

**Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.
Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.**

18. Entscheid vom 10. März 1915 i. S. Konkursmasse Leitner.

Ein Pfandausfallschein im Sinne des Art. 158 SchKG ist auch demjenigen Grundpfandgläubiger auszustellen, der zwar nicht selber auf Pfandverwertung betrieben hat, dessen Pfanddeckung sich jedoch anlässlich einer von einem vorgehenden Pfandgläubiger bewirkten Verwertung als ungenügend erwiesen hat.

A. — Am 16. Juli 1914 gelangte auf Grund einer von der Handwerkerbank Basel als Inhaberin der II. Hypothek gegen Emil Baumann in Basel durchgeführten Grundpfandbetreibung die dem Schuldner gehörende Liegenschaft Kannenfeldstrasse 30 in Basel zur gerichtlichen Versteigerung. Laut nicht angefochtenem Lastenverzeichnis lasteten auf der Liegenschaft als fällige Forderungen (ausser Steuern) die erste und die zweite Hypothek nebst Zinsen, sowie drei verfallene Jahreszinse der dritten Hypothek (Gläubiger Rob. Leitner) mit 416 Fr. 80 Cts., 427 Fr. 50 Cts. und 427 Fr. 50 Cts., als nicht fällige Forderungen (ausser Strassenbeitragskosten): das Kapital der III. Hypothek im Betrage von 9000 Fr., sowie der laufende Zins der III. Hypothek im Betrage von 45 Fr. 10 Cts. Der Steigerungserlös im Betrage von 60,000 Fr. deckte die Steuern, den Strassenbeitrag, die I. Hypothek nebst Zinsen, sowie einen Teil der II. Hypothek, während die III. Hypothek ungedeckt blieb.

B. — Gestützt auf dieses Ergebnis stellte das Betrei-

bungsamt Basel am 18. Dezember 1914 dem Inhaber der III. Hypothek, bzw. dem Konkursamt Basel-Stadt als Vertreter seiner Konkursmasse, für den ganzen Betrag seiner Forderung einen Pfandausfallschein im Sinne des Art. 158 Abs. 2 SchKG aus.

Auf Beschwerde des Schuldners Baumann erkannte die kantonale Aufsichtsbehörde am 16. Februar 1915 :

» Das Betreibungsamt wird angewiesen, den am 18. Dezember 1914 an die Konkursmasse ausgestellten Pfandausfallschein betr. 9000 Fr. III. Hypothek auf der Liegenschaft Kannenfeldstrasse 30, ungültig zu erklären.
 » Das Betreibungsamt wird angehalten den zu Verlust gekommenen Gläubigern der Konkursmasse Robert Leitner eine Bescheinigung für den nicht gedeckten Betrag der III. Hypothek der hiervor genannten Liegenschaft auszustellen. »

Dieser Entscheid beruht auf der Erwägung, dass nach Art. 158 nur der *b e t r e i b e n d e* Pfandgläubiger einen Pfandausfallschein mit den in Abs. 2 vorgesehenen Wirkungen beanspruchen könne. Der *n i c h t* Betreibende habe lediglich einen Anspruch auf eine einfache Bescheinigung des Inhalts, dass seine Forderung infolge der Verwertung ungedeckt geblieben sei; diese Bescheinigung gebe ihm aber nicht das Recht, die Pfändungsankündigung oder Konkursandrohung zu verlangen, ohne selber betrieben zu haben.

C. — Gegen diesen Entscheid hat das Konkursamt Basel-Stadt namens der Konkursmasse Leitner rechtzeitig und in richtiger Form den Rekurs an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheissung der Massnahme des Betreibungsamtes vom 18. Dezember 1914.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Zu entscheiden ist die Frage, ob und eventuell unter welchen Voraussetzungen ein Pfandausfallschein

im Sinne des Art. 158, speziell Abs. 2, auch demjenigen Pfandgläubiger auszustellen sei, der keine Betreibung auf Pfandverwertung angehoben hat.

Dass nach dem *W o r t l a u t* der zu interpretierenden Gesetzesbestimmung das Recht auf einen Pfandausfallschein mit der in Abs. 2 angegebenen Wirkung nur dem *b e t r e i b e n d e n* Pfandgläubiger zuzustehen scheint, ist unbestreitbar und wurde denn auch schon in einem früheren Entscheide des Bundesgerichts (AS 35 I Nr. 81 = Sep. Ausg. 12 Nr. 28) konstatiert. Dagegen fragt sich, ob nicht die *ratio legis* eine *a u s d e h n e n d e* Interpretation erfordert.

2. — Der Grund, warum das Gesetz dem betreibenden Pfandgläubiger das Recht gewährt, die Betreibung binnen Monatsfrist ohne neuen Zahlungsbefehl auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses fortzusetzen, liegt darin, dass der Pfandgläubiger, solange sein Pfandrecht existierte, nicht in der Lage war, die gewöhnliche Betreibung anzuheben, und daher ohne die Bestimmung des Art. 158 Abs. 2 Gefahr laufen würde, schlechter gestellt zu sein, als diejenigen Gläubiger, die kein Pfandrecht besaßen, und die deshalb gleich von Anfang an die gewöhnliche Betreibung einleiten konnten. Für den hieraus resultierenden Zeitverlust wollte der Gesetzgeber den Pfandgläubiger dadurch schadlos halten, dass er ihm das Recht einräumte, die Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses fortzusetzen. Dieses Verfahren erschien umsomehr gerechtfertigt, als dadurch keine schutzwürdigen Interessen des Schuldners oder der Chirographargläubiger verletzt werden. Was nämlich den Schuldner betrifft, so hat er schon anlässlich der Pfandbetreibung Gelegenheit zur Bestreitung der in Betreibung gesetzten Forderung erhalten. Die Chirographargläubiger aber werden infolge Hinzutritts des nicht oder nicht voll befriedigten Pfandgläubigers nicht schlechter gestellt, als wenn das Pfandrecht von Anfang an nicht existiert und der Pfandgläubiger

daher, wie sie, die gewöhnliche Betreibung eingeleitet hätte.

3. — Fragt es sich nun, ob und inwieweit diese Erwägungen auch auf denjenigen Pfandgläubiger zutreffen, der den Schuldner zwar nicht selber betrieben hat, dessen Pfand aber infolge einer von anderer Seite durchgeführten Pfandbetreibung sich als ungenügend erwiesen hat, so kann zunächst nicht bestritten werden, dass auch er, solange sein Pfandrecht existierte, an der Anhebung einer gewöhnlichen Betreibung gehindert war. Wenn er es also in dem Zeitpunkte, in welchem auf Veranlassung eines andern die Pfandverwertung stattfindet, noch nicht bis zur Pfändungsankündigung oder Konkursandrohung gebracht hat, so kann ihm dies ebensowenig als Mangel an Diligenz angerechnet werden, wie demjenigen, der die Pfandbetreibung angehoben und durchgeführt hat. Darin aber, dass er den Schuldner nicht ebenfalls auf Pfandverwertung betrieben hat, kann ein solcher Mangel an Diligenz deshalb nicht erblickt werden, weil ja, wenn die Voraussetzungen des Art. 126 erfüllt sind, schon eine Pfandbetreibung zur Verwertung des Pfandes führt, und an dem Ergebnis dieser Verwertung diejenigen Pfandgläubiger, die nicht betrieben haben, ebensowohl partizipieren, wie wenn sie auch ihrerseits Betreibung angehoben hätten. Sobald daher in Bezug auf ein bestimmtes Pfand eine Betreibung auf Pfandverwertung angehoben ist, liegt zu einer zweiten Pfandbetreibung in Bezug auf dieses nämliche Pfand kein Anlass mehr vor. Eine solche zweite Betreibung wäre von vornherein dazu bestimmt, mit der Durchführung der ersten als gegenstandslos dahinzufallen. Durch ihre Anhebung würden bloss dem Gläubiger mehr Umtriebe und dem Schuldner mehr Kosten verursacht. Sie ist deshalb dem Gläubiger nicht zuzumuten.

Die Interessen des Schuldners sodann werden, wenigstens bei der Grundpfandbetreibung, durch ein Pfändungs- oder Konkursbegehren seitens desjenigen

Pfandgläubigers, der nicht betrieben hat, nicht in stärkerem Masse berührt, als durch ein solches seitens desjenigen, der betrieben hat. Ebenso wie dem Schuldner durch die Betreibung Gelegenheit zur Bestreitung der Forderung oder des Pfandrechts, oder der Fälligkeit der Forderung des betreibenden Gläubigers gegeben war, ebenso ist ihm bei der Grundpfandbetreibung durch die Aufstellung des Lastenverzeichnisses, das ihm nach Art. 140 Abs. 2 mitgeteilt wurde, zur Bestreitung auch der nicht in Betreibung gesetzten, als pfandversichert bezeichneten Forderungen, bzw. ihrer Fälligkeit, Gelegenheit geboten worden, und zwar (nach Art. 140 Abs. 2) mit derselben zehntägigen Frist, wie bei der Betreibung. Hat der Schuldner diese Bestreitungsfrist unbenutzt ablaufen lassen, oder ist er in dem darauf vom Pfandrechtsansprecher angehobenen Prozesse unterlegen, so befindet er sich in der genau gleichen Rechtslage, wie wenn er gegenüber einer von jenem eingeleiteten Betreibung die Erhebung des Rechtsvorschlags unterlassen hätte oder in dem gemäss Art. 79 angestregten ordentlichen Forderungsprozess, oder endlich mit einer von ihm gemäss Art. 83 Abs. 2 erhobenen Aberkennungsklage unterlegen wäre. Der Schuldner hat somit kein berechtigtes Interesse daran, dass derjenige Pfandgläubiger, der infolge einer von anderer Seite angehobenen Pfandbetreibung die Insuffizienz seines Pfandes konstatieren muss, in Bezug auf das weitere Vorgehen schlechter gestellt werde, als derjenige, der betrieben hat.

Was ferner die Interessen der Chirographargläubiger betrifft, so ist nicht einzusehen, inwiefern es für sie einen Unterschied machen soll, ob ein Pfandgläubiger infolge einer von ihm oder von einem andern Pfandgläubiger eingeleiteten Pfandbetreibung dazu gelangt ist, einerseits die Existenz und Fälligkeit seiner Forderung, andererseits die Unzulänglichkeit des Pfandes feststellen zu lassen. Von einer Verletzung berechtigter Interessen der Chirographargläubiger könnte nur dann

gesprochen werden, wenn ein Pfandgläubiger auf diese Weise früher zur Pfändung gelangen könnte, als die Chirographargläubiger; dies ist aber schon wegen der langen Fristen bei der Pfandbetreibung, zumal bei der Grundpfandbetreibung, — ganz abgesehen von der durch die Verwertung selbst in Anspruch genommenen Zeit — völlig ausgeschlossen.

Endlich kann auch von einer Besserstellung des nicht betreibenden gegenüber dem betreibenden Pfandgläubiger im Falle der Ausstellung eines Pfandausfallscheins an den letztern nicht gesprochen werden. Der Nichtbetreibende ist im Gegenteil insofern schlechtergestellt, als das Pfand ohne sein Zutun liquidiert worden ist, in einem Momente, der vielleicht für die Erzielung eines dem wirklichen Werte des Pfandes entsprechenden Preises sehr ungeeignet war, sodass u. U. gerade noch der betreibende, nicht dagegen auch der ihm nachgehende, nicht betreibende Pfandgläubiger gedeckt werden konnte. Wenn der Nichtbetreibende es geschehen lassen muss, dass die Verwertung des Pfandes von einem solchen Gläubiger herbeigeführt wird, der an der Erzielung eines guten Preises möglicherweise ein geringeres Interesse hat, als er, so ist es bloss billig, dass er wenigstens bei der darauf folgenden Vollstreckung in die Person des Schuldners jenem gleichgestellt werde.

4. — Dem Grundpfandgläubiger, dessen Pfand sich anlässlich einer von anderer Seite (d. h. von einem vorgehenden Pfandgläubiger) angehobenen Pfandbetreibung als ungenügend erwiesen hat, ist somit das Recht auf einen Pfandausfallschein mit den in Art. 158 Abs. 2 vorgesehenen Wirkungen in gleicher Weise zuzuerkennen, wie demjenigen, der die Pfandbetreibung angehoben hat. Auch er kann also für denjenigen Teil seiner Forderung, der im bereinigten oder nicht angefochtenen Lastenverzeichnis als fällig angeführt ist, sofort Pfändung oder Konkursandrohung verlangen. Es handelt sich hier um

eine ähnliche Präsump tion der Zahlungs unfähigkeit, wie in den Fällen des Art. 190, in denen ebenfalls ohne Zahlungsbefehl zur Exekution geschritten werden kann. Während aber in jenen Fällen die Konkursöffnung auch von einem solchen Gläubiger verlangt werden kann, der seine Forderung bloss glaubhaft macht, und während dort die Forderung nicht einmal fällig zu sein braucht (JAEGER, Note 2 zu Art. 190), liegt im Falle des Art. 158 nach durchgeführter Grundpfandbetreibung bereits eine als fällig anerkannte oder festgestellte Forderung vor, sodass es sich umsomehr rechtfertigt, von dem Erfordernis des Zahlungsbefehls abzusehen.

In diesem Sinne ist Art. 158 — mit JAEGER Note 1 Abs. 2 zu Art. 158 und entgegen BGE 35 I Nr. 81 (Sep. Ausg. 12 Nr. 28) — auch auf denjenigen Grundpfandgläubiger anzuwenden, der nicht betrieben hat. Dies führt im vorliegenden Falle, auf Grund der im Lastenverzeichnis enthaltenen, nicht angefochtenen Angaben über die Fälligkeit der einzelnen Teile der Forderung des Robert Leitner (vergl. übrigens Art. 818 ZGB in Verbindung mit Art. 219 Abs. 3 SchKG neuer Fassung und Art. 25 Abs. 1 SchlTZGB) zur teilweisen Guttheissung des Rekurses, und zwar in dem aus Dispositiv 1 hienach ersichtlichen Umfang.

Es versteht sich von selbst, dass der Konkursmasse Leitner in Bezug auf den nicht fälligen Teil der Forderung, — für welchen sie nach den vorstehenden Ausführungen keinen eigentlichen Pfandausfallschein beanspruchen kann, — immerhin eine Bescheinigung im Sinne des Entscheides der kantonalen Aufsichtsbehörde auszustellen ist.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird dahin teilweise gutgeheissen, dass der Rekurrentin für die Zinsforderungen von 416 Fr. 80 Cts.

per 15. Juni 1912, 427 Fr. 50 Cts. per 15. Juni 1913 und 427 Fr. 50 Cts. per 15. Juni 1914 ein Pfandausfallschein auszustellen ist, dagegen nicht für die Kapitalforderung von 9000 Fr. und die Zinsforderung von 45 Fr. 10 Cts. per 23. Juli 1914.

19. Entscheid vom 10. März 1915 i. S. Reichlin.

Allgemeine Betreibungsstundung. Beschwerderecht des Sachwalters gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörde, welche die gemeinsamen Interessen der Gläubiger beeinträchtigen. Begehren der Bürgen des Pfandgläubigers, dass die während der dem Pfandschuldner gewährten allgemeinen Betreibungsstundung eingehenden Mietzinsen der verpfändeten Liegenschaft vorab zur Zahlung der Hypothekarzinsen verwendet werden. Legitimation zur Beschwerde. Inkompetenz der Aufsichtsbehörden zur Beurteilung des Begehrens.

A. — Die Firma Stärkle & Schmid in Lachen-Vonwil hat bei der Eidgenössischen Bank A.-G. in St. Gallen ein Darlehen von 50,000 Fr. aufgenommen und als Sicherheit dafür zwei Hypothekartitel, haftend auf einer ihr selbst gehörenden Liegenschaft in Lachen-Vonwil, zu Faustpfand hinterlegt. Gemäss der bezüglichen Verschreibung erstreckt sich das Pfandrecht der Bank auf die Titel « mit Einschluss aller dazu gehörigen Erträge (ausstehende und laufende Zinsen usw.) ». Ausserdem haben für die fragliche Darlehensforderung nebst Akzessorien die heutigen Rekursgegner Hugo Lemm Eisenhändler, Karl Gschwend, Hafnermeister, und Portmann, Dachdeckermeister, alle drei in St. Gallen, Bürgschaft geleistet. Nach Erlass der Verordnung des Bundesrats vom 28. September 1914 betreffend Ergänzung und Abänderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs für die Zeit der Kriegswirren hat die Firma Stärkle & Schmid beim Bezirksgericht Gossau um eine allgemeine Betreibungsstun-

dung im Sinne von Art. 12 ff. ebenda für sechs Monate nachgesucht und sie (wann, geht aus den Akten nicht hervor) bewilligt erhalten. Als Sachwalter wurde von der Nachlassbehörde der heutige Rekurrent Dr. Reichlin, Bezirksgerichtsschreiber in Gossau bezeichnet. Infolgedessen stellten Lemm, Gschwend und Portmann in ihrer Eigenschaft als Bürgen der Eidg. Bank am 9. Januar 1915 an den Sachwalter das Begehren, es möchten die eingehenden Mietzinsen der Liegenschaft auf der die der Bank verpfändeten Titel hafteten (nach Analogie von Art. 806 ZGB) vorab zur Bezahlung der Hypothekar- bzw. Faustpfandzinse verwendet werden und erneuerten, vom Sachwalter durch Schreiben vom 11. Januar 1915 mit der Begründung abgewiesen, dass die Bank nicht Hypothekar — sondern lediglich Faustpfandgläubigerin sei und als solche die Rechte aus Art. 806 ZGB nicht geltend machen könne, diesen Antrag auf dem Beschwerdeweg.

Durch Entscheid vom 12. Februar 1915 hat die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde « im Sinne der Motive » gutgeheissen. Aus den letzteren ist hervorzuheben: gemäss geltender Praxis stehe das Beschwerderecht allen Personen zu, deren rechtlich geschütztes Interesse durch die angefochtene Verfügung beeinträchtigt werde. Die Frage, ob dies hier in Bezug auf die Beschwerdeführer zutrefte, sei zu bejahen. In materieller Beziehung sei davon auszugehen, dass nach der Praxis auch Eigentümerpfandtitel verpfändet werden könnten, der in den Händen des Schuldners befindliche Titel also die Rechtskraft nicht nur durch die Begebung zu Eigentum, sondern auch durch diejenige zu Pfand erlange, wobei der Umfang seiner Geltung im einen wie im anderen Falle derselbe sei, indem er sich nach dem Wortlaut des Titels bestimme. Der vom Sachwalter erhobene und oft gehörte Einwand, dass in einem solchen Falle Gegenstand des Faustpfandrechts nur das im Titel erwähnte grundversicherte Kapital und nicht