37. Entscheid vom 23. Februar 1909 in Sachen Bangerter.

Art. 143 SchKG: Voraussetzungen der neuen Liegenschaftssteigerung. — Art. 156 SchKG: Art und Weise der Berücksichtigung von Parteivereinbarungen über Bezahlung der Steigerungssumme.

A. Am 3. September 1907 kam in einem Grundpfandverwertungsverfahren, das gegen Frau Elise Fischer-Schaad beim Betreibungsamt Solothurn geführt wird, die Liegenschaft Hyp.-Buch Solothurn Nr. 352 an die zweite Steigerung. Auf der Liegenschaft hafteten eine erste Hypothek der Solothurner Handelsbank von 40,000 Fr. (mit Zins 43,488 Fr. 85 Cts.), eine zweite der nämlichen Gläubigerin von 15,000 Fr. (mit Zins 16,221 Fr. 55 Cts.), eine dritte des Rekursgegners, Dr. Kury, Arzt in Kradorf, von 5000 Fr. (mit Zins 5635 Fr. 50 Cts.) und eine letzte des Direktor Germann von 32,750 Fr. Betrieben wurde für die zweite Hypothek. Die Steigerungsbedingungen bestimmten unter anderm: unter III: „Die der betriebenen Hypothek vorge„hende Hypothek von 40,000 Fr. wird auf den Beständer ange„wiesen", und unter X: „Ein allfälliger Mehrerlös über die „dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehenden Verpfän„dungen ist binnen Monatsfrist zu bezahlen und vom Steigerungs„tage an zu 5 % zu verzinsen." Der Rekursgegner Dr. Kury ersteigerte die Liegenschaft für 61,500 Fr., konnte aber die nach Ziff. 1 der Steigerungsbedingungen geschuldete Bürgschaft innert einer Stunde nicht leisten, worauf nach einer Pause die Steigerung fortgesetzt und die Liegenschaft um den gleichen Preis von 61,500 Fr. den Rekurrenten, Gebrüder G. und A. Bangerter in Lyß, zugeschlagen wurde. Am Erlöse nahm somit von der Hypothek des Rekursgegners, nach Deckung der 69 Fr. 50 Cts. betragenden Verwertungskosten und der vorgehenden Hypotheken, noch ein Betrag von 1719 Fr. 10 Cts. teil, während der Rest und die letzte Hypothek in Verlust fielen.

B. In der Steigerungspause zwischen dem Zuschlag an den Rekursgegner und demjenigen an die Rekurrenten fanden zwischen den Parteien Unterhandlungen statt und zwar, wie der Betreibungsbeamte erklärt, ohne seine Kenntnis und in einem vom Steigerungslokale getrennten Raum. Der Rekursgegner stellte damals, wie unbestritten, zu Gunsten der Rekurrenten eine Obligation von 12,000 Fr. aus (mit dem hier nicht in Betracht kommenden Versprechen, sie grundpfändlich zu versichern). Über den Zweck der Begründung dieser Schuldverpflichtung gehen die Aussagen der Parteien auseinander: Die Rekurrenten behaupten, die Eingehung der Verpflichtung durch den Rekursgegner sei die Gegenleistung dafür gewesen, daß die Rekurrenten ihn von einer Bürgschaft gegenüber der Solothurner Handelsbank befreit hätten und daß sie die Liegenschaft nachher zu dem Preise von 61,500 Fr., der sonst nicht mehr erzielt worden wäre, ersteigert und damit dem Rekursgegner die gesetzliche Haftung für den Mindererlös (Art. 143 Abs. 2 SchKG) vermieden hätten. Dabei sollte mit der Bezahlung der Obligation das ganze Rechnungsverhältnis zwischen den Parteien gelöst sein, sodaß nachher keine der andern mehr etwas zu fordern gehabt habe. Im besonderen sei die Forderung von 1719 Fr. 10 Cts. des Rekursgegners als Hypothekargläubigers zerfallen und könne dieser deshalb dafür weder Bezahlung noch Anweisung verlangen. — Demgegenüber behauptet der Rekursgegner vor Bundesgericht — in welcher Instanz erst er im gegenwärtigen Beschwerdeverfahren zur Vernehmlassung aufgefordert worden ist — unter Berufung auf die Angaben, die er in einem seine Pflicht zur Pfanddargabe (s. oben) betreffenden Zivilprozeß gemacht hat: Er habe an der Steigerung im Auftrage der Rekurrenten geboten, sodaß diese für einen allfälligen Mindererlös wegen Nichthaltung seines Gebotes haftbar gewesen wären. Während der Steigerungspause sei ein weiter zurückliegendes Rechnungsverhältnis zwischen den Parteien verhandelt worden und es sei unrichtig, daß sämtliche An- und Gegenforderungen durch die Obligation vom 3. September 1907 getilgt worden seien.

C. Nachdem die Rekurrenten mit einem Begehren um Wiederaufhebung des ihnen erteilten Zuschlages und Anordnung einer neuen Steigerung im Beschwerdeverfahren letztinstanzlich durch Bundesgerichtsentscheid vom 31. März 1908 abgewiesen worden waren, forderte sie das Betreibungsamt am 8. Mai 1908 auf, dem Rekursgegner den ihm zukommenden Betrag von 1719 Fr.

10 Cts. des Erlöses bar zu bezahlen. Sie erklärten sich darauf bloß zur Hinterlegung der Summe bereit, womit sich der Rekursgegner aber nicht begnügte. Es fanden in der Folge zwischen den Parteien Vergleichsverhandlungen statt, die ergebnislos verliefen, worauf der Rekursgeguer am 10. Dezember 1908 die Ansetzung einer neuen Versteigerung verlangte. Am 11. Dezember forderte dann das Betreibungsamt die Rekurrenten auf, ihm die 1719 Fr. 10 Cts. nebst Zins à 5% seit 1. September 1907 innert zehn Tagen zukommen zu lassen, ansonst die neue Steigerung im Amtsblatt vom 26. Dezember publiziert und die Rekurrenten für den Mindererlös und die Kosten haftbar gemacht würden.

D. Im nunmehrigen Beschwerdeverfahren verlangen die Rekurrenten, diese Verfügung vom 11. Dezember 1908 sei aufzuheben, die (noch nicht erfolgte) Eintragung der Rekurrenten in das Grundbuch als Eigentümer der ersteigerten Liegenschaft anzuordnen und festzustellen, daß die Forderung des Rekursgegners von 1719 Fr. 10 Cts. gemäß Vereinbarung der Parteien aufgehoben sei und der Rekursgegner weder Zahlung noch Anweisung verlangen könne, eventuell, daß sie bis zum Betrage von 1600 Fr. durch Verrechnung bezahlt sei und nur noch im Betrage von 119 Fr. 10 bestehe. Zur Begründung wurde geltend gemacht: Die Beschwerdeführer hätten nun seit mehr als Jahresfrist frei über die Liegenschaft verfügt, Mietverträge abgeschlossen, Mietzinse eingezogen, Hypothekarzinse bezahlt, Reparaturen besorgt, usw. Der Rekursgegner habe diesen faktischen Zustand andauern lassen und mit einer Einsprache zugewartet. Damit habe er sein allfälliges Recht, die Aufhebung der Versteigerung zu verlangen, verwirkt. Sodann werde auf den Art. 156 SchKG verwiesen, wonach der Anteil am Zuschlagspreise in Geld zu bezahlen sei, „anderweitige Vereinbarungen der Beteiligten vorbehalten". Auf eine solche Vereinbarung aber könnten sich die Rekurrenten stützen (s. oben unter B). Danach stehe dem Rekursgegner überhaupt keine Forderung mehr zu, sondern seien umgekehrt die Rekurrenten seine Gläubiger aus der Obligation vom 3. September 1907. Eventuell werde bemerkt, daß ein Jahreszins und eine Amortisationsquote dieser Obligation von zusammen 1600 Fr. fällig seien und mit den 1719 Fr. 10 Cts. verrechnet würden, sodaß die

Rekurrenten den Rekursgegnern nur noch 119 Fr. 10 Cts. zu bezahlen hätten.

E. Die kantonale Aufsichtsbehörde ist in ihrem am 16. Januar 1909 ausgefällten Entscheide zur Abweisung der Beschwerde gelangt.

Diesen Entscheid haben nunmehr die Rekurrenten innert Frist an das Bundesgericht weitergezogen, ihren Beschwerdeantrag erneuert und ihn erweitert durch das Begehren: Eventuell habe der Rekursgegner als nicht betreibender Pfandgläubiger Anweisung des Anteils anzunehmen und sei die Anweisung nach § 593 des kant. ZGB vorzunehmen.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat von Gegenbemerkungen zum Rekurse abgesehen, der Rekursgegner Dr. Kury auf dessen Abweisung angetragen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. Gegenstand der Beschwerde bildet die betreibungsamtliche Verfügung vom 11. Dezember 1908, wonach die Rekurrenten aufgefordert wurden, dem Rekursgegner den durch den Steigerungserlös gedeckten Betrag seiner Hypothekarforderung (1719 Fr. 10 Cts. samt Zins) zu bezahlen, ansonst nach Art. 143 SchKG eine neue Steigerung abgehalten werde.

Mit Unrecht machen die Rekurrenten zunächst geltend, das Verfahren des Art. 143 sei überhaupt nicht mehr anwendbar, nachdem sie nun seit mehr als Jahresfrist über die ersteigerte Liegenschaft tatsächlich verfügt und sie verwaltet hätten und zwar ohne daß der Rekursgegner dem widersprochen habe. Daraus läßt sich nicht ableiten, daß der Rekursgegner auf seine Ansprüche gegenüber den Rekurrenten als Ersteigerern — soweit solche bestehen — irgendwie verzichtet habe; das um so weniger, als er vor und nach den zwischen den Parteien geführten Vergleichsunterhandlungen jeweilen die Weiterversteigerung der Liegenschaft verlangt zu haben scheint. Was aber die zwangsweise Geltendmachung dieser Ansprüche für den Fall betrifft, daß sie nicht durch die normale Liquidation des Steigerungskaufes befriedigt werden, so sieht dafür Art. 143 ein bestimmtes Verfahren, eben die Vornahme einer neuen Steigerung, unter Haftbarkeit des frühern Ersteigerers für den

Ausfall, vor, welches Verfahren eingeschlagen werden muß und durch kein anderes, in das Belieben des Betreibungsamtes oder der Parteien gestelltes, ersetzt werden kann. Dieses Verfahren ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß es schon früher hätte eröffnet werden können und sollen und also die Durchführung der Betreibung verzögert worden ist und daß der Ersteigerer eine Zeit lang den Besitzstand und die Verwaltung des Steigerungsgegenstandes gehabt hat und daraus gewisse Forderungen und Gegenforderungen entstanden sein können.

2. Im weitern fragt es sich, ob dann, wenn die Rekurrenten die durch die angefochtene Verfügung von ihnen verlangte Zahlung nicht leisten, die gesetzliche Voraussetzung für das in Aussicht gestellte Verfahren des Art. 143 vorliege, d. h. im Sinne dieses Artikels „die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgt" sei. Die Rekurrenten bestreiten das, indem sie in erster Linie behaupten, daß sie eine Leistung, sei es Barzahlung oder Schuldübernahme, dem Rekursgegner überhaupt nicht mehr zu machen hätten, in zweiter Linie aber eventuell und alternativ anbringen, daß sie entweder die geforderte Barzahlung nicht in dem vom Betreibungsamte verlangten Betrage von 1719 Fr. 10 Cts., sondern infolge Verrechnung nur noch im Betrage von 119 Fr. 10 Cts. schulden, oder dann gar keine Barzahlung zu machen, dagegen die Überbindung (Anweisung) der ganzen 1719 Fr. 10 Cts. sich gefallen zu lassen hätten.

a) Für ihren ersten Standpunkt berufen sich die Rekurrenten auf ein Abkommen, das nach ihrer Behauptung zwischen ihnen und dem Rekursgegner am 3. September 1907 getroffen wurde und kraft dessen der Rekursgegner als Hypothekargläubiger gegenüber den Rekurrenten als (spätern) Ersteigerern nichts zu fordern hätte. In rechtlicher Beziehung stützen sie sich für die Wirksamkeit einer solchen Parteivereinbarung im Betreibungsverfahren auf den Art. 156 SchKG.

Nun ist zunächst richtig, daß dieser Artikel bei der Liquidation der vom Ersteigerer übernommenen Verpflichtungen dem Parteiwillen gegenüber dem Gesetze einen gewissen Spielraum läßt, indem er nur unter Vorbehalt „anderweitiger Vereinbarung der Beteiligten" vorschreibt, daß der dem betreibenden Gläubiger zu-

kommende Anteil am Zuschlagspreise in Geld zu bezahlen sei. Aus praktischen Gründen rechtfertigt es sich in der Tat, die gesetzliche Regel der Barzahlung nicht als schlechthin zwingende, sondern in gewissem Umfange als dispositive aufzustellen: so vor allem für den Fall, den das Gesetz wohl zunächst berücksichtigen wollte, daß der Pfandgläubiger den neuen Ersteigerer als neuen Pfandschuldner annehmen und auf Barzahlung verzichten will. Dagegen kann Art. 156 unmöglich die Bedeutung haben, daß das Betreibungsamt nun ohne weiteres jede von einer Partei angeführte solche Vereinbarung zu berücksichtigen hätte. Vielmehr muß die Wirksamkeit einer solchen für das Betreibungsverfahren jedenfalls an bestimmte, hier übrigens nicht genauer festzustellende Kautelen geknüpft sein. So darf durch die Berücksichtigung der Vereinbarung die gesetz- und zweckmäßige Abwicklung des Betreibungsverfahrens nicht leiden, namentlich keine unzulässige Verzögerung eintreten, und muß ferner der Bestand und der Inhalt der Vereinbarung rechtsgenügend feststehen, um darauf das weitere Vorgehen des Amtes, die von der gesetzlichen Barzahlung abweichenden Liquidationsvorkehren, gründen zu können. In letzterem Punkte nun, auf den es hier ankommt, ist näher zu sagen, daß eine bloße private Vereinbarung zwischen den Parteien unberücksichtigt bleiben muß, sobald, wie hier, die eine Partei die Verpflichtungen bestreitet, die die andere daraus ableitet und in der Betreibung selbst geltend machen will. Vielmehr muß dann die Vereinbarung in irgend welcher, hier nicht näher zu bestimmenden Weise authentischen Charakter besitzen oder erlangt haben, sei es daß sie vor dem Betreibungsamt und mit dessen Mitwirkung eingegangen oder ihm doch von beiden Parteien zur Anerkennung und Bestätigung vorgelegt worden ist, sei es daß sie vor dem Richter oder vor einem Notar abgeschlossen wurde. Solches ist aber hier, wie schon angedeutet, nicht der Fall. — Es braucht deshalb auch nicht mehr geprüft zu werden, ob der Rekursgegner, der dem betreibenden nachgehender Pfandgläubiger ist, jenem in Hinsicht auf den fraglichen Vorbehalt des Art. 156 gleichzustellen sei.

Darnach vermögen die Anbringen der Rekurrenten dafür, daß die Forderung von 1719 Fr. 10 Cts. nicht bestehe, die in Aussicht gestellte Steigerung nicht unzulässig zu machen.

b) Das Gesagte gilt in entsprechender Weise, soweit die Rekurrenten ausführen, sie hätten mit der vom Rekursgegner beanspruchten Forderung eine Gegenforderung (Amortisationsquote und Jahreszins der Obligation vom 3. September 1907) eventuell verrechnet und daher statt 1719 Fr. 10 Cts. nur noch 119 Fr. 30 Cts. zu zahlen. Auch hier fehlt es an einer für die Berücksichtigung im Betreibungsverfahren genügenden Feststellung, daß die behauptete Gegenforderung besteht und zur Verrechnung geeignet ist, und können also die Vollstreckungsbehörden auf diese Anbringen bei der Prüfung, inwiefern Zahlungsverzug nach Art. 143 vorliege, keine Rücksicht nehmen. Übrigens wird hier für die behauptete teilweise Tilgung der Forderung auf keine „Vereinbarung" abgestellt, die das Gesetz seinem Wortlaute nach einzig vorbehält, sondern auf einen sonstigen rechtlichen Tatbestand.

c) Die Behauptung endlich, der Rekursgegner könne nicht Barzahlung verlangen, sondern müsse sich nach § 593 des solothurnischen ZGB mit der Schuldübernahme (Anweisung) durch die Rekurrenten begnügen, ist erst vor Bundesgericht näher begründet worden, und es ließe sich deshalb fragen, ob sie von dieser Instanz noch zu hören sei. Sieht man davon ab in Hinsicht darauf, daß die Vorinstanz die Beschwerde auch unter dem Gesichtspunkte des § 593 gewürdigt hat, so ist dann zu sagen, daß man es hier mit einer durch das kantonale Recht geregelten Frage zu tun hat (vergl. Art. 135 SchKG) und daß also, wenn die angefochtene betreibungsamtliche Verfügung gegen § 593 verstoßen sollte, damit doch nicht Bundesrecht verletzt wäre und also ein Rekurs an das Bundesgericht soweit ausgeschlossen ist. Übrigens ist zu bemerken, daß die Steigerungsbedingungen (unter Ziff. 10) die Barzahlung auch der Hypothek des Rekursgegners vorgesehen und daß die Rekurrenten sie in diesem Punkte nicht angefochten haben.

3. Laut all diesen Ausführungen ist die betreibungsamtliche Verfügung vom 11. Dezember, wodurch den Rekurrenten für den Fall, daß sie die 1719 Fr. 10 Cts. nicht innert der gesetzten Frist bezahlen, die Anordnung einer neuen Steigerung angedroht wurde, aufrecht zu halten. Damit fallen auch die Begehren, die die Rekurrenten neben dem auf Aufhebung der genannten Verfügung noch gestellt haben, dahin, nämlich die Anträge, die Eigentumsübertragung anzuordnen und zu erklären, daß die Forderung des Rekursgegners von 1719 Fr. 10 Cts. nicht oder eventuell nur im Betrage von 119 Fr. 10 Cts. bestehe, und der vor Bundesgericht gestellte Eventualantrag, die Vornahme der Anweisung zu veranlassen. Somit ist der Rekurs in allen Teilen abzuweisen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

38. Sentenza dell'8 marzo 1909 *nella causa* Neri.

Art. 199 LEeF: Devoluzione alla massa dei beni pignorati non ancora realizzati.

1° In una esecuzione da lui promossa contro Antonioli Giovanni, in Iragna, il ricorrente, riescito infruttuoso il primo incantato per la realizzazione degli enti (mobili) pignorati, chiedeva alle autorita di vigilanza che fosse ingiunto all'ufficio di procedere ad un secondo incanto. Ma, nel frattempo, il debitore Antonioli essendo caduto in fallimento, l'Autorità inferiore notificava al rappresentante del creditore di ritenere l'istanza senza oggetto, l'esecuzione venendo a cadere in seguito al fallimento, e si riconfermava in questa sua opinione con giudizio 21 gennaio 1909. L'Autorità cantonale superiore, adita dal Neri, confermava la suddetta decisione.

2° È contro il giudizio di quest'ultima, in data 15 febbraio 1909, che Neri ricorre attualmente al Tribunale federale.

Considerando in diritto:

Che l'art. 199 LEeF fa dipendere la questione di sapere, in quanto enti pignorati cadano nella massa concorsuale, dal fatto se al momento dell'apertura del fallimento siano o meno gli stessi già stati realizzati, nel mentre nel caso concreto è