

### 51. **Entscheid vom 24. Dezember 1918, i. S. Bochsler.**

**Streitigkeit zwischen einem Gläubiger und einem Dritten über die jenem laut Verteilungsliste zukommende Dividende. Zuständigkeit des Richters oder der Aufsichtsbehörde? insbesondere wenn die Streitigkeit sich nach Art. 217 SchKG beurteilt?**

A. — Der Rekurrent, Notar Bochsler in Bremgarten, war Inhaber einer Grundpfandverschreibung von 3000 Fr. haftend auf der in Besenbüren gelegenen Liegenschaft Kat. Nr. 73/74, des Josef Duss, Antiquar in Zug, verbürgt durch Frau Widmer-Staub in Luzern und die Rekursbeklagte Frau Wiki-Frey in Luzern als Solidarbürgen. In dem in der Folge über den Grundpfandschuldner Duss ausgebrochenen Konkurs blieb die Forderung im Betrage von 2379 Fr. 30 Cts. ungedeckt. Gegen die vom Konkursamt Zug aufgestellte Verteilungsliste, wonach die auf den Pfandausfall entfallende Konkursdividende im Betrage von 72 Fr. 10 Cts. dem Rekurrenten zugewiesen wurde, erhob Frau Wiki-Frey rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrage, die Dividende sei ihr zuzuteilen, weil sie als Bürgin den Rekurrenten befriedigt habe und demnach die Dividende beanspruchen könne. Der Rekurrent beantragte Abweisung der Beschwerde, mit der Begründung, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht richtig seien, indem nämlich noch ein Betrag von 222 Fr. 90 Cts. ausstehe. Solange aber seine Forderung nicht völlig bezahlt sei, müsse die Dividende ihm zukommen.

Durch Entscheid vom 24. Oktober hat die Aufsichtsbehörde des Kantons Zug die Beschwerde in dem Sinne gutgeheissen, dass die Dividende so lange zu deponieren sei, bis zwischen den Parteien gütlich oder gerichtlich entschieden sei, wem die Dividende zufallen solle, in Erwägung, dass die Prüfung der Frage nach der Dividendenberechtigung nicht in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden, sondern des Richters falle und die strei-

tige Dividende daher bis zur Ausfällung des richterlichen Entscheides hinterlegt werden müsse.

B. — Gegen diesen, ihm am 26. Oktober zugestellten Entscheid rekurriert Notar Bochsler am 5. November an das Bundesgericht mit dem Antrage, er sei aufzuheben. Zur Begründung dieses Antrages werden die in der Beschwerdeantwort gemachten Ausführungen wiederholt.

C. — In einer am 4. November bei der kantonalen Aufsichtsbehörde zu Händen des Bundesgerichts eingelegten Rekursantwort beantragt Frau Wiki-Frey, der angefochtene Entscheid sei zu bestätigen. Sie macht geltend, dass sie durch Quittungen die Bezahlung des Pfandausfalls von 2379 Fr. 30 Cts. nachweisen könne. Um den Rest — Zinsvergütungen etc. — auch noch begleichen zu können, habe sie den Rekurrenten um Ablegung der Schlussrechnung ersucht, was dieser bis anhin verweigert habe. Wenn nun der Rekurrent sich etwa auf den Standpunkt stellen sollte, die Forderung sei noch nicht ganz gedeckt und er habe daher Anspruch auf die Dividende, so könne trotzdem der Rekurs nicht gutgeheissen werden, weil sie den Pfandausfall, auf den die Dividende entfalle, gedeckt habe.

#### *Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:*

Der im angefochtenen Entscheide ausgesprochene Grundsatz, dass die Aufsichtsbehörde nicht zuständig sei zur Beurteilung der Frage nach der Rechtsbeständigkeit der Ansprüche, die von einem Dritten an der nach der Verteilungsliste einem Gläubiger zufallenden Dividende geltend gemacht werden und daher lediglich die Hinterlegung der Dividende verfügen könne, den Entscheid in der Sache selbst aber dem Richter überlassen müsse, ist in dieser allgemeinen Formulierung nicht zutreffend. Er ist richtig, wenn diese Ansprüche sich auf das materielle Recht stützen, nicht aber dann, wenn die Streitigkeit eine Verteilungsfrage beschlägt,

deren Lösung in den Grundsätzen des Vollstreckungsrechtes gefunden werden muss; denn unter solchen Umständen ist der Zivilrichter zur Erledigung der Streitigkeit inkompetent, folgerichtig kann die Aufsichtsbehörde nicht lediglich die Deposition anordnen, sondern sie hat über die Begründetheit des Anspruches zu entscheiden. Ein solcher Fall liegt aber hier vor. Die Rekursbeklagte bestreitet die im Kollokationsplan festgelegte materielle Rechtslage, wonach der Pfandausfall im Betrage von 2379 Fr. 30 Cts. in der 5. Klasse kolloziert und damit der Anspruch des Rekurrenten auf die, auf diesen Betrag entfallende Dividende festgestellt wird, nicht, wie auch anderseits der Rekurrent die der Rekursbeklagten aus Art. 505 OR zustehenden Rechte anerkennt. Streitig ist nur, auf welche Weise die Konkurrenz dieser beiden, von den Parteien gegenseitig anerkannten Ansprüche, in der Verteilungsliste zum Ausdruck kommen soll, d. h. insbesondere, inwiefern der Anspruch der Rekursbeklagten aus Art. 505 OR darin zu berücksichtigen ist. Die Lösung dieser Frage gibt Art. 217 SchKG welcher bestimmt, dass der Rückgriffsberechtigte — im vorliegenden Falle also die Rekursbeklagte — erst dann die Berücksichtigung seiner Rechte im Verteilungsverfahren verlangen und die Dividende beanspruchen kann, wenn der Gläubiger für seine Forderung völlige Deckung erhalten hat, sodass also nur ein allfälliger, zur vollen Befriedigung des Gläubigers nicht mehr notwendiger Dividendenüberschuss dem Regressberechtigten zugewiesen werden darf. Dies ist eine Vorschrift, welche die Verteilung im Konkurse betrifft und über deren Ausführung somit nur die Aufsichtsbehörden wachen können. Im vorliegenden Falle steht nun aber gestützt auf das von der Rekursbeklagten in ihrer Rekursbeantwortung vom 4. November gemachte Zugeständnis fest, dass die Zinsen der von der Rekursbeklagten verbürgten Forderung noch ausstehend sind, der Rekurrent also noch nicht völlig befriedigt ist. Folgerichtig kann er die Dividende

beanspruchen, soweit sie zur völligen Deckung seiner Forderung erforderlich ist und es kann nur ein eventuell noch verbleibender Ueberschuss der Rekursbeklagten zugewiesen werden.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird gutgeheissen.

### 52. **Entscheid vom 26. Dezember 1918** i. S. Cattani.

Anfechtung einer Betreibung nachdem sie abgeschlossen, ein Verlustschein ausgestellt und gestützt auf den letzteren eine neue Betreibung angehoben worden ist.

A. — Gestützt auf einen in einer früheren Betreibung erhaltenen Verlustschein betrieb der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer für eine Forderung von 207 Fr. 55 Cts. Nachdem diesem am 31. Oktober 1918 der Zahlungsbefehl zugestellt worden war, erhob er am 20./21. November 1918 Beschwerde, weil die erste Betreibung, trotzdem er damals noch minderjährig gewesen, statt gegen seinen Vormund, gegen ihn selbst geführt worden sei. Dementsprechend verlange er, dass der in der Folge ausgestellte Verlustschein, weil absolut nichtig, annulliert werde.

Das Betreibungsamt gab seinen Fehler zu, verwies jedoch darauf, dass die Akte der ersten Betreibung insgesamt in Rechtskraft erwachsen seien.

B. — Die kantonale Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde wegen Verspätung ab, davon ausgehend, sie hätte innert 10 Tagen seit Zustellung des zweiten Zahlungsbefehles erhoben werden müssen, und weil im übrigen die zweite Betreibung formgültig eingeleitet worden sei.

C. — Hierüber beschwerte sich Cattani beim Bundesgericht, indem er beantragen liess: Es sei das « in den Jahren 1916/17 gegen den minderjährigen Otto Cattani in Arlesheim durchgeführte Betreibungs- und Pfand-