

## S. 170 / Nr. 49 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Zivilabteilungen) (d)

BGE 61 III 170

49. Beschluss der I. Zivilabteilung vom 13. November 1935 i. S. Affolter, Christen & Cie A.G. gegen Winkler und Langguth.

Regeste:

Einer Konkursmasse kann das Armenrecht nicht gewährt werden.

Kann die Masse die Prozesskosten nicht aufbringen und werden diese von den Gläubigern nicht vorgeschossen, oder will die

Seite: 171

Masse den Prozess nicht führen, so ist den Gläubigern die Abtretung des Prozessführungsrechtes anzubieten.

Art. 212 Og. Art. 207, 260 SchKG. Art. 63 KV.

Le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite ne saurait être accordé à une masse en faillite.

Si la masse ne peut payer les frais du procès et que les créanciers n'en fassent pas l'avance ou si la masse ne veut pas poursuivre l'instance, la cession du droit de faire le procès doit être offerte aux créanciers. Art. 212 OG; 207, 260 LP; 63 ord. faillite.

Ad una massa fallimentare non può essere concesso il beneficio del patrocinio gratuito.

Se la massa non può sottostare alle spese o se i creditori non le anticipano o se la massa intende rinunciare alla causa, essa offrirà ai creditori la cessione del diritto di promuoverla. Art. 212 OGF; 207, 260 LEF; 63 regolamento sull'amministrazione dei fallimenti.

A. - Die Klägerin hat die Beklagten Winkler und Langguth als Solidarschuldner aus Wechselbürgschaft auf die Bezahlung von 13113 Fr. nebst Zinsen und Kosten belangt. Die Klage ist von beiden kantonalen Instanzen abgewiesen worden. Mit der vorliegenden Berufung beantragt die Klägerin erneut die Gutheissung der Klage.

B. - Über den Beklagten Winkler war schon am 9. Mai 1935, also schon vor dem Erlass des Appellationsentscheidendes, jedoch ohne dass das Gericht davon Kenntnis hatte, der Konkurs eröffnet worden, der im summarischen Verfahren (Art. 231 SchKG) durchgeführt wird.

Das Konkursamt von Basel-Stadt hat, auf die Aufforderung hin, sich darüber zu erklären, ob die Konkursmasse des Johann Winkler den Prozess weiterführen wolle oder nicht, mit Zuschrift vom 26. Oktober 1935 das Gesuch um Gewährung des Armenrechtes für die Masse gestellt. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Aktiven der Masse ausschliesslich aus Liegenschaften bestehen. Der Erlös aus deren Verwertung werde höchstwahrscheinlich die hypothekarische Belastung nicht übersteigen. Für den Fall der Verweigerung des Armenrechtes erklärt das Konkursamt, auf die Weiterführung des Prozesses zu verzichten.

Seite: 172

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Prozess der Klägerin gegen den Beklagten Winkler dreht sich um die Frage, ob der Klägerin gegen Winkler ein schuldrechtlicher Anspruch aus Wechselbürgschaft zustehe; wird diese Frage bejaht, so ist die Klägerin mit ihrem Anspruch im Konkurs Winklers zu kollozieren. Es handelt sich also um einen Prozess, der gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG einzustellen ist und in dem somit ausschliesslich die Konkursverwaltung an Stelle des Gemeinschuldners handeln kann. Führt die Masse den Prozess weiter, so gelten die Prozesskosten, die ihr im Falle des Unterliegens auferlegt werden, sofern und soweit nicht bereits vor der Konkursöffnung über ihre Tragung rechtskräftig entschieden worden ist, als Massschulden, also nicht als persönliche Schulden des Gemeinschuldners (JAEGER, Kommentar zum SchKG, Band II Anm. 9 zu Art. 207, S. 70). Bei einem Passivprozess, bei dem eine Schuld des Gemeinschuldners im Streite liegt, kann bei einem Verzicht der Masse auf die Fortführung des Prozesses der Gemeinschuldner ihn nicht auf eigene Rechnung weiterführen. Er kann lediglich gegenüber einer späteren Geltendmachung des Verlustscheines für die fragliche Forderung die Einrede der Nichtschuld erheben, wie aus Art. 265 Abs. 1 SchKG abzuleiten ist (JAEGER, 1. c. S. 69; BGE 18 S. 932).

2.- Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, dass eine Erteilung des Armenrechtes an die Masse im Hinblick auf die Vermögenslage des Gemeinschuldners nicht in Frage kommen kann. In gleicher Weise, wie die Gläubiger bei Leistung eines Kostenvorschusses die Durchführung des Konkurses (Art. 169 SchKG) und die Durchführung des ordentlichen statt des summarischen Verfahrens (Art. 231 Abs. 2 SchKG) verlangen können, so können sie auch die Fortführung eines Prozesses durch die Masse ermöglichen, wenn sie der Konkursverwaltung die erforderlichen Mittel

zur Verfügung stellen (BGE 24 I S. 496).  
Auch nach dem deutschen Recht ist die Frage, ob der

Seite: 173

Konkursverwalter einen Rechtsstreit der Masse im Armenrecht führen könne, vom Reichsgericht verneint worden (Entscheide des Reichsgerichtes in Zivilsachen 33 S. 366 ff.; 81 S. 292 f.).

3.- Für das schweizerische Recht folgt die Richtigkeit der vorstehenden Lösung zudem aus der dem deutschen Recht unbekanntem Bestimmung des Art. 260 SchKG in seiner durch Art. 63 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter von 1911 (KV) ausgedehnten Bedeutung. Danach hat die streitige Forderung der Klägerin pro memoria im Kollokationsplan des Konkurses Winkler vorgemerkt werden müssen (Art. 63 Abs. 1 KV). Will das Konkursamt den Prozess nicht fortsetzen, weil er nach seiner Auffassung für die Masse kein Interesse bietet, so muss es nach der Vorschrift von Art. 260 SchKG den Gläubigern Gelegenheit geben, dies an Stelle der Masse zu tun. Macht kein Gläubiger von diesem Angebot Gebrauch, so wird die Forderung als anerkannt betrachtet, und die Gläubiger haben kein Recht mehr, deren Kollokation nach Art. 250 SchKG anzufechten (Art. 63 Abs. 2 KV). Wird dagegen der Prozess von einem oder mehreren Gläubigern fortgeführt, so wird je nach dessen Ausgang die Forderung entweder gestrichen oder endgültig kolloziert; im letzteren Fall kann die Kollokation von den Gläubigern wiederum nicht angefochten werden (Art. 63 Abs. 3 KV). Wird die Klägerin mit ihrer Forderung im Prozess abgewiesen, so kommt die Konkursdividende, die zufolge des Verzichtes der Masse und der darin liegenden Klageanerkennung auf die Klägerin entfallen wäre, den in den Prozess eingetretenen Gläubigern zu gut bis zum Betrage ihrer Forderung einschliesslich der Prozesskosten, und der Überschuss ist gemäss dem berechtigten Kollokationsplan zu verteilen (Art. 250 Abs. 2 bzw. Art. 260 Abs. 2 SchKG).

Die für die Gläubiger der Konkursmasse Winkler bestehende Möglichkeit, an Stelle der Masse den Prozess weiterzuführen, schliesst es daher unter allen Umständen

Seite: 174

aus, dass der Masse das Armenrecht deshalb gewährt werden könnte, weil ihre Passiven die Aktiven übersteigen, wie dies in sozusagen allen Konkursen der Fall ist.

Demnach beschliesst das Bundesgericht:

1. Das Armenrechtsgesuch der Konkursmasse Winkler wird abgewiesen.
2. Vom Verzicht der Masse auf die Weiterführung des Prozesses wird Vormerk genommen.
3. Das Konkursamt Basel-Stadt wird aufgefordert, innert der Frist von einem Monat von der Zustellung des vorliegenden Entscheides an dem Bundesgericht mitzuteilen, ob einer oder mehrere Gläubiger den Prozess namens der Konkursmasse Winkler weiterführen wollen