

er seinerseits den Richter anruft, abgesehen von besondern Fällen (Art. 77, 85 SchKG). Hier war freilich das binnen gesetzlicher Frist seit Zustellung der Arresturkunde eingereichte Betreibungsbegehren nicht etwa wegen ungenügender Angaben über eine Zustellungsadresse des Schuldners von der Hand zu weisen. Vielmehr wurde damit der Arrest gültig prosequiert. An das Betreibungsbegehren strengere Anforderungen stellen, hiesse die Arrestprosequierung in ungehöriger Weise erschweren. Andererseits war aber nach dem Gesagten bei Ausführung des Betreibungsbegehrens den berechtigten Interessen des Schuldners Rechnung zu tragen. Um Anhaltspunkte zu gewinnen, hätte das Betreibungsamt den Gläubiger über seine Geschäftsbeziehungen zum Schuldner und namentlich über dessen frühere Wohnorte einvernehmen können. Dabei hätte es den frühern Wohnort Mailand in Erfahrung gebracht, der auch den Schweizerischen Bankverein auf die richtige Spur geführt zu haben scheint. Ferner wäre eine Anfrage beim Bankverein selbst in Betracht gekommen, der hätte Auskunft geben können und im wohl verstandenen Interesse seines Klienten auch sollen. Endlich hätte man sich durch Vermittlung schweizerischer Behörden oder Vertreter an diplomatische oder konsularische Vertreter des Heimatstaates des Rekurrenten in Japan, an die Leitung der japanischen Fremdenpolizei oder vielleicht sogar an Angehörige oder Bekannte des Rekurrenten wenden können, die unter Umständen Bescheid wussten und, unter Hinweis auf das grosse Interesse des Schuldners an einer Vermeidung des Ediktalverfahrens, wohl auch zur Auskunft zu bewegen gewesen wären. Nichts von alledem ist versucht worden, das Betreibungsamt hat auch dem Gläubiger keine Nachforschungen aufgegeben, wobei es ihm eine angemessene Frist hätte setzen können; und andererseits berechtigt nichts zur Annahme, der Schuldner habe seine Adresse geflissentlich verschwiegen; er scheint vielmehr auf die Zustellung des Zahlungsbefehls immer noch gewartet zu haben, bis er durch den Brief der Bank

vom 18. September 1937 über die öffentliche Zustellung unterrichtet wurde, die er alsdann hinsichtlich der auf den Arrestvollzug gefolgten Betreibungshandlungen mit Recht angefochten hat.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird gutgeheissen und das Betreibungsamt angewiesen, dem Rekurrenten einen Zahlungsbefehl gemäss Art. 66 Abs. 3 SchKG zuzustellen.

14. Entscheid vom 28. März 1938

i. S. Kantonalbank von Bern.

Subrogation eines Mitverpflichteten, welcher einen Teil der Forderung getilgt hat, und Beteiligung am Konkursergebnis (Art. 217 SchKG):

Entsprechend der zivilrechtlichen Lage geht die Restforderung des Gläubigers der allfälligen Rückgriffsforderung des Dritten vor, auch wenn dieser nicht über den Betrag der geleisteten Zahlung hinaus haftet.

Subrogation d'un coobligé, qui a payé une partie de la dette; participation au dividende (art. 217 LP): Conformément aux normes du droit civil, le droit du créancier au reste de la somme qui lui était due prime le droit de recours éventuel du tiers, même lorsque celui-ci ne répond pas au delà de ce qu'il a déjà payé.

Surrogazione di un coobligato che ha soddisfatto una parte del debito; partecipazione al dividendo (art. 217 LEF): conformemente alle norme del diritto civile, la pretesa del creditore al resto della somma dovutagli ha la precedenza sull'eventuale diritto di regresso del terzo, anche se quest'ultimo non è tenuto oltre all'importo che ha pagato.

Für eine im Konkurse der Gebrüder Falk A. G. in Basel zugelassene Forderung der Kantonalbank von Bern aus Kontokorrent im Betrage von Fr. 96,360.— als Bürge belangt, hat Witwe Martha Falk-Zucker die Haftung bestritten, dann aber im Laufe des Rechtsstreites durch Vergleich die Bezahlung von Fr. 50,000.— übernommen und auch geleistet. Unter Berufung auf Art. 505 OR

beansprucht sie nun hiefür am Konkurserlös teilzunehmen, so dass der Kantonalbank nur das auf den Rest von Fr. 46,360.— entfallende Betreffnis zukäme. Die Bank dagegen erhebt nach Massgabe von Art. 217 SchKG Anspruch auf den Anteil am Erlös für die ganze ursprüngliche Forderung bis zu ihrer vollen Deckung, d. h. bis das Konkursbetroffnis selbst den Restbetrag von Fr. 46,360.— ausmacht. Der Konkursverwalter hat mit Rücksicht auf die Ansprache der Witwe Falk am 17. Januar 1938 eine Nachtragsverfügung zur Kollokation der Bank getroffen, des Inhalts, dass in Zukunft die auf den Teilbetrag von Fr. 50,000.— entfallenden Betreffnisse bei der Gerichtskasse Basel-Stadt gemäss Art. 168 OR zu Händen wessen Rechtens hinterlegt würden.

Die Beschwerde der Bank auf Aufhebung dieser Verfügung ist von der kantonalen Aufsichtsbehörde am 11. März 1938 abgewiesen worden. Die Beschwerdeführerin zieht die Sache im Sinne ihres Antrages an das Bundesgericht weiter.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

Die Beschwerde beschlägt die Verteilung des Konkurserlöses, worüber die Konkursverwaltung und im Beschwerdeverfahren die Aufsichtsbehörden zu befinden haben. Für die Entscheidung massgebend ist Art. 217 SchKG, dessen Bestimmungen auch den vorliegenden Fall ordnen und einer Hinterlegung mit Vorbehalt gerichtlicher Beurteilung im Sinne der angefochtenen Verfügung keinen Raum geben. Die Berufung auf Art. 505 OR und das für Witwe Falk daraus hergeleitete Rückgriffsrecht verschlägt nichts. Art. 217 SchKG nimmt ausdrücklich auch auf Mitverpflichtungen mit Rückgriffsrecht Bezug. Er lässt den Rückgriffsberechtigten nicht neben, sondern hinter dem durch seine Zahlung teilweise für die Forderung befriedigten Gläubiger am Konkursergebnis teilnehmen, d. h., entsprechend dem von der Beschwerdeführerin

verfochtenen Standpunkt, nur und erst wenn die Forderung des Gläubigers vollständig getilgt ist. Die Konkursverwaltung hält nicht für abgeklärt, ob die von Witwe Falk bezahlte Summe von Fr. 50,000 als Abfindung für eine grössere Bürgschaftsverpflichtung oder aber als volle Tilgung einer durch Vergleich auf diesen Betrag festgelegten Bürgschaftsverpflichtung zu gelten habe. Das macht jedoch für die Anwendung von Art. 217 SchKG keinen Unterschied aus. Der Vorrang der Restforderung des Gläubigers gegenüber der Rückgriffsforderung des Bürgen drängt sich allerdings vorweg dann auf, wenn der Bürge auch für den Rest haftet, so dass er bei Beteiligung an dem (den noch ungetilgten Restbetrag nicht übersteigenden) Betreffnis im Konkurs des Hauptschuldners dem Gläubiger etwas vorenthielte, was er selbst ihm ja dann kraft seiner Haftung überweisen müsste. Nicht minder unzulässig ist nun aber eine solche Beteiligung des Bürgen, wenn er, wie hier, die Haftung nur für einen bestimmten, von der Hauptschuld überschrittenen Betrag übernommen und sich durch Zahlung dieses Betrages seiner Bürgschaftsverpflichtung entledigt hat. In diesem Falle würden Bezüge des Bürgen aus dem Vermögen des Hauptschuldners, solange der Gläubiger für die Restforderung nicht gedeckt ist, auf eine nachträgliche Wettmachung seiner Haftung hinauslaufen, auf Kosten des Gläubigers, für dessen durch die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners bedingte Einbusse der Bürge eben bis zum Betrage der übernommenen Haftung aufzukommen hat. Ist die Hauptschuld grösser als der Betrag der Bürgenhaftung, sei es auch, dass diese Haftung nachträglich hinzukam und auf den niedrigeren Betrag festgesetzt wurde, so lässt sich dennoch die Forderung des Kreditgebers nicht etwa in zwei Forderungen, eine verbürgte und eine unverbürgte, trennen. Sie bleibt vielmehr wie dem Hauptschuldner so auch dem Bürgen gegenüber eine einheitliche, nur dass dieser bloss für einen Teilbetrag belangt werden kann. Daher steht dem Bürgen kein

prozentualer Anteil an dem im Konkurse des Hauptschuldners auf die ganze Forderung entfallenden Betreffnis zu, sondern dieses Betreffnis ist bis zum Betrage der noch ungetilgten Restforderung dem Gläubiger zuzurechnen, der denn auch, falls der Bürge noch nichts bezahlt hätte und er selbst im Konkurse des Hauptschuldners höchstens den Mehrbetrag der Forderung über den Haftungsbetrag des Bürgen hinaus erhielt, hernach den Bürgen für den vollen Haftungsbetrag belangen könnte. Art. 217 SchKG trägt also den zivilrechtlichen Verhältnissen Rechnung und bringt hinsichtlich der Rückgriffsforderung den anderwärts gesetzlich niedergelegten, in der Schweiz gleichfalls zur Anerkennung gelangten Grundsatz « nemo subrogat contra se » zur Geltung, was besagt, dass bei teilweiser Tilgung der Forderung durch einen (gegebenenfalls mitverpflichteten) Dritten der Eintritt in die Gläubigerrechte nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann (BGE 60 II 189 mit Hinweisen).

Eine Teilnahme der Witwe Falk an dem streitigen Konkursergebnis kommt also nicht in Frage und braucht somit auch nicht durch gerichtliche Hinterlegung gesichert zu werden, solange das Betreffnis die Restforderung der Beschwerdeführerin nicht übersteigt.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird gutgeheissen und die Nachtragsverfügung des Konkursverwalters vom 17. Januar 1938 aufgehoben.

15. Arrêt du 13 avril 1938 dans la cause Novel.

Si le principe suivant lequel il ne peut y avoir de *poursuites individuelles* des créanciers successoraux durant la *liquidation officielle* (RO 47 III 11) souffre une exception dans le cas où la poursuite tend à la réalisation de biens sur lesquels la succession comme telle ne possède qu'un droit de copropriété ou une part de communauté (RO 62 III 145), ce principe re-

trouve son application dans l'hypothèse où ces biens sont la propriété commune de deux hoiries, toutes deux en liquidation officielle et gérées par le même liquidateur. Art. 49 et 206 LP. Art. 593 ss CC.

Eine amtlich zu liquidierende Erbschaft (Art. 593 ff. ZGB) kann von Erbschaftsgläubigern nicht betrieben werden, auch nicht auf Pfandverwertung (BGE 47 III 10 ff.);

— ausser wenn das zu verwertende Vermögensstück nicht der Erbschaft allein gehört, sondern dieser bloss Miteigentum oder Anteilsrechte zustehen (BGE 62 III 145 ff.);

— doch ist auch in diesem Falle die Betreibung unzulässig, wenn Eigentümer des Pfandgegenstandes die betreffende Erbschaft zusammen mit einer andern, ebenfalls und zwar durch die nämliche Person amtlich zu liquidierenden Erbschaft ist. Art. 49 und 206 SchKG. Art. 593 ff ZGB.

La norma, secondo cui una successione non può essere escussa dai singoli creditori durante la liquidazione d'ufficio (47.III pag.11), non si applica qualora l'esecuzione tenda alla realizzazione di beni su cui la successione come tale non ha che un diritto di comproprietà od un diritto in comunione (RO 62 III pag. 145); detta norma è tuttavia applicabile nel caso in cui questi beni sono la proprietà comune di due successioni, ambedue liquidate d'ufficio e amministrare dal medesimo liquidatore. Art. 49 e 206 LEP, art. 593 e seg. CC.

A. — Les époux Romieux-Bos vivaient sous le régime de la communauté des biens. Dame Romieux est décédée en 1928. L'autorité compétente a ordonné la liquidation officielle de sa succession. Le 5 mai 1936, la Caisse hypothécaire de Genève a requis une poursuite en réalisation de gage contre ladite succession. Rejetée par l'office des poursuites de Genève, cette réquisition a été, sur plainte de la banque, admise par l'autorité de surveillance. Un recours formé par le liquidateur Novel contre cette décision a été rejeté par le Tribunal fédéral en date du 3 octobre 1936 (RO 62 III 145). Ensuite de quoi, la Caisse hypothécaire a fait notifier à la succession de feu dame Romieux deux poursuites en réalisation de gage nos 180.799 et 180.780 à raison de créances garanties par divers immeubles appartenant en commun aux deux époux.

Le 16 juillet 1937, la Banque d'Escompte Suisse en liquidation concordataire a intenté contre Henri Romieux