

es sich aber nicht um die Admassierung seines Erbtheiles (einer ideellen Quote der Erbschaft), sondern nur von bestimmten Vermögensstücken handeln; und als ein solches wiederum wird allseitig nur die Frauengutsforderung erwähnt, für die Frau Wildhaber im Konkurse kolloziert worden war und von welcher der Rekurrent bei der Erbteilung zwei Quoten (— 1391 Fr. 90 Cts. von der in IV. Klasse und 879 Fr. 61 Cts. von der in V. Klasse kollozierten Summe —) zugewiesen erhalten hatte. Nun ist klar, daß diese Frauengutsforderung kein zur Masse ziehbares Aktivum bilden kann, keinen Vermögenswert, den die Konkursgläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen verwenden könnten, sondern daß sie umgekehrt — solange sie besteht — ein Passivum der Masse darstellt, eine Konkursforderung, die selbst aus dem vorhandenen Massevermögen Befriedigung finden soll. Zu der Annahme, daß man es hier mit einer Admassierung der dem Rekurrenten zugewiesenen Forderungsquoten zu tun habe, konnte der Rekurrent nur dadurch gelangen, daß er irrtümlicher Weise die kollozierte Forderung als Vermögensobjekt ohne weiteres mit dem auf sie entfallenden Verteilungsbetreffnis identifizierte. Natürlich aber ist die Forderung, die durch Kollokation im Konkurse Berücksichtigung findet, auseinander zu halten von der Geldsumme, die — bei Fortdauer der Kollokation — später als Dividende zu ihrer ganzen oder teilweisen Bezahlung dienen wird und an welcher der Kollozierte ein Recht erst mit ihrer einstigen Zuteilung und Auszahlung erwirbt.

Ist hiernach mit der Verfügung vom 28. Juli 1906 kein Vermögen des Rekurrenten zur Masse gezogen worden, so erweist sich sein Beschwerdebegehren, laut dem eine Admassierung von Vermögen zu untersagen wäre, als gegenstandslos und ist in diesem Sinne die Beschwerde und der Rekurs abzuweisen. Demzufolge hat es auch keinen Zweck mehr, auf die im bisherigen Verfahren erörterten Fragen über die Auslegung des Art. 197 Abs. 2 SchKG einzutreten.

2. Mit dem Gefagten bleibt noch unentschieden, was den wirklichen Inhalt der konkursamtlichen Verfügung vom 28. Juli 1906 bilde. Sie will wohl einen auf den Kollokationsplan, auf die Feststellung der Passivmasse bezüglichen Punkt regeln, nämlich aus-

sprechen, daß die kollozierte Frauengutsforderung, soweit auf den Rekurrenten angewiesen, durch Konfusion untergegangen sei, und erklären, daß insoweit ihre Kollokation, als nicht mehr gerechtfertigt, rückgängig gemacht werde. Da dies aber aus ihrer Fassung nicht deutlich genug erhellt, ist das Konkursamt zu verhalten, dem Rekurrenten über die wirkliche Bedeutung seiner Verfügung genaue Aufschluß zu geben, damit er in der Lage sei, bei voller Kenntnis ihres Inhaltes gegen sie aufzutreten, wenn er glaubt, hierzu Grund zu haben.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

#### 114. **Entscheid vom 30. Oktober 1906 in Sachen Elémence.**

*Retentionsrecht des Vermieters; Widerspruchsverfahren. Umwandlung des Gewahrsams des Schuldners in Gewahrsam des Drittsprechers? Art. 283, 106, 109 SchKG.*

I. Am 13. November 1905 verkaufte die Rekursgegnerin, Witwe H. Äppli-Hildebrand, dem Leonard Varini in Biel ein Klavier unter Vorbehalt des Eigentumsrechtes bis zur vollständigen Abzahlung des Kaufpreises. Am 26. Dezember 1905 ließ Witwe L. Sele vom Betreibungsamt Biel für eine Mietzinsforderung gegen Varini eine Retentionsurkunde (Nr. 517) aufnehmen, in die auch das dem Retentionsschuldner gelieferte Klavier einbezogen wurde. Diese amtliche Retention fiel nachträglich, weil nicht rechtzeitig durch Betreibung prosequiert, wieder dahin. Dagegen erwirkte auch der heutige Rekurrent Joseph Elémence, der, wie es scheint, von der Witwe Sele das Mietobjekt zu Eigentum erworben hat, am 23. Februar 1906 für eine Mietzinsforderung eine Retentionsurkunde des Betreibungsamtes Biel (Nr. 561), in der sich das genannte Klavier ebenfalls als Retentionsobjekt verzeichnet findet.

Unterdessen hatte Witwe Äppli, als die Bezahlung des Klaviers unterblieb, dieses kraft ihres Eigentumsvorbehaltes durch gericht-

liche Klage vindiziert, der sich dann Varini am 8./19. März 1906 unterzog. Gestützt darauf stellte Witwe Appli beim Gerichtspräsidenten von Biel ein Vollstreckungsbegehren, welchem dieser am 21. März 1906 entsprach, indem er die Wegnahme des Klaviers bei Varini zu Händen der Frau Appli verfügte. Der mit der Ausführung dieser Verfügung beauftragte Weibel Suter erschien nach Empfang des Auftrages beim Gerichtspräsidenten und erklärte: „es bestehe zu Gunsten der Hauseigentümerin Frau Sele an diesem Klavier ein Retentionsrecht, dasselbe sei für ausstehenden Mietzins auf deren Ansuchen vom Betreibungsamt Biel retiniert worden.“ Auf diese Mitteilung änderte der Gerichtspräsident (laut seinem unten erwähnten Berichte) den erteilten Auftrag dahin ab, „daß das Klavier nicht an Frau Appli, sondern an das Betreibungsamt Biel, unter Wahrung des Retentionsrechtes der Hauseigentümerin, Frau Sele, abgeliefert werden“ solle. Demgemäß wurde das Klavier in das Aufbewahrungsflokal des Betreibungsamtes Biel gebracht, wo es sich zur Zeit noch befindet.

Mit Brief vom 2. April 1906 erklärte Frau Appli dem Betreibungsamte, daß sie das in die Retentionsurkunde Nr. 561 einbezogene Klavier zu Eigentum anspreche, und ergänzte diese Erklärung mit Brief vom 6. Juni noch dahin, daß sie das Retentionsrecht des Rekurrenten Clémence an dem Klavier bestritt. Darauf setzte das Betreibungsamt am 9./13. Juni — Clémence hatte inzwischen, am 27. April, Bewertung der Retentionsobjekte verlangt — der Witwe Appli eine Frist von 10 Tagen an, um gegen Clémence gerichtlich auf Aberkennung seines Retentionsrechtes zu klagen.

II. Nunmehr führte Witwe Appli Beschwerde mit den Anträgen: es sei das Betreibungsamt zur sofortigen Herausgabe des Klaviers an die Beschwerdeführerin zu verhalten und anzuweisen, das Widerspruchsverfahren statt nach Art. 106 nach Art. 109 SchRG durchzuführen. Zur Begründung wurde geltend gemacht: Clémence habe, wie der Zivilprozeß hierüber dartun werde, am fraglichen Klavier kein Retentionsrecht erworben. Jedenfalls bestehe ein solches Recht jetzt nicht mehr, weil das Klavier seit dem 20. April 1906 sich nicht mehr in den Mietlokalitäten

befinde, Clémence für dessen rechtzeitige Rückschaffung nicht gesorgt und das Betreibungsamt das Klavier auch nicht etwa für ihn, Clémence, in amtlichem Gewahrsam habe, da es nur beauftragt sei, für Frau Sele zu retinieren. Unter diesen Umständen lasse sich weder der Schuldner Varini — dem ja die Innehabung des Objektes durch Urteilsvollstreckung benommen worden sei — noch der Gläubiger Clémence als im Gewahrsam des Klaviers befindlich ansehen. Es sei also nach Art. 109 zu verfahren und damit gleichzeitig die Herausgabe des Klaviers an Frau Appli gerechtfertigt.

III. Der Rekurrent Clémence und das Betreibungsamt Biel beantragten Abweisung der Beschwerde. In einem der Vorinstanz am 13. August erstatteten Berichte bemerkte der Gerichtspräsident von Biel: Er habe bei Erlaß seiner Vollstreckungsverfügung weder gewußt, daß die Retention der Frau Sele dahin gefallen war, noch davon Kenntnis gehabt, daß am 23. Februar 1906 Clémence das Klavier mit Retentionsbeschluss hatte belegen lassen. Nach der Mitteilung des Weibels Suter sei er nicht in der Lage gewesen, dem Begehren der Frau Appli um Herausgabe des Klaviers ohne weiteres Folge zu geben, sondern habe er das „bestehende Pfandrecht“ unter allen Umständen respektieren müssen. Hätte ein Retentionsrecht überhaupt nicht bestanden, so würde das Betreibungsamt das Klavier nicht in Verwahrung genommen haben und würde er, der Gerichtspräsident, davon, daß es von jeder Verhaftung frei sei, Kenntnis erhalten und darauf dessen Herausgabe an Frau Appli verfügt haben.

IV. Mit Entscheid vom 25. August 1906 hieß die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde gut und sprach der Beschwerdeführerin ihre beiden Anträge zu. Sie ging dabei von folgenden Erwägungen aus: Die nachträglich abgeänderte Vollstreckungsverfügung des Gerichtspräsidenten beruhe auf der irrtümlichen Voraussetzung, daß ein Retentionsrecht zu Gunsten der Frau Sele noch bestehe. Ohne diese Voraussetzung wäre die ursprüngliche Verfügung auf Ablieferung an Frau Appli aufrecht erhalten worden. Nachdem sich nun der Irrtum des Gerichtspräsidenten herausgestellt habe, bestehe kein Grund mehr, das Klavier noch fernerhin in amtlicher Verwahrung zu halten, um

das längst erloschene Retentionsrecht zu wahren. Vielmehr sei es der Beschwerdeführerin herauszugeben, der es ja ohne Rücksicht auf das vermeintliche Retentionsrecht der Frau Sele nach der Verfügung des Gerichtspräsidenten von vornherein hätte ausgefolgt werden sollen. Das führe auch zur Gutheißung des zweiten, die Anwendung von Art. 109 statt 106 und 107 verlangenden Beschwerdeantrages, indem keine Rede davon sein könne, daß das Betreibungsamt den Gewahrsam an dem Klavier im Namen des Schuldners Larini oder gar im Namen des Gläubigers Clémence, der in der richterlichen Verfügung mit keinem Worte erwähnt werde, ausgeübt habe.

V. Diesen Entscheid hat nunmehr der Gläubiger Clémence rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrage, die Beschwerdeführerin Witwe Appli mit ihren beiden Anträgen abzuweisen.

Die Vorinstanz hat von Gegenbemerkungen zum Rekurse abgesehen. Die Beschwerdeführerin Frau Appli beantragt Abweisung desselben und Bestätigung des angefochtenen Entscheides und beruft sich hierfür auf den Inhalt des letztern.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent hat sein (behauptetes) Retentionsrecht am fraglichen Klavier laut Retentionsurkunde des Betreibungsamtes Biel vom 23. Februar 1906 amtlich wahren lassen, darauf rechtzeitig Betreibung angehoben und diese bis zur Verwertung geführt.

Vor der Vollstreckungsverfügung des Gerichtspräsidenten vom 21. März 1906 hat sich das Klavier in der Wohnung des Retentionschuldners Larini befunden und lag also ein Gewahrsamsverhältnis nach Art. 106 SchRG vor. Die Frage ist nun, ob sich dieses Gewahrsamsverhältnis zu Ungunsten des Rekurrenten und zu Gunsten der Rekursgegnerin als nachheriger Drittanprecherin des Klaviers in ein solches nach Art. 109 SchRG umgewandelt habe, sei es durch jene Verfügung selbst (laut der das Klavier „an das Betreibungsamt Biel, unter Wahrung des Retentionsrechtes der Hauseigentümerin Frau Sele, abgeliefert werden“ sollte), oder sei es dann durch ihre Vollziehung.

2. Geht man zunächst, wie es die Vorinstanz zu tun scheint, davon aus, daß die Betreibungsbehörden (Betreibungsamt und Aufsichtsbehörden) sich an solche richterliche Zwangsvollstreckungsverfügung, als für sie schlechtthin verbindlich, zu halten haben, so kann man doch hier kaum sagen, daß es im Willen der verfügenden Behörde gelegen habe, das bestehende Gewahrsamsverhältnis in der genannten Weise abzuändern. Dieser Inhalt läßt sich ihrem Willen nicht etwa deshalb geben, weil sie bei Erlaß der Verfügung von dem vorhandenen Retentionsbeschlage des Rekurrenten nichts gewußt hat. Zu einer gegenteiligen Auffassung — die übrigens durch die nachträglichen Erklärungen des Gerichtspräsidenten im Beschwerdeverfahren (oben sub II der Fakta) bekräftigt wird — gelangt man, wenn man erwägt, in welcher Art und Weise der Präsident auf den (irrtümlich als bestehend vorausgesetzten) Retentionsbeschlage der Frau Sele glaubte Rücksicht nehmen zu sollen, indem er in Abänderung seiner ursprünglichen Weisung anordnete, daß das Klavier statt der Rekursgegnerin dem Betreibungsamte „unter Wahrung des Retentionsrechtes“ der Frau Sele abgeliefert werde. Nicht ein Retentionsrecht speziell der Frau Sele, sondern überhaupt ein vorhandenes Retentionsrecht wollte der Präsident gewahrt wissen. Nur äußerlich, nicht aber ihrem wirklichen Sinne nach würde das Betreibungsamt seiner Verfügung nachgelebt haben, wenn es trotz des Retentionsbeschlages des Rekurrenten und lediglich, weil derjenige der Frau Sele nicht mehr bestand — und weil deshalb kein Grund zu einer betreibungsamtlichen Verwahrung mehr vorliege — statt das Klavier in Verwahrung zu nehmen, seine Herausgabe an die Rekursgegnerin hätte geschehen lassen. Zum mindesten durfte die fragliche Verfügung nicht ohne weiteres in diesem Sinne vollzogen werden, sondern hätte dann zunächst dem Präsidenten der Bestand des vom Rekurrenten erwirkten Retentionsbeschlages mitgeteilt werden sollen, um abzuwarten, in welcher Weise er seine Verfügung nun durchgeführt wissen wolle (gleich wie es früher mit dem Retentionsbeschlage der Frau Sele gehalten worden war).

3. Nimmt man aber auch, entgegen dem gesagten, an, die Vorinstanz habe nach dem Willen der Vollstreckungsverfügung

vom 21. März 1906 entschieden, so ist auf jeden Fall folgendes zu sagen: Das Betreibungsamt und bei Beschwerde die Aufsichtsbehörden befinden sich gegenüber dieser richterlichen Verfügung nicht oder doch nicht ausschließlich in der Stellung von Vollzugsorganen, sondern, soweit es sich um den Retentionsbeschluss des Rekurrenten handelt, in derjenigen von Behörden, die dem Gerichtspräsidenten koordiniert sind. Darüber, ob der Mieter Varini zwangsweise zur Herausgabe des Klaviers an die Rekursgegnerin zu verhalten sei, hatte freilich, was das Verhältnis zwischen diesen Parteien betrifft, der Gerichtspräsident allein zu entscheiden als die Amtsstelle, die für die Zwangsvollstreckung derartiger dinglicher Ansprüche nach kantonalem Prozessrecht zuständig ist. Und sofern der Betreibungsbeamte in dieser Beziehung in den Fall käme, auf das Gewahrsamsverhältnis am Klavier einzuwirken (etwa letzteres an die Rekursgegnerin herauszugeben, wenn kein Retentionsbeschluss daran mehr bestünde), so würde er damit eine solche kraft kantonalen Zwangsvollstreckungsrechtes getroffene Anordnung vollziehen helfen. Anders aber verhält es sich, soweit, wie hier, in Frage steht, welche Rechtsstellung dem Rekurrenten aus dem vom Betreibungsamte verfügten Retentionsbeschlusse erwachsen ist und ob und inwiefern diese Rechtsstellung durch eine kantonale Vollstreckungsverfügung genannter Art im Betreibungsverfahren — namentlich also auch, soweit in diesem der Gewahrsam von Erheblichkeit ist (Art. 106/109) — beeinträchtigt werden könne. Hierüber haben die Betreibungsbehörden selbständig zu befinden und sich schlüssig zu machen, inwiefern sie jener Verfügung durch Vollzugshandlungen Nachachtung schulden oder nicht.

Demzufolge erscheint als ausschlaggebend für die Entscheidung der Beschwerde die Beantwortung der Doppelfrage: Muß es sich der Rekurrent gesetzlich gefallen lassen, daß das bisherige, ihm günstige Gewahrsamsverhältnis nach Art. 106 durch eine gerichtliche Vollstreckungsverfügung, wie die vom 21. März 1906, in ein solches nach Art. 109 umgewandelt werde, und hat tatsächlich — zu Recht oder Unrecht — eine derartige Umwandlung stattgefunden? Beides ist zu verneinen:

Als der Gerichtspräsident seine Vollstreckungsverfügung erließ,

bestand der Retentionsbeschluss bereits. Nun ist der einzige gesetzliche Weg, den ein Dritteigentümer des Retentionsobjektes zur Wahrung seiner Rechte und speziell seiner Besitzrechte gegenüber der betreibungsamtlichen Retention (Aufnahme der Retentionsurkunde) und der sich ihr anschließenden Betreibung einschlagen kann, das Widerspruchsverfahren (Art. 106/109). Nur in diesem Verfahren und durch die Betreibungsbehörden — spätere richterliche Verfügungen im Widerspruchsprozesse vorbehalten — kann im Verhältnis zwischen dem Dritteigentümer und dem Retentionsberechtigten die Frage des Gewahrsams am Retentionsobjekte geprüft und geregelt werden, insbesondere auch soweit es sich darum handelt, wer den Gewahrsam in dem für die Klagefristanzetzung maßgebenden Zeitpunkt (persönlich oder durch einen Vertreter) ausübt. Danach aber ist es für die Beurteilung der Beschwerde ohne Belang, daß die Drittanwältin gegenüber dem Retentionsschuldner einen Anspruch auf Ausbändigung des Retentionsobjektes besitzt und daß sie, nachdem der Retentionsgläubiger den Retentionsbeschluss erwirkt hatte, ihrerseits für diesen Anspruch behördlichen Schutz durch eine Vollstreckungsverfügung vorliegender Art erlangt hat. Beides vermag die betreibungsrechtlichen Befugnisse nicht zu berühren, die dem Rekurrenten daraus und gerade daraus erwachsen sind, daß das Klavier beim Retentionsschuldner als „eine im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache“ (Art. 106) mit Retentionsbeschluss belegt wurde.

Sodann ist trotz der Verfügung des Gerichtspräsidenten und der zu ihrem Vollzuge getroffenen Vorkehrungen das bisher bestehende Gewahrsamsverhältnis, soweit der Rekurrent in Betracht kommt, auch nicht tatsächlich zu Ungunsten des letztern verändert worden. Daß das Klavier aus der Wohnung des Retentionsschuldners Varini auf das Betreibungsamt gebracht wurde, ließ die Stellung des Rekurrenten (sein behauptetes Retentionsrecht und seine Befugnisse aus dem erlangten Retentionsbeschlusse) unbeeinträchtigt; und zwar gilt das nicht nur gegenüber dem Retentionsschuldner (vergl. Sep.-Ausg. 9 Nr. 21 S. 137/138\*), sondern auch — auf was es hier ankommt — gegenüber der

\* Oben Nr. 53 S. 367 f.

Rekursgegnerin, auf deren Betreiben diese örtliche Veränderung des Retentionsobjektes sich vollzog. Eine solche Veränderung zu dulden und dabei mitzuwirken, konnte von den Betreibungsbehörden nur mit der Maßgabe verlangt werden, daß hierdurch die betreibungsrrechtliche Lage des Rekurrenten keine Verschlechterung erfahre. Damit wird allerdings zugleich vorausgesetzt, der Betreibungsbeamte habe das Klavier wirklich mit dem Willen an sich genommen und in seiner Verwahrung behalten, für den Rekurrenten als Retentionsgläubiger und nicht für die Rekursgegnerin als Eigentümerin den Gewahrsam daran auszuüben. Daß dem aber tatsächlich so gewesen sein muß, ergibt sich zunächst aus dem — schon oben in Erwägung 2 erörterten — Inhalte der Weisung, durch die der Gerichtspräsident das Klavier dem Betreibungsamte abliefern ließ, und sodann namentlich auch daraus, daß der Betreibungsbeamte verfügte, den Drittanspruch, den die Rekursgegnerin auf das in betreibungsamtlicher Verwahrung befindliche Klavier erhoben hatte, nach Art. 106/107 — und nicht nach Art. 109 — zu erledigen.

Mit dem gesagten stellt sich das Beschwerdebegehren der Rekursgegnerin, nach Art. 109 vorzugehen, als unbegründet heraus und damit von selbst auch der andere, auf sofortige Herausgabe des Retentionsobjektes gerichtete Beschwerdeantrag. Der auf Abweisung der Beschwerde schließende Rekurs ist also gutzuheißen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und damit in Aufhebung des angefochtenen Vorentscheides die Beschwerde der Rekursgegnerin abgewiesen.

### 115. Arrêt du 30 octobre 1906, dans la cause Piller.

Une autorité de surveillance ne peut pas revenir, par une seconde décision, sur une question qu'elle a tranchée par une décision devenue définitive. — **Opposition**; forme et nature. Art. 74 al. 1 LP.

A. Le 21 mai 1906, sur la réquisition de dame veuve Christine Piller, à Semsales, agissant tant en son nom personnel qu'en celui de ses deux enfants mineurs, laquelle invoquait comme cause de sa créance une transaction intervenue le 23 mars précédent, l'office des poursuites de la Veveyse, à Châtel-Saint-Denis, a notifié à la Société en nom collectif Genoud frères & C<sup>ie</sup>, à Châtel-Saint-Denis, un commandement de payer la somme de 4000 fr. avec intérêt au 5 % du 16 novembre 1905, — poursuite n° 1822.

Le 23 mai, Genoud frères & C<sup>ie</sup> écrivirent au représentant de dame Piller, soit à l'avocat E. D., à Romont, pour le prévenir qu'ils faisaient ou feraient opposition à ce commandement de payer, sans indiquer toutefois si cette opposition était ou serait totale ou partielle; ils rappelaient que, — la réclamation qui leur était faite, ayant pour objet l'indemnité à laquelle dame Piller et ses enfants pouvaient avoir droit ensuite de l'accident dont leur mari et père avait été victime à leur service, à eux, Genoud frères & C<sup>ie</sup>, — la compagnie d'assurance qui les couvrait de leur responsabilité au sujet de cet accident, n'avait jamais voulu offrir une indemnité supérieure à 3500 fr. et qu'eux-mêmes n'avaient, par conséquent, jamais voulu non plus formuler d'offre plus élevée; ils expliquaient s'être bornés, par un intermédiaire, à engager dame Piller à accepter cette offre de 3500 fr., en lui exposant que, dans ce cas, ils tenteraient encore une démarche auprès de la compagnie d'assurance pour que celle-ci consentît à porter son offre à la somme de 4000 fr.; ils ajoutaient qu'ils avaient aussi réellement tenté cette démarche auprès de la compagnie d'assurance, mais sans succès; et ils concluaient que c'était par suite d'un malentendu que l'on