

verwertet werden. Demgegenüber vermag der Einwand nicht aufzukommen, dass der Gläubiger, wenn nach vorgenommener Pfändung auch noch das Handwerkerpfandrecht zur Entstehung gelangt, unter Umständen — keineswegs in jedem Fall — doppelte Sicherheit erhält.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Beschwerde abgewiesen.

11. Entscheid vom 19. März 1932 i. S. Bürgi.

Reicht das Konkursmassevermögen nicht zur Deckung sämtlicher Masseverbindlichkeiten aus Prozessführung aus, so liegt dem Konkursbeamten (Kanton) gleichmässige Deckung der Gerichtskosten und Parteientschädigung (nach Deckung der amtlichen Auslagen, aber vor Deckung der Gebühren) ob, ungeachtet allfälliger Vorschusszahlungen an den eigenen Anwalt (und das Gericht).

Si l'actif est insuffisant pour couvrir la totalité des dettes occasionnées à la masse par la conduite d'un procès, il incombe au préposé (sous la responsabilité du Canton) d'acquitter dans la même proportion les frais de justice et les dépens de la partie adverse (après paiement des frais de l'office, mais avant le paiement des émoluments), et sans tenir compte des versements effectués ou à l'avocat de la masse, à titre de provision, ou au tribunal.

Se l'attivo non basta per soddisfare la totalità dei debiti derivanti alla massa da una causa, spetta all'Ufficiale (sotto la responsabilità del Cantone) di pagare, nella stessa proporzione, le spese giudiziarie e le ripetibili della parte avversa (dopo il pagamento delle spese dell'Ufficio, ma prima del pagamento delle tasse), senza tener conto degli anticipi versati all'avvocato della massa o al tribunale.

A. — Die vom Konkursamte des Kantons Basel-Stadt verwaltete Konkursmasse der A.-G. zum Baum bestand aus einer bis zum vollen Werte mit Hypotheken belasteten Liegenschaft, den infolge Pfändung eingezogenen Mietzinsen der Liegenschaft von 3258 Fr. 60 Cts. und einer

Konkurskostensicherheit von 200 Fr. In der ersten Gläubigerversammlung vom 22. November 1929 wurde das Konkursamt ermächtigt, gegen den in Bern wohnenden früheren einzigen Verwaltungsrat der Gesellschaft Sandro Bürgi einen Prozess aus Organverantwortlichkeit zu führen, worauf es erstmals am 29. Januar und dann wieder am 13. Februar 1930 mit Fürsprecher Dr. Trüssel in Bern durch Schreiben in Verbindung trat, für die es Gebühren von 80 Rappen bzw. 6 Fr. berechnete. Ebenso ermächtigte die erste Gläubigerversammlung das Konkursamt zum freihändigen Verkaufe der Liegenschaft gegen Grundpfandschuldenübernahme, der dann noch vor der auf den 14. Februar einberufenen zweiten Gläubigerversammlung abgeschlossen wurde. An dieser Versammlung nahmen ausser den für den Fall der Erfüllung des Kaufvertrages nicht mehr interessierten Grundpfandgläubigern von den drei Gläubigern fünfter Klasse mit Forderungen von insgesamt rund 52,000 Fr. nur die Staatskassenverwaltung des Kantons Basel-Stadt und Architekt Steuer mit Forderungen von je rund 25,000 Fr. teil. Steuer beantragte die Ansprüche gegen Bürgi an die Staatskassenverwaltung abzutreten, damit sie den Prozess führe; er protestierte dagegen, dass der Prozess auf Kosten der Konkursmasse geführt werde. Die Staatskassenverwaltung stellte den Antrag, der Prozess sei durch die Konkursmasse zu führen. Der Konkursbeamte lehnte es ab, den Antrag des Steuer zur Abstimmung zu bringen, da kein Anlass bestehe, auf den von der ersten Gläubigerversammlung einstimmig gefassten Beschluss zurückzukommen, wogegen Steuer wiederum protestierte, ohne jedoch Beschwerde zu führen, worauf er, laut einer Einschaltung im Protokoll, vom Konkursamt verwiesen wurde. In den folgenden drei Monaten wechselte das Konkursamt noch neunmal Korrespondenzen mit Fürsprecher Dr. Trüssel, und am 22. Mai 1930 leistete es ihm einen Vorschuss von 1000 Fr. und gleichzeitig auch dem Appellationshof des Kantons Bern als Prozessgericht einen Vorschuss von 500 Fr. Am 26. Februar 1931 wies

der Appellationshof des Kantons Bern die Klage der Konkursmasse auf Verurteilung des Sandro Bürgi zur Zahlung von 25.000 Fr. ab und verurteilte die Klägerin zu den Gerichtskosten von 547 Fr. und den Parteikosten des Beklagten von 1252 Fr. 90 Cts. Gegen dieses Urteil führte das Konkursamt selbst die Berufung beim Bundesgericht durch, nachdem es am 7. Mai 1931 den Rest der Rechnungen des Appellationshofes mit 47 Fr. und des Fürsprechers Dr. Trüssel mit 413 Fr. 10 Cts. bezahlt hatte. Am 8. September 1931 wies das Bundesgericht die Berufung ab und verurteilte die Konkursmasse zu 448 Fr. 10 Cts. Gerichtskosten und 309 Fr. Parteientschädigung. Bis zu diesem Tage waren dem Konkursamt sonstige Auslagen von insgesamt 221 Fr. 80 Cts. erwachsen, wovon 151 Fr. für Reisen des Konkursbeamten und 2 Fr. 35 Cts. für eine Gerichtsprotokollabschrift. Am 19. September bezahlte es die Kostenrechnung des Bundesgerichtes.

B. — Durch Verteilungsliste vom 9. Oktober 1931 wies das Konkursamt die noch verbleibenden Masseaktiven im Betrage von 828 Fr. 60 Cts. dem Fürsprecher Dr. W. Bürgi, dem Prozessvertreter des Sandro Bürgi, an dessen Rechnung von 1573 Fr. zu, während dessen Restforderung gleich den Gebühren des Konkursamtes, den seit dem Urteile des Bundesgerichtes aufgelaufenen Auslagen desselben und den erwähnten Forderungen V. Klasse, ungedeckt blieb.

C. — Hiegegen führte Dr. W. Bürgi Beschwerde, u. a. mit folgender Begründung: « Nach BGE 50 III S. 73 ff. würde dem Beschwerdeführer zum mindesten ein Anspruch in der Höhe zustehen, wie sie sich bei gleichmässiger Verteilung der Aktiven unter alle Masseverbindlichkeiten ergeben hätte. Da ausserdem alle andern Gläubiger mit 100 % gedeckt worden sind, ist, gestützt auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit, eine 100 % ige Deckung der Forderung des Unterzeichneten zu verlangen. Gemäss dem bereits erwähnten Entscheid ist der Kanton Basel-Stadt für den Betrag haftbar, der dem Unterzeichneten

in unrechtmässiger Weise ... entzogen worden ist. » Im Laufe des Beschwerdeverfahrens legte der Beschwerdeführer eine Erklärung des Sandro Bürgi vor, « dass er Herrn Dr. W. Bürgi beauftragt und bevollmächtigt hat, in Ergänzung seiner Prozessvollmacht ... die Anwaltshonorarforderung, wie sie vom Appellationshof des Kantons Bern und vom Bundesgericht festgelegt worden ist, einzufordern und wenn nötig auf dem Rechtswege geltend zu machen ».

D. — Die kantonale Aufsichtsbehörde hat am 20. Februar 1932 die Beschwerde « insofern gutgeheissen, als das Konkursamt angewiesen wird, eine neue Verteilungsliste im Sinne der Motive aufzustellen und den dem Rekurrenten zukommenden Betrag erhältlich zu machen und ihm auszuweisen ». Und zwar ist nach den Entscheidungsgründen « die Verteilungsliste wie folgt abzuändern: Von den Aktiven dürfen zunächst die Auslagen abgezogen werden. Der Rest ist dann unter alle Masseforderungen (ohne Rücksicht auf die zu Unrecht gemachten Zahlungen) verhältnismässig zu verteilen (Massedividende). Nun bietet die Abgrenzung zwischen Auslagen und — im voraus bezahlten — Masseschulden Schwierigkeiten. Als Auslagen ... erscheinen ohne weiteres die Posten von 10 Fr. 50 Cts., 151 Fr., 2 Fr. 35 Cts., 57 Fr. 95 Cts. Ebenso sicher sind als Masseforderungen zu behandeln die Restforderung Dr. Trüssel von 460 Fr. 10 Cts., sowie die Rechnung des Bundesgerichtes von 448 Fr. 10 Cts. Diese sind nach dem für die Masse ungünstigen Entscheid des Bernischen Appellationshofes bezahlt worden, also nach dem Zeitpunkt, bis zu dem das Konkursamt mit Sicherheit auf einen günstigen Prozessausgang rechnete; jene beiden Zahlungen erfolgten also in einem Zeitpunkt, in dem objektiv unsicher war, ob alle Masseschulden aus dem Erlös gedeckt werden konnten, somit zu Unrecht ... Trotz einiger Bedenken sind die bei Einleitung des Prozesses und vor Beginn des zweitinstanzlichen (?) Verfahrens geleisteten Vorschüsse von 1000 Fr. und 500 Fr. als « Auslagen »

zu behandeln ; es handelt sich um Beträge, die « ausgelegt » werden mussten, um den von der Gläubigerversammlung beschlossenen und vom Konkursamt in guten Treuen aufgenommenen Prozess einzuleiten. Aus diesen Erwägungen sind die Posten von 460 Fr. 10 Cts. und 448 Fr. 10 Cts. als Auslagen zu streichen und mit der Forderung des Rekurrenten unter die offenen Massepassiven aufzunehmen. Der Erlös nach Abzug der Auslagen ist dann unter die drei vorhandenen Massegläubiger im gleichen Verhältnis zu verteilen. Die Differenz zwischen dem so errechneten Dividendenbetrag und der dem Rekurrenten nach der ersten Verteilungsliste zugewiesenen Summe muss dem Rekurrenten ersetzt werden. Zunächst soll das Konkursamt versuchen, von Dr. Trüssel und der Bundesgerichtskasse den zuviel bezahlten Betrag zurückzuerhalten ; ein erzwingbarer Rückforderungsanspruch wird ihm allerdings nicht zustehen, sondern es muss an die Loyalität der Gläubiger appelliert werden.»

E. — Diesen Entscheid hat der Beschwerdeführer an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag, die Masseverbindlichkeiten seien in gleichmässiger Weise zu befriedigen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung :*

1. — Nachdem das Konkursamt selbst in der Verteilungsliste den Fürsprecher Dr. W. Bürgi und nicht den obsiegenden Beklagten Sandro Bürgi als Gläubiger der Masseverbindlichkeit auf Prozesskostenersatz aufgeführt hat, erweckt es keine Bedenken, dass jener und nicht dieser als Beschwerdeführer auftritt.

2. — Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass bei Insuffizienz des Konkursmassevermögens zur Deckung sämtlicher Masseverbindlichkeiten zunächst die Auslagen des Konkursamtes und der Konkursverwaltung an die Reihe kommen, hernach die übrigen Masseverbindlichkeiten mit Ausnahme der Gebühren des Konkurs-

amtes und der Konkursverwaltung, und erst in letzter Linie die Gebühren (vgl. BGE 50 III S. 73, 56 III S. 181). Sind Masseverbindlichkeiten der mittleren Kategorie zum voraus in vollem Betrage bezahlt worden und hat dies zur Folge, dass für andere Masseverbindlichkeiten der gleichen Kategorie weniger übrig bleibt, als bei gleichmässiger Verteilung unter sämtliche Masseverbindlichkeiten dieser Art auf sie entfallen wäre, so muss der Kanton den Ausfall vergüten, mindestens wenn es sich um vom Konkursamt, nicht einer ausserordentlichen Konkursverwaltung, eingegangene Masseverbindlichkeiten handelt, und soweit die zu viel bezahlten Beträge nicht ohne weiteres an das Konkursamt zurückvergütet werden (vgl. BGE 50 III S. 73).

Was das Konkursamt vorliegend an den von ihm bestellten Prozessvertreter einerseits und die Prozessgerichte andererseits schuldig wurde, kann nur einheitlich entweder als Auslage oder aber als Masseverbindlichkeit der mittleren Kategorie angesehen werden. Dies deshalb, weil der Schuldgrund ein einheitlicher ist, gleichgültig ob die Zahlung vorschussweise oder aber nachträglich geleistet wurde, nämlich im ersten Falle der Auftrag zur Prozessvertretung, im zweiten Falle die Erhebung gerichtlicher Klage bzw. Einlegung eines Rechtsmittels. Und zwar können in folgedessen die Vorschusszahlungen ebensowenig wie die Nachzahlungen als Auslagen qualifiziert werden, weil sie nicht zu regelrechter Durchführung des Konkursverfahrens unerlässlich waren, sondern auf Rechts-handlungen zurückzuführen sind, welche vorzunehmen oder nicht vorzunehmen den Organen des Konkursverfahrens freistund. Durch eine solche Betrachtungsweise wird nicht etwa die Stellung des haftpflichtigen Kantons oder des rückgriffweise belangten Konkursbeamten übermässig erschwert. Im Gegenteil wird sie geeignet sein, die Konkursbeamten davon abzuhalten, sich unbedacht in Aktivprozesse einzulassen, wenn das liquide Konkursmassevermögen für den Fall eines Misserfolges nicht sicher

ausreicht. Zunächst versteht es sich von selbst, dass der Konkursbeamte nicht verpflichtet ist, einen Gläubigerversammlungsbeschluss auf Klagerhebung gegen einen Dritten zu vollziehen, wenn die Prozesskosten, und zwar insbesondere auch eine allfällige Parteienschädigung an den Beklagten, nicht sicher aus dem Massevermögen gedeckt werden können. Vorliegend behauptet der Konkursbeamte, geglaubt zu haben, das vorhandene Massevermögen werde hiefür ausreichen. Allein als es schon durch die Kosten der ersten Instanz fast vollständig aufgezehrt wurde, hatte es der Konkursbeamte in der Hand, die Verschlechterung der Deckung der bisher aufgelaufenen Masseverbindlichkeiten und das weitere Auflaufen von nicht voll gedeckten Masseverbindlichkeiten dadurch zu hindern, dass er höchstens noch vorsorglich die Berufungserklärung einreichte, sofern es ihm nicht vor Ablauf der Berufungsfrist gelang, die Frage zur Abklärung zu bringen, ob Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verlangt werde. Hievon abgesehen hat sich der Konkursbeamte in nicht zu billiger Weise darauf versteift, dass der Prozess auf Rechnung der Konkursmasse durchgeführt werde. Zunächst war es unzulässig, hierüber schon von der ersten Gläubigerversammlung einen Beschluss fassen zu lassen, die gemäss Art. 238 SchKG nur über Fragen, deren Erledigung keinen Aufschub duldet, Beschlüsse fassen kann, insbesondere über die Fortsetzung schwebender Prozesse, also nur unter ganz ausnahmsweisen Verhältnissen über die Anhebung neuer Prozesse, aus dem einleuchtenden Grunde, dass die Frage nach der materiellen Stimmberechtigung erst später durch das Kollokationsverfahren zu näherer Abklärung gelangt (vgl. auch JAEGER N. 3 u. 5 zu SchKG 238). Darüber der zweiten Gläubigerversammlung die Beschlussfassung vorzuenthalten, war also durchaus unzulässig (vgl. BGE 56 III S. 160 f.) und umso weniger gerechtfertigt, als die Klage inzwischen noch nicht erhoben, sondern eben erst der Prozessvertreter gewählt und gerade noch am Tage

vor der Versammlung ausführlich orientiert worden zu sein scheint. Ob bei richtigem Vorgehen ein Beschluss der zweiten Gläubigerversammlung auf Klagerhebung ohne allfälligen Stichtenscheid des Konkursbeamten zustande gekommen wäre, erscheint höchst zweifelhaft, da die Hypothekargläubiger kaum mehr daran interessiert waren, wenn ihnen das Stimmrecht überhaupt noch zuerkannt werden kann, einer von den drei Kurrentgläubigern mit einer verhältnismässig kleinen Forderung nicht vertreten war und von den andern beiden mit ungefähr gleichgrossen Forderungen zwar der eine auf Klagerhebung für Rechnung der Masse drängte, der andere aber nicht weniger entschieden nichts davon wissen wollte. Unter diesen Umständen war es seitens des Konkursbeamten nicht angebracht, darauf zu dringen, dass die Konkursmasse selbst Klage erhebe anstatt des die Prozessführung wünschenden Gläubigers. Und vollends liess sich in einem Zeitpunkt, als unter Berücksichtigung sämtlicher bisher aufgelaufenen Masseverbindlichkeiten nichts Nennenswertes von der Konkursmasse übrig blieb, die Weiterziehung an das Bundesgericht sowohl gegenüber diesem als auch gegenüber dem Beklagten nicht mehr gut verantworten. Schliesslich war der Konkursbeamte auch nicht berechtigt, das gegenüber dem eidgenössischen Justizfiskus begangene Unrecht nachträglich durch volle Bezahlung der Kostenrechnung auf Kosten des Beklagten wieder gut zu machen. Im Gegenteil hat letzterer nach dem Ausgeführten Anspruch auf Befriedigung aus dem Konkursmassevermögen in dem Verhältnis, das sich bei gleichmässiger Berücksichtigung sämtlicher durch den Prozess verursachten Kosten ergibt, also auch der bereits bezahlten Posten, ja selbst der vorschussweise bezahlten. (Dabei verschlägt es nichts, dass der Prozess ohne Vorschusszahlungen an den Prozessvertreter und das erstinstanzliche Prozessgericht gar nicht hätte durchgeführt werden können, da er nach dem Ausgeführten richtigerweise eben nicht hätte durchgeführt oder doch

mindestens nicht mehr an das Bundesgericht weitergezogen werden sollen.) Hierher gehören insbesondere auch die mit dem Prozess im Zusammenhang stehenden Aufwendungen des Konkursamtes für Reisen und gerichtliche Protokollauszüge von 153 Fr. 35 Cts. Natürlich kann es dem Konkursamt nicht verwehrt werden, zunächst die vollbefriedigten Prozesskostengläubiger um Rückerstattung dessen anzugehen, was ihnen zuviel zugekommen ist, sofern es dies als angemessen erachtet. Indessen wird es z. B. kaum auf bereitwilliges Entgegenkommen seitens der eidgenössischen Justizverwaltung rechnen können, deren Einrichtungen es für eine zahlungsunfähige Konkursmasse in Anspruch genommen hat. Übrigens ist es nicht unbillig, dass der Kanton Basel-Stadt den ganzen Ausfall trage, dessen Vertreter schliesslich der einzige Teilnehmer der massgebenden Gläubigerversammlung war, der auf die Prozessführung durch die Konkursmasse selbst angetragen hat, und dessen Interessen zu dienen der Konkursbeamte offenbar bestrebt war. Für die Befriedigung der noch nicht bezahlten Forderung des Rekurrenten kommt natürlich nichts darauf an, dass die übrigen Masseverbindlichkeiten gleicher Kategorie 100 % erhalten haben, weil die volle Bezahlung ja nicht aus Mitteln der Konkursmasse möglich war.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird begründet erklärt und das Konkursamt Basel-Stadt angewiesen, im Sinne der Erwägungen eine neue Verteilungsliste bezüglich der Masseverbindlichkeiten aufzustellen.

12. Arrêt du 29 mars 1932
dans la cause **Cherpillod et Banque Populaire Suisse.**

Privilege de la femme du failli revendiqué seulement après le jugement révoquant l'hypothèque en vertu de laquelle la femme avait été colloquée comme créancière hypothécaire. Admissibilité de cette intervention à titre de *production tardive* (Art. 251 LP).

Lorsque la femme du failli intervient comme créancière gagiste ou lorsqu'elle est colloquée d'office en cette qualité en application de l'art. 246 LP, la faculté doit lui être réservée de se prévaloir de son privilège au moment où il est possible de statuer sur l'existence et la quotité de celui-ci, c'est-à-dire après la solution des contestations auxquelles peuvent donner lieu ses droits de gage prétendus ou après leur réalisation, s'ils sont maintenus (consid. 1).

L'administration de la faillite a seule qualité pour décider du rang à attribuer à la créance de la femme. Le jugement qui statue sur ce point ne lie pas l'administration (consid. 2).

Konkursprivileg der Ehefrau des Gemeinschuldners. Geltendmachung desselben erst nach Erlass eines Urteils, durch welches das Grundpfandrecht als anfechtbar erklärt wird, auf Grund dessen die Ehefrau als Grundpfandgläubigerin kolloziert worden war. Zulässigkeit dieser nachträglichen Geltendmachung gemäss Art. 251 SchKG.

Wird die Ehefrau des Kridars von der Konkursverwaltung von Amtes wegen (Art. 246 SchKG) oder zufolge ihrer Kurseingabe als Grundpfandgläubigerin kolloziert, so bleibt ihr die Geltendmachung des Konkursprivileges vorbehalten für den Zeitpunkt, in welchem Bestand und Höhe ihrer Forderung festgestellt werden können, d. h. entweder nach Erledigung der gegen das Pfandrecht gerichteten Bestreitungen oder, sofern das Pfandrecht geschützt wird, nach Verwertung des Pfandes (Erw. 1).

Zuständig für den Entscheid über die Kollokation der Frauengutsforderung (in 4. oder 5. Klasse) ist nur die Konkursverwaltung, die an ein gerichtliches Urteil in diesem Punkt nicht gebunden ist (Erw. 2).

Privilegio della moglie del fallito rivendicato solo dopo una sentenza annullante l'ipoteca in forza della quale essa era stata collocata quale creditrice ipotecaria. Ammissibilità di quest'intervento nella forma di un' *insinuazione tardiva* (art. 251 LEF). Allorchè la moglie del fallito interviene come creditrice pignora-