

132. **Entscheid vom 19. Dezember 1905** in Sachen **Zihlmann.**

Zulässigkeit der betreibungsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht. Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges. — Pfändung; Recht des Gläubigers auf amtliche Verwahrung der gepfändeten Gegenstände, Art. 98 Abs. 3 SchkG. Sie kann nicht abgewendet werden durch Sicherstellung des Gläubigers, auch nicht durch die Bestimmung, dass die von einem Drittsprecher der gepfändeten Gegenstände (z. B. der Ehefrau des Pfändungsschuldners) zu hinterlegende Summe dem Gläubiger bei dessen Obsiegen im Einspruchsprozesse ausbezahlt werden solle.

I. In einer Betreibung, die Rekurrent Dr. Zihlmann gegen Edmund Sing für eine Forderung von 600 Fr. 90 Cts. beim Betreibungsamt Zürich I führte, vollzog dieses Amt am 6. Juli 1905 die Pfändung. Sämtliche Pfändungsobjekte — es handelt sich um Haushaltungsgegenstände — wurden von der Ehefrau des Betriebenen zu Eigentum angesprochen. Dr. Zihlmann bestritt diese Ansprache und verlangte gleichzeitig die amtliche Verwahrung der gepfändeten Gegenstände. Das Amt forderte darauf von ihm einen Kostenvorschuss von 200 Fr., ansonst dem Begehren um amtliche Verwahrung keine Folge gegeben werde. Dr. Zihlmann sandte die Summe am 29. Juli dem Amte ein. Am 16. August wurde ihm vom Amte eröffnet: Behufs Abwendung der amtlichen Verwahrung habe die Ehefrau Sing den Betrag der in Betreibung gesetzten Forderung in bar deponiert, in dem Sinne, daß derselbe an Dr. Zihlmann ausbezahlt werden dürfe für den Fall, daß die Bindikation im Eigentumsprozeß unterliegen sollte. Infolgedessen unterbleibe die angebehrte Verwahrung und werde der geleistete Kostenvorschuss wieder zurückgesandt.

Die von Frau Sing damals deponierte Summe beträgt 600 Fr., während sich die Forderung Dr. Zihlmanns mit Kosten auf 619 Fr. 90 Cts. beläuft. Während des Verfahrens vor Bundesgericht hat Frau Sing noch einen Nachschuß von 20 Fr. geleistet.

II. Gegen die Weigerung des Amtes, zur Verwahrung zu schreiten, führte Dr. Zihlmann unter Berufung auf Art. 98

Abf. 3 SchkG und die einschlägige bundesgerichtliche Praxis Beschwerde.

Dieselbe wurde von der untern Aufsichtsbehörde gutgeheißen. Die kantonale Aufsichtsbehörde dagegen wies auf Rekurs des Betriebenen Sing mit Entscheid vom 19. Oktober 1905 das Betreibungsamt an, von der amtlichen Verwahrung Umgang zu nehmen. Sie berief sich dabei auf den Bundesgerichtsentscheid in Sachen Müller-Enderli vom 15. Juli 1905.

III. Durch rechtzeitigen Rekurs hat Dr. Zihlmann sein Beschwerdebegehren um Vornahme der Verwahrung vor Bundesgericht erneuert.

Daneben stellt er noch ein weiteres Begehren, dahin lautend: das Betreibungsamt sei anzuhalten, die Pfändung in die Nutznießung (des Ehemannes Sing am Frauenvermögen) zu vollziehen. Die Pfändung dieser Nutznießung war nämlich von der untern Aufsichtsbehörde (gleichzeitig mit der amtlichen Verwahrung) angeordnet worden. Der Rekurrent behauptet nicht, gegen eine Weigerung des Betreibungsamtes, die fragliche Pfändung zu vollziehen, sich an die kantonalen Beschwerdeinstanzen gewandt zu haben.

Die kantonale Aufsichtsbehörde erklärt, zu Gegenbemerkungen zum Rekurse sich nicht veranlaßt zu sehen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Soweit es sich um das Begehren betreffend Pfändung der Nutznießung des Betriebenen am Frauenvermögen handelt, ist auf den Rekurs wegen mangelnder Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nicht einzutreten.

2. In Bezug auf die verlangte amtliche Verwahrung der gepfändeten Objekte ist gemäß der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis (siehe z. B. Entscheid in Sachen Brückner, Amtl. Samml., Separatausgabe Bd. VI, Nr. 33* und Entscheid in Sachen Müller-Enderli vom 15. Juli 1905**) davon auszugehen, daß das Gesetz in Art. 98 Abf. 3 dem Gläubiger ein Recht auf

* Ges.-Ausg. XXIX, 1, Nr. 33, S. 254 ff.

** In der Amtl. Samml. nicht abgedruckt. (Anm. d. Red. f. Publ.)

diese Verwahrnahme gewährt, dessen Geltendmachung der betriebene Schuldner nicht vermittelt Leistung einer Schadenskaution durch Barhinterlage auszuschließen vermag, indem sich in einer solchen Kaution kein vollwertiges Surrogat der amtlichen Verwahrung erblicken läßt. Hier nun hat der betriebene Schuldner behufs Abwendung der Verwahrung seine Ehefrau bestimmt, den Betrag der betriebenen Forderung beim Amte zu deponieren und zwar in dem Sinne, daß dieser Betrag dem Rekurrenten im Falle seines spätern Obstehens im Vindikationsprozesse, der zwischen seiner Ehefrau und ihm in Bezug auf die gepfändeten Gegenstände schwebt, ausbezahlt werden dürfe. Demzufolge wurde mit der Übergabe des Geldes an das Amt ein doppelter Zweck verfolgt: einerseits soll sie den Gläubiger gegen den Schaden, der für ihn aus der Unterlassung der amtlichen Verwahrung entstehen kann, sicherstellen; sodann aber kommt in ihr die Eingehung einer weitem, von dieser Garantieleistung zu unterscheidenden Verpflichtung durch die Ehefrau zum Ausdruck, wonach letztere sich die spätere Bezahlung der betriebenen Forderung aus dem deponierten Gelde gefallen läßt (— was dem Gläubiger die Durchführung des Verwertungsverfahrens erspart —); das aber nur unter einer Bedingung, nämlich falls die gepfändeten Gegenstände sich wirklich als pfändbar d. h. nicht als ihr, der Ehefrau, eigentlich zugehörend erweisen. Die Übernahme dieser letztern Verpflichtung ändert nun aber an dem Umstande nichts, daß der Rekurrent in erstgenannter Beziehung gezwungen würde, sein gesetzliches Recht auf amtliche Verwahrnahme gegen bloße Hinterlegung einer Barsumme preiszugeben. Daß dabei der Rekurrent durch die fragliche Kautionstellung an dem hinterlegten Gelde ein eine besondere Garantie bietendes dingliches Recht (speziell Pfandrecht) erlangt, läßt sich nach den in Betracht kommenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen zc. nicht annehmen. Es kann also die geleistete Sicherheit infolge dinglicher Ansprüche Dritter, Konkurses der Hinterlegerin zc. sich nachträglich als illusorisch erweisen. Und abgesehen hiervon würde auch eine eventuelle Realisierung des Kautionanspruches — soweit dieser Fall angesichts des neben der Kautionleistung abgegebenen bedingten Zahlungsverprechens praktisch werden kann — für den Gläubiger zu den bereits im zitierten

Entscheide Brückner (S. 123)* hervorgehobenen Schwierigkeiten führen. Nach all dem muß das Recht des Gläubigers auf Verwahrnahme auch bei einer Sachlage wie der vorliegenden geschützt werden. Unpräjudiziert bleibt damit noch die im Entscheide Müller-Enderli offen gelassene Eventualität, wonach sofort, wenn auch in einer durch den Ausgang des Widerspruchsprozesses bedingten Weise, Zahlung geleistet wird.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und damit das Begehren des Rekurrenten um amtliche Verwahrung der fraglichen Pfändungsobjekte geschützt.

133. **Entscheid vom 29. Dezember 1905** in Sachen **Leihkasse Enge.**

Verteilung im Konkurse, Wirkung der rechtskräftigen Kollokation, speziell im Falle nachträglicher Zulassung des in V. Klasse kollozierten Gläubigers im Pfandrechtsrange. Wirkung der Nichtanfechtung der Verteilungsliste. Art. 244 ff., 261 ff. SchKG.

I. Die Rekurrentin, Leihkasse Enge, hatte in dem vom Konkursamte Kreuzlingen durchgeführten Konkurse der Firma Kaufmann & Cie. eine Kontokorrentforderung von 10,288 Fr. angemeldet mit dem Bemerkten, daß diese Saldoforderung durch Creditschein auf einer dem Firmateilhaber Adolf Kaufmann gehörenden Liegenschaft unterpfändlich gesichert sei und daß daneben Adolf und sein Bruder Eugen Kaufmann als Bürgen und Selbstzahler haften. Die angemeldete Forderung wurde von der Konkursverwaltung am 26. Dezember 1904 in vollem Betrage in fünfter Klasse kolloziert und hierbei darauf hingewiesen, daß die Grundpfandverficherung auf einem Objekte errichtet sei, welches nicht der Firma Kaufmann & Cie., sondern dem Gesellschafter Adolf Kaufmann gehöre. Die genannte Kollokation ist unangefochten geblieben. Am

* Ges.-Ausg. a. a. O., S. 259.