

BGE 46 III 28). Es ist daher auf jeden Fall unrichtig, wenn die Vorinstanz die sachliche Legitimation des Klägers Speck verneinte und gestützt darauf seine Klage ohne weiteres abwies. Der Konkurs hätte höchstens dazu führen können, auf die Appellation mangels Verfügungsfähigkeit des Klägers nicht einzutreten.

Allein auch diese Folgerung würde zu weitgehen. Allerdings wäre der Kläger nach der Konkurseröffnung zur Appellation zunächst nicht mehr befugt gewesen. Die Konkursmasse hat jedoch laut Schreiben des Konkursamtes Zug an die Vorinstanz vom 26. Juli 1941 die Fortführung des Prozesses abgelehnt, und damit hat der Kläger das Verfügungsrecht über die eingeklagten Forderungen zurückerlangt. In diesem Sinne ist in BGE 46 III 27 f. entschieden worden in einem Falle, wo die Konkursverwaltung es unterlassen hatte, einen Anspruch des Gemeinschuldners zur Masse zu ziehen, obwohl er ihr bekannt war. Das Gleiche muss erst recht dann gelten, wenn die Konkursmasse ausdrücklich darauf verzichtet hat, den Anspruch durch Fortführung des Prozesses für sich geltend zu machen. Und zwar tritt in einem solchen Falle der Kläger nicht erst mit der Rechtskraft des Konkurschlusskenntnisses wieder in sein Verfügungsrecht ein. Indem die Konkursmasse die Fortführung des Prozesses ablehnt und keiner der Konkursgläubiger die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verlangt, erlischt das Konkursbeschlagsrecht über die Forderung, und damit fällt das Verfügungsrecht ohne weiteres an den Gemeinschuldner zurück (vgl. JÄGER, Nr. 9 zu Art. 207, S. 70).

Die zürcherische Zivilprozessordnung erklärt in § 48 Abs. 2 ausdrücklich, der Gemeinschuldner könne den Prozess, wenn die Fortsetzung auf Rechnung der Masse abgelehnt werde, auf eigene Rechnung betreiben. Das gilt nach dem Gesagten schon allgemein von Bundesrechts wegen und daher auch dort, wo das kantonale Zivilprozessrecht einen derartigen Hinweis nicht enthält.

Über den Verzicht der einzelnen Konkursgläubiger,

den Klageanspruch gestützt auf Art. 260 SchKG weiter zu verfolgen, geben die Akten keinen unmittelbaren Aufschluss. Der Verzicht darf aber daraus geschlossen werden, dass einerseits nach dem Schreiben des Konkursamtes an die Vorinstanz vom 14. Februar 1941 der Beschluss der Masse über die Fortführung des Prozesses auf dem Zirkularwege gefasst wurde (summarisches Verfahren), womit also sämtliche Gläubiger vom Prozesse Kenntnis haben mussten, und dass andererseits in der Mitteilung dieses Beschlusses an die Vorinstanz vom 26. Juli 1941 keinerlei von einzelnen Gläubigern gestellte Abtretungsbegehren vorbehalten wurden. Der Beklagte stellt den Verzicht der Gläubiger denn auch nicht irgendwie in Abrede.

44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Oktober 1942 i. S. Moser gegen Schertenleib.

Gerichtsstand für die Aberkennungsklage: Art. 83 Abs. 2 SchKG lässt jeder Art von *Prorogation* Raum, soweit eine solche nach der zutreffenden kantonalen Prozessordnung angenommen werden kann, sei es nur kraft Vereinbarung oder auch auf Grund getrennter Erklärung der Parteien oder zufolge ihres sonstigen Verhaltens.

For de l'action en libération de dette: L'art. 83 al. 2 LP permet toute espèce de *prorogation*, dans la mesure où l'on peut en admettre une, selon la procédure cantonale applicable, soit en vertu d'un simple accord, soit aussi sur le fondement de déclarations séparées des parties ou par suite d'autres de leurs actes.

Foro dell'azione di disconoscimento di debito: L'art. 83 cp. 2 LEF permette ogni genere di *proroga di foro* in quanto ammessa dalla procedura cantonale applicabile, sia in virtù d'un semplice accordo, sia in forza di dichiarazioni separate delle parti o in seguito a loro altri atti.

A. — Moser liess bei seinem Pächter Schertenleib in Eggwil (Amtsbezirk Signau) durch das Betreibungsamt Signau ein Retentionsverzeichnis aufnehmen und dann auch den Zahlungsbefehl für die Faustpfandbetreibung zustellen. Der nach Rinderbach-Heimiswil (Amtsbezirk Burgdorf) gezogene Schuldner schlug Recht vor. Der Gläubiger verlangte provisorische Rechtsöffnung beim Gerichtspräsidenten von Burgdorf. Er bezeichnete diesen,

als den Richter am neuen Wohnorte des Schuldners, als zuständig. Der Schuldner anerkannte die örtliche Zuständigkeit. Nachdem die Rechtsöffnung erteilt war, klagte der Schuldner beim nämlichen Richter auf Aberkennung. Nun liess aber der Gläubiger die örtliche Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten von Burgdorf nicht mehr gelten. Bei der Pfandbetreibung sei der Betreibungsort unveränderlich. Das hätte freilich schon im Rechtsöffnungsverfahren beachtet werden sollen. Dieses sei jedoch rechtskräftig abgeschlossen. Andererseits müsse die örtliche Zuständigkeit im Aberkennungsprozesse selbständig beurteilt werden.

B. — Der Gerichtspräsident von Burgdorf verwarf die Unzuständigkeitseinrede mit folgender Begründung: « Ohne Rechtsöffnung keine Aberkennungsklage. Durch vorbehaltlose Einlassung im Rechtsöffnungsverfahren wird der Richter auch für den Aberkennungsprozess zuständig. Im Rechtsöffnungsgesuch behauptet der damalige Gesuchsteller und heutige Aberkennungsbeklagte selbst die örtliche Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten von Burgdorf. Sie wurde vom Gesuchsgegner und dem heutigen Aberkennungskläger anerkannt. »

C. — Mit der vorliegenden zivilrechtlichen Beschwerde auf Grund von Art. 87 Ziff. 3 OG hält der Gläubiger an der Unzuständigkeitseinrede fest. Er rügt eine Verletzung von Art. 83 Abs. 2 SchKG.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (letztinstanzlicher kantonaler Entscheid).
2. — Ob der Betreibungsort unveränderlich und demgemäss das Betreibungsamt Signau zur Fortsetzung der Betreibung zuständig geblieben sei, wie der Gläubiger behauptet, kann dahingestellt bleiben. Auch wenn es sich so verhält, wird Art. 83 Abs. 2 SchKG durch den angefochtenen Gerichtsstandsentscheid nicht verletzt. Dieser stützt sich im wesentlichen darauf, dass der Gläubiger durch Anrufung des Richters am neuen Wohnort des Schuldners im Rechtsöffnungsverfahren diesen Richter auch für den Aberkennungsprozess als zuständig anerkannt habe. Solche

Prorogation ist durch Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht ausgeschlossen. Das dort für die Aberkennungsklage vorgesehene Gericht des Betreibungsortes ist nicht zwingend vorgeschrieben. Vorbehalten bleibt vielmehr gleichwie die Anrufung eines Schiedsgerichtes auch die Geltendmachung eines vereinbarten Gerichtsstandes (BGE 56 III 233, 68 III 79). Nicht dass solche Vereinbarungen von Bundesrechts wegen zugelassen werden müssten. Aber wenn das kantonale Recht sie zulässt, auch für den Aberkennungsprozess, hat es dabei sein Bewenden. Nach der zuletzt angeführten Entscheidung kann ohne Verletzung von Art. 83 Abs. 2 SchKG auch auf eine zum voraus, selbst vor Anhebung der betreffenden Betreibung abgeschlossene Vereinbarung abgestellt werden. Eine eigentliche Vereinbarung liegt hier zwar nicht vor. Der Gläubiger hat die Rechtsöffnung von sich aus in Burgdorf verlangt, und der Schuldner hat lediglich durch Erklärung an den Richter diese Zuständigkeit anerkannt. Nach Auffassung des Richters wie auch des Schuldners ist aber in der Geltendmachung des Gerichtsstandes Burgdorf für die Rechtsöffnung eine Prorogationserklärung des Gläubigers auch für den Aberkennungsprozess enthalten, sei es, dass dem Gläubiger eine von vornherein dahingehende Willensmeinung zugeschrieben wird, sei es, dass er nach den Regeln von Treu und Glauben bei seinem Vorgehen dann auch im Aberkennungsprozesse behaftet wird. All dies verträgt sich mit Art. 83 Abs. 2 SchKG. Diese Bestimmung gibt nicht nur einer auf eigentlicher Vereinbarung beruhenden Prorogation Raum, sondern jeder Art der Prorogation, soweit eine solche nach den Grundsätzen der zutreffenden kantonalen Prozessordnung angenommen werden kann, mag sich der Richter auch auf getrennte Erklärungen der Parteien oder deren sonstiges Verhalten stützen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.