

daß hiedurch die Betreibung auf unbestimmte Zeit gehemmt werde, ohne daß zur Erledigung des Streites über die Forderung etwas geschehe; denn sonst könnte ein böswilliger Schuldner durch Nichtleistung der Kostenversicherung die Fortsetzung der Betreibung verhindern. Für das Betreibungsverfahren sei daher die einstweilige Zurückweisung der Klage der definitiven Abweisung in der Wirkung gleichzustellen. Wenn der Aberkennungskläger seine Klage nicht so anbringe, daß der Beklagte sich darauf einlassen müsse und der Prozeß fortgesetzt werden könne, so müsse er die Folgen selbst tragen. Es stehe ihm übrigens in einem solchen Falle immer noch die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchRG offen.

C. — Diesen Entscheid hat der Rekurrent an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrage, die Beschwerde der Rekursgegnerin abzuweisen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

Nach Art. 83 SchRG wird die provisorische Rechtsöffnung definitiv, wenn der Schuldner es unterläßt, binnen zehn Tagen seit der Rechtsöffnung auf Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung zu klagen. Im vorliegenden Falle hat zwar der Rekurrent innert der Frist die Aberkennungsklage eingereicht; diese ist aber wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung auf seiner Seite, der rechtzeitigen Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten, zurückgewiesen worden. Wie sich aus der Fristbestimmung des Art. 83 SchRG ergibt, ist nun der Wille des Gesetzes offenbar, daß der Rechtsstreit über Existenz und Fälligkeit der Forderung sich unmittelbar an die durch die provisorische Rechtsöffnung herbeigeführte provisorische Pfändung anschließen müsse, daß er Schuldner also ohne Verzögerung diejenigen ihm obliegenden Handlungen vorzunehmen hat, die notwendig sind, um das Prozeßverfahren in Gang zu bringen, und daß endlich eine Verzögerung dieser Handlungen den Rechtsnachteil zur Folge haben soll, daß die Betreibung weitergeht, wenn der Schuldner die Forderung nicht bezahlt. Hieraus folgt, daß es für die Innehaltung der Frist des Art. 83 Abs. 2 SchRG nicht in allen Fällen genügt, daß dem Richter eine auf Aberkennung der Forderung gerichtete Klageschrift eingereicht wird. Vielmehr liegt die Unterlassung einer Klage

im Sinne des Gesetzes immer vor, wenn der Schuldner es unterläßt, ohne Verzug für das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen zu sorgen, deren Herstellung seine Sache ist, so z. B. auch wenn er beim unzuständigen Richter Klage erhebt (Jaeger, Komm. Art. 83 N. 7). Für die Anwendung des Art. 83 Abs. 3 SchRG ist die Rechtslage dieselbe, ob eine Klageschrift überhaupt nicht oder beim unzuständigen Richter eingereicht wird oder der Kläger die Verpflichtung der rechtzeitigen Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten nicht erfüllt. Es wäre, wie auch die Vorinstanz angedeutet hat, ein mit Art. 83 SchRG unvereinbarer Rechtszustand, wenn durch die bloße Einreichung der Klageschrift die zehntägige Frist gewahrt würde und der Kläger durch Verzögerung der ihm obliegenden Herstellung der übrigen Prozeßvoraussetzungen den Fortgang der Betreibung nach Belieben hemmen könnte. Demgemäß ist im vorliegenden Falle die Rechtsöffnung definitiv geworden. Dies Ergebnis verstößt nicht gegen die Billigkeit, da, wie die Vorinstanz ausgeführt hat, dem Rekurrenten immer noch der Weg der Rückforderungsklage nach Art. 85 SchRG offen steht und er es lediglich seiner eigenen Saumseligkeit zuzuschreiben hat, daß er nun vorerst zu bezahlen hat.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

103. **Entscheid vom 13. September 1912** in Sachen **Sörler**.

Art. 134 SchKG: Die für eine zweite Liegenschaftsteigerung aufgestellten Steigerungsbedingungen können auch dann angefochten werden, wenn sie bereits für die erste Steigerung aufgestellt worden und damals unangefochten geblieben sind. — **Art. 76 KV** findet auch auf die vom Gemeinschuldner verpfändeten Pfandtitel über **unkündbare**, auf seiner Liegenschaft grundversicherte Forderungen, wie die alten Appenzeller Terminzedel, Anwendung.

A. — J. Haizmann, Mechaniker in Trogen, hatte einen sog. Terminzedel von 3000 Fr. auf seine eigene Liegenschaft bei der Appenzell-Außerrhodischen Kantonalbank faustpfändlich hinterlegt.

Im Konkurse des Haizmann brachte das Konkursamt Mittelland diesen Titel zur Versteigerung, bevor die Liegenschaft selber verwertet wurde. Da die Steigerung resultatlos verlief, ersuchte die Kantonalbank das Konkursamt, sie gemäß Art. 76 der Konkursverordnung aus dem Erlös der Liegenschaft zu befriedigen. Demgemäß nahm das Konkursamt in die Steigerungsbedingungen für die Liegenschaft folgende Bestimmung auf: „Ein allfälliger Käufer ist auch verpflichtet, den Terminzettel von 3000 Fr., welcher auf der Kantonalbank faustpfandrechtl. hinterlegt ist, abzuführen, damit der Titel gelöst werden kann.“ Das Höchstangebot erreichte die Schätzungssumme nicht, so daß eine zweite Steigerung angeordnet wurde.

B. — In der Zwischenzeit beschwerte sich der Rekurrent als Inhaber einer Forderung, die auf der Liegenschaft des Gemeinschuldners im zweitletzten Range grundversichert ist, bei der kantonalen Aufsichtsbehörde mit dem Antrag auf Streichung der obigen Steigerungsbedingung und auf Separatverwertung des Terminzettels. Er machte geltend, daß die angefochtene Bestimmung eine unzulässige Begünstigung der Faustpfandgläubigerin bedeute; diese habe auf eine Barauszahlung aus dem Erlös der Liegenschaft kein Recht. Und es gehe nicht an, dem Ersteigerer der Liegenschaft die volle Tilgung einer Schuld aufzuerlegen, die weder fällig noch kündbar sei.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde mit Entscheidung vom 31. Juli 1912 abgewiesen, einmal wegen Verspätung, weil die Bestimmung, gegen die sich die Beschwerde richte, schon in den vor der ersten Steigerung aufgelegten Bedingungen enthalten gewesen und damals vom Rekurrenten nicht angefochten worden sei, und sodann auch unter Hinweis auf Art. 76 der Konkursverordnung. Darnach dürften die vom Gemeinschuldner verpfändeten Eigentümerpfandtitel — und um einen solchen handle es sich — nicht separat versteigert werden, sondern es sei für die betreffenden Forderungen anlässlich der Versteigerung der Liegenschaft in den Steigerungsbedingungen Barzahlung zu verlangen, und es seien die Titel nach der Versteigerung zu entkräften. Diese Bestimmung sei nach Art. 99 der Konkursverordnung auch auf die am 1. Januar 1912 hängigen Konkurse anwendbar. Ob die Vorschrift und

ihre Anwendung auf die alten Appenzeller Zedel zweckmäßig seien oder nicht, habe die kantonale Aufsichtsbehörde nicht zu untersuchen.

O. — Da der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt wurde, hatte die Liegenschaftsteigerung inzwischen, d. h. am 23. Juli 1912, auf Grund der angefochtenen Bestimmung stattgefunden. Die Liegenschaft wurde dem Rekurrenten zugeschlagen und der streitige Terminzettel mit 2600 Fr. herausgeboten. Hörler wurde aufgefordert, diesen Betrag abzubehalten. Er rekurrierte aber mit Eingabe vom 3. August 1912 an das Bundesgericht mit dem Begehren:

1. Es sei zu erkennen, daß er nicht verpflichtet sei, den Titel bar zurückzubehalten, sondern daß der Titel im Betrag von 2600 Fr. zu Recht bestehen bleibe und vom Rekurrenten in diesem Umfange als Hypothekarschuld gemäß Zedelinhalt zu übernehmen sei.

2. Sofern inzwischen der Rekurrent, um die Liegenschaft verkaufen zu können, den Titel abbezahlt haben sollte, sei ihm die abbezahlte Summe zu restituieren.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat von Gegenbemerkungen abgesehen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Zu Unrecht hat die Vorinstanz gegenüber der Beschwerde die Einrede der Verspätung erhoben. Das Bundesgericht hat schon wiederholt entschieden, daß gegen die Steigerungsbedingungen der zweiten Gant eine selbständige Beschwerdefrist laufe (BGE Sep.-Ausg. 7 Nr. 63 S. 303, 11 Nr. 52 Erw. 1*). Es liegt kein Grund vor, von dieser wohlbegründeten Praxis abzugehen, und es genügt, auf die Motivierung der früheren Entscheide zu verweisen.

2. — Fragen könnte sich dagegen, ob der Rekurrent zur Beschwerdeführung legitimiert sei. Vor den kantonalen Instanzen hat er sich zur Begründung seiner Legitimation lediglich darauf berufen, daß er als nachgehender Grundpfandgläubiger möglicherweise gezwungen sei, die Liegenschaft zu ersteigern. Die bloßen

* Ges.-Ausg. 30 I S. 600 f., 34 I S. 839.

Kauflihaber sind aber nicht berechtigt, die Steigerungsbedingungen auf dem Beschwerdeweg anzufechten (BGE Sep.-Ausg. 10 Nr. 60 S. 246, 11 Nr. 52 Erw. 2*). Ihr Interesse an der Steigerung steht in direktem Widerspruch mit demjenigen der Gläubiger und des Schuldners. Es geht dahin, die Liegenschaft für einen möglichst geringen Preis zu erwerben, während Gläubiger und Schuldner nach einem möglichst hohen Erlös trachten müssen. Die Steigerungsbedingungen haben natürlich letzterem Interesse Rechnung zu tragen (vergl. Art. 134 SchRG). Der Rekurrent ist aber gleichzeitig Pfandgläubiger. Als solcher hat er das gleiche Interesse an einem möglichst günstigen Ergebnis wie die andern Konkursgläubiger und der Gemeinschuldner. Insbesondere ist er direkt an der Frage interessiert, wie es mit dem seinem Pfandrecht vorgehenden, als Faustpfand versetzten Pfandtitel bei der Steigerung zu halten sei. Seine Legitimation ist aus diesem Grunde zu bejahen.

3. — In der Sache selber macht der Rekurrent geltend, daß Art. 76 der Konkursverordnung trotz seines allgemeinen Wortlautes sich nicht auf die alten Appenzeller Terminzettel beziehen könne, weil diese durch den Gläubiger nicht kündbar seien und auch unter dem ZGB unkündbar blieben, was die Anwendung von Art. 76 KB ausschließe. Richtig ist, daß gemäß Art. 28 SchL ZGB und § 10 des appenzellischen Zedelfgesetzes vom 30. April 1882 der Zedeleigentümer nicht berechtigt ist, den Zedel zu künden (was nach Art. 169 GG z. ZGB auch für die neuen Zedel in der Regel zutrifft); unzutreffend dagegen, daß diese Unkündbarkeit auf die Art und Weise der Liegenschaftsverwertung im Konkurs von Einfluß sei. Durch den Konkurs wird die Forderung des Gläubigers, der durch den Eigentübertitel faustpfändlich gesichert ist, in casu der Kantonalbank, fällig und es muß daher auch das Pfandrecht im Konkurs liquidiert werden. Pfandgegenstand ist die Grundpfandforderung, die vom Gemeinschuldner dadurch begründet wurde, daß er den Eigentübertitel der Faustpfandgläubigerin gegeben hat. Anders kann das Rechtsverhältnis nicht konstruiert werden, wenn die Verpfändung überhaupt als zulässig betrachtet werden will. Zu der Frage nach der Gültigkeit

* Ges.-Ausg. 33 I S. 822, 34 I S. 839.

der Verpfändung von Eigentübertiteln kann das Bundesgericht als Obergerichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs natürlich nicht Stellung nehmen. Es hat das von der Kantonalbank behauptete Pfandrecht als zu Recht bestehend anzusehen, da es im Konkurs von keiner Seite angefochten wurde.

Darnach muß als Inhaber der verpfändeten Grundpfandforderung im Zeitpunkt der Liegenschaftssteigerung der Kreditur betrachtet werden, der zugleich Schuldner der Forderung ist, bezw. an seiner Stelle die Konkursmasse. Diese übt also in casu gleichzeitig die Rechte des Gläubigers und des Schuldners aus. Folglich konnte sie, ohne Rechte Dritter zu verletzen, verfügen, daß das Pfandrecht im Konkurs zu liquidieren sei, obwohl der Pfandtitel als unkündbar errichtet worden war. Als Dritte könnte höchstens die Faustpfandgläubigerin in Betracht kommen. Diese hat aber durch die Verpfändung des Titels nur ein Anrecht auf den Gegenwert der Pfandforderung erhalten. Auf die Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem die Pfandforderung zu liquidieren sei, hat sie keinen Einfluß, sowenig als sie sich gegen eine private Abmachung des Schuldners mit einem dritten Gläubiger, daß der Titel abzubezahlen sei, zur Wehr setzen könnte. Die Vorschrift des Art. 208 SchRG, wonach die Grundpfandforderungen, entgegen den übrigen Schulden des Gemeinschuldners, durch die Konkursöffnung nicht fällig werden, ist nicht eine solche öffentlichrechtlicher Natur, die eine gegenteilige Privatvereinbarung ausschließt. Ob die verpfändete Eigentümerhypothek durch den Gläubiger kündbar sei oder nicht, ist deshalb ohne Einfluß auf die Frage der Anwendbarkeit des Art. 76 der Konkursverordnung.

4. — Im übrigen behauptet der Rekurrent nicht, daß der angefochtene Entscheid den Art. 76 KB verletze, sondern er kritisiert diese Bestimmung selber. Auf diese Kritik brauchte das Bundesgericht als Rekursinstanz nicht einzutreten. Immerhin liegt es im Interesse der Sache, die Berechtigung der Vorschrift, die einem fühlbaren Übelstand abhelfen will, und die Unbegründetheit der Bedenken des Rekurrenten darzutun. In dieser Hinsicht ist zu bemerken: Natürlich ist Art. 76 KB dahin zu verstehen, daß Barzahlung nur stattzufinden hat, soweit der verpfändete Eigentümer-

pfandtitel durch das Angebot überhaupt gedeckt erscheint, was in der angesprochenen Gantbestimmung nicht deutlich ausgedrückt ist. Artikel 135 des Gesetzes sodann, der laut Art. 259 auch auf das Konkursverfahren anwendbar ist und den der Rekurrent dem Art. 76 der Verordnung gegenüberstellt, steht der Anwendung dieses letzteren durchaus nicht entgegen. Er bestimmt nur, daß die nicht fälligen grundversicherten Forderungen dem Ersteigerer zu überbinden sind, während die fälligen vorweg aus dem Erlös bezahlt werden müssen. Daß nun die Konkursmasse, als Vertreterin des Gläubigers und des Schuldners zugleich, den Eigentümertitel als fälligen behandeln kann, wurde bereits ausgeführt. Daß muß sie, um eine Liquidation des Pfandrechtes des Faustpfandgläubigers zu erzielen, welche die Interessen der Masse nicht schädigt und gleichzeitig diejenigen des Faustpfandgläubigers wahr. Dem letztern hat die Masse den Gegenwert seines Pfandrechtes herauszugeben, der besteht in dem Werte der verpfändeten Grundpfandforderung, d. h. da die persönliche Forderung auf den Schuldner durch den Konkurs als ungenügend ausgewiesen ist, im Werte des die Pfandforderung sichernden Grundpfandes. Da dieses im Konkurs zur Versteigerung gelangt und der Wert des Grundpfandes damit in bestmöglicher Weise festgestellt wird, so ist es in erster Linie ein Gebot der Gerechtigkeit gegenüber dem Faustpfandgläubiger, daß auch für die Feststellung des Wertes seines Faustpfandes auf diese Steigerung abgestellt werde und nicht auf die Versteigerung des Titels allein. Bei dieser letzten Steigerung kann der Wert des Titels nur abgeschätzt, nicht an Hand von Kaufangeboten positiv festgestellt werden; der Faustpfandgläubiger läuft daher Gefahr, daß er gar nicht den richtigen Gegenwert seines Pfandes erhält. Andererseits bedeutet die vorgängige Separatversteigerung des Titels für die Masse eine positive Schädigung, wenn nachher bei der Versteigerung der Liegenschaft der Titel mit einem höheren Betrage herausgeboten wird, als auf ihn bei der Titलगant geboten wurde. Wenn auch keine Rede davon ist, daß der Titelersteigerer für den Titelausfall in der fünften Klasse partizipieren kann (vergl. BGG Sep.-Ausg. 2 Nr. 77*), so muß doch die Masse den Faustpfandgläubiger mit einem um

so größern Betrag in die fünfte Klasse einstellen. Dieser nachträglich festgestellte Mehrwert der Grundpfandforderung entgeht also sowohl dem Faustpfandgläubiger als der Masse und fällt dem Titelersteigerer zu. Um diese Schädigung zu vermeiden, ist die Konkursmasse berechtigt und verpflichtet, alle gesetzlichen Mittel anzuwenden, auch die Ausnutzung ihrer Doppelstellung als Vertreterin des Gläubigers und des Schuldners des Eigentübertitels.

Daß das Verfahren nach Art. 76 RB berechnigte Interessen der andern Titलगläubiger schmälere, behauptet der Rekurrent selber nicht, sondern nur, daß es diesen Gläubigern gefährlich sei, weil wegen der Barzahlung die Liegenschaft weniger gelte. Abgesehen davon, daß dieses Argument kein rechtliches ist, ist zu sagen daß es nicht zutrifft. Es gibt hier nur zwei Alternativen: Entweder ist die Liegenschaft so viel wert, daß auch der faustpfändlich hinterlegte Titel gedeckt wird. Dann wird sie an der Steigerung auch so viel gelten, selbst wenn Barzahlung verlangt wird, da ja vom Ersteigerer behufs Aufbringung der Mittel eine neue verpfändbare Eigentümerhypothek errichtet werden kann. Oder aber die Liegenschaft hat auf dem Marke, d. h. eben bei der Steigerung den nötigen Wert nicht, um die Pfandforderung zu decken. Dann käme der Titel, auch wenn er auf Separatversteigerung gebracht würde, bei der nachträglichen Liegenschaftssteigerung zu Verlust. Wieso endlich ungelündigte und nicht fällige Hypotheken, die dem verpfändeten Titel vorausgehen und nach Art. 135 SchRG dem Ersteigerer überbunden werden können, durch die Barzahlung für den verpfändeten Titel gefährdet sein sollten, ist unerfindlich.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

* Ges.-Ausg. 25 II S. 920 ff. Erw. 6.