

Beklagte in Bottmingen ein Baumaterialiengeschäft errichtet und betrieben hat. Der Betrag des dadurch dem Kläger gestifteten Schadens ist von den Vorinstanzen, mit Rücksicht wesentlich auf die Dauer des Konkurrenzbetriebes während der ganzen Bauaison 1900 nach freiem Ermessen auf mindestens den geforderten Betrag von 500 Fr. festgesetzt worden. Diese Entscheidung ist in keiner Weise rechtsirrtümlich oder aktenwidrig, es ist ihr vielmehr durchaus beizutreten. Allerdings mangelt, wie dies der Natur der Sache nach kaum anders möglich ist, ein genauer ziffernmäßiger Nachweis des Schadens in seinen einzelnen Faktoren. Allein nachdem der Beklagte in der Bauaison 1900 dem Kläger intensive Konkurrenz gemacht, nachdem er speziell, wie sich aus den Zeugenaussagen ergibt, denselben in den Preisen unterboten und dadurch verschiedene Bestellungen erlangt hat, so darf nach freiem richterlichem Ermessen ohne weiteres angenommen werden, daß er durch seine Konkurrenz dem Kläger einen Schaden von 500 Fr. zugefügt habe. Ebenso ist, wie sich aus den obstehenden Ausführungen über die Tragweite des Konkurrenzverbotes ergibt, die vorinstanzliche Fassung des Verbotes des Konkurrenzbetriebes für die Zukunft zu bestätigen, unter dem Vorbehalt, daß über die Frage der Berechtigung des Beklagten, in ein Konkurrenzgeschäft in der Schweiz als einfacher Angestellter einzutreten, im gegenwärtigen Prozeß nicht entschieden sei.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird im Sinne der Erwägungen als unbegründet abgewiesen und demnach das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 18. Februar 1901 bestätigt.

IV. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuite pour dettes et faillite.

15. Urteil vom 28. Februar 1901

in Sachen Schweizerische Volksbank und Genossen
gegen Stettler und Mosimann.

Vindikation im Konkurse. Den Vindikanten das Forum verschliessendes Urteil. Berufung hiegegen. Haupturteil (Art. 58 Org.-Ges.)? Art. 260 Sch.- u. Konk.-Ges.; Natur und Wesen der « Abtretung » der Ansprüche der Masse an einzelne Gläubiger.

A. Durch Urteil vom 16. November 1900 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

Den Impetranten ist ihr Begehren zugesprochen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Impetranten rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag: In Aufhebung des angefochtenen Urteils seien die Impetranten mit ihrem im Termin vom 22. Juni 1900 gestellten Zwischenbegehren abzuweisen und sei die Sache an die kantonalen Gerichte zur weiteren Behandlung zurückzuweisen.

C. Die Impetranten beantragen in ihrer Antwort auf die Berufung: Es sei die Berufung als unzulässig zu erklären und den Impetranten das Forum des Bundesgerichtes zu verschließen; eventuell sei die Berufung abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das angefochtene Urteil beruht auf folgendem Sachverhalt: In dem am 13. März 1900 eröffneten Konkurse des Jakob Zinniker, Küblers in Langnau (Kanton Bern) machten dessen Bürger Arnold Stettler und Werner Mosimann (beide in Langnau) mittelst Eingabe vom 10./11. April 1900 das Eigentumsrecht an einer Anzahl von Maschinen, Maschinenbestandteilen und Zubehörden, die vom Konkursamte auf 3219 Fr. 10 Cts. geschätzt worden waren, geltend, gestützt auf einen angeblichen

Kaufvertrag vom 9. Oktober 1899. Der Konkursverwalter wies die Eigentumsansprüche durch Verfügung vom 29. Mai 1900 ab und setzte den Ansprechern gemäß Art. 242 Betr.-Ges. Frist bis zum 8. Juni zur Anhebung der Klage. Die zweite Gläubigerversammlung, die am 31. Mai 1900 stattfand, beschloß jedoch, den Prozeß nicht aufzunehmen. Durch Klage mit Vorladung vom 7./8. Juni 1900 stellten nun Stettler und Mosimann gegenüber der Konkursmasse das Begehren auf Anerkennung ihres Eigentums an den betreffenden (näher bezeichneten) Gegenständen und auf Herausgabe derselben. Am 15. Juni 1900 nahm sodann der Konkursverwalter im Konkurse des Jakob Zinniker folgende „Abtretung“ vor: „Gestützt auf den Beschluß der 2. Gläubigerversammlung im Konkurse des Jakob Zinniker, gew. Kübler in Langnau, vom 31. Mai 1900, wonach die Gesamtheit der Gläubiger darauf verzichtet, die Prozeßverhandlungen auf die vorstehende Klage der Herren Arnold Stettler, Gerber und Werner Mosimann, Apotheker, beide in Langnau, für Rechnung der Konkursmasse aufzunehmen, werden hiemit den nachbenannten Gläubigern, nämlich: 1. der Tit. Schweizerischen Volksbank in Bern, 2. dem Herrn Karl Schneider, Wagenbauer in Bern, 3. dem Herrn Karl Wyß, Schlosser im Weissenbühl daselbst, 4. dem Herrn Fritz Lüthi, Sager in Bomatt b. Bollbrück, 5. dem Herrn Jb. Witschi-Glauser in Hindelbank, auf ihr Verlangen bezüglich des gegenwärtigen Streitgegenstandes alle Rechtsansprüche mit sämtlichen der Konkursmasse des Jakob Zinniker zustehenden Rechten und Pflichten gemäß Art. 260 Betr.-Ges. abgetreten. Die fraglichen Maschinen und Zubehörten zc. werden den obgenannten Gläubigern nunmehr in ihren Gewahrsam übergeben und wird ihnen der Schlüssel zur Werkstat, wo sich die Gegenstände befinden, zur Verfügung gestellt. Die Cessionare haben von heute hinweg für Aufbewahrung der Maschinen zc. und für Verzinsung des Lokals bezw. der Lokale selbst zu sorgen. Ebenso wird die vorstehende Klage mit Vorladung den mehrerwähnten Gläubigern resp. zu deren Händen an die von ihnen bezeichneten Anwälte Herren Fürsprecher Lenz und Spreng in Bern zugestellt und denselben zur Pflicht gemacht, an dem in vorstehender Klage

„festgesetzten Termin den 22. Juni 1900 des Morgens um 8 Uhr gemäß Art. 26 Civilprozeßgesetz am Plage der unterzeichneten Konkursverwaltung als nunmehrige Beklagte vor der Civilaudienz des Herrn Gerichtspräsidenten von Signau im Amtshause in Langnau zur Verhandlung über das vorstehende Rechtsbegehren zu erscheinen.“ Im Termine vom 22. Juni 1900 erschienen nun vor dem Gerichtspräsidenten von Signau zur Verhandlung über die Klage vom 7./8. Juni der Vertreter der Kläger einerseits, der Vertreter der in der „Abtretung“ genannten Gläubiger anderseits. Letzterer stellte namens seiner Klienten folgende Anträge: 1. Die Kläger seien mit ihrem Rechtsbegehren abzuweisen; eventuell 2. Widerklage: Der angebliche Kaufvertrag zwischen den Klägern als Käufern und Jakob Zinniker als Verkäufer, vom 9. Oktober 1899, um die in der Klage mit Vorladung vom 7./8. Juni 1900 genannten Objekte sei ungültig zu erklären; 3. das Ergebnis bezw. der Erlös aus den mehrerwähnten Objekten habe nach Abzug der Kosten zur Deckung der im Kollokationsplane Zinniker anerkannten Forderungen der Beklagten und Widerkläger zu dienen, wobei ein allfälliger Überschuß an die Masse abzuliefern sei; alles unter Kostenfolge. Der Vertreter der Kläger beantragte hiegegen: „Es sei zu erkennen, die heute als Beklagte und Widerkläger auftretenden Personen seien nicht berechtigt, in dieser Eigenschaft am Plage der Konkursmasse Zinniker als Partei aufzutreten, und es seien die Kläger nicht schuldig, sich mit denselben in der von ihnen in Anspruch genommenen Parteistellung einzulassen, unter Kostenfolge.“ Der Vertreter der Beklagten trug auf Abweisung dieses Zwischenbegehrens an; der Gerichtspräsident sprach daselbe jedoch den Klägern zu. Auf Appellation der Beklagten und Impetraten hin hat auch der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern durch das eingangs genannte Urteil dieses Zwischenbegehren gutgeheißen.

2. Der erstinstanzliche Richter hatte sein Urteil wie folgt begründet: Auf welchem Wege der Gläubiger, der sich Ansprüche der Masse gemäß Art. 260 Betr.-Ges. habe abtreten lassen, diese Ansprüche gerichtlich verfolgen könne, werde durch die Civilprozeßordnung, und zwar durch §§ 26 und 27 bestimmt. Nun hätte

aber die beklagte Konkursmasse gemäß diesen Bestimmungen am Prozesse teilnehmen und hier die Einrede der Nennung des eigentlichen Beklagten stellen sollen; da das nicht geschehen, sei die Einmischung der Impetraten in den Prozeß unstatthaft. Die zweite Instanz führt dagegen zur Begründung ihres Urteils in der Hauptsache aus: Aus § 26 C.-P.-O. können die Impetraten ihr Recht, in den Prozeß einzutreten, nicht ableiten. Im weitern sei nicht zu bestreiten, daß durch die gemäß Art. 260 Betr.-Ges. erfolgte Abtretung der in Frage stehenden Rechtsansprüche der Masse an die Impetraten diese letztern ein materielles Recht an jenen erlangten; fraglich sei jedoch, ob ihnen hiedurch auch das prozessuale Recht zugefallen sei, ohne weiteres in den bereits gegen die Masse angehobenen Rechtsstreit einzutreten. Diese Frage sei nach kantonalen Prozeßgesetzen zu entscheiden; denn Art. 260 Betr.-Ges. sei keine civilprozessuale, sondern eine materiellrechtliche Vorschrift, da sie den Fall, wo bereits bei der Abtretung ein Prozeß über die abgetretenen Rechtsansprüche obwalte, nicht normiere. Eine Reassumtion des Prozesses infolge Singularsuccession sei nun durch keine Bestimmung des bernischen Civilprozesses gestattet (was des nähern dargethan wird).

3. Über die Kompetenz des Bundesgerichtes, die vom Vertreter der Impetranten verneint wird und überdies von Amtes wegen zu prüfen ist, ist folgendes zu bemerken: Der Streitwert bei Vindikationen im Konkurse richtet sich nach der amtlichen Schätzung der vindizierten Gegenstände (vgl. Aml. Samml. der bundesger. Entscheidungen, Bd. XXI, S. 282 f., Erw. 3), und da diese vorliegend 2000 Fr. übersteigt, ist der für die Berufung an das Bundesgericht erforderliche Streitwert gegeben. Ebenso ist die Berufung statthaft rücksichtlich des anzuwendenden Rechts, da die Impetraten und Berufungskläger Verletzung des Art. 260 Betr.-Ges., also einer eidgenössischen Rechtsvorschrift, geltend machen. Es fragt sich daher nur noch, ob es sich um ein kantonales Haupturteil handle. Die Impetranten und Berufungsbeklagten bestreiten das, indem sie behaupten, das angefochtene Urteil habe über den eingeklagten Eigentumsanspruch in keiner Weise entschieden, sondern nur eine Prozeßeinrede erledigt; auch sei den Impetraten die Möglichkeit der Verfolgung

ihres Anspruches nicht abgeschnitten, sondern lediglich festgestellt worden, daß sie sich in formell unzulässiger Weise in den Prozeß eingemischt hätten. Dem gegenüber ist jedoch zunächst festzustellen, daß auch Urteile, die nicht über die Hauptsache selbst, sondern über Prozeßeinreden erfolgen, den Charakter von Haupturteilen tragen können, dann nämlich, wenn mit dem Entscheid über die Prozeßeinrede über den materiellen Anspruch endgültig entschieden worden ist. Die Frage spitzt sich daher vorliegend dahin zu, ob das angefochtene Urteil für die Impetraten endgültig den Verlust eines materiellen Anspruches zur Folge habe. Das ist nun aber zu bejahen: Der angefochtene Entscheid hat in seinen Konsequenzen die Folge, daß den Impetraten endgültig das Recht genommen wird, dem Eigentumsanspruch der Vindikanten auf dem Wege der Bestreitung, der Widerklage oder der selbständigen Klage entgegenzutreten; denn nachdem die Impetranten gegenüber der Konkursmasse, die die Klage anerkennen mußte, ein obliegendes Urteil erhalten hätten, stünde ihnen aus diesem Urteil gegenüber den Impetraten die Einrede der abgeurteilten Sache zu. Es könnte zur Begründung der Kompetenz des Bundesgerichtes vielleicht auch dahin argumentiert werden, daß das Recht, als Singularsuccessor für einen andern in einen Prozeß einzutreten, das den Impetraten vorliegend von der Vorinstanz auf Grund des Veräußerungsverbotes pendente lite abgesprochen wird, materiell-rechtlicher Natur sei. Doch genügt jene erste Argumentation, um die Kompetenz des Bundesgerichtes zu begründen.

4. In der Hauptsache steht zur Entscheidung die Frage, wie Art. 260 Betr.-Ges. auszulegen sei, speziell, welche Tragweite der darin vorgesehenen „Abtretung“ der Rechtsansprüche der Masse, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet hat, an einzelne Gläubiger zukomme.

a. Nun ist zunächst festzustellen, daß die genannte Gesetzesbestimmung nicht nur von Rechtsansprüchen redet, über welche ein Prozeß noch nicht schwebt, wie die Impetranten und die Vorinstanz irrthümlich meinen, sondern überhaupt ganz allgemein von Rechtsansprüchen der Masse. Für den Fall, daß im Momente der Konkursöffnung gegen den Gemeinschuldner bereits ein Rechtsanspruch hängig ist, sieht Art. 207 Betr.-Ges. aus-

drücklich eine Einstellung des Verfahrens und die Möglichkeit einer Aufnahme desselben durch die Gläubigerschaft vor. Daß in diesem Falle die Masse in die Rechtsstellung des Gemeinschuldners in vollem Umfange eintritt, kann nicht bezweifelt werden; sie übernimmt den Prozeß in dem Stadium, in dem ihn der Gemeinschuldner gelassen hat, und alle Rechtsvorgehen des Gemeinschuldners sind daher auch zu ihren Gunsten erfolgt. Die Masse ist aber nicht genötigt, in den Prozeß einzutreten, sondern die Mehrheit der Gläubiger kann beschließen, auf den Eintritt zu verzichten. Nun versteht es sich gewiß von selbst, daß dann in diesen Fällen Art. 260 Betr.-Ges. ebenfalls Anwendung finden muß; ebenso einleuchtend ist aber, daß alsdann die einzelnen Gläubiger ihrerseits durch die „Abtretung“ in die Rechtsstellung der Masse eintreten, und daß sie nicht den Prozeß ab ovo beginnen müssen. Das letztere wäre aber die Konsequenz der Anschauung der Vorinstanz, die in ihren Folgerungen zu ganz unhaltbaren Annahmen führen müßte; man denke nur an den Fall, daß vor erster Instanz vor der Konkursöffnung und vor der „Abtretung“ ein weitläufiges Beweisverfahren durchgeführt worden wäre, oder wo gegen den Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung ein verurteilendes Erkenntnis erwirkt wurde, gegen das aber noch Rechtsmittel ergriffen werden können, und die Unmöglichkeit des Eintrittes der auf Grund einer Abtretung prozessierenden Gläubiger in den Prozeß zur Folge haben müßte, daß jenes Urteil in Rechtskraft erwachsen und von ihnen gar nicht mehr angefochten werden könnte. Wenn sonach gemäß der ganzen Tendenz des Gesetzes und dem klaren Wortlaut des Art. 260 darauf gar nichts ankommen kann, ob ein Anspruch schon rechtshängig sei oder nicht, und in beiden Fällen eine Abtretung nach der genannten Bestimmung möglich ist, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch der Anspruch auf Bestreitung einer im Konkurs angemeldeten Vindikation ebenfalls darunter fallen sollte; ein Rechtsanspruch kann nicht nur positiver, er kann auch negativer Natur sein, und auch derartige Ansprüche sind nach dem Wortlaute des Art. 260 hier inbegriffen (vgl. hierzu Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XXIII, 2. Teil, Nr. 177; Bd. XXIV, 1. Teil, Nr. 153, Separat-Auszg. I, Nr. 87).

Die Fälle der Bestreitung von Vindikationen werden zu den praktisch häufigsten gehören.

b. Es fragt sich nun weiter, welche Bedeutung dem Ausdruck zukomme: „Auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet hat.“ Auch hier ist der Standpunkt der Impetranten unhaltbar, wenn sie glauben, weil die Masse als solche auf Geltendmachung verzichtet habe, hätte die Konkursverwaltung die Gegenstände ihnen, den Vindikanten, herausgeben sollen. Damit identifizieren sie den Verzicht auf die Prozeßführung mit einer Anerkennung des Klageanspruches namens der Masse. Davon kann nun aber keine Rede sein. Der Beschluß der Gläubigerversammlung, den Prozeß nicht auf eigene Kosten zu führen, ist ein interner Vorgang im Innern der Gläubigerschaft, keine Rechtshandlung gegenüber den dritten Ansprechern; diese können sich daher auch nicht darauf als auf eine die Masse bindende und für sie rechtsbegründende Thatsache berufen. Wenn ein solcher Beschluß der Anerkennung der Drittansprache gleichkäme, so könnte der Anspruch auf Bestreitung von der Masse nicht mehr an einzelne Gläubiger abgetreten werden; er wäre dann eben endgültig aufgegeben und bestünde nicht mehr. Das ganze Vorgehen der Impetranten läuft denn auch, indem sie nur die Masse als Beklagte anerkennen wollen, die ihrerseits nicht mehr prozessieren kann, darauf hinaus, mit dem zu erwirkenden verurteilenden Erkenntnis gegenüber der Masse allfälligen Klagen einzelner Gläubiger die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen halten zu können.

c. Wenn also nach dem Gesagten der Verzicht der Mehrheit der Gläubiger auf die Geltendmachung eines Anspruches nicht gleichbedeutend mit einer Anerkennung des Anspruches sein kann, so ist im weitern zu sagen, daß auch die vom Gesetze vorgesehene „Abtretung“ nicht den Sinn haben kann, den die Impetranten und der Vorderrichter in den Begriff legen. Unter der „Abtretung“ ist nicht eine eigentliche Cession im civilrechtlichen Sinne zu verstehen, welche zur Folge hätte, daß der Anspruch ein für allemal aus dem Massevermögen gänzlich ausscheiden und mit allen rechtlichen Folgen einer Cession an die einzelnen Gläubiger übergehen würde. Das ergibt sich klar aus folgenden Thatsachen:

1) Bei Widerruf des Konkurses muß auch die Abtretung an die einzelnen Gläubiger dahin fallen; denn da dadurch der Gemeinschuldner wieder in die volle Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen eingesetzt wird, so geht der betreffende Anspruch von der Konkursmasse auch wieder auf ihn über und wird damit auch die Abtretung hinfällig.

2) Der betreffende Anspruch scheidet nicht aus dem Massevermögen aus, sondern sein Erlös fällt in die Masse, soweit er die Forderung der prozessierenden Gläubiger übersteigt. Der Anspruch der letztern auf vorgängige Befriedigung ist nichts anderes als eine Prämie für das übernommene Risiko des Prozesses, ganz analog der Bestimmung des Art. 131 Abs. 2 Betr.-Gesetz.

3) Eine weitere Abtretung, Cession, des Anspruches durch die Gläubiger, die die Prozeßführung übernommen haben, ist, wie aus dem sub 1 und 2 Gesagten folgt, unstatthaft.

4) Die Realisierung des Anspruches, den die prozessierenden Gläubiger erstritten haben, geht nicht von den einzelnen Gläubigern aus, sondern gehört, wie sich aus Art. 260 Abs. 2 ergibt, in die Kompetenz der Konkursverwaltung. Er fällt, wenn sie obliegen, nicht ihnen zu selbständiger Verfügung zu, sondern gilt dann als Massegut, auf dessen Erlös die prozessierenden Gläubiger nur den ersten Anspruch haben.

5) Auch die Verteilung des Erlöses unter mehrere prozessierende Gläubiger hat wieder von der Konkursverwaltung auszugehen; gegen die betreffenden Verfügungen kann Beschwerde geführt, die Aufsichtsbehörde kann gegen eine unrichtige Verteilung angerufen werden (vgl. Amtl. Samml., Bd. XXV, 1. Teil, Nr. 122, Sep.-Ausg. II, Nr. 73).

6) Da die Verteilung des Ergebnisses unter die prozessierenden Gläubiger „nach dem unter ihnen bestehenden Range“ zu geschehen hat, kann es vorkommen, daß der ganze Prozeßgewinn einem derselben allein zugewiesen werden muß, während doch die „Abtretung“ an Alle erfolgte; das stünde mit einer eigentlichen Abtretung im Sinne der Art. 183 ff. O.-R. zweifellos nicht im Einklang.

7) Die Konkursverwaltung hat die Klagefrist anzusetzen, auch

wenn die Masse ihrerseits den Anspruch nicht geltend machen will (vgl. Amtl. Samml., Bd. XXIII, 2. Teil, Nr. 177).

8) Ein Gläubiger, der aus dem Kollokationsplane weggewiesen ist, verliert die Legitimation zur Weiterführung des Prozesses um den Anspruch, den er sich vorher hatte abtreten lassen.

Alle diese Thatsachen sind Konsequenzen des einen Grundsatzes, daß es sich bei der „Abtretung“ des Art. 260 Betr.-Ges. lediglich um Überlassung der Prozeßführung an die Gläubiger, aber nicht um eine Abtretung materiell-rechtlichen Inhaltes im Sinne der obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Cession handelt. (Vgl. auch den Entscheid des Bundesrates in Archiv V, Nr. 42.) Dieser Grundsatz folgt denn auch noch aus folgender Betrachtung: Die Konkursmasse besitzt selbst keine von jenen des Gemeinschuldners verschiedenen materiellen Rechte, sondern sie macht nur diejenigen des Gemeinschuldners geltend, welche auf sie zufolge des der Gläubigergesamtheit zustehenden Beschlagsrechts kraft gesetzlicher Succession übergegangen sind. So lange nun nicht alle Gläubiger auf die Ausübung dieses Beschlagsrechtes verzichten, besteht diese Succession und Verfügung nach dem Willen des Gesetzes zu Recht und fällt der betreffende Anspruch nicht an den Gemeinschuldner zurück, und es soll durch Mehrheitsbeschluß der Gläubigerversammlung (die Fälle positiver entgegenstehender Bestimmungen ausgenommen) die Ausübung jenes Rechtes nicht verunmöglicht werden können. Wenn daher einzelne Gläubiger im Sinne des Art. 260 Betr.-Ges. klagen, so leiten sie ihr Klagerecht nicht aus einer Abtretung des betreffenden materiellen Anspruches quoad jus von der Masse her, sondern direkt aus dem Beschlagsrecht der Gläubigerschaft an dem sämtlichen Vermögen und sämtlichen Ansprüchen des Gemeinschuldners, das zu Gunsten aller Gläubiger besteht, mit dem es steht und fällt; sie machen daher nicht einen ihnen zustehenden neuen Anspruch geltend, wie bei einer eigentlichen Abtretung, sondern die Rechte des Gemeinschuldners bezw. der Gesamtheit der Gläubiger, die von Anfang an durch die Konkursöffnung auf sie übergegangen sind. (Vgl. auch Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 288, Erw. 2; Bd. XVIII, S. 536 Erw. 2.) Somit liegt auf Seiten der prozessierenden Gläubiger ganz die gleiche Succession in die

Rechte und die Prozeßstandschaft des Gemeinschuldners vor, wie im Fall einer Klage durch die Konkursverwaltung namens der Gesamtheit der Gläubiger. Auch die einzelnen Gläubiger klagen und werden belangt namens der Gesamtheit der Gläubiger, nur mit dem Unterschied, der aber ihre rechtliche Stellung gegenüber dem Dritten in keiner Weise berührt, daß sie den Prozeß auf eigenes Risiko führen, wogegen dann die Prozeßprämie das Äquivalent bildet. Eigentliche Prozeßpartei ist aber immer noch die Gläubigerschaft; sie hat nur ihre Vertretung für den Prozeß gewechselt und das Prozeßrisiko auf andere Schultern abgewälzt. Daß die „Abtretung“ bei der Beratung des Gesetzes nur in diesem Sinne aufgefaßt wurde, darauf weist auch der Wortlaut aller Entwürfe hin, die sämtlich immer nur von „einer Abtretung des Anspruches an einzelne Gläubiger“ sprechen, „um denselben unter Aufsicht der Konkursverwaltung, aber auf eigene Kosten, rechtlich geltend zu machen.“ So war der Artikel (277) noch in dem auf Grundlage der zweiten Beratung der Bundesversammlung festgestellten Entwürfe gefaßt; und erst in der sog. redaktionellen Vereinigung durch den Bundesrat erhielt er den heutigen Wortlaut, ohne daß jedoch dabei eine materielle Änderung beabsichtigt gewesen wäre.

5. Hat aber nach dem Gesagten Art. 260 Betr.-Ges. diese weniger civilrechtliche, als vielmehr prozeßrechtliche Bedeutung, so ist klar, daß entgegenstehende Bestimmungen kantonaler Prozeßordnungen, welche die Verwirklichung dieses Gedankens des eidgenössischen Gesetzes hindern, weichen müssen. Der bernische Zivilprozeß scheint indessen überhaupt keine Bestimmung, die einem derartigen Übergang der Prozeßführung von der Gesamtheit der Gläubiger auf einzelne derselben im Wege stehen würde, zu enthalten. Daß hiebei weder von einer Haupt-, noch von einer Nebenintervention gesprochen werden kann, ist nach dem Gesagten zweifellos; §§ 35 und 36 bern. C.-P., sowie § 34, von denen die Vorinstanz spricht, treffen daher nicht zu. Aber auch der in § 26 vorgesehene Fall der *nominatio auctoris*, unter den die erste Instanz das Rechtsverhältnis subsumiert hatte (wie denn auch § 26 in der von der Konkursverwaltung ausgestellten Abtretungsurkunde angeführt ist), deckt sich mit dem vorliegenden

Falle nicht. Eigentlich Beklagter ist nach wie vor die Gesamtheit der Gläubiger, und die einzelnen prozeßierenden Gläubiger werden nicht in eigenem Namen, sondern namens der Gläubigersamtheit und als Träger ihrer Rechte verklagt. Da die „Abtretung“ vorliegend ausdrücklich „im Sinne des Art. 260 Betr.-Ges.“ erfolgte, so ist damit hinlänglich dargethan, daß sie diesen gesetzlichen Inhalt haben sollte; die irrtümliche Auslegung des Art. 260 kann weder der Masse noch den Impetraten zum Nachteil reichen.

6. Fraglich könnte daher einzig noch sein, ob nicht das kantonale Prozeßrecht für den vom eidgenössischen Recht vorgesehenen Übergang der Prozeßführung bestimmte Formen aufstellen darf. Diese Frage braucht indessen heute nicht gelöst zu werden, da derartige Bestimmungen von der Vorinstanz nicht namhaft gemacht worden sind, sondern die Wegweisung der Impetraten aus dem Prozesse deshalb erfolgte, weil die Formen, die für die Nebenintervention vorgeschrieben sind, nicht beachtet worden seien. Es genügt daher, festzustellen, daß der Thatbestand des Art. 260 nicht unter die Nebenintervention fällt, um das angefochtene Urteil aufzuheben und die bernischen Gerichte zur Zulassung der Impetraten zu verhalten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt. Demgemäß sind in Aufhebung des Urteils des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 16. November 1900 die Impetranten mit ihrem im Termin vom 22. Juni 1900 gestellten Zwischenbegehren abgewiesen.