

II. Von der kantonalen Aufsichtsbehörde abgewiesen, erneuerte Hirsch sein Rechtsbegehren in einem rechtzeitig eingereichten Rekurs an das Bundesgericht.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Wie die Bundesbehörden wiederholt erkannten, enthält die Bestimmung des Art. 41 Abs. 1 B.-G., wonach für pfandversicherte Forderungen die Betreibung durch Pfandverwertung fortgesetzt wird, nicht zwingendes Recht, in dem Sinne, daß für pfandversicherte Forderungen diese Betreibungsart die einzige gesetzlich statthafte sei. Vielmehr will Art. 41 cit. vor allem dem betriebenen Schuldner eine Rechtswohlthat einräumen, indem er ihn befugt, zu verlangen, daß die Betreibung sich in erster Linie gegen das für die betriebene Forderung bestellte Pfand richte und vor dessen Realisierung sich nicht auf sonstiges Vermögen erstrecken solle. Demgemäß ist aber die Möglichkeit eines Verzichtes auf diese Vergünstigung seitens des Schuldners gesetzlich nicht ausgeschlossen, und es hat denn auch die bisherige Praxis einen solchen Verzicht wenigstens dann als rechtsverbindlich anerkannt, wenn er erst nach angehobener Betreibung erfolgte (vgl. Archiv I, 22 und 23; II, 65; III, 131; Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Dintel vom 19. März 1901; Amtl. Samml., Bd. XXVII, 1, Nr. 20, S. 129 ff., und Sep.-Ausg. IV, Nr. 10, S. 37 ff.). Des fernern ist, wie in den soeben citierten Entscheiden ebenfalls angenommen wurde, für die Rechtsgültigkeit eines derartigen Verzichtes auch nicht etwa erforderlich, daß er seitens des Schuldners ausdrücklich erklärt sei; sondern er muß schon als vorhanden angesehen werden, wenn der Betriebene gegen die Zustellung des auf die ordentliche Pfändungs- bzw. Konkursbetreibung lautenden Zahlungsbefehles nicht rechtzeitig Beschwerde erhoben hat. Diese Unterlassung als solche kommt von Gesetzes wegen einem Verzicht gleich, selbst wenn beim Schuldner die Absicht eines solchen nicht obgewaltet haben sollte.

Gemäß vorstehenden Grundsätzen kann von der Aufhebung der in Frage stehenden Konkursandrohung nicht die Rede sein. Denn gegen die Zustellung des Zahlungsbefehles vom 6. Juli 1901 hat Hirsch bei der Aufsichtsbehörde nicht Beschwerde geführt. Diese

Borkehr konnte auch nicht dadurch ersetzt werden, daß der Rekurrent bei Erklärung des Rechtsvorschlages gegen die Betreibung auf Konkurs Protest einlegte. Denn die Einwendungen gegen die Zulässigkeit einer bestimmten Betreibungsart sind eben nicht durch Rechtsvorschlag und beim Betreibungs- bzw. Konkursamte, sondern durch Beschwerde gegen letztere Amtsstelle bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

107. Sentenza del 22 ottobre 1901 nella causa  
*Mancini-Reschigna.*

Allestimento della graduatoria, art. 147 L. E. F. — Senso dell'art. 146 concernendo la graduatoria. — Errore nell'elenco oneri; mancanza d'opposizione.

I. In una esecuzione iniziata dagli eredi fu avvocato Mosto Rusca, in Locarno, contro gli eredi del fu Antonio Regolatti, da Loco, per il pagamento di una somma di 1129 fr. 90, l'Ufficio di Esecuzione pubblicava il 13 aprile 1900 il primo avviso d'incanto invitando, a termini dell'art. 138 della legge federale, i creditori ipotecari ad insinuare entro 20 giorni le loro pretese. Ossequiando a questo invito, l'avvocato L. Mancini in Locarno notificava il 25 di aprile un credito ipotecario di 500 fr. di sua moglie, nata Reschigna, contro Antonio Regolatti fu Antonio, rivendicando in favore dello stesso un diritto ipotecario su tutti i beni indicati nell'avviso d'incanto. In realtà il credito della signora Mancini non concerneva l'Antonio Regolatti, contro i cui eredi era diretta l'esecuzione, ma uno dei di lui tre figli ed eredi, pure di nome Antonio, per modo che l'ipoteca che lo garantiva, colpiva non la totalità, ma solo il terzo dei beni messi in vendita; ma l'Ufficio, indotto probabilmente in errore dall'omo-

nimia, lo iscrisse nell'elenco oneri come ipotecariamente garantito sulla totalità dei beni, e l'elenco così allestito non fu contestato dai creditori procedenti, cui fu regolarmente comunicato a nome dell'art. 140. Andato deserto il primo incanto, i beni furono aggiudicati al secondo al signor ing. Em. Rusca per la somma di 612 fr. 60. Il 30 di ottobre, in occasione dell'erezione dell'istromento di vendita, l'Ufficio, presente il deliberatario, versò nelle mani della signora Mancini la somma di 562 fr. 50 in pagamento del suo credito, capitale ed interessi. Il giorno seguente gli eredi Rusca, venuti a quanto sembra a cognizione dell'errore, ricorsero all'Autorità inferiore di vigilanza domandando che l'Ufficio avesse a reclamare dalla signora Mancini-Reschigna il riversamento della somma sborsata e ad allestire lo stato di graduatoria dei creditori, di cui all'art. 157 della legge federale, prima di effettuare il pagamento dei crediti iscritti nell'esecuzione, osservando a giustificazione del loro ricorso che il credito Reschigna si riferiva ad uno dei tre fratelli escussi, Antonio, e non già al loro padre, pure di nome Antonio; che la ipoteca Reschigna, anteriore a quella dei ricorrenti, comprendeva di conseguenza unicamente la terza parte dei beni posti all'incanto, che la creditrice aveva quindi soltanto diritto alla terza parte della somma ricavata dalla vendita dei beni stessi.

L'Ufficio di Esec. rispondeva che il credito Mancini era stato iscritto nell'elenco oneri come gravante tutti i beni posti all'incanto e non solamente un terzo; che l'elenco oneri non era stato contestato ed era quindi divenuto definitivo; che di conseguenza la signora Mancini doveva essere pagata in forza di un diritto poziore su tutto il prodotto della vendita; che questo modo di vedere era stato condiviso anche dal rappresentante degli eredi Rusca che aveva assistito al pagamento della signora Mancini ed aveva dichiarato di consentirvi e che in queste condizioni non era più il caso di allestire la graduatoria.

Da parte sua la signora Mancini, pel caso in cui le Autorità di vigilanza avessero ad ingiungere l'allestimento dello stato di graduatoria e che gli eredi Rusca fossero ammessi

ad attaccare la graduatoria da allestirsi, domandava l'annullazione di tutti gli atti esecutivi avvenuti, perchè fosse proceduto prima alla divisione dei beni in comune fra i fratelli Regolatti e fosse stabilito quali erano i beni che appartenevano all'Antonio Regolatti, affetti da ipoteca.

Con decisione 25 aprile 1901 l'Autorità inferiore di vigilanza ammetteva il ricorso degli eredi Rusca, ordinava all'Ufficio l'erezione della graduatoria e lo invitava a richiedere dalla signora Mancini la somma che le era stata versata in più di quella alla quale avrebbe avuto diritto secondo la graduatoria da allestirsi.

Questa decisione veniva confermata dall'Autorità superiore di vigilanza ed è contro il giudizio di quest'ultima che la signora Mancini ricorre attualmente al Tribunale federale.

Gli eredi Rusca concludono al rigetto del ricorso.

*In diritto:*

La procedura relativa all'allestimento della graduatoria ha per unico scopo di determinare od eventualmente di far determinare dal giudice il grado spettante ai diversi crediti, che deve servire di base al riparto.

Nonostante i termini generali in cui è concepito l'art. 146, che dispone doversi allestire la graduatoria ogniqualvolta la somma ricavata non basta a soddisfare tutti i creditori, l'Ufficio potrà esimersi da tale atto, ove lo scopo cui mira appaia già altrimenti raggiunto, quando cioè il grado dei diversi crediti risulta già determinato per comune consenso dei creditori interessati, come avvenne appunto nel caso attuale. Risulta infatti che i soli creditori che presero parte all'esecuzione sono i ricorrenti e la signora Mancini; risulta del pari che i ricorrenti non solo ammisero tacitamente l'antiorità del credito Mancini, assistendo senza opposizione al pagamento effettuato dall'Ufficio, ma la riconobbero espressamente nel loro ricorso all'Autorità inferiore di vigilanza, per sostenendo, che quantunque anteriore, l'ipoteca Mancini non colpiva che il terzo dei beni venduti. Non esiste dunque tra le parti divergenza alcuna intorno al grado da assegnarsi ai loro crediti. La sola questione che si agita tra di esse è quella di sapere se l'ipoteca Mancini colpisce la totalità o

solo il terzo dei beni venduti; ora siffatta questione non può più essere sollevata in sede di graduatoria.

È infatti incontestabilmente assodato in fatto, da una parte che il credito Mancini è stato, benchè per errore, inscritto nell'elenco oneri, come garantito ipotecariamente sulla totalità dei beni venduti, e dall'altra che l'elenco non venne impugnato dagli eredi Rusca, cui fu regolarmente comunicato. La mancanza d'opposizione ha reso definitivo l'elenco oneri e gli ha impresso quel medesimo carattere che gli sarebbe derivato in caso d'opposizione da una sentenza definitiva che lo confermasse. Ne deriva che il credito Mancini deve essere ipotecariamente collocato sulla totalità dei beni venduti; e poichè la sua anteriorità è stata dai ricorrenti espressamente riconosciuta, l'allestimento della graduatoria appare inutile.

Per questi motivi,

il Tribunale federale  
pronuncia :

Il ricorso Mancini è ammesso, l'operato dell'Ufficio di Locarno è approvato ed è annullata la decisione dell'Autorità cantonale di vigilanza.

108. Entscheid vom 22. Oktober 1901 in Sachen Böggtli.

*Begehren auf Pfändungsanschluss ist nicht Betreibungshandlung im Sinne des Art. 56 B.-G. Es wird daher auch nicht von der Bestimmung des Art. 63 betreffend Betreibungserien berührt.*

I. Am 5. März 1901 stellte die Aktienbrauerei Basel in einer gegen Abraham Wolf, Wirt in Biel, angehobenen Betreibung das Pfändungsbegehren, worauf das Betreibungsamt Biel die Pfändung am 13. März vollzog. Vom 1. bis 14. April waren Betreibungserien. Am 15. April ging von anderer Seite ein Pfändungsbegehren gegen Wolf ein, ebenso zwei weitere Begehren am 17. d. M., unter diesen ein solches des Rekurrenten Böggtli (Betreibung Nr. 324). Das Betreibungsamt erteilte für alle die betreffenden Betreibungen Anschluss an die Pfändung vom 5. März,

von der Annahme ausgehend, daß die Teilnahmefrist des Art. 110 B.-G. infolge der Ferien sich gemäß Art. 63 B.-G. bis zum dritten Tage nach deren Ablauf verlängert habe.

II. Die Aktienbrauerei Basel focht dieses Vorgehen durch Beschwerde an, indem sie auf Ausschluß der nachträglich angemeldeten Gläubiger von der erwähnten Pfändung antrug. Laut Entscheid vom 6. Juli 1901 hieß die kantonale Aufsichtsbehörde ihr Begehren gut mit der Begründung: man habe es in Art. 110 B.-G. nicht mit einer eigentlichen „Frist“, sondern mit einem „Zeitabschnitt“ zu thun, was die Anwendbarkeit des Art. 63 cit. ausschließe; und sodann treffe dieser Artikel auch deshalb nicht zu, weil es sich bei der Anschlusspfändung nicht darum handle, eine Betreibungshandlung anzubegehren oder zu vollziehen, indem einfach an das Einlangen des Pfändungsbegehrens inermert der 30tägigen Teilnahmefrist als gesetzliche Folge und ohne sein Zutun die Vergünstigung des Gläubigers sich knüpfe, an der betreffenden Pfändung teilzunehmen.

III. Gegen diesen Entscheid rekurierte der Gläubiger Böggtli rechtzeitig an das Bundesgericht, auf Aufrechterhaltung der ihm betreibungsamtlich bewilligten Zulassung zur Anschlusspfändung schließend.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht  
in Erwägung:

1. Es fragt sich vor allem, ob das Begehren des Rekurrenten auf Pfändungsanschluss sich als eine Betreibungshandlung im Sinne des Art. 56 B.-G. darstelle, in welchem Falle es nach Ziff. 3 dieses Artikels während den Betreibungserien überhaupt nicht gültig hätte gestellt werden können, womit dann auch ein Fristablauf während dieser Zeit zum vornherein nach Art. 63 B.-G. ausgeschlossen gewesen wäre. Diese Frage ist in verneinendem Sinne zu entscheiden: Eine Betreibungshandlung läßt sich nur in einer vom Betreibungsamte selbst ausgehenden, die Weiterführung der betreffenden Betreibung bezweckenden Maßnahme erblicken, nicht aber schon in einem diese Weiterführung nachsuchenden Begehren des betreibenden Gläubigers. Das Verbot des Art. 56 B.-G. wendet sich lediglich an die Betreibungsbehörden, nicht aber an die Parteien im Betreibungsverfahren. Der Tendenz des Artikels, dem Schuldner während gewissen Zeiträumen