

oder Konkurs für die geltend gemachten Schuldbriefzinsen natürlich dann nichts herleiten, wenn der Schuldner die Schuldbriefkapitalschulden erst seit Abschluss des Nachlassvertrages gegenüber den Rekursgegnern eingegangen sein sollte, wie diese behaupten, weil sie diesfalls vom Nachlassvertrag nicht berührt werden. Über diese materiellrechtliche Frage können indessen die Aufsichtsbehörden nicht entscheiden. Vielmehr steht es einzig den Zivilgerichten zu, die Rechtswirkungen des während dem Nachlassverfahren von den Parteien abgeschlossenen Vertrages zu bestimmen, namentlich nach der Richtung, ob die dadurch begründeten Verbindlichkeiten des Rekurrenten vom Nachlassvertrag berührt werden oder nicht. Insbesondere ergibt sich die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden nicht etwa aus den in AS 39 I S. 454 f. Erw. 1; Sep.-Ausg. 16 S. 155 f. Erw. 1; 40 III S. 77 ff. Erw. 1 aufgestellten Grundsätzen, weil in jenen Fällen unbestritten war, dass die in Betreuung gesetzten Forderungen vor Eröffnung des Nachlassverfahrens entstanden waren. Die Entscheidung der Frage der Zulässigkeit der vom Rekurrenten angefochtenen gewöhnlichen Betreibungen hängt somit davon ab, ob die vom Rekurrenten auf dem Wege der Aberkennungsklage bereits angerufenen Zivilgerichte die in Betreuung gesetzten Schuldbriefzinsen als von den Beschränkungen des Nachlassvertrages betroffenen erachten werden oder nicht. In diesem Sinne sind die die Beschwerden des Rekurrenten abweisenden Entscheide der Vorinstanz in den Dispositiven zu bestätigen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Die Rekurse werden abgewiesen.

26. Entscheid vom 5. Juni 1924 i. S. Ziegler.

SchKG Art. 17, 18: Verordnung über die Beschwerdeführung Art. 3: Der motivierte Beschwerdeentscheid ist auch dem Beschwerdegegner zuzustellen. Folge der Unterlassung (Erw. 1).

SchKG Art. 130: Der Freihandverkauf durch das Betreibungsamt untersteht dem Kaufrecht des OR; er kann nicht wegen Nichterfüllung seitens des Käufers von den Aufsichtsbehörden aufgehoben werden; Art. 136 bis SchKG ist nicht anwendbar (Erw. 2). Der Käufer kann nicht mit einer Forderung am Schuldner verrechnen (Erw. 3). Wird Retentionsrecht für Mietzins an gepfändeten Gegenständen geltend gemacht, so ist nicht das Widerspruchsverfahren einzuleiten, sondern der Anspruch ist bei der Aufstellung des Kollokationsplans zu berücksichtigen und kann alsdann durch gerichtliche Anfechtung desselben bestritten werden (Erw. 3).

A. — In den Betreibungen von Frau Rosa Widmer geschiedene Ziegler für 3587 Fr. 06 Cts. und des Johann Ziegler für 8867 Fr. gegen des letzteren Sohn Oskar Ziegler wurden am 21. Juni 1922 eine Anzahl Fahrnisgegenstände im Schätzungswert von 237 Fr. gepfändet, die sich in Verwahrung des Gläubigers Johann Ziegler befanden und an denen dieser das Retentionsrecht für Mietzins vom 1. September 1919 bis 30. April 1922 im Betrage von 640 Fr. beanspruchte. Nach Anordnung der Versteigerung kamen am 13. Dezember 1922 der Vertreter der Frau Widmer und Johannes Ziegler, der dabei auch den im Ausland abwesenden Schuldner, seinen Sohn, vertreten zu haben scheint, überein, dass die gepfändete Fahrhabe « zum Preise von 400 Fr. freihändig dem Herrn Johann Ziegler zu Eigentum zugeschlagen wird ». Infolgedessen wurde die Versteigerung nicht durchgeführt. Unter Bezugnahme auf dieses Abkommen schrieb das Betreibungsamt dem Johann Ziegler am 20. Januar 1923: « Der freihändige Verkauf wäre somit erledigt. — Da Sie selbst Gläubiger sind, so ersuche ich Sie, diesen Betrag (von 400 Fr.) mir umgehend zuzusenden zu wollen,

damit ich die Abrechnung machen kann.» Johannes Ziegler verweigerte jedoch die Zahlung unter Hinweis auf das Recht zur Verrechnung mit seiner retentionsversicherten Mietzinsforderung. Am 29. Dezember 1923 führte die Gläubigerin Frau Widmer Rechtsverzögerungsbeschwerde gegen das Betreibungsamt mit dem Antrag, dieses sei anzuhalten, dem Verwertungsbegehren (hinsichtlich der Fahrhabe) endlich bestimmte Folge zu geben und zwar in jedem Falle mit der Bedingung der Barzahlung. Zur Begründung machte sie geltend, das Betreibungsamt habe die Verwertung der gepfändeten Fahrhabe immer noch nicht liquidiert. Nachdem Johannes Ziegler die 400 Fr. nicht bar einbezahlte, müsse das Betreibungsamt eine nochmalige Ersatzverwertung vornehmen; trotz wiederholter Reklamationen sei dies bisher unterblieben. Durch Entscheid vom 18. Januar 1924 hat die Oberaufsichtsbehörde für das Betreibungs- und Konkurswesen des Kantons Schaffhausen die Beschwerde zugesprochen, ohne jedoch auch dem Johannes Ziegler eine Ausfertigung zuzustellen. Als diesem am 31. März die bevorstehende Wegnahme der Gegenstände behufs Verwertung angekündigt wurde, führte er am 5. April seinerseits Beschwerde mit dem Antrag, die Anordnung der Verwertung der bei ihm liegenden und ihm verkauften Fahrnisgegenstände sei aufzuheben. Dabei machte er wesentlich geltend: Nur durch gerichtliches Urteil könnten ihm die Sachen, an denen er infolge freihändigem Verkauf durch das Betreibungsamt, welcher ein gewöhnliches Kaufgeschäft im Sinne des Obligationenrechtes darstelle, das Eigentum erworben habe, wieder entzogen werden. Die Oberaufsichtsbehörde sei zu ihrer Entscheidung vom 18. Januar nicht kompetent gewesen. Wenn Frau Widmer die durch Retentionsrecht an den fraglichen Sachen versicherte Forderung, mit welcher er seine Kaufpreisschuld verrechnet habe, bzw. das Retentionsrecht nicht gelten lassen wollte, so hätte sie im Zeitpunkt der Pfändung

die Eröffnung des Widerspruchsverfahrens veranlassen müssen. Sollte der Richter allfällig feststellen, dass das beanspruchte Retentionsrecht (und infolgedessen auch das Verrechnungsrecht) nicht bestehe, so würde der Beschwerdeführer doch nur verpflichtet sein, nachträglich den Kaufpreis zu bezahlen; die Gültigkeit des Freihandverkaufs dagegen würde dadurch nicht berührt.

B. — Durch Entscheid vom 30. April hat die Oberaufsichtsbehörde des Kantons Schaffhausen für das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen die Beschwerde abgewiesen und angeordnet, dass das vom Betreibungsamt wieder eingeleitete Verwertungsverfahren in Bezug auf die am 21. Juni 1922 gepfändete Fahrhabe zu Ende zu führen sei.

C. — Diesen Entscheid hat der Beschwerdeführer an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

1. — Ist auch der angefochtene Entscheid seinem Inhalt nach nur eine Bestätigung des früheren Beschwerdeentscheides der rekursbeklagten Aufsichtsbehörde vom 18. Januar 1924, so steht dem Rekurs doch nicht etwa die Rechtskraftwirkung jenes früheren, unangefochten gebliebenen Entscheides entgegen. Darin nämlich, dass die Vorinstanz jenen Entscheid dem unmittelbar davon betroffenen heutigen Rekurrenten nicht zustellte, liegt eine Verletzung des Art. 3 der Verordnung des Bundesgerichts über die Beschwerdeführung in Schuldbetreibungs- und Konkursachen vom 3. November 1910, welche verhinderte, dass der Entscheid auch ihm gegenüber Rechtskraft beschreite (AS 47 III S. 79 f. E. 1). Vielmehr scheint der Rekurrent von jenem Entscheid überhaupt erst durch den Entscheid der Vorinstanz über seine eigene Beschwerde gegen die Steigerungsanzeige vom 31. März Kenntnis erhalten zu haben, sodass die Frist zum Rekurs gegen beide Entscheide erst mit der Zustellung des letzteren zu laufen begann. Hievon

abgesehen waren die Einwendungen, welche der Rekurrent gegen die Beschwerdegründe der Frau Widmer zu erheben im Falle war, durch den Entscheid über deren Beschwerde gar nicht beurteilt worden, weil ihm keine Gelegenheit geboten wurde, sie anzubringen. Die Vorinstanz scheint denn auch ohne Bedenken auf die Beschwerde des Rekurrenten eingetreten zu sein, obwohl diese ihren früheren Entscheid in Frage zog.

2. — Die Vorinstanz hat, ausgehend von der Auffassung, dass der freihändige Verkauf durch das Betreibungsamt nicht ein Kaufgeschäft des Privatrechts, sondern einen öffentlichrechtlichen Akt darstelle (vgl. BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 440), für die Betreibungsbehörden das Recht in Anspruch genommen, den Freihandverkauf aufzuheben und zu einer neuen Verwertung zu schreiten, wenn der Erwerber nicht Barzahlung leistet — es wäre denn, dass diese ausdrücklich wegbedungen wurde. Dem kann nicht beigestimmt werden. Freilich trifft auf den freihändigen Verkauf durch das Betreibungsamt die Besonderheit zu, dass er nicht gestützt auf eine aus dem Zivilrecht hergeleitete Befugnis, sondern kraft Staatsamts vorgenommen wird, und dass er an bestimmt umschriebene betreibungsrechtliche Voraussetzungen geknüpft ist. Insoweit er aber ein auf Veräusserung gerichtetes Geschäft darstellt, unterscheidet er sich in nichts vom Kaufgeschäft des Zivilrechts. Namentlich stellt das SchKG für den freihändigen Verkauf durch das Betreibungsamt keine vom allgemeinen Kaufrecht abweichenden, ja überhaupt keine das Betreibungsamt bindenden Vorschriften auf. Dieses ist daher in der Ausgestaltung der «Kaufbedingungen» ebenso frei wie jeder andere Verkäufer und zwar insbesondere auch in der Auswahl des Käufers. Hiedurch stellt sich der freihändige Verkauf durch das Betreibungsamt in einen ausgeprägten Gegensatz zur Zwangsversteigerung, für welche das Betreibungsamt Steigerungsbedingungen nach gewissen

Normativbestimmungen, die mit der Regelung des Kaufgeschäftes im Obligationenrecht nicht übereinstimmen, aufstellen muss, und bei welcher es infolge des eigentümlichen Preisbildungsverfahrens von jeglicher Einwirkung auf die Bestimmung der Person des Erwerbers ausgeschlossen ist. Angesichts dieser wesentlichen Unterschiede zwischen dem freihändigen Verkauf durch das Betreibungsamt und der Zwangsversteigerung können die für die letztere aufgestellten Vorschriften, insbesondere Art. 136 bis SchKG, auf den ersteren nicht analog angewendet werden. Vielmehr ist der freihändige Verkauf durch das Betreibungsamt infolge Fehlens irgendwelcher besonderer Regelung als den Vorschriften des Obligationenrechts über den Kauf unterstehend anzusehen. Dann ist es aber ausgeschlossen, dass das beschwerdebeklagte Betreibungsamt die freihändig an den Rekurrenten verkauften Sachen einfach noch einmal anderweitig verwerten dürfte. Vielmehr ist es trotz Nichtleistung der Barzahlung seitens des Rekurrenten an den Kauf gebunden; denn jene hat weder die Unverbindlichkeit des Kaufes zur Folge, weil das Betreibungsamt keine derartige Bedingung gesetzt hatte, noch verschaffte sie ihm das Rücktrittsrecht, weil die Voraussetzungen des Art. 214 OR nicht vorliegen, wie ja das Betreibungsamt dem Rekurrenten nach geraumer Zeit selbst bestätigt hat, der Freihandverkauf sei perfekt. Zudem ist der Eigentumsübergang als im Zeitpunkt der Einigung erfolgt anzusehen, da auch er nicht etwa von der Barzahlung abhängig gemacht worden ist. Hievon abgesehen könnten bei der Meinungsverschiedenheit zwischen dem Betreibungsamt und dem Rekurrenten über diese Fragen nur die Zivilgerichte den letzteren verurteilen, die gepfändeten Sachen zwecks neuerlicher Verwertung herauszugeben. Solange dies nicht geschehen ist, muss es bei der erfolgten Verwertung sein Bewenden haben und ist die Anordnung einer neuen Verwertung, sei es durch das Betreibungsamt oder auch durch

die Aufsichtsbehörde, ausgeschlossen. Der Rekurs erweist sich demnach als begründet.

3. — Mit Recht wendet sich der Rekurrent auch gegen die weitere Annahme der Vorinstanz, er habe sich seines Retentionsrechts begeben. Freilich erlosch das Retentionsrecht an den gepfändeten Sachen dadurch, dass der Rekurrent sie zu Eigentum erwarb; dagegen bestand es nach dem Grundsatz der Surrogation am Verwertungserlös weiter, ohne dass es dafür irgend welchen Vorbehalts des Rekurrenten anlässlich des Freihandverkaufs bedurfte. Ebensowenig könnte etwa die Verwirkung des Retentionsrechts daraus hergeleitet werden, dass der Rekurrent unterliess, Beschwerde zu führen, als das Betreibungsamt seiner Anmeldung des Retentionsrechts bei der Pfändung nicht durch Einleitung des Widerspruchsverfahrens Folge gab, wie die Vorinstanz anzudeuten scheint, weil, wenn das Betreibungsamt zu Unrecht das Widerspruchsverfahren nicht eingeleitet haben sollte, dies eine Rechtsverweigerung bedeuten würde, wegen welcher ohne Befristung Beschwerde geführt werden konnte bzw. jederzeit noch geführt werden könnte; dies würde freilich gleich wie für den Rekurrenten auch für die Rekursgegnerin gelten, sodass ihr nicht etwa entgegengehalten werden könnte, sie habe das Recht zur Bestreitung des Retentionsrechts verwirkt, m. a. W. das Retentionsrecht anerkannt dadurch, dass sie nicht durch Beschwerde Klagefristansetzung gemäss Art. 109 SchKG verlangt habe. Sonach steht die Entscheidung darüber noch offen, ob und allfällig in welchem Umfang der Rekurrent das Retentionsrecht am Verwertungserlös beanspruchen könne bzw. ob er seine Kaufpreisschuld mit seiner Mietzinsforderung verrechnen dürfe. Dabei ist zu bemerken, dass aus der Bejahung des Retentionsrechts nicht ohne weiteres auch die Bejahung des Verrechnungsrechts folgt, indem die Frage der Identität der Parteien zu Zweifeln Anlass gibt, da sich die Mietzinsforderung des Rekurrenten gegen den betriebenen Schuldner rich-

tet, während er den Kaufpreis dem Betreibungsamt schuldet, das doch wohl nicht als Vertreter des betriebenen Schuldners angesehen werden darf. Die gerichtliche Entscheidung über das Verrechnungsrecht des Rekurrenten könnte an sich nicht anders als dadurch herbeigeführt werden, dass das Betreibungsamt gerichtliche Klage auf Einbezahlung des Kaufpreises anstrengen würde, welcher der Rekurrent mit seiner Verrechnungseinrede zu begegnen im Falle wäre. Indessen erübrigt sich dieses Vorgehen, nachdem der Rekurrent im Rekurs an das Bundesgericht (S. 9) die Erklärung abgegeben hat, den Kaufpreis insoweit bar einbezahlen zu wollen, als sein Retentionsrecht nicht gerichtlich geschützt werde. Für die Feststellung des Retentionsrechts dagegen kann im Gegensatz zur Vorinstanz das Widerspruchsverfahren nicht als der geeignete Weg angesehen werden. Dies deshalb, weil der Umfang des Retentionsrechts für Mietzins vor der Verwertung gar nicht bestimmt werden kann, indem für die Berechnung des Zeitraumes, für welchen der Mietzins retentionsversichert ist, erst der Zeitpunkt der Verwertung massgebend ist (AS 39 I S. 288 f. = Sept.-Ausg. 16 S. 104). Deshalb ist denn auch, wenn in der Faustpfandverwertungsbetreibung für Mietzinsen Drittansprachen erhoben werden, das Widerspruchsverfahren nicht schon bei Aufnahme der Retentionsurkunde, sondern erst nach Stellung des Verwertungsbegehrens durch den Vermieter einzuleiten (vgl. AS 28 I S. 63 f. = Sept.-Ausg. 5 S. 11 f.; Betreibungsformular Nr. 40, Retentionsurkunde, Rückseite). Hat aber, wie vorliegend, nicht der Vermieter Faustpfandbetreibung angehoben, sondern findet die Verwertung der Retentionsgegenstände auf Verlangen eines Pfändungsgläubigers in der von ihm angehobenen Pfändungsbetreibung statt, so erscheint es richtig, dass der Prozess zur Feststellung des bestrittenen Retentionsrechts auf die Zeit nach der Verwertung hinausgeschoben und in das sogenannte Kollokationsverfahren verwiesen wird. Somit wird das

beschwerdebeklagte Betreibungsamt bei der Aufstellung des Kollokationsplanes gemäss Art. 146 SchKG in erster Linie den Rekurrenten mit der geltend gemachten retentionsversicherten Mietzinsforderung berücksichtigen müssen (ohne sie auf ihre Begründetheit prüfen zu dürfen, vgl. JAEGER I S. 494 oben) und es dann Sache der Rekursgegnerin sein, den Kollokationsplan gemäss Art. 148 SchKG durch gerichtliche Klage anzufechten, wenn sie den Vorzugsanspruch des Rekurrenten nicht anerkennen will. Sollte alsdann das Retentionsrecht des Rekurrenten nicht für einen den Kaufpreis erreichenden Betrag bejaht werden, so müsste er die Differenz an das Betreibungsamt zur Verteilung unter die Gruppengläubiger einbezahlen, während es freilich sinnlos wäre, auch für den Betrag Zahlung zu verlangen, welcher ihm als bevorrechtigtem Gläubiger sofort wieder überlassen werden müsste.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :

Der Rekurs wird begründet erklärt und die Anordnung einer neuen Verwertung der gepfändeten Gegenstände aufgehoben.

27. Sentenza 13 giugno 1924

nella causa **Cassa di Risparmio e Prestiti in Berna.**

Costituzione di pegni di diritto privato sul fondo da realizzarsi dopo che fu annotata nel registro fondiario la restrizione della facoltà di disporre a sensi degli art. 960 e 97 RRF e dopo che l'ufficio E e F si è fatto rilasciare dal registro fondiario l'estratto di cui all'art. 99 RRF. — Effetti dell'annotazione della restrizione sui nuovi diritti di pegno e effetti che ne derivano in riguardo alla realizzazione in corso. — I nuovi oneri non saranno iscritti d'ufficio nell'elenco oneri, ma solo dietro istanza dell'interessato, il quale deve provvedere che l'ufficio E e F ne sia edotto e li iscriva, se la fase del procedimento ancora lo consente. In caso d'iscrizione, il complemento dell'elenco oneri deve di nuovo essere deposto e rilasciato agli interessati l'avviso speciale di cui all'art. 139 LEF.

Ricorso : tardività (art. 139 e 140 LEF : 28, 29 37, 65, 97, 99, 102 RRF).

A. — Nell'esecuzione N° 26573 promossa dalla Banca dello Stato del Cantone Ticino contro Zanolli Virginia e successori per l'esazione di 19,722 frchi. ed accessori venne, il 20 giugno 1921, annotata nel registro fondiario la restrizione della facoltà di disporre secondo l'art. 960 CCS (art. 97 ROF). L'elenco oneri fu allestito e comunicato agli interessati, una prima volta, il 9 novembre 1921. La realizzazione, indetta per il 24 novembre 1921, fu poi sospesa in seguito a contestazione dell'elenco. Il 15 novembre 1921 venne iscritta a registro una nuova pretesa ipotecaria a favore della venditrice del fondo e di tale iscrizione il registro fondiario, dietro istanza della nuova creditrice, dave comunicazione all'Ufficio, il quale iscriveva nell'elenco oneri la nuova pretesa (sorta dopo l'annotazione della restrizione della facoltà di disporre), ma non comunicava questa modificazione dell'elenco oneri agli interessati, limitandosi a menzionare, nella pubblicazione di incanto del 15 febbraio 1924, che l'elenco era stato di nuovo allestito e