

Peu importerait que le bailleur l'eût oublié ou que le jour du déménagement il eût été empêché de s'y opposer: on ne saurait considérer comme clandestin tout déménagement qui a lieu à l'insu du bailleur; il faut encore qu'il lui ait été sciemment dissimulé par le locataire. Enfin, on ne peut attacher aucune importance au fait qu'après son départ Berseth a laissé la recourante dans l'ignorance de sa nouvelle adresse; de cette omission postérieure au déménagement on ne peut naturellement pas conclure, comme l'a fait l'Autorité inférieure de surveillance, que le déménagement lui-même a été clandestin.

Par ces motifs,

la Chambre des Poursuites et des Faillites
prononce:

Le recours est écarté.

86. **Entscheid vom 17. September 1913 in Sachen Appenzeller-Müller.**

Wenn in einer Betreibung auf Grundpfandverwertung den Pächtern oder Mietern die Anhebung der Betreibung nach Art. 152 Abs. 2 SchKG angezeigt worden ist und der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat, so hat das Betreibungsamt dem Gläubiger die in Art. 278 Abs. 2 SchKG erwähnten Fristen in analoger Weise anzusetzen unter der Androhung, dass bei deren fruchtlosem Ablauf die an die Mieter erlassenen Anzeigen widerrufen und allfällige beim Amt hinterlegte Mietzinsbeträge dem Schuldner ausgehändigt würden. — Art. 806 ZGB: Der Widerruf der nach Art. 152 Abs. 2 erlassenen Anzeigen hat zur Folge, dass die Mieter oder Pächter den Zins wieder rechtswirksam dem Schuldner bezahlen können.

A. — Durch Zahlungsbefehl vom 21. Juni 1913 betrieb die Firma H. Bloch in Zug gestützt auf einen zu ihren Gunsten errichteten Kreditversicherungsbrief die Firma L. Appenzeller-Müller in Zürich 6 für einen Betrag von 22,966 Fr. 15 Cts. nebst Zinsen zu 5 % seit 1. Januar 1913 auf Pfandverwertung. Als Pfandgegenstand wurde im Zahlungsbefehl angegeben die „Liegen-

schaft Kataster Nr. 1622 Oberstraf mit Häusern Nr. 25 und 29 Vogelfangstrasse“. Da die fraglichen Häuser vermietet waren, machte das Betreibungsamt auf Begehren der Gläubigerin den Mietern gemäß Art. 152 Abs. 3 SchKG von der Anhebung der Betreibung Anzeige. Die Betriebene erhob Rechtsvorschlag. Zugleich betrat sie mit Eingabe vom 30. Juni 1913 an die untere Aufsichtsbehörde auch den Beschwerdeweg mit dem Antrage, es sei die Betreibung ungültig zu erklären und der Zahlungsbefehl aufzuheben, eventuell sei der Gläubigerin Frist anzufetzen, um beim ordentlichen Richter auf Anerkennung ihrer Forderung zu klagen unter der Androhung, daß bei Nichteinreichung der Klage oder nach ihrer Abweisung die Betreibung aufgehoben und das Betreibungsamt angewiesen werde, die Anzeigen an die Mieter zu widerrufen und die schon bei ihm eingegangenen Summen der Beschwerdeführerin auszuhändigen. Zur Begründung machte sie geltend: Die in Betreibung gesetzte Forderung sei nie gekündigt worden und infolgedessen auch nicht fällig. Die Gläubigerin wisse denn auch sehr wohl, daß sie zur Betreibung nicht berechtigt sei, und bezwecke mit dieser nur, die Beschwerdeführerin durch Beschlagnahme der Mietzinsen auf möglichst lange Zeit in finanzielle Verlegenheit, womöglich in den Konkurs zu bringen, um dann die Liegenschaft billig an sich ziehen zu können. Wolle man den Schuldner vor der Gefahr solcher Machenschaften, die mit dem Art. 806 ZGB notwendig verbunden sei, wirksam bewahren, so könne dies nur dadurch geschehen, daß man dem Betreibungsamt bezw. den Aufsichtsbehörden das Recht zugestehe, vom Gläubiger wenigstens einen prima facie Beweis dafür zu verlangen, daß die Forderung gekündigt oder sonst fällig sei, und mangels eines solchen die Betreibung aufzuheben. Daß es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung hierzu fehle, könne nicht entscheidend in Betracht fallen. Habe man doch im Retentionsverfahren, wo die Verhältnisse analoge seien, das Amt ebenfalls für berechtigt erklärt, den Vollzug der Retention zu verweigern, wenn der Schuldner wahrscheinlich mache, daß kein Mietverhältnis oder keine Zinsforderung oder auch nur keine fällige Zinsforderung bestehe, trotzdem man sich dafür ebenfalls auf keine gesetzliche Bestimmung berufen könne. Jedenfalls könne es nicht angehen, daß der Gläu-

biger durch Zuwarten mit dem Prozesse die Dauer der Mietzins-sperre beliebig verlängere. Sollten daher die Aufsichtsbehörden sich zur Prüfung der Frage der Fälligkeit nicht für kompetent erachten, so sei zum mindesten dem Bloch Frist anzusetzen, um die Forderung gerichtlich geltend zu machen.

Die erste Instanz hieß die Beschwerde im Sinne des Eventualantrages gut und setzte der Gläubigerin Frist bis zum 16. August 1913, um Klage auf Anerkennung ihrer Forderung beim ordentlichen Richter einzureichen, widrigenfalls die Anzeigen an die Mieter annulliert und die bereits eingegangenen Mietzinsen der Beschwerdeführerin ausgingegeben würden. Hiegegen rekurrirten beide Parteien an die kantonale Aufsichtsbehörde, die Schuldnern, indem sie Schutz der Beschwerde im Sinne ihres Hauptbegehrens, die Gläubigerin, indem sie gänzliche Abweisung derselben beantragte. Durch Entscheid vom 6. August 1913 erklärte die kantonale Aufsichtsbehörde den Rekurs der Gläubigerin für begründet, denjenigen der Schuldnern dagegen für unbegründet und wies demgemäß die Beschwerde in vollem Umfange ab. Das in Art. 806 ZGB statuierte Pfandrecht der Hypothekargläubiger an den Mietzinsen der verpfändeten Liegenschaft, wird in den Motiven ausgeführt, entstehe mit der Einleitung der Betreibung unmittelbar von Gesetzes wegen. Eines weiteren konstituierenden Aktes bedürfe es nicht. Wenn Art. 806 Abs. 2 bestimme, daß die Pfandhaft den Zinsschuldnern gegenüber erst wirksam werde, nachdem ihnen von der Betreibung Mitteilung gemacht worden sei, so liege darin nur eine Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Schuldner einer verpfändeten Forderung, der an seinen Gläubiger in gutem Glauben, d. h. ohne von der Verpfändung Kenntnis zu haben, zahle, dadurch auch im Verhältnis zum Pfandgläubiger befreit werde. Die Anzeige nach Art. 152 Abs. 3 SchRG habe somit nicht die Bedeutung einer Beschlagnahme der Mietzins, sondern lediglich diejenige einer Benachrichtigung von einer bereits erfolgten Rechtsänderung. Daher sei sie wirkungslos, wenn ein Pfandrecht an den Mietzinsen — sei es weil eine Grundpfandverpfändete Forderung überhaupt nicht bestehe, sei es weil sie noch nicht auf dem Betreibungswege habe geltend gemacht werden können — nicht zur Entstehung gelangt sei. Der Mieter, der die Verhältnisse

kenne, könne daher in diesem Falle trotzdem ruhig weiter an den Vermieter zahlen. Andererseits komme auch der Unterlassung der Anzeige keine Bedeutung zu, wenn das Pfandrecht an den Mietzinsen durch die Anhebung der Betreibung wirklich konstituiert worden sei und der Mieter sonst von der letzteren sichere Kenntnis gehabt habe. Dies führe zur Abweisung der Beschwerde. Klar sei von vornherein, daß dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerin nicht entsprochen werden könne. Der Grundsatz, daß die Fälligkeit der Forderung nur durch Rechtsvorschlag und nicht durch Beschwerde bestritten werden könne, müsse mangels gesetzlicher Ausnahme auch für die Betreibung auf Pfandverwertung hinsichtlich einer vermieteten Liegenschaft gelten. Aber auch die von der Vorinstanz angeordnete Maßregel könne nicht aufrechterhalten werden. Betrachte man die Anzeige an die Mieter als bloße Mitteilung einer Tatsache und Hinweis auf die durch diese eventuell bewirkte Rechtsänderung, so könne logischerweise auch von einer nachträglichen Annullierung dieser Anzeige nicht die Rede sein; vielmehr könne immer nur die Erstattung einer neuen Anzeige in Frage kommen, nämlich derjenigen von der Aufhebung der Betreibung. Eine solche sei aber natürlich solange nicht möglich, als die gesetzliche Frist, innert welcher der Gläubiger seine Rechte gegenüber dem Rechtsvorschlager verfolgen könne, nicht abgelaufen sei. Zuzugeben sei, daß die Art, in der das ZGB das gesetzliche Pfandrecht an den Mietzinsen geregelt habe, schwere Nachteile für den Eigentümer des Unterpandes mit sich bringen könne und daß es richtiger gewesen wäre, dessen Fortdauer im Falle des Rechtsvorschlages von der Beobachtung einer kurzen Klagefrist abhängig zu machen. Allein diese Lücke des Gesetzes könne unmöglich durch die Gerichtspraxis ausgefüllt werden.

B. — Gegen diesen Entscheid rekurrirte die Firma L. Appenzeller-Müller an das Bundesgericht unter Aufrechterhaltung ihrer früheren Begehren und Vorbringen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Soweit mit der Beschwerde die Aufhebung der Betreibung mangels Ausweises für die Fälligkeit der in Betreibung gesetzten Forderung verlangt wird, ist sie mit der Vorinstanz ohne

weiteres abzuweisen. Einreden, die sich nicht gegen das vom Betreibungsamt eingeschlagene Verfahren, sondern gegen die Forderung selber, bezw. das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, richten — wozu ohne Frage auch die Bestreitung der Fälligkeit gehört — können nach Art. 69 Ziff. 3 SchRG nur durch Rechtsvorschlag und nicht durch Beschwerde geltend gemacht werden. Der Hinweis der Rekurrentin auf eine davon abweichende Praxis im Retentionsverfahren trifft nicht zu. Auch hier hat das Bundesgericht stets daran festgehalten, daß das Amt, bevor es die Retention vollzieht, lediglich zu untersuchen habe, ob die allgemeinen tatsächlichen Voraussetzungen, welche das Vorhandensein eines Mietverhältnisses möglich erscheinen lassen, vorliegen, d. h. ob der Schuldner eine Liegenschaft bewohne oder bewirtschafte, an der der Gläubiger Eigentum oder Besitz hat, daß ihm dagegen eine Kognition darüber, ob die behauptete Mietzinsforderung bestehe und ob sie fällig sei, nicht zukomme (vergl. Jaeger, Komm. zu Art. 283 SchRG N. 1 S. 343 und die dort angeführten Urteile).

2. — Anders liegt die Sache in Bezug auf das eventuelle Beschwerdebegehren. Zwar ist der Vorinstanz zuzugeben, daß eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, nach welcher der Hypothekargläubiger, der die Erstreckung der Pfandhaft auf die Mietzinsen begehrt hat, im Falle Rechtsvorschlags ungesäumt Klage erheben müßte, nicht besteht. Erwägt man die Folgen, welche sich aus einer anderen Regelung der Frage ergeben müßten, so darf indessen unbedenklich angenommen werden, daß es sich dabei nicht um eine gewollte Unterlassung, sondern um ein bloßes Übersehen, also um eine wirkliche Lücke handelt, die im Sinne der dem Gesetz zu Grunde liegenden allgemeinen Rechtsgrundsätze auszufüllen dem Richter obliegt.

Der Umstand, daß das ZGB die Pfandhaft der Mietzinsen schon mit der Anhebung der Betreibung und nicht erst, wie manche frühere kantonale Rechte, mit dem Verwertungsbegehren beginnen läßt, bringt ohne Frage schwere Gefahren mit sich. Er hat zur Folge, daß dem Schuldner die Verfügung über die fraglichen Zinsen entzogen wird, bevor der Bestand der in Betreibung gesetzten Forderung und des dafür beanspruchten Grundpfandrechts

richterlich festgestellt ist. Die daraus resultierende Benachteiligung des Schuldners wiegt um so schwerer, als einerseits bei der Betreibung auf Pfandverwertung im Gegensatz zu derjenigen auf Pfändung die Verwaltung der Liegenschaft erst mit dem Verwertungsbegehren an das Betreibungsamt übergeht, dieses also bis dahin ohne Zustimmung aller Beteiligten über die bei ihm eingegangenen Mietzinsbeträge nicht verfügen kann und der Schuldner daher die auf der Liegenschaft haftenden Abgaben und Hypothekarzinsen nach wie vor aus seiner Tasche bezahlen muß, obgleich ihm die dazu in erster Linie bestimmten Mittel entzogen sind (vergl. US Sep.-Ausg. 15 Nr. 99*), andererseits der Zahlungsbefehl statt nach einem, wie bei der Pfändungsbetreibung, erst nach zwei Jahren erlischt. Während dieser ganzen Zeit hätte es somit der Gläubiger in der Hand, gestützt auf die bloße Behauptung, daß ihm eine fällige grundversicherte Forderung zustehe, den Schuldner der Disposition über einen wichtigen, häufig den wichtigsten Teil seiner Einkünfte zu berauben, ohne daß ihn eine Verpflichtung träfe, die Richtigkeit dieser Behauptung darzutun. Daß ein solcher Zustand sich mit einem geordneten Vollstreckungsverfahren nicht verträgt und einer durch keine begründeten Interessen des Gläubigers geforderten Bedrohung der ökonomischen Existenz des Schuldners gleichkäme, bedarf keiner Erörterung. Der Gesetzgeber hat es denn auch in einem andern Zusammenhange, beim Arrest, selbst anerkannt, indem er in Art. 278 SchRG bestimmt hat, daß der Arrest dahinfalle, wenn der Arrestgläubiger auf erfolgten Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl nicht innert zehn Tagen klagend vorgehe. Nichts hindert, diese Vorschrift auf die nach Art. 806 Abs. 2 ZGB und 152 Abs. 3 SchRG vom Amte zu erlassenden Zahlungsverbote an die Mieter analog anzuwenden. Denn einerseits ist die Situation in beiden Fällen insofern dieselbe, als es sich im einen wie im andern um eine ohne vorhergehende Feststellung der Vollstreckbarkeit der Forderung erfolgende Beschränkung des Schuldners in der Verfügung über bestimmte Vermögensstücke handelt, so daß die ratio, welche zum Erlasse des Art. 278 geführt hat, unzweifelhaft auch hier zutrifft. Andererseits schließt die Tatsache, daß das Pfandrecht an den Mietzinsen mit der

* Ges.-Ausg 38 I Nr. 139.

Einleitung der Grundpfandbetreibung von Gesetzes wegen entsteht, nicht aus, daß seine Berücksichtigung in einem konkreten Vollstreckungsverfahren und die Aufrechterhaltung der zu seinem Schutze vom Amte getroffenen Maßnahmen von der Vornahme bestimmter Vorkehren durch den Gläubiger abhängig gemacht wird, wie das Bundesgericht denn auch bereits festgestellt hat, daß das Betreibungsamt die Anzeigen nach Art. 152 Abs. 3 nur dann zu erlassen habe, wenn der Gläubiger dies besonders verlange und ihm die Namen der Mieter angebe (vergl. das Urteil in Sachen Basler Kantonalbank vom 27. März 1912 *US Sep.-Ausg.* 15 Nr. 20*, auf dessen Erwägungen zu verweisen ist). Wenn die Vorinstanz annimmt, daß der Widerruf der erlassenen Anzeigen wirkungslos wäre, weil er an dem Bestande des Pfandrechts selbst nichts zu ändern vermöchte, so ist dies offenbar nicht richtig. Indem der Gesetzgeber in Art. 152 Abs. 3 *SchRG* vorgeschrieben hat, daß die durch Art. 806 Abs. 2 *ZGB* vorgesehene Mitteilung an die Mieter durch das Betreibungsamt zu erfolgen habe, hat er implicite auch erklärt, daß die Pfandhaft der Mietzinsen den Mietern gegenüber solange nicht wirksam werde, als nicht eine solche Anzeige des Amtes vorliege. Wird die Anzeige widerrufen, so fällt also damit allerdings nicht das Pfandrecht selbst, wohl aber das Zahlungsverbot an die Mieter dahin: diese können daher den Mietzins wieder direkt an den Pfandschuldner entrichten und der Pfandgläubiger kann sich, wenn jener über die bezahlten Beträge zu anderen Zwecken als zu seiner Befriedigung verfügt, dafür nur an ihn und nicht an die Mieter halten.

Nur auf diese Weise kann den Mißständen, die mit der Anwendung des Art. 806 verbunden sind, wirksam begegnet werden. Die Verweisung des Schuldners auf den Weg der Klageprovokation oder der negativen Feststellungsklage, die allenfalls noch in Betracht kommen könnte, wäre schon deshalb ein unzureichendes Auskunftsmittel, weil die Zulässigkeit dieser Rechtsbehelfe vom kantonalen Prozeßrecht abhängt und deshalb unsicher ist, ob und inwiefern sie im einzelnen Falle dem Schuldner zu Gebote ständen, ganz abgesehen davon, daß eine negative Feststellungsklage nicht am Betreibungsort, sondern nur am Wohnsitz des Gläubigers angehoben werden könnte. Das Bundesgericht hat denn auch bereits

* *Ges.-Ausg.* 38 I Nr. 46.

in einem andern Falle — bei der Mietzinsbetreibung auf Grund einer Retentionsurkunde — aus Gründen ähnlicher Natur wie den vorstehend entwickelten, den Art. 278 *SchRG* ebenfalls analog anwendbar erklärt (*vergl. US Sep.-Ausg.* 12 Nr. 32* und das darauf sich stützende Kreis Schreiben vom 12. Juli 1909).

Der Rekurs ist daher in dem Sinne begründet zu erklären, daß das Betreibungsamt angewiesen wird, der Gläubigerin eine zehntägige Frist anzusetzen, um entweder das Rechtsöffnungsbegehren zu stellen oder Klage auf Anerkennung der Forderung anzuheben. Wird diese Frist nicht beachtet, so sind die Anzeigen an die Mieter zu widerrufen und allfällig bereits beim Amte einbezahlte Mietzinsbeträge der Rekurrentin ausinzugeben.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird teilweise begründet erklärt und das Betreibungsamt Zürich 6 angewiesen, der Gläubigerin eine Frist von je zehn Tagen anzusetzen:

- a) um entweder Klage auf Anerkennung ihrer Forderung und des Pfandrechts anzuheben oder Rechtsöffnung zu verlangen,
- b) eventuell im Falle der Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens den ordentlichen Prozeß einzuleiten, unter der Androhung, daß bei Nichtbeachtung dieser Fristen die an die Mieter erlassenen Anzeigen widerrufen und allfällig bereits beim Amte eingegangene Mietzinsbeträge der Schuldnerin ausgehändigt würden.

87. *Entscheid* vom 24. September 1913 in Sachen Bachmann.

Beschwerdeverfahren: Pflicht der untern kantonalen Aufsichtsbehörde, ihre Entscheide den Parteien gegen Empfangschein zustellen, und der obern, solche Empfangscheine von der untern einzufordern, wenn sie sich nicht bei den Akten befinden.

A. — Der Rekurrent Konrad Bachmann führte am 3. Juni 1913 Beschwerde gegen das Konkursamt Gersau mit dem Be-

* *Ges.-Ausg.* 35 I Nr. 35.