

persönlich haftender Drittschuldner an der Anerkennung des Pfandrechtes durch die Konkursmasse ein in die Augen springendes Interesse hat: Solange der Dritteigentümer aufrecht steht, kann der Altschuldner den Gläubiger, der ihn persönlich in Anspruch nehmen will, darauf verweisen, dass er zunächst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 SchKG und Art. 85 Abs. 2 VZG). Geht durch die Konkursöffnung über den Dritteigentümer dieses beneficium excussionis realis dem Altschuldner verloren, so soll er doch mindestens vom Konkursamt verlangen können, dass es der gesetzlichen Vorschrift, eben dem Art. 246 SchKG, Folge leiste, welche ihm die Pflicht auferlegt, von Amtes wegen das aus den öffentlichen Büchern ersichtliche Pfandrecht zu berücksichtigen, damit er, wenn es ihm schon nicht mehr zugestanden wird, den Gläubiger durch die Verweisung auf das Pfand an seiner sofortigen persönlichen Belangung zu hindern, doch mindestens durch das Pfand möglichst weitgehend entlastet werde bzw. sich nach erfolgter persönlicher Belangung aus demselben wieder erholen könne.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird begründet erklärt und das Konkursamt angewiesen, dem Beschwerdeantrag Folge zu geben.

11. **Entscheid vom 5. März 1935 i. S. Hager.**

Keine durch Beschwerde anfechtbare Verfügung ist, trotz ausdrücklicher Ansetzung der Beschwerdefrist, die Aufforderung des Betreibungsamtes zur Rückzahlung des einem betreibenden Gläubiger zu Unrecht zugewiesenen Betrages (Art. 17 SchKG).

Ne constitue pas une décision sujette à plainte, malgré l'assignation d'un délai à cette fin, l'invitation d'un créancier par l'office de lui restituer une somme touchée à tort (Art. 17 LP).

La diffida ad un creditore di restituire all'ufficio un importo versatogli a torto non costituisce una decisione suscettibile

d'essere impugnata mediante reclamo neppure quando un termine venne esplicitamente fissato al creditore per procedere in tal modo (art. 17 LEF).

A. — D. Winkler verlangte als Bürge des Eugen Hager-Polli bei der Schweizerischen Volksbank von jenem Sicherstellung für 13,744 Fr., nahm einen Arrest auf Liegenschaftsanteile heraus, für die jedoch gemäss Art. 277 SchKG durch Solidarbürgschaft der Schweizerischen Kreditanstalt Sicherheit geleistet wurde, und führte die Betreuung auf Sicherheitsleistung durch. Als die Schweizerische Kreditanstalt hierauf 15,226 Fr. 90 Cts. an das Betreibungsamt bezahlte, zahlte dieses einen Teilbetrag von 3475 Fr. 90 Cts. an Winkler aus. Eine darauf vom Mitbürgen Ernst Hager als Zessionar der Schweizerischen Kreditanstalt gegen Winkler erhobene Klage auf Rückzahlung dieser (auf 3085 Fr. 70 Cts. reduzierten) Summe wurde durch Berufungsurteil des Bundesgerichtes vom 3. Juli 1934 abgewiesen, und zwar weil « der Schweizerischen Kreditanstalt bzw. dem Kläger als deren Zessionar ein direkter Anspruch gegen den Beklagten nicht zusteht », obwohl « der Beklagte aus seiner gegenüber der Volksbank für den Hauptschuldner Hager-Polli eingegangenen Bürgschaft bis heute noch nichts bezahlt hat und ihm infolgedessen gegen den Hauptschuldner auch noch keine Regressforderung zusteht, für die er die durch die Kreditanstalt bestellte Sicherheit in Anspruch nehmen könnte ». « Sache des Betreibungsamtes ist es, den Betrag vom Beklagten wieder beizubringen. Dem Betreibungsamt hat die Kreditanstalt die Bürgschaft geleistet und in Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung das Geld ausbezahlt. An dieses muss sie bzw. muss ihr Zessionar sich deshalb halten, wenn das Geld nicht richtig verwendet worden ist ».

Gestützt auf dieses Urteil schrieb das Betreibungsamt an Winkler: « Wir fordern Sie auf, uns den erwähnten Betrag wieder zuzustellen... Beschwerdefrist 10 Tage... »

Hierauf führte Winkler Beschwerde mit dem Antrag,

er sei nicht verpflichtet, an das Betreibungsamt 3745 Fr. 30 Cts. zurückzuerstatten.

Die untere Aufsichtsbehörde ist auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Diesen Entscheid hat Ernst Hager an die obere Aufsichtsbehörde und nach Abweisung an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag auf Aufhebung des Entscheides der unteren Aufsichtsbehörde und Abweisung der Beschwerde, eventuell Rückweisung zur materiellen Beurteilung der Beschwerde.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung :*

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Rekurrent durch den weitergezogenen Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde beschwert wäre. Allein bei der von der Vorinstanz nichtsdestoweniger ausgesprochenen Zulassung der Weiterziehung ist jener Entscheid zu bestätigen. Eine durch Beschwerde anfechtbare Verfügung des Betreibungsamtes liegt nur vor bei Handlungen, die es im Rahmen seiner amtlichen Befugnisse vornimmt, und die für den davon Betroffenen einen Rechtsnachteil zur Folge haben können. Dies ist bei Zahlungen des Betreibungsamtes nur insofern der Fall, als sie an einen nicht darauf Berechtigten geleistet werden. Damit nicht der Anspruch des wahren Berechtigten beeinträchtigt werde, kann er gegen eine solche Zahlung Beschwerde führen, freilich nicht mit dem Ziel der Aufhebung der Zahlung, sondern nur mit dem Antrag, dass ungeachtet der bereits, aber eben an den Unberechtigten, geleisteten Zahlung nochmals gezahlt werde und zwar an ihn, den auf diese Zahlung Berechtigten. Will sich dann das Betreibungsamt (der Justizfiskus) beim unberechtigten Empfänger der ersten Zahlung erholen, so steht ihm hiefür keine Amtsgewalt zu Gebote, d. h. es kann dem Zahlungsempfänger nicht einfach den bezahlten Betrag bzw. dessen Aequivalent an Geld oder verwertbaren Vermögensgegenständen irgendwelcher Art

wegnehmen, weil das SchKG keinen derartigen Rechtsbehelf vorsieht. Vielmehr ist das Betreibungsamt auf den gewöhnlichen Rechtsbehelf zur Rückgängigmachung von ohne Rechtsgrund geleisteten Zahlungen angewiesen, also auf die gerichtliche Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (sofern seiner Zahlungsaufforderung nicht gutwillig Folge geleistet oder gegen seinen Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben wird). Dabei hilft dem Betreibungsamt seine eigene Zahlungsaufforderung in keiner Weise, auch wenn der Belangte sie ohne Widerspruch hat an sich herankommen lassen ; zumal dient sie ihm nicht etwa als Rechtsöffnungstitel, eben weil es an jeglicher ihm durch das SchKG verliehenen bezüglichen amtlichen Befugnis fehlt. Aus dem gleichen Grunde können auch nicht etwa die Aufsichtsbehörden dem Betreibungsamt mit einem den unberechtigten Zahlungsempfänger zur Rückzahlung verurteilenden Entscheid helfen, weshalb die Ansetzung einer Beschwerdefrist ganz unbehelflich war. Vielmehr kann ein das Betreibungsamt zu nochmaliger Zahlung (an den Berechtigten) verurteilender Entscheid der Aufsichtsbehörden nur im Bereicherungsprozess zum Nachweis dafür dienen, dass die erste Zahlung ohne Rechtsgrund geleistet worden ist. Und im vorliegenden Falle wird das Betreibungsamt von dem vorgezeichneten Vorgehen insbesondere nicht etwa durch das Berufungsurteil des Bundesgerichtes entbunden, an dem das Betreibungsamt ja nicht als Partei beteiligt ist und das auch gar nicht zur Verurteilung des Winkler geführt hat. Somit ist die Zahlungsaufforderung an Winkler zwar eine Willensäußerung des Betreibungsamtes, jedoch mit keiner weitergehenden Rechtswirkung ausgestattet als derartige Aufforderungen von Privatleuten, und daher nicht eine Verfügung im Sinne des Art. 17 SchKG. Bezüglich solcher nicht der Amtsgewalt entspringenden Willensäußerungen des Betreibungsamtes besteht auch kein Bedürfnis dafür, dass sie auf ihre Angemessenheit und Rechtsmässigkeit von den Aufsichtsbehörden nachgeprüft werden ; irgend-

welche Rechtsverbindlichkeit käme ja auch einem beides bejahenden Entscheid ohnehin nicht zu.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :
Der Rekurs wird abgewiesen.

12. Entscheid von 20. März 1935 i. S. Wajnyb.

Wechselbetreibung. Gegen einen im Handelsregister nicht eingetragenen Verein ist die Wechselbetreibung auch dann unzulässig, wenn der Gläubiger behauptet, der Verein sei gemäss Art. 61 Abs. 2 ZGB zur Eintragung verpflichtet. Die Herbeiführung eines Entscheides der Handelsregisterbehörden über die Eintragungspflicht hat nicht durch das BA von Amtes wegen zu erfolgen, sondern bleibt dem betreibenden Gläubiger überlassen. Vor der Eintragung kann nur auf Pfändung betrieben werden.

SchKG Art. 39, 177 ff ; ZGB Art. 61 ; Handelsreg. Vo Art. 26.

Poursuite pour effets de change. Une association non inscrite au registre du commerce ne peut pas être poursuivie par la voie de la poursuite pour effets de change, même si le créancier affirme qu'elle devrait être inscrite en vertu de l'art. 61 al. 2 Cc. Ce n'est pas à l'office, mais au créancier à provoquer une décision de l'autorité compétente sur la nécessité de l'inscription. *Avant l'inscription,* l'association ne peut être poursuivie que par voie de saisie.

Esecuzione cambiaria. Una associazione non iscritta nel registro di commercio non può essere escussa in via cambiaria anche se il creditore adduce che dovrebbe essere iscritta in virtù dell'art. 61 ep. 2 Cc. Non tocca all'ufficio, ma al creditore, di provocare una decisione dell'autorità competente circa l'obbligo dell'iscrizione. Prima dell'iscrizione, l'associazione può essere escussa solo in via di pignoramento.

Art. 39, 177 LEF ; 61 Cc ; 26 reg. registro di com.

A. — Der Rekurrent leitete am 3. Dezember 1934 gegen das « Fürsorge- und Erziehungsheim vom Guten Hirten » in Altstätten die Wechselbetreibung ein gestützt auf ein im Namen dieser Anstalt von deren Oberin ausgestelltes Akzept. Gegen den Zahlungsbefehl beschwerte sich die Anstalt mit dem Antrage auf Aufhebung der Wechsel-

betreibung und der Begründung, das « Fürsorge- und Erziehungsheim vom Guten Hirten » sei im Handelsregister nicht eingetragen, es besitze überhaupt nicht Rechtspersönlichkeit und unterliege daher der Wechselbetreibung nicht. In ihrem die Beschwerde schützenden Entscheide führte die untere Aufsichtsbehörde aus, das rechtliche Verhältnis zwischen dem « Heim » und dem dieses beaufsichtigenden « Verein vom Guten Hirten » brauche hier nicht erörtert zu werden, gerichtsnotorisch sei jedenfalls, dass für die Verbindlichkeiten des Heims der Verein nicht hafte. Das Heim sei, wenn auch die Buchhaltung nach kaufmännischer Art geführt werde, nicht ein Gewerbe mit Gewinnzweck, daher zur Eintragung im Handelsregister nicht verpflichtet und unterliege somit der Wechselbetreibung nicht. — Hiegegen rekurrierte der Gläubiger an die obere kantonale Aufsichtsbehörde mit dem Antrage auf Zulässigkeitsklärung dieser Betreibungsart. Er führte aus, das « Heim » besitze nicht eigene Rechtspersönlichkeit, sondern bilde lediglich den Gewerbebetrieb des « Vereins vom Guten Hirten » ; dieser habe als Betriebsinhaber für die Schulden des « Heims » aufzukommen, sei pflichtgemäss im Handelsregister eingetragen und unterliege daher für vom Heim eingegangene Wechselverbindlichkeiten der Wechselbetreibung. Käme jedoch dem « Fürsorge- und Erziehungsheim » eigene Rechtspersönlichkeit zu, so wäre auch ohne Eintragung im Handelsregister die Wechselbetreibung gegen das Heim zulässig auf Grund seiner blossen Eintragungspflicht, wofür sich der Rekurrent auf BGE 56 III Nr. 35 beruft.

B. — Mit Urteil vom 22. Februar 1935 hat die Vorinstanz in Abweisung der Beschwerde den Entscheid der untern Aufsichtsbehörde geschützt. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem « Fürsorge- und Erziehungsheim » und dem « Verein zum Guten Hirten » kommt sie anhand der Statuten des letztern und eines Vertrages zwischen dem Verein und den « Frauen vom Guten Hirten » in Altstätten, die das Heim leiten, zu dem Schlusse,