

um so weniger, als die öffentliche Versteigerung gegenüber dem vorgeschlagenen Verkauf aus freier Hand den Nachteil besonderer Unkosten und einer Verzögerung der Bewertung aufwies. Die angerufene Neuschätzung der fraglichen Objekte lag damals noch nicht vor; sie gelangt übrigens zu einer Höherwertung, die im Verhältnis zu den beiden Gesamtschätzungsbeträgen betrachtet, als ziemlich gering erscheint. In subjektiver Beziehung endlich ist nicht ohne Bedeutung, daß der Ehemann Bucheli von seinen 36 Auftragnehmern nicht nur zur Vertretung an der zweiten Gläubigerversammlung im allgemeinen, sondern speziell auch zu den Verhandlungen über den proponierten Nachlaßvertrag bevollmächtigt war, was die Möglichkeit offen läßt, er habe sich um die Sammlung dieser Stimmen eher für das Zustandekommen des Nachlaßvertrages bemüht, als zu dem Zwecke, eine im erörterten Sinne gesetzwidrige Bewertungsvorgehens durchzusetzen.

Die Vorinstanz macht zur Begründung ihres Entscheides geltend, daß „solche Machinationen, die geradezu etwas fraudulöses an sich tragen, nicht geschützt werden können“. Damit kann sie nicht, wie die Rekurrenten meinen, indirekt sagen wollen, daß der fragliche Beschluß auf betrügerische Weise zustande gekommen und deshalb rechtsungültig sei. Es fehlt ja vor allem schon an jedem aktenmäßigen Anhaltspunkte dafür, daß der Ehemann Bucheli, als er den Beschluß mit den ihm verfügbaren Gläubigerstimmen zustande brachte, in einen Irrtum über die wirkliche Sachlage versetzt gewesen sei. Die Vorinstanz scheint vielmehr mit jener Wendung an ein bewusst pflichtwidriges Handeln der Gläubigermehrheit im oben erörterten Sinne zu denken.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und damit unter Aufhebung des Vorentscheides der fragliche Gläubigerbeschluß vom 29. Dezember 1905 als zu Recht bestehend erklärt.

28. **Entscheid** vom 13. März 1906 in Sachen **Hypothekbank Basel und Konsorte.**

Konkurs; Anfechtbarkeit von Beschlüssen der zweiten Gläubigerversammlung. Art. 253 Abs. 2 SchKG. Rechtsverweigerung im Sinne der Art. 17-19 SchKG. — Untersuchung, ob die Gläubigerversammlung gesetzwidrig vorging bei Genehmigung des Verkaufes eines Wirtschaftspatentes durch den Gemeinschuldner. Stellung der Hypothekargläubiger. Interessenkollision zwischen ihnen und den Chirographargläubigern. Natur des baselstädtischen Wirtschaftspatentes; kantonales Recht. Stellung des Hypothekargläubigers gegen faktische Wertminderung des Pfandobjektes; Anwendbarkeit kantonalen Rechts.

I. Der jetzt in Konkurs befindliche Robert August Groh hatte von der Rekurrentin Witwe Müller die Liegenschaft Bahnhofstraße Nr. 31 in Basel, auf der eine Wirtschaft betrieben wurde, mit Antritt auf 1. April 1905 für 154,000 Fr. gekauft. Die Wirtschaft wurde vom genannten Zeitpunkte an durch einen Mieter des Käufers Groh, Schopferer, weiter betrieben. Am 14. Mai 1905 schloß indessen Groh mit Gottlieb Schöneck einen Vertrag ab, wonach er erklärte, sein auf der Liegenschaft Bahnhofstraße 31 haftendes Wirtschaftspatent unter Vorbehalt der Einwilligung des kantonalen Polizeidepartementes zum Preise von 14,000 Fr. an Schöneck zu übertragen. Am 31. Mai ermächtigte darauf der Regierungsrat das Polizeidepartement, dem Schöneck die Errichtung einer Wirtschaft in Nr. 21 Bahnhofstraße unter dem Vorbehalte zu gestatten, daß die Wirtschaft Nr. 31 Bahnhofstraße eingehe. Schöneck scheint in der Folge die erforderlichen Umbauten zur Einrichtung einer Wirtschaft in Nr. 21 vorgenommen zu haben.

Als die Rekurrentin Witwe Müller, Inhaberin der dritten Hypothek auf der von ihr verkauften Liegenschaft, von der Abmachung zwischen Groh und Schöneck Kenntnis erhielt, erwirkte sie einen Arrest auf das Guthaben des Groh an Schöneck. Groh strengte Arrestaufhebungsklage an, wurde aber durch Urteil des Zivilgerichts Baselstadt vom 26. September 1905 abgewiesen.

Das Gericht nahm den Arrestgrund des Art. 271 Ziff. 2 SchRG (Beiseiteschaffen von Vermögen zum Nachteil der Gläubiger) als gegeben an. In der Begründung des Entscheides wurde ausgeführt: Das Patent, als die polizeiliche Bewilligung zum Betriebe einer Wirtschaft auf einer Liegenschaft, sei allerdings kein irgendwie mit der Liegenschaft dinglich zusammenhängendes Recht, bewirke aber einen faktischen Mehrwert der Liegenschaft, der in einer Steigerung ihres Wertes seinen Ausdruck finde, wie umgekehrt die Ablösung des Patentbes, d. h. der Verzicht auf die Ausübung der Polizeierlaubnis, der Liegenschaft einen Teil ihres Verkehrswertes nehme. Hiervon ausgegangen, habe Groh das der Arrestgläubigerin verhaftete Immobiliarpfand faktisch in erheblichem Maße deterioriert und auch das übrige Vermögen vermindert, indem das Patent durch die Kostrennung von der Liegenschaft und Übertragung auf eine andere Liegenschaft (auf der bisher noch keine Wirtschaft betrieben wurde) an Wert habe einbüßen müssen. Eine derartige Verfilberung qualifiziere sich als ein den Arrestaufhebungskläger selbst schädigendes, unrationelles und nur aus unlauteren Motiven zu verstehendes Vorgehen. Dies um so mehr, als der Verkauf unter dem Werte des Patentbes erfolgt sei, indem der Sachverständige diesen auf 28,000 Fr. veranschlage und auch nach allgemeiner Verkehrsanschauung Wirtschaftspatente für Liegenschaften in so günstiger Lage weit höher als auf 14,000 Fr. geschätzt werden. Die Einrichtung von Läden in der Liegenschaft an Stelle der Wirtschaft biete kein genügendes Äquivalent.

Am 20. Oktober 1905 eröffnete das Konkursgericht Baselstadt infolge Antrages der Witwe Müller und gestützt auf Art. 190 Ziff. 1 SchRG über Groh den Konkurs, indem es auf Grund des Urteils vom 26. September 1905 in der „Veräußerung des Patentbes“ den Tatbestand einer betrügerischen Handlung zum Nachteil der Gläubiger im Sinne genannter Bestimmung sah.

Die Liegenschaft Bahnhofstrasse Nr. 31 figuriert in dem vom 2. November 1905 datierten Konkursinventar mit einem Schätzungswerte von 130,000 Fr. Bei den Akten liegen zwei Schreiben (d. d. 18. November und 19. Dezember 1905) des nachträglich als Sachverständigen angefragten Baumeisters Thommen, wonach dieser dem Konkursamte erklärte, daß er die Liegenschaft,

das Wirtschaftspatent mitgerechnet, auf 130,000 Fr. schätze, das Patent selbst auf 28,000 Fr. und die Liegenschaft ohne dasselbe auf 102,000 Fr.

Beizufügen ist hier, daß der Regierungsrat in einem infolge Rekurses des Schöneck am 8./15. November gefällten Entscheide sich auf den Standpunkt stellte, Schöneck könne das Patent für die Liegenschaft Nr. 21 nur beanspruchen, nachdem die Konkursmasse der Zurücknahme der Bewilligung für Nr. 31 zugestimmt habe.

Am 29. Dezember 1905 fand die zweite Gläubigerversammlung statt. An derselben waren alle Konkursgläubiger, 9 an der Zahl, anwesend oder vertreten. Es erschienen nämlich: Dr. A. W. namens der Gläubiger Basler Löwenbräu (Hypothekargläubigerin im vierten [letzten] Rang für 2668 Fr. 55 Cts.), Handwerkerbank Basel (zweite Hypothek von 40,000 Fr.) und Jean Kölla (Gläubiger fünfter Klasse für 30 Fr.); Dr. M. (Gläubiger fünfter Klasse für 409 Fr. 35 Cts.); Dr. F. namens der heutigen Rekurrentinnen, Hypothekenbank in Basel (erste Hypothek von 65,000 Fr.) und Witwe Müller (dritte Hypothek von 37,000 Fr. und Prozeß- und Konkurskostenforderungen in fünfter Klasse von 678 Fr. 70 Cts. und 34 Fr. 40 Cts.); K. Müller als Vertreter des E. Jundt (Gläubiger fünfter Klasse für 18 Fr. 30 Cts.); K. Hofer, Direktor des Basler Löwenbräu (Zessionar zweier Forderungen eines Gläubigers fünfter Klasse von 800 Fr. und 240 Fr. 30 Cts.); endlich Wörner namens Wösch & Wörner (Gläubiger fünfter Klasse für 50 Fr.). Dr. F. gab als Vertreter der Rekurrentin Witwe Müller die Erklärung ab, daß er für das Patent 20,000 Fr. offeriere, falls der Erlös den Hypothekargläubigern zu gute komme, und daß er in diesem Falle für die Liegenschaft 130,000 Fr. biete. Dem gegenüber faßte die Versammlung mit 6 Stimmen gegen 3 (den von Dr. F. für die heutigen Rekurrentinnen abgegebenen und derjenigen für die Forderung Jundt) den Beschluß: es solle der Vertrag mit Schöneck, wonach das Wirtschaftspatent auf denselben übertragen werde, vom Konkursamte erfüllt werden.

II. Die drei in Minderheit gebliebenen Gläubiger erhoben nunmehr Beschwerde mit dem Begehren: es sei der genannte Be-

schluß aufzuheben und zu verfügen, daß der zwischen Groß und Schöneck abgeschlossene Vertrag von der Konkursverwaltung nicht zur Ausführung gebracht werde. Zur Begründung verwiesen die Beschwerdeführer zunächst auf das Zivilgerichtsurteil vom 26. September 1905 und dessen (oben wiedergegebene) Motive und machten sodann geltend: Die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses rechtfertige sich schon deshalb, weil eine die Grundsätze der Loyalität und der Verkehrstreue verletzende Rechts-handlung von der Konkursverwaltung nicht ausgeführt werden dürfe. Der Konkursbeamte habe sich denn auch gegen den dem Beschluß zu Grunde liegenden Antrag des Dr. W. verwahrt. Der Beschluß sei aber mit Hilfe der vom Löwenbräu aufgekauften kleinen Gläubiger der fünften Klasse durchgedrückt worden. Diese Gläubiger hätten damit zu bewirken versucht, daß der Patenterlös in die fünfte Klasse falle und dort alle Forderungen voll decke, womit die dritte Hypothek infolge der Wertverminderung des Unterpfandes vollständig zu Verlust käme, was für Witwe Müller ihnen ökonomischen Ruin bedeute. Sodann involviere der angefochtene Beschluß eine schwere Schädigung der Masse: Der Verkaufspreis des Patentes stehe zu dessen wirklichem Wert, wie er durch einen Sachverständigen festgestellt sei, in einem flagranten Mißverhältnis und die Loslösung des Patentes von der Liegenschaft sei etwas wirtschaftlich irrationelles und unkluges. Die Beschwerdeführerin Witwe Müller sei immer noch bereit, für die Liegenschaft 130,000 Fr. und damit für das mitzuübertragende Patent 20,000 Fr. zu zahlen.

Das Konkursamt erklärte in seiner Vernehmlassung, daß es sich vor dem ergangenen Beschluß geweigert habe, den Vertrag mit Schöneck — den Groß zur Schädigung seiner Gläubiger eingegangen habe — zu erfüllen, in der Meinung, daß bei Verkauf des Patentes mit der Liegenschaft ein höherer Preis erzielt werden könnte. Den Beschluß selbst hält es aber als unanfechtbar, da lediglich eine Zweckmäßigkeitfrage streitig sei, über die zu befinden den Aufsichtsbehörden gemäß Art. 253 Abs. 2 SchRG die Kompetenz mangle. Spezielle Rechte der Beschwerdeführer seien nicht verletzt.

Die Gläubiger Basler Löwenbräu, Direktor Hofer und Firma

Mönch & Wörner verneinten in ihrer Beschwerbeantwort ebenfalls die Kompetenz der Aufsichtsbehörden zur Abänderung des angefochtenen Beschlusses und trugen daneben unter Bestreitung der gegnerischen Anbringen auf Abweisung der Beschwerde aus materiellen Gründen an. Im wesentlichen gingen sie davon aus, daß der Verkauf des Patentes zu einem richtigen Preise erfolgt sei und daß dieser Preis nunmehr einer größeren Zahl von Gläubigern fünfter Klasse mit Inbegriff der Witwe Müller, soweit sie als Hypothekargläubigerin keine Deckung erhalte, zu gute komme, welches Resultat dem Gesamtinteresse der Gläubigerschaft entspreche, während der Verkauf des Patentes mit der Liegenschaft im Sonderinteresse der Witwe Müller liegen würde. Sodann weisen sie auch darauf hin, daß die Nichterfüllung des Vertrages den Vertragskontrahenten Schöneck schädigen würde, der unterdessen auf der Liegenschaft Bahnhofstraße Nr. 21 eine Wirtschaft eingerichtet habe.

III. Am 19. Januar 1906 entschied die kantonale Aufsichtsbehörde: es werde auf die Beschwerde wegen Inkompetenz nicht eingetreten. Sie bemerkt zunächst in den Erwägungen, daß der angefochtene Beschluß keine Überschreitung der Kompetenzen, die das Gesetz der zweiten Gläubigerversammlung einräumt, enthalte und führt sodann aus, daß er auch keine Rechte der einzelnen sich beschwerenden Gläubiger verletze: Ohne weiteres gelte das für die Chirographargläubiger, zu denen der Beschwerdeführer Jundt gehöre, da diesen Gläubigern kein besonderer Rechtsanspruch auf das in Frage stehende Patent zustehe. Das gleiche sei aber auch von den Hypothekargläubigern, insbesondere also von Witwe Müller und der Hypothekenbank Basel zu sagen. Es wird dann in längerer Erörterung an Hand der Doktrin und auf Grundlage des baselstädtischen Wirtschaftsgesetzes vom 19. Dezember 1887 (mit Abänderung vom 23. März 1891) die rechtliche Natur des Wirtschaftspatentes umschrieben als eine Polizeierlaubnis zur Eröffnung des Wirtschaftsbetriebes, welche einer bestimmten Person, die bestimmte persönliche Requisite aufweisen müsse, erteilt werde. Hieraus schließt die Vorinstanz, daß das Patent kein privates Vermögensrecht begründe und also den Rechtsbestand der Liegenschaft, deren Wert es wirtschaftlich erhöhen

könne, nicht berühre, daß deshalb ein Pfandrecht an der Liegenschaft das Patent als solches in keiner Weise mitergreife und die Hypothekargläubiger die Veräußerung des Patentes weder dem Schuldner noch dessen Masse verwehren können. Diese Gläubiger hätten nur ein Recht darauf, daß das Grundstück in seinem Rechtsbestand intakt bleibe. Die bloß wirtschaftliche Schädigung dagegen, die das Pfand dadurch erleide, daß der Patentinhaber auf das Patent verzichte — was ihm jederzeit freistehe — könne dem Inhaber mit keinem Rechtsmittel von Dritten verunmöglicht werden. Danach verlege der angefochtene Gläubigerbeschluß keine Privatrechte der beschwerdeführenden Hypothekargläubiger und es sei lediglich eine von der Gläubigerversammlung frei zu entscheidende Angemessenheitsfrage, ob das Patent gesondert oder in Verbindung mit der Liegenschaft zur Verwertung gelangen solle. Dieses Resultat sei im vorliegenden Falle freilich sehr zu bedauern und es mache der angefochtene Mehrheitsbeschluß einen bemühenden Eindruck. An der rechtlichen Auffassung der Sache aber könne dies nichts ändern.

IV. Gegen diesen Entscheid haben zwei der beschwerdeführenden Gläubiger, die Witwe Müller und die Hypothekenbank Basel, rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Sie beantragen, den Beschluß der Gläubigerversammlung vom 29. Dezember 1905 als ungesetzlich und die Rechte Dritter verlegend aufzuheben, eventuell die Angelegenheit an die kantonale Aufsichtsbehörde zur materiellen Entscheidung zurückzuweisen. Als Rekursgründe werden geltend gemacht: 1. Soweit die Vorinstanz sich inkompetent erklärt habe zur Prüfung der Frage, ob durch den angefochtenen Beschluß Rechte Dritter verletzt worden seien, liege eine Rechtsverweigerung vor. 2. Der genannte Beschluß enthalte nach drei Richtungen eine Gesetzesverletzung: a) Indem damit die Konkursmasse einem Vertrage, den der Kridar in doloser Absicht abgeschlossen habe, zur Ausführung verhelfen wolle und so an der dolosen Handlung teilnehme. Der Vertrag vom 14. Mai 1905 sei unter den Auspizien und mit der finanziellen Mithilfe des Basler Löwenbräu abgeschlossen und der Beschluß vom 29. Dezember 1905 von diesem vermitteltst Forderungskauf oder Verschaffung von Vollmachten in seinem In-

teresse an der Errichtung der neuen Wirtschaft durchgesetzt worden. b) Indem, wenn man mit der Vorinstanz dem Wirtschaftspatent lediglich die Bedeutung einer dem betreffenden Wirte erteilten Polizeierlaubnis beilege, die Masse etwas verkauft habe, das gar nicht Masseaktivum sei, da Inhaber des Patentes nicht der Kridar, sondern der Mieter Schopferer gewesen sei und sei. c) Indem die genannte rechtliche Qualifikation des Wirtschaftspatentes nach baslerischem Rechte unzutreffend sei, da der Liegenschaftseigentümer ein rechtliches Vermögensinteresse an dem in Beziehung auf seine Liegenschaft erteilten Patente habe und deshalb das Patent der Liegenschaft nicht willkürlich, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen entzogen werden könne. Aus diesem dinglichen Rechte ergebe sich aber auch für den Hypothekargläubiger ein rechtliches Interesse an dem Bestande der Wirtschaftskonzession.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat eine im Sinne der Abweisung des Rekurses lautende Vernehmlassung eingereicht.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Artikel 253 Abs. 2 SchRG räumt der zweiten Gläubigerversammlung das Recht ein, „unbeschränkt alles Weitere für die Durchführung des Konkurses anzuordnen“. Nach geltender Praxis besteht dieses Selbstverwaltungsrecht darin, daß die Gläubigerversammlung als Konkursorgan nach eigenem freiem Ermessen endgültig beschließt, soweit bei der betreffenden Anordnung Fragen der Angemessenheit und Zweckmäßigkeit in Betracht kommen, wogegen die Gesetzmäßigkeit dieser Anordnung einer Kontrolle der Aufsichtsbehörden im Beschwerdeverfahren unterliegt (vergl. die Ausführungen des heutigen Bundesgerichtsentscheides in Sachen der Frau Bucheli und Konsorten und die dortigen Zitate*).

2. Vorliegenden Falles nun hat die kantonale Aufsichtsbehörde den Gläubigerbeschluß vom 29. Dezember 1905, den die Rekurrenten durch Beschwerde vor ihr angefochten haben, einer Überprüfung auf seine Gesetzmäßigkeit unterzogen. Es ist nur eine ungenaue Ausdrucksweise, wenn das Dispositiv des Vorentscheides dahin lautet: auf die Beschwerde werde wegen Inkompetenz nicht

* Oben Nr. 27 S. 197 ff., spez. S. 200 ff. Erw. 2. (Red. f. Publ.)

eingetreten. Die materielle Erörterung, die der Fall in der Motivierung findet, läßt keinen Zweifel darüber bestehen, daß der gefällte Entscheid besagen will: dem Begehren um Aufhebung des angefochtenen Gläubigerbeschlusses könnte nicht entsprochen werden, da er nicht gesetzwidrig sei und der Aufsichtsbehörde die Kompetenz fehle, ihn wegen Unangemessenheit aufzuheben. Damit erweist sich die Behauptung der Rekurrenten als haltlos, man habe es mit einem Inkompetenzentscheide zu tun, der sich als Rechtsverweigerung qualifiziere.

3. Gesetzwidrig soll der Gläubigerbeschuß vom 29. Dezember 1905 nach den Rekurrenten zunächst deshalb sein, weil die „Konkursmasse“, indem sie den vom Gemeinschuldner Groh in doloser Absicht abgeschlossenen Vertrag vom 14. Mai 1905 zur Ausführung bringen wolle, „an der dolosen Handlung teilnehme“. Die Formulierung dieses Beschwerdeggrundes ist unklar: Die dolose Absicht des Gemeinschuldners richtet sich — wie die Rekurrenten selbst geltend machen — auf eine gesetzwidrige Schädigung seiner Gläubiger, der jetzigen Konkursgläubiger. Wenn diese — als Gesamtheit betrachtet — eine solche Schädigung, die ihnen ihr Schuldner zufügen wollte, sich gefallen lassen dadurch, daß sie den in fraudem creditorum abgeschlossenen Vertrag als für sie verbindlich anerkennen und dessen Ausführung anordnen, so nehmen sie damit nicht an der dolosen Rechtshandlung des Schuldners teil, sondern sehen davon ab, aus der rechtlichen Mangelhaftigkeit dieser Handlung bestimmte Ansprüche für sich herzuleiten. Dagegen ist allerdings den Rekurrenten soviel zuzugeben, daß in der Genehmigung des fraglichen Vertrages durch die zweite Gläubigerversammlung eine bewußt rechtswidrige Schädigung liegen kann, wenn man das gegenseitige Verhältnis der Konkursgläubiger unter sich und die Möglichkeit von Interessengegensätzen zwischen ihnen ins Auge faßt: Ungezüglich wäre nämlich der Gläubigerbeschuß vom 29. Dezember 1905 dann, wenn die Gläubigermehrheit, die ihn zustande brachte, ihre konkursrechtliche Stellung und speziell ihr Stimmrecht in der Weise mißbraucht hätte, daß sie den Vertrag bewußter Weise zum Schaden der gemeinsamen Interessen der Konkursgläubiger — und insoweit übrigens auch ihrer eigenen Interessen — genehmigte, damit daraus Konkursgläubiger oder

sonstige Personen einen Vorteil ziehen sollten, dessen Zuwendung sich nicht als eine mit dem Konkurszweck vereinbare Vorkehr zu rechtfertigen vermag. Liegt im Beschlusse ein solcher Mißbrauch des der Gläubigerversammlung gesetzlich eingeräumten Selbstverwaltungsrechtes, so können ihn die Rekurrenten durch Beschwerde anfechten, sofern auch sie speziell durch seine Vollziehung geschädigt würden. Daran ändert nichts, daß es sich bei der Prüfung, ob der Vertrag zu genehmigen und das „Patent“ absondert von der Liegenschaft Nr. 31 zu verwerten sei oder nicht, objektiv betrachtet um eine Frage nicht der Gesetzmäßigkeit, sondern bloß der Zweckmäßigkeit handelt (vergl. die entsprechenden Ausführungen im zitierten Entscheide Bucheli).

Untersucht man nun, ob sich die Rekurrenten mit Grund auf eine derartige pflichtwidrige Schädigung ihrer Gläubigerinteressen berufen können, so muß vor allem die besondere Rechtsstellung außer Berücksichtigung bleiben, in der sie sich als privilegierte Konkursgläubiger befinden, als Gläubiger mit Pfandrecht auf der Liegenschaft, mit der zusammen nach ihrer Auffassung das streitige „Patent“ „veräußert“ werden sollte. In dieser Beziehung können sie einen besondern, aus ihrem Pfandprivileg sich ergebenden Rechtsanspruch — als Sonderrecht gegenüber der Gläubigerschaft — darauf haben, daß das „Patent“ in Verbindung mit der Liegenschaft als dem Pfandobjekte zur Verwertung gelange; und soweit der Gläubigerbeschuß vom 29. Dezember 1905 einen solchen Rechtsanspruch verletzen sollte — was unten sub Erwägung 4 zu prüfen sein wird — wäre er stets gesetzwidrig und auf dem Beschwerdewege anfechtbar, d. h. auch dann, wenn es der Gläubigermehrheit um Wahrung der Interessen aller übrigen Konkursgläubiger zu tun gewesen ist und die Genehmigung des Vertrages vom 14. Mai 1905 auch wirklich diesen Interessen dient. Hier aber stellt sich die Frage vielmehr dahin, ob auch, wenn man von der privilegierten Rechtsstellung der Rekurrenten als Konkursgläubiger gänzlich absteht, ihnen gegenüber in der Genehmigung und Vollziehung des Vertrages ein Vorgehen liegt, das als sie schädigende und bewußt pflichtwidrige Verschleuderung von Massegut bezeichnet werden muß. Hierüber ist im einzelnen zu bemerken:

Nach den Akten — namentlich nach den Erwägungen des Arrestbestätigungsurteils vom 26. September 1905 und den Erklärungen des Experten, den das Konkursamt vor Abhaltung der Gläubigerversammlung angefragt hatte — läßt sich die Annahme nicht von der Hand weisen, daß bei Verwertung des „Patentes“ mit der Liegenschaft, im Vergleich zum beschlossenen Verwertungsmodus, ein ganz erheblicher Mehrerlös (zirka 14.000 Fr.) erzielt würde, und daß die Gläubigermehrheit, die den angefochtenen Beschluß zustande brachte, sich dessen bewußt war.

Demzufolge erleiden die Rekurrenten durch den angefochtenen Beschluß und dessen Vollziehung mit Wissen und Willen der Gläubigermehrheit, die sie überstimmt hat, eine Schädigung für den Fall, daß der Erlös der Liegenschaft Nr. 31 nicht hinreicht, ihre Pfandforderungen zu decken. Alsdann können sie behaupten, daß die Unzweckmäßigkeit der beschlossenen Verwertungsvorkehr die auf ihre Pfandausfallforderung entfallende Dividende verringere. Dieser Fall liegt zweifellos und unbestrittenermaßen bei der Rekurrentin Witwe Müller, Inhaberin der letzten Hypothek, vor. Ob er auch bei der Rekurrentin Hypothekbank Basel — deren Hypothek im ersten Range steht — gegeben sei (und ob also auch dieser die Legitimation zur Beschwerde zustehe), scheint zweifelhaft, kann aber unbeantwortet bleiben, da dies den Entscheid in der Sache selbst — Aufhebung oder Aufrechterhaltung des angefochtenen Beschlusses — nicht beeinflusst.

Es fragt sich nun weiter, ob diese bewußte Schädigung der Rekurrenten — oder doch eines von ihnen — auch eine im erörterten Sinne rechtswidrige sei.

Das wäre zu bejahen, wenn, wie behauptet wird, der eigentliche Zweck des Beschlusses vom 29. Dezember 1905 darin bestanden hätte, zu verhindern, daß in der Liegenschaft Nr. 31 weiterhin eine Wirtschaft betrieben werde, und damit zu erreichen, daß der Betrieb einer Wirtschaft in der Liegenschaft Nr. 21 ermöglicht und gefördert werde, im Interesse des künftigen Betriebsinhabers dieser Wirtschaft und des Basler Löwenbräu als künftigen Bierlieferanten des letztern. Hätten das Löwenbräu und die mit ihm stimmenden Gläubiger ihr Stimmrecht in dieser Ab-

sicht ausgeübt, so wäre es ihnen nicht mehr darum zu tun gewesen, die Interessen der Konkursgläubiger und speziell ihre eigenen Interessen als solche durch günstige Verwertung des „Patentes“ zu wahren, sondern im Gegenteil darum, diese Interessen zu Gunsten anderer, mit dem Konkurszwecke unvereinbarer zurückzusetzen.

Allein um dem Vorgehen der Gläubigermehrheit und dem von ihr zustande gebrachten Beschlusse diesen Charakter beilegen zu können, fehlt es an den erforderlichen aktenmäßigen Anhaltspunkten. Der Fall läßt sich umsoweniger von diesem Gesichtspunkte aus entscheiden, als die Akten umgekehrt in genügender Weise einen andern Grund dartun, von dem aus die Gläubigermehrheit hat dazu kommen können und wohl auch dazu gekommen ist, in berechtigter Wahrung ihrer Interessen sich für den, wie sie wußte, objektiv unzweckmäßigen Verwertungsmodus zu entschließen. Bei der Beratung, ob der Vertrag vom 14. Mai 1905 zu genehmigen sei oder nicht, haben sich nämlich die Gläubiger, und zwar sowohl die für als die gegen die Genehmigung stimmenden offenbar von der Ansicht leiten lassen, daß der Erlös aus dem „Patente“ den Hypothekar- oder den Chirographargläubigern zufallen müsse, je nachdem dessen Verwertung zusammen mit der Liegenschaft Nr. 31 oder gesondert davon vorgenommen werde. Nach ihrer Auffassung lag also eine Interessenkollision zwischen der Gesamtheit der Chirographargläubiger und den Rekurrenten als Hypothekargläubigern vor. Nun ließe sich zunächst behaupten, daß, soweit die privilegierten Konkursgläubiger als solche für die von ihnen angebehrte Art der Verwertung sich lediglich auf ihr faktisches Interesse zu berufen vermögen — nicht auch auf eine dieses Interesse schützende Rechtsvorschrift (z. B. Art. 256 Abs. 2 SchRG), worüber unten — sie damit als Sonderinteressenten niemals durchbringen können gegenüber der Gemeinschaft der Chirographargläubiger, die ein gegenteiliges Interesse an einem andern Verwertungsmodus zu besitzen glaubt. Auf alle Fälle aber stehen sich hier die widerstreitenden Interessen zweier Gläubigerklassen gleichwertig gegenüber, und die der fünften Klasse angehörigen Konkursgläubiger handeln nicht pflichtwidrig, d. h. gegen eine dem Konkurszweck gemäße Ausübung des Selbstverwaltungs-

rechtes der Gläubigerversammlung —, wenn sie durch das gesetzliche Mittel des Mehrheitsbeschlusses ihr Interesse gegenüber dem der privilegierten Gläubiger zur Geltung bringen wollen, sollte auch insolgedessen die Aktivmasse nicht die sonst erreichbare Höhe gewinnen.

Zur Verdeutlichung des Gesagten mag beigelegt werden, daß freilich jene Interessenkollision, wie man sie bei der Beschlussfassung vom 29. Dezember 1905 als gegeben voraussetzte, in Wirklichkeit wohl nicht bestanden hat: Es wäre vielmehr möglich gewesen, daß sämtliche Gläubiger sich auf die Verwertung des „Patentes“ mit der Liegenschaft als den offensichtlich zweckmäßigeren Verwertungsmodus geeinigt hätten, in der Meinung, daß dadurch der Frage nicht vorgegriffen würde, ob der Gegenwert des Patentes (d. h. der Mehrwert, der aus der Liegenschaft erlöst wird, wenn es mit ihr zur Verwertung gelangt) den Chirographargläubigern oder den Pfandgläubigern als Verteilungsbetreffnis zukommen solle. Diese Frage ist eine solche der Kollation und der Verteilung, und von ihr hängt nicht notwendig jene andere ab, worüber die Versammlung vom 29. Dezember 1905 zu befinden hatte: ob das „Patent“ mit oder getrennt von der Liegenschaft in Geld umzusetzen sei. Die Gültigkeit des Gläubigerbeschlusses vom 29. Dezember 1905 läßt jedoch das gesagte unberührt: es tut nur dar, daß die Gläubigermehrheit, als sie sich für getrennte Verwertung entschied, bei der Würdigung der in Betracht gezogenen Momente sich von einer rechtsirrthümlichen Auffassung leiten ließ, nicht aber, daß der gefasste Beschluß als solcher eine gesetzwidrige Maßnahme darstellt, d. h. außerhalb des Kreises einer zulässigen und rechtsverbindlichen Ausübung des Selbstverwaltungsrechtes der Gläubigerversammlung sich hält.

4. In zweiter Linie fragt es sich, ob der angefochtene Gläubigerbeschuß deshalb gegen das Gesetz verstöße, weil er ein besonderes Recht verlegt, das den Rekurrenten in ihrer Stellung als Konkursgläubiger mit Pfandprivileg zusteht.

a) Davon könnte zunächst dann die Rede sein, wenn das streitige „Patent“ ein privates Vermögensrecht wäre und als solches zur Liegenschaft Nr. 31 in einem Verhältnis rechtlicher Zusammengehörigkeit (Zubehörde etc.) stände — etwa als

Realgewerberecht — und wenn es zufolge dieser Zusammengehörigkeit vom Pfandrechte, das die Rekurrenten an der Liegenschaft haben, miterfaßt würde. Alsdann würde der Erlös des „Patentes“ den Rekurrenten als Pfanderlös zufallen und dürfte deshalb wohl auch — worauf es hier ankommt — das Patent nicht getrennt von der Liegenschaft, zu der es gehört, verwertet werden, ohne daß die Rekurrenten als Pfandgläubiger dazu ihre Einwilligung geben (— wobei übrigens noch vorauszusetzen wäre, daß das „Patent“ überhaupt als selbständiges Vermögensrecht von der Liegenschaft abgetrennt werden kann —).

Von diesem Gesichtspunkte aus haben denn auch die Rekurrenten ihren Rekurs des nähern zu begründen versucht; jedoch ohne Erfolg. Laut den einschlägigen Ausführungen der Vorinstanz, an die sich das Bundesgericht zu halten hat, weil sie die Auslegung kantonalen Rechts beschlagen, und die ihm übrigens sachlich zutreffend scheinen, besitzt das baselsstädtische Wirtschaftspatent nicht die Natur eines mit der Wirtschaftsliegenschaft verbundenen dinglichen Vermögensrechtes, sondern die einer Polizeierlaubnis: Es charakterisiert sich als ein persönliches Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Art, das zwischen dem Patentinhaber und dem Staate besteht und demzufolge der Patentinhaber unter bestimmten Voraussetzungen und bei Erfüllung bestimmter Auflagen berechtigt ist, das Wirtschaftsgewerbe auf einer Liegenschaft auszuüben. Daß die Liegenschaft, in Beziehung auf die das Patent dem Erwerber erteilt worden ist, dadurch erheblich an Wert gewinnen kann, hat man den Rekurrenten zuzugeben. Allein diese Wertvermehrung ist — ähnlich der Steigerung des Bodenwertes bei baulicher Entwicklung des Quartiers — eine faktische, keine rechtliche: der vorhandene Mehrwert inhäriert keinem besondern Rechte, das mit der Patenterteilung, der Begründung des persönlichen Rechtes des Patentinhabers, der Liegenschaft als Accessorium zuwachsen würde.

Nun wenden die Rekurrenten freilich ein: Qualifiziere sich das Patent bloß als ein solch persönliches Recht, so habe hier die Gläubigerschaft (mit der Gutheißung des Vertrages vom 14. Mai 1905) etwas verkauft, was gar nicht Masseaktivum gewesen sei und habe sein können; denn das Patent, die Polizeierlaubnis zum

Wirtschaftsbetrieb auf der Liegenschaft Nr. 31, sei nicht dem Gemeinschuldner Groh, als Eigentümer dieser Liegenschaft, sondern seinem Mieter Schopferer erteilt worden. Abgesehen aber von den Zweifeln, die darüber möglich sind, ob den Rekurrenten die Legitimation zur Anfechtung einer solchen Verwertung von angeblichem Drittgute zusteht, ist jener Einwand sachlich unstatthaft: Der Vertrag vom 14. Mai 1905, den die Rekurrenten als „Verkauf“ eines Wirtschaftspatentes bezeichnen und nach dessen Wortlaut Groh sich verpflichtet, „sein auf der Liegenschaft Bahnhofstraße 31 haftendes Wirtschaftspatent unter Vorbehalt der Einwilligung des kantonalen Polizeidepartementes an Schöneck zu übertragen“, kann nämlich einzig folgende Bedeutung haben: Die Verwaltungsbehörde ist (um die Zahl der bestehenden Wirtschaften nicht zu vermehren) nur oder doch eher geneigt, dem Schöneck für die Liegenschaft Nr. 21 das Patent (die Polizeierlaubnis) zu erteilen, wenn auf das bezüglich der Liegenschaft Nr. 31 bestehende Patent (die dafür bestehende Polizeierlaubnis) Verzicht geleistet wird. Daß nun dieser Verzicht erfolge, daß in Beziehung auf die Liegenschaft Nr. 31 keine Patentbewilligung mehr — nach Zurücknahme der erteilten — bestehe und auch keine neue Bewilligung nachgesucht werde, dies zum mindesten nicht, bis die von Schöneck angestrebte, auf die Liegenschaft Nr. 21 bezügliche gesichert ist, bildet die Leistung, zu der sich Groh verpflichtet und wofür ihm Schöneck als Gegenwert 14,000 Fr. zusagt. In die Verpflichtung zu dieser Leistung soll die Konkursmasse durch die beschlossene Genehmigung des Vertrages vom 14. Mai eintreten: Sie hat also nicht einen Verkauf des dem Schopferer erteilten Patentes gutgeheißen. Vielmehr hat sie — soweit dieses Patent bei ihrer Beschlussfassung überhaupt noch bestand, was allemal nicht ersichtlich ist — gleich dem früheren Vertragskontrahenten Groh dafür ausgesprochen, daß es erlösche. Ob eine solche Gutssprache — in Hinsicht auf mögliche Schadensersatzansprüche (Art. 110 ff. OR) — von der Masse zu wagen war, ist eine in die endgültige Kognition der Gläubigerversammlung gehörende Zweckmäßigkeitfrage, die bei einer Prüfung, ob die Genehmigung des Vertrages vom 14. Mai eine richtige Liquidationsmaßnahme bildet, als einzelnes Moment mit

in Betracht fällt. Übrigens dürfte die genannte Frage wohl zu bejahen sein: denn mit dem Konkursausbruche war die Masse in der Lage, das Mietverhältnis mit Schopferer aufzulösen (Art. 281 OR; Art. 211 SchRG); mit der Auflösung dieses zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses aber war für den bisherigen Mieter eine Ausübung der Befugnisse ausgeschlossen, die er als Inhaber der Polizeierlaubnis erlangt hatte, was zur Folge hat, daß die letztere von der Verwaltungsbehörde zurückgenommen wird und daß sie auch sonst für die Interessen des Schöneck kein Hindernis mehr ist.

b) Der Vertrag vom 14. Mai 1905 kann, wenn ausgeführt, zur Folge haben und hat wirklich, wie die Vorinstanz und das Zivilgericht Baselstadt in seinem Urteile vom 26. September 1905 annehmen, zur Folge, daß der Verkehrswert der Liegenschaft Nr. 31 eine Minderung erleidet. Für diese Wertverminderung gilt in entsprechender Weise was oben über die Wertvermehrung durch Erteilung eines auf die Liegenschaft bezüglichen Patentes gesagt wurde: Sie schmälert nicht auch implizite den Rechtsbestand der Liegenschaft, beseitigt kein derselben accessorisch anhaftendes Recht. Vielmehr tritt sie als sonstige wirtschaftliche Schädigung ein, als solche nur faktischer Art in der Weise, daß die günstige Situation preisgegeben wird, die für den Eigentümer der Liegenschaft (den jetzigen, oder den künftigen Erwerber) sonst vorliegen würde, soweit die Liegenschaft bezw. der betreffende Teil derselben die ertragreichste Benutzung dadurch findet, daß man sie zum Wirtschaftsbetriebe (statt als Wohnung, Geschäftshaus etc.) verwendet: Alsdann bietet sie die Vorteile bereits vorhandenen Betriebseinrichtungen, einer vorhandenen Kundschaft etc. und ist in Rücksicht hierauf als weiterer Vorteil in hohem Grade die Wahrscheinlichkeit gegeben, daß der Wirtschaftsbetrieb auf der Liegenschaft behördlich auch weiter gestattet sein wird, auch wenn das Patent des Mieters Schopferer dahinfällt oder schon nicht mehr bestehen sollte.

Liegen nun aber in der vertraglichen Erklärung des Groh vom 14. Mai und in deren Gutheißung durch den Gläubigerausschuß vom 29. Dezember 1905 Rechtshandlungen, die, wenn sie aufrecht erhalten bleiben und ihre Wirksamkeit entfalten können,

den Verkehrswert der Liegenschaft Nr. 31 tatsächlich herabmindern, so läßt sich fragen, ob nicht die Rekurrenten diesen Rechts-handlungen als schädigenden Einwirkungen auf die Liegenschaft in irgendwelcher Weise deshalb widersprechen können, weil sie die Liegenschaft als Pfandobjekt entwerten. In der Tat räumen viele Gesetzgebungen (siehe z. B. Deutsches BGB §§ 1134 und 1135; siehe auch bundesrätliche Fassung des Entw. z. BGB, Art. 797 ff.) in gewissem Umfange dem Pfandgläubiger gegenüber dem Pfandeigentümer ein Recht darauf ein, daß dieser das Pfandobjekt auch nicht faktisch verschlechtere — d. h. ohne daß er besondere rechtliche Befugnisse, die ihm als Eigentümer zustehen, preisgeben würde — und hat man dann dieses Recht im Konkurse dem Pfandberechtigten als Konkursgläubiger in entsprechender Weise gegenüber den Konkursorganen zuzubilligen, denen die Verwaltung der Pfandsache obliegt. Dabei ist zu bemerken, daß die Rekurrenten selbst dann geschädigt wären, wenn andererseits die Vorteile aus dem Vertrage vom 14. Mai ausschließlich ihnen zukommen würden. Allein nach den diesen Punkt betreffenden, für das Bundesgericht maßgebenden Ausführungen der Vorinstanz muß angenommen werden, daß das baslerische Hypothekarrecht den Pfandgläubiger in der erwähnten Beziehung nicht schützt, indem er sich nur dagegen wehren kann, daß die Pfandliegenschaft in ihrem Rechtsbestande keine Schmälerung erleide. Demzufolge müssen die Rekurrenten den Gläubigerbeschuß vom 29. Dezember 1905 auch unter diesem zuletzt erörterten Gesichtspunkte sich als nicht gesetzwidrig gefallen lassen.

5. Aus dem gesagten erhellt auch bereits, daß dem Eventualantrag der Rekurrenten auf Rückweisung des Falles an die Vorinstanz mangels eines Grundes hierfür nicht entsprochen werden kann.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

29. *Entscheid vom 13. März 1906 in Sachen Lüscher.*

Konkurs; Unpfändbarkeit: *Der Besoldungsnachgenuss der Hinterlassenen eines kantonalen Beamten oder Angestellten ist nicht unpfändbar auf Grund des Art. 92 Ziff. 9 SchKG. — Begehren des beschwerdeführenden Konkursgläubigers, den in die Konkursmasse einzubeziehenden Besoldungsnachgenuss zu seiner vorzugsweisen Befriedigung zu verwenden; Art. 260 SchKG. Diese Bestimmung umfasst die Ausscheidung von Kompetenzstücken nicht.*

I. § 6 des aargauischen Dekrets betreffend die Besoldungen der Staatsbeamten vom 27. April 1886 lautet: „Wenn ein mit einem bestimmten Jahresgehalt besoldeter Staatsbeamter oder Angestellter stirbt, so haben die Witwe oder die vorhandenen Verwandten in auf- und absteigender Linie des Verstorbenen die Besoldung desselben noch für ein Halbjahr vom Sterbetage hinweg zu genießen. Den nächsten und ausschließlichen Anspruch hat die Witwe; unter den übrigen berechtigten Verwandten entscheidet die gesetzliche Erbfolge.“

Zufolge dieser Bestimmungen fiel dem Eduard Frey, Zimmermann in Leuggern als Vater des verstorbenen G. Frey, gewesenen Sekretärs der aargauischen Staatswirtschaftsdirektion, ein Betrag von 1000 Fr. zu. Eduard Frey trat die Erbschaft seines Sohnes an und fiel dann, nach vergeblichem Versuche, einen Nachlassvertrag abzuschließen, in Konkurs, in welchem der heutige Rekurrent, Notar Lüscher, eine Forderung von 360 Fr. anmeldete, die er gegen den verstorbenen G. Frey aus Darlehen erworben hatte. Jener Betrag von 1000 Fr. wurde von der Staatskasse am 22. September 1905 der Konkursmasse ausgerichtet, worauf das Konkursamt Zurzach am 20. Oktober 1905 folgende — im Kollokationsplan enthaltene — Verfügung traf: die vom Staate als Sterbesemester ausgeworfenen 1000 Fr. seien dem Konkursiten als Vater des verstorbenen Sekretärs Frey nach Art. 92 Ziff. 9 SchKG überlassen.

II. Gegen diese Verfügung führte der Gläubiger Lüscher Beschwerde mit dem Antrage, das dem Konkursiten zugewiesene Sterbesemester in die Masse zu ziehen und vorab zur Befriedigung