

C. — Diesen Entscheid zog die Gläubigerin rechtzeitig an das Bundesgericht weiter mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung :*

Voraussetzung einer Pfandverwertungsbetreibung ist, dass im Moment der Anhebung der Betreibung ein Pfandrecht besteht. Im Gegensatz zum Grundpfand, das (abgesehen vom Untergang des Grundstücks) erst durch Löschung des Grundbucheintrages untergeht, wird das Faustpfandrecht schon durch den einseitigen Verzicht des Gläubigers aufgehoben; die Herausgabe der Pfandsache (Art. 889 ZGB) ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Verzichtes, sondern Folge des bereits eingetretenen Unterganges des Pfandrechtes.

Im vorliegenden Fall hat die Rekurrentin auf ihr Pfandrecht nicht erst nach Anlegung des Zahlungsbefehls verzichtet, sondern schon im Betreibungsbegehren. Diese ohne Zweifel zu Handen des Schuldners beigelegte Erklärung ist dem Schuldner tatsächlich im Zahlungsbefehl zur Kenntnis gebracht worden und damit in diesem Moment wirksam geworden. Das muss aber genügen, um die Rekurrentin zur Durchführung der gewöhnlichen Betreibung zu ermächtigen; es kommt nur darauf an, dass die Verzichtserklärung dem Schuldner nicht erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls zugeht. Dass zur Sicherung der in Betreibung gesetzten Forderung noch andere als die von der Rekurrentin genannten und nunmehr preisgegebenen Pfänder bestellt worden seien, hat der Schuldner selbst nicht behauptet.

Allerdings besteht an sich die Möglichkeit, dass der Gläubiger trotz seinem Verzicht noch auf irgend eine Weise über die in seinem Besitz gebliebene Pfandsache verfügt; ein solches widerrechtliches Verhalten ist jedoch nicht ohne besondere Anhaltspunkte zu vermuten, an denen es aber im vorliegenden Fall fehlt. Infolgedessen

besteht kein Anlass, von Betreibungsrechts wegen die tatsächliche Rückgabe der Pfandsache zur Voraussetzung für die Zulässigkeit der gewöhnlichen Betreibung zu machen. Im Gegenteil wäre angesichts der Stellungnahme des Schuldners eher damit zu rechnen, dass er durch Annahmeverweigerung die Rekurrentin an der Ausübung ihrer Betreibungsrechte zu hindern versuche. Ob man es bei der Rückgabe der Pfandsache mit einer Hol- oder einer Bringschuld zu tun hat und ob man im erstern Fall aus Gründen des Vollstreckungsrechtes dem Gläubiger gleichwohl mehr als die einfache Zur-Verfügungstellung zumuten darf, braucht unter diesen Umständen nicht erörtert zu werden.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

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

5. Entscheid vom 8. Februar 1933 i. S. Gschwend & Kolp.

Aus Aufwendungen zur Erhaltung von Erbschaftssachen während der Ausschlagungsfrist entsteht gegebenenfalls eine *Massverbindlichkeit* zulasten der ausgeschlagenen Verlassenschaft. Art. 571 Abs. 2, 939 ZGB; 262 Abs. 2 SchKG.

Les impenses faites pour la conservation de biens successoraux pendant le délai de répudiation font naître, le cas échéant, une *obligation de la masse* à la charge de la *succession répudiée*. Art. 571 al. 2, 939 CC; 262 al. 2 LP.

Le spese fatte per la conservazione di beni successoriali durante il termine di rinuncia può dare origine ad un *obbligo della massa* a carico della *successione ripudiata*. Art. 571 al. 2, 939 CCS; 262 cap. 2 LEF.

A. — In dem am 27. September 1932 eröffneten Konkurs über die Erbschaft des am 30. Juni 1932 verstorbenen Emil Seliner, Eigentümers der Liegenschaft Melonenstrasse 8 in St. Gallen, gaben die Rekurrenten zwei kurz

vorher der Witwe zugestellte Rechnungen für Bauarbeiten ein, nämlich 575 Fr. für Erneuern der Stützmauer auf der Nordseite (laut Offerte vom 27. Mai 1932) im Juni und August (inzwischen waren die Arbeiten durch Streik unterbrochen worden) und 202 Fr. 45 Cts. für Kaminreparatur und Hagarbeiten (ausser Offerte) in der Zeit zwischen 15. August und 18. September 1932. In einem Begleitschreiben bemerkten die Rekurrenten, sie haben diese dringenden Bauarbeiten nach dem Ableben Seliners im Auftrage von Frau Seliner ausgeführt; die Stützmauer habe auf Reklamation der Nachbarschaft hin sofort erstellt werden müssen; demzufolge machen sie ihre Forderung von zusammen 777 Fr. 45 Cts. in vollem Umfange geltend. Über diese Eingabe einvernommen, gab Witwe Seliner u. a. an: Beim Ableben des Mannes war die rohe Stützmauer ungefähr zur Hälfte erstellt; der Auftrag zur Ausführung der Kaminarbeiten war auch schon zu Lebzeiten des Mannes erteilt, aber die Ausführung wegen dem Streik erst später möglich. Die Konkursverwaltung liess die beiden Forderungen, nämlich 575 Fr. für « vor und nach Ableben Seliner ausgeführte Maurerarbeiten » und 202 Fr. 45 Cts. für « nach Ableben Seliner an der Liegenschaft ausgeführte diverse Reparaturarbeiten und Materiallieferungen » in der fünften Klasse des am 26. November 1932 aufgelegten Kollokationsplanes zu mit dem Beifügen: « Der gemäss mündlichem Begehren ... geltend gemachte Anspruch auf volle Bezahlung dieser Forderungen aus den durch die Witwe Seliner bei Konkursausbruch dem Konkursamt übergebenen Mietzinsgeldern (Abrechnungssaldo) muss mangels Berechtigung weggewiesen werden; diese Forderungen werden deshalb nicht als Masseschuld behandelt ... ».

B. — Am 5. Dezember erhoben die Rekurrenten eine Kollokationsplananfechtungsklage und führten sie ausserdem Beschwerde mit dem Anträgen, die Kollokationsverfügung sei aufzuheben und das Konkursamt anzuweisen, über ihr Begehren eine Verfügung zu treffen, die

im Beschwerdeverfahren oder im ordentlichen Prozessverfahren zum rechtlichen Entscheid gebracht werden kann, eventuell seien dem Konkursamt die nötigen Anweisungen über die Behandlung dieses Anspruches zu erteilen und zwar in dem Sinne, dass es zur Vollzahlung der 777 Fr. 45 Cts. angewiesen werde.

Zur Begründung wurde vorgebracht, es müsse ein Entscheid darüber getroffen werden, ob es sich um eine Masseschuld handle; die sich hiebei ergebende Differenz müsse entweder auf dem Beschwerdeweg oder im ordentlichen Gerichtsverfahren abgeklärt werden, nicht im Kollokationsverfahren.

C. — Die kantonale Aufsichtsbehörde hat am 13. Dezember 1932 die Beschwerde abgewiesen.

D. — Diesen Entscheid haben die Rekurrenten an das Bundesgericht weitergezogen mit den Anträgen: 1) er sei aufzuheben, 2) das Konkursamt sei anzuweisen, über ihr Begehren eine Verfügung zu treffen, die im Beschwerdeverfahren oder im ordentlichen Prozessverfahren zum rechtlichen Entscheid gebracht werden kann, 3) eventuell seien dem Konkursamt die nötigen Anweisungen zu erteilen und zwar in dem Sinne, dass es zur Vollzahlung der 777 Fr. 45 Cts., weiter eventuell wenigstens eines Teiles dieses Betrages angewiesen werde, 4) die Kollokationsverfügung sei je nach dem endgültigen Ausgang dieser Sache ganz oder teilweise aufzuheben.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

1. — Die Rekurrenten fordern 777 Fr. 45 Cts., und die Konkursverwaltung hat durch ihre Zulassung im Kollokationsplan anerkannt, dass die Rekurrenten soviel zu gut haben. Indessen wird die Frage, ob es sich um eine blossе Konkursforderung oder aber um eine Masseverbindlichkeit handle, durch diese Anerkennung nicht berührt (anders als in BGE 56 III S. 116, wo die Bejahung einer Masseverbindlichkeit schon aus der blossen Bejahung der

Forderung folgte, weshalb dort die Aufsichtsbehörde nicht mehr die Befugnis zur Entscheidung darüber in Anspruch nehmen durfte). Bloss über diese Frage zu entscheiden, wenn der Bestand der Forderung an sich nicht bestritten ist, haben die Aufsichtsbehörden in ständiger Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, für sich in Anspruch genommen, freilich immer nur in Fällen, die zur Verneinung einer Masseverbindlichkeit führten (ausser wo es sich um die Anwendung des Gebührentarifes handelte, die den Aufsichtsbehörden kraft einer besonderen Vorschrift zusteht; vgl. BGE 56 III S. 117/8). Allein die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden kann nicht erst vom materiellen Ergebnis ihrer Entscheidung abhängen und daher nicht folgerichtig abgelehnt werden, wenn die Entscheidung bejahend ausfallen muss (wie es vorliegend der Fall ist). Somit erweist sich die vorliegende Beschwerde gegen die Kollokationsverfügung als geeignet, den Austrag der Sache herbeizuführen, und daher der auf Erlass einer besonderen Verfügung abzielende zweite Rekursantrag als gegenstandslos.

2. — Freilich gestatten die Art. 193, 194 in Verbindung mit Art. 174 SchKG nicht, die Konkursöffnung über eine ausgeschlagene Verlassenschaft auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückzubeziehen, was ohne weiteres zur Folge hätte, dass die seither entstandenen Schulden als Masseverbindlichkeiten anzusehen wären. Allein trotzdem geht es schlechterdings nicht an, alle in der Zwischenzeit bis zur Konkursöffnung entstandenen Schulden einfach als gewöhnliche Konkursforderungen zu qualifizieren. Aus Art. 571 Abs. 2 ZGB folgt indirekt, dass den vorläufigen Erben regelmässig die Verwaltung der Erbschaft und der « Fortgang » der Geschäfte des Erblassers obliegt. Indessen würden die vorläufigen Erben bei zweifelhaftem Stande der Erbschaft von der Ausübung dieser ihnen nicht nur im eigenen Interesse, sondern allfällig auch im Interesse nachberufener Erben und insbesondere der Gläubiger des Erblassers eingeräum-

ten Befugnis abgeschreckt werden, wenn sie darauf angewiesen wären, die Verwaltung des Erbschaftsvermögens auf eigene Rechnung zu führen. Um diesem Bedenken Rechnung zu tragen, ist vielmehr unerlässlich, dass die vorläufigen Erben unter allen Umständen auf vollen Ersatz ihrer Aufwendungen zählen können und nicht etwa mit einer blossen Konkursdividende vorlieb nehmen müssen. Der Schädigung der Gläubiger des Erblassers kann somit nur dadurch vorgebeugt werden, dass die ungenügende gesetzliche Ordnung der Stellung der vorläufigen Erben sowohl im ZGB als im Konkursgesetz ergänzt wird durch Anerkennung einer Masseverbindlichkeit für das, was die vorläufigen Erben zur Erhaltung des Erbschaftsvermögens aufgewendet haben (vgl. in diesem Sinne § 224 Ziff. 1 der deutschen Konkursordnung). Deswegen erleiden die Gläubiger des Erblassers keine Einbusse, weil sie ja mit Fug nur auf die Erbschaftsgegenstände im Zustande zur Zeit der Eröffnung des Erbanges Anspruch erheben können, weshalb es sich nicht rechtfertigen liesse, dass sie auf Kosten der vorläufigen Erben von dem Mehrwert profitieren dürften, der durch werterhaltende Verwaltungshandlungen der vorläufigen Erben herbeigeführt worden ist, wie es der Fall wäre, wenn die daherigen Aufwendungen nicht voll, eben in Gestalt einer Masseverbindlichkeit vergütet werden müssten. Insbesondere ist dabei eine missbräuchliche Ausplünderung der Erbschaft nicht zu befürchten, weil ja die vorläufigen Erben Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis riskieren, wenn sie mit ihren Aufwendungen über den Rahmen blosser Verwaltung hinausgehen. Die Anerkennung einer Masseverbindlichkeit rechtfertigt sich ferner unter dem Gesichtspunkte, dass die vorläufigen Erben gutgläubige Besitzer der Erbschaft sind (vgl. Art. 556 Abs. 2, 559 Abs. 2 und 560 Abs. 2 ZGB) und daher Erbschaftssachen, auf die sie notwendige oder mindestens nützliche Verwendungen gemacht haben, nur gegen Ersatz für ihre Verwendungen an das Konkursamt abliefern müssen

(Art. 939 ZGB). — Haben aber die Erben zu diesem Zweck Kredit in Anspruch genommen und dies nicht etwa in ihrem persönlichen Namen, sondern für Rechnung der Erbschaft getan, so entsteht daraus im Falle späterer Konkursöffnung über die Erbschaft eine Masseverbindlichkeit zugunsten des Kreditgebers.

Vorliegend hat nun zwar noch der Erblasser selbst mindestens die Neuerstellung der Stützmauer bestellt, die den grösseren Teil der streitigen Forderung betrifft. Allein nur ein kleinerer Teil der Arbeiten ist noch zu Lebzeiten des Erblassers ausgeführt worden, und auch für die schon früher ausgeführten haben die Rekurrenten eine Forderung nicht vor der Fertigstellung der Stützmauer erworben, die erst längere Zeit nach dem Tode des Erblassers stattfand, weshalb sie die gleiche Rechtsstellung für sich in Anspruch nehmen können, wie wenn sie die Bestellung erst von den vorläufigen Erben erhalten hätten, und zwar ohne dass die Gegenleistungen für die vor und für die nach dem Tode des Erblassers ausgeführten Arbeiten verschieden behandelt werden können. Auch hat das Konkursamt nie eigentlich bestritten, dass die Ausführung der Arbeiten eine notwendige Verwaltungshandlung war, deren Gegenwert in der Erbschaft zum Vorteil der Gläubiger noch vorhanden ist. Nicht ausgeschlossen erscheint freilich, dass mindestens noch ein Teil der Bestellung erst von der Witwe Seliner erteilt oder dann doch — aus irgendeinem Grunde — erneuert worden ist. Indessen hat diese dabei jedenfalls nicht einfach in ihrem eigenen persönlichen Namen gehandelt, ansonst ja das Konkursamt die Rekurrenten auf deren persönliche Belangung hätte verweisen müssen, anstatt sie im Erbschaftskonkurs zuzulassen. Nach dem Ausgeführten vermöchte aber gerade eine solche Erneuerung der Bestellung seitens der Witwe die Qualifizierung der streitigen Forderung als Masseverbindlichkeit zu rechtfertigen; sie wäre einem Eintritt der Masse in den Werkvertrag gleichzuachten.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird dahin begründet erklärt, dass der Rekursantrag 3 in vollem Umfange zugesprochen und die angefochtene Kollokationsverfügung aufgehoben wird.

6. Bescheid vom 15. Februar 1933 an das Obergericht Zürich.

Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken.
Art. 60 Abs. 2. Bedeutung dieser Vorschrift.

Ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles. Art. 60.
Signification de cet article.

Regolamento concernente la realizzazione forzata di fondi (R.R.F)
Art. 60. Significato di questo disposto.

Anlass zu Ihrer vom Betreibungsamt Zürich 1 übernommenen Anregung, es sei Art. 60 Abs. 2 VZG abzuändern, bildet das Präjudiz in BGE 55 III S. 66, dessen Entscheidungsgründe vielleicht nicht absolut in Einklang zu bringen sind mit Art. 60 Abs. 2 VZG (wobei immerhin zu beachten ist, dass die Zeilen 3-6 der keinen Bestandteil der Entscheidung ausmachenden kurzen kleingedruckten Inhaltsangabe in der amtlichen Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen noch am Schlusse des gleichen Bandes, auf S. 225, richtig gestellt wurden). Indessen lag es nicht in der Absicht der Kammer, mit jenem Präjudiz von Art. 60 Abs. 2 abzugehen, und auch heute kann sie eine Änderung dieser Vorschrift nicht als notwendig erachten, die ihm noch von keiner anderen Seite als unpraktikabel bezeichnet worden ist. Sie funktioniert folgendermassen :

Erfolgt nach dem dritten Aufruf nicht ungesäumt ein höheres Angebot, so fordert der Beamte den Bieter auf, mit der Anzahlung bzw. Sicherheitsleistung herauszurücken. Wird sofort Anzahlung oder Barkaution geleistet, so wird der Zuschlag noch in der gleichen Minute erteilt werden können und daher kaum ein Bedürfnis danach