di fondamento. Innanzi tutto conviene osservare che la contestazione dell'obbligo di pagare le spese di esecuzione non può mai avvenire in via di opposizione.

L'obbligo di pagare le spese deriva dal diritto di esecuzione e non dal diritto materiale e la relativa contestazione deve aver luogo mediante ricorso all'Autorità di sorveglianza e non in via di opposizione. È dunque affatto indifferente per l'esito del ricorso che Gobbi abbia o non abbia dichiarato di fare opposizione al precetto per ciò che concerne le spese di esecuzione. In quanto concerne l'obbligo di pagare le spese, questa opposizione era senza valore.

Premessa questa osservazione, la situazione di diritto è la seguente.

Il pagamento del capitale delle due somme escusse aveva avuto luogo direttamente nelle mani del creditore. In conseguenza l'Ufficio non era obbligato ed a rigore non aveva nemmeno il diritto di tenerne conto. Richiesto di continuare le due esecuzioni, esso doveva continuarle ed il debitore non poteva opporvisi che inoltrando istanza al giudice in annullazione delle esecuzioni per avvenuto pagamento, in applicazione dell'art. 85. Va da sé che tale annullazione non avrebbe potuto pronunciarsi che per il capitale, ma non per le spese, che non erano state pagate. Sino a tanto che questa annullazione non era però stata pronunciata, l'Ufficio era in obbligo di dar seguito all'istanza del creditore. A rigore esso avrebbe dovuto procedere al pignoramento anche per i due capitali escussi, nonostante la presentazione di una ricevuta postale constatante il pagamento, poichè l'Ufficio non aveva veste per riconoscere tale pagamento ed i suoi effetti. Ciò stante è evidente che Gobbi non ha motivo per lagnarsi dell'Ufficio, il quale, che avrebbe potuto procedere al pignoramento per l'importo delle somme escusse e delle spese, si è limitato a procedere per le spese, le quali erano incontestabilmente dovute.

Quanto alla domanda in annullazione della multa di fr. 2, la stessa è irricevibile, il potere disciplinare entrando nella competenza dell'Autorità cantonale.

La questione invece delle spese di cancelleria, che l'istanza cantonale ha messe a carico del ricorrente, potrebbe per sé stessa essere dubbia. Ma avuto riguardo al fatto che il ricorrente ha usato di affermazioni inveritiere per indurre in errore l'Autorità cantonale, il ricorso deve respingere anche su questo punto.

La Camera Esecuzioni e Fallimenti
pronuncia :

Il ricorso è respinto.

96. *Entscheid vom 10. Juli 1912 in Sachen Zeltisch & Cie.*

Art 251 Abs. 3 SchKG: Auf Abschlagsverteilungen, die vor der Anmeldung seiner Forderung im Konkurs stattgefunden haben, hat ein Gläubiger auch dann keinen Anspruch, wenn er die Verspätung der Konkursangabe nicht verschuldet hat.

A. A. Zeltisch & Cie. in Basel hatten sich von der Firma Helfenberger & Cie. ebenda Warenlieferungen im Betrage von 15,000 Fr. machen lassen, durch die eine ihnen an letztere zustehende Forderung im Wege der Kompensation getilgt werden sollte. Nachdem Helfenberger & Cie. in Konkurs geraten waren, focht die Masse diese Transaktion als unzulässiges Deckungsgeschäft auf dem Prozeßwege an. Ihre Klage wurde teilweise geschützt und die Anfechtungsbeklagten durch Urteil des Bundesgerichtes vom 29. März 1912 verpflichtet, der Masse den Betrag von 11,850 Fr. 75 Cts. in Waren oder bar zu erstaten. Mit Eingabe vom 2. Mai 1912 an das Konkursamt Basel-Stadt meldeten darauf Zeltisch & Cie. einen entsprechenden Betrag ihrer früheren Forderung an Helfenberger & Cie. als Ansprache im Konkurs an, mit dem Begehren, dafür nach Begleichung der bundesgerichtlichen Urteilssumme kolloziert zu werden, und mit dem Beifügen, daß sie Anspruch auf die bei der bereits erfolgten Abschlagsverteilung angewiesene Dividende erhöhen. Diese Abschlagsverteilung hatte im Dezember 1911, nach der zweitinstanzlichen Gutheißung der Anfechtungsklage durch das Appellationsgericht

Basel-Stadt, aber vor deren Beurteilung durch das Bundesgericht stattgefunden und es waren dabei den damals zugelassenen Gläubigern fünfter Klasse $12\frac{1}{2}\%$ ihrer Forderungen ausgerichteten worden. Das Konkursamt antwortete am 15. Mai, daß es die Forderung unter der Bedingung barer Zahlung der Urteils-summe durch Zeltzsch & Cie. in fünfter Klasse zulasse. Hiermit waren jedoch die letzteren nicht einverstanden, sondern beanspruchten mit Brief vom 25. Mai 1912 das Recht, 1481 Kr. 35 Cts. als Betrag der ihnen zukommenden Abschlagsdividende von $12\frac{1}{2}\%$ mit ihrer Schuld an die Klasse zu verrechnen und nur den Rest des Urteilsbetrages bar zu bezahlen. Das Konkursamt seinerseits erklärte mit Antwort vom gleichen Tage, daß es „gestützt auf Art. 251 SchRG die Teilnahme der Firma Zeltzsch & Cie. an der bereits ausgeschütteten Abschlagsverteilung nicht bewilligen könne“ und auf der baren Bezahlung der vollen Urteils-summe bestehen müsse.

B. — Über diesen Bescheid des Konkursamtes beschwerten sich Zeltzsch & Cie. bei der kantonalen Aufsichtsbehörde mit dem Antrage: diese wolle sie für berechtigt erklären, „von ihrer Schuld an die Konkursmasse Helfenberger 1481 Kr. 35 Cts. in Abzug zu bringen und zu verrechnen“. Zur Begründung brachten sie vor: Art. 251 SchRG sei im vorliegenden Falle nicht anwendbar. Denn er beziehe sich nur auf verspätete Eingaben, d. h. auf solche Forderungen, die, obwohl schon vorher existent, doch erst nach Ablauf der Eingabefrist angemeldet worden seien, nicht dagegen auf Forderungen, die erst nach diesem Termin und erfolgter Abschlagsverteilung entstanden seien. Vorliegend handle es sich aber um eine Forderung der letzteren Art. Denn ihre ursprünglichen Forderungsrechte an Helfenberger & Cie. seien durch das angefochtene Deckungsgeschäft zunächst getilgt worden. Bevor die gegen dieses Geschäft gerichtete Anfechtung der Konkursmasse rechtskräftig gutgeheißen gewesen sei, habe ihnen daher überhaupt keine Forderung mehr zugestanden und hätten sie folglich auch keine solche anmelden können. Wollte man den gegenteiligen Standpunkt des Konkursamtes schützen, so würde die Konkursmasse ungerechtfertigt bereichert. Denn nach Art. 291 SchRG habe die Konkursmasse, wenn sie von ihrem Anfechtungsrechte Gebrauch mache,

dadür dem Anfechtungsgegner die Gegenleistung zu erstatten. Habe die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung des Anfechtungsgegners an den Gemeinschuldner bestanden, so müsse sie ihm folglich die konkursmäßige Dividende vergüten, die ohne das anfechtbare Geschäft auf die Forderung entfallen wäre. Die ursprüngliche Forderung verwandle sich also durch die Ausübung des Anfechtungsrechtes in einen Anspruch auf die konkursmäßige Dividende, der nicht gegen den Gemeinschuldner, sondern gegen die Masse gerichtet sei und daher unter allen Umständen mit der Schuld des Anfechtungsgegners an letztere verrechnet werden können. Die gegenteilige Lösung würde in der Praxis zu unbilligen Ergebnissen führen.

C. — Mit Entscheid vom 25. Juni 1912 hat die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen: Der Entscheid darüber, ob die Rekurrenten eine ihnen allfällig zukommende Abschlagsdividende mit ihrer Urteils-schuld verrechnen können, stehe nicht den Aufsichtsbehörden, sondern dem Richter zu. Dagegen sei die Aufsichtsbehörde zum Entscheide darüber kompetent, ob den Rekurrenten überhaupt ein Anspruch auf Vornahme einer Abschlagsverteilung zu ihren Gunsten zustehe. Dies sei zu verneinen. Denn wenn Art. 251 SchRG die verspäteten Eingaben von der Teilnahme an den vorausgegangenen Abschlagsverteilungen ausschliesse, so liege der Grund dafür darin, daß mit der Vornahme einer solchen Verteilung das Konkursverfahren partiell abgeschlossen sei und erledigte Handlungen nicht wiederholt werden dürften. Im übrigen sei es auch unrichtig, daß die Rekurrentin ihre Forderung erst nach Erlass des bundesgerichtlichen Urteils hätte anmelden können. Denn dieselbe sei durch das anfechtbare Geschäft nicht definitiv getilgt worden, sondern hätte als bedingte weiterbestanden, bedingt dadurch nämlich, daß die Konkursmasse die Anfechtung geltend mache. Die Rekurrenten hätten daher sehr wohl sofort nach Abgabe der Anfechtungserklärung durch die Konkursverwaltung ihre Forderung eventuell, d. h. für den Fall der Gutheißung der Anfechtungsklage anmelden können; dann hätten sie mit ihrer Anmeldung zugelassen werden müssen und die Abschlagsdividende wäre zu ihren Gunsten bis nach Erledigung des Anfechtungs-

prozesses deponiert worden. Die Behauptung, daß ihr Anspruch sich gegen die Masse und nicht gegen den Gemeinschuldner richte, stehe im Widerspruch zu Art. 291 SchRG. Denn nach diesem bestehe die Folge der Anfechtung darin, daß die durch das angefochtene Geschäft getilgte Forderung wieder auflebe. Diese Forderung sei aber eine solche gegen den Gemeinschuldner gewesen und folglich könne auch die wieder in Kraft getretene Forderung nur eine Konkurs- und nicht eine Massaforderung sein. Zugugeben sei allerdings, daß aus dieser Regelung Härten entstehen könnten, indem es die Konkursverwaltung unter Umständen in der Hand habe, mit der Anfechtungserklärung zuzuwarten, bis die sämtlichen Aktiven oder doch der größere Teil derselben verwertet und verteilt seien. Allein dies treffe hier nicht zu, da ja feststehendermaßen die streitige Abschlagsverteilung erst nach dem zweitinstanzlichen Urteil im Anfechtungsprozesse, also lange nach Abgabe der Anfechtungserklärung erfolgt sei. Es brauche daher auch nicht untersucht zu werden, ob nicht in derartigen Ausnahmefällen aus Billigkeitserwägungen von der gesetzlichen Regel abgewichen werden dürfte.

D. — Gegen diesen Entscheid richtet sich der vorliegende Rekurs, mit dem die Rekurrenten ihre früheren Anträge und Vorbringe erneuern.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. — Die Frage, welchen Inhaltes die Ansprüche seien, die den Rekurrenten in Folge der Gutheißung der Anfechtungsklage, als Äquivalent der Erstattung des durch die anfechtbare Rechts-handlung Empfangenen an die Masse im Konkurse zustehen, ist eine solche des materiellen Anfechtungsrechtes und daher durch den Richter und nicht durch die Aufsichtsbehörden zu entscheiden. Sache der letzteren kann es nur sein, zu prüfen, ob die Rekurrenten berechtigt seien, für die von ihnen nachträglich angemeldete und von der Konkursverwaltung grundsätzlich zugelassene Forderung an der früher erfolgten Abschlagsverteilung teilzunehmen und die Leistung einer entsprechenden Abschlagsdividende an sie zu verlangen.

2. — Dies ist in Übereinstimmung mit der kantonalen Auf-

sichtsbehörde zu verneinen. Denn Art. 251 Abs. 3 SchRG statuiert den Ausschluß nachträglicher Anmeldungen von den früheren Abschlagsverteilungen nicht nur unter besonderen Voraussetzungen, sondern bestimmt allgemein und absolut, daß der Gläubiger „auf Abschlagsverteilungen, die vor seiner Anmeldung stattgefunden haben, keinen Anspruch habe“. Er bezieht sich also nicht etwa, wie die Rekurrenten behaupten, nur auf die schuldhaft verspäteten Anmeldungen, sondern auf alle Anmeldungen, die erst nach Beginn der Abschlagsverteilung eingereicht worden sind. Auf die Gründe, aus denen sich die Anmeldung verzögert hat, kommt nichts an. Auch dann, wenn danach die Verspätung an sich entschuldbar wäre, bleibt der Gläubiger von der Teilnahme an der Abschlagsverteilung ausgeschlossen und kann er so wenig wie bei der Versäumung anderer betreibungsgesetzlicher Fristen Restitution gegen die Folgen der Verspätung verlangen. Diese Regelung beruht auf zwingenden praktischen Erwägungen. Denn in sehr vielen Fällen wäre die Konkursverwaltung gar nicht mehr in der Lage, derartige nachträgliche Abschlagsdividenden auszurichten, sei es daß gar keine Mittel mehr dazu vorhanden sind, sei es daß die vorhandenen nicht ausreichen; sie müßte also, um die nachträglichen Anmeldungen an den früheren Abschlagsverteilungen teilnehmen zu lassen, diese wieder rückgängig machen und bereits an die übrigen Gläubiger ausbezahlte Beträge wieder einfordern, eine Lösung, die sich aus praktischen wie aus juristischen Gründen verbietet. Von dieser Auffassung des Art. 251 ausgehend bestimmt denn auch nunmehr Art. 82 RB, daß vor Vornahme von Abschlagsverteilungen eine provisorische Verteilungsliste aufzustellen und unter Mitteilung an die Gläubiger während zehn Tagen beim Konkursamte aufzulegen sei, in der Meinung, daß wenn dagegen nicht innert Frist Beschwerde erhoben werde, die Liste in Rechtskraft erwachse.

3. — Im übrigen könnte den Rekurrenten ein Anspruch auf die Abschlagsdividende auch dann nicht zugestanden werden, wenn man den Art. 251 Abs. 3 im Sinne ihrer Auslegung nur auf die schuldhaft verspäteten Anmeldungen beziehen wollte. Denn mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, daß sie ihre Forderung sehr wohl, schon nachdem der Prozeß gegen sie angehoben war, also

noch vor der Abschlagsverteilung hätten anmelden können, die Verspätung der Anmeldung ihnen somit zum Verschulden gereicht. Allerdings hätten sie die Anmeldung dann nur als eventuelle, für den Fall der Gutheißung der Anfechtungsklage einreichen können; allein auch als solche hätte sie bei der Abschlagsverteilung berücksichtigt werden und die darauf rechnungsmäßig entfallende Dividende reserviert werden müssen, um dann je nach dem Ausgang des Anfechtungsprozesses an sie entrichtet zu werden. Zudem darf allgemein gesagt werden, daß, wer, um seinen Vorteil zu wahren, mit seinem Schuldner ein vom Gesetz verpöntes Geschäft abschließt, es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn ihm nachher daraus nach anderer Richtung Schaden erwächst.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

97. **Entscheid vom 17. Juli 1912 in Sachen Baumann.**

Art. 151 u. 153 Abs. 2 SchKG: *Der nicht als Schuldner betriebene Eigentümer der Pfandsache ist, auch wenn das Pfand von einem Unberechtigten bestellt worden ist, als Dritteigentümer im Sinne des Gesetzes zu behandeln. — Art. 153 SchKG:* *Der Dritteigentümer der Pfandsache hat, wenn er die Existenz oder die Fälligkeit der Forderung oder die Existenz des Pfandrechtes des betreibenden Gläubigers bestreiten will, dies durch Rechtsvorschlag und nicht im Widerspruchsverfahren zu tun.*

A. — Mit Zahlungsbefehl Nr. 1947 leitete A. Schmidli, Notar in Wohlen, gegen Frau Rosa Häberli-Campiche in Basel Betreibung auf Pfandverwertung ein. Als Pfandgegenstand ist im Zahlungsbefehl ein Schuldbrief für 3600 Fr. gegen Otto Flückiger-Matter in Gofau (Zürich) und als Dritteigentümer des Pfandes der Rekurrent Karl Baumann angegeben. Dieser behauptet, daß der Schuldbrief s. B. zu Gunsten der Firma Häberli & Cie. errichtet worden sei, welche ihm im April 1909 den Schuldbrief zu Eigentum überlassen habe. Der Prokurist der Firma Häberli & Cie. habe später unter dem Vorwande, er kenne einen Käufer für den

Titel, den Rekurrenten bestimmt, ihm den Brief anzuvertrauen und diesen dann bei Notar Schmidli in Wohlen angeblich faustpfändlich hinterlegt. Das Betreibungsamt Wohlen stellte gemäß Art. 153 Abs. 2 SchKG dem Rekurrenten als Dritteigentümer des Pfandes eine Ausfertigung des Zahlungsbefehles zu. Der Rekurrent erhob Rechtsvorschlag, worauf das Betreibungsamt ihm eine zehntägige Frist zur Geltendmachung seines Anspruches auf dem Wege der vindikation setzte, mit der Androhung, daß die Unterlassung der Klage innert der gesetzten Frist als Verzicht auf den Anspruch aufgefaßt und die Betreibung ihren Fortgang nehmen würde.

B. — Hierüber beschwerte sich der Rekurrent beim Gerichtspräsidium Bremgarten als unterer Aufsichtsbehörde, mit dem Begehren, es sei die Verfügung des Betreibungsamtes aufzuheben, eventuell es sei diese Verfügung dahin abzuändern, daß dem angeblichen Faustpfandgläubiger Schmidli die Klägerrolle zugeteilt werde. Zur Begründung machte der Rekurrent geltend, die Zustellung des Zahlungsbefehles an den Dritteigentümer des Pfandes sei keine bloße Ordnungsvorschrift, sondern es sei der Dritteigentümer befugt, Rechtsvorschlag zu erheben. Jedenfalls sei die Verfügung des Betreibungsamtes insofern unrichtig, als die Klagefrist dem Rekurrenten angesetzt werde, statt dem Gläubiger. Die Beschwerde wurde in der Hauptsache abgewiesen, aber das Eventualbegehren geschützt.

C. — Diesen Entscheid zogen sowohl Notar Schmidli als der Rekurrent an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weiter. Der erste beantragte Wiederherstellung der ursprünglichen Verfügung des Betreibungsamtes, der zweite Gutheißung seiner Beschwerde in vollem Umfang. Die obere kantonale Instanz erklärte die Beschwerde des Schmidli begründet und wies diejenige des Rekurrenten ab. Sie führt aus, es sei durch die bundesgerichtliche Praxis längst entschieden, daß dem Dritteigentümer des Pfandes durch die Zustellung einer Ausfertigung des Zahlungsbefehles lediglich die Möglichkeit verschafft werde, seine Rechte als Pfandeigentümer zu wahren. Er habe aber keineswegs als Betreibener zu gelten und es stehe ihm deshalb das Recht nicht zu, Rechtsvorschlag zu erheben. Für die weitere Frage, welcher Partei Klagefrist anzu-