

führer 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 beigepflichtet 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 Beschlag belegen zu lassen, 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. Mitherr in Speicher gegen A. Küng in Zürich gerichteten Betreibung auf Verwertung der letztem gehörenden Liegenschaft zum Wartheim in Heiden wurde unter anderm eine grundverlicherte Forderung des Chr. Kuffner 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“ angebeht 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 Kuffner zurückzugeben, nachdem es den obigen Passus gestrichen habe, eventuell habe es dem Gläubiger einen neuen, korrigierten Pfandausfallschein zuzustellen. Zur Begründung dieses Begehrens

machte der Rekurrent geltend, Kuffner sei nicht betreibender Pfandgläubiger im Sinne von Art. 158 SchRG. Der Betreibungsbeamte hätte deshalb bloß bezeugen dürfen, daß die grundversicherte Forderung in dem genannten Betrage zu Verlust gekommen sei. Dieser Bescheinigung komme aber nicht die Wirkung eines Pfandausfallscheines, sondern lediglich diejenige eines amtlichen Zeugnisses über den auf dem Pfand erlittenen Verlust zu. Insbesondere könne auf Grund derselben der Gläubiger nicht ohne vorherigen Zahlungsbefehl die Pfändung verlangen.

C. — Die kantonale Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde, namentlich unter Berufung auf Jaeger, Komm., Anm. 1 zu Art. 158, und mit Rücksicht darauf, daß die Schuld nach appenzellischem Hypothekarrecht nicht untergegangen sei, als unbegründet ab. Dagegen beruhe das Datum des 19. Oktober 1909 auf einem Irrtum und sei durch den 19. Mai 1909 zu ersetzen (vergl. Art. 158 in fine), wozu das Betreibungsamt Heiden angewiesen wurde.

D. — Diesen Entscheid hat der Rekurrent rechtzeitig unter Erneuerung seines Beschwerdeantrages ans Bundesgericht weitergezogen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Die Streitfrage besteht darin, ob nur dem betreibenden oder auch einem nichtbetreibenden, zu Verlust gekommenen Pfandgläubiger ein Pfandausfallschein ausgestellt werden kann, welcher ihm erlaubt, binnen Monatsfrist den Schuldner ohne neuen Zahlungsbefehl auf Pfändung oder Konkurs zu betreiben, worüber ein Entscheid des Bundesgerichts bis jetzt noch nicht ergangen ist. Auch im Kommentar Jaeger ist die Frage an der von der Vorinstanz zitierten Stelle nicht gelöst.

2. — Daß auch dem nichtbetreibenden Pfandgläubiger, welcher zu Verlust gekommen ist, eine Urkunde als Ausweis an Stelle des kassierten Forderungstitels ausgefolgt werden muß, liegt auf der Hand und wird auch vom Rekurrenten nicht bestritten. Es fragt sich dagegen, ob diese Urkunde auf Grund des Betreibungsgesetzes mit der angeedeuteten privilegierenden Wirkung ausgerüstet werden darf.

3. — Diese Frage muß gestützt sowohl auf die ratio legis als auf den Gesetzestext verneint werden.

Eine Bejahung derselben würde in der Tat der unzulässigen Einräumung einer Vergünstigung an den nichtbetreibenden Pfandgläubiger gegenüber dem betreibenden Pfandgläubiger gleichkommen. Letzterer hat nämlich dem Schuldner bereits durch das Betreibungsamt einen mangels Erhebung eines Rechtsvorschlages oder infolge gerichtlicher Beseitigung eines solchen rechtskräftig gewordenen Zahlungsbefehl zustellen lassen und wird durch den Pfandausfallschein einfach ermächtigt, die eingeleitete Betreibung auf Pfandverwertung auf das übrige Vermögen des Schuldners auszuweihen. Der nichtbetreibende Pfandgläubiger dagegen würde in den Stand gesetzt, ohne jemals selber gegen den Schuldner Betreibung angehoben zu haben und ohne die gesetzliche Frist zur Anbringung des Pfändungsbegehrens abzuwarten, ohne weiteres die Pfändung von Vermögensgegenständen des Schuldners zu erlangen oder die Ausstellung der Konkursandrohung an denselben zu erwirken.

Der Gesetzestext sodann und namentlich die Worte „ist ein neuer Zahlungsbefehl nicht erforderlich“ wären mit einer solchen Auslegung vollends unverträglich.

4. — Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das Betreibungsamt Heiden zu Unrecht den Gläubiger Kuffner ermächtigt hat, ohne Zahlungsbefehl die Fortsetzung der Betreibung gegen Kung anzubegehren und daher anzuhalten ist, dem Begehren des Rekurrenten zu entsprechen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und demgemäß unter Aufhebung des Vorentscheides das Betreibungsamt Heiden angewiesen, dem Begehren des Rekurrenten zu entsprechen.