

nehmen und die zur Erhaltung der Masse nötigen Vorkehrungen zu treffen. Ferner hatte er die Liquidation des Nachlasses zu besorgen und die Auseinandersetzung unter den Erben vorzubereiten. Dagegen liegt in dem dem Sachwalter erteilten Auftrag nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes nicht auch die Vollmacht, die Erben in Rechtsstreitigkeiten gegenüber Dritten zu vertreten (s. Art. 394 des Obligationenrechtes), und ebensowenig kann er als ermächtigt angesehen werden, im Zwangsvollstreckungsverfahren als Vertreter der Erben aufzutreten. Der Zahlungsbefehl hat, wenn er un widersprochen bleibt, in gewissem Sinne Urteilsnatur, indem darauf gestützt ohne weiteres die Vollstreckung verlangt werden kann, und wenn auch die Rückforderungslage vorbehalten bleibt, so wird doch die Rechtsstellung des Betriebenen nicht nur insofern verändert, als er der Vollziehung vorläufig ihren Lauf lassen muß, sondern es erleidet dieselbe auch insofern eine wesentliche Veränderung, als die Partierollen vertauscht werden und das Recht der Rückforderung zeitlich beschränkt ist. Die Verfügung darüber, ob der Betriebene diese schweren Folgen auf sich nehmen wolle, kann nun gewiß ohne besondere Ermächtigung nicht einem Vertreter überlassen werden, dem nach dem Inhalt seines Auftrages lediglich eine verwaltende und liquidierende Thätigkeit zukommt. Diese setzt voraus, daß man es mit feststehenden Rechten und Verbindlichkeiten zu thun habe, und sobald es sich um die Geltendmachung oder Anerkennung zweifelhafter oder bestrittener Ansprüche handelt, kann die Entscheidung hierüber nicht dem Vertreter, sondern sie muß den vertretenen Erben überlassen werden. Hieraus folgt, daß der angefochtene Entscheid geschützt werden muß.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

## 23. Entscheid vom 26. Januar 1900 in Sachen Weil.

*Grundpfandverwertung. — Verlustschein und Pfandausfallschein.  
Art. 149 und 158 Betr.-Ges. — Unterlassung der zweiten Steigerung, Art. 141 und 142 Betr.-Ges.*

I. Am 1. März 1898 kam die auf 60,000 Fr. geschätzte Liegenschaft des Kaver Geißhüsler in der Locheten zu Gunzwohl infolge Verreibung auf Grundpfandverwertung zur ersten Versteigerung. Auf der Liegenschaft hafteten Hypotheken im Gesamtbetrage von 79,941 Fr. 10 Cts. Im letzten Rang stand mit 25,018 Fr. 36 Cts. ein in Händen der thurgauischen Kantonalbank befindlicher Kaufzahlungsbrief vom 1. April 1896. Die Liegenschaft wurde dem Leon Bernheim und dem Josef Weil, welche für den Kaufzahlungsbrief der Thurgauer Kantonalbank nachwährrpflichtig waren, um 70,000 Fr. zugeschlagen. Es ergab sich somit auf dem mehrerwähnten Kaufzahlungsbrief ein Verlust von 9941 Fr. 10 Cts. Für diesen Betrag verlangte Josef Weil vom Konkursamt Münster, das die Steigerung besorgt hatte, Ausstellung eines Verlustscheins, gestützt auf eine Zuschrift der thurgauischen Kantonalbank, wonach diese erklärte, daß sie für ihre Forderung befriedigt sei und daß daher der Verlustschein zu seinen, Weils, Gunsten ausgestellt werden könne. Zufolge Weisung des Gerichtspräsidenten stellte das Konkursamt Münster am 13. August 1898 dem J. Weil den verlangten Verlustschein aus; in diesem sind die wesentlichen Vorgänge, die dazu geführt hatten, wiedergegeben.

II. Nachdem Kaver Geißhüsler schon in einer Provokation an Josef Weil vom 10. Mai 1899 dessen durch den Verlustschein belegte Forderung bestritten hatte, weil ohne seine Zustimmung entgegen den Art. 141 und 142 des Verreibungsgesetzes eine zweite Steigerung seiner Liegenschaft nach Mißerfolg der ersten nicht stattgefunden habe, sondern die Liegenschaft sofort ohne Einwilligung des Eigentümers unter der Summe der darauf haftenden Hypothekarschulden abgegeben worden sei, stellte er unterm

8. Juli 1899 auf dem Beschwerdewege bei der untern kantonalen Aufsichtsbehörde die Begehren, es sei der dem J. Weil gegen ihn ausgestellte Verlustschein aufzuheben und festzustellen, daß Weil und Bernheim durch Umgehung der zweiten Steigerung auf den Rest ihrer Hypothekarforderung an Geißhüsler verzichtet haben. Die erste Instanz wies die Beschwerde ab; dagegen wurde diese von der obern kantonalen Aufsichtsbehörde mit Entscheid vom 20. Oktober 1899 insofern gutgeheißen, als die unterm 13. August 1898 vom Konkursamt Münster ausgestellte Verlustbescheinigung für 9941 Fr. 10 Cts. als nichtig erklärt wurde. Dieser Entscheid beruht darauf, daß die Bestimmungen über das Verfahren bei der Betreibung auf Verwertung eines Pfandes in Art. 151 ff. des Betreibungsgesetzes öffentlich-rechtlicher Natur seien und daß ihre Nichtbeachtung die Nichtigkeit der bezüglichen Rechtsakte zur Folge habe. In concreto sei die Liegenschaft an der ersten Steigerung hingegeben worden, obschon die gesetzlichen Voraussetzungen des Zuschlags nicht vorhanden gewesen seien, und zwar ohne daß der Schuldner und Eigentümer der Liegenschaft um seine Einwilligung angegangen worden sei. Dieses Verfahren bedinge die Nichtigkeit der Steigerung und gestützt darauf habe eine Verlustbescheinigung nach Art. 158 des Betreibungsgesetzes — und um eine solche handle es sich hier — nicht ausgestellt werden dürfen; wenn dies trotzdem geschehen sei, so sei die Bescheinigung ebenfalls nichtig und habe auch durch Nichtanfechtung innert der Frist des Art. 17, Abs. 2 des Betreibungsgesetzes nicht in Rechtskraft erwachsen können. Auf den Antrag des Beschwerdeführers, es sei festzustellen, daß Weil und Bernheim auf den Rest ihrer Forderung gegen Geißhüsler verzichtet haben, trat die Aufsichtsbehörde wegen Inkompetenz nicht ein.

III. Josef Weil beantragt nun in einer rechtzeitig dem Bundesgerichte eingereichten Rekursschrift, es sei die Verlustbescheinigung vom 13. August 1898 zu Kräften zu erklären. Die Rekurrsbegründung wendet sich gegen die Auffassung der kantonalen Aufsichtsbehörde, daß die Steigerung absolut nichtig gewesen sei und wiederholt den Einwand der Verspätung der ursprünglichen Beschwerde, da Geißhüsler weder gegen den Zuschlag, noch gegen die Ausstellung des Verlustscheins innert zehn Tagen Beschwerde geführt habe.

IV. Xaver Geißhüsler trägt auf Abweisung des Rekurses an. Es wird schon darin eine verfassungswidrige Rechtsverweigerung oder Vorenthaltung eines verfassungsmäßig garantierten Rechts erblickt, daß Geißhüsler über die Ausstellung des Verlustscheins nicht einvernommen worden sei. Weiter hätte aber der Verlustschein — mit einem solchen habe man es zu thun — gar nicht ausgestellt werden sollen, es sei derselbe mit unheilbarer Nichtigkeit behaftet. Dies war in der Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde, auf die in der dem Bundesgericht eingereichten Antwort verwiesen wurde, hauptsächlich damit begründet worden, daß ein Verlustschein öffentlich-rechtliche Folgen nach sich ziehe. Wenn angenommen würde, daß die Anfechtung an eine Frist gebunden sei, war in der Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde ferner geltend gemacht worden, so könne dieselbe erst zu laufen beginnen mit der amtlichen Kenntnissgabe an den Schuldner; eine solche habe hier nicht stattgefunden. Im übrigen decken sich die Anbringen des Opponenten mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Wenn auch die Urkunde, welche das Konkursamt Münster am 13. August 1898 dem Josef Weil ausgestellt hat, als Verlustschein bezeichnet wird, so hat man es doch der Sache nach nicht mit einem Verlustschein im Sinne des Art. 149, sondern mit einem sogenannten Pfandausfallschein nach Art. 158 des Betreibungsgesetzes zu thun. Dies geht auch aus dem Inhalt der Urkunde unzweideutig hervor, und es könnten mit Rücksicht hierauf aus der Bescheinigung trotz der unrichtigen Bezeichnung niemals die Rechte und Folgen hergeleitet werden, die mit einem eigentlichen Verlustschein verknüpft sind; speziell würden gestützt auf die Bescheinigung gegen den Schuldner nicht die öffentlich-rechtlichen Folgen ausgesprochen werden können, die nach luzernischem Recht die fruchtlose Pfändung und der Konkurs nach sich ziehen. Was aus diesem Gesichtspunkte vom Opponenten zur Begründung seines Antrages auf Aufhebung der Bescheinigung vorgebracht worden ist, fällt deshalb von vornherein außer Betracht.
2. Nach Art. 158, Abs. 1 des Betreibungsgesetzes wird dem betreibenden Pfandgläubiger ein Pfandausfallschein ausgestellt,

wenn wegen ungenügenden Angebots (Art. 127, Abs. 2 und 142, Abs. 2) die Verwertung des Pfandes nicht stattfinden konnte oder wenn der Erlös seine Forderung nicht deckte. Letzterer Fall lag hier vor, indem die treibende Pfandgläubigerin, thurgauische Kantonalbank, aus dem Erlös der Liegenschaft für ihre Forderung nicht gedeckt wurde. Dies hatte nach dem Gesetz zur unabwieslichen Folge, daß der Bank, bezw. ihrem Rechtsnachfolger, ein Pfandausfallschein ausgestellt werden mußte. Diese Folgerung wird vom Rekursgegner vorliegend deshalb abgelehnt, weil die Versteigerung der Liegenschaft ungültig sei, indem der Zuschlag stattgefunden habe, trotzdem derselbe nach Art. 141 des Betreibungsgesetzes bei der ersten Steigerung nur erfolgen dürfe, wenn das Angebot den Schätzungswert erreicht und den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt. Erstlich ist nun aber nach den vorliegenden Akten nicht verständlich, wieso die Voraussetzungen zur Hingabe nach Art. 141 des Betreibungsgesetzes nicht vorhanden gewesen sein sollten, da ja das Angebot von Weil und Bernheim die Schätzung und den Betrag der dem Betreibenden vorangehenden Aufhaftungen überstieg. Wäre es aber auch richtig, daß gemäß der erwähnten Vorschrift die Liegenschaft auf das Angebot von Weil und Bernheim nicht hätte losgeschlagen werden sollen, so hatte dies doch keineswegs die unheilbare Nichtigkeit des Zuschlags zur Folge, sondern es würde damit bloß ein Grund zur Anfechtung seitens der Beteiligten geschaffen worden sein. Die schützende Vorschrift des Art. 141 entspringt dem Bestreben, gleichzeitig die Interessen des Schuldners und diejenigen der dem Betreibenden vorgehenden Pfandgläubiger zu wahren, und sie setzt dafür, wie die Vollstreckungsbehörden diesen Interessen Rechnung zu tragen haben, eine feste Regel. Daß diese auch durch ein öffentliches Interesse oder durch die Rücksicht auf die weitere Gestaltung des Verfahrens gefordert wäre, ist nicht ersichtlich. Wenn sie daher nicht befolgt wird, hat dies nicht die absolute Ungültigkeit der in Mißachtung derselben getroffenen Verfügung, d. h. des Zuschlags, zur Folge, sondern es steht lediglich den Beteiligten nach Art. 17 des Betreibungsgesetzes das Recht der Beschwerde an die Aufsichtsbehörden offen. Hievon ist im vorliegenden Falle kein Gebrauch gemacht worden. Insbeson-

dere hat der Schuldner und Eigentümer der Liegenschaft, Geißhüsler, bis zur Ausstellung des Verlustscheins die Steigerung nicht mittelst Beschwerde angefochten, trotzdem er von der behaupteten Unregelmäßigkeit lange vorher Kenntnis hatte, wie u. a. aus der am 10. Mai 1899 an Josef Weil erlassenen Provokation hervorgeht. Sind aber der Zuschlag und die Steigerung, wenn sie auch in Mißachtung der Vorschrift in Art. 141 des Betreibungsgesetzes vor sich gegangen sein sollten, in Rechtskraft erwachsen, weil von keiner Seite dagegen Beschwerde erhoben worden ist, so muß, wie schon bemerkt, die Ausstellung eines Pfandausfallscheines für den nicht gedeckten Betrag der Forderung der thurgauischen Kantonalbank als notwendige Folge der Steigerung hingenommen werden. Und zwar ist es klar, daß darüber, ob in dieser Weise einer gesetzlichen Vorschrift Genüge zu leisten sei, der Schuldner nicht vorher einvernommen zu werden brauchte und daß deshalb auch von Rechtsverweigerung nicht gesprochen werden kann.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheißen und demgemäß, unter Aufhebung des Vorentscheides, die dem Rekurrenten vom Konkursamt Münster am 12. August 1898 ausgestellte Bescheinigung als Pfandausfallschein im Sinne von Art. 158 des Betreibungsgesetzes zu Kräften erklärt.

#### 24. Arrêt du 9 février 1900, dans la cause Horn.

La disposition des art. 150, al. 1<sup>er</sup> et 264 LP est aussi applicable au concordat.

I. — Dame Jeanne Horn, à Lausanne, s'est plainte à l'Autorité de surveillance du canton de Genève de ce que l'office des faillites de Genève, après avoir mis à sa disposition une somme de 1072 fr. 90 c. provenant de la faillite du sieur Horn, prétend lui imposer la présentation d'un titre pour lui payer cette somme.

L'office a répondu à la plainte que la recourante a droit,