90. **Entscheid vom 13. Juli 1908 in Sachen
Konkursmasse Cäsar Schmidt sen.**

Grundpfandverwertung im Konkurse. — *Abmachung zwischen einem Grundpfandgläubiger und dem Ersteigerer betr. die Steigerungssumme und die Anlobung eines Schuldbriefes zu Gunsten des erstern auf der ersteigerten Liegenschaft; Wirkung auf die Rechtsstellung des Grundpfandgläubigers.*

A. Im Konkurse des Cäsar Schmidt sen., der beim Konkursamte Höttingen durchgeführt wird, hat der Rekursgegner J. Nievergelt eine im letzten Range grundpfändlich gesicherte Forderung von 14,702 Fr. 90 Cts. (Kapital 13,750 Fr. + Zinsen) angemeldet und dafür Kollokation erwirkt. Am 17. Juni 1907, unmittelbar vor der Versteigerung des Grundpfandes, schloß Nievergelt mit Frau Ziegler (verwitwete Maurer) einen Vertrag ab, wonach er sich verpflichtete: 1. als Vertreter der Frau Ziegler auf die Liegenschaft zu bieten, jedoch nicht höher als 144,454 Fr. (die Gesamtbelastung beträgt 144,454 Fr. 40 Cts.); 2. dafür zu sorgen, daß die gekündigten Kapitalien Baltischwiler und Zürrer stehen bleiben, und für diese beiden Briefe Solidarbürgschaft für Frau Ziegler zu leisten. Andererseits verpflichtete sich Frau Ziegler gegenüber Nievergelt, ihm ohne Rücksicht auf den Santspreis einen Schuldbrief von 15,750 Fr. auf dieser Liegenschaft anzuloben, pfandrechtl. im gleichen Rang und mit gleichem Tenor wie der bisherige Schuldbrief von 13,750 Fr.

An der Saut ersteigerte dann Nievergelt die Liegenschaft für Frau Ziegler um 130,000 Fr. Damit ergab sich ein Ausfall von 144,454 Fr. 40 Cts. minus 130,000 Fr. = 14,454 Fr. 40, der sich noch um einen Betrag von 4170 Fr. 45 Cts. an eingegangenen (ebenfalls hypothekarisch verhafteten) Mietzinsen, also auf 10,283 Fr. 95 verringerte. Für diese Summe blieb also Nievergelt als letzter Hypothekargläubiger mit seiner Forderung von 14,702 Fr. 90 ohne Deckung aus dem Grundpfand. Für die gedeckten 4418 Fr. 95 Cts. ist er, wie unbestritten, im Verteilungsverfahren befriedigt worden.

Entsprechend ihrer vertraglichen Verpflichtung hat Frau Ziegler nach der Steigerung dem Nievergelt einen Schuldbrief von 15,750 Fr. auf der ersteigerten Liegenschaft angelobt.

B. Am 23. Dezember 1907 teilte das Konkursamt dem Rekursgegner Nievergelt schriftlich mit, daß es ihm für den Ausfallsbetrag von 10,283 Fr. 95 Cts. keine Dividende in der fünften Klasse auszahlen und auch keinen Verlustschein ausstellen werde, da der Rekursgegner durch die Abmachung mit Frau Ziegler und die bezügliche Titelanlobung voll gedeckt sei, im Konkurse keinen Verlust erlitten habe und seine Forderung als voll befriedigt und dahingefallen gelten müsse.

C. Infolge Beschwerde Nievergelts hob die untere Aufsichtsbehörde diese Verfügung des Konkursamtes am 5. März 1907 auf und wies das Amt, in Gutheißung des gestellten Beschwerdebegehrens, an, dem Beschwerdeführer denjenigen Betrag als Konkursdividende auszubezahlen, der ihm nach dem Kollokationsplane zukomme.

Hiergegen rekurrierte das Konkursamt an die kantonale Aufsichtsbehörde mit dem Antrag auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde.

D. Die kantonale Aufsichtsbehörde beschied den Rekurs mit Entscheid vom 28. April 1908 abschlägig, worauf ihn das Konkursamt rechtzeitig an das Bundesgericht weiterzog mit dem Begehren: der Rekursgegner Nievergelt sei im Sinne der Zuschrift des Konkursamtes vom 23. Dezember 1907 bei der Verteilung als laufender Gläubiger nicht zu berücksichtigen. Auf die Rekursbegründung wird unten eingetreten. Der Rekursgegner Nievergelt schließt auf Abweisung des Rekurses.

E. (Betrifft einen gegenstandslos gewordenen Punkt.)

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:

1. Durch seine rechtskräftige Kollokation ist dem Rekursgegner Nievergelt der Anspruch erwachsen, für seine im letzten Rang pfandversicherte Forderung von 14,702 Fr. 90 Cts. in gesetzlicher Weise bei der Verteilung berücksichtigt zu werden, also durch Zuweisung der 4418 Fr. 95 Cts., für die seine Forderung durch den erzielten Steigerungserlös noch gedeckt wird, und durch Zu-

teilung einer Dividende in fünfter Klasse an die Ausfallsquote von 10,283 Fr. 95 Cts.

Mit Unrecht nimmt die rekurrierende Konkursverwaltung an, dieser gesetzliche Anspruch des Rekursgegners als Konkursgläubiger habe durch den Vertrag, den er mit der Ersteigerin, Frau Ziegler, am 17. Juni 1907 abschloß, und die Vollziehung dieses Vertrages (Anlobung des Schuldbriefes von 15,750 Fr.) geschmälert werden können. Solches wäre nur möglich, wenn dieser Vertrag die Stellung, die dem Rekursgegner als Konkursgläubiger im Verteilungsverfahren von Gesetzes wegen zukommt, im Verhältnis zu der Konkursgläubigerschaft und dem Gemeinschuldner irgendwie beeinflußt hätte. Hierfür aber mangelt jeder Rechtsgrund und die gegenteiligen Ausführungen der Rekurrentin gehen fehl.

Unzutreffend ist es zunächst, wenn die Konkursverwaltung annimmt, der Rekursgegner habe den Vertrag als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Masse abgeschlossen und ausgeführt. Nicht „für einen Andern“ hat er im Sinne von Art. 469 OR ein Geschäft besorgt, sondern für sich selbst und nur in seinem Interesse, als er sich die Anlobung des neuen Schuldbriefes versprechen ließ. Er hat damit weder der Masse etwas zuwenden, noch für die Rechnung derselben sich verpflichten, noch überhaupt in ihren Rechtskreis eingreifen wollen, wie er denn auch nicht als Konkursgläubiger, sondern wie ein im Konkursverfahren unbeteiligter Dritter gehandelt hat, d. h. ganz unabhängig von der Rechtsstellung, in der er sich hinsichtlich seiner schon bestehenden, im Konkurse geltend gemachten Schuldbriefforderung befand. Wenn auch, wie geltend gemacht wird, das Zustandekommen der Verpflichtung, den Schuldbrief anzuloben, von dem steigerungsweisen Erwerbe der Liegenschaft durch Frau Ziegler, also von einem konkursrechtlichen Tatbestande abhing, so ändert das nichts daran, daß die Eingehung dieser Verpflichtung und die nachherige Begründung der Schuldbriefforderung außerhalb des Konkursverfahrens erfolgte, für die Masse eine *res inter alios acta* ist, und also namentlich die ordentliche konkursmäßige Liquidation der Liegenschaft und damit die Rechte, die dem Rekursgegner hierbei zustehen, unberührt ließ. Dieser Liquidation steht auch Frau Ziegler,

soweit sie Vertragsgegnerin und Schuldnerin des neuen Titels ist, fern; und nur soweit hat sie (als Beteiligte) damit zu tun, als sie Ersteigerin der Liegenschaft ist und als solche den Erlös von 130,000 Fr. in bar oder durch Übernahme von Hypothekarforderungen schuldig wurde. Mit Unrecht will die Rekurrentin dieser Übernahme bereits bestandener Hypothekarforderungen die nachherige Begründung der neuen Forderung rechtlich gleichstellen. Endlich beruft sich die Rekurrentin auch unzutreffend für eine Geschäftsführung ohne Auftrag darauf, der Rekursgegner habe im Interesse der Masse die Frau Ziegler für den Erwerb der Liegenschaft zu interessieren gewußt. Dem Rekursgegner lag es nach dem Vertrage nicht ob und es war ihm auch nicht darum zu tun, der Masse einen vorteilhaften Kauf zu sichern und damit ihre Geschäfte zu besorgen, sondern umgekehrt, als Vertreter der künftigen Ersteigerin und in Wahrung ihrer Interessen, die mit denen der Masse kollidierten, die Liegenschaft so billig als möglich zu erwerben, woran nichts ändert, daß die Masse aus seinem Handeln mittelbar insoweit einen Vorteil ziehen konnte, als er ihr einen Kaufliebhaver und Mitbieter zugeführt haben mag.

Unstichhaltig sind im weiteren die Ausführungen, womit der Rekurs unter dem Gesichtspunkte einer ungerechtfertigten Bereicherung des Rekursgegners zum Nachteile der Masse begründet wird. Soweit der Rekursgegner durch die Anlobung des neuen Schuldbriefes sich bereichert findet, ist das durch die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Frau Ziegler und aus ihrem Vermögen geschehen, während die Masse ihm nichts zugewendet hat und damit auch keinen Rückerstattungsanspruch — in Form einer Unrechnung der neuen Schuldbriefforderung an den gesetzlichen Anspruch des Rekursgegners bei der Verteilung — besitzt.

Ganz unzutreffend zieht endlich die Rekurrentin als Rechtsgrund den einer unerlaubten Handlung bei, mit der Behauptung, der Rekursgegner habe, indem er nach außen als Käufer aufgetreten sei, andere Kaufliebhaver zum Schaden der Masse getäuscht, weil diese hätten annehmen müssen, daß er als Briefgläubiger den ganzen Brief herausbieten werde, und weil sie insolgedessen von einer weiteren Steigerung abgestanden seien. Es genügt, abgesehen von andern Argumenten, hierauf zu erwidern, daß der Rekurs-

gegner als Bieter in keiner Weise über sein Verhalten (ob er für sich oder einen andern bietet, wie hoch er bietet etc.) den Mitbietern gegenüber auskunftspflichtig war, und daß die Mitbieter die Gesamtbelastung der Liegenschaft und die hypothekarischen Rechte des Refusgegners aus den Steigerungsbedingungen ersehen und die Konkursverwaltung darauf aufmerksam machen konnte, wieweit das Höchstgebot des Refusgegners seine Hypothek nicht deckt.

Unerörtert bleiben kann nach den vorstehenden Erwägungen die Kompetenzfrage, nämlich die Frage, ob die Streitsache, überhaupt oder hinsichtlich einzelner der geltend gemachten Refusgründe, statt von den Aufsichtsbehörden vom Richter zu entscheiden sei.

2. (Betrifft den gegenstandslos gewordenen Punkt.)

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Refus wird in der Hauptsache abgewiesen, hinsichtlich des in Erwägung 2 behandelten Punktes als gegenstandslos geworden erklärt.

91. Arrêt du 15 septembre 1908 dans la cause Grisillon.

Notification des actes de poursuite. Admissibilité de la notification par publication, Art. 66 al. 4 LP.

A. — Par commandement de payer n° 75,539, du 15 juin 1908, Georges Pégat, à Plainpalais, représenté par MM. Térond, Moll et Sesiano, a commencé une poursuite pour loyers ou fermages contre son débiteur Joseph Grisillon, dans le but d'arriver au paiement de 365 fr. 75 pour loyer échu dès le 31 mai 1908 et également pour loyer à courir dès cette date au jour de l'évacuation.

Ce commandement de payer est ainsi adressé: « A Joseph Grisillon café ci-devant route de Carouge 104-106, actuellement sans domicile ni résidence connus. » Cette mention est conforme à la réquisition de poursuite du 9 juin 1908.

Ce commandement de payer a été notifié le 17 juin 1908 dans la feuille d'avis.

Le 3 juillet Paul Magnenat, représentant de Grisillon, a déclaré former opposition à ce commandement de payer.

B. — Le 25 juin 1906, Joseph Grisillon a demandé à l'autorité de surveillance d'annuler le commandement de payer, par le motif qu'il avait été notifié par voie édictale et non point à son domicile, Moulins de Crève-Cœur, à Bourg en Bresse (Ain), domicile que le plaignant affirme avoir été connu des mandataires du créancier poursuivant.

C. — L'autorité cantonale a, par décision du 8 juillet, écarté la plainte de Grisillon, par les motifs suivants:

Les mandataires du créancier connaissaient le domicile réel de Grisillon à Bourg en Bresse, et c'est sans droit que dans leur réquisition de poursuite ils ont affirmé à l'office que Grisillon était sans domicile connu. Toutefois l'office n'a commis aucune faute en se conformant aux indications contenues dans la réquisition de poursuite. Au reste, Grisillon a reçu le commandement et a formé opposition le 3 juillet 1908. Il n'y a donc pas lieu de prononcer l'annulation de la poursuite, puisque cela n'offre plus aucun intérêt pour le débiteur. Celui-ci en effet, ayant fait opposition dans le délai légal, se trouve dans la même situation que si la notification du commandement de payer avait été faite légalement (conformément à l'art. 66 al. 3 LP).

D. — C'est contre cette décision que Grisillon a recouru en temps utile à la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral. Il demande l'annulation de la décision de l'autorité cantonale, partant l'annulation de la notification du commandement de payer faite le 17 juin 1908.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1. — Suivant la jurisprudence du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral, la notification d'un commandement de payer par publication (art. 66 al. 4) n'est autorisée que si réellement le débiteur est sans domicile connu ou si, malgré les recherches faites avec la diligence imposée par les circonstances, soit par le créancier, soit par le préposé, le domicile réel du débiteur n'a pu être découvert. Voir, pour la jurisprudence du Conseil fédéral, Archives 2 n° 48 et 124; pour