

**A. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.
Poursuite et Faillite.**

**I. ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULD-
BETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER**

**ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES
ET DES FAILLITES**

10. Entscheid vom 5. März 1935 i. S. Meier.

Grundpfandschuldenübernahme durch den Käufer. Nichtentlassung des Verkäufers. Konkurs des Käufers. Konkurseingabe des Verkäufers (Altschuldners) für seine bedingte Forderung, und Konkurseingabe des Faustpfandgläubigers. Abweisung beider Eingaben wegen Unsicherheit über die Gläubigerschaft. Trotz Nichtanfechtung des Kollokationsplanes (Lastenverzeichnisses) kann der Verkäufer (Altschuldner) nachträglich noch die Aufnahme der Grundpfandforderung gemäss Art. 246 SchKG verlangen und nötigenfalls Rechtsverweigerungsbeschwerde führen.

Reprise d'une dette hypothécaire par l'acheteur. Non-libération du vendeur. Faillite de l'acheteur. Intervention du vendeur (débitur primitif) pour sa créance conditionnelle, et intervention du créancier nanti. Rejet de ces deux productions pour cause d'incertitude quant à la personne du créancier. Le vendeur (débitur primitif) qui n'a pas attaqué l'état de collocation (état des charges) n'en est pas moins en droit de demander après coup, conformément à l'art. 246 LP., l'inscription de la créance hypothécaire, et, le cas échéant, il peut porter *plainte* à l'autorité de surveillance pour *déni de justice*.

Compratore che riprende un debito ipotecario. Mancata liberazione del venditore. Fallimento del compratore. Insinuazione del venditore (debitore originario) per il suo credito condizionale e insinuazione del creditore pignoratorio. Reiezione delle due insinuazioni pel motivo che il creditore è incerto. Il venditore (debitore originario) che non ha impugnato la gradua-

toria (elenco degli oneri) può, malgrado ciò, chiedere in seguito, giusta l'art. 246 LEF, l'iscrizione del credito ipotecario e interporre se del caso un reclamo per diniego di giustizia.

A. — Der Rekurrent hatte im Juli 1933 seine Liegenschaft in Wil, auf der u. a. « Fr. 18,500.— Grundpfandverschreibung Nr. 8047 zugunsten Johann Fankhausers Erben, deponiert bei Edwin Wehrli A.-G., Mühle, Basel », lasten, an Paul Fetz verkauft, der dabei die bestehenden Grundpfandschulden übernahm.

In dem im Herbst 1934 über Fetz eröffneten Konkurs liess der Rekurrent folgende « grundpfandversicherte Forderungen » anmelden :

« 1. ...

2. 925 Fr. Zins vom Juli 1933 bis Juli 1934 von der Hypothek von 18,500 Fr. ;

3. 18,500 Fr. Forderung laut gekündetem Schuldbrief in diesem Betrage;

4. ...

Die Forderungen 2.-4. werden nur provisorisch angemeldet. Herr Meier, welcher dem Schuldner die Liegenschaft verkauft hat, wird von den Schuldbriefgläubigern für die Gesamtbeträge belangt. Herr Meier steht jedoch auf dem Standpunkt, dass Fetz als neuer Schuldner angenommen worden ist. Gegenwärtig sind diesbezüglich Prozesse anhängig. Sofern das Gericht entscheidet, dass Herr Meier nicht mehr Schuldner ist, so fallen die Forderungen 2.-4. dahin. Ich bitte Sie daher, die Kollokation in diesem Sinne vorzunehmen. »

Die gleiche Kapitalforderung wurde auch von der Wehrli A.-G. angemeldet.

Bei der Auflage des Kollokationsplanes am 28. November 1934 sandte das Konkursamt dem Rekurrenten folgende (und der Wehrli A.-G. eine entsprechende) Anzeige : « Die Konkursverwaltung hat die von Ihnen ... angemeldete Forderung von 18,500 Fr. nebst Zins mangels Ausweis abgewiesen. Die gleiche Forderung ist auch von der Firma Edwin Wehrli A.-G. in Basel angemeldet worden.

Solange nicht feststeht, wer Gläubiger dieser Forderung ist, kann das Konkursamt dieselbe nicht kollozieren. Klagen auf Anfechtung des Kollokationsplanes sind bis spätestens den 8. Dezember a. c. beim Vermittleramt Wil anhängig zu machen, ansonst er als anerkannt betrachtet wird. »

Kollokationsplananfechtungsklage wurde nicht erhoben. Andererseits musste der von den Erben Fankhauser in Anspruch genommene Rekurrent deren Klage anerkennen.

Am 18. Januar 1935 ersuchte der Rekurrent das Konkursamt, « die alte Kollokation wieder aufleben zu lassen, eventuell diese Forderung gemäss Art. 259 (recte 251) SchKG als verspätete Konkurseingabe zu behandeln und als grundpfandversicherte Forderung neu zu kollozieren » bzw. « bezüglich dieser Kollokation wieder Restitution zu gewähren ». Das Konkursamt antwortete am folgenden Tage, seine Verfügung betreffend Abweisung der vom Rekurrenten angemeldeten Hypothekarforderung von 18,500 Fr. sei in Rechtskraft erwachsen, und es sei ihm unter diesen Umständen nicht mehr möglich, auf eine nochmalige Kollokation dieser Forderung einzutreten. Entsprechend liess das Konkursamt die Forderung von 18,500 Fr. laut Grundpfandverschreibung aus dem Lastenverzeichnis weg.

Als der Rekurrent dies erfuhr, schrieb er dem Konkursamt am 12. Februar, er nehme an, die Weglassung dieser Pfandforderung beruhe auf einem Versehen, verwies es auf Art. 246 SchKG und ersuchte es, das Lastenverzeichnis bezüglich dieses Punktes zu berichtigen. Auf die Ablehnung dieses Begehrens hin führte der Rekurrent am 15. Februar Beschwerde wegen Rechtsverweigerung mit dem Antrag, das Konkursamt sei anzuweisen, die Grundpfandverschreibung Nr. 8047 per 18,500 Fr. zugunsten Joh. Fankhauser Erben, deponiert bei Edwin Wehrli A.-G., Mühle, Basel, im 4. pfandrechtlichen Range nebst dem laufenden Zinse gemäss dem Eintrag im Grundbuch ins Lastenverzeichnis aufzunehmen.

B. — Die Aufsichtsbehörde des Kantons St. Gallen hat am 21. Februar 1935 die Beschwerde abgewiesen.

C. — Diesen Entscheid hat der Rekurrent an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

1. — Gemäss Art. 246 SchKG werden die aus den Grund- und Hypothekenbüchern ersichtlichen Forderungen samt dem laufenden Zins unter die Konkursforderungen aufgenommen, auch wenn sie nicht eingegeben wurden. Hieraus folgt ohne weiteres: Wurde eine Eingabe für eine aus dem Grundbuch bzw. einem Ersatzregister ersichtliche Pfandforderung gemacht, wird jedoch die Eingabe zwar abgewiesen, aber aus einem andern Grund als wegen Nichtbestehens der Pfandforderung, also z. B. wie hier wegen Zweifeln über die Zuständigkeit der Pfandforderung, so muss sie nichtsdestoweniger unter die Konkursforderungen aufgenommen werden. Übrigens lautete die streitige Pfandforderung in den öffentlichen Büchern auf Johann Fankhausers Erben, weshalb das Konkursamt, wenn es nicht an Stelle von Fankhausers Erben jemand anders als Grundpfandgläubiger zulies, die Pfandforderung nur durch eine jene Gläubigerschaft treffende und ihr mitzuteilende Kollokationsverfügung als Konkursforderung aus Kollokationsplan bzw. Lastenverzeichnis hätte überhaupt wegweisen dürfen. Nachdem nichts derartiges geschehen ist, könnten jedenfalls Fankhausers Erben jederzeit noch wegen Nichterfüllung der dem Konkursamt von Gesetzes wegen auferlegten Amtspflicht, die eingetragenen Pfandforderungen zugunsten der eingetragenen Pfandgläubiger unter die Konkursforderungen aufzunehmen, Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 17 Abs. 3 SchKG führen (vgl. JAEGER, N. 2, vorletzten Absatz, zu SchKG 249) (wie übrigens auch eine nachträgliche Konkurseingabe gemäss Art. 251 SchKG machen, was jedoch vorderhand in den Hintergrund tritt, da auch der

Rekurrent bisher noch keine derartige Eingabe gemacht hat und daher über die Zulässigkeit einer solchen nicht zu entscheiden ist).

2. — Statt dessen führt nun der trotz Übernahme der Schuldpflicht durch den Käufer (den Gemeinschuldner) nicht frei gewordene frühere Schuldner diese Rechtsverweigerungsbeschwerde. Ihr kann nicht etwa entgegengehalten werden, sie sei auf das gleiche Ziel gerichtet wie die ursprüngliche, rechtskräftig abgewiesene Konkurseingabe und daher nicht mehr zulässig. Denn mit seiner Konkurseingabe hatte der Rekurrent für den Fall, dass er als Pfandschuldner nicht entlassen worden sei, seine eigene eventuelle, pfandversicherte Rückgriffsforderung geltend gemacht, während sich die Beschwerde nur mit der direkten Pfandforderung der Erben Fankhauser befasst, die überhaupt nicht, mindestens nicht vom richtigen Gläubiger, angemeldet worden war. Zuzugeben ist freilich, dass der Altschuldner nicht unbedingt einer Beschwerde wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 246 SchKG bedarf, eben weil er für den Fall, dass der Gläubiger keine Eingabe macht, dass sich seine (des Altschuldners) Nichtentlassung herausstellt und dass er den Gläubiger befriedigt, seine bedingte (gemäss BGE 60 II 178), pfandversicherte Rückgriffsforderung anmelden kann (wie es gerade hier geschehen ist, wo das Konkursamt die bezügliche Eingabe offenbar zu Unrecht abgewiesen hat und infolgedessen gar nicht in die Lage gekommen ist, zu bedenken, was für den Fall des Nichteintrittes der Bedingung zu kollozieren übrig bleibe). Nicht zum wenigsten wegen der nicht einfachen und zudem oft noch nicht abgeklärten Rechtslage, die vielleicht nicht von jedem Altschuldner und auch nicht von jedem Konkursbeamten sofort klar überblickt werden kann, (und wegen der mit jeder nachträglichen Konkurseingabe verbundenen Rechtsnachteile) ist aber dem nicht entlassenen Altschuldner das Recht zur Rechtsverweigerungsbeschwerde wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 246 SchKG ebenfalls zuzuerkennen, weil er als für die Pfandforderung

persönlich haftender Drittschuldner an der Anerkennung des Pfandrechtes durch die Konkursmasse ein in die Augen springendes Interesse hat: Solange der Dritteigentümer aufrecht steht, kann der Altschuldner den Gläubiger, der ihn persönlich in Anspruch nehmen will, darauf verweisen, dass er zunächst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 SchKG und Art. 85 Abs. 2 VZG). Geht durch die Konkursöffnung über den Dritteigentümer dieses beneficium excussionis realis dem Altschuldner verloren, so soll er doch mindestens vom Konkursamt verlangen können, dass es der gesetzlichen Vorschrift, eben dem Art. 246 SchKG, Folge leiste, welche ihm die Pflicht auferlegt, von Amtes wegen das aus den öffentlichen Büchern ersichtliche Pfandrecht zu berücksichtigen, damit er, wenn es ihm schon nicht mehr zugestanden wird, den Gläubiger durch die Verweisung auf das Pfand an seiner sofortigen persönlichen Belangung zu hindern, doch mindestens durch das Pfand möglichst weitgehend entlastet werde bzw. sich nach erfolgter persönlicher Belangung aus demselben wieder erholen könne.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird begründet erklärt und das Konkursamt angewiesen, dem Beschwerdeantrag Folge zu geben.

11. Entscheidung vom 5. März 1935 i. S. Hager.

Keine durch Beschwerde anfechtbare Verfügung ist, trotz ausdrücklicher Ansetzung der Beschwerdefrist, die Aufforderung des Betreibungsamtes zur Rückzahlung des einem betreibenden Gläubiger zu Unrecht zugewiesenen Betrages (Art. 17 SchKG).

Ne constitue pas une décision sujette à plainte, malgré l'assignation d'un délai à cette fin, l'invitation d'un créancier par l'office de lui restituer une somme touchée à tort (Art. 17 LP).

La diffida ad un creditore di restituire all'ufficio un importo versatogli a torto non costituisce una decisione suscettibile

d'essere impugnata mediante reclamo neppure quando un termine venne esplicitamente fissato al creditore per procedere in tal modo (art. 17 LEF).

A. — D. Winkler verlangte als Bürge des Eugen Hager-Polli bei der Schweizerischen Volksbank von jenem Sicherstellung für 13,744 Fr., nahm einen Arrest auf Liegenschaftsanteile heraus, für die jedoch gemäss Art. 277 SchKG durch Solidarbürgschaft der Schweizerischen Kreditanstalt Sicherheit geleistet wurde, und führte die Betreuung auf Sicherheitsleistung durch. Als die Schweizerische Kreditanstalt hierauf 15,226 Fr. 90 Cts. an das Betreibungsamt bezahlte, zahlte dieses einen Teilbetrag von 3475 Fr. 90 Cts. an Winkler aus. Eine darauf vom Mitbürgen Ernst Hager als Zessionar der Schweizerischen Kreditanstalt gegen Winkler erhobene Klage auf Rückzahlung dieser (auf 3085 Fr. 70 Cts. reduzierten) Summe wurde durch Berufungsurteil des Bundesgerichtes vom 3. Juli 1934 abgewiesen, und zwar weil « der Schweizerischen Kreditanstalt bzw. dem Kläger als deren Zessionar ein direkter Anspruch gegen den Beklagten nicht zusteht », obwohl « der Beklagte aus seiner gegenüber der Volksbank für den Hauptschuldner Hager-Polli eingegangenen Bürgschaft bis heute noch nichts bezahlt hat und ihm infolgedessen gegen den Hauptschuldner auch noch keine Regressforderung zusteht, für die er die durch die Kreditanstalt bestellte Sicherheit in Anspruch nehmen könnte ». « Sache des Betreibungsamtes ist es, den Betrag vom Beklagten wieder beizubringen. Dem Betreibungsamt hat die Kreditanstalt die Bürgschaft geleistet und in Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung das Geld ausbezahlt. An dieses muss sie bzw. muss ihr Zessionar sich deshalb halten, wenn das Geld nicht richtig verwendet worden ist ».

Gestützt auf dieses Urteil schrieb das Betreibungsamt an Winkler: « Wir fordern Sie auf, uns den erwähnten Betrag wieder zuzustellen... Beschwerdefrist 10 Tage... »

Hierauf führte Winkler Beschwerde mit dem Antrag,