

II. En l'espèce, faute par le préposé aux faillites de Genève, administrateur de la masse Baur, de procéder ainsi qu'il est dit ci-dessus, la seconde assemblée des créanciers a pris une décision qui, pratiquement, et par elle seule, devait aboutir à l'impasse à laquelle l'office s'est vu en quelque sorte acculé. Cependant ce dernier n'était pas en droit de céder la prétention de la masse aux six créanciers clients de M^e Des Gouttes sans, tout à la fois, avoir préalablement avisé les autres créanciers de l'impossibilité où il était de faire le procès au nom et pour le compte de la masse et de la nécessité où celle-ci se trouvait par conséquent de renoncer elle-même au dit procès, sauf l'éventualité susmentionnée et tout exceptionnelle d'une avance de frais générale et commune, et avoir assigné aux dits créanciers un délai convenable pour demander que la cession intervint également en leur faveur. En effet, la décision du 18 juillet n'impliquait pas, pour les créanciers représentés à l'assemblée, la renonciation à toute demande de cession sur la base de l'art. 260 LP; il paraît au contraire que l'intention de ces créanciers était, si une demande de cession était présentée d'autre part, de s'y joindre d'une façon ou de l'autre, le procès devant être fait aux frais de ceux qui, les premiers, le demanderaient ou, suivant la lettre de M^e Ritzchel du 3 août, aux frais de ceux qui voudraient ce procès. Quoi qu'il en soit, les recourants n'ont pas été mis en demeure de se prononcer sur la question de savoir s'ils entendaient, eux aussi, demander la cession de la prétention de la masse contre les enfants Baur.

III. Il y avait donc lieu pour l'autorité cantonale d'annuler la décision du préposé aux faillites du 26 août et, par voie de conséquence, la cession consentie aux six créanciers clients de M^e Des Gouttes, si cette cession était déjà intervenue, et d'inviter l'office à procéder comme il est dit ci-dessus, c'est-à-dire à informer tous les créanciers de la faillite, soit dans une nouvelle assemblée convoquée conformément à l'art. 255 LP, soit plus simplement par voie de circulaire, que, sauf entente entre eux tous pour le dépôt d'une somme suffisante pour couvrir les frais du procès, l'état de la masse impliquait

en fait la renonciation de cette dernière au dit procès, et que tel délai convenable leur était assigné pour demander que cession leur fût faite des prétentions de la masse conformément à l'art. 260 LP, l'inobservation de ce délai entraînant la déchéance de leur droit à cette cession.

Par ces motifs,

La Chambre des Poursuites et des Faillites
prononce :

Le recours est déclaré fondé dans le sens des considérants qui précèdent; en conséquence, est annulée la décision de l'autorité de surveillance des offices de poursuites et de faillites du canton de Genève, en date du 28 septembre 1904, ainsi que celle de l'office des faillites de Genève du 26 août 1904 et, pour autant qu'elle serait déjà intervenue, la cession au profit des six créanciers clients de M^e Des Gouttes de la prétention de la masse contre les enfants Baur; et l'office est invité à procéder ainsi qu'il est dit ci-dessus, sous consid. III.

129. Entscheid vom 26. Oktober 1904 in Sachen Vogel.

Arrest. Beginn der Frist zur Anhebung der Betreibung, Art. 278 Abs. 1 SchKG. Abs. 4 eod. — Art. 277 eod. Kompetenzen des Arrestrichters und der Aufsichtsbehörden.

I. Fürsprech Dr. Gut hatte namens der Firma Schallehn & Wollbrück in Magdeburg gegen den Rekurrenten Dr. Vogel für eine Forderung von 254 Fr. und Zins beim Betreibungsamt Entlebuch Betreibung angehoben, welche am 17. Juni 1904 zur Pfändung mehrerer Gegenstände im Schätzungswerte von 100 Fr. führte. Am 28. Juli leistete Dr. Vogel dem Amte eine Abschlagszahlung von 68 Fr., worauf ihm das Amt zur Abtragung des noch verbleibenden Betrages der betriebenen Schuld Aufschub im Sinne von Art. 123 SchKG erteilte. Am 4. August erwirkte Dr. Vogel vom Gerichtspräsidenten von Entlebuch gegen die betreibenden Gläubiger, Schallehn & Wollbrück, für eine Forderung

von 250 Fr. (Entschädigung wegen fälschlich erhobener Betrugsklage) einen Arrestbefehl bezüglich des dem Amte einbezahlten Betrages. Der Arrestvollzug erfolgte am 5. August und erstreckt sich auf den genannten Betrag von 63 Fr. und die Restanz der betriebenen Forderung der Arrestschuldner gegen den Arrestgläubiger im Schätzungswerte von 191 Fr. Auf Begehren Dr. Vogels erließ am 8. August das Betreibungsamt Entlebuch gegen Schallehn & Wollbrück für die Arrestforderung einen Zahlungsbefehl. Dieser wurde, wie es scheint, nicht den Betriebenen persönlich, sondern dem Dr. Gut als Vertreter derselben zugestellt. Dr. Gut erklärte Rechtsvorschlag und das Amt übermittelte dem Dr. Vogel am 17. August das Gläubigerdoppel des Befehls, mit der Erklärung, daß er innert zehn Tagen Klage anzuheben habe. In Nachachtung dessen reichte Dr. Vogel innert dieser Frist beim Gerichtspräsidenten von Entlebuch Klage auf Anerkennung der Arrestforderung ein.

II. Unterdessen hatte am 9./10. August Dr. Gut namens Schallehn & Wollbrück den Beschwerdeweg betreten. Sie stellten zunächst ein zur Zeit nicht mehr in Frage stehendes — weil vorinstanzlich abgewiesenes und nicht weitergezogenes — Begehren um Ergänzung der Pfändung vom 17. Juni, und beantragten im Fernern: Das Betreibungsamt sei zur Aushändigung der ihm ausbezahlten 63 Fr., eventuell zur Hinterlegung dieses Betrages bei der Depositionsanstalt zu verhalten und Dr. Vogel (als Arrestgläubiger) zur Sicherheitsleistung.

Die erste Instanz beschied die Beschwerde teils als materiell unbegründet, teils im Sinne Nichteintretens abschlägig. Die kantonale Aufsichtsbehörde dagegen erkannte auf Rekurs der Beschwerdeführer mit Entscheid vom 1. Oktober 1904: Die Beschwerde sei bezüglich des von Dr. Vogel einbezahlten Betrages von 63 Fr. begründet und demnach das Betreibungsamt zur Aushändigung dieses Betrages an die Beschwerdeführer verhalten; bezüglich der Verpflichtung Dr. Vogels zur Sicherheitsleistung sei sie gegenstandslos.

Der Entscheid basiert auf den Erwägungen: Die Zustellung des Zahlungsbefehls Dr. Vogels vom 8. August sei nicht gesetzesgemäß an die Beschwerdeführer selbst, sondern an deren (bis-

herigen) Anwalt Dr. Gut erfolgt, der nicht als ihr Vertreter für Entgegennahme von Betreibungsakten in der gegen sie gerichteten Arrestbetreibung betrachtet werden könne. Demnach müsse der Arrest gemäß Art. 278 Abs. 4 SchRG wegen Fristverwirkung dahinfallen und seien die 63 Fr. den Beschwerdeführern herauszugeben. Mit dem Hinfall des Arrestes könne auch keine Kauionspflicht Dr. Vogels mehr bestehen.

III. In seinem nunmehrigen, innert Frist eingereichten Rekurs stellt Dr. Vogel vor Bundesgericht den Antrag: den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde abzuändern und den vom Rekurrenten erwirkten Arrest vom 4. August zu beschützen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Der für die Entscheidung des Rekurses ausschlaggebende Punkt betrifft die Frage, wann die Arrestbetreibung im Sinne von Art. 278 Abs. 1 als „angehoben“ zu gelten habe. Zu Unrecht sieht die Vorinstanz die Anhebung der Betreibung erst als erfolgt an mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Betriebenen. Diese Auslegung widerspricht zunächst zweifelsohne dem Wortlaute des Art. 278 in der deutschen und ganz besonders der französischen und italienischen Fassung des Gesetzes, wonach unter dem Ausdrücke „Betreibung anzuheben“ (*« requérir la poursuite », « domandare l'esecuzione »*), entsprechend der ihm sonst vom Gesetze gegebenen Bedeutung (siehe namentlich Art. 67 und die diesem vorangehende Kapitelüberschrift), nur die Einleitung der Betreibung durch Stellung des Betreibungsbegehrens verstanden werden kann. Ebenso wenig läßt sich die vorinstanzliche Auffassung sachlich rechtfertigen: Denn wäre für die Fristberechnung des Art. 278 Abs. 1 und 4 die erfolgte Zustellung des Zahlungsbefehls maßgebend, so würde vielfach die Beobachtung der Frist nicht sowohl vom Willen des Arrestgläubigers, dem sie gesetzt ist, abhängen, sondern wäre die Möglichkeit ihrer Einhaltung durch äußere Umstände und Handlungen Dritter (richtige Besorgung der Betreibung durch die amtlichen Organe, Erreichbarkeit des Schuldners, etc.) bedingt, und hätte es namentlich der Betriebene unter Umständen in der Hand, durch Vereitlung einer rechtzeitigen Zustellung den Arrest dahinfallen zu lassen.

Das Betreibungsbegehren ist nun aber vom Rekurrenten festgestelltstermaßen innert zehn Tagen seit der Zustellung der Arresturkunde gestellt worden, so daß von einem Dahinsinken des Arrestes im Sinne des vorinstanzlich zur Anwendung gebrachten Abs. 4 des Art. 278 nicht die Rede sein kann. Da ferner ein anderweitiger Grund gegen den derzeitigen Bestand des Arrestes nicht behauptet worden ist, muß das auf Schätzung des letztern gerichtete Rekursbegehren gutgeheißen werden. Für die Entscheidung des Falles ist nach dem Gesagten die Frage nach der Rechtsgültigkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls vom 8. August 1904 ohne Erheblichkeit. Dieser Punkt hat vielmehr Bedeutung nur für die andere, hier nicht zu prüfende Frage, inwiefern der Zahlungsbefehl selbst gegenüber den Rekursgegnern rechtswirksam geworden sei, speziell auch was den Fristenlauf für die Erhebung des Rechtsvorschlages anbelangt.

Auf das Begehren der Rekursgegner, den Rekurrenten zur Sicherheitsleistung bezüglich des erwirkten Arrestes zu verhalten (Art. 277), hätte die Vorinstanz, entsprechend dem erstinstanzlichen Entscheide, nicht eintreten sollen, da es sich hierbei um einen in die Kompetenz des Arrestrichters und nicht der Aufsichtsbehörden fallenden Punkt handelt (vergl. Amtl. Samml., Separatausgabe, Bd. VI, Nr. 12, S. 40 ff.)*.

Der Rekurs ist nach alledem im Sinne der Aufrechterhaltung des Arrestes und Nichteiniretens in Bezug auf das Begehren der Rekursgegner auf Sicherheitsleistung zu erledigen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Motive begründet erklärt.

* Ges.-Ausg., Bd. XXIX, 1. Teil, Nr. 23, S. 106 ff.

130. Entscheid vom 30. Oktober 1904 in Sachen Frey.

Retentionsrecht des Vermieters, Art. 294, spec. Abs. 3, OR und Art. 283 SchKG. Verschiedene Bedeutung der Aufnahme der Retentionsurkunde, je nachdem es sich um schon verfallenen oder um laufenden Mietzins handelt.

I. Am 26. Juli 1904 stellte A. Hurlimann beim Betreibungsamt Zürich I das Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde gegenüber der Rekurrentin, Frau Frey, und zwar für 375 Fr. am 30. Juni 1904 verfallenen und für 375 Fr. am 30. September d. J. fällig werdenden Mietzins. Das Betreibungsamt gab dem Begehren nur bezüglich des verfallenen Mietzinses Folge. Darauf erhob Hurlimann Beschwerde mit dem Antrage, die Retention auch für den laufenden Zins zu vollziehen. Das Betreibungsamt machte in seiner Vernehmlassung geltend: Nach seiner bisherigen auch durch die Rechtsprechung gutgeheißenen Praxis nehme es die Aufnahme von Retentionsverzeichnissen für laufenden Mietzins nur vor, wenn der Vermieter Anstalten treffe, die Platen fortzuschaffen, was hier der Beschwerdeführer weder bei Stellung des Retentionsbegehrens noch in seiner Beschwerde von seiner Schuldnerin behauptet habe.

II. Die erste Instanz sprach das Beschwerdebegehren zu und die kantonale Aufsichtsbehörde verwarf den hiegegen erhobenen Rekurs der Frau Frey mit Entscheid vom 29. September 1904. Dieser Entscheid geht davon aus, daß, wenn, wie hier nicht bestritten werde, eine Retention für den verfallenen Mietzins zu erfolgen habe, sie auch für den laufenden vorzunehmen sei, da dieser nach Art. 294 Abs. 1 OR vom Retentionsrecht gleicher Weise wie der verfallene erfaßt werde.

III. Mit ihrem nunmehrigen, rechtzeitigen Rekurse nimmt Frau Frey ihr Begehren um Bestätigung der eine Retention für laufenden Mietzins ablehnenden betreibungsamtlichen Verfügung vor Bundesgericht wieder auf.