

cusation considère comme impérative et dont l'inobservation entraîne par conséquent l'irrecevabilité du pourvoi. En ce faisant, la Chambre d'accusation n'a violé aucune disposition de droit fédéral.

Par ces motifs

la Cour de cassation pénale
prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

C. ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULDBETREIBUNGS-
UND KONKURSKAMMER
ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES
ET DES FAILLITES

58. *Entscheid* vom 4. April 1911 in Sachen *Kuhn*
und *Solothurner Kantonalbank*.

Art. 258 Abs. 2 SchKG: Unanfechtbarkeit einer Liegenschaftssteigerung nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist. — Der Entscheid über die Existenz einer Schadenersatzforderung für Mindererlös bei einer Liegenschaftssteigerung steht ausschliesslich den Gerichten zu. — Art. 243, 256, 260 und 261 SchKG: Behandlung einer solchen Forderung im Konkursverfahren. Unzulässigkeit einer Aufstellung der Verteilungsliste vor ihrer Verwertung. — Art. 261 ff. SchKG: Die Art und Weise der Tilgung grundversicherter Forderungen im Konkurs wird erst durch die rechtskräftige Verteilungsliste festgestellt. — Art. 264 Abs. 2 und 150 SchKG: Pflicht der Konkursverwaltung, die Löschung untergegangener Hypotheken in den öffentlichen Büchern zu veranlassen.

A. — Im Konkurs des *Kilian Wiß*, Zimmermeisters in *Hubersdorf* (Kanton *Solothurn*), fand am 3. Oktober 1910 die zweite Steigerung der Liegenschaft des *Gemeinschuldners* durch das Konkursamt *Lebern* statt. Die Steigerungsbedingungen bestimmten unter anderm folgendes :

„1. Die Liegenschaft wird mit gleichen Nutzen, Rechten und Beschwerden, wie dieselbe bis anhin benutzt und besessen wurde, gegen solide Bürgschaft dem Meistbietenden nach dreimaligem Ausrufe zugeschlagen.

„2. Die Beständnissumme ist sofort gehörig zu verbürgen und innert 20 Tagen zahlbar. Sollen die vorhandenen Hypotheken angewiesen werden, so ist dem Amte innert gleicher Frist die Zustimmungserklärung der Gläubiger einzureichen.

„4. Erfolgt die Bezahlung der Beständnissumme nicht rechtzeitig und findet keine Anweisung statt, so wird eine zweite Steigerung angeordnet. Der erste Beständer und die Bürgen haften für den Ausfall und den Schaden solidarisch, der Zinsverlust wird zu 5% berechnet.“

Beim zweiten Ruf bot Otto Kuhn, Gerichtsschreiber in Solothurn, 16,000 Fr. Da er jedoch nicht imstande war, während der drei Stunden Zeit, die ihm gegeben wurden, gehörige Bürgschaft zu leisten, wurde die Liegenschaft einem neuen Rufe unterstellt, unter Verhaftung des Kuhn für den Mindererlös. Kuhn war wieder Bieter für 14,050 Fr.; er konnte für diesen Betrag Bürgschaft leisten und wurde daher als „Beständer“ protokolliert, d. h. es wurde ihm die Liegenschaft zugeschlagen. Die Steigerung wurde als solche nicht angefochten, sodas die Eigentumsübertragung an den Ersteigerer widerspruchlos erfolgte.

Wangels Vereinbarung betreffend Übernahme der auf der Liegenschaft haftenden Hypotheken durch den Ersteigerer mußten diese Hypotheken abgelöst werden. Zu diesem Zweck nahm Kuhn am 24. November 1910 von der Solothurner Kantonalbank ein Darlehen von 12,500 Fr. auf, unter Verschreibung der Liegenschaft zu Pfand; ein weiteres Darlehen von 3500 Fr. verschaffte er sich von der Solothurnischen Leihkasse gegen Verschreibung der Liegenschaft in weiterem Rang. Zu Gunsten der Kantonalbank wurde ein Hypothekenschein, zu Gunsten der Leihkasse ein Kreditschein ausgestellt. In beiden wurden die abzulösenden Hypotheken im Betrag von 17,541 Fr. 10 Cts. als Vorrang vorgemerkt, mit der Bemerkung, das sie gänzlich abzubezahlen seien, worauf Kreditoren zu achten habe. Im Auftrag Kuhns besorgte die Solothurnische Kantonalbank, bei welcher die Leihkasse zu diesem Behufe auch die 3500 Fr. deponierte, diese Abbezahlung wie folgt:

Thüringen- und St. Katharinenhausfonds	Fr.	3835	25
Eigene Pfandsforderung der Kantonalbank	"	5798	60
"	"	4121	85

Übertrag, Fr. 13,755 70

Übertrag, Fr.	13,755	70
Der Schuldner zahlte direkt an das Oberamt Lebern	"	29 90
Dazu Kosten an das Konkursamt Lebern	"	264 40

Total Fr. 14,050 —

Den Restbetrag bis zu 16,000 Fr. verwendete die Kantonalbank zur Deckung von Bürgschaftsverpflichtungen des Kuhn ihr gegenüber aus dem Konkurs Wiß und den Saldo von 87 Fr. 05 Cts. gab sie Kuhn in bar heraus. Gestützt hierauf ersuchte sie die (mit dem Konkursamt vereinigte) Amtsschreiberei Lebern am 2. Dezember 1910 um Löschung des Vorganges. Kuhn, welcher tags zuvor seine Haftbarkeit für den Mindererlös dem Konkursamt gegenüber ausdrücklich bestritten und dem Amt vorgeschlagen hatte, den bestrittenen Anspruch der Kantonalbank abzutreten und ihr das weitere Vorgehen zu überlassen, schloß sich dem Begehren an. Die Amtsschreiberei weigerte sich aber, ihm zu entsprechen.

Aus der vom Konkursamt am 3. Dezember aufgelegten Verteilungsliste und Schlußrechnung ergibt sich, das das Amt davon ausgeht, die Steigerung habe in Wirklichkeit 16,000 Fr. abgeworfen, und die Solothurner Kantonalbank demgemäß für ihre letzten zwei Pfandsforderungen, soweit sie aus der bar zu bezahlenden Steigerungssumme von 14,050 Fr. nicht getilgt werden können, auf die Forderung von 1950 Fr. gegen Kuhn aus Mindererlös verweist. Die Verteilungsliste lautet nämlich wie folgt:

Habe:

1. Erlös laut Konkurssteigerung vom 3. Oktober 1910	
a) Beständnissumme	Fr. 14,050 —
b) Entstandener Mindererlös	" 1950 —
	Fr. 16,000 —

2.

Verweijung:

Otto Kuhn soll für Hyp. Buch Hubersdorf Nr. 152	Fr. 14,050 —
Dazu kommt, das Otto Kuhn soll laut II. Konkurssteigerung vom 3. Oktober 1910 den Mindererlös	" 1950 —
	Total Fr. 16,000 —

soll diese zahlen an:

1. sich selbst Erlös für Emdgras und Produkte ab der ersteigerten Liegenschaft . . .	Fr.	105 —
2. Konkursamt Lebern Rest-Kosten . . .	"	264 40
3. Oberamt Lebern . . .	"	29 90
4. Thüringen- und St. Katharinenhausfonds . . .	"	3835 25
5. Solothurner Kantonalbank . . .	"	5798 60
6. Gleiche . . .	"	4277 60
7. Gleiche . . .	"	1689 25

Egal Fr. 16,000 —

B. — Gegen diese Verteilungsliste haben sowohl Kuhn als die Kantonalbank innert Frist bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde eingelegt mit dem Begehren, es sei die Verteilungsliste dahin abzuändern, daß als Steigerungserlös nur die Beständnissumme von 14,050 Fr. aufgenommen und die Verteilung unter ausschließlicher Zugrundelegung dieser Summe vorgenommen werde. Ferner hat Kuhn verlangt, es sei das Konkursamt Lebern anzuweisen, die im Hypothekenschein vorgestellten Verpfändungen im Betrag von 17,541 Fr. 10 Cts. zu tilgen. Dieses Begehren wurde von der Kantonalbank ebenfalls geltend gemacht, jedoch in einer besondern Beschwerde gegen die Amtsschreiberei Lebern an das Obergericht; dabei vertrat die Kantonalbank den Standpunkt, daß im Hypothekenschein überhaupt nur ein Vorgang von 14,050 Fr. hätte erzeugt werden sollen.

Zur Begründung seiner Beschwerde führte Kuhn in der Hauptsache aus, es sei eine Forderung gegen ihn aus Mindererlös gar nicht entstanden, da das vom Konkursamt durchgeführte Verfahren ungesetzlich gewesen sei, indem die Steigerung mangels einer besondern Bestimmung in den Steigerungsbedingungen nicht einfach fortgesetzt werden durfte. Jedenfalls dürfe eine solche Forderung nicht als liquides Massvermögen betrachtet und behandelt werden. Ebenso unbegründet sei die Weigerung des Amtes, den Hypothekenvorgang im Betrag von 17,541 Fr. 10 Cts. zu tilgen. Die Kantonalbank machte ihrerseits geltend, daß die Forderung gegen Kuhn aus Mindererlös eine bloße fiktive Habschaft darstelle und die Verteilung daher auf Grund des tatsächlichen Erlöses von 14,050 Fr. vorzunehmen sei. Die Kantonalbank habe ein

Interesse daran, nicht auf die Forderung von 1950 Fr. aus Mindererlös verwiesen zu werden, weil Kuhn die Haftbarkeit dafür bestreite und sie selber der Ansicht sei, es bestehe diese Haftbarkeit nicht. Sie sollte daher für den Ausfall ihre Bürgen belangen können, was ihr aber auf Grund der Anweisung des Konkursamtes nicht möglich sei. Endlich sei die Weigerung der Amtsschreiberei zur Tilgung des Pfandvorganges rein willkürlich, da die sämtlichen auf der Liegenschaft haftenden Hypotheken, soweit sie nicht durch den Steigerungserlös von 14,050 Fr. gedeckt werden konnten, erloschen seien.

C. — Das Konkursamt Lebern hat in seinen Vernehmlassungen über die verschiedenen Beschwerden darauf hingewiesen, daß der Steigerungserlös im Grunde genommen mangels Anweisung der Hypotheken hätte bar bezahlt werden sollen. Die Praxis habe sich aber dahin ausgebildet, daß die Amtsschreiberei den Ersteigerer schon vor erfolgter Zahlung als Eigentümer eintrage und daß er alsdann einen neuen Hypothekartitel ausstellen lasse und erst hernach die Konkursmasse bzw. die alten Grundpfandgläubiger auszahle. Die Löschung der alten Hypotheken erfolge nur, sobald der Nachweis ihrer Bezahlung bis zum Betrag des im neuen Titel eingezetzten Vorganges erbracht sei. Dieser Nachweis fehle aber im vorliegenden Fall für den Betrag von 1950 Fr., obschon der volle Betrag von 16,000 Fr. der Kantonalbank zur Tilgung der alten Hypotheken — und nicht zur Bezahlung von Bürgschaftschulden des Kuhn — übergeben worden sei.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat beide an sie gerichteten Beschwerden unterm 24. Januar 1911 aus folgenden Gründen abgewiesen: Wenn auch die Voraussetzungen für eine Haftbarmachung des Kuhn für den Mindererlös an sich nicht erfüllt gewesen seien, so habe er doch durch die Unterzeichnung des Steigerungsprotokolls das inkorrekte Vorgehen des Konkursamtes anerkannt. Ferner habe er durch konkludente Handlungen tatsächlich zugegeben, daß er für den Mindererlös hafte, indem er die beiden Hypotheken bei der Kantonalbank und der Leihkasse zum Zweck der Bezahlung der 16,000 Fr. als Ersteigerer aufgenommen habe. Die 1950 Fr. seien denn auch effektiv der Kantonalbank einbezahlt worden und es habe die Bank diese Beträge nicht gegen den erklärten Willen des Schuldners zur Zahlung von

Bürgschaftsschulden verwenden dürfen, sondern einzig und allein zur Abbezahlung der vorgehenden Pfandschulden bis zum vollen Betrag von 16,000 Fr. unter Beobachtung der in der Bescheinigung der Amtsschreiberei vom 26. November 1910 enthaltenen Weisungen. Auch abgesehen hievon sei aber die Verteilungsliste zu schützen, da der Windererlös gleich zu behandeln sei wie das Pfandobjekt und also den Pfandgläubigern in gleicher Weise hafte wie dieses. Die Kantonalbank müsse demnach den Anspruch gegen Kuhn aus Windererlös auf Rechnung ihrer abzulösenden Hypotheken übernehmen. Weber sie noch Kuhn hätten sich übrigens über die Berechnung der Höhe der Forderung durch das Konkursamt beschwert, sodas die Haftung Kuhns im Betrage von 1950 Fr. definitiv festgestellt und der Verteilung zu Grunde zu legen sei. Das zweite Beschwerdebegehren Kuhns, die Tilgung des Pfandvorganges betreffend, falle in die Kompetenz des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über die Amtsschreibereien, da die Tilgung von Hypotheken Sache der Amtsschreiberei sei und nicht des Konkursamtes.

Als Aufsichtsbehörde über die Amtsschreibereien hat das Obergericht gleichen Tages über die Beschwerde der Kantonalbank gegen die Amtsschreiberei Lebern in dem Sinne erkannt, das sämtliche im Zeitpunkt des Konkurses Wiß bestandenen Hypotheken zu tilgen und nicht neu einzutragen seien, da eine Anweisung nicht stattgefunden habe. Dagegen solle die Kantonalbank die 1950 Fr., die sie unbefugt zur Deckung von Bürgschaftsschulden des Kuhn verwendet habe, auf Rechnung des Vorganges umbuchen.

D. — Beide Beschwerdeführer haben gegen die Entscheide der antonalen Aufsichtsbehörde vom 24. Januar 1911 unter Erneuerung ihrer Begehren innert Frist ans Bundesgericht rekuriert.

Das Konkursamt Lebern hat auf Abweisung der Rekurse angetragen. Die kantonale Aufsichtsbehörde hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Der Rekurs der Solothurner Kantonalbank deckt sich mit demjenigen des Kuhn, mit alleiniger Ausnahme des zweiten auf vollständige Tilgung des Hypothekenvorganges gerichteten Begehrens des Kuhn, welches im andern Rekurs nicht enthalten ist.

Da dieses Begehren sich aber lediglich als Folge des Hauptbegehrens darstellt, steht der gleichzeitigen Behandlung beider Rekurse nichts im Wege.

2. — Zu Unrecht kommen die Rekurrenten auf die Steigerung selber zurück. Die Steigerungsvorgänge sind mangels Anfechtung während der gesetzlichen Beschwerdefrist in Rechtskraft erwachsen und es könnte daher, nachdem die Liegenschaft rechtsgültig in das Eigentum des Ersteigerers übergegangen ist, der Zuschlag konstanter Praxis gemäß (vergl. *AS* 7 Nr. 12, 20 und 80, 13 Nr. 38*, *Archiv* 10 Nr. 22) auch dann nicht mehr aufgehoben werden, wenn das Verhalten der Vollstreckungsorgane vom Standpunkt des Gesetzes aus als anfechtbar erscheinen sollte. Es fällt demnach im vorliegenden Verfahren für das Bundesgericht außer Betracht, ob das Konkursamt berechtigt war, das erste Angebot Kuhns von 16,000 Fr. unberücksichtigt zu lassen, weil er nachträglich hiefür nicht Bürgschaft leisten konnte, obschon die Steigerungsbedingungen die sofortige Verbürgung der Kaufsumme vorschrieben. Ebenso scheint das Amt außer Acht gelassen zu haben, das die Bieter erst durch den erfolgten Zuschlag an einen höheren ihres Angebotes enthoben werden (vergl. *AS* S. 23 II Nr. 264 *Erw.* 2).

3. — Wie dem aber auch sei, so ist lediglich darauf abzustellen, das der Zuschlag dem Kuhn tatsächlich für 14,050 Fr. erteilt wurde, und zu untersuchen, welche rechtlichen Folgen das Vorgehen des Konkursamtes hatte, soweit davon die Aufstellung der Verteilungsliste abhängt. Fragt sich somit, ob Kuhn der Konkursmasse auch noch für den Betrag von 1950 Fr. aus Windererlös schadenerfajpflichtig geworden sei, so ist zu sagen, das der Entscheid darüber nach feststehender bundesrätlicher und bundesgerichtlicher Praxis ausschließlich den Gerichten zukommt (vergl. *Archiv* 3 Nr. 72 und 120, 4 Nr. 64, 6 Nr. 15, *AS* Sep.-Ausg. 1 Nr. 67, 5 Nr. 39 und 76, 6 Nr. 78, 7 Nr. 23 und 29, 8 Nr. 44, 10 Nr. 40 und 12 Nr. 1**). Die Vorinstanz ist daher im Irrtum, wenn sie aus dem Umstand, das Kuhn gegen

* *Ges.-Ausg.* 30 I S. 194 ff., S. 225 *Erw.* 2, S. 809 ff.

** *Ges.-Ausg.* 24 I S. 431 ff.; 28 II S. 319 ff. *Erw.* 5, S. 582 ff.; 29 I S. 600; 30 II S. 128 ff. *Erw.* 1, S. 174 ff.; 31 II S. 336 ff. *Erw.* 3; 33 II S. 340 ff.; 35 I S. 204 ff.

die Festsetzung der Höhe der Schadenersatzforderung durch das Konkursamt nicht Beschwerde an die Aufsichtsbehörden ergriffen hat, ohne weiteres schließen zu können glaubt, daß die Haftung Kuhns im Betrag von 1950 Fr. definitiv festgestellt sei. Weder Konkursverwaltung noch Aufsichtsbehörden sind zuständig, über Bestand oder Nichtbestand von Forderungen, welche von der Konkursmasse geltend gemacht werden, zu erkennen.

So wenig die Nichterhebung einer Beschwerde die Rechtsstellung Kuhns gegenüber der Masse präjudizieren konnte, so wenig hatte andererseits die Unterzeichnung des Steigerungsprotokolles, in welchem Kuhn für den Mindererlös haftbar gemacht wurde, durch ihn als Ersteigerer zur Folge, daß der Schadenersatzanspruch von der Masse gleich zu behandeln war, wie die Verpflichtung Kuhns zur Bezahlung der eigentlichen Steigerungssumme. Selbst wenn darin eine Anerkennung der Forderung, sowohl grundsätzlich wie ihrem Umfang nach, erblickt werden wollte — wovon übrigens nicht die Rede sein kann —, so könnte eine solche Anerkennung lediglich für den Ausgang des gegen Kuhn zu führenden Prozesses von Bedeutung sein, unter keinen Umständen aber die Aufsichtsbehörden berechtigen, die Forderung als liquides, keiner weiteren Verwertung bedürftiges Vermögensobjekt der Masse zu behandeln. Das nämliche gilt für die konkludenten Handlungen, durch welche Kuhn nach der Auffassung der Vorinstanz seine Haftbarkeit für den Mindererlös anerkannt haben soll. Kuhn war durch die Steigerung nur zur Barzahlung der eigentlichen Kaufsumme verpflichtet und konnte hiezu von der Masse indirekt dadurch gezwungen werden, daß die ihm zugeschlagene Liegenschaft auf seine Rechnung weiter veräußert worden wäre, wenn er die zwanzigtägige Zahlungsfrist nicht eingehalten hätte. Dagegen war für die Ausfallsforderung in den Steigerungsbedingungen das gleiche nicht vorgesehen und konnte es auch nicht. Die Ausfallsforderung war vielmehr auf die gleiche Linie zu stellen mit den andern unversicherten Forderungen der Masse, mit der einzigen Besonderheit, daß die Pfandgläubiger ein Vorrecht auf sie beanspruchen konnten, wie auf die Pfandsache selbst, an deren Stelle sie getreten wäre. Daß aber die Ausfallsforderung auf der Liegenschaft pfandversichert wäre, wie möglicherweise von der Vorinstanz angenommen, ist gänzlich ausgeschlossen. Das Gesetz läßt

die ersteigerte Liegenschaft ausdrücklich nur für die eigentliche Kaufsumme als Pfand haften (vergl. Art. 137 und 259).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Konkursverwaltung die Ausfallsforderung gemäß Art. 243 SchKG, nötigenfalls auf dem Betreibungsweg, hätte einziehen sollen. Wenn dabei, wie zu erwarten, die Zahlungspflicht vom Schuldner bestritten worden wäre, so hätte die Konkursverwaltung nach Art. 256 in Verbindung mit Art. 260 SchKG vorgehen sollen. Solange nicht auf diese Weise für die Masse feststand, welcher Wert der Forderung zukomme, und solange der Wert nicht in bar der Masse zugeflossen war, konnte die Verteilung überhaupt nicht vorgenommen werden, wie denn auch gemäß Art. 261 die Verteilungsliste und die Schlußrechnung von der Konkursverwaltung erst nach Eingang des Erlöses der ganzen Konkursmasse aufzustellen und aufzulegen sind. Das Konkursverfahren hat ja die Verjüngung sämtlicher Aktiven, über welche die Masse verfügt, zum Zweck. Es geht daher nicht an, wie bei der Erbschaftsteilung einfach vorhandene Forderungen den Gläubigern an Zahlungsstatt anzuweisen. Höchstens könnte eine Konkursdividende oder eine Massaschuld gegen eine Massaforderung des zum Bezug der Dividende bezw. der Massaschuld Berechtigten aufgerechnet werden.

4. — Unzutreffend ist auch der weitere Standpunkt der Vorinstanz, Kuhn habe die 1950 Fr. tatsächlich bereits einbezahlt. Einmal steht diese Auffassung im Widerspruch mit der Verteilungsliste und Schlußrechnung selber, wo weder die Steigerungssumme noch die Ausfallsforderung als Eingänge vorgemerkt sind, sondern beide als noch ausstehende Forderungen behandelt werden. Und es können denn auch die Pfandforderungen, die auf dem versteigerten Grundstück hafteten, in der Tat erst dann bezahlt werden, wenn in der rechtskräftig gewordenen Verteilungsliste festgestellt ist, in welcher Weise sie Anspruch auf Bezahlung haben. Der Kollokationsplan setzt ja nur ihren Betrag und ihre Rangstellung fest und erst die Verteilungsliste zeigt, welche Pfandforderungen bei der Verwertung des Unterpfandes zu Verlust gekommen sind und welche aus dem Erlös gedeckt werden können. Eine für die Parteien mit Rechtsfolgen verbundene Zahlung ist daher, bevor die Verteilungsliste bereinigt ist, gar nicht möglich.

Irrtümlich ist es sodann, wenn die Vorinstanz annimmt, daß

durch die Bescheinigung der Amtsschreiberei Lebern vom 26. November 1910, wonach vom Hypothekenvorgang von 17,541 Fr. 10 Cts. infolge des Konkurses 1541 Fr. 10 Cts. getilgt werden können, der Kantonalbank über die Art und Weise der Abbezahlung der Pfandlasten verbindliche Weisungen erteilt werden konnten und tatsächlich erteilt worden seien. Auch wenn diese Bescheinigung vom Konkursbeamten und nicht vom Amtsschreiber ausgegangen wäre, welcher sich über dieses konkursrechtliche Verhältnis nicht zu äußern hatte, käme ihr nach dem Gesagten eine rechtliche Bedeutung nicht zu, weil eben die Frage der Deckung der Hypotheken im Konkurs erst in der Verteilungsliste ihre Lösung findet. Die Verteilungsliste ist aber in casu erst am 3. Dezember 1910 aufgelegt und von den Rekurrenten sofort angefochten worden. Bei der Beurteilung der Frage, wie die Kantonalbank als letzte Pfandgläubigerin auf den Liegenschaftserlös anzuweisen sei, fallen daher die Verhandlungen Kuhns mit den Solothurner Banken außer Betracht, weil in jenem Zeitpunkt bereits abgeschlossen. Selbst wenn Kuhn damals wirklich noch die Auffassung gehabt hätte, er bedürfe des vollen Betrages von 16,000 Fr. zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus der Steigerung gegenüber der Konkursmasse, so würde das keinen Grund bilden, um auch die Kantonalbank als gebunden zu erachten, die 16,000 Fr. zur Tilgung der vorgehenden Hypotheken zu verwenden. Wenn die Vorinstanz vollends von einem erklärten Willen Kuhns spricht, daß die von der Kantonalbank bei der Leihkasse erhobenen 3500 Fr. nicht zur Bezahlung von Bürgschaftsverpflichtungen, sondern der Ausfallschuld von 1950 Fr. zu verwenden seien, so ist festzustellen, daß in den Akten hiefür ein Anhaltspunkt nicht zu finden ist. Kuhn hat im Gegenteil schon am 1. Dezember seine Haftbarkeit für den Mindererlös beim Konkursamt ausdrücklich bestritten und hernach bei der Anfechtung der Verteilungsliste stets den gleichen Standpunkt eingenommen wie die Kantonalbank. Auf eine allfällige gegenteilige Erklärung Kuhns an die Kantonalbank könnte sich zudem die Konkursmasse — als *res inter alios acta* — gar nicht berufen. Die Konkursmasse hatte selber die 1950 Fr. von Kuhn einzufordern und nur durch direkte Zahlung an sie hätte Kuhn sich

der Möglichkeit begeben, später anderen Sinnes zu werden und die Zahlungspflicht zu bestreiten.

Von einer Feststellung des Inhaltes, daß die Kantonalbank die 1950 Fr. bereits erhalten habe und dafür bezahlt sei, kann endlich umsoweniger die Rede sein, als diese Feststellung mit den Akten durchaus nicht im Einklang steht. Die Kantonalbank hat durch Quittungen nachgewiesen, daß sie die 16,000 Fr. nur bis zum Betrag von 14,050 Fr. zur Tilgung des Pfandvorganges und darüber hinaus zur Bezahlung von Bürgschaftsschulden des Kuhn aus dem Konkurs Wiß verwendet hat. Wenn die Vorinstanz ausführt, die Kantonalbank brauche lediglich eine Umbuchung vorzunehmen, um die Sache in Ordnung zu bringen, so gibt sie damit selber indirekt zu, daß ihre Behauptung nicht zutrifft. Zu einer solchen Umbuchung könnte die Kantonalbank nur dann verhalten werden, wenn sie durch die Buchung, wie sie jetzt vorliegt, ihre Rechte auf Befriedigung aus dem Konkurs überschritten hätte. Nun werden aber diese Rechte erst durch die Verteilungsliste festgelegt. Da darüber noch Streit herrscht und dieser Streit nach dem Vorstehenden zu Gunsten der Kantonalbank entschieden werden muß, so ist jeglicher Zwang zu einer Umbuchung ausgeschlossen.

5. — Freilich können die Rekursanträge nicht in ihrem vollen Umfange geschützt werden. Die Rekurrenten verlangen, es sei die Verteilung auf Grund eines Steigerungserlöses von 14,050 Fr. vorzunehmen. Dabei übersehen sie, daß die Konkursmasse behauptet, es bestehe neben dem Kaufpreis, ebenfalls als Ergebnis der Steigerung, eine Ausfallforderung von 1950 Fr. gegen Kuhn. Über den Wert dieser bestrittenen Forderung — welche, wie bereits konstatiert, gleich der Pfandsache selber, in erster Linie für die vorgehenden Hypotheken haftet — liegt nun eine rechtsgültige Feststellung noch nicht vor. Allererst ist daher, bevor überhaupt die Verteilungsliste definitiv erstellt werden kann, die Forderung in der in Erw. 3 hievor angegebenen Weise zu verwerten. Der allfällige Nettoerlös ist sodann zur Steigerungssumme hinzuzuschlagen und die Verteilungsliste demgemäß abzuändern und es hat, nachdem die Verteilungsliste in Rechtskraft erwachsen ist, das Konkursamt von Amtes wegen dafür zu sorgen, daß die alten

Hypotheken, soweit der Gesamterlös zu ihrer Deckung nicht hinreicht, in den öffentlichen Büchern getilgt werden.

Das letztere ergibt sich ohne weiteres aus Art. 264 Abs. 2 SchRG, wonach bei der Verteilung im Konkurs die Bestimmungen des Art. 150 entsprechende Anwendung finden. Art. 150 SchRG aber verpflichtet das Betreibungsamt, bei Liegenschaftsverwertungen in Betreff der Hypotheken und Grundlasten die erforderlichen Tilgungen und Umschreibungen in den öffentlichen Büchern zu veranlassen. Die Vorinstanz ist daher zu Unrecht auf das zweite Begehren des Ruhn lediglich unter Berufung darauf nicht eingetreten, die Tilgung von Hypotheken sei Sache der Amtsschreiberei und nicht des Konkursamtes. Gehen Hypotheken durch Versteigerung des Unterpfandes im Konkurse unter, so kann natürlich die Abschung nur durch die Konkursverwaltung veranlaßt werden und sie ist denn auch diejenige Amtsstelle, welche gestützt auf die rechtskräftige Verteilungsliste beim Grundbuchamt den Abschungsantrag zu stellen hat (so auch nach dem neuen Recht. Vergl. Art. 18 und 61 der Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910).

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Beide Rekurse werden unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen der kantonalen Aufsichtsbehörde im Sinne der Erwägungen begründet erklärt.

59. Arrêt du 8 avril 1911 dans la cause Amsler.

Art. 93 LP: Notion de la famille d'une femme divorcée dont les enfants sont confiés au père. — L'insaisissabilité instituée par la loi en faveur des membres de la famille du débiteur ne peut être opposée à ceux-ci mêmes lorsqu'ils se voient obligés de réclamer, par voie de poursuite, les sommes nécessaires à leur entretien.

A. — Par jugement du 9 décembre 1910 le Tribunal de première instance du canton de Genève a prononcé le divorce entre les époux Balmer aux torts de dame Balmer née Ams-

ler, a confié à sieur Balmer la garde des deux enfants mineurs issus du mariage et a condamné dame Balmer à payer la somme de 20 fr. par mois à titre de part contributive à leur entretien; il a de plus condamné dame Balmer aux dépens et en a ordonné la distraction en faveur de M^e Des Gouttes, avocat de Balmer.

Le 17/18 janvier 1911, M^e Des Gouttes a fait notifier à dame Amsler divorcée Balmer un commandement de payer, Poursuite n° 82 592, pour obtenir paiement d'une somme de 320 fr., frais d'instance, expédition et signification du jugement du 9 décembre 1910.

Le même jour, M^e Des Gouttes, agissant au nom de Otto Balmer, a fait notifier également à dame Amsler un commandement de payer, Poursuite n° 82 583, pour obtenir paiement de 40 fr., représentant le montant de « deux mensualités pension alimentaire jugement du Tribunal de première instance du 9 décembre 1910. »

Aucune opposition n'a été faite à ces deux commandements de payer.

B. — Le 11 février 1911 l'office, voulant procéder à la saisie en vertu des dits commandements de payer, a constaté que la débitrice gagnait 80 fr. par mois, que ce salaire lui était indispensable pour subvenir à son entretien, pour payer 20 fr. par mois de pension alimentaire et pour subvenir également à l'entretien d'un frère malade dans l'incapacité de gagner sa vie. L'office a en conséquence refusé de saisir le salaire de dame Amsler.

Le 24 février 1911, les créanciers ont recouru à l'autorité de surveillance contre la décision de l'office, en faisant observer que la débitrice ne paie pas la pension de 20 fr. à laquelle elle a été condamnée pour sa part contributive à l'entretien des deux enfants confiés au père, et que l'entretien du frère de la débitrice ne peut entrer en ligne de compte. Ils demandent en conséquence que le salaire de dame Amsler soit saisi dans la proportion du cinquième (soit 16 fr. par mois).

En réponse au recours, la débitrice déclare qu'elle a tou-