

Anerkennung verdient, wenn die Verwahrung durch das Amt ohne weiteres auf Grund der gegebenen privatrechtlichen Lage erfolgen kann, d. h. ohne daß es vorheriger Beseitigung eines zu Gunsten des Dritten bestehenden Gewahrsamsverhältnisses bedarf. Vorzubehalten und hier nicht näher zu prüfen ist die Frage, ob und inwiefern die auf die amtliche Verwahrung von behauptetem Drittmannsgut bezüglichen Verfügungen der Betreibungsbehörden eine Modifikation erfahren können durch richterliche Anordnung im Widerspruchsprozesse.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

122. **Entscheid** vom 10. Oktober 1905 in Sachen **Amberg**.

Gültigkeit von Betreibungshandlungen ohne Zahlungsbefehl.

I. Der Rekurrent Amberg hatte am 23. März 1904 vom Betreibungsamt Uffikon gegen Robert Wüst einen Zahlungsbefehl erwirkt für eine Forderung von 196 Fr. 75 Cts. samt Zins „laut Buch und zugestellter Rechnung pro 1903“. Infolge Fortsetzungsbegehrens des Gläubigers vom 27. April vollzog das Betreibungsamt am 30. April 1904 eine Pfändung verschiebener Beweglichkeiten. In der Pfändungsurkunde werden die Brüder Robert und Michael Wüst als betriebene Schuldner bezeichnet. Wie das Betreibungsamt angibt, befinden sich die gepfändeten Objekte im Miteigentum der beiden Brüder und war Michael von anderer Seite (Rechtsagent Hänfeler) und zwar für Gültzinsen ebenfalls betrieben, was das Amt zu einem gemeinsamen Pfändungsakte gegenüber beiden veranlaßt habe. Am 16. Juni stellte der Rekurrent ein Verwertungsbegehren, das sich (laut Angabe des Amtes in seiner Vernehmlassung an die Vorinstanz) nur gegen Robert Wüst als betriebenen Schuldner richtete. Robert Wüst erhielt darauf, vor erfolgter Verwertung, Nachlassfundung. Am 25. November 1904 stellte der Rekurrent in der angehobenen Betreibung ein Verwertungsbegehren gegen Michael Wüst. Das Amt gab dem letzteren am 26. November

von diesem Begehren Kenntnis und erklärte gleichzeitig dem Rekurrenten, daß die „Abhaltung der Steigerung über die in Gemeinschaft mit Robert Wüst besitzenden Pfandobjekte kaum vor Abschluß des Nachlassvertrages des letztern geschehen“ könne. Nachdem darauf der Nachlassvertrag des Robert Wüst am 31. Dezember 1904 die gerichtliche Bestätigung erhalten hatte, verlangte der Rekurrent vom Betreibungsamt die nunmehrige Vollziehung des Verwertungsbegehrens vom 25. November. Das Amt verweigerte aber die Vornahme der Verwertung, weil Rekurrent gegen Michael Wüst keinen Zahlungsbefehl erlangt habe und auch nicht behauptete, ihm gegenüber forderungsberechtigt zu sein.

II. Gegen diese Weigerung führte Amberg Beschwerde, wobei er die genannten Gründe des Amtes nicht als tatsächlich unrichtig bestritt, dagegen darauf abstellte, es liege zu seinen Gunsten gegen Michael Wüst eine von diesem anerkannte, rechtsgültige Pfändung vor, und weder Michael Wüst noch das Amt habe das Verwertungsbegehren vom 25. November als unzulässig beanstandet.

III. Von beiden kantonalen Beschwerdeinstanzen — oberinstanzlich durch Erkenntnis vom 1. September 1905 — abgewiesen, erneuert nunmehr Amberg seinen Beschwerdeantrag um Anordnung der fraglichen Verwertung mit rechtzeitig eingereichtem Rekurs vor Bundesgericht.

Der Rekurrent wurde aufgefordert, den Zahlungsbefehl, gestützt auf den die Pfändung vom 30. April zu seinen Gunsten vollzogen worden war, zu den Akten zu geben. Die darauf eingelegte Befehlurkunde bezeichnet als betriebenen Schuldner allein den Robert Wüst.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Es steht zunächst aktenmäßig fest, daß im Betreibungsverfahren, in welchem der Rekurrent am 25. November 1904 ein Verwertungsbegehren gegen Michael Wüst stellte, ein Zahlungsbefehl gegen diesen als betriebenen Schuldner nicht erlassen worden ist. Nun kann allerdings das Fehlen eines Zahlungsbefehls nicht als ein schlechthin unheilbarer prozessualischer Mangel der Betreibung in dem Sinne gelten, daß sich der betriebene Schuldner unter allen Umständen und in jedem Stadium des Verfahrens darauf

berufen könnte, um das letztere als ungültig erklären zu lassen. Wie vielmehr das Bundesgericht bereits in seinem Entscheid in Sachen Buchser (Amtl. Samml., Separatausgabe Bd. IV, Nr. 60*) erkannt hat, vermag der Betriebene (— soweit es sich nur um dessen Interessen handelt —) auf die Geltendmachung des erwähnten Mangels in rechtswirksamer Weise zu verzichten, und darf man einen solchen Verzicht dann als vorhanden ansehen, wenn der Schuldner ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen die betriebene Forderung und das Recht des Gläubigers, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, anerkannt hat und in Übereinstimmung hiermit Exekutionsmaßnahmen, welche die Durchführung der Betreibung bezwecken, ohne Widerspruch über sich hat ergehen lassen. Als für diese Lösung bestimmend und für die Würdigung des einzelnen Falles begleitend muß nach dem genannten Entscheide die Erwägung gelten, daß der Schuldner nicht gegen Treu und Glauben durch eine Verzögerung seiner Einwendungen gegen die Betreibung die gläubigerischen Interessen ungerechtfertigt soll schädigen können.

Nach der gegebenen Sachlage trifft all das aber hier nicht zu. In erster Linie ist zu sagen, daß der Rekurrent selbst nicht zu behaupten wagt, er sei wirklich Gläubiger des Michael Wüst, gegen den er das Verwertungsverfahren richten will; wie sich denn auch aus den Akten ergibt, daß in Wirklichkeit Michael Wüst von einem Dritten als Forderungsansprecher betrieben und diese Betreibung im Pfändungsstadium unrichtigerweise mit der vom Rekurrenten gegen Robert Wüst geführten verbunden worden ist. Die Sache liegt hier so, daß der Betreibende auf Exekutionsmaßnahmen gegen den Betriebenen lediglich aus dem formellen Grunde dringt, weil der Betriebene nun einmal (durch den Pfändungsakt vom 30. April 1904) in den Betreibungsprozess sich einbezogen finde und sich hiegegen nicht rechtzeitig zur Wehre gesetzt habe, wogegen nicht bestritten wird, daß die endgültige Durchführung der Betreibung, weit entfernt das materielle Recht des Betreibenden zur Geltung zu bringen, diesen unrechtmäßiger Weise auf Kosten des Betriebenen bereichern würde. Unter solchen Umständen kann man gerade vom Standpunkte der obigen Aus-

* Ges.-Ausg. XXVII, 1, Nr. 119, S. 607 ff. (Anm. d. Red. f. Publ.)

führungen aus eine Betreibung ohne Zahlungsbefehl nicht als rechtsbeständig für den Betriebenen ansehen. Übrigens ist zu bemerken, daß hier auch der Wille des Betriebenen, trotz mangelnden Zahlungsbefehles sich die Betreibung des Rekurrenten gefallen zu lassen, keineswegs den erforderlichen bestimmten Ausdruck gefunden hat. So figuriert namentlich Michael Wüst in der Pfändungsurkunde als Schuldner nicht etwa des Rekurrenten, sondern eines ihn (Wüst) betreibenden Dritten, und für den von letzterem, nicht für den vom Rekurrenten geltend gemachten Forderungsbetrag. Und wenn sodann Wüst auf die Mitteilung des spätern Verwertungsbegehrens vom 25. November 1904 sich still verhielt, so würde man zu weit gehen, wollte man hierin eine nachträgliche Anerkennung der Betreibung erblicken, auch soweit sie sich auf die bisher vom Rekurrenten gegen den Bruder des Wüst geltend gemachte Forderung bezieht. Wüst konnte in der Tat aus der Mitteilung des Verwertungsbegehrens weder über den Betrag, noch über den Grund der fraglichen Forderung etwas entnehmen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

123. Entscheid vom 10. Oktober 1905 in Sachen Frey.

Pfändung von Frauengut für eine Schuld der Ehefrau bei Gütergemeinschaft und Nachlassvertrag des Ehemannes (ursprünglichen Mitschuldners). Eidgenössisches und kantonales Recht, speziell bezüglich der Wirkung eines Nachlassvertrages des Ehemannes auf die Gütergemeinschaft und bezüglich der Frage, ob und inwieweit im Gesamtgut inbegriffene Vermögensstücke der Pfändung für Schulden der Ehefrau unterliegen.

I. Die Eheleute Wilhelm und Dora Rothmüller-Wyler hatten am 2. Oktober 1902 zu Gunsten des Rekurrenten Emil Frey als Gläubigers einen von ihnen beiden als Mitschuldnern unterzeichneten Schuldschein von 5000 Fr. ausgestellt. Am 5. Juli 1905 erhielt ein Nachlassvertrag des Ehemannes Rothmüller, worin eine Di-