

Par ces motifs,

la Chambre des Poursuites et des Faillites

prononce :

Le recours est admis dans le sens des motifs et la décision rendue le 20 juin 1913 par l'autorité de surveillance des offices de poursuite et de faillite du canton de Genève est annulée.

79. Entscheid vom 15. Juni 1913 in Sachen Felsler & Cie.

Art. 173 Abs. 2 SchKG: Zulässigkeit der Aufhebung einer Konkursbetreibung, in der das Konkursbegehren gestellt ist, durch die Aufsichtsbehörden, wenn die Betreibung seit der Zustellung der Konkursandrohung infolge des Abschlusses eines Nachlassvertrages unzulässig geworden ist. — **Art. 312 SchKG:** Mit der Bestätigung eines Nachlassvertrages fallen sämtliche gegen den Nachlassschuldner angehobenen Betreibungen auf Pfändung oder Konkurs, nicht bloss die Pfändungen, dahin, selbst wenn es sich um Betreibungen für grundpfändlich gesicherte Zinse handelt. — **Art. 41 SchKG:** Für solche Zinsforderungen, die vor dem Nachlassverfahren verfallen sind, kann der Nachlassschuldner nur noch auf Pfandverwertung betrieben werden.

A. — In der von Alois Häfliger in Luzern gegen die Firma Felsler & Cie. für eine Forderung von 180 Fr. Jahreszins zweier Gültten von je 2000 Fr. auf die Liegenschaft Moosstrasse 34 ebenda angehobenen ordentlichen Betreibung auf Pfändung oder Konkurs stellte das Betreibungsamt Luzern am 23. Oktober 1912 der Schuldnerin die Konkursandrohung zu. Unmittelbar darauf kamen Felsler & Cie. um eine Nachlassflundung ein. Dieselbe wurde am 30. Oktober 1912 bewilligt und der von den Gläubigern angenommene Nachlassvertrag zu 35 %, zahlbar in verschiedenen Raten, in der Folge durch Entscheid der oberen Nachlassbehörde vom 29. April 1913 bestätigt. Am 20. Mai 1913 verlangte darauf Häfliger gestützt auf die Konkursandrohung vom 23. Oktober 1912 beim Gerichtspräsidenten von Luzern die Konkursöffnung über die Schuldnerin. Der Gerichtspräsident lud die Parteien zur Verhandlung über das Konkursbegehren auf den 29. Mai 1913 vormittags 9 Uhr.

Felsler & Cie. beschwerten sich hierüber am 27. Mai 1913 bei der kantonalen Aufsichtsbehörde mit dem Begehren um „Aufhebung der Vorladung und Einstellung des Konkursverfahrens in Betr. 7296“, indem sie den Standpunkt einnahmen, daß die Betreibung infolge des Nachlassvertrages dahingefallen sei und daher nicht mehr fortgesetzt werden könne. Zugleich stellten sie mit Eingabe vom nämlichen Tage dasselbe Begehren auch an den Gerichtspräsidenten und zogen, nachdem letzterer sie am 31. Mai damit abgewiesen, dieses Erkenntnis auf dem Rekurswege an die kantonale Aufsichtsbehörde weiter.

Durch Entscheid vom 19. Juni 1913 verwarf indessen die kantonale Aufsichtsbehörde sowohl die bei ihr direkt eingereichte Beschwerde als den Rekurs und hob die von ihr verfügte provisorische Einstellung der Betreibung auf, im wesentlichen aus folgenden Gründen: soweit die Beschwerde sich gegen die Vorladung zur Konkursverhandlung richtete, könne darauf nicht eingetreten werden, da es sich dabei um eine richterliche Massnahme handle, die nicht im Beschwerdewege angefochten werden könne. Soweit damit Aufhebung der Betreibung verlangt werde, seien zwar die Aufsichtsbehörden kompetent, weil damit eine Massnahme des Betreibungsamtes in Frage stehe, dagegen sei das dahingehende Begehren materiell unbegründet. Die in Betreibung gesetzte Forderung sei eine pfandversicherte. Solche würden aber durch den Nachlassvertrag nicht berührt. Daher fielen auch die dafür angehobenen Betreibungen durch die Bestätigung des Nachlassvertrages nicht dahin, sondern blieben lediglich solange eingestellt, als die Wirkung der Stundung dauere; nach deren Ablauf könnten sie ohne weiteres fortgesetzt werden. Dies müsse auch für den Fall gelten, wo der Grundpfandgläubiger von dem ihm in Art. 41 SchKG eingeräumten Wahlrecht Gebrauch gemacht habe und für seine Zinsforderung statt der Pfandverwertungsbetreibung die ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet habe, da darin kein Verzicht auf das Pfandrecht liege, die Forderung also dadurch nicht etwa zu einer laufenden, den Wirkungen des Nachlassvertrages unterworfenen werde.

B. — Gegen diesen Entscheid rekurrirten Felsler & Cie. an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei in Abänderung desselben

die Betreibung 7296 gegen sie aufzuheben und das Konkursverfahren selbst einzustellen. Sie machen geltend: die Ansicht der Vorinstanz, daß die Grundpfandverschicherten Forderungen durch den Nachlaßvertrag überhaupt nicht betroffen würden, sei irrig. Unberührt bleibe nur das Recht der Grundpfandgläubiger auf Befriedigung aus dem Pfand. Dagegen unterliege ihre persönliche Forderung gegen den Schuldner in ganz gleicher Weise den Wirkungen des Nachlaßvertrages wie alle übrigen Forderungen: der Schuldner hafte daher für einen allfälligen Ausfall auf dem Pfande nicht etwa im vollen Betrage, sondern nur in der Höhe der Nachlaßquote. Die logische Folgerung hieraus sei, daß die Grundpfandgläubiger für ihre dem Nachlaßvertrage unterworfenen Zinsforderungen nur noch auf Pfandverwertung betreiben könnten und eine allfällig dafür vor der Nachlaßstundung angehobene Betreibung auf Pfändung oder Konkurs mit der Bestätigung des Nachlaßvertrages dahinfalle. Denn mit einer solchen Betreibung werde eben nicht die Pfandhaftung, sondern die persönliche Schuldspflicht des Pfandschuldners geltend gemacht. Diese sei aber infolge des Nachlaßvertrages auf die Entrichtung der Nachlaßquote für den Pfandausfall beschränkt. Bei einer andern Auslegung würde die Wohltat des Nachlaßvertrages illusorisch.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Der Antrag auf Aufhebung der vom Konkursrichter erlassenen Vorladung ist im Rekurse an das Bundesgericht nicht mehr aufrechterhalten worden. Er könnte auch nicht geschützt werden, da gegen Verfügungen richterlicher Behörden die Beschwerde nach Art. 17 und somit auch der Rekurs nach Art. 19 SchKG nicht zulässig ist. Dagegen sind die Aufsichtsbehörden zum Entscheide darüber kompetent, ob nicht die streitige Betreibung als infolge des Nachlaßvertrages dahingefallen zu betrachten und daher aufzuheben sei. Allerdings reicht die von der Vorinstanz dafür gegebene Begründung, nämlich daß dabei eine Verfügung des Betreibungsamtes in Frage stehe, nicht aus. Denn die beiden einzigen Amtshandlungen des Betreibungsamtes, die hier in Betracht kommen, der Erlaß des Zahlungsbefehls und der Konkursandrohung, sind ohne Frage gültig erfolgt und als solche nicht

anfechtbar. Dagegen folgt die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden aus der Vorschrift des Art. 173 Abs. 2 SchKG, wonach der Konkursrichter, wenn er Zweifel in die Zulässigkeit der Konkursbetreibung hegt, den Fall von sich aus der Aufsichtsbehörde zum Entscheide darüber zu überweisen hat. Diese Vorschrift muß analoge Anwendung finden, wenn wie hier nicht die Konkursfähigkeit als solche, sondern die andere Frage zur Diskussion steht, ob nicht die Fortsetzung der an sich gültig angehobenen Konkursbetreibung infolge Abschlusses eines Nachlaßvertrages unzulässig geworden sei, da es sich auch dabei um ein betreibungsrechtliches Hindernis der Konkursöffnung handelt, über dessen Bestehen der Konkursrichter nicht entscheiden kann, andererseits aber dem Schuldner die Möglichkeit nicht abgeschnitten werden darf, unter Berufung hierauf die Konkursöffnung zu hintertreiben. Da dem Gerichtspräsidenten nach § 7 des luzernischen GG zum SchKG zugleich die Stellung einer unteren kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs zukommt, hatte er daher vor dem Entscheide über das Konkursbegehren zunächst in der letzteren Eigenschaft die Frage zu prüfen, ob nicht die streitige Betreibung durch den Nachlaßvertrag hinfällig geworden sei. In diesem Sinne haben sich denn auch die Rekurrenten an ihn gewendet und seinen abweisenden Entscheid an die Vorinstanz weitergezogen und diese hat sich und zwar nicht in ihrer Stellung als zweitinstanzliches Konkursgericht, sondern als obere Aufsichtsbehörde materiell mit der Sache befaßt. Auf den Rekurs ist daher einzutreten.

2. — In der Sache selbst ist mit der übereinstimmenden Meinung der Kommentatoren (vergl. Weber und Brüstlein, 1. Aufl. zu Art. 312 N. 1; 2. Aufl. von Reichel, zum nämlichen Artikel N. 1; Jäger, zu Art. 312 N. 4) und entgegen der von Blumenstein (Handbuch S. 926) vertretenen Ansicht davon auszugehen, daß durch die Bestätigung des Nachlaßvertrages nicht nur die gegen den Schuldner erwirkten Pfändungen, sondern die gegen ihn angehobenen Betreibungen überhaupt dahinfallen. Daraus, daß das Gesetz in Art. 312 nur vom Dahinfallen der Pfändungen spricht, kann das Gegenteil nicht geschlossen werden. Damit wollte zweifellos nicht, wie Blumenstein annimmt, gesagt werden, daß die betreibungsrechtlichen Wirkungen des Nachlaß-

vertrages sich hierauf beschränkten, sondern lediglich, daß der — vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzte — Grundsatz der Hinfälligkeit der Betreibungen auch für diejenigen Fälle gelte, wo es bereits zu einer Pfändung gekommen sei, also zu Gunsten des Gläubigers bestimmte Beschlagsrechte entstanden seien. Die bloße Aufhebung der bestehenden Pfändungen hätte keinen Zweck, da der Gläubiger, wenn der Zahlungsbefehl bestehen bliebe, jederzeit eine neue Pfändung erwirken könnte. Lediglich um dem Schuldner die Möglichkeit zu sichern, nach Entrichtung der Nachlassquote Aufhebung der Betreibung gemäß Art. 85 SchKG zu verlangen, worauf ihn Blumenstein verweist, brauchten die Pfändungen nicht aufgehoben zu werden, da ein solches Begehren jederzeit, also auch noch im Stadium der Verwertung gestellt werden kann. Die Auffassung Blumensteins widerspricht denn auch offenbar dem Wesen des Nachlassvertrages als eines Surrogates der ordentlichen Zwangsvollstreckung. Festzuhalten ist lediglich, daß die mit dem Nachlassvertrag verbundene Aufhebung der Betreibungen sich nur auf solche Ansprüche beziehen kann, die dem Nachlassverfahren unterstehen. Die Frage, inwiefern auch die von den Pfandgläubigern angehobenen Betreibungen durch den Nachlassvertrag dahinfallen, ist daher mit der andern identisch, welche Rechtsstellung den Pfandgläubigern im Nachlassverfahren zukomme. Nun ist allerdings richtig, daß Art. 311 SchKG die Pfandgläubiger für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag (*jusqu'à concurrence du prix de leur gage*) vom Nachlassvertrage ausnimmt, Damit wollte aber lediglich erklärt werden, daß das ihnen zustehende dingliche Recht auf Befriedigung aus dem Pfande durch den Nachlassvertrag nicht berührt werde: auf die persönliche Forderung gegen den Pfandschuldner bezieht sich diese Ausnahme, wie aus Art. 305 Abs. 2 hervorgeht, nicht. Die Pfandgläubiger können das Pfand bis zur vollen Deckung ihrer Forderungen in Anspruch nehmen, dagegen haftet ihnen der Schuldner für den Ausfall auf diesem nur nach Maßgabe des Nachlassvertrages, also im Fall eines Prozentvergleiches nur mit der Nachlassquote. Daraus folgt einerseits, daß zwar die vor der Nachlassfindung angehobenen Pfandverwertungsbetreibungen durch den Nachlassvertrag nicht dahinfallen und nach Ablauf der Stundung ohne weiteres

fortgesetzt werden können, da damit eben nur das Pfandrecht exequiert, dieses aber durch den Nachlassvertrag nicht berührt wird. Andererseits aber auch, daß für pfandpfandversicherte Zinsen, die vor dem Nachlassverfahren verfallen sind, nur noch auf Pfandverwertung und nicht mehr auf Pfändung oder Konkurs verwiesen werden kann, weil die Betreibung auf Pfändung oder Konkurs sich nicht gegen das Pfand, sondern gegen das gesamte Vermögen des Schuldners richtet, die persönliche Haftung dieses für die Pfandforderung aber ganz gleich wie bei den gewöhnlichen Chirographarforderungen infolge des Nachlassverfahrens auf die Erfüllung der im Nachlassvertrage übernommenen Verpflichtungen beschränkt worden ist. Mit Recht machen daher die Rekurrenten geltend, daß die streitige Konkursbetreibung durch den Nachlassvertrag dahingefallen sei.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und die damit angefochtene Betreibung Zahlungsbefehl Nr. 7296 des Betreibungsamtes Luzern vom 1. Oktober 1912 gegen die Rekurrenten aufgehoben.

80. Entscheid vom 15. Juli 1913 in Sachen Leimann.

Art. 151 ff. u. 198 SchKG: Die Realisierung des Pfandrechts für eine Forderung gegen einen Gemeinschuldner geschieht auf dem Wege der Pfandverwertungsbetreibung, wenn die Pfandsache einem Dritten gehört. Im Fall des Nachlasskonkurses ist die Betreibung gegen den Dritteigentümer zu richten.

A. — In dem am 25. November 1911 eröffneten Konkurs über den ausgeschlagenen Nachlass des August Keller in Ober- und Dorf wurden die Gegenstände Nr. 1—69 des Fahrhabeinventars zugleich von dem Vermieter Karl Leimann als Retentionsobjekte und von der Ehefrau des Gemeinschuldners Luise Keller geb. Burkhard zu Eigentum angesprochen. Leimann ließ sich die Verstreitungsrechte der Masse gegenüber der letzteren Ansprache nach Art. 260 SchKG abtreten, worauf das Konkursamt Schlieren der Ansprecherin Frist zur Klage gegen ihn auf Anerkennung