet werde. Aus Art. 235 OR, wonach der Ersteigerer das Eigentum an einer ersteigerten Fahrnis mit deren Zuschlag, also vor bzw. ohne Übergabe erwirbt, ergibt sich nichts für die Zulässigkeit der Versteigerung einer Sache, welche zu übergeben dem Betreibungsamt unmöglich ist, eben weil gemäss Art. 129 SchKG das Betreibungsamt sich nicht darauf beschränken darf, dem Ersteigerer das Eigentum an der ersteigerten Sache zu verschaffen, sondern ihm ausserdem den Besitz daran vermittelst Übergabe verschaffen muss. Andererseits darf

Art. 235 OR nicht etwa dahin ausgelegt werden, dass der Ersteigerer von Fahrnis unter allen Umständen das Eigentum mit dem Zuschlag erwerbe. Voraussetzung solchen Eigentumserwerbes ist, dass der Veräusserer bzw. das Steigerungsamt die Sache besitzt, um sie dem Ersteigerer sofort übergeben zu können; denn anders könnte nicht die in Art. 233 OR vorangestellte Regel Platz greifen, dass bei der Versteigerung der Erwerber Barzahlung zu leisten hat. Dagegen wäre der Eigentumserwerb an Fahrnis durch blossen Steigerungszuschlag unmöglich in einem Falle wie dem vorliegenden, in welchem ungewiss ist, ob die betreffende Sache überhaupt noch existiert (nicht etwa inzwischen zerstört worden ist), an welchem Ort sich befindet, ob (in der Schweiz oder aber) im Ausland, wo eine in der Schweiz durchgeführte Zwangsversteigerung keine Wirkung entfaltet, oder ob sie nicht etwa von einem Dritten in gutem Glauben zu Eigentum erworben worden ist. Gerade um zu verhindern, dass der Ersteigerer aus dem einen oder andern dieser Gründe ein Nichts erwerbe, verpönt das Gesetz die Versteigerung von Fahrnissachen, welche dem Ersteigerer nicht übergeben werden können. Der Beklagte hat somit durch die Beiseiteschaffung des gepfändeten Service dessen Versteigerung verunmöglicht und das Recht des Klägers als pfändenden Gläubigers auf Verwertung dieser Sache für seine Rechnung beeinträchtigt. Dieses Verhalten ist rechtswidrig, nämlich eine Verletzung der von Art. 98 Abs. 2 SchKG ausgesprochenen Verpflichtung, dass der dritte Besitzer einer beweglichen Sache, in dessen Händen sie trotz der Pfändung gelassen wird, sie jederzeit zur Verfügung des Betreibungsamtes zu halten hat. Diese Verpflichtung gilt auch für den dritten Besitzer, der die gepfändete Sache als Eigentum beansprucht und in dessen Händen sie daher gelassen werden muss. Dass dieses vorbedachte rechtswidrige Verhalten des Beklagten nicht entschuldigt werden kann, versteht sich von selbst. Infolgedessen genügt es gemäss Art. 41 OR als Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht des Be-

klagten gegenüber dem Kläger, welchem ein eigener Anspruch auf Ersatz erwachsen ist, insofern er dadurch Schaden erlitten hat.

3. — Aus der Unmöglichkeit, das Service verwerten und sich aus dem Erlös bezahlen zu lassen, kann aber dem Kläger nur Schaden entstanden sein, insoweit er sich nicht aus anderen gepfändeten oder allfällig noch pfändbaren Sachen bezahlt machen kann. Indessen finden sich laut der Pfändungsurkunde weitere pfändbare Aktiven nicht vor....

Der Schaden des Klägers aus der Beiseiteschaffung des gepfändeten Service durch den Beklagten besteht im Betrag, der dem Kläger aus dem Erlös der Verwertung des Services zugeteilt worden wäre, wenn die Beiseiteschaffung nicht vorgekommen wäre und die Verwertung hätte stattfinden können. Die Vorinstanz hat als mutmasslichen Verwertungserlös die Schätzungssumme von 5000 Fr. angenommen, also weniger als die Betreuungssumme des Klägers; dies ist eine keine Rechtsvorschrift verletzende und daher für das Bundesgericht verbindliche Würdigung tatsächlicher Verhältnisse und übrigens vom Kläger selbst eventuell zugestanden worden. Allein gegenwärtig ist keineswegs eine so hohe Schädigung des Klägers dargetan, weil infolge der Teilnahme der kantonalen Kriegssteuerverwaltung an der Pfändung und der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Bestreitung der Eigentumsansprache des Beklagten allermindestens als ebensowohl möglich erscheint wie nicht, dass der Kläger den mutmasslichen Steigerungserlös von 5000 Fr. mit ihr hätte teilen müssen. Die von der Vorinstanz zur Stützung ihrer gegenteiligen Annahme in Betracht gezogene mögliche Auslösung der Kriegssteuerverwaltung oder gar die nachträglich mögliche Ablieferung des Service zur Verwertung würden neue Tatsachen darstellen, deren Eintritt der Richter nicht zum voraus prophezeien kann; insbesondere würde die Ablieferung zur Verwertung ja nicht nur den Schadenersatzanspruch der Kriegssteuerverwaltung, son-

dern auch denjenigen des Klägers selbst zu Falle bringen. Wie der mutmassliche Erlös von 5000 Fr. unter die beiden Gruppengläubiger zu verteilen gewesen wäre, kann bei der Unmöglichkeit der Verwertung nicht vom Betreibungsamt im Kollokations- und Verteilungsplan, sondern nur in den auszustellenden Verlustscheinen festgestellt werden. Allein der Umstand, dass der Kläger seine Klage vor der Ausstellung der Verlustscheine erhoben hat, vermag keinen zureichenden Grund dafür abzugeben, im vorgerückten Stadium des Prozesses die grundsätzlich wohlfundierte Klage als verfrüht abzuweisen und den Kläger auf deren spätere Wiederholung zu verweisen. Der vom Kläger zu beanspruchende Schadenersatz kann sehr wohl approximativ daraus bestimmt werden, dass der Steigerungserlös von 5000 Fr. unter die beiden Gruppengläubiger zu verteilen gewesen wäre und zwar gleichmässig im Verhältnis ihrer Forderungen nebst Akzessorien (insbesondere Betreuungskosten), und dass die teilnahmeberechtigte Forderung des Klägers auf rund 8000 Fr., diejenige der Kriegssteuerverwaltung auf rund 150 Fr. zu veranschlagen ist; so wären auf die Kriegssteuerverwaltung rund 90 Fr., auf den Kläger also 4910 Fr. entfallen. Sollte aber die von der Kriegssteuerverwaltung gegen den Beklagten erhobene Klage auf Bestreitung seiner Eigentumsansprache abgewiesen werden, so könnte der Kläger auch noch die weiteren 90 Fr. ersetzt verlangen. Mit der Bezahlung dieser Summe entfällt dann natürlich jedes Recht des Klägers auf Verwertung des gepfändeten Service, sofern es nachträglich zum Vorschein kommen sollte.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird teilweise dahin begründet erklärt, dass in teilweiser Abänderung des Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. Mai 1935 die Klage im Betrage von 4910 Fr. nebst 5 % Zins seit 24. März 1934 zugesprochen und für den Mehrbetrag abgewiesen wird.