

weil sie sich unzweifelhaft nicht als Verfügung im Vollstreckungsverfahren, sondern als blosser Inzident des Beschwerdeverfahrens, nämlich als vorsorgliche Massregel zur Aufrechthaltung des tatsächlichen Zustandes während der Hängigkeit jenes Verfahrens darstellte, nicht auf dem Wege des Rekurses an das Bundesgericht angefochten werden können, so ist eine solche Anfechtung aber folgerichtig auch nicht möglich gegenüber einem Beschlusse, mit dem die Aufsichtsbehörde die Rückgängigmachung der Massregel ablehnt.»

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
erkannt:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

58. Auszug aus dem Entscheid vom 9. November 1917 i. S. Genossenschaft Famos.

Art. 1 BStV. Begriff des Kausalzusammenhangs der Zahlungsunfähigkeit mit dem Kriege.

Wie die Vorinstanz zutreffend hervorgehoben hat, kann die Rechtswohltat der allgemeinen Betreibungsstundung nur solchen Schuldner zugute kommen, auf deren wirtschaftliche Lage der Krieg mit seinen Folgen als unvorhersehbares Ereignis höherer Gewalt so eingewirkt hat, dass sie bis zur Rückkehr normaler Zeiten ausserstande sind, ihre Gläubiger voll zu befriedigen. Personen, die erst während des Krieges und zum Zwecke der günstigen Ausnützung der dadurch geschaffenen Verhältnisse ein Geschäft übernehmen oder gründen, haben, wenn dieses entgegen ihren Hoffnungen zu einem Verlust führt, keinen Anspruch auf eine allgemeine Betreibungsstundung, weil sie mit dem Kriege und der damit im Zusammenhang stehenden Unsicherheit und Wandelbarkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse von vornherein rechnen mussten (vergl. Entscheid i. S. Frischknecht & C^{ie} vom 1. August 1917).

59. Entscheid von 10. November 1917 i. S. Burkhardt.

Art. 260 SchKG. Begehren um Abtretung der Rechte der Masse auf Ersatz des Schadens, welcher durch die Anlegung von Massegeldern bei einer privaten Bank statt bei einer gesetzlich autorisierten Depositenanstalt i. S. von Art. 24 SchKG seitens des Konkursverwalters entstanden ist ?

A. — Am 15. Mai 1908 wurde über Emil Burkhardt, Darmhändler in Eschlikon, der Konkurs eröffnet. Die aus der Liquidation der Masse eingehenden Gelder wurden zum Teil, wie behauptet wird auf Grund eines Beschlusses der Gläubigerversammlung, nicht bei der kantonalen Depositenanstalt, sondern bei der Leih- und Sparkasse Eschlikon in Kontokorrent angelegt. Vor Abschluss des Konkursverfahrens geriet die Leih- und Sparkasse Eschlikon am 5. August 1912 selbst in Konkurs, sodass die Konkursmasse Burkhardt auf ihrem Kontokorrentguthaben nur die den Gläubigern V. Klasse im Konkurse der Kasse zukommende Dividende erhalten wird. Mit Zahlungsbefehl vom 26. Mai 1916 betrieb darauf ein Gläubiger im Konkurse Burkhardt, der heutige Rekurrent Gottfried Burkhardt, den früheren Konkursbeamten und Konkursverwalter, Dr. von Streng, in Sirnach auf Zahlung von 13,180 Fr. 80 Cts., Betrag des mutmasslich der Konkursmasse Burkhardt im Konkurse der Leihkasse Eschlikon entstehenden Ausfalls. Der Betriebene schlug Recht vor, worauf die Sache einstweilen ruhen blieb. Gegen die im November 1916 erfolgte Auflegung der Schlussrechnung und Verteilungsliste im Konkurse Burkhardt erhob G. Burkhardt Beschwerde mit der Begründung, dass die Verteilung gemäss Art. 261 SchKG erst nach Eingang des Erlöses der ganzen Konkursmasse vorgenommen werden dürfe, diese Voraussetzung aber hier nicht zutrefte, indem die Schlussdividende im Konkurs der Leihkasse Eschlikon noch ausstehe. Nachdem sich aus der Vernehmlassung des Konkursamtes und den von ihm vorgelegten Akten er-

geben hatte, dass die Auflegung auf Grund einer Vereinbarung mit den hauptsächlichen Gläubigern und in der Meinung erfolgt war, dass die fragliche Schlussdividende als « nachträgliches Aktivum formlos verteilt werden solle », wies die kantonale Aufsichtsbehörde mit rechtskräftig gewordenem Entscheide vom 26. Januar 1917 die Beschwerde ab, weil sich der Beschwerdeführer durch den Beitritt zu jener Vereinbarung des Rechtes, das allerdings an sich nicht gesetzeskonforme Vorgehen des Konkursamtes anzufechten, begeben habe und zu einem Einschreiten von Amtes wegen unter den vorliegenden Umständen kein Anlass bestehe. Die Auszahlung der nach der Verteilungsliste den Gläubigern zukommenden Beträge verzögerte sich dann, weil inzwischen die Ausrichtung einer weiteren Abschlagsdividende im Konkurse der Leihkasse Eschlikon in nächste Nähe gerückt war und Verhandlungen geführt wurden, um die letztere Masse im Wege des Vergleiches zur sofortigen Aushändigung des gesamten der Masse Burkhardt voraussichtlich noch zukommenden Betrages gegen Verzicht auf weitere Ansprüche zu veranlassen. Obwohl demnach das Verfahren nicht vollständig durchgeführt war, hat das Bezirksgericht Münchwilen auf Antrag des Konkursamtes am 1. Mai 1917 den Konkurs Burkhardt als geschlossen erklärt.

Am 27. Juni 1917 verlangte darauf G. Burkhardt vom Konkursamt die Abtretung der Rechte, welche der Masse gegen den früheren Konkursverwalter, Dr. von Streng, auf Grund der « oben namhaft gemachten Umstände » zustehen. Durch Verfügung vom 17. September wies indessen das Konkursamt das Begehren ab, weil nach Schluss des Konkurses eine Abtretung nach Art. 260 SchKG nicht mehr möglich sei, es sich überdies nicht um Rechte der Masse gegen einen Dritten, welche allein der Abtretung fähig wären, sondern um eine persönliche Schadenersatzklage des Petenten handle, endlich der Anspruch angesichts der Beschlüsse der Gläubigerversammlung auch offenbar unbegründet und verjährt sei.

Eine dagegen gerichtete Beschwerde des G. Burckhardt verwarf die kantonale Aufsichtsbehörde am 11. Oktober 1917, indem sie ausführte : mit der Behauptung, dass der Konkursverwalter entgegen gesetzlicher Vorschrift Massegelder bei einer nicht autorisierten Stelle hinterlegt und dadurch einen Verlust verursacht habe, werde eine Schädigung der Masse und nicht bloss eines einzelnen Gläubigers geltend gemacht. Es könne daher der darauf gegründete Anspruch von den einzelnen Gläubigern wohl nur auf Grund einer Abtretung nach Art. 260 verfolgt werden. Jedenfalls müsse gewärtigt werden, dass dem Kläger mangels einer solchen vom Richter die Klagelegitimation abgesprochen würde, sodass es den Vollstreckungsbehörden nicht zukommen könne, aus dem erwähnten Gesichtspunkte die Ausstellung der Abtretungsurkunde zu verweigern. Ebenso sei in diesem Verfahren nicht zu untersuchen, ob der Anspruch an sich begründet und ob er eventuell verjährt wäre oder nicht. Auch hier handle es sich um materielle rechtliche Fragen, deren Entscheidung allein dem Richter zustehe. Dagegen halte das Konkursamt dem Beschwerdeführer mit Recht den erfolgten Schluss des Konkursverfahrens entgegen. Mit dem Schlusserkenntnis habe die Liquidation des Massegutes ihr Ende gefunden. Eine nachträgliche Admassierung von Vermögensrechten und folglich auch die Stellung von Abtretungsbegehren in Bezug auf solche wäre nur noch zulässig, wenn man es mit erst später entdeckten Aktiven im Sinne des Art. 269 SchKG zu tun hätte, was augenscheinlich nicht zutrefte. Dass der Schluss in einem Zeitpunkt verfügt worden sei, wo er an sich nicht zulässig gewesen wäre, sei unerheblich, weil der Rekurrent durch den Beitritt zu der im Entscheide vom 26. Januar 1917 erwähnten Vereinbarung implicite seine Zustimmung hiezu gegeben habe. Auch könne es nicht Sache der Aufsichtsbehörde sein, das rechtskräftig gewordene Erkenntnis des Bezirksgerichts zu kassieren. Wenn der Rekurrent damit nicht ein-

verstanden gewesen sei, so hätte er es innert nützlicher Frist weiterziehen sollen. Dass er es nicht getan, müsse ihm als Verzicht auf die Geltendmachung der bekannten Ansprüche, soweit deren Liquidation nicht vorbehalten worden sei, ausgelegt werden.

B. — Gegen den ihm am 14. Oktober 1917 zugestellten Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde rekurriert G. Burkhardt am 24. Oktober 1917 an das Bundesgericht, indem er sein Beschwerdebegehren erneuert. Er bestreitet, dass er je sein Einverständnis zum Schluss des Verfahrens vor durchgeführter Verteilung gegeben habe. Auch wenn es geschehen wäre, könnte darauf nichts ankommen, weil das eingeschlagene Verfahren gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes verstosse und daher für die Aufsichtsbehörde umsoweniger verbindlich sein könne, als ein Rechtsmittel gegen das Schlusserkenntnis selbst weder nach eidgenössischem, noch nach kantonalem Rechte bestehe.

C. — Die kantonale Aufsichtsbehörde hat auf Abweisung des Rekurses angetragen und dabei u. a. bemerkt, die Behauptung, dass das Schlusserkenntnis nach kantonalem Prozessrecht ein endgültiges gewesen sei, treffe nicht zu. Die Weiterziehbarkeit solcher Entscheide sei in der Praxis stets anerkannt worden.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Nach Art. 260 SchKG kann jeder Gläubiger die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet. Voraussetzung des Abtretungsbegehrens ist demnach, dass es sich auf einen Anspruch beziehe, welcher Bestandteil der Konkursmasse bildet. Was zur Konkursmasse gehört, wird in Art. 197-203 SchKG bestimmt. Es sind die Vermögensstücke, welche dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehören oder nachher vor

Schluss des Konkursverfahrens anfallen, einerseits, die durch die Konkurseröffnung begründeten Ansprüche auf Anfechtung von ihm vorgenommener Rechtshandlungen nach Art. 214, 285-289 SchKG anderseits. Nur Rechte dieser Art oder Vermögenswerte, die durch deren Liquidation an ihre Stelle getreten sind, können demnach Gegenstand der Verfolgung durch die Gläubigergesamtheit, bezw. eines Verzichtsbeschlusses der letzteren nach Art. 260 SchKG sein. Denn die Gesamtheit der Gläubiger bildet eine Gemeinschaft, in welcher der Wille der Mehrheit auch bindende Kraft für die Minderheit beanspruchen kann, nur insoweit, als es sich aus der ihr zugewiesenen gemeinsamen Aufgabe, der Realisierung des allen zustehenden konkurstmässigen Beschlagsrechts am Vermögen des Gemeinschuldners zum Zwecke der gemeinsamen Befriedigung ergibt. Es kann ihr deshalb auch die Fähigkeit zur Bildung eines körperschaftlichen Willens nur insoweit zukommen, als es jener Zweck erfordert.

Danach erscheint es aber ausgeschlossen, dass der Anspruch, welcher hier in Frage steht, nämlich die Forderung gegen den Konkursverwalter auf Ersatz des durch angeblich schuldhaft pflichtwidrige Ausübung seines Mandates gestifteten Schadens, als ein der Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG fähiges Aktivum der Masse betrachtet werden könnte, weil man es dabei weder mit einem Vermögensrechte des Gemeinschuldners, noch mit einer Anfechtung nach Art. 214, 285-289 des Gesetzes, sondern mit Rechten zu tun hat, die aus der Verletzung eines den Konkursgläubigern als solchen gegenüber bestehenden Pflichtverhältnisses hergeleitet werden und daher unmittelbar in der Person dieser selbst entstehen. Es kann daher eine solche Forderung niemals von der Gläubigergesamtheit als Gemeinschaft, sondern nur von den einzelnen Gläubigern, in dem Umfange als sie tatsächlich geschädigt sind, geltend gemacht werden. Dann bedarf es aber auch zur Erhebung der Klage einer Abtretung nach

Art. 260 nicht, da diese nur da nötig ist, wo die Verfolgung des Anspruchs ohne solche ausschliesslich der Gesamtheit der Gläubiger zustehen würde.

Etwas anderes ist denn auch in dem von der Vorinstanz angeführten Entscheide AS 22 Nr. 47 nicht ausgesprochen worden. Denn in jenem Falle handelte es sich nicht um einen Schadenersatzanspruch gegen den Konkursverwalter, sondern um eine Klage gegen den Betreibungsbeamten wegen Vorenthaltung eines durch Pfändung in seine Hand gekommenen, in die Konkursmasse fallenden Geldbetrages, also um die Eintreibung eines Masseaktivums im oben umschriebenen Sinne. Ebenso glaubt die Vorinstanz zu Unrecht, dass darüber, ob der Rekurrent zu seiner Legitimation einer Abtretung bedürfe, vom Richter und nicht von den Aufsichtsbehörden zu entscheiden sei, weshalb ihm nicht durch deren Verweigerung die Klagemöglichkeit abgeschnitten werden dürfe. Wenn, wie feststeht und unbestreitbar ist, es den Aufsichtsbehörden zukommt, darüber zu befinden, ob ein bestimmtes Vermögensrecht seiner Natur nach überhaupt Bestandteil des Masse bilden, d. h. dem konkursmässigen Beschlagnahme-recht der Gläubiger unterliegen könne, so ist es auch allein deren Sache festzustellen, was aus dem erwähnten Gesichtspunkte Gegenstand der Abtretung nach Art. 260 sein kann und nicht. Verneinen sie die Notwendigkeit der Abtretung, weil der im Streite liegende Anspruch keinesfalls der Gesamtheit der Gläubiger, sondern höchstens jedem von ihnen persönlich zustehen könne, so ist diese Entscheidung für den Richter verbindlich und kann er dem Kläger nicht mangels Vorlegung einer Abtretungsurkunde die Legitimation zur Klage aberkennen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

**60. Arrêt du 21 novembre 1917 dans la cause
Meyer-Lehmann.**

Sursis général aux poursuites : Intérêts hypothécaires échus depuis deux ans. Appréciation de la situation du débiteur. Valeur actuelle de l'immeuble à considérer.

A. — Le 1^{er} octobre 1917, les époux Arnold et Marie Meyer, aubergistes à Grandfey, ont sollicité du président du Tribunal de la Sarine un sursis général aux poursuites jusqu'au 31 décembre 1917. Les requérants exposaient : Leurs immeubles, achetés pour le prix de 38 000 fr., sont grevés d'hypothèques pour environ 31 000 fr. En outre ils ont pour environ 7000 fr. de dettes chirographaires. L'actif, qui comprend aussi un stock de marchandises, couvre le passif. Les événements de la guerre empêchent les époux Meyer de désintéresser actuellement leurs créanciers.

B. — Le président du Tribunal a écarté la demande de sursis par décision du 29 octobre 1917 motivée comme suit :

Le stock des marchandises en cave vaut environ 700 fr. Les immeubles, dont la taxe cadastrale est de 31 743 fr., peuvent être évalués à 34 743 fr. Le prix d'achat de 38 000 fr. payé en 1909 est certainement trop élevé. L'actif se monte au total à 35 443 fr. Le passif atteint 37 965 fr. 95. Les époux Meyer doivent donc être considérés comme insolvable et le bénéfice du sursis ne peut leur être accordé. Il faut relever en outre que les requérants ne paient pas les intérêts des créances hypothécaires. En ce qui concerne la Brasserie Beauregard et M. Guhl, les intérêts sont échus depuis deux ans.

C. — Les époux Meyer ont recouru au Tribunal fédéral. Ils maintiennent leur demande de sursis.

La Grande Brasserie de Beauregard a conclu au rejet du recours.