offenbaren Mißverhältnisses zwischen dem Werte des Steigerungsgegenstandes und dem Betrage des Angebotes als Rechtsmißbrauch darstelle. Für die Annahme eines solchen fehlt es an dem ersten Erfordernis, der Verletzung eines der Rechtsausübung entgegenstehenden berechtigten Interesses. Denn die Interessenten, Schuldner und Hypothekargläubiger erleiden den Schaden, der ihnen durch den Zuschlag erwächst, infolge ihres eigenen Verschuldens, weil sie es unterlassen haben, sich an der Steigerung selbst zu beteiligen oder doch wenigstens auf andere Weise für ein besseres Angebot zu sorgen. Um ihnen dies zu ermöglichen und sie vor Überrumpelung zu bewahren, schreibt das Gesetz die Abhaltung zweier Steigerungen, deren öffentliche Bekanntmachung und Anzeige an die Beteiligten vor. Wo aber den Beteiligten vom Gesetze andere Mittel gegeben worden sind, um sich vor Schaden zu bewahren, können sie sich, wenn sie versäumt haben, von jenen Gebrauch zu machen, nicht auf Art. 2 ZGB berufen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Auf den Rekurs des Konkursamtes Basel-Stadt wird nicht eingetreten. Der Rekurs des Konkursamtes Zürich wird abgewiesen.

136. **Entscheid** vom 21. November 1912 in Sachen **Knüsel und Schnarwiler.**

Art. 219 SchKG: Der Betrag der Entschädigung für den Verzicht der Konkursverwaltung auf eine zu Gunsten einer verpfändeten Liegenschaft des Gemeinschuldners bestehende, den Hypothekargläubigern mitverpfändete Dienstbarkeit ist in erster Linie zur Deckung der Hypothekargläubiger zu verwenden. — **Art. 135 SchKG:** Welche Folgen entstehen, wenn eine «Hypothekengerichtskanzlei» diesen Betrag dem ersten Hypothekargläubiger ausbezahlt hat, dann aber bei der Versteigerung der Liegenschaft dessen Forderung dem Ersteigerer trotzdem im ursprünglichen Betrage überbunden worden ist, für die Behandlung der nach den Steigerungsbedingungen durch den Zuschlagspreis nicht mehr gedeckten grundversicherten Forderung?

A. — Zur Konkursmasse des Friedrich Mahler in Luzern gehört u. a. das industrielle Etablissement „Porrywerke“ in der Gemeinde Kriens. Auf dieser Liegenschaft lasten laut dem vom

Konkursamte Luzern erstellten Kollokationspläne an grundversicherten Steuern und Abgaben 460 Fr. 90 Cts., ferner 19 Hypotheken (Gülten) im Gesamtbetrage von 78,431 Fr. 98 Cts. Die erste Gült von 5000 Fr. zuzüglich 320 Fr. 98 Cts. Zinsen und Kosten steht der Luzerner Kantonalbank zu; die fünfzehnte von 3000 Fr. nebst 55 Fr. 11 Cts. Zinsen mit einem Vorgange von 67,693 Fr. 28 Cts. (460 Fr. 90 Cts. Steuern plus 67,232 Fr. 38 Cts. Summe der 14 vorgehenden Gülten) gehörte früher Schindler & Cie. in Luzern, gegenwärtiger Inhaber derselben ist Gottfried Knüsel-Schacher in Jmwil. Als Bürge haftet ihm dafür Fridolin Schnarwiler in Eien Ballwil.

Im Laufe des Konkursverfahrens verzichtete das Konkursamte Luzern als Konkursverwaltung gegen eine Entschädigung von 3500 Fr. auf ein der Liegenschaft zustehendes Brunnenervitutsrecht und es wurde diese Summe von den Gegenkontrahenten entsprechend der getroffenen Abrede zwecks Erwirkung der Servitutslöschung zu Handen der Hypothekargläubiger bei der Hypothekengerichtskanzlei Kriens-Walters deponiert. Am 20. Mai 1912 traf darauf die letztere Amtsstelle nachstehende Verfügung:

„1. Die hierorts deponierte Brunnenrechtsverzichts-Entschädigung von 3500 Fr. ist der Kantonalbank als Inhaberin der erstrangierten Gült von 5000 Fr. ang. 3. April 1903 auszuzahlen und letztere um das abbezahlte Kapitalbetreffnis zu transfirieren.

2. An Stelle dieser Abzahlung wird eine leere Pfandstelle nicht eingetragen und den nachgehenden Grundpfandrechten das Nachrücken gestattet.“

und machte hievon den sämtlichen Hypothekargläubigern sowie dem Konkursamte mit dem Bemerken Mitteilung, daß eine allfällige Anfechtung der Verfügung binnen 10 Tagen beim Obergerichte zu erfolgen habe. Diese Frist lief in der Folge unbenützt ab.

Bei der kurz nachher, am 1. Juni 1912 auf Requisition des Konkursamtes Luzern vom Konkursamte Kriens-Walters abgehaltenen zweiten Steigerung über die Liegenschaft „Porrywerke“ wurde diese zum Höchstgebote von 67,693 Fr. 28 Cts. dem Walter Pfyffer, Ingenieur in Luzern, Inhaber der vierzehnten, der Knüsel'schen vorgehenden Gült zugeschlagen. Ziffer 1 der vom Konkursamte Kriens-Walters aufgestellten „Übernahme und Steigerungsbedingungen“ bestimmte, daß die Steigerungssumme „zahl-

bar sei durch Übernahme des auf der Liegenschaft haftenden Verschriebenen nebst Zinsausstand, Steuern zc. laut Kollokationsplan, eine allfällige Restanz aber binnen 10 Tagen vom Steigerungstage in bar an die Konkursmasse zu entrichten sei". In dem Bestandteil der Bedingungen bildenden und mit diesen am 13. April 1912 aufgelegten Lastenverzeichnis waren die Gülten genau wie im Kollokationsplane, die erste, der Kantonalbank zustehende also ohne Rücksicht auf die von der Hypothekengerichtskanzlei angeordnete Transfizierung im Betrage von 5320 Fr. 98 Cts. aufgeführt. Dagegen schrieb Ziff. 10 der Bedingungen vor: „Das Übereinkommen betreffend Wasserrechtservitutablösung wird dem Ersteigerer zur Aushaltung überbunden, ohne daß demselben irgend ein Anrecht auf die zu Gunsten der Konkursmasse des J. Wähler entfallende Abfindungssumme von 3500 Fr. zugestanden wird; den Betrag für eventuell aus dieser Servitutablösung transfizierte Gülten hat der Ersteigerer der Konkursmasse in bar einzubezahlen.“

Am 5. Juni 1912 forderte darauf das Konkursamt Kriens-Walters Knüsel auf, die ihm zustehende Gült im fünfzehnten Range, weil durch den Zuschlagspreis nicht gedeckt, zur Kassation einzusenden. Hierüber beschwerten sich Knüsel und Schnarwiler bei den kantonalen Aufsichtsbehörden mit dem Antrage, es sei das Konkursamt Kriens-Walters anzuhalten,

1. die Gült von 3000 Fr. haftend auf der Liegenschaft „Borrvyterwerke“ und Eigentum des Knüsel nicht zu kassieren, bezw. nicht kassieren zu lassen,

2. die obgenannte Gült dem Ersteigerer der Liegenschaft in vollem Umfange samt Zinsausstand zu überbinden.

Sie machten geltend, daß durch die rechtskräftige Verfügung der Hypothekengerichtskanzlei den nachgehenden Pfandgläubigern gestattet worden sei, um den durch die Transfizierung der ersten Gült freiwerdenden Betrag vorzurücken, daß daher der Vorgang der dem Beschwerdeführer Knüsel zustehenden Gült nur noch 67,693 Fr. 28 Cts. weniger 3500 Fr. = 64,193 Fr. 28 Cts. betrage, dieselbe also durch das Angebot an der zweiten Steigerung voll gedeckt sei und von ihrer Kassation keine Rede sein könne. Denn würde letztere vorgenommen, gleichwohl aber die erste Gült um

3500 Fr. transfiziert, so käme die dadurch entstehende Differenz zwischen dem Betrage des vom Ersteigerer zu übernehmenden „Verschriebenen“ und dem Steigerungspreise — die vom Ersteigerer bar einzubezahlen wäre — den Gläubigern fünfter Klasse zu. Dies wäre aber offensichtlich unzulässig, da die Abfindungssumme von 3500 Fr. einen Teil des Erlöses der Liegenschaft bilde und also vorab zur Deckung der Pfandgläubiger verwendet werden müsse.

Demgegenüber nahm das Konkursamt Kriens-Walters den Standpunkt ein, daß es sich an die Steigerungsbedingungen zu halten habe, nach letzteren aber infolge der Aufnahme der ersten Gült im vollen Betrage die Gült des Knüsel ungedeckt und daher deren Überbindung an den Ersteigerer ausgeschlossen sei. Ebenso widersetzte sich der Ersteigerer Pfyster in verschiedenen Eingaben den Beschwerdebegehren mit der Begründung: bei seinem Angebote sei er der Meinung gewesen, die Liegenschaft werde mit dem Brunnenrechte versteigert, die an dessen Stelle getretene Abfindung also auf Rechnung des Ersteigerers an den ersten Gültgläubiger abgeführt; nur deshalb habe er 67,693 Fr. 28 Cts. gleich der Summe der grundversicherten Steuern und der vierzehn ersten Gülten geboten, sonst hätte er sein Gebot um 3500 Fr. niedriger gehalten, da er kein Interesse gehabt habe, mehr als die ihm zustehende vierzehnte Gült gutzubieten.

Durch Entscheid vom 3. Oktober 1912 hat die kantonale Aufsichtsbehörde — „in Abänderung“ des die Beschwerde abweisenden erstinstanzlichen Erkenntnisses — die ganze Steigerung kassiert und das Konkursamt Kriens-Walters angewiesen, „im Sinne der Motive vorzugehen“. In den letzteren wird erklärt: Die Verfügung der Hypothekengerichtskanzlei, wonach die erste Gült um 3500 Fr. transfiziert werden müsse, sei mangels Anfechtung innert nützlicher Frist in Rechtskraft erwachsen. Im ferneren sei klar, daß der Erlös aus dem Brunnenrecht, weil an Stelle dieses einen Bestandteil der Liegenschaft bildend, den Hypothekergläubigern und nicht den Gläubigern fünfter Klasse zukommen müsse, wie dies der Fall wäre, wenn die Gült des Knüsel kassiert und nach der Ansicht des Konkursamtes Kriens-Walters in der Verteilungsliste über den genannten Betrag verfügt würde. Das Konkursamt hätte daher vor der Versteigerung des Lastenverzeichnis mit der Verfügung der

Hypothekarfanzlei in Übereinstimmung bringen und darin die transfirierte Gült in analoger Anwendung des Art. 135 SchRG als teilweise fällige grundversicherte Schuld behandeln sollen. Nachdem dies nicht geschehen sei, rechtfertige es sich, die ganze Steigerung, weil auf unrichtiger Grundlage beruhend, zu kassieren und das Konkursamt anzuweisen, vor Anordnung einer weiteren Steigerung im gedachten Sinne zu verfahren.

B. — Gegen diesen den Parteien am 13. Oktober 1912 zugestellten Entscheid haben Knüsel und Schnarwiler den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage, es sei derselbe aufzuheben und im Sinne ihrer vor den kantonalen Instanzen gestellten Begehren zu erkennen.

C. — Die kantonale Aufsichtsbehörde hat unter Berufung auf die Motive ihres Entscheides auf Abweisung des Rekurses angetragen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Da die Beschwerdebegehren der heutigen Rekurrenten sich nicht gegen die Gültigkeit der Steigerung als solcher richteten und auch eine auf Aufhebung des Zuschlages zielende selbständige Beschwerde des Ersteigerers nicht vorlag, wäre die Vorinstanz nur dann zur Kassation des Steigerungssaktes befugt gewesen, wenn beim Steigerungsverfahren absolut zwingende, im öffentlichen Interesse erlassene gesetzliche Vorschriften verletzt worden wären. Dies ist aber zweifellos nicht der Fall. Denn das Steigerungsverfahren als solches ist unbestrittenermaßen ordnungsgemäß und nach Gesetz vor sich gegangen. Der Umstand, daß die Steigerungsbedingungen sich mit der Verfügung der Hypothekargerichtsfanzlei nicht deckten, d. h. eine mit letzterer nicht übereinstimmende Angabe über den von der ersten Gült zu überbindenden Betrag enthielten, ist zwar geeignet, Komplikationen für die Regelung der Rechtsstellung des Ersteigerers und der betroffenen Hypothekargläubiger zu schaffen; irgendwelche zwingende Gesetzesvorschriften sind aber dadurch, daß die Steigerung auf Grund dieser Angabe erfolgte, nicht verletzt worden. Folglich kann auch keine Rede davon sein, auf die Gefahr der Verletzung wichtiger Interessen hin die Steigerung aus diesem Grunde von Amtes wegen zu kassieren und muß der Rekurs, soweit er sich hiegegen richtet, ohne weiteres begründet erklärt werden.

2. — Zu prüfen bleibt somit lediglich, ob nach der Sachlage, wie sie durch den Zuschlag auf Grund der so abgefaßten Steigerungsbedingungen geschaffen worden ist, der Beschwerdeführer Knüsel verhalten werden könne, seine Gült zum Zwecke der Kassation einzusenden. Diese Frage wäre ohne weiteres zu bejahen, wenn die Steigerungssumme den einzigen Erlös der verpfändeten Liegenschaft darstellte. Denn da jene gerade hinreicht, um die grundversicherten Steuern und Abgaben sowie die vierzehn ersten Gülten zu decken, so kämen in diesem Falle alle weiteren Gülten zu Verlust und müßten also kassiert werden. So liegen die Dinge nun aber eben nicht. Denn wie die Vorinstanz ausdrücklich und unangefochten feststellt, bildete das streitige Brunnenrecht einen Bestandteil der Liegenschaft und war als solcher den Gültgläubigern mitverpfändet. Der entgeltliche Verzicht der Konkursverwaltung auf dasselbe war somit nichts anderes als eine partielle Pfandverwertung und es muß folgerichtig bei Feststellung des Pfanderlöses das Äquivalent dieses Verzichtes, die Abfindungssumme von 3500 Fr., mitberücksichtigt werden. Geschieht dies, so ist aber die Gült des Knüsel durch die Verwertung ebenfalls gedeckt, da dann eben das Gesamtergebnis der letzteren nicht nur 67,693 Fr. 28 Cts., sondern (67,693 Fr. 28 Cts. plus 3500 Fr.) = 71,193 Fr. 28 Cts. beträgt, während die Gesamtsumme der Pfandbelastung bis und mit der Gült des Beschwerdeführers nur 67,693 Fr. 28 Cts. plus 3055 Fr. 11 Cts. = 70,748 Fr. 39 Cts. ausmacht. Daraus ergibt sich aber ohne weiteres, daß die streitige Gült nicht als verlustig behandelt werden darf, sondern daß der Beschwerdeführer dafür einen entsprechenden Gegenwert erhalten muß. Fraglich kann nur sein, in welcher Form ihm dieser zukommen soll, ob durch bare Anweisung oder dadurch, daß die erste Gült auf 1500 Fr. reduziert und dafür dem Ersteigerer die Gült des Beschwerdeführers überbunden wird.

Letzteres wäre nun offenbar nur mit Einwilligung des Ersteigerers möglich. Denn da er nur diejenigen Hypotheken zu übernehmen hat, die nach Maßgabe der Angaben in den Steigerungsbedingungen durch die Steigerungssumme gedeckt sind, so kann nicht die Rede davon sein, ihm wider seinen Willen an Stelle der — nach den Steigerungsbedingungen von ihm im vollen Betrage zu übernehmenden — ersten Gült teilweise eine andere zu Gunsten

eines andern Gläubigers zu überbinden. Weigert sich daher der Ersteigerer, in eine solche Änderung einzuwilligen, so bleibt nichts anderes übrig, als ihm die einzelnen Güten genau nach den durch die Steigerungsbedingungen festgestellten Beträgen zu überbinden und folglich die Gült des Beschwerdeführers weil nicht mehr durch die Steigerungssumme gedeckt zu löschen. Dann aber muß auch die Luzerner Kantonalbank die ihr unter der Voraussetzung entsprechender Reduktion der ersten Gült zugekommenen 3500 Fr. an die Konkursmasse zurückerstatten, da sie, wenn sie dieselben behielte, die fragliche Gült aber gleichwohl im ursprünglichen Betrage dem Ersteigerer überbunden würde, ungerechtfertigt bereichert wäre. Diese Summe wird dann für den Rekurrenten Knüsel als nächstberechtigten Gültgläubiger — alle vorgehenden werden durch die Überbindung befriedigt — frei und ist ihm zur Deckung seiner Pfandforderung anzuweisen. Gegen diese Auffassung läßt sich nicht etwa einwenden, daß die Kantonalbank infolge der Verfügung der Hypothekengerichtskanzlei ein unentziehbares Recht auf die 3500 Fr. erworben habe und sich somit nicht gefallen lassen müsse, daß an Stelle der Abzahlung die Überbindung trete. Denn da die Zuteilung des Verwertungserlöses verpfändeter Masseaktiven im Konkurs ausschließlich Sache der Konkursverwaltung ist, so war zweifellos die Hypothekengerichtskanzlei an sich gar nicht berechtigt, über die Verwendung der 3500 Fr. zu verfügen; es sind daher auch die Vollstreckungsbehörden nicht gezwungen, sich an ihre Verfügung zu halten.

Aus diesen Ausführungen folgt, daß der Rekurrent Knüsel die Einlösung seiner Gült zwar nicht verweigern kann. Denn wenn der Ersteigerer sie sich nicht freiwillig überbinden lassen will, so muß sie nach dem Gesagten gelöscht werden. Dagegen kann der Rekurrent beanspruchen, daß die Löschung nur gegen Zahlung des Gültbetrages erfolge. Sache des Konkursamtes wird es sein, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um die Situation im Sinne der vorstehenden Erörterungen zu regeln.

Demnach hat die Schuldbetriebs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Motive begründet erklärt.

137. Sentenza 5 dicembre 1912 nella causa Hausmann.

Art. 83 LMef: Un creditore che ottiene con sentenza di merito ancora appellabile il rigetto definitivo d'una opposizione non può chiedere il pignoramento provvisorio.

1. — In una esecuzione promossa da Luigi Hausmann, di Monaco, contro Brenni Luigi, in Chiasso, avendo l'escusso sollevato opposizione, il creditore otteneva con sentenza di merito il rigetto definitivo dell'opposizione e la condanna del debitore nella somma di franchi 18453,20 pel quale importo chiedeva in seguito che fosse proceduto al pignoramento provvisorio. Ma la sentenza di merito del Tribunale di Appello del Ticino essendo stata appellata al Tribunale federale e per ciò sospesa nei suoi effetti in base all'art. 65 della legge organica giudiziaria federale, il debitore Brenni si opponeva all'avviso di pignoramento provvisorio datogli dall'Ufficio in data 4 ottobre 1912, allegando che il pignoramento poteva essere chiesto solo in caso di rigetto provvisorio dell'opposizione, non mai, come nel fattispecie, quando il rigetto era stato accordato in via definitiva.

Statuendo su questa obiezione, l'Autorità cantonale di vigilanza ammetteva il ricorso, osservando: Il pignoramento provvisorio essere un provvedimento affatto speciale della procedura di esecuzione ed avere il carattere di un provvedimento conservativo concesso al creditore che è al beneficio di un rigetto provvisorio dell'opposizione. Nella procedura ordinaria il pignoramento provvisorio essere un provvedimento sconosciuto, nè valere il ragionamento opposto da Hausmann che, se concesso in tema di giudizio sommario, deve a maggior ragione concedersi nella procedura ordinaria, procedura circondata da maggiori garanzie, « chè non si possono per criteri, siano pure logici, applicare delle misure di legge non espressamente accordate ». Il creditore riconosciuto tale nella procedura ordinaria non può chiedere che il pignoramento definitivo; ma di questo diritto può usare solo quando è al beneficio di una sentenza cresciuta in giudicato, ciò che non è nel caso attuale.