

nella fattispecie, dal momento che non vi è più nessuna domanda di esecuzione contro i fratelli Marconi e che l'Ufficio deve restituire al debitore le eccedenze delle esecuzioni chiuse. I creditori ipotecari non avendo nulla reclamato, l'Ufficio non può essere risposevole se il danaro restante da consegnarsi al debitore sarà distratto. Non è giusto neppure di pretendere che i fratelli Marconi debbano spurgare prima il loro stato ipotecario per ottenere la libera disposizione dei loro beni. Primieramente perchè non vi è nessuna disposizione di legge che li obblighi, anzi l'art. 129 suona in senso affatto contrario. Poi perchè sarebbe fuori di luogo di pretendere che i fratelli Marconi procedano a cause e spese per ottenere la cancellazione di quelle ipoteche che le persone che figurano come creditori non si curarono nè si curano di far valere. I ricorrenti domandano perciò:

I. Che sia riformato il giudizio querelato ed obbligato l'Ufficio di esecuzione e fallimento a consegnare ai fratelli Marconi i loro beni (danaro) eccedenza nelle esecuzioni precitate, coi relativi interessi.

II. Che le spese siano a carico di chi di diritto e da rimborsare quelle pagate dai fratelli Marconi.

*In diritto:*

Il ricorso dei fratelli Marconi non potrebbesi ritenere fondato che qualora la decisione delle Autorità cantonali di vigilanza implicasse a danno dei ricorrenti un diniego di giustizia o la lesione di un disposto della legge esecuzione e fallimento. Nel caso attuale non si verifica però nè l'una nè l'altra di queste condizioni. Dal fatto che i creditori non hanno insinuato le loro ipoteche e che quest'ultime non furono iscritte nell'elenco oneri, i ricorrenti non possono derivare nessun argomento in loro favore. Il disposto dell'art. 140, alinea 2°, o meglio degli art. 106 e 107 legge esecuzione e fallimento, non trova applicazione che a favore delle persone che hanno contestato l'elenco oneri, o a pro' delle quali è avvenuta la confezione dell'elenco. Il debitore invece dal quale l'elenco oneri non venne contestato non ha qualità per valersi della non iscrizione dello stesso di un onere qualunque o del fatto

che non fu intentata alcun'azione in proposito. Il diritto cantonale è libero perciò di stabilire, senza mettersi con ciò in opposizione coi disposti degli art. 106 e 107 della Legge federale, che il ricavo di uno stabile gravato di ipoteche rappresenta, dopo la vendita, lo stabile stesso, e che deve essere impiegato a favore dei creditori ipotecari che non parteciparono all'esecuzione. Non è dunque possibile di ravvisare una lesione della Legge federale o un caso di denegata giustizia nel giudizio delle Autorità cantonali talmente che l'eccedenza risultante dalla vendita dello stabile rappresenti la parte dei creditori ipotecari insoddisfatti e che non si possa perciò consegnare al debitore escusso fintanto che non sia estinta l'iscrizione nei pubblici registri o che i creditori ipotecari non abbiano dichiarato di acconsentirvi.

Per questi motivi,

la Camera di esecuzione e fallimento  
pronuncia:

Il ricorso dei fratelli Marconi è respinto.

28. Entscheid vom 21. Februar 1898 in Sachen Koch.

*Pfandverwertung; Stellung des Dritteigentümers der Pfänder.*

I. Friedrich Leimann in Niederurdorf schuldet der Leihkasse Neumünster 1500 Fr. aus Darlehn. Für die Schuld haftet ein der Schwester des Schuldners, Frau Maria Koch in Nemscheid, gehörender Schuldbrief von 3000 Fr. auf F. Leimann selbst als Faustpfand. Die Leihkasse leitete gegen den Schuldner Betreibung auf Pfandverwertung ein, und es wurde die Versteigerung auf den 8. Oktober 1897 angesetzt. Hiegegen erhob nun die Eigentümerin des Faustpfandes Einsprache, weil ihr keine Ausfertigung des Zahlungsbefehles zugestellt worden sei. Sie wurde von der untern kantonalen Aufsichtsbehörde abgewiesen, weil zur Zeit der Ausfertigung des Zahlungsbefehles der Wohnort der Beschwärdeführerin weder der Gläubigerin, noch dem Betreibungs-

amte bekannt gewesen sei und weil es einer Zustellung des Zahlungsbefehls an dieselbe auch deshalb nicht bedurft habe, weil Leimann selbst der Vertreter seiner im Auslande lebenden Schwester sei. Frau Koch zog diesen Entscheid an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weiter, indem sie beide Entscheidungsgründe der ersten Instanz als unrichtig bezeichnete. Die kantonale Aufsichtsbehörde bestätigte jedoch den Vorentscheid, indem sie ausführte: „Mag es sich mit der Kenntnis der Gläubigerin und des Betreibungsamtes von dem Aufenthaltsorte der Eigentümerin des Faustpfandes verhalten wie immer, so steht jedenfalls fest, daß die Beschwerdeführerin um die gegen Friedr. Leimann angehobene Betreibung mindestens seit dem 8. Oktober a. c. gewußt hat. Da nun die in Art. 153, Abs. 2 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vorgeschriebene Zustellung einer Ausfertigung des Zahlungsbefehls an den dritten Eigentümer des Pfandes keinen andern Zweck hat, als diesen von der gegen den Schuldner angehobenen Betreibung in Kenntnis zu setzen und ihm dadurch die Gelegenheit zu geben, seine eigenen Interessen zu wahren, so erscheint die nachträgliche Zustellung eines Zahlungsbefehls an die Beschwerdeführerin als völlig überflüssig. Sofern der Zahlungsbefehl sie überhaupt veranlaßt hätte, Rechtsvorschlag auszuwirken, so hätte sie, nachdem sie einmal sichere Kenntnis von der Betreibung hatte, diese Rechtsvorkehr ergreifen können, auch ohne im Besitze eines Zahlungsbefehls zu sein. Nachdem sie nun aber von diesem Rechte in nützlicher Frist keinen Gebrauch gemacht hat, fehlt es auch an jedem Grunde, die Sistierung der Betreibung zu verfügen. Nach dem jüngsten Entscheide des Bundesgerichts i. S. Schwegler gegen Hellbock vom 14. Oktober a. c. hat der dritte Eigentümer der zu Pfand gegebenen Sache keinen Anspruch darauf, daß auch ihm gegenüber die Fristen des Art. 154 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes beobachtet werden, und im übrigen hat die Beschwerdeführerin gar nicht behauptet, daß die Betreibung irgendwie anfechtbar sei, sei es, daß die Forderung nicht mehr, oder nicht mehr in dem ursprünglichen Umfange bestehe, sei es, daß die Betreibung an einem formellen Mangel leide.“

II. Gegen diesen Entscheid hat namens der Frau Koch Advokat

A. Gloor in Zürich rechtzeitig an das Bundesgericht recurriert. Es wird betont, daß die zufällige Kenntnisaufnahme von der Vorkehr eines Gläubigers angesichts des Wortlautes des Art. 153, Abs. 2 und auch im Hinblick auf Art. 34 des Betreibungsgesetzes nicht der Mitteilung eines Zahlungsbefehls gleichgestellt werden dürfe und daß dies bedenkliche Verwirrungen zur Folge haben müßte. Überhaupt könne man doch ohne Zahlungsbefehl nicht Recht vorschlagen. Derselbe enthalte bestimmte Androhungen, die jedoch ihre Wirkungen nur ausüben könnten, wenn ein solcher überhaupt erlassen worden sei. Auch könne der Beginn der Rechtsvorschlagsfrist nur durch den Zahlungsbefehl in maßgebender Weise festgestellt werden. Bereits in der Beschwerde an die untere Aufsichtsbehörde habe die Rekurrentin die Bemerkung einfließen lassen, daß sie die Betreibung und derzeitige Gültigkeit des Pfandes bestreiten wolle. In dieser Beschwerde oder dann doch in der sofort erfolgten Mitteilung derselben an das Betreibungsamt müsse eine Bestreitung der Betreibung erblickt werden. Endlich wird bemerkt, daß der bundesgerichtliche Entscheid Schwegler gegen Hellbock für den vorliegenden Fall nicht präjudiziell sein könne. Der Antrag geht dahin, es sei das Betreibungsamt Niederurdorf anzuweisen, die Pfandverwertung bis auf weiteres zu sistieren und der Frau Koch einen Zahlungsbefehl zuzustellen.

III. Einem Begehren der Rekurrentin um provisorische Sistierung der Betreibung wurde unterm 25. Januar 1898 entsprochen. Die Versteigerung des Faustpfandes hatte jedoch bereits am 21. Januar stattgefunden.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Die Betreibung auf Pfandverwertung, wie sie im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs geordnet ist, richtet sich subjektiv nur gegen den persönlichen Schuldner der Forderung. Das bestellte Pfand ist lediglich Exekutionsobjekt und sein Eigentümer als solcher erscheint nicht als Betreibener. Wenn daher ein Dritter das Pfand bestellt, oder zu Eigentum erworben hat, so ist dieser nicht, wie der Schuldner, zu betreiben, sondern er kommt einfach als Dritteigentümer des Pfandgegenstandes in Betracht, aus dem die Forderung gedeckt werden soll, falls der Gläubiger

nicht auf andere Weise befriedigt wird. Nirgends wird derselbe in den von der Betreibung auf Pfandverwertung handelnden Artikeln 151 bis 158 des Betreibungsgesetzes als Schuldner oder Betriebener bezeichnet oder diesem gleichgestellt. Speziell Art. 152 und Art. 153, Abs. 1, bezw. Art. 70, wo der Inhalt des Zahlungsbefehls angegeben, und ferner bestimmt wird, in welcher Weise derselbe auszufertigen sei, enthält keinerlei Andeutung dafür, daß ein anderer, als der oder die persönlichen Schuldner als solche zu betrachten und zu betreiben seien. Damit stimmt auch die einzige Bestimmung, die ausdrücklich den Dritteigentümer eines Pfandes erwähnt, Art. 153, Abs. 2, vollständig überein. Wenn nämlich hier bestimmt ist, daß dem dritten Pfandbesitzer, sofern sein Wohnort bekannt ist, gleichfalls eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls zugestellt werde, so ist darunter gewiß nicht ein besonderer, auf den Dritten lautender, sondern lediglich eine Abschrift des auf den persönlichen Schuldner gestellten Zahlungsbefehls zu verstehen, wie denn auch in den frühern Entwürfen nicht von einer Ausfertigung, sondern von einem Doppel desselben die Rede war, und der französische und der italienische Text jetzt noch lauten: „un exemplaire“ bezw. „un esemplare.“ Hieraus folgt, daß der Dritteigentümer eines Pfandes die Betreibung, die sich einzig gegen den Schuldner der Forderung richtet, nicht durch Rechtsvorschlag hemmen kann; er kann in dieser Richtung ebensowenig als Betriebener betrachtet werden, wie hinsichtlich der Beobachtung der Verwertungsfristen, in welcher Beziehung die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer bereits in ihrem Entscheid in Sachen Schwegler gegen Hellbock, vom 14. Oktober 1897, sich im gleichen Sinne ausgesprochen hat. Dies ergibt sich auch aus Art. 153, Abs. 3 des Betreibungsgesetzes, wo im Anschluß an die Vorschrift, daß dem dritten Pfandeigentümer eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls zuzustellen sei, mit Bezug auf Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag die Bestimmungen der Art. 71 bis 86 als anwendbar erklärt sind. Denn wäre der Dritteigentümer des Pfandes als Betriebener betrachtet worden und hätte man ihm ein Rechtsvorschlagsrecht einräumen wollen, so hätte kaum einfach und ohne irgend einen Vorbehalt auf die erwähnten Bestimmungen über den Zahlungsbefehl und den Rechtsvorschlag bei der gewöhn-

lichen Betreibung, bei der ja selbstverständlich nur der gewöhnliche Schuldner als der Betriebene erscheint, verwiesen werden dürfen. Würde man es bei der Zustellung einer Ausfertigung des Zahlungsbefehls im Sinne des Art. 153, Abs. 2 mit einer eigentlichen Betreibung zu thun haben, so hätte ferner eine Zustellung ausnahmslos angeordnet werden müssen, und es wäre gewiß nicht gestattet worden, von dem Erlasse des wichtigsten Betreibungsaktes, der Grundlage des ganzen übrigen Verfahrens, in gewissen Fällen, nämlich dann Umgang zu nehmen, wenn der Wohnort des Dritteigentümers unbekannt ist. Auch hieraus geht deutlich hervor, daß in der Mitteilung eines Zahlungsbefehls an den dritten Pfandeigentümer im Sinne des Art. 153, Abs. 2 nicht eine Aufforderung zur Zahlung der Forderung, die er ja gar nicht schuldet, liegen kann, daß dieselbe vielmehr lediglich eine amtliche Benachrichtigung des bekannten Pfandeigentümers von der gegen den Schuldner eingeleiteten Betreibung bezweckt, die denselben in den Stand setzen soll, seine Rechte in der Betreibung, bei der er allerdings ebenfalls, wenn auch nicht als Schuldner, beteiligt ist, zu wahren. Dies hat nun aber nicht auf dem Wege des die Betreibung als solche hemmenden Rechtsvorschlags zu geschehen, sondern in der Weise, daß der Dritteigentümer selbständig seine Ansprüche auf den Pfandgegenstand geltend macht. Wenn er glaubt, daß letzterer für die betriebene Forderung nicht oder nicht in dem behaupteten Umfange in Anspruch genommen werden könne, sei es, weil die Forderung selbst oder weil das Pfandrecht dafür nie entstanden, oder ganz oder teilweise erloschen, oder weil erstere nicht in das Pfand erequierbar sei, so hat er nicht mittels Rechtsvorschlags gegen die gar nicht gegen ihn gerichtete Betreibung aufzutreten, sondern einfach durch besondere Eingabe an das Betreibungsamt das Bestehen eines Pfandrechts an seiner Sache, bezw. das Recht zur zwangsweisen Liquidation derselben nach Mitgabe der Präventionen des Gläubigers zu bestreiten, wie dies in Art. 155 des Betreibungsgesetzes ausdrücklich vorgesehen ist, indem hier bestimmt ist, daß die die Geltendmachung der Ansprüche Dritter auf die gepfändete Sache beschlagenden Art. 106 bis 109 des Betreibungsgesetzes auf das Pfandrecht entsprechende Anwendung finden. Diese Verweisung könnte nicht so allgemein gefaßt

sein, wenn die Anstände zwischen dem Gläubiger und dem Dritteigentümer eines Pfandes auf andere Weise, nämlich durch Rechtsvorschlag des letztern und durch Rechtsöffnungsbegehren resp. Klage des erstern zu erledigen wären. Vielmehr wird gerade durch diese ganz allgemein lautende Verweisung bestätigt, daß der dritte Pfandeeigentümer nicht Betriebener ist und daß die Zustellung der Ausfertigung eines Zahlungsbefehls nur die bereits erwähnte Bedeutung hat.

2. Aus dem Gesagten folgt, daß die Rekurrentin die Mitteilung eines Zahlungsbefehls zu dem Zwecke, um durch Rechtsvorschlag die Betreibung zu hemmen, nicht verlangen und daß ihr Refurs jedenfalls in diesem Sinne nicht gutgeheißen werden kann, auch wenn angenommen würde, daß die Voraussetzung, unter der eine Zustellung einer Ausfertigung eines Zahlungsbefehls an den Dritteigentümer gesetzlich vorgesehen ist, hier zugetroffen sei. Aber überhaupt ist von einer solchen nachträglichen Zustellung im vorliegenden Falle Umgang zu nehmen. Die Vorinstanz stellt fest, daß die Rekurrentin jedenfalls seit dem 8. Oktober 1897 von der Betreibung Kenntnis gehabt hat. Von diesem Zeitpunkte an war sie deshalb in der Lage, ihre Rechte geltend zu machen, und die Mitteilung einer Ausfertigung des Zahlungsbefehls würde sich als eine überflüssige Förmlichkeit darstellen, an deren Erfüllung die Rekurrentin keinerlei Interesse mehr hat. Sie hätte nach jener Feststellung auch ohne die Mitteilung des Zahlungsbefehls schon vor der Versteigerung des ihr gehörenden Faustpfandes das Pfandrecht bezw. die Exequierbarkeit oder die Höhe der Pfandbelastung bestreiten können und sollen, und an dieser rechtlichen Sachlage würde die nachträgliche Zustellung eines Zahlungsbefehls nichts mehr zu ändern vermögen.

3. Die Rekurrentin macht nun freilich in zweiter Linie geltend, daß sie das Pfandrecht wirklich bestritten habe und daß auch deshalb die Verwertung nicht habe stattfinden dürfen. Allein sie behauptet selbst nicht, daß dies dem Betreibungsamte gegenüber geschehen sei, sondern sagt bloß, sie habe bereits in der Beschwerde an das Bezirksgericht die Erklärung einfließen lassen, daß sie die Betreibung und derzeitige Gültigkeit des Pfandrechts bestreite. Um aber die rechtlichen Wirkungen der Art. 106 bis 109 auszuüben,

mußte diese Bestreitung in klarer Weise dem Betreibungsamte gegenüber abgegeben werden, und dieses brauchte auf die erwähnte Bemerkung in der Beschwerde an das Bezirksgericht hin, die ihm ja allerdings bei Anlaß der Einholung der Antwort zur Kenntnis gelangt sein wird, das Verfahren im Sinne der Art. 106 ff. nicht einzuleiten.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
erkannt:

Der Refurs wird abgewiesen.

## 29. Entscheid vom 22. März 1898 in Sachen Meier-Gössel.

*Zustellung der Betreibungsurkunden an den unbekannt abwesenden Schuldner, Art. 66 Abs. 4 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz.*

I. Albert Meier-Gössel hatte gegen Witwe Grieder in Basel Betreibung angehoben. Die Schuldnerin hatte sich in der Folge entfernt, und es konnte ihr Aufenthaltsort nicht auffindig gemacht werden. Als nun der Gläubiger Pfändung eines vorher mit Arrest belegten Guthabens verlangte, forderte das Betreibungsamt von ihm, gestützt auf Art. 66, Abs. 4 des Betreibungsgesetzes, vorschußweise die Gebühren und die Kosten für die öffentliche Bekanntmachung sämtlicher der Schuldnerin im Verlauf der Betreibung zuzustellenden Urkunden ein. Gegen diese Verfügung beschwerte sich A. Meier-Gössel bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, indem er geltend machte, es sei in einem solchen Falle bloß der Zahlungsbefehl zu publizieren. Die Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab, wesentlich aus folgenden Gründen: Für den Fall, daß der Schuldner anwesend sei, mache das Gesetz die Gültigkeit der Betreibung ausdrücklich von der Zustellung sämtlicher vorgesehenen Urkunden an den Schuldner abhängig und schaffe somit für diesen ein Recht auf den Empfang derselben. Und nun gehe es nicht an, die im Falle der Abwesenheit des Schuldners an Stelle der Zustellung tretende Ediktalcitation