

2. — Für die Aufsichtsbehörden kann es sich nur fragen, ob durch den Erlaß des angefochtenen Zahlungsbefehls Nr. 955 die gesetzlichen Bestimmungen über die Arten der Schuldbetreibung und im besondern Art. 41 SchKG verletzt worden seien. Das aber hängt davon ab, ob und inwieweit die Refursgegnerin durch die erwähnte Erklärung vom 8. Juli 1907 gegenüber dem Refurrenten gültig auf das ihr nach Art. 41 Abs. 2 zustehende Recht verzichtet habe, die drei Zinsforderungen sofort, ohne sich vorher an das Pfand zu halten, auf dem Wege der ordentlichen, das übrige Vermögen des Schuldners ergreifenden Betreibung geltend zu machen. Ein solcher Verzicht liegt nun zunächst nicht vor hinsichtlich der Zinse für die Jahre 1907 und 1908. Denn diese sind im Nachlaßverfahren nicht angemeldet worden und damals noch nicht erlaufen und fällig gewesen; es kann sich deshalb die Erklärung der Refursgegnerin nicht auch auf sie beziehen. Anders verhält es sich mit dem im Nachlaßverfahren angemeldeten Zins von 1906, da diese Erklärung neben der Kapitalforderung auch ihn betrifft. Indem die Gläubigerin erklärte, sich zur Zeit mit den Unterpfändern zu begnügen und auf eine Nachlaßdividende für den ungedeckten Forderungsbetrag zu verzichten, wollte sie dem Schuldner entgegenkommen, zunächst zu dem Zwecke, die Erwirkung des Nachlaßvertrages zu erleichtern, sodann aber auch darüber hinaus in dem Sinne, daß dem Schuldner zum mindesten noch das beneficium excussionis realis für die spätere betreibungsweise Geltendmachung der Forderung eingeräumt und damit auf das Recht des Art. 41 Abs. 2 auf sofortige Anhebung der ordentlichen Betreibung verzichtet werden wollte. Ob die fragliche Erklärung in einem noch weitergehenden Sinne, nämlich, wie der Refurrent behauptet, dahin auszulegen sei, daß überhaupt auf die Haftung des übrigen Vermögens für die Forderung verzichtet werde und die Refursgegnerin ihre Befriedigung nur noch aus den Pfändern soll suchen können, ist von den Aufsichtsbehörden nicht zu prüfen, da es sich hierbei um eine Frage des materiellen Rechtes handelt. Der Refurrent hat diese Frage vielmehr in der Weise der richterlichen Entscheidung zuzuleiten, daß er gegen die Betreibung, die die Refursgegnerin gestützt auf ihren Pfandausfallschein einleitet, Recht vorschlägt, oder, wenn nach Art. 158

Abs. 2 SchKG kein Zahlungsbefehl erforderlich ist, sonst in gut-scheinender Weise, etwa nach Art. 85 SchKG, sich zur Wehre setzt.

Dem Gesagten steht die schuldnerrische Erklärung vom 6. November 1907 nicht entgegen. Denn sie anerkennt bloß, daß eine neue Betreibung eingeleitet werden könne, spricht aber nicht aus, daß der Schuldner die aus der frühern Erklärung der Gläubigerin erlangten Rechte preisgebe und somit wieder die Vollstreckung auf dem Wege der ordentlichen Betreibung sich gefallen lasse.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Refurs wird dahin teilweise begründet erklärt, daß im Sinne der Motive für die Zinsforderung von 1165 Fr. die Betreibung auf Konkurs unstatthaft ist.

80. *Entscheid vom 3. Juni 1909 in Sachen Büschel.*

Gegenstandslosigkeit eines vollzogenen Arrestes wegen angeblichen Unterganges des verarrestierten Guthabens durch Kompensation?

A. — Der Refurrent A. Büschel, Eierexport in Kolomea (Galizien), ist Gläubiger des Refursgegners Meier-Fisch, Eierhandlung in Winterthur, für eine Summe von 200 Fr., wogegen Meier-Fisch Büschel gegenüber eine Schadenersatzforderung im Betrage von 6000 Fr. geltend macht. Für letztere Forderung wirkte Meier-Fisch auf Grund des Art. 271 Ziff. 4 SchKG gegen Büschel einen Arrest auf dessen oben erwähntes Guthaben von 200 Fr. aus. Gestützt auf den Arrest leitete Meier-Fisch gegen Büschel Betreibung ein.

B. — Gegen den Arrestvollzug und die Arrestbetreibung führte Büschel bei den zürcherischen Aufsichtsbehörden Beschwerde und verlangte, daß mangels eines Arrestobjekts der Arrest als gegenstandslos erklärt und die Ausstellung des Zahlungsbefehls als ungültig aufgehoben werde. Die beiden kantonalen Instanzen wiesen die Beschwerde als unbegründet ab.

C. — Den am 1. Mai 1909 ergangenen und dem Beschwerde-

fürher am 7. Mai 1909 eröffneten Entscheid der obern Instanz zog Büschel unter Erneuerung seines Begehrens rechtzeitig an das Bundesgericht weiter.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat von Gegenbemerkungen zum Rekurs abgesehen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Der Rekurrent behauptet, das Arrestobjekt habe zur Zeit des Arrestvollzuges deshalb nicht mehr bestanden, weil es bereits zuvor durch Kompensation untergegangen sei.

Dieser Auffassung kann in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht beigeprägt werden. Laut Art. 138 OR tritt Verrechnung nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, daß er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle. Der Rekurrent gibt zwar zu, daß Meier-Fisch eine solche ausdrückliche Erklärung nicht abgegeben habe, doch hält er dafür, daß er durch konkludente Handlung, nämlich durch das Arrestbegehren, seinen Kompensationswillen zum Ausdruck gebracht habe.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß der Verrechnungswille gemäß Art. 138 OR dem Gläubiger gegenüber zu erklären ist und daß die Stellung eines Begehrens beim Arrestrichter selbstverständlich keine solche Handlung zu Handen des Rekurrenten sein kann. Sodann kann das Arrestbegehren des Rekursgegners auch aus folgender Erwägung unmöglich als Erklärung des Verrechnungswillens ausgelegt werden. Durch das Arrestbegehren bekundet der betreibende Gläubiger seinen Willen, einen bestimmten Gegenstand mit Beschlagnahme zu versehen, somit behauptet er, daß dieser Gegenstand existiere, während Meier-Fisch nach der Auffassung des Rekurrenten durch das Arrestbegehren gerade seinen Willen bezeugt haben sollte, die Forderung des Rekurrenten d. h. das Arrestobjekt untergehen zu lassen. Das würde nichts anderes heißen als daß eine und dieselbe Handlung zwei einander direkt widersprechende Absichten verwirklichen solle, was einen Widerspruch in sich selbst bedeuten würde.

Von im Momente der Arrestlegung perfekter Kompensation kann daher in casu keine Rede sein.

2. — Wie die Vorinstanz mit Recht konstatiert, hätte eine nach erfolgtem Arrestvollzug abgegebene Kompensationserklärung keine Wirkung auf den vollzogenen Arrest; auf die Frage, ob der Kompensationswille später irgendwie erklärt worden sei, braucht daher nicht eingetreten zu werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

81. Entscheid vom 3. Juni 1909 in Sachen Küng.

Art. 158 SchKG: Nur dem betreibenden Pfandgläubiger kann ein Pfandausfallschein ausgestellt werden, welcher ihm erlaubt, binnen Monatsfrist den Schuldner ohne neuen Zahlungsbefehl auf Pfändung oder Konkurs zu betreiben.

A. — Anlässlich einer durch den Pfandgläubiger J. Altherr in Speicher gegen A. Küng in Zürich gerichteten Betreibung auf Verwertung der letztem gehörenden Liegenschaft zum Wartheim in Heiden wurde unter anderm eine grundversicherte Forderung des Chr. Ruffner in Chur ins Lastenverzeichnis aufgenommen. Da diese Forderung durch den Steigerungserlös nicht gedeckt wurde, stellte das Betreibungsamt Heiden dem Gläubiger am 19. April 1909 für einen Betrag von 3833 Fr. 70 Cts. einen Pfandausfallschein im Sinne von Art. 158 SchKG aus mit folgendem Passus: „Betreibt der Gläubiger vor dem 19. Oktober 1909, so ist ein neuer Zahlungsbefehl nicht erforderlich; es kann in diesem Falle ohne weiteres die „Fortsetzung der Betreibung“ angebracht werden (Betreibungsgef. Art. 158).“

B. — Hierüber beschwerte sich Dr. Weissflog in Zürich als Vormund des Küng bei der kantonalen Aufsichtsbehörde und verlangte, es sei das Betreibungsamt Heiden anzuweisen, den erwähnten Pfandausfallschein zurückzuziehen und erst wieder an Ruffner zurückzugeben, nachdem es den obigen Passus gestrichen habe, eventuell habe es dem Gläubiger einen neuen, korrigierten Pfandausfallschein zuzustellen. Zur Begründung dieses Begehrens