

présentait le 20 % du produit total et que, par conséquent, le dommage causé aux auteurs par le défendeur se montait à 28 fr. 84 c. — somme inférieure à celle que le défendeur a offerte et payée. Le calcul de la Cour civile, matériellement exact, repose sur des constatations de fait conformes aux pièces du dossier. Il n'est pas erroné en droit et doit dès lors être considéré comme déterminant pour le Tribunal fédéral qui n'a pas à revoir les questions de fait (art. 81 OJF).

Quant aux autres éléments du dommage dont la demanderesse fait état, ils ne sauraient entrer en ligne de compte pour la fixation de l'indemnité. Ce sont soit des frais généraux que la demanderesse doit supporter elle-même, soit des déboursés faits en vue du procès et qu'elle aurait pu éventuellement porter sur son « état de frais » dans le cas où les dépens du procès lui auraient été alloués par l'instance cantonale.

Enfin, il convient de relever que le seul dommage causé à la défenderesse réside dans la perte du tantième et que, par suite, il n'est pas nécessaire de résoudre la question de savoir si le défendeur doit être regardé comme tombant sous le coup de la disposition de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 12 LF, bien qu'il ne soit que l'organisateur des représentations, ou bien s'il y a lieu de distinguer entre celui qui *exécute* et celui qui *organise* une reproduction illicite (al. 3 de l'art. 12). En effet, le tantième dont la perte constitue le dommage causé à la demanderesse, représente également l'enrichissement illégitime du défendeur, si bien que la responsabilité de celui-ci est la même quel que soit le point de vue auquel on se place.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis dans ce sens que le jugement cantonal est confirmé dans son dispositif éventuel.

## 6. Schuldbetreibung und Konkurs.

### Poursuites pour dettes et faillite.

72. **Urteil vom 12. Juli 1911** in Sachen  
**Bernstein, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Borle, Bekl. u. Ver.-Bekl.**

**Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage des Art. 285 ff. SchKG?**  
*Die Ueberweisung einer gepfändeten Forderung zur Eintreibung, gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG, legitimiert den pfändenden Gläubiger, an den sie erfolgt ist, an sich nicht zur Anfechtung einer dem Pfändungsansprüche entgegengehaltenen Abtretung jener Forderung. Verhältnis des Anfechtungsanspruchs zum Pfändungsrecht. — Der provisorische Verlustschein des Art. 115 Abs. 2 SchKG als Anfechtungstitel: Er verliert seine Wirksamkeit als solcher mit der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins oder deren Verummöglichung durch vorzeitigen Dahinfall der Betreibung. Vorliegen dieses letzteren Tatbestandes wegen Versäumung der Frist zur Stellung des Verwertungsbegehrens (Art. 116 u. 121 SchKG) bzw. Unzulässigkeit der Pfändung der streitigen Forderung und tatsächlicher Nichtausübung, seitens des Anfechtungsklägers, des ihm übertragenen Eintreibungsrechts. — Prüfung der Gültigkeit des Anfechtungstitels, als einer Prozessvoraussetzung, von Amtes wegen.*

A. — Durch Urteil vom 4. Februar 1911 hat die I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes in vorliegender Streitfache erkannt:

„Der Kläger ist mit seinem einzig in Betracht fallenden „Rechtsbegehren 1, in Bestätigung des ersten Urteils, abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage gutzuheissen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers den gestellten Berufungsantrag erneuert. Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger, Justizrat Dr. W. Bernstein in Berlin, ist

für eine Forderung von 4744 Fr. 56 Cts. aus Anwaltsbeförderung Gläubiger der Frau Marie von Smirnoff geb. Hube, früher in Freiburg, nun angeblich in Paris. Für diese Forderung hat er durch Zahlungsbefehl vom 25. Oktober 1905 beim Betreibungsamt Freiburg die Betreibung Nr. 20,285 eingeleitet und, nachdem der erhobene Rechtsvorschlag infolge rechtskräftigen Zivilurteils des Bezirksgerichtes Freiburg vom 22. November 1906 beseitigt worden war, folgende vom genannten Betreibungsamt vollzogene Pfändungen erwirkt:

I. Eine solche vom 23. März 1907, die sich auf ein Fortsetzungsbegehren vom 16. Dezember 1906 stützt und bei der als Pfändungsgegenstände genannt wurden: « ce qui peut être dû » à M<sup>me</sup> Smirnoff par la Banque d'Etat de Fribourg, les créances et prétentions de quelque nature qu'elles soient qui peuvent faire en sa faveur, l'argent qui peut lui revenir. » Eine Schätzung dieser Vermögensstücke fehlt in der Pfändungsurkunde.

II. Eine auf das nämliche Begehren gestützte, am 19. April 1907, ausgeführte Pfändung einer größeren Zahl Schmuckgegenstände, die einzeln geschätzt wurden und einen Gesamtschätzungswert von 537 Fr. 50 Cts. aufweisen. An dieser Pfändung nahmen noch zwei Gläubiger, M<sup>lle</sup> Roger (Betreibung Nr. 10,666 für 231 Fr. 10 Cts.) und Advokat Bourgnicht (Nr. 8798 für 1000 Fr.) teil. Von der einen dieser Betreibungen, Nr. 10,666, wird in der Pfändungsurkunde erklärt, daß sie an der Pfändung vom 23. März 1907 teilnehme.

III. Eine infolge Nachpfändungsbegehrens vom 8./9. November 1907 wieder ausschließlich zu Gunsten des Klägers erfolgte Pfändung vom 29. November 1907, wobei, wiederum ohne Schätzung der betreffenden Vermögensstücke, als gepfändet erklärt wurden: 1. Eine der Betriebenen zustehende, beim Betreibungsamt Bern liegende Hypothekarobligation von 20,000 Fr. (für die in der Folge ein Pfandausfallschein ausgestellt wurde). 2. Die Wertchriften, Titel und das Kontokorrentguthaben der Schuldnerin bei der Volksbank in Bern. 3. Eine Forderung der Betriebenen gegen Susanne Cornaz in Versoix laut Schuldanerkenntnis vom 3. November 1906 zu Gunsten des Moys Bossy und Abtretung Bossy's

zu Gunsten der betriebenen Schuldnerin vom 17. Januar 1907. 4. Eine Forderung gegen die Banque d'Etat de Fribourg infolge Inkasso von Wechseln der Erbschaft des Vladimir Smirnoff in Kiew, soweit der inkassierte Betrag 40,300 Rubel übersteige. 5. Eine Forderung von 20,000 Fr. gegenüber der Banque d'Etat de Fribourg infolge einer Übereinkunft dieser Bank mit Bossy und der betriebenen Schuldnerin vom 21. Januar 1907. 6. Verschiedene auf die Erbmasse einer Delphine Gasparin und die ihres Ehemannes bezügliche (näher bezeichnete) Ansprüche. — Die Schuldner der unter 2, 4 und 5 erwähnten Forderungen haben diese bestritten, und die unter 6 genannten erbrechtlichen Ansprüche sind von der Banque d'Etat de Fribourg vindiziert worden. All dem gegenüber hat der Kläger seine Interessen nicht weiter gewahrt. Hinsichtlich der unter 3 gepfändeten Forderung dagegen findet sich in der Pfändungsurkunde mit Datum vom 11. Januar 1908 folgendes vermerkt: « Conformément à l'art. 131 LP je délivre l'adjudication demandée à M. Dr. Bernstein à Berne pour intenter son action à M<sup>me</sup> Suzanne Cornaz à Versoix en paiement de sa créance et des accessoires légaux. » Es handelt sich hierbei, wie aus dem vorangegangenen Verwertungsbegehren des Klägers hervorgeht, um eine Anweisung zur Eintreibung nach Abs. 2 des Art. 131 SchRG. Hinsichtlich der übrigen am 29. November 1907 und der vorher gepfändeten Vermögensstücke hat der Kläger kein Verwertungsbegehren gestellt, ebenso nicht die genannten zwei Gläubiger als Teilnehmer an der Pfändung vom 19. April 1907. Am 26. März 1908 hat das Amt auf der Pfändungsurkunde vom 29. November 1907 den Bormerk angebracht: « Conformément à l'art. 115 LP un acte de défaut de biens provisoire est délivré pour la somme de 4744 fr. 56 c. et accessoires légaux. »

In Betreff der am 29. November 1907 gepfändeten Forderung gegen Susanne Cornaz sind die Angaben der Pfändungsurkunde dahin zu ergänzen, daß es sich um eine Darlehensforderung von 15000 Fr. handelt, die durch einen ideellen Anteil an einem bei der waadtländischen Kantonalbank liegenden Wertchriftendepot faustpfändlich gesichert ist, und daß die betriebene Schuldnerin ihrerseits diese Forderung durch schriftliche Erklärung vom 29. Ja-

nuar 1907 dem Beklagten, Notar G. Borle in Bern, abgetreten hatte.

Mit Klage vom 30. März 1908 hat nunmehr der Kläger diese Abtretung unter Berufung auf die Art. 286, 287 und 288 SchRG angefochten und die Begehren gestellt:

1. Es sei festzustellen, daß die fragliche Abtretung der Forderung sowie des dazu gehörigen Faustpfandrechtes null und nichtig sei.

2. Es sei die Pfändung dieser Forderung und des Faustpfandrechtes als rechtsgültig und jeder Anspruch des Beklagten an den genannten Faustpfandobjekten als null und nichtig zu erklären.

3. Es sei der Erlös aus den genannten Pfandgegenständen zur bevorzugten Befriedigung des Klägers bis zur vollständigen Deckung seiner Forderung, für die er Pfändung erwirkt, sowie der ergangenen Prozeßkosten zu verwenden.

Zu seiner Legitimation stützt sich der Kläger zunächst auf die erfolgte Überweisung der fraglichen Forderung nach Art. 131 SchRG, die der Ausstellung eines Verlustscheines gleich zu stellen sei; zur Eintreibung der Forderung gehöre auch die Beseitigung der angeblichen Ansprüche des Beklagten durch Anfechtungsklage. Zudem stelle die Pfändungsurkunde vom 19. April 1907 einen provisorischen Verlustschein nach Art. 115 Abs. 2 SchRG dar, indem die darin angeführten Gegenstände bei weitem nicht zur Deckung der betriebenen Forderung hinreichten. Ebenso biele die Pfändung vom 29. November in Hinsicht auf die Bestrittenheit der neben der Forderung Cornaz noch gepfändeten Ansprüche bei weitem nicht genügende Deckung, wie denn auch das Betreibungsamt das in der Pfändungsurkunde vorgemerkt und diese als provisorische Verlustscheine erklärt habe.

Der Beklagte hat zunächst die Klaglegitimation des Klägers bestritten, unter Hinweis darauf, daß keine der ausgestellten Pfändungsurkunden den Anforderungen des Art. 112 Abs. 3 SchRG entspreche. In der Sache hat er auf Abweisung der Klage angezogen.

Die Vorinstanz hat die Berechtigung des Klägers zur Anfechtungsklage von der Erwägung aus, daß die Pfändungsurkunde vom 19. April 1907 die Legitimation des Klägers hinreichend

darine, bejaht, dagegen die Klage in ihrem Hauptbegehren 1 als sachlich unbegründet verworfen. Die zwei andern Begehren hat sie als dadurch erledigt erklärt, daß die erste Instanz nicht auf sie eingetreten sei und der Kläger keine Beschwerde dagegen geführt habe.

2. — Mit Unrecht will zunächst der Kläger die Befugnis, die Abtretung der streitigen Forderung nach den Art. 285 ff. SchRG anzufechten, darauf gründen, daß ihm die Forderung vom Betreibungsamt kraft des Art. 131 SchRG zur Eintreibung überwiesen worden sei. Letzteres ist in der Annahme geschehen, die Forderung stehe der betriebenen Schuldnerin zu, wie sich schon daraus ergibt, daß die Pfändungsurkunde die Abtretung der Schuldnerin vom 29. Januar 1907 an den Beklagten nicht erwähnt und also der Pfändungsbeamte von ihr wohl keine Kenntnis gehabt hat. Nur unter dieser Voraussetzung der Zugehörigkeit zum schuldnnerischen Vermögen konnte denn auch die Forderung ohne weiteres gepfändet und nach Art. 131 Abs. 2 dem Kläger überwiesen werden, wobei die Überweisung, die ihre rechtliche Grundlage in der Pfändung besaß, dem Pfändungsgläubiger, als Vertreter des Pfändungsschuldners und präsumierten Gläubigers der gepfändeten Forderung, ermöglichen sollte, deren Liquidation und Einziehung selbst zu betreiben. Andererseits hat freilich diese Voraussetzung, daß die Forderung der Betriebenen zustehe und deshalb gepfändet und dem Pfändungsgläubiger überwiesen werden könne, für den letztern die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, sich daneben noch, nachdem er von der Abtretungserklärung der Schuldnerin erfahren hatte, — in erster Linie oder eventuell — auf den Standpunkt zu stellen, daß die Abtretung paulianisch anfechtbar sei. So weit er dies aber nun tut, muß er dann andererseits zugeben, daß die Forderung als durch die anfechtbare Abtretung dem schuldnnerischen Vermögen entzogen zu behandeln sei und daß sie daher nicht ohne weiteres gepfändet und zur Eintreibung überwiesen werden könne. Denn die Durchführung des Anfechtungsprozesses soll ja die Pfändung erst ermöglichen, indem sie dazu dient, dem anfechtbaren Rechtsgeschäft, unter Aufrechterhaltung seiner Gültigkeit zwischen den Parteien, gegenüber den benachteiligten Gläubigern seine Wirksamkeit zu nehmen und das aus dem Vermögen ihres Schuld-

ners in jenes des Aufsechtungsbeklagten übergegangene Vermögensstück trotz der nunmehr mangelnden Zugehörigkeit zum schulnerischen Vermögen pfändbar zu machen. Hienach vermag also die betreibungsamtliche Überweisung der Forderung ihrer Natur nach nicht die Grundlage für eine paulianische Aufsechtung der Forderungsbretung zu bilden, und ebenso unrichtig ist die Auffassung des Klägers, daß eine solche Aufsechtung als Inzident des Liquidationsverfahrens, das kraft der Einweisung nach Art. 131 Abs. 2 durchgeführt wird, möglich sei; mit dem Gegenstand und Zweck dieses Verfahrens hat sie nichts zu tun. Vielmehr muß die Aufsechtung unabhängig von der Pfändung der abgetretenen Forderung und auf dem dafür vorgeschriebenen ordentlichen Wege geschehen, und für ihre Zulässigkeit gilt die allgemeine Vorschrift des Art. 285 Ziff. 1 SchRG, wonach sich der aufsechtende Gläubiger auf einen provisorischen oder endgültigen Verlustschein muß stützen können.

3. — Einen definitiven Verlustschein erwirkt zu haben, behauptet der Kläger selbst nicht, sondern er beruft sich, um seine Berechtigung zur Aufsechtung darzutun, im weitern darauf, daß den Pfändungsurkunden vom 19. April und 29. November 1907 die Bedeutung und Wirkung von provisorischen Verlustscheiden nach Art. 115 Abs. 2 SchRG zukomme. Bei der Entscheidung nun, ob dies der Fall sei, hat man vor allem die durch die Akten ausgewiesene Tatsache auf ihre rechtliche Tragweite zu prüfen, daß hinsichtlich keines der verschiedenen Vermögensstücke, die neben der den vorliegenden Aufsechtungsprozeß betreffenden Forderung in eine der fraglichen Pfändungen vom 23. März, 19. April und 29. November 1907 einbezogen worden sind, ein Verwertungsbegehren innert der Jahresfrist des Art. 116 SchRG vom jeweiligen Pfändungsvollzuge an gestellt wurde und daß also insoweit — auf das Begehren um Verwertung jener Forderung selbst und auf deren Überweisung zur Eintreibung ist nachher zurückzukommen — laut Art. 121 SchRG die Betreibung erloschen ist. In Anbetracht dessen erhebt sich nämlich die Frage, ob ein provisorischer Verlustschein auch dann noch die Berechtigung zur Aufsechtungsklage zu begründen vermöge, wenn die Betreibung, in der er ausgestellt wurde, infolge Fristablaufs nicht mehr besteht.

Zur Lösung dieser Frage muß folgendes über die Bedeutung des Verlustscheines im allgemeinen, als Voraussetzung für die Ausübung des Aufsechtungsrechtes, und über die rechtliche Verschiedenheit, die zwischen dem endgültigen und dem provisorischen Verlustschein in dieser Beziehung besteht, bemerkt werden: Die Aufsechtungsklage hat nach der Gestaltung, die ihr vom SchRG gegeben wurde, durchwegs subsidiären Charakter: Der Kläger soll sich zunächst an das dem Schuldner gehörende Vermögen halten und nur dann, wenn dieses zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, befugt sein, Drittvermögen deshalb in Anspruch zu nehmen, weil es der Eigentümer aufsechtbarerweise vom Schuldner erworben hat. Ferner gestattet das Gesetz den Nachweis dafür, daß aus dem schulnerischen Vermögen nur ungenügende Deckung erhältlich war und daher die subsidiäre Haftung des Aufsechtungsbeklagten wirksam geworden ist, nicht durch irgend welche Beweismittel und in einem beliebigen Beweisverfahren, sondern es verlangt hiezu laut Art. 285 Ziff. 1 eine amtliche Feststellung der Vollstreckungsbehörden, die Konstatierung des Verlustes und die Ausstellung eines Verlustscheines durch sie. Diesen amtlichen Nachweis der Unzulänglichkeit des schulnerischen Vermögens vermag aber voll und unbedingt nur der definitive Verlustschein zu erbringen. Da das Betreibungsverfahren erst mit seiner Ausstellung zu Ende geführt ist, geht auch nur aus ihm hervor, daß dieses Verfahren wirklich nicht vermocht hat, genügendes Vermögen des Schuldners zur gänzlichen Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse zu beschaffen. Durch einen bloß provisorischen Verlustschein des Art. 115 Abs. 2 dagegen wird solches nicht dargetan: Die betreibungsamtliche Schätzung der gepfändeten Gegenstände kann sich als unrichtig erweisen; sie kann also namentlich auch zu niedrig sein, und es kann sich infolgedessen durch die Verwertung herausstellen, daß in Wirklichkeit der Gläubiger volle Deckung erhält. Zudem wird unter Umständen das in der Betreibung verwertbare Vermögen nachträglich, durch Ergänzungs- oder durch Nachpfändung (Art. 145), Zuwachs erhalten. Deshalb besitzt hier die Feststellung ungenügender Deckung in der Pfändungsurkunde und die damit gegebene Verlustsfeststellung nur vorläufigen Charakter; sie erfolgt in dem Sinne und unter dem Vorbehalt, daß ihre

Richtigkeit durch den später auszustellenden endgültigen Verlustschein bekräftigt werde, was regelmäßig zwar soweit der Fall sein wird, als sich für gewöhnlich der Eintritt eines Verlustes überhaupt mit Wahrscheinlichkeit voraussagen läßt, wogegen andererseits dessen ziffermäßige Höhe meistens nicht zum vornherein bestimmbar sein wird und deshalb zum mindesten in dieser Beziehung der provisorische Verlustschein durch den endgültigen eine Korrektur erfahren muß. Für die erörterte Auffassung spricht denn auch der Wortlaut des Art. 115 Abs. 2, indem die hier gebrauchte Wendung, daß „die Pfändungsurkunde als provisorischer Verlustschein diene“, deutlich darauf hinweist, daß man es hier mit einer Feststellung und deren Verurkundung zu tun hat, die nur vorläufige Geltung beanspruchen kann und später durch eine endgültige ersetzt werden soll, und daß der provisorische Verlustschein streng genommen doch kein Verlustschein im gesetzlichen Sinne ist. Geht man aber hievon aus, so läßt sich ihm im besondern auch nicht die Fähigkeit, dem Gläubiger den Weg der Anfechtungsklage zu eröffnen, in gleichem Maße zuerkennen, wie dem endgültigen Verlustschein. Vielmehr kann man ihm dann, seinem Namen entsprechend — trotz der allgemeinen Ausdrucksweise des Art. 285 (Zugröß und Ziff. 1), welche Bestimmung im vorliegenden Punkte in Hinsicht auf Art. 115 Abs. 2 einschränkend auszulegen ist — diese Fähigkeit nur als eine begrenzte und nur bis zur Ausstellung eines endgültigen Verlustscheins dauernde beilegen: Der Gläubiger soll zwar mit der Anhebung der Anfechtungsklage nicht zuwarten müssen, bis er den endgültigen Verlustschein hat erwirken können, indem ihm eine Hinausschiebung der Möglichkeit zur Anfechtung des Rechtsgeschäftes vielfach unbilligerweise schaden könnte. Umgekehrt aber rechtfertigt es sich noch weniger, ihm das Anfechtungsrecht schon kraft des provisorischen Verlustscheins unbedingt einzuräumen, trotzdem erst mit der Ausstellung des definitiven Verlustscheins die Verlustforderung grundsätzlich und ziffermäßig feststeht und daher auch erst dann der Bestand und der Umfang des Anfechtungsrechtes selbst sich genauer angeben läßt. Danach kann auch das durch den provisorischen Verlustschein gegebene Klage recht des Gläubigers nur ein vorläufiges sein, in dem Sinne, daß erst der endgültige Verlustschein die feste Grundlage

für die Anfechtung schafft und Gewißheit darüber begründet, ob und für welchen Verlustbetrag der Prozeß zu Ende geführt und Verurteilung des Anfechtungsbeklagten verlangt werden könne. Dementsprechend stehen endlich auch die beiden Verlustscheine in einem verschiedenen Verhältnisse zu der Betreibung, aus der sie erwachsen: Der definitive schließt die Betreibung ab und dauert nach ihrem Erlöschen als ein von ihr unabhängiger und losgelöster Anfechtungstitel fort, wobei hier nicht zu erörtern ist, inwiefern der Anfechtungsbeklagte seine Wirksamkeit durch den Hinweis auf seitherige Veränderungen der schuldnerischen Vermögenslage, Entdeckung neuen Vermögens u. s. w. zu hemmen vermag. Der provisorische Verlustschein dagegen hängt notwendig mit der Betreibung, in der er ausgestellt wurde, zusammen. Er steht und fällt mit ihr, weil er einen bloß vorläufigen Titel bildet, der in den nachher zu erlassenden definitiven umgewandelt werden muß, weil er nur bis zur Ausstellung dieses Geltung besitzt und sein Zweck nur darin besteht, bis dahin als vorläufiger Ersatz des endgültigen Titels zu funktionieren. Erlischt also die Betreibung, bevor es zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheines kommt, so geht von selbst auch der erlassene provisorische Verlustschein unter, indem der Zweck, um dessen willen er errichtet wurde, nun nicht mehr erreichbar ist. Wollte man ihn die Betreibung überdauern lassen, so würde man ihm damit in Wirklichkeit, zunächst für diesen Fall des Untergangs der Betreibung, die Bedeutung und Wirkung eines definitiven Verlustscheins beimeffen, und folgerichtig müßte das gleiche dann auch ganz allgemein geschehen, da für eine ausnahmsweise Behandlung jenes Falles ein besonderer Grund fehlt. Damit aber bliebe theoretisch für einen mit dem Abschluß der Betreibung auszustellenden zweiten Verlustschein überhaupt kein Raum mehr, und praktisch führte dies dazu, daß der Gläubiger stets schon auf Grund von Art. 115 Abs. 2 SchRG anfechten und, soweit es sich um die Anfechtung handelt, von einer weiteren Durchführung der Betreibung stets absehen könnte und natürlich auch absehen würde.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß es sich im Anfechtungsprozeß bei der Frage, ob die Betreibung und daher auch der darin ausgestellte provisorische Verlustschein noch zu Recht bestehe, um

eine Prozeßvoraussetzung handelt, deren Vorhandensein der Richter von sich aus zu prüfen hat und die daher auch noch in der letzten Instanz von Amtes wegen geprüft werden muß. Fehlt ein gültiger Verlustschein, so fehlt die materiellrechtliche Voraussetzung des Nachweises der Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens und daher ist in diesen Fällen die Anfechtung gesetzlich unzulässig und die Klage ohne weiteres von der Hand zu weisen. Daß sich der Beklagte auf diesen Klageabweisungsgrund nicht besonders berufen und auch die Vorinstanz ihn nicht berücksichtigt hat, tut somit nichts zur Sache.

4. — Nach den bisherigen Ausführungen kann der Kläger seine Berechtigung zur Anfechtung insofern auf keine der von ihm namhaft gemachten Pfändungsurkunden stützen, als hinsichtlich sämtlicher Vermögensstücke, die außer der den Anfechtungsprozeß betreffenden Forderung noch gepfändet worden sind, die Betreibung durch Fristablauf erloschen ist. Es fragt sich einzig noch, ob der Umstand hieran noch etwas ändere, daß andererseits für jene Forderung, aber auch nur für sie, ein Verwertungsbegehren gestellt und also insoweit für den Fortbestand der Betreibung gesorgt worden ist. Auch das ist aber zu verneinen: Wie schon gesagt, kann die vorliegende Anfechtungsklage nur auf die Voraussetzung gegründet werden, daß die genannte Forderung durch die angefochtene Abtretung dem Vermögen der betriebenen Schuldnerin entzogen worden und daher solange nicht pfändbar sei, als der Anfechtungskläger kein obliegendes Urteil erwirkt hat. Demgegenüber läßt sich nun nicht andererseits, um die Befugnis zur Anfechtung darzutun, die Klage wiederum darauf gründen, daß die Forderung tatsächlich gepfändet worden sei, um hieraus des weitern herzuleiten, daß der Pfändungsgläubiger ungenügende Deckung erhalten habe, also nach Art. 115 Abs. 2 SchRG das Recht zur Anfechtung besitze und daß ihm dieses Recht deshalb — und nur deshalb — erhalten geblieben sei, weil er hinsichtlich der gepfändeten Forderung die Betreibung rechtzeitig fortgeführt habe. Will vielmehr die Anfechtungsklage eine Vollstreckung gegen die Forderung erst ermöglichen, so muß von diesem Standpunkte aus die vorliegende Pfändung der Forderung, weil rechtlich unzulässig, außer Betracht fallen und daher die derzeitige Betreibung schlechthin als erloschen gelten. Abgesehen hiervon wäre dieses Be-

treibungsverfahren auch, soweit es sich um die gepfändete Forderung handelt, untergegangen: Der Kläger hat mit der Ausführung des ihm übertragenen Mandates zur Eintreibung der Forderung gar nicht begonnen und keine Schritte irgend welcher Art — weder vollstreckungsrechtliche noch gerichtliche — gegenüber der Drittschuldnerin unternommen, die auf den Eingang der Forderungssumme abzielen würden. Statt dessen hat er sich, ohne irgend einen Vorbehalt zu machen, für den Anfechtungsprozeß entschieden, dessen Durchführung außerhalb seines Auftrages und seiner Vollmacht zur Eintreibung liegt. Unter diesen Umständen muß angenommen werden, er habe überhaupt auf die ihm übertragene Verwertung dieses Vermögensstückes verzichtet und es sei mit Ablauf der gesetzlich aufgestellten Verwertungsfristen die gepfändete Forderung aus der Betreibung gefallen und diese auch insofern erloschen. Richtigerweise hätte eben die Frage, ob die gepfändete Forderung den betriebenen Schuldnern oder den Anfechtungsbeklagten zustehe, in einem an die Pfändung sich anschließenden Widerspruchsverfahren liquid gestellt werden sollen. Dann hätte sich von selbst daraus ergeben, daß ihre Verwertung solange überhaupt ausgeschlossen ist, als nicht durch gerichtliches Urteil der Anspruch des Beklagten auf sie als unwirksam erklärt worden ist.

5. — Nach dem Gesagten braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob, wie der Beklagte unter Berufung auf Art. 112 Abs. 3 SchRG geltend macht, die Pfändungsurkunden, auf die sich der Kläger stützt, auch ihrem Inhalte nach ungeeignet seien, um als gültige Anfechtungstitel nach Art. 285 Ziff. 1 SchRG zu dienen. Ebenjowenig braucht mit der Vorinstanz die Anfechtbarkeit der streitigen Forderungsbetreibung sachlich beurteilt zu werden, sondern es genügt zur Abweisung der Klage in ihrem Hauptbegehren 1, daß beim Kläger die subjektive Voraussetzung für die Anfechtung unter den gegebenen Umständen fehlt. Von diesen Erwägungen aus und in diesem Sinne ist der Vorentscheid hinsichtlich des genannten Begehrens zu bestätigen. Daß die Vorinstanz die beiden andern Begehren (2 und 3) mit Recht als für eine weitere richterliche Beurteilung außer Betracht fallend erklärt hat, ergibt sich von selbst aus ihrer oben wiedergegebenen Begründung dieser Punkte.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil der I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 4. Februar 1911 in allen Teilen bestätigt.

73. Urteil vom 23. September 1911 in Sachen

Stächelin, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen

Konkursmasse der Firma J. Basler & Cie., Kl. u. Ber.-Bekl.

*Anfechtungsanspruch nach Art. 287 Ziffer 1 SchKG. Ueberschuldung: Tat- und Rechtsfrage. — Anfechtbare Faustpfandbestellung an Wechseln (Art. 214 OR). — Entlastungsbeweis des Art. 287 Abs. 2 SchKG? Gegebene Erkennbarkeit der wirklichen Vermögenslage des Gemeinschuldners für den Anfechtungsbeklagten aus dessen eigenem Geschäftsverkehr mit jenem. — Pflicht des Anfechtungsbeklagten zur Rückerstattung der eingezogenen Wechselbeträge unter Abzug seiner Inkassospesen.*

A. — Durch Urteil vom 14. März 1911 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in vorliegender Streitsache erkannt:

„Der Beklagte wird zur Zahlung von 30,452 Fr. 95 Cts. „nebst 5% Zins seit dem 28. Januar 1910 an die Klägerin verurteilt.“

„Die Mehrforderung der Klägerin wird abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: „1. Aufhebung des angefochtenen Urteils; 2. Gänzliche Abweisung der Klage; 3. eventuell Rückweisung an die kantonale Instanz zur Beweis-erhebung über die Kenntnisfrage; 4. eventualistische Abweisung der Klage, soweit sie den Betrag von 5821 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5% seit 28. Januar 1910 übersteigt.“

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten die gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter der Klägerin hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils, eventuell auf Schutz der erstinstanzlichen Entscheidung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im Oktober 1908 stellte die später in Konkurs gefallene Firma J. Basler & Cie. in Basel der Aktiengesellschaft « Les Produits Chimiques de Croissy Ld. » die nachfolgenden, bei der « Société générale » in Paris zahlbaren Akzepte aus:

1. Akzept von	Fr.	9,832 40,	fällig per	15. Januar	1909
2. " " "	"	11,138 90,	" " "	15. " "	1909
3. " " "	"	11,720 45,	" " "	31. " "	1909
4. " " "	"	11,243 22,	" " "	10. Februar	1909

Total Fr. 43,934 97

Am 7. November 1908 wurden diese vier Akzepte von der A.-G. « Les Produits Chimiques de Croissy Ld. » durch Vermittlung des Agenten C. Fuß-Sutter in Basel gegen Zahlung von 40,000 Fr. dem Beklagten, Baumeister Gregor Stächelin in Basel, indossiert, der die zwei ersten der Eidgenössischen Bank, A.-G., und die zwei andern der Handwerkerbank Basel weiter indossierte.

Als der Beklagte am 22. Januar 1909 die zwei ersten Akzepte zufolge Protestes der Eidgenössischen Bank zurückerhielt, zahlten ihm J. Basler & Cie. an die Wechsel 4937 Fr. ab und stellten ihm zugleich eine vom genannten Tage datierte „Faustpfandbestellung“ aus. In dieser wird zunächst erklärt, es übergebe die Firma J. Basler & Cie., „zur Deckung einer Wechselforderung aus zwei Akzepten“, nämlich den erwähnten zwei von 9,832 Fr. 40 Cts. und 11,138 Fr. 90 Cts., dem Beklagten, dem Inhaber dieser Akzepte, „als Deckung der Forderungen aus diesen Wechseln“ folgende, „dem Herrn Basler“ gehörende, im Basler Lagerhaus befindliche Farbwaren: (folgt Aufzählung nach den Niederlageseheinen). „Die Bezugsscheine sind“, fährt sodann die Urkunde fort, „von Herrn J. Basler & Cie. blanko unterzeichnet und können diese von Herrn G. Stächelin nachträglich auf seinen oder einen andern Namen ausgefüllt werden, damit er sich mit diesem Bezug für seine Wechselforderung decken kann. Die Forderung des Herrn G. Stächelin ist mit dieser Deckung sichergestellt, jedoch nicht bezahlt; es ist der Wechselschuldner nach wie vor zur schnellsten Bezahlung verpflichtet. Bis diese Zahlung erfolgt ist, gilt Vorliegendes als faustpfändliche Deckung und nach Deckung