

gemäss die dazu erforderlichen Möbel als unpfändbar und somit auch dem Retentionsrecht des Vermieters nicht unterworfen zu behandeln sind (AS Sep.-Ausg. 15 Nr. 1\*). Und weiterhin lässt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Grundsatz entnehmen, dass eine bloss vorübergehende Unterbrechung der Berufsausübung den dafür nötigen Gerätschaften die Kompetenzqualität nicht zu entziehen vermag, wenn feststeht, dass sie dem Schuldner bei der von ihm beabsichtigten Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit unentbehrlich sind (vergl. JAEGER zu Art. 92 Nr. 9 S. 263 o. u. dort. Zit.).

Im vorliegenden Falle erweist sich nun aber dieser zweite Grundsatz als nicht anwendbar. Wenn nämlich der Mieterin, die unter den genannten Voraussetzungen eine Pension betreibt, der besonder Schutz des Art. 92, Ziff. 3 SchKG zugestanden und ihr Mobilium dem Retentionsbeschluss entzogen wird, so muss andererseits dem Vermieter billigerweise die Möglichkeit gewährt werden, den ihm dadurch drohenden Nachteilen zu begegnen, sei es, dass er durch Nebenbestimmungen des Mietvertrages einen Pensionsbetrieb in seinem Hause von vorneherein ausschliesst, sei es, indem er erst nachträglich einer Mietpartei die Pensionshaltung untersagt und diese dem Verbot sich fügt. In solchen Fällen ist daher anzunehmen, dass der Mieter gleichzeitig mit dem Verzicht auf eine Pensionsführung in den Räumlichkeiten des Vermieters auch auf die Geltendmachung der aus dieser Berufstätigkeit sich ergebenden Unpfändbarkeit der Illaten verzichtet hat. Und diesem Verzicht gegenüber ist alsdann unerheblich, ob der Mieter früher eine Pension gehalten hat und auch in Zukunft, unter einem andern Hausherrn, eine solche zu halten beabsichtigt. Massgebend für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Retentionsnahme ist vielmehr einzig, ob die Mieterin im Hause des Vermieters selbst, von dem ein

\* Ges.-Ausg. 38 I Nr. 27.

Retentionsrecht geltend gemacht wird, tatsächlich eine Pension betreibt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann sie sich auf die Kompetenzqualität der zu einer Pensionsführung notwendigen Gerätschaften nicht berufen. Die gegenteilige, von der Vorinstanz vertretene Auffassung hätte zur Folge, dass der Vermieter Personen gegenüber, deren gesamtes Mobilium für einen Pensionsbetrieb beschnitten ist, völlig machtlos und seines Retentionsrechtes gänzlich beraubt wäre, da er sich dieses selbst durch ein ausdrückliches Verbot der Pensionshaltung in seinem Hause nicht zu sichern vermöchte.

2. — Nun hat allerdings der Rekurrent den nach dem Gesagten für die Entscheidung seiner Beschwerde massgebenden Gesichtspunkt nicht geltend gemacht. Allein es kann ihm daraus kein Nachteil erwachsen, weil es sich dabei um eine rein rechtliche Würdigung des Tatbestandes handelt, in der das Bundesgericht nach feststehender Rechtsprechung nicht an die von den Parteien geltend gemachten Auffassungen gebunden, sondern völlig frei ist...

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

## 26. Entscheid vom 18. Juni 1919 i. S. Zigerli.

Art. 207 SchKG: Der Entscheid über die Wiederaufnahme eines Passivprozesses darf von der Konkursverwaltung nicht beliebig verschoben werden, sondern hat im ordentlichen Konkursverfahren innert der in Art. 207 SchKG gesetzten Frist und im summarischen Verfahren nach Art. 231 in Verbindung mit dem Kollokationsverfahren zu erfolgen. — Nicht bloss die Konkursverwaltung, sondern auch der Kläger ist zur Aufnahme des Prozesses legitimiert.

A. — Der Rekurrent Karl Zigerli-Cattin reichte am 4. September 1916 beim Zivilgericht Basel gegen Th. Meier Klage ein mit den Begehren:

1. Der Beklagte sei zur Zahlung von 1056 Fr. 82 Cts. nebst Zins seit 13. Juli 1916 zu verurteilen ;

2. Der Kläger sei zu ermächtigen, den auf der Gerichtskasse i. S. Zigerli gegen Meier zu Handen wess Rechtens deponierten Versteigerungserlös von 1304 Fr. 85 Cts. zu beziehen ;

3. Es sei festzustellen, dass der Beklagte sämtliche noch nicht bezahlte Schulden der einfachen Gesellschaft Meier & Zigerli zu bezahlen habe, eventuell, dass er Schulden im Gesamtbetrag von 192 Fr. 50 Cts. zu bezahlen habe.

4. ... (Kosten).

Der Beklagte beantragte in seiner Antwort vom 31. Oktober 1916, es sei die Klage in den Punkten 1, 3 und 4 gänzlich und in Punkt 2 insoweit abzuweisen, als der eingeklagte Betrag die Summe von 775 Fr. 57 Cts. nebst Depotzins übersteige.

Im April 1917 fiel Th. Meier in Konkurs, und es wurde der Rechtsstreit gemäss Art. 207 SchKG sistiert. Im Konkurse, der im summarischen Verfahren nach Art. 231 SchKG durchgeführt wurde, gab K. Zigerli die in den erwähnten Begehren geltend gemachten Forderungen ein. Der Kollokationsplan wurde von der Konkursverwaltung am 11. Juli 1917 aufgelegt, der Anspruch des Rekurrenten jedoch zu näherer Prüfung ausgestellt.

Nachdem K. Zigerli Ende 1917 beim Zivilgerichtspräsidenten und anfangs 1918 auf dem Beschwerdewege beim Appellationsgericht von Basel-Stadt erfolglos verlangt hatte, dass die Konkursverwaltung zu einer Erklärung über die Weiterführung des Prozesses angehalten werde, reichte er am 10. Mai 1919 bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde wegen Rechtsverzögerung ein mit dem Begehren : « Es sei das Konkursamt anzuweisen, unverzüglich eine Erklärung namens der Konkursmasse Th. Meier darüber abzugeben, ob es die Klage des K. Zigerli anerkennt, oder den Prozess aufnimmt. » Die Rekursbegründung geht im wesentlichen dahin: Im

summarischen Verfahren werde die Konkursverwaltung nur insoweit von den allgemeinen Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes befreit, als es entweder im Gesetz ausdrücklich gesagt sei oder zur Vermeidung von Kosten, wie sie im ordentlichen Verfahren entstehen würden, angebracht erscheine. Der Entscheid über die Aufnahme eines Passivprozesses stehe aber in keinem Zusammenhange mit der Kostenfrage, und es seien daher die Vorschriften über das ordentliche Verfahren analog zur Anwendung zu bringen. Danach aber hätte sich die Konkursverwaltung schon längst über die Fortsetzung des Rechtsstreites erklären müssen.

Die Konkursverwaltung beantragte in ihrer Vernehmung, es sei die Behandlung der Beschwerde auszustellen, bis feststehe, ob das Urteil i. S. von Metzen gegen Konkursmasse Meier, dessen Eröffnung auf den 24. Mai erwartet werde, in Rechtskraft erwachse ; eventuell sei die Beschwerde sofort abzuweisen. Zur Begründung wird ausgeführt : Aus einem Unternehmen, das der Kridar als Strohmann eines gewissen von Metzen betrieben habe, seien im Konkurs eine Reihe von Forderungen angemeldet worden ; überdies habe von Metzen selbst einen Schadenersatzanspruch von über 90,000 Fr. geltend gemacht. Hätte die Konkursverwaltung alle diese Forderungen anerkennen müssen, so wäre das Konkursergebnis so gering ausgefallen, dass kein Interesse an der Aufnahme des Prozesses mit Zigerli vorhanden gewesen wäre. Falls jedoch die Schadenersatzforderung abgewiesen und von Metzen zur Uebernahme der aus dem Unternehmen resultierenden Schulden verhalten werden könnte, so würde es sich verlohnen, den Rechtsstreit weiterzuführen. Denn es handle sich dabei ja nicht bloss um eine Forderung Zigerlis, sondern auch um einen bei der Gerichtskasse deponierten Betrag von 1304 Fr. 85 Cts., von dem der Kridar 529 Fr. 28 Cts. für sich beanspruche. Gerade deshalb aber habe die Konkursverwaltung nicht einfach auf die Fortsetzung des Prozesses verzichten dürfen, da sie

vorerst den Gläubigern die Abtretung dieses Aktivums im Sinne von Art. 260 SchKG habe offerieren müssen, was aber eben vor Beendigung der Streitsache von Metzen nicht habe geschehen können. Ueberdies sei der Gemeinschuldner im Laufe des Konkursverfahrens zu neuem Vermögen gelangt und habe einen Betrag von 7000 Fr. bei der Gerichtskasse deponiert. Es stehe daher, vorausgesetzt, dass das Urteil in Sachen von Metzen zu Gunsten der Masse ausfalle, der Widerruf des Konkurses in Aussicht. Daran, dass das Verhältnis des Kridars zu von Metzen noch immer nicht abgeklärt sei, treffe die Konkursverwaltung keine Schuld.

Durch Entscheid vom 6. Juni 1919 hat die Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Stadt die Beschwerde abgewiesen. Aus der Begründung, die im wesentlichen auf die Vernehmlassung des Konkursamtes abstellt, geht hervor, dass inzwischen das zivilgerichtliche Urteil in Sachen von Metzen ergangen, aber von diesem auf dem Wege der Appellation weitergezogen worden ist.

B. — Gegen diesen ihm am 7. Juni 1919 zugestellten Entscheid rekurriert Karl Zigerli rechtzeitig an das Bundesgericht unter Wiederholung des vor der kantonalen Instanz geltend gemachten Begehrens.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 207 SchKG werden Zivilprozesse, in denen der Kridar Kläger oder Beklagter ist, mit der Konkurseröffnung eingestellt und können erst zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden; in der Zwischenzeit laufen die Verjährungs- und Verwirkungsfristen nicht. Mit dieser Bestimmung soll der Konkursverwaltung Gelegenheit geboten werden, sich, ohne dass durch Zeitablauf der einen oder andern Prozesspartei Nachteile entstehen, über die konkursrechtliche Behandlung des im Streite liegenden Anspruches schlüssig zu machen und zu entscheiden, ob,

falls es sich dabei um eine gegen den Gemeinschuldner gerichtete Ansprache, also um einen sog. Passivprozess handelt, diese anerkannt oder der Rechtsstreit weitergeführt werden soll. Eine solche Entscheidung hat nun aber innert der in Art. 207 SchKG festgesetzten Frist zu erfolgen. Die Interessen der Konkursverwaltung sind damit hinlänglich gewahrt, dass sie sich nicht eher auszusprechen braucht. Es ist in der Tat kein Grund abzusehen, weshalb sie sich über einen solchen bereits streithängigen Anspruch, wenn er sich gegen die Konkursmasse richtet, nicht im Zusammenhang mit dem Entscheid über die Kollokation der andern Konkursforderungen sollte schlüssig machen können. Ueber die Frist des Art. 207 hinaus darf das auf Erledigung der Sache gerichtete Interesse des Klägers, der seinen Anspruch im Konkurse angemeldet hat, nicht unberücksichtigt gelassen werden. Ihm gegenüber ist die Konkursverwaltung geadesowenig befugt, den Entscheid solange zu verschieben, als es ihr aus irgend welchen Gründen zweckmässig erscheint, wie sie einem gewöhnlichen Konkursgläubiger gegenüber die Verfügung über die Kollokation der von ihm eingelebten Forderung beliebig aussetzen dürfte. Eine dilatorische Behandlung rechtfertigt sich nach Art. 59 Abs. 2 KV einzig dann, wenn der Konkursverwaltung in Ermangelung der zur Prüfung des Anspruches erforderlichen Unterlagen ein Entscheid tatsächlich unmöglich ist. Abgesehen von diesem besondern Fall aber ist sie verpflichtet, sich innert der in Art. 207 vorgeschriebenen Frist über die Anerkennung der Forderung auszusprechen, vorausgesetzt, dass das ordentliche Konkursverfahren zur Anwendung gelangt, und im summarischen Verfahren, für das eine gesetzliche Frist nicht gegeben ist, hat der Entscheid über einen Passivanspruch jedenfalls in Verbindung mit dem Kollokationsverfahren zu ergehen und darf, wenn nicht Art. 59 Abs. 2 KV zutrifft, nicht wesentlich über diesen Zeitpunkt hinaus verzögert werden. Diese Verpflichtung ergibt sich, abgesehen von Art. 59 Abs. 2,

auch aus Art. 63 und 48 KV. Denn nach Art. 63 Abs. 4 ist bei Verhandlungen darüber, ob der Prozess fortgeführt werden soll, nach Analogie von Art. 48 zu verfahren. Und Art. 48 schreibt unzweideutig vor, dass diese Verhandlungen innert der in Art. 207 SchKG vorgesehenen Frist stattzufinden haben und nicht nach Belieben der Konkursverwaltung weiter hinaus geschoben werden dürfen.

2. — Verzögert diese, entgegen den angeführten Bestimmungen, den Entscheid, so darf vom Kläger ein weiteres Zuwarten nicht verlangt werden, da ja alsdann die Prozessfristen neuerdings — und natürlich zu seinem Nachteil — zu laufen beginnen. Soll er nicht der Willkür oder der Säumigkeit der Konkursverwaltung machtlos preisgegeben sein, so muss ihm die Möglichkeit geboten werden, von sich aus die Weiterführung des Prozesses zu veranlassen. In diesem Sinne bestimmt denn auch die deutsche Konkursordnung in § 10, dass zwar die Wiederaufnahme vom Konkursverwalter auszugehen habe, dass aber, wenn er sie verzögert, die Masse von der Gegenpartei selbst gemäss § 239 CPO zur Fortsetzung und Hauptverhandlung geladen werden könne. Art. 207 SchKG enthält dagegen keine Vorschrift darüber, wer die Aufnahme zu erklären habe. Es darf daher angenommen werden, dass auch der Kläger dazu legitimiert ist. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Konkursverwaltung in dieser Beziehung eine privilegierte Stellung einzuräumen wäre. Nimmt demgemäss der Kläger nach Ablauf der der Konkursverwaltung zustehenden Deliberationsfrist den Rechtsstreit wieder auf, so kann sie sich, insofern als sie selbst die Verzögerung zu vertreten hat, ihm gegenüber nicht darauf berufen, dass sie über den Anspruch noch nicht verfügt habe.

3. — Im vorliegenden Falle ist der im Streite liegende Anspruch vom Kläger im Konkurse des Beklagten rechtzeitig angemeldet, aber im Kollokationsplane vom 11. Juli 1917 zu näherer Prüfung ausgestellt worden. Ein Entscheid der Konkursverwaltung über die Anerkennung der

Forderung ist bis heute nicht erfolgt. Dass sie ausser Stande gewesen wäre, den Anspruch auf seine tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen zu prüfen, ist nicht anzunehmen und wird auch von ihr nicht behauptet. Sie begründet vielmehr die Verzögerung damit, dass sie erst den Ausgang eines für die Höhe der Konkurspassiven massgebenden Prozesses habe abwarten wollen und dass sie mit der Möglichkeit eines Konkurswiderrufes gerechnet habe. Allein das sind reine Opportunitätserwägungen, die sich nicht auf den vom Rekurrenten geltend gemachten Anspruch als solchen beziehen und daher nach dem in den vorstehenden Motiven Gesagten, insbesondere nach Art. 59 Abs. 2 KV, eine Verlängerung der in Art. 207 SchKG festgesetzten Entscheidungsfrist, wie sie in analoger Weise auf das summarische Verfahren anzuwenden ist, um mehr als ein Jahr nicht zu rechtfertigen vermögen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass bei günstigem Ausgang des Prozesses von Metzen ein Aktivum zu erwarten ist. Wenn die Konkursverwaltung, wie sie in ihrer Vernehmlassung behauptet, den Gläubigern die Abtretung des Anspruches auf einen Teilbetrag des bei der Gerichtskasse deponierten Steigerungserlöses von 1304 Fr. 85 Cts. nach Art. 260 SchKG anzubieten gedachte, so hätte sie dies gemäss Art. 48 Abs. 2 KV auf dem Zirkularwege tun können, falls sie es für nötig hielt, eine weitere Gläubigerversammlung bis nach Erledigung der Streitsache von Metzen hinauszuschieben.

Es ist somit die vorliegende Beschwerde zu schützen und die Konkursverwaltung zu einer unverzüglichen Erklärung darüber zu verhalten, ob sie den Anspruch des Rekurrenten anerkennen oder den Prozess fortsetzen will.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.