— und zwar handelt es sich nunmehr um das bundesgerichtliche — zu schützen, aber nur in dem von der Vorinstanz verfügten beschränkten Umfange. In dieser Publikation liegt in der Tat das geeignetste Mittel zur Abwendung weitem Schadens. Andererseits genügt bei der geringen Verbreitung, die die mit den angefochtenen Etiketten und Korkzeichen versehenen Waren gehabt haben, die Einrückung des Urteilsdispositives in einer Zeitung der deutschen und der französischen Schweiz.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen, die der Klägerin teilweise, nämlich dahin begründet erklärt, daß ihr noch das Klagebegehren 2 in vollem Umfange und das Klagebegehren 4 mit der Beschränkung zugesprochen wird, daß die Flaschenkorken nicht zu vernichten sind, sondern nur das Markenbild auf ihnen unkenntlich zu machen ist. Im übrigen wird das angefochtene Urteil des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 21. April 1908 bestätigt.

X. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

94. Urteil vom 2. Oktober 1908 in Sachen
Hochuli, Bekl., W.-Kl. u. Ber.-Kl., gegen Schibler,
Kl., W.-Bekl. u. Ber.-Bekl.

Verpfändung einer Lebensversicherungspolice; Gültigkeit. Pfandrecht für künftige Forderungen. — Schicksal des Pfandrechts infolge Konkurses und Nachlassvertrages des Verpfänders und dort getroffener Schätzung des Rückkaufswertes der Police, und nachheriger Liquidation der ausgeschlagenen Erbschaft des Verpfänders. Reduktion des Pfandrechts auf den Schätzungsbetrag im Nachlassverfahren? Art. 311 SchKG.

A. Durch Urteil vom 22. April 1908 hat das Obergericht des Kantons Solothurn über die Rechtsfragen:

a) der Vorlage: Ob der Beklagte anzuerkennen habe, daß das

Konkursamt Kriegstetten berechtigt sei, an die Kläger die Versicherungssumme des unterm 9. März 1907 in Biberist verstorbenen Gustav Schibler, Uhrensteinfabrikant in Biberist, mit 4357 Fr. 95 Cts. samt Depotzins auszubezahlen?

b) der Widerklage: Ob die Widerbeklagten anzuerkennen haben, daß das Konkursamt Kriegstetten berechtigt sei, an den Widerkläger die Versicherungssumme des unterm 9. März 1907 verstorbenen Gustav Schibler, Uhrensteinfabrikant in Biberist, per 4357 Fr. 95 Cts., nebst Depotzins auszubezahlen?

erkannt:

1. Das Konkursamt Kriegstetten ist berechtigt, an die Kläger die Versicherungssumme des unterm 9. März 1907 in Biberist verstorbenen Gustav Schibler-Scheidegger, mit 4357 Fr. 95 Cts. nebst Depotzins auszubezahlen.

2. Die Widerklage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage und Gutheißung der Widerklage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten diesen Antrag wiederholt, während der Vertreter der Kläger auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen hat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem Prozesse liegen folgende Tatsachen zu Grunde:

a) Am 20. November 1902 verpfändete G. Schibler, der seither verstorbene Vater der Kläger, dem Beklagten eine auf seinen Namen errichtete Lebensversicherungspolice der „General“ in London, im ungefähren Betrage von 5000 Fr. Nach dem Inhalt der Police war die Versicherungssumme zu bezahlen „an den Versicherten und nach dem Tode des Versicherten an dessen Ehefrau, und in ihrer Ermangelung an die Kinder“; die Ehefrau des Schibler war jedoch zwischen der Errichtung der Police und dem Verpfändungsakt verstorben. Die Verpfändung erfolgte laut Verpfändungsakt „für alle und jede Forderung, welche Herr Hochuli an Herrn Schibler je zu fordern haben wird“. Die Police wurde dem Beklagten übergeben und die Versicherungsgesellschaft am 14. Februar 1905 von der Verpfändung in Kenntnis gesetzt.

b) Am 29. August 1906 wurde über Schibler der Konkurs erklärt. In diesem Konkurse machte der Beklagte eine Forderung von 11,226 Fr. 5 Cts., sowie sein Pfandrecht an der Police geltend. Er wurde vom Konkursamt aufgefordert, die Police behufs Feststellung ihres Rückkaufwertes „und selbstverständlich unbeschadet bestehender Rechte“, „zur Einsicht zu senden“. Nachdem der Beklagte dieser Aufforderung nachgekommen, wurde durch Anfrage bei der Versicherungsgesellschaft der Rückkaufwert ermittelt und der Beklagte mit dem Betrage desselben (596 Fr. 60 Cts.) unter „Faustpfandrechte“ kolloziert. Mit dem Restbetrage seiner Forderung, welcher sich nach Abzug von Wechsel- und Rückkonti auf 10,606 Fr. 30 Cts. reduzierte, wurde er in V. Klasse kolloziert.

c) Am 6. November 1906 erwuchs der Kollokationsplan in Rechtskraft, nachdem er, was die Kollozierung des Beklagten betrifft, von keiner Seite angefochten worden war. Am 22. Nov. 1906 machte der Schuldner eine Nachlassofferte, dahin gehend, binnen Monatsfrist nach gerichtlicher Bestätigung des Nachlassvertrages eine Nachlassdividende von 10 % zu bezahlen.

d) Am 12. Dezember 1906 schrieb das Konkursamt dem Beklagten: „Zufolge Police Nr. 49,230 war die Prämie am 28. November abhin fällig mit 216 Fr. Sie wollen gefl. für Bezahlung derselben besorgt sein. — Insofern der Nachlassvertrag zu Stande kommt, werden wir Ihnen die fragliche Police herausgeben. Bei einer eventuellen Durchführung des Konkurses würden Sie für die bezahlte Prämie in erster Linie auf den Erlös der Versicherungspolice angewiesen.“

e) Am 16. Januar 1907 wurde ein auf der Basis von 10 % abgeschlossener Nachlassvertrag gerichtlich bestätigt. Das Bestätigungsurteil erwuchs am 28. Februar 1907 in Kraft. Im Nachlassverfahren hatte als Sachwalter das Konkursamt funktioniert. Bezüglich des Wertes der Police war einfach auf die frühere Schätzung des Konkursamtes (596 Fr. 60 Cts.) abgestellt worden. Für den nach dieser Schätzung ungedeckten Betrag von 10,606 Fr. 30 Cts. war der Beklagte als Chirographargläubiger behandelt worden.

f) Am 9. März 1907 starb der Schuldner. Der heutige Be-

klagte forderte nun von den Nachlassbürgen, Josef Doppler und Ernst Gerber, die Nachlassdividende mit 1060 Fr. 63 Cts. (= 10 % von obigen 10,606 Fr. 30 Cts.), wobei er (sub Nr. 13 und 14 der Klage) folgende Erklärung abgab:

„Kläger ist auch unter „Faustpfandrecht“ als Faustpfandinhaber einer Police von 5000 Fr. Konkursgläubiger. Im Nachlassverfahren wurde die Police zu 596 Fr. 60 Cts. Rückkaufwert aufgenommen und nur dieser Betrag der klägerischen Gesamtforderung unter dieser Rubrik kolloziert und der Rest in Klasse V verwiesen. — Nach dem Tode ergab sich nun der effektive Wert der Police mit 5150 Fr. Kläger erhebt nun rechtlichen Anspruch auf den ganzen Betrag von 5150 Fr. unter Faustpfandrecht. — In diesem Falle würde sich die Forderung in Klasse V entsprechend reduzieren, sowie auch die von den Bürgen zu zahlende Nachlassdividende. — Falls diese Auszahlung während des vorwärtigen Prozesses erfolgt, würde ohne weiteres das Klagebegehren entsprechend reduziert und im Falle bereits erfolgter Zahlung der entsprechende Betrag erstattet. — Kläger läßt sich bei letzterer Erklärung behaften.“

„Im übrigen soll die im gegenwärtigen Prozesse eingenommene rechtliche Stellung des Klägers zum Kollokationsplan, und überhaupt, in keiner Weise als Präjudiz aufgefaßt werden dürfen, für dessen Stellungnahme im Prozesse auf Herausgabe des Policebetrages gegen das Konkursamt oder allfällige Ansprecher.“

g) Am 21. und am 22. Mai 1907 stellte der heutige Beklagte (damalige Kläger) dem einen der beiden Bürgen (Josef Doppler) für Klagesumme, Zinsen und Prozeßkosten zwei Quittungen aus, in deren erster er den Empfang von 1048 Fr. 33 „laut Rechtsbegehren und Klage vom 20. April 1907“, und in deren zweiter er den Empfang von 83 Fr. „als Restanz“ bescheinigte.

h) Inzwischen war die Erbschaft des Schibler von den Klägern ausgeschlagen worden, worauf dieselbe gemäß Art. 193 SchRG vom Konkursamt liquidiert wurde. Die Lebensversicherungssumme wurde am 30. April 1907 mit 5170 Fr. 55 Cts. von der Versicherungsgesellschaft an das Konkursamt bezahlt, in dessen Besitz sie sich noch heute befindet.

i) Im Verfahren über die ausgeschlagene Erbschaft machte der Beklagte folgende Forderung geltend:

Für Warenlieferungen	Fr. 11,226 05
abzüglich erfolgte Anzahlung	„ 1,060 63
	<hr/>
Restanz	Fr. 10,165 42

Hiezu bemerkte das Konkursamt im Kollokationsplan vom 15. April 1907 folgendes:

„Im Konkurse vom 29. August 1906 wurde von der Forderung per	Fr. 11,226 05
„der damalige Rückkaufswert der Lebensversicherung per	„ 596 60
„unter Pfandrechte kolloziert. Der Restbetrag „der	Fr. 10,609 45
„wurde in V. Klasse verwiesen und betrug „nach Abzug von Wechselrückkonto noch	Fr. 10,606 30

„Infolge des gerichtlich bestätigten Nachlassvertrages wurde der Konkurs aufgehoben.

„Die Nachlassdividende für obige Forderung per 10,606 Fr. 30 Cts. wurde vom Vertreter des Gläubigers vorbehaltslos eingeklagt und zufolge Eingabe mit 1060 Fr. 63 Cts. entgegengenommen.

„Inzwischen wurde die Lebensversicherungssumme per Fr. 5,170 55 an das Konkursamt bezahlt.

„Dieser Betrag wird nicht zur Liquidationsmasse gezogen, dagegen werden davon Herrn Hochuli bezahlt und stehen heute schon zur Verfügung:

„a. Der im Konkurs vom 29. August 1906 unter Pfandrecht aufgenommene Rückkaufswert	Fr. 596 60
„b. Die vom Ansprecher unterm 26. Dezember bezahlte Versicherungsprämie	„ 216 —
	<hr/>
Summa	Fr. 812 60

„Die angemeldete Forderung wird daher ganz abgewiesen, da der Nachlassvertrag nicht aufgehoben wurde und ohne Aufhebung desselben überhaupt keine Forderung, für welche die Nachlassdividende bezahlt wurde, mehr geltend gemacht werden kann.“

Dieser Kollokationsplan wurde vom Beklagten nicht angefochten.

k) Am 30. April 1907 hatte das Konkursamt der Waifenbehörde Walterwil als der gesetzlichen Vertreterin der heutigen Kläger „zur Geltendmachung allfälliger Ansprüche“ sc. auf die Versicherungssumme eine Frist von 10 Tagen gesetzt.

Innert dieser Frist erfolgte die vorliegende Klage, auf welche sich der Beklagte, obwohl im Kanton Bern wohnhaft, eingelassen hat.

2. In rechtlicher Hinsicht ist zunächst unbestritten, daß die Kläger als im Versicherungsvertrag genannte Begünstigte zum Bezug der Versicherungssumme berechtigt sind, sofern nicht das vom Beklagten für sich in Anspruch genommene Pfandrecht zu Recht besteht.

Die Kläger haben nun in erster Linie das Zustandekommen dieses Pfandrechtes bestritten, und zwar sowohl deshalb, weil zur Zeit der Bestellung desselben noch keine Forderung des Beklagten an Schibler existiert habe, als auch deshalb, weil letzterer über die Versicherungsforderung nicht ohne Einwilligung der im Vertrage genannten Begünstigten habe verfügen können. Beide Einreden erscheinen von vornherein als unbegründet. Denn einmal steht in Doktrin und Praxis (vergl. Hafner, Anm. 1 a zu Art. 183 OR) fest, daß auch für zukünftige Forderungen ein Pfandrecht bestellt werden kann, wobei allerdings im gemeinen Recht die Frage kontrovers war, von welchem Momente das Pfandrecht „datiere“ (ob vom Momente der Pfandbestellung oder vom Momente der Entstehung der pfandversicherten Forderung), eine Frage, welche jedoch im vorliegenden Falle nicht gelöst zu werden braucht. Was aber den Mangel einer Einwilligung der Begünstigten in die Bestellung des Pfandrechtes betrifft, so ist es ein allgemein anerkannter (jetzt auch im Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag aufgenommener) Satz des Lebensversicherungsrechtes, daß der „Begünstigte“, falls ihm die Police nicht schon vorher übergeben wurde, erst mit dem Tode des Versicherten einen unentziehbaren Anspruch auf die Versicherungssumme erwirbt.

3. Ist somit davon auszugehen, daß der Beklagte s. Z. ein gültiges Pfandrecht an der Versicherungsforderung erworben hat,

so fragt es sich nun, ob, wie die Kläger behaupten, dieses Pfandrecht in der Folge für den die Schätzung des Pfandes durch den Sachwalter übersteigenden Betrag untergegangen sei.

In dieser Beziehung ist zunächst festzustellen, daß ein Verzicht des Beklagten auf Geltendmachung seines Pfandrechtes für den die Schätzung übersteigenden Betrag jedenfalls nicht in der Entgegennahme der 10-prozentigen Dividende für den Betrag von 10,606 Fr. 30 Cts. erblickt werden kann. Denn diese Entgegennahme erfolgte nicht, wie die Vorinstanz erklärt, „vorbehaltlos“, sondern, wie sich aus der bei den Akten liegenden Quittung des Beklagten ergibt, „laut Rechtsbegehren und Klage“; in der Klage (nämlich derjenigen gegen die Bürgen des Nachlassschuldners) hatte sich aber der heutige Beklagte (damalige Kläger) die Geltendmachung seines Pfandrechtes für den ganzen Betrag der Versicherungssumme ausdrücklich vorbehalten (s. oben sub 1 f).

Mit Unrecht ist sodann in der heutigen Verhandlung klägerischerseits behauptet worden, es hätte der Beklagte, wenn er mit der amtlichen Schätzung seines Pfandes nicht einverstanden war, entweder in dem seither widerrufenen Konkurse oder aber in dem später eingeleiteten Nachlassverfahren, die Verwertung seines Pfandes verlangen sollen. Ein solches Verwertungsbegehren hätte weder im Konkurse noch im Nachlassverfahren einen Sinn gehabt; denn im Konkurse hätte die Verwertung, wenn derselbe nicht widerrufen worden wäre, sowieso, und zwar von Gesetzes wegen, stattgefunden; im Nachlassverfahren aber war sie im Gegenteil von vorneherein ausgeschlossen.

Ebenso unrichtig ist die Behauptung, es hätte der Beklagte gegen die Schätzung des Pfandes im Konkurse Beschwerde ergreifen sollen. Eine niedrige Schätzung konnte ja für ihn im Konkurse, sofern er bereit war die Police zu ersteigern (was unter solchen Umständen die meisten Pfandgläubiger zu tun pflegen) keinerlei Nachteile haben. Zudem wäre eine solche Beschwerde offensichtlich aussichtslos gewesen, da die auf Angabe der Versicherungsgesellschaft erfolgte Schätzung zum Rückkaufswert im damaligen Zeitpunkt durchaus richtig war.

Mit mehr Recht ließe sich die Auffassung vertreten, der Beklagte habe dadurch auf sein Pfandrecht für den die Schätzung überstei-

genden Betrag verzichtet, daß er den Kollokationsplan über die ausgeschlagene Erbschaft seines Schuldners nicht anfocht. In der Tat war in jenem Kollokationsplan der Anspruch des Beklagten auf Anerkennung seiner Forderung von 10,165 Fr. 42 Cts. (= 11,260 Fr. 5 Cts. abzüglich erhaltene Nachlassdividende) ausdrücklich „abgewiesen“ worden, worauf der Beklagte den Kollokationsplan weder durch gerichtliche Klage noch durch Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde angefochten hatte. Allein jene Abweisung bezog sich doch nur auf die vom Beklagten als Chirographarforderung angemeldete Forderung; denn das Pfandobjekt, die Versicherungsforderung bzw. Versicherungssumme, war laut ausdrücklicher Erklärung des Konkursamtes im Verfahren über die ausgeschlagene Verlassenschaft überhaupt nicht zur Masse gezogen worden. Hiemit steht es allerdings in einem gewissen Widerspruch, daß dem Beklagten dennoch von der Versicherungssumme ein Betrag von 812 Fr. 60 Cts. „zur Verfügung gestellt“ wurde. Allein, indem das Konkursamt so verfuhr, handelte es genau genommen nicht als Konkursverwaltung, sondern in seiner Eigenschaft als zufälliger Drittbesitzer des Pfandes, sei es auf eigene Gefahr, sei es nach vorheriger Verständigung mit der Waisenbehörde Walterswil (der Vertreterin der Eigentümer des Pfandes). Das Konkursamt war in der Tat nur zufällig im Besitze des Pfandes, da ja im Nachlassverfahren keine Verpflichtung zur Ablieferung der Pfänder besteht, der Beklagte daher sofort nach Genehmigung des Nachlassvertrages die Police, welche er im Konkursverfahren abgeliefert hatte, zurückzuverlangen berechtigt gewesen wäre, ein Recht, welches übrigens vom Konkursamt mit Schreiben vom 12. Dezember 1906 (s. oben sub 1 d) ausdrücklich anerkannt worden war. Befand sich also das Konkursamt nach dem Tode des Versicherten nur zufällig im Besitze des Pfandes, und gehörte dieses auch rechtlich gar nicht zur Masse (da es ja mit dem Tode Schiblers, vom eventuellen Pfandrecht des Beklagten abgesehen, bereits den Klägern als den „Begünstigten“ verfallen war), und hatte endlich der Beklagte, wie sich aus den Akten ergibt, in jenem Verfahren eine Anweisung auf die Versicherungssumme selber nicht verlangt, sondern lediglich eine Chirographarforderung geltend gemacht, so konnte auch durch die Abweisung

dieser Chirographarforderung den allfälligen Rechten des Beklagten am Pfande kein Abbruch getan werden. Mit der Abweisung der Chirographarforderung war der Bestand des gar nicht angemeldeten und auch nicht anzumeldenden Pfandrechtes durchaus vereinbar.

4. Fragt es sich somit nur noch, ob nach Art. 311 SchRG das Pfandrecht des Beklagten durch die Schätzung des Sachwalters im Nachlassverfahren, und allenfalls durch Nichtanfechtung dieser Schätzung seitens des Beklagten, auf den Betrag der Schätzung reduziert worden sei, so mag hier vorausgeschickt werden, daß das Bundesgericht sich bis jetzt über diese Frage nicht ausgesprochen hat. Vergl. das Urteil *US 28 II S. 578 f.*, woselbst von einer Entscheidung der Frage deshalb Umgang genommen wurde, weil damals der Pfandgläubiger selber den Betrag bestimmt hatte, mit welchem er am Nachlassverfahren teilnehmen wolle, worin ein Verzicht auf Inanspruchnahme des Pfandes für diesen Betrag erblickt wurde.

Für die Auffassung der Kläger, wonach der Nachlassvertrag für die Pfandgläubiger bloß bezüglich des nach der Schätzung des Sachwalters gedeckten Betrages unverbindlich ist, läßt sich namentlich die Erwägung anführen, daß nur bei dieser Lösung sämtliche Beteiligte von Anfang an Klarheit über den Umfang ihrer Rechte erhalten. Speziell der Nachlassschuldner hat ein erhebliches Interesse daran, sofort zu wissen, inwieweit das Pfand für die pfandversicherte Forderung zu haften fortfährt, und ob er in der Lage sei, einen allfälligen Mehrerlös (über die Schätzung des Sachwalters) zur Beschaffung der Nachlassdividende zu verwenden. Aber auch die Chirographargläubiger können ein Interesse daran haben, daß ein Pfandgläubiger nicht für einen Betrag die Nachlassdividende beziehe, welchen er vielleicht später infolge Mehrerlöses des Pfandes ungeschmälert erhält; ferner unter Umständen auch daran, daß der Pfandgläubiger für diesen Betrag nicht zur Ausübung des Stimmrechtes (im Sinne von Art. 305 SchRG) zugelassen werde.

Andererseits haben nun aber die Pfandgläubiger ein noch viel größeres Interesse daran, daß ihr Pfandrecht nicht durch eine einfache Schätzung seitens des Sachwalters definitiv auf den Betrag dieser Schätzung reduziert werde. Abgesehen davon, daß jede

Schätzung einen mehr oder weniger subjektiven Charakter hat, ist zu beachten, daß ein Pfandgegenstand oft speziell für den Pfandgläubiger einen höhern als den Verkehrswert besitzt, sei es daß der Pfandgläubiger infolge einer der Annahme des Pfandes vorausgegangenen besondern Untersuchung den wirklichen Wert des Pfandes genauer eruiert hat, als es ein Unbeteiligter nachträglich tun kann, sei es, daß der Pfandgläubiger bei einer allfälligen Ersteigerung des Pfandobjektes besser als irgend ein Dritter zu einer vorteilhaften Verwendung desselben befähigt ist (da er sich vielleicht gerade mit Rücksicht hierauf zur Belehnung des Pfandes entschlossen hat), sei es endlich, daß es sich, wie im vorliegenden Falle und wie überhaupt bei der in Handel und Wandel sehr häufigen Belehnung von Lebensversicherungspolice, um ein Objekt von möglicherweise sehr niedrigem, möglicherweise aber sehr hohem Wert handelt. In all diesen Fällen hat bei der Belehnung des Pfandes ein gewisses aleatorisches Moment mitgespielt, welches naturgemäß bei einer amtlichen Schätzung des Pfandes den Schätzungspreis erheblich herabzudrücken geeignet ist. Ergibt sich daher später ein Mehrwert über die Schätzung des Sachwalters, so erscheint es unbillig, denselben dem Pfandgläubiger, welcher — nicht nur etwa bis zum Momente der Schätzung, sondern bis zum Momente der Realisierung — das der Mehrwertschance entsprechende Risiko getragen hatte, zu entziehen. Denn wenn die Kläger das Postulat aufgestellt haben, es solle der Pfandgläubiger von einem spätern Mehrwert ebensowenig profitieren, wie ihm anderseits ein allfälliger Minderwert des Pfandes schaden dürfe, so ist demgegenüber zu bemerken, daß ein allfälliger Minderwert des Pfandes dem Pfandgläubiger stets schadet, da ihm ja niemand für einen Erlös in der Höhe des Schätzungsbetrages garantiert hat.

Im weitern ist von der Klagpartei und von der Vorinstanz darauf hingewiesen worden, daß der Pfandgläubiger gegen die Schätzung des Sachwalters Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde einlegen könne, was im vorliegenden Falle der Beklagte unterlassen habe. Abgesehen davon jedoch, daß auch mit einer Beschwerde die Berücksichtigung allfälliger speziell dem Pfandgläubiger bekannter werterhöhender Faktoren in der Regel nicht erreicht werden wird,

und daß insbesondere gerade im vorliegenden Falle eine Beschwerde aussichtslos gewesen wäre, weil die amtliche Schätzung, im Nachlaßverfahren ebenso wie im Konkurse (vergl. oben Erw. 3), naturgemäß nur auf den Rückkaufswert der Police lauten konnte, so ist gegenüber obigem Hinweise namentlich zu betonen, daß der Pfandgläubiger durch Erhebung einer Beschwerde über eine zu niedrige Schätzung des Pfandes sein eigenes Recht auf die Nachlaßdividende schmälern würde, was ihm doch kaum zuzumuten ist.

Sodann fällt in Betracht, daß überall sonst, im Konkursverfahren sowohl als im Pfändungs- und im Pfandverwertungsverfahren, der Pfandgläubiger die Möglichkeit besitzt, durch Teilnahme an der das Pfand betreffenden Steigerung den Vorschlag des Pfandes an einen Dritten zu einem geringeren als dem seiner Überzeugung nach den wirklichen Wert des Pfandes darstellenden Preise zu verhindern. Im Falle eines Nachlaßvertrages aber würde nach der Auffassung der Vorinstanz die ganze Exekution durch eine einfache Schätzung des Pfandes ersetzt, auf deren Höhe einzuwirken der Pfandgläubiger meistens nicht in der Lage ist.

Endlich mag, was speziell die Lebensversicherungs-policen betrifft, daran erinnert werden, daß dieselben — ganz abgesehen von dem möglicherweise schlechten Gesundheitszustand des Versicherten, welcher bei Festsetzung des Rückkaufswertes ja nicht berücksichtigt wird, dem Pfandgläubiger aber bekannt sein kann — für den Pfandgläubiger in der Regel einen bedeutend höhern Wert besitzen, als den Rückkaufswert. Denn der Pfandgläubiger ist meistens in der Lage, den Schuldner zur Prämienzahlung anzuhalten. Auch steht ihm, sobald sich der Schuldner ihm gegenüber zur Prämienzahlung verpflichtet hat, die Möglichkeit zu, dadurch, daß er bei Säumnis des Schuldners selber (unter Behaftung des Schuldners) die Prämie zahlt, zu verhindern, daß der Wert der Police infolge Nichtzahlung der Prämien unwiderruflich auf den Rückkaufswert sinke, eine Möglichkeit, von welcher der Pfandgläubiger gerade im vorliegenden Falle Gebrauch gemacht hat (s. oben sub 1 d).

5. Wäre es nach dem gesagten zum mindesten eine Unbilligkeit, an die Schätzung des Sachwalters ohne weiteres die Rechtsfolge

einer Reduktion der pfandversicherten Forderung auf den Betrag der Schätzung zu knüpfen, so dürfte diese Rechtsfolge doch jedenfalls nur dann zugelassen werden, wenn sich dieselbe mit absoluter Notwendigkeit aus dem Wortlaut des Gesetzes oder aus der ratio legis ergeben würde. Dies ist aber nicht der Fall.

Aus dem Wortlaut von Art. 311 ist, wenn man diesen Wortlaut mit demjenigen von Art. 305 Abs. 2 vergleicht, eher zu schließen, daß in Art. 311 unter dem „durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag“ der wirklich gedeckte Betrag zu verstehen sei; denn (läßt sich argumentieren): hätte der Gesetzgeber, ebenso wie in Art. 305 Abs. 2, so auch in Art. 311, auf den nach der Schätzung des Sachwalters gedeckten oder ungedeckten Betrag abstellen wollen, so hätte er dies in Art. 311, ebenso wie in Art. 305 Abs. 2, deutlich gesagt; dies um so mehr, als in Art. 311, wo es sich um zukünftige Rechtsverhältnisse handelt, die Beifügung dieser Worte zur Verdeutlichung jedenfalls noch nötiger gewesen wäre, als in Art. 305, wo es sich um die Ausübung des Stimmrechtes handelt, bei welchem letzterem ja sowieso nicht auf erst später sich ergebende Wertverhältnisse abgestellt werden konnte.

Wie dem jedoch sei (vergl. übrigens den im französischen Text noch stärkeren Unterschied zwischen der Fassung von Art. 311 und derjenigen von Art. 305 Abs. 2), jedenfalls ergibt sich aus der ratio legis nicht die Notwendigkeit, das Nachlaßverfahren in so weitgehender Weise auf die Rechte der Pfandgläubiger einwirken zu lassen, wie es die Vorinstanz getan hat. Wenn auch zuzugeben ist, daß der schweizerische Gesetzgeber, im Gegensatz zum gemeinen Recht und zu den Gesetzgebungen anderer Staaten (vergl. z. B. ORO § 193), den Grundsatz, wonach die Rechte der Pfandgläubiger durch den Zwangsnachlaß nicht berührt werden, in Art. 311 SchRG durchbrochen hat, so liegt doch jedenfalls keine Veranlassung vor, diese Ausnahmebestimmung extensiv zu interpretieren; dies um so weniger, als auch im ersten Entwurf zum schweizerischen Gesetz (in Art. 149 des Entwurfes von 1874) ausdrücklich bestimmt war, daß der Nachlaßvertrag die pfandversicherten Forderungen nicht berühre.

Es ist daher mit den Kommentatoren des SchRG (Jäger, Anm. 4 zu Art. 311; Weber-Brüstlein-Reichel, Anm. 4

zu Art. 311; Martin, S. 394) und mit zwei Urteilen kantonaler Gerichtshöfe („Zürcher Blätter“ 1903, S. 93; ZbZV 29 S. 216) anzunehmen, daß die pfandversicherten Forderungen vom Nachlaßvertrag insoweit unberührt bleiben, als sie durch das Pfand wirklich gedeckt sind. Dabei steht Art. 311 der Anhebung oder Fortsetzung der Pfandbetreibung für den ursprünglichen Forderungsbetrag (abzüglich der allfällig schon erhaltenen Nachlaßdividende) nach Abschluß des Nachlaßverfahrens ebensowenig entgegen, wie z. B. Art. 312 oder Art. 206 (vergl. hierüber US 22 S. 689 ff.). Allerdings befinden sich die Beteiligten, so lange die Pfandbetreibung nicht durchgeführt ist, und sofern nicht etwa, wie im vorliegenden Falle, die Realisierung des Pfandes von selbst eintritt, noch im Ungewissen darüber, inwieweit der Nachlaßvertrag auf die pfandversicherte Forderung eingewirkt und inwieweit er sie unberührt gelassen habe. Diese Ungewißheit berechtigt indes den Schuldner nicht, gegen die Pfandbetreibung Rechtsvorschlag zu erheben, bezw. gestützt auf Art. 85 die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung zu verlangen; letzteres insbesondere kann er erst, wenn etwa nach durchgeführter Pfandbetreibung der Gläubiger versuchen sollte, gestützt auf Art. 158 Abs. 2 die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses zu erwirken.

Bei dieser Sachlage braucht die in Literatur und Praxis kontroverse, von der Vorinstanz und den Parteien eingehend erörterte Frage, ob der Nachlaßvertrag, insoweit er für die Gläubiger verbindlich ist, Naturalobligationen hinterlasse oder nicht (vergl. darüber US 28 II S. 581), im vorwürfigen Prozesse nicht entschieden zu werden. Denn vor stattgefundenener Pfandverwertung ist nach dem Gesagten die Forderung des Pfandgläubigers, wenn auch nur auf dem Wege der Pfandbetreibung, erequierbar, also jedenfalls mehr als eine Naturalobligation; nach stattgefundenener Pfandverwertung ist aber der den Pfanderlös übersteigende Teil der pfandversicherten Forderung, soweit nicht etwa die Zahlung der Nachlaßdividende noch aussteht, auch dann nicht mehr erequierbar, wenn angenommen wird, er bestehe als Naturalobligation weiter. Vergl. speziell über letzteren Punkt: Brand, im „Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs“ 11 S. 147 sub 4.

6. Obiger Interpretation von Art. 311 SchKG steht auch der Umstand nicht entgegen, daß der Pfandgläubiger allerdings in den Fall kommen kann, für einen solchen Teil seiner Forderung voll gedeckt zu werden, für welchen er im Nachlaßverfahren bereits das Stimmrecht ausgeübt und die Dividende bezogen hat, wie auch umgekehrt der Fall denkbar ist, daß der Pfandgläubiger bei der Pfandverwertung nicht einmal den Schätzungswert des Pfandes realisiert, also zu wenig Dividende bezogen hat und in seinem Stimmrecht verkürzt worden ist. Was speziell die Regelung der Stimmrechtsverhältnisse betrifft, so ist eine nachträgliche Korrektur hier allerdings praktisch ausgeschlossen; allein die darin liegende Unzukömmlichkeit ist jedenfalls nicht schwerwiegenderer Natur, als z. B. der Umstand, daß im Konkurse schon von der ersten Gläubigerversammlung wichtige Beschlüsse (z. B. betr. Einsetzung einer privaten Konkursverwaltung) gefaßt werden können, trotzdem ja in diesem Augenblick noch gar nicht einmal feststeht, wer wirklich Gläubiger ist. Was aber die allfällig zu viel oder zu wenig bezogene Nachlaßdividende betrifft, so ist hier eine Remedur (durch nachträgliche Einforderung des zu wenig bezogenen oder durch Rückforderung des zu viel bezahlten) sehr wohl denkbar. Ob freilich (vergl. einerseits US 28 II S. 580 Erw. 4, anderseits oben sub 1 f, die im vorliegenden Falle vom Pfandgläubiger den Nachlaßbürgen abgegebene Erklärung) und eventuell in welchem Maße und unter welchen Parteien (ob zwischen Pfandgläubiger einerseits und Nachlaßschuldner bezw. Nachlaßbürgen anderseits, oder ob zwischen Pfandgläubiger einerseits und allen Chirographargläubigern anderseits) eine solche Ausgleichung stattzufinden habe, ist im vorliegenden Prozesse deshalb nicht zu entscheiden, weil jedenfalls den Klägern, welche niemals eine Zahlung an den Beklagten geleistet haben, ein Recht auf Rückforderung der allfällig vom Beklagten zu viel bezogenen Dividende nicht zusteht. Die Kläger könnten sich der Auszahlung der Versicherungssumme an den Beklagten nur insoweit widersetzen, als sich ergeben würde, daß das Pfandrecht des Beklagten untergegangen sei. Da dieses Pfandrecht nun aber nach den obigen Erwägungen für den durch das Pfand gedeckten Betrag von 5170 Fr. 45 Cts. fortbesteht, so können sich die Kläger der Auszahlung der an die Stelle des

Pfandes getretenen Versicherungssumme an den Beklagten nicht widerlegen. Die Klage ist daher abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird unter Aufhebung des angefochtenen Urteils dahin gutgeheissen, daß das Konkursamt Kriegstetten berechtigt erklärt wird, an den Widerkläger Hochuli die Versicherungssumme des am 9. März 1907 verstorbenen Gustav Schibler im bestrittenen Betrage von 4357 Fr. 95 Cts. nebst Deporzinsen auszubehalten.

95. Urteil vom 28. November 1908 in Sachen
Baltischwiler, Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Konkursmasse Casar Schmidt, Bekl. u. Ver.-Bekl.

Anfechtung im Konkurse. Deliktspauliana. Art. 288 SchKG. — Anfechtung von Pfandrechten. Der Verzicht auf die Anrufung von Art. 287 Ziff. 1 SchKG schliesst keineswegs einen Verzicht auf die Deliktspauliana in sich. — Schädigung der Masse, Begünstigung einzelner Gläubiger. Indirekte Schädigung. — Begünstigungsabsicht.

A. Durch Urteil vom 26. August 1908 hat das Obergericht des Kantons Zürich (I. Appellationskammer) erkannt:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, die vom Kläger im Konkurse des Casar Schmidt angemeldete Forderung von 4271 Fr. 30 Cts. im ganzen Umfang anzuerkennen und sie folgendermaßen zu kollozieren:

- a) 350 Fr. mit Faustpfandrechte an den zu Anfang August und am 27. bis 29. August 1906 in die Wohnung des Klägers gelieferten 11,000 Heften der Sammlung schweizerischer Dialektstücke;
 - b) 3921 Fr. 30 Cts. in der V. Klasse als laufende Forderung.
2. (Kosten.)

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage:

Es sei in Abänderung von Dispositiv 1 des angefochtenen Ur-

teils und in Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verpflichten, die vom Kläger im Konkurse des Casar Schmidt angemeldete Forderung von 4271 Fr. 30 Cts. im ganzen Umfange anzuerkennen und sie folgendermaßen zu kollozieren:

a) 3150 Fr. mit Faustpfandrechte an den zu Anfang August und am 27. bis 29. August 1906 in die Wohnung des Klägers gelieferten 11,000 Heften der Sammlung Schweiz. Dialektstücke;

b) 1121 Fr. 30 Cts. in der V. Klasse als laufende Forderung.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers Gutheißung, der Vertreter der Beklagten Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger stand schon seit längerer Zeit mit dem Verleger und Buchhändler Casar Schmidt in Geschäftsbeziehungen. Im August 1906 schuldete ihm Schmidt in laufender Rechnung zirka elfhundert Franken. Am 26. August wendete sich Schmidt, welcher von einem gewissen Nievergelt für einen Betrag von 2750 Fr. betrieben war, an den Kläger um Hilfe. Dieser verpflichtete sich Nievergelt gegenüber als Bürge und bewirkte dadurch den Rückzug der von letzterem gegen Schmidt eingeleiteten Betreibung. Zur Sicherheit für die Bürgschaft, sowie für seine laufenden Forderungen, verpfändete Schmidt dem Kläger am gleichen Tage eine in seinem Verlage erschienene Sammlung schweizerischer Dialektstücke (zirka 50,000 Hefte) inklusive Verlagsrecht. Diese Verpfändung erfolgte zwar in Form eines Kaufes mit Rückkaufsrecht; die Parteien (und zwar die heutigen sowohl als die damaligen) sind aber darüber einig, daß es sich in Wirklichkeit um eine Verpfändung handelte. Von obigen Dialektstücken gelangten bis Ende August 1906 zirka 11,000 Hefte in den Besitz des Klägers. Weitere Posten wurden ihm im September übergeben. Am 31. August machte der Kläger dem Casar Schmidt noch ein Darlehen von 350 Fr.

Am 1. September 1906 wurde über Casar Schmidt der Konkurs eröffnet. In diesem Konkurse machte der Kläger eine Forderung von 4271 Fr. 30 Cts. geltend. Dieser Betrag setzte sich zusammen aus:

1) 1471 Fr. 30 Cts., gleich dem Saldo der laufenden Rechnung (inklusive Darlehen vom 31. August).