

fuori di dubbio, che la realizzazione non è ancora avvenuta;

Che non hanno importanza decisiva, i motivi pei quali la realizzazione non ha fino a quell'epoca potuto avvenire, l'opinione contraria dovendosi ritenere come in urto colla volontà espressa del legislatore, che di regola abbia a far stato questo criterio puramente esteriore;

Che, se la realizzazione fu realmente procrastinata per colpa dell'ufficio, rimane aperta al danneggiato l'azione in risarcimento verso l'Ufficiale Esecuzione;

Che l'eccezione introdotta nella pratica riguardo le realizzazioni di danaro e le realizzazioni a sensi dell'art. 124, si spiega essenzialmente per gli inconvenienti che potrebbero risultare, applicando lo stesso modo di procedere alle realizzazioni da farsi prima che siano decorsi i termini legali, come a quelle da effettuarsi nelle vie normali, ma che sarebbe affatto inammissibile di estendere questa eccezione ad altri casi, in cui non si verificano questi criteri speciali;

la Camera Esecuzioni e Fallimenti
pronuncia :

Il ricorso è respinto.

39. *Entscheid vom 8. März 1909 in Sachen Ammann.*

Art. 19 SchKG: Beschwerdelegitimation eines am kantonalen Verfahren nicht Beteiligten. — Art. 106-109 leg. cit. Widerspruchsverfahren. Dasselbe ist nach Abschluss des eigentlichen Betreibungsverfahrens ausgeschlossen.

A. Wanner-Jundt war bis zum 5. Oktober 1908 als Pächter auf dem Gasthof zum Sternen in Menziken. Vor seinem Wegzuge am 1. Oktober, nahm das Betreibungsamt Menziken bei ihm für geschuldeten Pachtzins eine Retentionsurkunde auf, wonach unter anderem 25 Hühner mit Retentionsbeschluss belegt wurden. Wie das Betreibungsamt vor Bundesgericht angegeben hat, „beließ man bei der Retentionsaufnahme zu den Hühnern ein schönes Quantum Weizen“ und erklärte der abziehende Pächter Wanner dem Amte,

er werde einem Angestellten ein Trinkgeld geben, damit er den Hühnern täglich Futter streue. Nach dem Wegzuge Wanners zog der Rekurrent A. Ammann als Pächter im Sternen ein. Durch Brief vom 2. Dezember stellte er beim Betreibungsamt eine Forderung von 35 Fr. für zweimonatliche Fütterung der Hühner. Am 3. Dezember brachte das Amt in der inzwischen angehobenen Betreibung auf Pfandverwertung unter anderem auch diese Hühner zur Versteigerung und schlug sie dem Polykarp Waldis, dem Portier im Hotel Sternen, um 40 Fr. zu. Zu bemerken ist hier, daß der Gesamterlös aus der Pfandverwertung die zur Deckung des betreibenden Gläubigers nötige Summe um rund 200 Fr. überstieg. Am 10. Dezember erklärte der Rekurrent dem Amte: er habe die an Waldis verkauften Hühner seit dem 5. Oktober gefüttert und von daher ein Guthaben von 35 Fr.; bis dieses Futtergeld bezahlt sei, halte er die Tiere als Faustpfand in seiner Verwahrung und kämen täglich weitere 70 Stk. Futtervergütung dazu. Das Amt erklärte ihm hierauf am 11. Dezember: Das Pfandrecht sei bestritten; dafür trete der Erlös an dessen Stelle, der beim Betreibungsamt deponiert bleibe; die Rechnung des Rekurrenten werde nicht anerkannt, sondern ihm nur 10 Fr. offeriert; das weitere solle der Richter „aburteilen“, vor dem der Rekurrent Klage auf Anerkennung seiner Forderung einreichen solle.

B. Unterdessen hatte am 10. Dezember der Erststeigerer Waldis Beschwerde geführt mit dem Begehren: es sei der Steigerungskauf, weil unausführbar, als aufgehoben zu erklären und habe der Betreibungsbeamte dem Beschwerdeführer den bezahlten Kaufpreis wieder zurückzuerstatten. Zur Begründung wurde geltend gemacht, daß der Rekurrent Ammann unter Berufung auf das behauptete Faustpfandrecht sich weigere, die Hühner herauszugeben und wiederholte Aufforderungen des Beschwerdeführers „zur Freimachung der Tiere“ erfolglos gewesen seien.

In diesem Beschwerdeverfahren (zu dem der Rekurrent Ammann nicht als Partei beigezogen wurde) erkannte am 15. Januar 1909 die kantonale Aufsichtsbehörde unter Aufhebung eines in anderem Sinne lautenden erstinstanzlichen Entscheides: Das Betreibungsamt sei angewiesen, dem Beschwerdeführer den Besitz an den versteigerten Hühnern zu übertragen, nötigenfalls mit polizeilicher

Hilfe, und der Anspruch des Ammann sei auf dem Wege der Art. 106/7 SchRG zu bereinigen.

C. Ammann hat nun diesen Entscheid, der ihm ebenfalls, und zwar am 23. Januar, eröffnet wurde, am 1. Februar an das Bundesgericht weitergezogen und beantragt: 1. den Entscheid, soweit er sich auf ihn beziehe, aufzuheben; 2. den Betreibungsbeamten für „die Fütterungskosten des Beschwerdeführers“ haftbar zu erklären und zu deren Bezahlung anzuhalten; 3. eventuell die Klagfrist an den Beschwerdeführer im Sinne von Art. 109 SchRG anzusehen.

Der Rekurrent führt aus: Er habe eine Forderung, die nach der Aufnahme der Retentionsurkunde entstanden sei und auf die deshalb die Art. 106/9 SchRG nicht zutreffen. Zudem könne derjenige, der mit Wissen und ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis des Betreibungsamtes für die Aufbewahrung und Unterhaltung gepfändeter Sachen Sorge, mit seiner Forderung nicht in das Widerspruchsverfahren verwiesen werden, sondern habe der Betreibungsbeamte nach den Art. 100 und 105 SchRG die Kosten sich von den Gläubigern vorschleppen zu lassen und bei eigener Haftbarkeit für deren Bezahlung zu sorgen. Im Streitfalle richte sich dann die Klage des Aufbewahrers gegen den Betreibungsbeamten und nicht gegen den Schuldner oder den Gläubiger. Eventuell müßte hier die Klagfristansetzung nach Art. 109 SchRG erfolgen, da der Rekurrent die Hühner im Gewahrsam gehabt und der nachherige betreibungsamtliche Verkauf der Tiere seinen Anspruch auf die Beklagtenrolle nicht beeinträchtigt habe.

D. Die kantonale Aufsichtsbehörde hat von Gegenbemerkungen zum Rekurse abgesehen, das Betreibungsamt Menziken auf dessen Abweisung angetragen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Vor den kantonalen Instanzen ist der Rekurrent nicht als Beteiligten zum vorliegenden Beschwerdeverfahren beigezogen worden. Trotzdem steht ihm die Legitimation, den Entscheid der obern Aufsichtsbehörde an das Bundesgericht weiterzuziehen, dann zu, wenn dieser Entscheid in seine Rechtssphäre eingreift und eine auch für ihn verbindliche Regelung enthalten will (vergl. Sep.-Ausg. 8

Art. 35 Erw. 2 *). Ob dies zunächst für das Dispositiv zutrefte, womit das Betreibungsamt angewiesen wird, dem Ersteigerer Walbis den Besitz an den ersteigerten Hühnern zu übertragen, braucht nicht beurteilt zu werden, da der Rekurrent nach seinen Begehren und ihrer Begründung dieses Dispositiv unangefochten gelassen und nur gegen das andere Dispositiv rekuriert hat, wonach verfügt wird, daß sein Anspruch (sc. auf den Erlös) nach Art. 106/7 SchRG zu bereinigen sei. Dies berührt unzweifelhaft seine Rechtsstellung und es ist also hier seine Rekurslegitimation gegeben. Nur ist zu bemerken, daß sich der Rekurs nicht darauf beschränkt, das zuletzt genannte Dispositiv anzugreifen, sondern daneben noch ein Begehren enthält, das einen im bisherigen Beschwerdeverfahren gar nicht aufgeworfenen und beurteilten Punkt betrifft, nämlich das Begehren, den Betreibungsbeamten für die Bezahlung der vom Rekurrenten beanspruchten Forderung haftbar zu erklären. Auf dieses Begehren ist nicht einzutreten, da es an einem kantonalen und im besondern kantonalen oberinstanzlichen Beschwerdeentscheide hierüber mangelt (Art. 19 SchRG).

2. Mit Unrecht macht der Rekurrent geltend, die Vorinstanz habe das Verfahren der Art. 106/7 deshalb nicht anordnen dürfen, weil es sich um eine Forderung für Aufbewahrung und Unterhaltung gepfändeter Sachen nach den Art. 100 und 105 SchRG handle, die nicht in dem genannten Verfahren festzustellen sei. Nach den Akten (siehe unter A der Fakta) muß angenommen werden, daß der betriebene Schuldner selbst und nicht das Betreibungsamt einen Angestellten des Rekurrenten mit der Besorgung der dem Retentionsbeschlagnahmten Hühner betraut hat. Auf alle Fälle ist nicht dargetan und niemals behauptet worden, daß das Betreibungsamt, das sich nicht im Besitze dieser Retentionsgegenstände befand, einen solchen Auftrag je erteilt habe. Die behauptete Forderung des Rekurrenten und das dafür beanspruchte Pfandrecht haben also ihren Rechtsgrund nicht in einem Vertrage, den das Betreibungsamt, sondern in einem solchen, den der Schuldner mit dem Rekurrenten abgeschlossen hat oder allfällig in einer Geschäftsführung ohne Auftrag für Rechnung des Schuldners. Danach kann es sich also nicht um Betreibungskosten, deren Bezahlung

* Ges.-Ausg. 31 I Nr. 65 S. 356.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

dem Amte obläge, handeln, sondern liegt ein gewöhnliches, außerhalb des Betreibungsverfahrens begründetes Forderungsverhältnis zwischen dem Rekurrenten und dem Schuldner vor. Soweit diese Forderung durch ein Retentionsrecht am fraglichen Erlöse gesichert ist, ständen somit die obigen Anbringen des Rekurrenten der Anwendbarkeit des Verfahrens der Art. 106/7 SchKG nicht entgegen.

3. Dagegen kann dieses Verfahren aus einem andern Grunde nicht Platz greifen, den zwar der Rekurrent nicht ausdrücklich namhaft gemacht hat, der aber von Amtes wegen berücksichtigt werden muß, da die Bestimmungen darüber, welches Verfahren einzuschlagen sei, zwingender Natur sind. Es steht hier nämlich fest, daß der betreibende Gläubiger aus dem Gesamterlös der Pfandverwertung voll bezahlt werden konnte und bereits bezahlt ist, und daß sich noch ein Überschuß ergeben hat, der die vom Rekurrenten geltend gemachte Forderung erheblich übersteigt. Somit ist das eigentliche Betreibungsverfahren, das die zwangsweise Befriedigung der Forderung des betreibenden Gläubigers aus dem schuldnerischen Vermögen bezweckt, abgeschlossen, und handelt es sich, wenn unter den gegebenen Umständen darüber gestritten wird, ob und wieweit der Rekurrent einen Anspruch auf den genannten Überschuß habe oder nicht, um eine Streitfrage, die mit der Betreibung als solcher nichts mehr zu tun hat und daher nicht mehr innerhalb ihr zu erledigen ist. Demnach kann hier nicht nach den Art. 106/7 SchKG vorgegangen werden, da sonst das Amt die Betreibung nicht als durchgeführt abschreiben könnte, sondern bis zur Beendigung dieses Verfahrens abwarten müßte, um dann erst den genannten Mehrerlös nach Art. 144 gemäß dem Ausgang des Streites zu verteilen. Vielmehr hat das Amt die Summe, soweit sie zur allfälligen Deckung der behaupteten Retentionsforderung nötig ist, im Sinne von Art. 188 OR gerichtlich zu hinterlegen, worauf es dann dem Rekurrenten und dem frühern Schuldner Wanner freisteht, in der einem jeden von ihnen gutschmeindenden Weise vorzugehen, um ihre sich widersprechenden Ansprüche darauf zur Geltung zu bringen (vergl. auch Sep.-Ausg. 6 Nr. 81 S. 340*). Die für die Deckung der Retentionsforderung nicht erforderliche Quote dagegen kann dem

* Ges.-Ausg. 29 I Nr. 130 S. 616.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

frühern Schuldner sofort ausbezahlt und damit und mit jener Hinterlegung die Betreibung als geschlossen erklärt werden.

Nach all dem ist der Rekurs in dem Sinne gutzuheißen, daß das die Eröffnung des Verfahrens der Art. 106/7 SchKG anordnende Dispositiv des angefochtenen Entscheides aufgehoben und das Betreibungsamt angewiesen wird, in der soeben erwähnten Weise vorzugehen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Motive begründet erklärt und damit das die Eröffnung des Verfahrens der Art. 106/7 SchKG anordnende Dispositiv des angefochtenen Entscheides aufgehoben.

40. *Entscheid vom 17. März 1909 in Sachen Bütschi.*

Art. 90 SchKG: Anfechtbarkeit einer Pfändung, welche dem Schuldner nicht oder nicht richtig mitgeteilt wurde, wenn er infolgedessen ihr nicht beiwohnen konnte.

A. Am 9. September 1908 stellte der Rekurrent Bütschi in der gegen Franz Robert Spittler in Twann gerichteten Betreibung Nr. 6380 das Fortsetzungsbegehren, worauf am folgenden Tage das Betreibungsamt Nidau dem Schuldner die Pfändung auf den 12. September nachmittags 2 Uhr ankündigte. In diesem Zeitpunkte war die Schwester des Schuldners, Luise Spittler, in dessen Wohnung anwesend, um ihn beim Pfändungsvollzuge zu vertreten, und wartete bis gegen 4 Uhr vergeblich auf den Pfändungsbeamten (Weibel), worauf sie sich entfernte. Der Beamte erschien nachher, fand die Wohnung geschlossen und niemanden anwesend. Er pfändete dann verschiedene — bereits in ein Grundpfandverwertungsverfahren der Ersparnis-Kasse Nidau einbezogene — Nebliensschaften des Schuldners. In der Pfändungsurkunde wurde unrichtigerweise erklärt: die Pfändung sei auf den 12. September 1908 nachmittags 3 Uhr angekündigt und die Schwester des Schuldners, Luise Spittler, anwesend gewesen und diese habe