

**52. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Dezember 1927****i. S. Lüthi gegen Konkursmasse Uhlmann.****Anfechtungsklage:** Art. 285 SchKG.**Abschlagsverteilungen:** Art. 251 Abs. 3 SchKG.

Erw. 1. Die Anfechtungsklage ist in einem Konkurs, in welchem alle Gläubiger befriedigt sind, auf jeden Fall dann nicht mehr zulässig, wenn mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit keine neuen Gläubiger mehr zu erwarten oder nachträglich angemeldete durch das vorhandene Massavermögen gedeckt sind.

Erw. 2. Nachweis, dass im vorliegenden Fall die Gläubiger schon vor der Anhebung der Anfechtungsklage befriedigt waren und der Konkurs lediglich mit Rücksicht auf die angehobene Anfechtungsklage nicht widerrufen oder geschlossen wurde.

Erw. 3. Nachweis, dass die nachträglich angemeldeten Gläubiger im vorliegenden Fall gedeckt sind. Hierzu ist nicht nötig, dass das ganze Vermögen verwertet sei; nur wenn die Deckungsmöglichkeit bestritten wird, muss im Zweifel angenommen werden, das vorhandene Vermögen genüge nicht.

Vorzeitig an den Gemeinschuldner gemachte Zahlungen auf Rechnung eines Konkursüberschusses sind keine « Abschlagsverteilungen » im Sinne des Art. 251 Abs. 3 SchKG; sie sind ungesetzlich und gelten den Gläubigern gegenüber als nicht erfolgt; können sie nicht mehr in die Masse zurückgebracht werden, haftet dafür der Staat, und die Verteilung ist vorzunehmen, wie wenn diese Zahlungen an den Gemeinschuldner nicht erfolgt wären.

*Aus dem Tatbestand:*

Jakob Uhlmann, über den am 7. September 1925 der Konkurs eröffnet wurde, hatte am 18. Juli zuvor einen Schuldbrief für 14,000 Fr. an den Beklagten abgetreten. Angesichts der Umstände, unter denen die Abtretung vor sich gegangen war, erachtete die Konkursverwaltung die Abtretung für anfechtbar und erhob am 29. Juli 1926 die Anfechtungsklage gegen den Abtretungsempfänger, obwohl die bekannten Konkursgläubiger bereits befriedigt waren (oder jederzeit hätten befriedigt werden können) und dem Gemeinschuldner sogar eine ansehn-

liche Summe auf Rechnung eines zu erwartenden Konkursüberschusses ausbezahlt worden war. Das Bundesgericht hat der Konkursmasse unter diesen Umständen das Recht zur Anfechtungsklage abgesprochen.

*Entscheidungsgründe:*

1. — Die Anfechtungsklage bezweckt, die Nachteile, die ein Schuldner durch gewisse Rechtshandlungen seinen Gläubigern zugefügt hat, dadurch wieder gutzumachen, dass die Werte, um welche das Vermögen des Schuldners durch diese anfechtbaren Handlungen vermindert worden ist, in das Vollstreckungsvermögen zurückgebracht werden. Sie setzt daher voraus, dass der Schuldner nicht mehr genügend Vermögen besitzt, um seine Gläubiger vollständig zu befriedigen. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so hat die Anfechtungsklage keine Berechtigung. Sie ist daher nur dann zulässig, wenn feststeht, dass das Vermögen des Schuldners zur Bezahlung seiner Gläubiger nicht ausreicht. Das ist nach Art. 285 SchKG bei der gewöhnlichen Betreibung der Fall, wenn gegen den Schuldner ein vorläufiger oder ein endgültiger Verlustschein vorliegt, den der Gläubiger innehaben muss, um sich über sein Recht zur Anfechtungsklage auszuweisen. Bei der Konkursbetreibung ist dieser Ausweis geleistet durch die Konkurseröffnung, die die Rechtsvermutung der Zahlungsunfähigkeit d. h. des Unvermögens des Schuldners, alle seine Gläubiger zu befriedigen, nach sich zieht, ohne dass die Masse erst abzuwarten braucht, bis durch die Verwertung dargetan ist, dass die Schulden das Vermögen des Schuldners wirklich übersteigen. Allein diese Rechtsvermutung ist nicht unwiderleglich. Wenn sich während des Prozesses ergibt, dass der Kläger, der auf Grund eines vorläufigen Verlustscheines die Anfechtungsklage angehoben hat, im Verlauf der Betreibung befriedigt worden ist, so verliert der vorläufige Verlustschein seine Wirkung als Legitimation zur Anfechtungsklage, wie das Bundesgericht

bereits in seinem Urteil vom 12. Juli 1911 i. S. Bernstein gegen Borle (BGE 37 II 500 Erw. 3) ausgesprochen hat. Ähnlich verhält es sich auch bei einer Anfechtung auf Grund eines endgültigen Verlustscheins oder bei derjenigen im Konkurs. Wenn sich ergibt, — was nicht unmöglich ist und sich schon oft ereignet hat, — dass der Schuldner trotz dem endgültigen Verlustschein oder der Konkursöffnung nicht mehr zahlungsunfähig ist oder es nie gewesen war, indem der Wert seines Vermögens oder der Konkursmasse zur Deckung seiner Verlustscheins- oder Konkursgläubiger vollauf genügt, so hat die Anhebung oder Weiterführung der Anfechtungsklage keinen Sinn; die Gläubiger, zu deren Deckung die Anfechtungsklage dient, sind keinerlei Nachteilen mehr ausgesetzt.

Die Vorinstanz hat indessen für die im Konkurs erhobene Anfechtungsklage mit Rücksicht auf die Vorschrift des Art. 251 SchKG, wonach bis zum Schlusse des Konkurses noch nachträglich Forderungen eingegeben werden dürfen, mit der Möglichkeit neuer Konkursforderungen, die allfällig nur aus dem Ergebnis eines Anfechtungsstreites befriedigt werden könnten, gerechnet und daher angenommen, die Anfechtungsklage im Konkurs werde aus diesem Grunde bis zum Schluss des Konkurses nie gegenstandslos, auch wenn vor oder nach ihrer Einleitung sämtliche bekannten Gläubiger gedeckt wären. Ob dieser Auffassung grundsätzlich beizupflichten ist, kann hier dahingestellt bleiben. Sie ist auf jeden Fall dann nicht richtig, wenn, wie es bei der klagenden Konkursmasse zutrifft, mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit die Anmeldung neuer Gläubiger nicht mehr zu erwarten ist oder nachträglich angemeldete Gläubiger durch das vorhandene Massavermögen gedeckt sind.

2. — Nach der Verteilungsliste der Klägerin ergibt sich nämlich, dass deren Konkursgläubiger (bis auf die Emmenthaler Mobiliarversicherung, der ein Guthaben

von 75 Fr. 30 Cts. zustand) schon lange vor der am 29. Juni 1926 erfolgten Einreichung der Anfechtungsklage befriedigt waren: die meisten Gläubiger wurden im Dezember 1925, einige im Januar und Februar 1926 und die letzten im Mai 1926 bezahlt, und trotz dieser Zahlungen blieb noch ein Überschuss von 13,343 Fr. 25 Cts., wovon das Konkursamt kurz nach der Erhebung der Anfechtungsklage — am 12. Juli 1926 — dem Gemeinschuldner 9050 Fr. auf Anrechnung des Konkursüberschusses einhändigte und den Rest von 4293 Fr. 25 Cts. zurückbehielt zur Deckung der genannten Forderung der Emmenthaler Mobiliarversicherung, sowie der Prozesskosten und allfälliger weiterer Konkurskosten (von denen der Hauptbestand mit 823 Fr. 55 Cts. bereits gedeckt war). Die Klägerin wusste also schon vor Anhebung der Klage, auf jeden Fall bei der am 25. September 1926 erfolgten Aufstellung der Verteilungsliste, dass sämtliche Gläubiger bezahlt waren (oder jederzeit bezahlt werden könnten). Das Konkursamt hat denn auch schon in seinem Briefe vom 23. Februar 1926 dem Anwalte Uhlmanns geschrieben, der Konkurs werde widerrufen, sobald Lüthi den Gegenwert des abgetretenen Titels bezahle; wie es auch in seinem Nachtrag vom 13. November 1926 zum Kollokationsplan erklärte, sämtliche Verpflichtungen des Gemeinschuldners seien erfüllt, und es sei ihm ein Konkursüberschuss eingehändigt worden; « wegen der gegen Lüthi angehobenen Anfechtungsklage jedoch habe der Konkurs nicht widerrufen werden können. » Also nicht mit Rücksicht auf allfällige verspätete Konkursgläubiger ist die Anfechtungsklage weitergeführt worden, sondern der Konkurs wurde — obwohl dies gemäss Art. 195 oder 268 SchKG geboten gewesen wäre, — nicht widerrufen oder geschlossen, weil der Anfechtungsprozess noch anhängig war. Hätte das Amt die Möglichkeit verspäteter Konkursforderungen vorausgesehen, würde es dem Gemeinschuldner nicht eine Zahlung von über 9000 Fr. auf

Rechnung eines Konkursüberschusses geleistet haben. Der Verdacht liegt nahe, die Klägerin habe mit der Anfechtungsklage nicht den Vorteil der Gläubiger, sondern den des Gemeinschuldners wahrnehmen wollen, in gänzlicher Verkennung des Zweckes dieser Klage, die nicht die Aufhebung des Rechtsgeschäftes zwischen den beteiligten Vertragsparteien, sondern nur die Feststellung anstrebt, dass das Rechtsgeschäft den anfechtenden Gläubigern oder der Masse nicht entgegengehalten werden kann.

3. — Allein so ungehörig dieses Verhalten der Klägerin vor oder wenigstens kurz nach der Einreichung der Anfechtungsklage gewesen sein mag, so genügte es nicht zur Abweisung der Klage, weil tatsächlich nach Abfassung der Verteilungsliste und vor Schluss des Konkurses, während der Anfechtungsstreit noch anhängig war, verspätete Konkursforderungen geltend gemacht worden sind. Diese nachträglichen Forderungen beliefen sich auf insgesamt 32,827 Fr. 50 Cts. Doch sind davon im Nachtrag zum Kollokationsplan nur zwei Forderungen im Gesamtbetrag von 10,188 Fr. rechtskräftig zugelassen worden. Das vorhandene, noch unverbrauchte Konkursvermögen war indessen so gross, dass neben den Prozesskosten auch diese anerkannten nachträglichen Konkursforderungen vollauf gedeckt werden konnten. Besitzt doch die Masse ausser dem erwähnten Konkursüberschuss von 13,343 Fr. 25 Cts. noch eine Grundpfandforderung von 7315 Fr. auf Ernst Kiener, in Oberbuchsitzen, von der die Vorinstanz zu Unrecht annimmt, der Beklagte könne sich auf das Vorhandensein dieses Wertes nicht berufen, da er dessen Verwertung erst auf dem Beschwerdewege durch die Aufsichtsbehörden hätte anordnen lassen sollen. Die Anfechtungsklage wird gegenstandslos, wenn feststeht, dass das Vermögen des Schuldners dessen Schulden übersteigt, und es ist hierzu nicht notwendig, dass das ganze Vermögen verwertet sei; wird die Deckungsmöglichkeit bestritten, dann

wird im Zweifel allerdings angenommen, das vorhandene Vermögen genüge nicht; liegt aber keine Bestreitung vor, dann ist nicht einzusehen, weshalb zur Schätzung der Deckungsmöglichkeit erst die Aufsichtsbehörden angerufen werden sollen. Die Grundpfandforderung von 7315 Fr. aber ist im Inventar mit 6000 Fr. eingesetzt, und diese Schätzung ist unbestritten geblieben. Zu diesem Betrage ist noch hinzuzurechnen der in der Verteilungsliste ausgewiesene Konkursüberschuss, wovon dem Gemeinschuldner 9050 Fr. auf Rechnung seines Anspruches an diesem Überschuss eingehändigt worden sind. Die Vorinstanz scheint, ohne sich näher zu erklären, der Auffassung gewesen zu sein, die nachträglichen Konkursgläubiger hätten kein Anrecht auf diesen dem Gemeinschuldner ausbezahlten Betrag, weil nach Art. 251 Abs. 3 SchKG den verspäteten Konkurs eingaben kein Anspruch auf die vor ihrer Anmeldung stattgefundenen Abschlagsverteilungen zustehe. Das ist rechtsirrtümlich, so dass die hierauf beruhende Annahme der Vorinstanz, es stehe nicht fest, dass alle angemeldeten und anerkannten Gläubiger vollständig befriedigt worden seien, als Bundesrecht verletzend nicht verbindlich ist. Unter den Abschlagsverteilungen, von denen Art. 251 SchKG spricht, können nur die an die Konkursgläubiger gemachten verstanden werden; der Gemeinschuldner hat keinerlei Anrecht auf Abschlagszahlungen. Wenn nach Verteilung des Massavermögens ein Überschuss bleibt, ist dieser ihm allerdings herauszugeben, aber erst nach Schluss des Konkurses, da bis dahin immer noch verspätete Konkurs eingaben möglich sind und daher nicht sicher ist, ob sich ein Konkursüberschuss ergibt. Diese ungesetzliche Zahlung an den Gemeinschuldner vermochte die Gläubiger in keiner Weise zu benachteiligen; denn den Gläubigern gegenüber verwaltet das Betreibungs- oder Konkursamt das Verwertungsergebnis wie ein Rechnungsführer; wenn es den Erlös an Unberechtigte aus-

bezahlt, haftet es oder an seiner Stelle der Staat, als dessen Organ es gehandelt hat, den Gläubigern und zwar in der Weise, dass die Verteilung vorzunehmen ist, wie wenn die ungesetzliche Auszahlung nicht stattgefunden hätte, mit andern Worten : der zu Unrecht ausbezahlte Betrag ist so zu behandeln, wie wenn er noch in der Masse vorhanden wäre ; gelingt es dem Amte nicht, dessen Rückerstattung zu erlangen, so hat es ihn selbst zu ersetzen oder durch den Staat ersetzen zu lassen (vgl. BGE 44 III 89 und die dort erwähnten Entscheide). Im vorliegenden Falle stand somit den zugelassenen nachträglichen Konkursforderungen von 10,188 Fr. ein freies Massavermögen von 13,343 Fr. 25 Cts. in bar und 6000 Fr. in einer Grundpfandforderung, zusammen also von 19,343 Fr. 25 Cts. gegenüber, so dass nach ihrer vollständigen Deckung noch 9155 Fr. 25 Cts. Konkursüberschuss vorhanden war, ein Betrag, der durch die nach der Auflegung des Verteilungsplanes noch erwachsenden Kosten natürlich nicht aufgezehrt werden konnte.

Es steht somit fest, dass der Gemeinschuldner Uhlmann trotz der mit seinem Konkurs gegebenen Rechtsvermutung seiner Zahlungsunfähigkeit tatsächlich nicht zahlungsunfähig gewesen ist, weil alle seine Gläubiger, auch die nachträglich angemeldeten, aus seinem Vermögen bezahlt worden sind (oder jederzeit hätten bezahlt werden können); dass sich später keine weiteren Gläubiger mehr melden werden, ist unter den gegebenen Umständen geradezu mit Sicherheit anzunehmen. Die Einrede des Beklagten, der klagenden Masse fehle die Legitimation zur Anfechtungsklage, erweist sich daher als begründet, und die Vorinstanz hätte die Anfechtungsklage aus dieser Erwägung abweisen sollen.

### III. KREISSCHREIBEN DES GESAMTGERICHTES

#### CIRCULAIRES DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

##### 53. Kreisschreiben Nr. 21 vom 19. Dezember 1927.

Aufbewahrung der Akten des Betreibungsverfahrens.

In Abänderung der bundesrätlichen Verordnung Nr. 1 zum SchKG vom 18. Dezember 1891 (Reglement über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register und die Rechnungsführung), Art. 31, hat das Bundesgericht heute beschlossen, die Führung des Gruppenbuches fakultativ zu erklären. Werden infolgedessen diejenigen Vorgänge des Betreibungsverfahrens, welche nicht im Betreibungsbuch verurkundet werden können, nicht mehr aus den während langer Zeit aufzubewahrenden Registern ersichtlich sein, so genügt die durch das Kreisschreiben vom 20. Februar 1907 für die Aufbewahrung der Akten des Betreibungsverfahrens gesetzte Minimalfrist von zehn Jahren nicht mehr durchwegs. Vielmehr ist unerlässlich, dass fortan die Verwertungsprotokolle für Fahrnis und Liegenschaften (einschliesslich Lastenverzeichnisse), Kollokations- und Verteilungspläne während mindestens zwanzig Jahren vom Abschluss der betreffenden Betreibung an aufbewahrt werden. Der Einfachheit und Einheitlichkeit halber soll dies nicht nur für Gruppenpfändungen, sondern auch für Einzelpfändungen und Pfandverwertungsbetreibungen geschehen, und zwar gleichgültig, ob das Gruppenbuch weitergeführt wird oder nicht.