

und dem Schuldner das Recht geben, schon durch die bloße Einreichung eines Nachlassgefuches eine weitere Gläubigerversammlung und damit die Sistierung der Verwertung zu erzwingen, so würden die Garantien, die Art. 255 zu Gunsten der Gläubiger schaffen wollte, illusorisch.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und der Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Solothurn vom 22. Mai 1912 aufgehoben.

63. Entscheid vom 20. Juni 1912 in Sachen Wyß.

Art. 106 ff., 146 u. 283 SchKG: Einleitung des Widerspruchverfahrens bei Geltendmachung eines Retentionsrechtes an gepfändeten Gegenständen. Unzulässigkeit einer Kollokation der Forderung des Retentionsgläubigers, solange nicht dem Schuldner hierfür ein Zahlungsbefehl zugestellt und ein allfälliger Rechtscorschutz beseitigt worden ist. — **Art. 144 SchKG:** Beschränkte Zulässigkeit des Verteilungsverfahrens bei Anmeldung eines Retentionsrechtes an gepfändeten Gegenständen. — **Art. 146 ff. SchKG:** Zulässigkeit der Aufhebung einer Kollokation, auch wenn die kollozierten Beträge ausbezahlt und die Verlustscheine den Gläubigern zugestellt worden sind.

A. — Die Adlerbrauerei St. Imier betrieb gestützt auf eine am 11. November 1911 aufgenommene Retentionsurkunde ihren Untermieter Hermann Wyß-Schaub, Wirt zur Schweizerhalle in Grenchen, für folgende Summen auf Pfandverwertung:

1. Mit Zahlungsbefehl 1787 vom 9. Dezember 1911 für 2292 Fr. 55 Cts. verfallenen Mietzins per 1. November 1911 nebst Verzugszinsen seit 16. November 1911.

2. mit Zahlungsbefehl 2241 vom 10. Januar 1912 für 415 Fr. 50 Cts. Mietzins vom 1. November 1911 bis 8. Januar 1912 nebst Verzugszinsen seit letzterem Datum.

Sie beanspruchte dafür das Retentionsrecht an den in die Retentionsurkunde aufgenommenen Gegenständen im Schätzungswerte von 4645 Fr.

Diese Gegenstände waren schon vorher zu Gunsten einer Reihe von Chirographargläubigern des Wyß-Schaub gepfändet worden.

Wyß-Schaub anerkannte die betriebenen Forderungen der Adlerbrauerei. Da er sie nicht bezahlte, wurde er am 23. Februar 1912 aus den Mieträumen ausgewiesen.

Die Verwertung der Pfänder fand auf Verwertungsbegehren, die von verschiedenen Gläubigern, u. a. auch von der Adlerbrauerei gestellt worden waren, am 28. Februar und 5. März 1912 in zwei Steigerungen statt und ergab einen Gesamterlös von 3415 Fr. 25 Cts.

Am 9. April 1912 legte das Betreibungsamt Lebern den Kollokationsplan mit Verteilungsliste auf: darin reichte es unter dem Titel „Retentionsrecht“ außer den erwähnten betriebenen Forderungen der Adlerbrauerei nebst Zinsen und Kosten noch folgende weitere Forderungsbeträge ein:

a) 274 Fr. 85 Cts. zu Gunsten der nämlichen Gläubigerin als Mietzins vom 6. Januar bis 23. Februar 1912.

b) 93 Fr. 60 Cts. zu Gunsten einer Frau Rudolf-Eggli in Grenchen als Remiszins per 22. Februar 1912.

Es steht fest, daß für diese Beträge keine Verreibung angehoben worden war, daß dagegen Frau Rudolf-Eggli für den zu ihren Gunsten kollozierten Betrag ebenfalls noch vor der Verwertung ein Retentionsrecht beansprucht hatte.

Am 22. April 1912 zahlte das Betreibungsamt die kollozierten Summen an die Adlerbrauerei und Frau Rudolf-Eggli aus. Die Chirographargläubiger mit Ausnahme eines, der ebenfalls noch ganz, und eines, der teilweise gedeckt wurde, erhielten lediglich Verlustscheine.

B. — Am 2. Mai 1912 beschwerte sich H. Wyß-Schaub — der von der Kollokation unbestrittenermaßen erst am 24. April Kenntnis erhalten hatte — bei der kantonalen Aufsichtsbehörde über das Betreibungsamt Lebern, indem er beantragte:

1. Es sei der Kollokationsplan in der Pfandverwertung gegen ihn im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeschrift abzuändern;

2. Es seien bis zur definitiven Feststellung des Kollokationsplanes die ausgestellten Verlustscheine zu sistieren.

Zur Begründung machte er geltend: Indem das Betreibungs-

ant die Adlerbrauerei und Frau Rudolf-Eggli für die Beträge von 174 Fr. 80 Cts. (richtig 274 Fr. 85 Cts.) und 93 Fr. 60 Cts. ohne vorangegangene Betreibung kolloziert habe, habe es augenfällig das Gesetz verletzt. Grundlage des Betreibungsverfahrens sei die Anhebung der Betreibung (Zahlungsbefehl); ohne solche könne keine Forderung auf dem Wege des Pfändungs- oder Pfandverwertungsverfahrens vollstreckt werden. Andernfalls würde der Schuldner nicht nur um seine Verteidigungsrechte, sondern auch um den Gerichtsstand seines Wohnsitzes gebracht. So stehe vorliegend ihm, dem Beschwerdeführer, gegenüber der Adlerbrauerei eine bedeutende Schadenersatzforderung zu. Diese Forderung hätte er, wenn Betreibung angehoben worden wäre, dadurch geltend machen können, daß er Rechtsvorschlag eingelegt und im anschließenden Prozesse die Verrechnungseinrede bzw. Widerlage gestellt hätte. Auch gegenüber Frau Rudolf-Eggli besitze er eine Gegenforderung. Durch das Vorgehen des Betreibungsamtes würde er aber der Möglichkeit zu kompensieren beraubt und müßte die Adlerbrauerei an ihrem Wohnsitz belangen. Als Konsequenz der Beschwerde erscheine es, daß auch die auf Grund der ungesetzlichen Kollokation ausgestellten Verlustscheine einstweilen fiktiviert werden müßten.

C. — Mit Entscheid vom 23. Mai 1912 hat die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde abgewiesen, im wesentlichen gestützt auf folgende Erwägungen: Die Legitimation des Schuldners zur Beschwerde gegen eine ungesetzliche Kollokation sei zwar zu bejahen. Materiell sei dagegen — in Anlehnung an die Entscheide des Bundesrates im Archiv Bd. III Nr. 25 und IV Nr. 2, wonach der Vermieter, der an gepfändeten Gegenständen ein Retentionsrecht beanspruche, ohne weiteres als mitbetreibend gelte — die Beschwerde zu verwerfen. „Es wäre zweckloser Formalismus, wenn man verlangen wollte, daß, nachdem für einen gewissen fälligen Betrag im Retentionsverfahren nach Art. 282 SchRG bereits Betreibung angehoben worden sei, für einen später fällig werdenden Betrag neuerdings Betreibung angehoben werden müßte.“ Was die Forderung der Frau Rudolf-Eggli betreffe, so habe diese im Gegensatz zur Adlerbrauerei allerdings überhaupt nie betrieben. Aber nachdem sie ihr Retentionsrecht noch vor der Verwertung

geltend gemacht habe, habe auch ihr Anspruch vom Betreibungsamt berücksichtigt werden müssen. Die Frage, ob dem Beschwerdeführer Kompensationsforderungen zustünden, sei nicht von den Aufsichtsbehörden, sondern vom Richter zu entscheiden.

D. — Diesen Entscheid hat Wyß-Schaub an das Bundesgericht weitergezogen und dabei folgende Begehren gestellt:

1. Es sei der Kollokationsplan und die Verteilungsliste dahin abzuändern, daß die Forderung der Adlerbrauerei nur für den in Betreibung gesetzten Betrag von 415 Fr. 50 Cts. und die Forderung der Frau Rudolf-Eggli von 93 Fr. 60 Cts. gar nicht aufgenommen werde;

2. es seien die auf die betr. retentionsberechtigten Forderungen aus der Verwertung entfallenden Beträge zu deponieren und den Gläubigern Frist anzusetzen zur Anhebung der Betreibung und eventuell zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Forderungen.

Zur Begründung des Rekurses wird auf die bereits in der Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde enthaltenen Argumente sowie auf die Vorschrift des Art. 283 Abs. 3 SchRG verwiesen, wonach nach Aufnahme der Retentionsurkunde dem Retentionsgläubiger Frist zur Geltendmachung seiner Forderung angesetzt werden müsse, und bemerkt, ähnlich hätte hier vorgegangen und zu diesem Zwecke einstweilen die Deposition der streitigen Beträge angeordnet werden sollen.

Die Differenz zwischen der mit Zahlungsbefehl 2241 in Betreibung gesetzten und der kollozierten Forderung der Adlerbrauerei wird dabei — wie schon in der Beschwerde an die Vorinstanz — richtig auf 690 Fr. 35 Cts. — 415 Fr. 50 Cts., das Ergebnis der Subtraktion dieser Summen dagegen unrichtig auf 174 Fr. 85 Cts. statt auf 274 Fr. 85 Cts. angegeben.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Die Frage, ob der Schuldner eine die Verfahrensvorschriften des Betreibungsgesetzes verletzende Kollokation auf dem Beschwerbeweg anfechten könne, ist von der Vorinstanz zutreffend bejaht worden.

2. — In der Sache selbst kann darüber kein Zweifel bestehen, daß das angefochtene Vorgehen des Betreibungsamtes bei der Kol-

kolation gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt. Es mißachtet den Grundsatz, daß auf Gelbleistungen gerichtete Forderungen nur auf dem Wege der Betreibung vollstreckt werden können. Grundlage der Betreibung ist aber der Zahlungsbefehl. Solange ein solcher nicht erlassen und der dagegen eventuell erhobene Rechtsvorschlag nicht durch Rechtsöffnung oder gerichtliches Urteil beseitigt ist, können keine Vollstreckungshandlungen in das Vermögen des Schuldners vorgenommen werden. Ohne Zahlungsbefehl kann daher auch das Betreibungsamt dem Gläubiger nichts aus dem Vermögen des Schuldners zuweisen. Denn das Amt hat keine Befugnis über die materielle Existenz einer geltend gemachten Forderung und deren Zulassung zur Vollstreckung zu entscheiden (vergl. Jaeger, Kommentar zu Art. 69 N. 3).

Diese Grundsätze folgen unzweideutig aus dem System des Gesetzes und bedürfen keiner näheren Begründung. Weßhalb sie gegenüber Forderungen nicht gelten sollen, für die ein Retentionsrecht beansprucht wird, ist nicht einzusehen. Auch in Bezug auf solche Forderungen muß das gesetzliche Recht des Schuldners gewahrt werden, vorgängig der Vollstreckung einen gerichtlichen Entscheid über Existenz und Vollstreckbarkeit der Forderungen herbeizuführen. Die Bestreitungsrechte des Schuldners müssen sogar der Natur der Sache nach noch weiter gehen, als bei gewöhnlichen Chirographarforderungen, indem ihm neben der Befugnis gegen die Forderung Rechtsvorschlag zu erheben, auch die weitere nicht versagt werden kann, das dafür beanspruchte Retentionsrecht zu bestreiten. Wollte man nach dem Vorgang des Betreibungsamtes Verbern verfahren, so würden diese vom Gesetze zum Schutze des Schuldners geschaffenen Garantien vollständig mißachtet.

Mit Unrecht beruft sich denn auch die Vorinstanz für ihre gegenteilige Auffassung auf die Entscheide des Bundesrates in Archiv III Nr. 25 und IV Nr. 2; denn diese erklären lediglich, daß der Vermieter, der an gepfändeten Sachen das Retentionsrecht beanspruche, in soweit ohne weiteres als mitbetreibend zu behandeln sei, als die betr. Sachen bei der Verwertung ohne Rücksicht auf die Deckung seiner Forderung zugeschlagen werden dürfen, daß also das in den Art. 126 u. 127 SchRG ausgesprochene Deckungsprinzip auf Retentionsforderungen des Vermieters keine Anwen-

bung finde. Daß der Vermieter Zuteilungen aus dem Verwertungserlös erst beanspruchen könne, nachdem er für seine Mietzinsforderung einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl erwirkt hat, wird dabei als selbstverständlich vorausgesetzt.

3. — Richtig ist an der Auffassung der Vorinstanz nur soviel, daß, wenn an gepfändeten Gegenständen vor der Verwertung Retentionsansprüche geltend gemacht werden, dem Ansprecher nicht sofort Frist zur Betreibung angesetzt zu werden braucht, sondern zunächst das Widerspruchsverfahren im Sinne von Art. 106 ff. durchzuführen ist. Wird in diesem das Retentionsrecht vom Schuldner oder den Pfändungsgläubigern mit Erfolg bestritten, so fällt es auch bei der nachherigen Kollokation in den Verwertungserlös außer Betracht; wird es anerkannt, so braucht gleichwohl, sofern es sich wenigstens um verfallene Zinsen handelt, bei der Verwertung darauf keine Rücksicht genommen zu werden, weil nach dem bereits Gesagten für solche Retentionsforderungen das Deckungsprinzip nicht gilt.

4. — Damit ist aber die weitere Frage noch nicht entschieden, ob dem Retentionsansprecher eine Forderung an den Schuldner zustehet, ob er also überhaupt zur Kollokation in den Verwertungserlös zugelassen werden könne. Diese Frage kann nur dadurch gelöst werden, daß der Ansprecher den Schuldner betreibt und dieser entweder den Zahlungsbefehl anerkennt oder sein Rechtsvorschlag, sei es durch Rechtsöffnung, sei es durch Urteil im ordentlichen Prozesse, beseitigt wird. Solange ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl in diesem Sinne nicht vorliegt, muß die Verteilung entweder ausgesetzt werden, oder es kann zwar eine solche stattfinden, aber nur provisorisch, d. h. nur in dem Sinne, daß die auf die Retentionsforderungen mitfallenden Beträge in analoger Anwendung von Art. 144 Abs. 5 SchRG (s. Jaeger, Kommentar zu diesem Artikel N. 11) ausgeschieden und deponiert werden, bis die Existenz der fraglichen Forderungen rechtskräftig festgestellt ist.

Zu letzterem Behufe ist den Retentionsansprechern Frist zur Anhebung der Betreibung und — für den Fall des Rechtsvorschlages gegen diese — zur Einleitung der Forderungsklage anzusetzen.

5. — Der Rekurs ist daher im Sinne der gestellten Begehren

gutzuheissen. Und zwar muß dabei von der Forderung der Adlerbrauerei ein Betrag von 274 Fr. 85 Cts. und nicht nur von 174 Fr. 85 Cts. aus dem Kollokationsplan gestrichen und deponiert werden. Denn nachdem der Rekurrent die Differenz zwischen der betriebenen und der kollozierten Forderung der Adlerbrauerei zunächst richtig auf 690 Fr. 35 Cts. — 415 Fr. 50 Cts. angegeben hat, handelt es sich bei seiner anschließenden Bemerkung, daß 174 Fr. 85 Cts. ohne Betreibung kolloziert worden seien, um einen bloßen Rechnungsfehler, der ohne weiteres zu berichtigen ist.

6. — Der Umstand, daß das Betreibungsamt die streitigen Beträge bereits an die beiden Ansprecher ausbezahlt und die Verlustscheine an die übrigen Gläubiger versandt hat, steht der Gutheißung der Beschwerde nicht entgegen, da darin keine unwiderruflichen Amtshandlungen liegen. Pflicht des Amtes wäre es gewesen, mit der Verteilung zuzuwarten, bis der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen, also die Frist zur Beschwerde gegen denselben auch für den Schuldner abgelaufen war. Wenn das Amt, ohne sich zu erkundigen, ob eine solche Beschwerde erfolgt sei oder nicht, die Verteilung vollzog, so hat es das Risiko zu tragen (vergl. den grundsätzlichen Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Straker, *SA 13 Nr. 38**, auf den statt weiterer Ausführungen zu verweisen ist).

Sollten im anzuordnenden Betreibungsverfahren bezw. Prozesse die streitigen Retentionsforderungen zu Fall kommen, so sind Verteilung und Verlustscheine entsprechend zu berichtigen.

7. — Zu Handen der kantonalen Aufsichtsbehörde ist schließlich noch darauf zu verweisen, daß das Betreibungsamt Lebern in der Kostenrechnung neben den gesetzlichen Gebühren noch einen weiteren Betrag von 30 Fr. für „Mühewalt“ in Ansatz gebracht hat, für den es an der gesetzlichen Grundlage fehlt.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheissen und das Betreibungsamt Lebern angewiesen, den Kollokationsplan dahin abzuändern, daß die For-

* Ges.-Ausg. 36, I S. 424 ff.

derung der Frau Rudolf-Eggli ganz und von der Forderung der Adlerbrauerei der nicht in Betreibung gesetzte Betrag gestrichen wird, die auf diese Forderungen entfallenden Beträge zu deponieren und den genannten Gläubigern Frist zur Einleitung der Betreibung und eventuell zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung anzusetzen.

64. Entscheid vom 27. Juni 1912 in Sachen Betreibungsamt Sestigen.

Art. 19 SchKG: Die Weisung einer kantonalen Aufsichtsbehörde an verschiedene Betreibungsämter, vor 1912 begründete Eigentumsvorbehalte an Vieh in das öffentliche Register einzutragen, kann nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden. — Die Betreibungsbeamten sind zur Beschwerde gegen eine solche Weisung nicht legitimiert. — **Art. 6 Verordnung betr. Eintragung von Eigentumsvorbehalten:** Zulässigkeit der Eintragung von Eigentumsvorbehalten an Vieh, die vor 1912 begründet worden sind.

A. — Infolge einer von M. Weil, Viehhändler in Bern, erhobenen Beschwerde erteilte die kantonale bernische Aufsichtsbehörde am 20. Juni 1912 den Betreibungsämtern Konolfingen, Sestigen, Nidau und Schwarzenburg die Weisung, dem Begehren des Weil um Eintragung der vor 1912 zu Recht bestandenen Eigentumsvorbehalte an Vieh in das öffentliche Register zu entsprechen.

B. — Hiegegen hat das Betreibungsamt Sestigen am 26. Juni 1912 den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es sei die Weisung der kantonalen Aufsichtsbehörde zu kassieren. Zur Begründung macht das Betreibungsamt Sestigen geltend, daß die angefochtene Weisung sowohl dem ZGB als der bundesgerichtlichen Verordnung vom 19. Dezember 1910 über die Eintragung der Eigentumsvorbehalte widerspreche:

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

Es kann aus einem doppelten Grunde nicht auf den Rekurs eingetreten werden. Einmal bildet die angefochtene Weisung der kantonalen Aufsichtsbehörde keine „Verfügung“, die nach Art. 17