

einem Dritten gehörenden Objekten hat daher nicht im Konkurse, sondern außerhalb desselben, auf dem Wege der gewöhnlichen Pfandverwertungsabtreibung zu erfolgen (vgl. Jaeger, Kommentar zu Art. 198 SchKG N. 1 und die dort zitierten Entscheide, sowie Art. 61 KB). Demnach weigert sich aber die Konkursverwaltung im vorliegenden Falle solange mit Recht, irgendwelche Verwertungs-handlungen in Bezug auf die beiden, der Landwirtschaftlichen Genossenschaft Langenthal verpfändeten Obligationen vorzunehmen, als der über das Eigentum an denselben zwischen ihr und Mathis schwebende Prozeß nicht rechtskräftig entschieden ist. Denn von dem Ausgange dieses Eigentumsstreites hängt es ab, ob die Obligationen überhaupt zur Konkursmasse gehören und also die Pfandrechte an ihnen im Konkurse zu realisieren sind oder ob die Landwirtschaftliche Genossenschaft diese Rechte außer dem Konkurse gegenüber dem Eigentümer Mathis zu verfolgen hat. Es kann daher auch bei der heutigen Rechtslage die Konkursverwaltung die Herausgabe der Obligationen — die bisher verweigert worden ist — von der Kantonalbank nicht erzwingen, da eine Pflicht hiezu auf Seite der letzteren nur dann bestünde, wenn die Zugehörigkeit derselben zur Masse verbindlich festgestellt wäre.

Schon deshalb erweist sich die vom Regierungsrate der Konkursverwaltung erteilte Weisung, die beiden Titel zu Gunsten der Landwirtschaftlichen Genossenschaft Langenthal zu verwerten, als unhaltbar. Sie wäre es aber auch dann, wenn der Prozeß zwischen der Masse und Mathis bereits und zwar zu Gunsten der ersteren entschieden wäre. Denn wie aus den eigenen Ausführungen der Landwirtschaftlichen Genossenschaft in ihrer Beschwerde an den Regierungsrat hervorgeht, hat sie ihre ursprüngliche Konkurs-eingabe, in der sie die Titel auf Grund einer angeblichen Abtretung an Zahlungsstatt zu Eigentum ansprach und nur für den Ausfall eine laufende Forderung anmeldete, trotz der ergangenen gerichtlichen Urteile nie modifiziert, also bis heute keine pfandversicherte Forderung im Konkurse angemeldet. Sie ist daher auch bis jetzt für keine solche kolloziert worden und es haben daher auch die einzelnen Gläubiger keine Gelegenheit gehabt, das Pfandrecht in dem durch Art. 250 SchKG vorgesehenen Verfahren anzufechten. Bevor dies nicht nachgeholt ist, könnte die Landwirtschaftliche Genossenschaft

aber auch dann nicht beanspruchen, daß ihr auf Rechnung des Pfandrechtes etwas aus der Masse zugeteilt werde, wenn die Obligationen tatsächlich zur Masse gehören würden. Denn selbstverständliche Voraussetzung einer solchen Zuteilung ist, daß das Pfandrecht nicht nur gegenüber der Konkursverwaltung, sondern auch gegenüber den einzelnen Gläubigern im Kollokationsverfahren festgestellt sei. Der Umstand, daß eine von einzelnen Gläubigern ausgehende Bestreitung vorliegend angesichts der bereits ergangenen Gerichtsurteile kaum große Aussicht auf Erfolg haben dürfte, kann natürlich von der Beobachtung der gesetzlichen Verfahrensvorschriften nicht entbinden. Auch in diesem Punkte erweist sich somit die Weigerung der Konkursverwaltung als sachlich wohl begründet und keineswegs als formalistisch.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und der damit angefochtene Entscheid des Regierungsrates des Kantons Obwalden vom 4. September 1912 aufgehoben.

123. Entscheid vom 10. Oktober 1912 in Sachen Konkursamt Winterthur.

Art. 259 SchKG: Es ist unzulässig, die bei der zweiten Versteigerung einer Liegenschaft sich ergebende **Ausfallforderung** den Hypothekargläubigern an Zahlungsstatt anzuweisen. — **Inkompetenz der Aufsichtsbehörden** zum Entscheid darüber, ob die Forderung eines Gläubigers auf die Konkursdividende und auf Aushändigung eines Hypothekartitels für seine dem Ersteigerer der verpfändeten Liegenschaft überbundene grundversicherte Forderung durch die Kompensation mit einer Gegenforderung der Konkursmasse getilgt sei.

A. — Im Konkurse über Jakob Basler brachte das Konkursamt Bern-Stadt am 25. November 1910 die zur Masse gehörende Hotelbesitzung „National“ in Krattigen an öffentliche Steigerung. Auf dieser Besitzung lasteten laut Kollokationsplan folgende Hypotheken: im ersten Range zu Gunsten der Schweiz. Volksbank Bern an Kapital 71,368 Fr. 20 Cts. nebst rückständigen und laufenden

Zinsen, im zweiten Range zu Gunsten des Julius Ott, Bauunternehmer in Winterthur an Kapital 45,000 Fr. nebst Zinsen. Ersteigerer war um die Summe von 87,500 Fr. eine gewisse Fräulein M. Preisig; als solidare Bürgen für deren dahierige Verbindlichkeiten verpflichteten sich der bereits genannte Ott sowie J. Nigst, Bauunternehmer in Biel. Die Preisig hielt dann aber den Kauf nicht und an der infolgedessen auf den 27. März 1911 angeordneten zweiten Gant wurden nur noch 75,000 Fr. Erlöst, so daß sich ein Ausfall von 12,500 Fr. nebst Zinsen und Kosten gegenüber der ersten Steigerung ergab. Sobald die Schweiz. Volksbank erfuhr, daß durch das Angebot an der zweiten Gant auch ihre Forderung nicht mehr voll gedeckt werde, verlangte sie von dem einen Bürgen Nigst Zahlung des Ausfalls, soweit sie davon betroffen werde, und belastete ihn am 30. März 1911 für 11,178 Fr. 55 Cts. Das Konkursamt Bern-Stadt seinerseits betrieb am 19. Mai 1911 den anderen Bürgen Ott für „den Mindererlös von 12,500 Fr. nebst Zinsen, Kosten und weiterem Schaden, vorläufig“ 14,150 Fr. Ott erhob aber Rechtsvorschlag und das Konkursamt verfolgte darauf die Betreibung nicht weiter. Ebenso wenig machte es, als Ott im Juli 1911 selbst in Konkurs fiel, in diesem Ansprüche geltend. Wohl aber geschah dies seitens des Nigst, der im Konkurse über Ott neben einer eigenen Forderung von 10,088 Fr. 90 Cts. auch eine solche aus der für die Preisig geleisteten Bürgschaft im Betrage von 14,444 Fr. 75 Cts. eingab und, als die Konkursverwaltung beide Ansprachen bestritt, Klage auf entsprechende Kollokation in fünfter Klasse anhub. Der betreffende Prozeß wurde am 4. Dezember 1911 durch einen Vergleich dahin erledigt, daß a) „die Beklagte (Konkursmasse) die Klage im Betrage von 17,000 Fr. anerkenne“, b) „der Kläger damit die Beklagte von jedem Ansprüche aus der seitens des Kreditoren gemeinsam mit ihm für M. Preisig eingegangenen Bürgschaft gegenüber dem Konkursamte Bern-Stadt als Vertreter der Konkursmasse Basler entlaste“.

Am 2. Juli 1912 legte das Konkursamt Bern-Stadt die Verteilungsliste im Konkurse Basler auf. In dieser stellte es die streitige Ausfallforderung mit 14,500 Fr. als Aktivum ein und wies die Schweiz. Volksbank für ihre Hypothekarforderung mit 9284 Fr.

85 Cts. darauf an. Der im Betrag von 46,863 Fr. 40 Cts. zugelassenen Hypothekarforderung des Ott wurden zugeteilt:

- | | |
|--|-------------|
| a) als Anteil am Erlös des — mitverpfändeten — Hotelmobiliars durch Überbund auf Nigst (der an der zweiten Gant Hotel und Mobiliar ersteigert hatte) | Fr. 980 — |
| b) ein Bareingang von | „ 450 — |
| c) als „Überschuß des Ausfalls zwischen I. und II. Steigerung (Anspruch auf Nigst und Ott) durch Verrechnung“. | „ 4384 83 |
| | Fr. 5814 83 |
| d) der Rest von 41,021 Fr. 57 Cts. wurde in fünfte Klasse verwiesen und sollte dort die auf diese entfallende Dividende von 0,97 % = | „ 398 — |

erhalten, so daß die Totalzuteilung betrüge . Fr. 6212 83

Am 9. Juli 1912 erschien darauf Nigst auf dem Konkursamte und verlangte, daß dieses sich für die dem Ott zugeteilten Beträge das Kompensationsrecht gegenüber dessen Konkursmasse vorbehalte, damit dieselben ihm als Rechtsnachfolger der Volksbank zukämen. Infolgedessen erließ das Konkursamt Bern-Stadt am gleichen Tage an die Konkursmasse Ott folgende Anzeige: „In Ergänzung unserer Anzeige aus der Verteilungsliste im Konkurse Basler teilen wir Ihnen mit, daß die Beträge, welche der Konkursmasse des J. Ott in dorten zukommen, nicht zur Auszahlung gelangen, sondern für die ganze Zuteilung mit der Forderung resp. dem Ansprüche der Masse Basler aus dem Steigerungsausfall zwischen der I. und II. Steigerung des Hotels National in Krattigen Kompensation erfolgt.“

B. — Sowohl Nigst als die Konkursmasse Ott suchten dann innert Frist die Verteilungsliste auf dem Beschwerdeweg an. Ersterer verlangte, es seien die Beträge, welche der Konkursmasse des Ott zukommen, ihm als zahlenden Bürgen an und für die Masse Basler auszubahlen und die Konkursverwaltung Basler anzuweisen, diese Zahlungen an ihn zu leisten. Letztere beantragte, es seien die sämtlichen in der Verteilungsliste dem Ott zugeteilten Beträge ihr

in bar auszurichten und somit nicht mit dessen Bürgschaftsverpflichtung in Verrechnung zu bringen, eventuell sei wenigstens für den Posten von 980 Fr. der Konkursmasse Ott die auf diesen Betrag reduzierte Hypothek Ott's auszuhandigen.

In der Vernehmlassung auf diese Beschwerden erklärte das Konkursamt Bern-Stadt: der Standpunkt des Nigst scheine ihm zuzutreffen. Denn dieser habe, als seinerzeit die Volksbank von ihm Zahlung verlangt habe, sofort den Betrag von 11,778 Fr. 55 Cts. direkt an letztere bezahlt, also mehr als die auf ihn fallende Hälfte der Bürgschaftsschuld beglichen. Für diesen Mehrbetrag sei er in die Rechte der Volksbank bzw. der Masse Basler eingetreten und könne also mit Recht verlangen, daß die Masse Basler gegenüber den dem Ott zukommenden Beträgen mit der Ausfallforderung gegen diesen kompensiere, damit die fraglichen Beträge ihm als Deckung für seine Regressforderung zukämen.

Mit Entscheid vom 2. September, den Parteien zugestellt am 19. September 1912, erklärte die kantonale Aufsichtsbehörde: auf die Beschwerden werde im Sinne der Motive nicht eingetreten. In den Motiven wird ausgeführt: der Beschwerde des Nigst komme keine selbständige Bedeutung zu, da dem darin enthaltenen Begehren durch die Verfügung des Konkursamtes vom 9. Juli 1912 bereits nachgekommen sei. In Bezug auf die Beschwerde der Konkursmasse Ott aber sei zu bemerken, daß sich die Konkursmasse gegenüber dem Begehren des Konkursgläubigers auf Auszahlung seiner Konkursdividende ebenso wie jeder Dritte auf eine ihr zustehende Gegenforderung berufen und beim Vorliegen der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen die Verrechnung mit dieser geltend machen könne. Der Entscheid darüber, ob die Voraussetzungen für eine solche Kompensation hier vorlägen, falle in die ausschließliche Kompetenz des Zivilrichters und es könne daher seitens der Aufsichtsbehörde auf die von der Konkursmasse Ott gestellten Beschwerdeanträge nicht eingetreten werden.

C. — Diesen Entscheid hat die Konkursmasse Ott an das Bundesgericht weitergezogen. Sie erneuert den Antrag auf Barausrichtung des gesamten Verteilungsbetreffnisses und macht geltend, daß durch die Zahlung des Nigst an die Volksbank die Ausfallforderung getilgt worden sei und folglich auch von der Konkurs-

masse Basler nicht mehr zur Kompensation verstellt werden könne. Von dem ganzen Rechtsverhältnisse sei nur noch übrig geblieben die Regressforderung des zahlenden Bürgen Nigst gegen seinen Mitbürgen Ott, bzw. dessen Konkursmasse und diese sei denn auch im Konkurse Ott eingegeben, es sei dann aber durch den Vergleich vom 4. Dezember 1911 darauf verzichtet worden.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. — Wie aus dem oben unter A dargestellten Sachverhalte hervorgeht und zwischen den Parteien nicht streitig ist, hat das Konkursamt Bern-Stadt die aus dem Ausfalle bei der zweiten Steigerung sich ergebende Forderung gegen Nigst und Ott nie für Rechnung der Masse realisiert, sondern sich begnügt, sie den Hypothekargläubigern an Zahlungs Statt anzuweisen. Dieses Verfahren war an sich zweifellos ungesetzlich. Denn Zweck des Konkursverfahrens ist die Verfühlung aller zur Masse gehörenden Aktiven. Da zu diesen Aktiven auch die Ausfallforderung gegen den Bieter der ersten Steigerung und dessen Bürgen zählt, hätte somit das Konkursamt auch diese flüssig machen, d. h. sie entweder nach Art. 243 SchRG auf dem Rechtswege einziehen oder dann aber zwecks Verwertung derselben nach Art. 256 in Verbindung mit Art. 260 I. c. vorgehen sollen. Bevor nicht auf diese Weise festgestellt war, welcher Wert der streitigen Forderung überhaupt zukomme, und bevor dieser Wert nicht in bar der Masse zugeflossen war, hätte von Rechts wegen auch die Verteilung nicht vorgenommen werden dürfen. Denn Art. 261 schreibt ausdrücklich vor, daß die Verteilungsliste erst „nach Eingang des Erlöses der ganzen Konkursmasse“ aufzulegen sei (vgl. US Sep.-Ausg. 14 Nr. 28* und KB Art. 83). Indessen liegt ein Begehren, durch das die Verteilungsliste nach dieser Richtung angefochten, also Nachholung der unterlassenen Verfühlung verlangt würde, nicht vor und es ist auch klar, daß die heutige Rekurrentin in letzter Linie an einem solchen interessiert wäre. Das Bundesgericht ist daher nicht in der Lage, den gerügten Mangel zu korrigieren, sondern hat seinem Entscheide den Tatbestand zu Grunde zu legen, wie er durch das

* Ges.-Ausg. 37 I S. 299.

von der Rekurrentin gebilligte ungesetzliche Vorgehen des Amtes geschaffen worden ist.

Geht man aber von diesem aus, so ist klar, daß der Rekurrentin jedenfalls in Bezug auf das Betreffnis von 4384 Fr. 30 Cts. kein Anspruch auf Barauszahlung zustehen kann. Denn ein solcher hätte zur Voraussetzung, daß ein entsprechender Barerlös in der Masse vorhanden, m. a. W. daß die Ausfallforderung zu Gunsten der letzteren versilbert worden wäre. Nachdem dies nicht geschehen ist und es dabei nach dem Gesagten sein Bewenden haben muß, konnte die fragliche Forderung bei der Verteilung überhaupt nur in der Weise als Aktivum behandelt werden, daß sie den Hypothekargläubigern an Zahlungs Statt überlassen, m. a. W., daß Ott für den ihm davon zugeteilten Betrag auf sich selbst angewiesen wurde, was rechtlich gesprochen nichts anderes heißt, als daß für diesen Betrag gegenüber seiner Hypothekarforderung mit der Ausfallforderung an ihn kompensiert werde. Es besagte daher auch in diesem Punkte die Anzeige vom 9. Juli 1912 nichts anderes, als was schon im Verteilungsplan ausgesprochen war.

2. — Ebenso kann von einem Ansprüche auf Barausrichtung des Betreffnisses von 980 Fr. natürlich nicht die Rede sein. Denn auch dieser Betrag ist ja der Konkursmasse nicht in bar zugekommen, sondern es ist der betreffende Teil des Steigerungspreises dadurch beglichen worden, daß dem Ersteigerer Nigst die Hypothekarschuld an Ott in dieser Höhe überbunden wurde.

3. — Fragen kann sich somit nur, ob nicht die Rekurrentin berechtigt sei, zu verlangen, daß ihr für den eben genannten Betrag ein Hypothekartitel auf Nigst ausgehändigt und daß ihr wenigstens die beiden weiteren Treffnisse von 450 Fr. und 398 Fr. in bar ausbezahlt werden. Zum Entscheid über diese Begehren sind aber die Aufsichtsbehörden nicht zuständig. Denn wie aus der Vernehmlassung des Konkursamtes an die Vorinstanz hervorgeht, weigert sich dieses deshalb, denselben Folge zu geben, weil es dafür hält, daß Nigst durch die Zahlung an die Volksbank mehr als die von ihm zu tragende Hälfte der Bürgschaftschuld beglichen habe, daß er daher zufolge Art. 505 OR (504 alte Fassung) für die Mehrleistung in die Rechte der Masse Basler gegen Ott eingetreten sei und dadurch Anspruch auf die dem letzteren zugeteilten Beträge

erworben habe. Es will also gegenüber dem Ansprüche der Konkursmasse Ott auf die streitigen Verteilungsbetreffnisse mit der Bürgschaftsforderung der Konkursmasse Basler an Ott kompensieren, um auf diese Weise jene Betreffnisse dem Nigst zukommen zu lassen. Nun hat aber das Bundesgericht schon wiederholt erklärt, daß ein besonderer betreibungsrrechtlicher Grundsatz, wonach der Konkursgläubiger unter allen Umständen bare Auszahlung seiner Konkursdividende verlangen könnte, nicht besteht, sondern die Konkursmasse ebensogut wie jeder andere Schuldner gegenüber dem Ansprüche auf diese Dividende eine Gegenforderung an den betreffenden Konkursgläubiger verrechnen kann (vgl. US Sep.-Ausg. 6 Nr. 58, 4 Nr. 28*). Ob die Voraussetzungen für eine solche Kompensation hier gegeben sind, ob also der Konkursmasse Basler überhaupt eine kompensable Gegenforderung gegen die Rekurrentin zustehet, ob sie die Kompensation auch zu Gunsten eines Dritten, nämlich des Nigst geltend machen könne und ob letzterem nicht der zwischen Nigst und der Rekurrentin geschlossene gerichtliche Vergleich entgegenstehe, sind Fragen des materiellen Zivilrechts, die, wie die Vorinstanz mit Recht ausführt, vom Richter und nicht von den Aufsichtsbehörden zu entscheiden sind. Wenn die Rekurrentin glaubt, daß das behauptete Kompensationsrecht nicht bestehe, so bleibt ihr somit nichts anderes übrig, als ihr Begehren auf bare Auszahlung der Beträge von 450 Fr. und 398 Fr. und auf Aushändigung des Hypothekartitels für 980 Fr. durch gerichtliche Klage gegen die Konkursmasse Basler geltend zu machen. Im Beschwerdeverfahren kann sie damit nicht gehört werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

* Ges.-Ausg. 29 I S. 511 f., 27 I S. 377.