

poser même que ce soit le cas, il peut cependant arriver que, avec l'assentiment exprès ou tacite du créancier, l'Office restreigne à l'immeuble l'effet du séquestre et en exclue les loyers. Or, c'est ce qui s'est passé en l'espèce. Il est incontestable que le 5 février l'Office a entendu séquestrer les immeubles seuls, à l'exclusion des loyers. Cela résulte non seulement du fait qu'il n'a pas porté le séquestre à la connaissance des locataires (art. 102 al. 2), mais encore et surtout du fait que le 29 avril il a formellement déclaré séquestrer ce jour-là les loyers — ce qui implique qu'il ne les avait pas séquestrés auparavant. Par suite de ces actes concluants de l'Office, la situation est la même que si, dans le procès-verbal du 5 février, il avait déclaré expressément limiter aux immeubles mêmes les effets du séquestre.

Mais d'ailleurs, si même on fait abstraction des circonstances particulières de l'espèce, on ne peut admettre que, en principe, le séquestre d'un immeuble s'étende de plein droit aux loyers. Seuls les objets qui sont *expressément* désignés dans l'ordonnance de séquestre peuvent être séquestrés et la loi ne contient pas d'exception à cette règle en ce qui concerne les fruits ou les loyers d'un immeuble. D'autre part, l'argument d'analogie avec les effets de la saisie (art. 102) n'est pas décisif; nonobstant la règle générale de l'art. 275, on doit tenir compte de la nature spéciale du séquestre, soit du fait que l'existence même de la créance n'est nullement établie et que dès lors, en l'absence d'une réquisition formelle du séquestrant, il serait excessif de comprendre dans le séquestre de l'immeuble les loyers et de priver ainsi des ressources qu'ils représentent pour lui, un propriétaire dont on ignore encore s'il a la qualité de débiteur. A cet égard, la situation est identique dans le séquestre et dans la poursuite en réalisation de gage. Or, dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral a jugé tout récemment (RO Ed. sp. 15 n° 20*) que, au point de vue de la procédure d'exécution, le droit de gage ne s'étend aux loyers que si le créancier poursuivant en a manifesté la volonté. Par analogie on doit admettre que, aussi

* Ed. gén. 38 I. p. 264 c. 2.

longtemps que le créancier n'a pas demandé le séquestre des loyers, ceux-ci échappent au séquestre dont l'immeuble est frappé. Dans le cas particulier, cette demande a été formulée par Schmid le 28 avril seulement; lors donc que Wolff a fait cession de ses loyers, ils n'étaient pas encore sous le coup du séquestre. Celui-ci portant ainsi sur des objets qui n'étaient pas en la possession du débiteur, c'est bien la procédure de l'art. 109 qui est applicable à la contestation entre le créancier et le tiers revendeur.

Par ces motifs,

la Chambre des Poursuites et des Faillites

prononce :

Le recours est admis et la décision attaquée est annulée.

90. Entscheidung vom 21. September 1913

in Sachen Martin Gassisch Söhne und Genossen.

Art. 247 SchKG: Wenn im Kollokationsplan eine Forderung anerkannt ist, die vorher oder nachher von der Konkursverwaltung und der Gläubigerversammlung infolge eines Vergleiches als Masseschuld erklärt worden ist, so ist die Kollokation wirkungslos und kann daher nicht nach Art. 250 SchKG von einem Gläubiger angefochten werden. — Dagegen, dass eine Konkursverwaltung einem Konkursgläubiger gegenüber für den Verzicht auf seine Konkursforderung eine Masseschuld begründet, ist keine Beschwerde zulässig. — **Art. 241 u. 14 SchKG:** Befugnis der Aufsichtsbehörden zur disziplinarischen Bestrafung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung. — **Art. 19 SchKG:** Dem Bundesgerichte steht es nicht zu, die materielle Begründetheit einer gegen einen Beamten ausgefallenen Ordnungsstrafe zu überprüfen.

A. — Zu dem am 3. Dezember 1912 eröffneten Konkurs über Fritz Gräf, Weinhändler in Bern, forderte die Firma Kehrli & Ohler, Expeditionsgeschäft und Lagerhaus ebenda gestützt auf einen zwischen ihr und dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Mietvertrag mit Eingabe vom 4. Januar 1913:

a) 1290 Fr. verfallenen Mietzins per 4. Quartal 1912,

b) 46,440 Fr. als Mietzins für weitere zehn Jahre vom 1. Januar 1913 bis 31. Dezember 1922 (d. h. bis zum Ende der Vertragsdauer).

Zugleich beanspruchte sie für diesen ganzen Betrag das Retentionsrecht an den in den Mieträumen befindlichen Waren, Fässern und Utensilien und ersuchte gestützt auf Art. 266 OR um Sicherheitsleistung. Die von der ersten Gläubigerversammlung bestellte außerordentliche Konkursverwaltung — bestehend aus Notar Freiburghaus, Bankdirektor Hürzeler und Weinhändler von Tobel, alle in Bern — beschloß am 20. Januar 1913, den verfallenen Quartalszins sofort zu bezahlen, für den Zins per I. Semester 1913 — während welcher Zeit sie die gemieteten Räume noch benützen wollte — Gutsprache zu leisten, im übrigen aber mit den Ansprechern wegen Aufhebung des Vertrages in Unterhandlung zu treten. Zu diesem Zwecke fand am 27. Januar 1913 eine Besprechung zwischen der Konkursverwaltung und den Inhabern der Firma Kehrli & Ohler statt, bei der die erstere nach dem Protokoll folgende Offerte stellte: „es wird eine Mietzinsforderung anerkannt für $1\frac{3}{4}$ Jahre ab 1. Juli 1913, zu 5000 Fr. pro Jahr, ausmachend 8750 Fr. zahlbar sofort nach der zweiten Gläubigerversammlung, gegen Verzicht auf die weiteren Ansprüche und unter der Bedingung, daß auf das geltend gemachte Retentionsrecht Verzicht geleistet wird.“ Diese Offerte wurde den Ansprechern gleichen Tages schriftlich bestätigt, worauf sie mit Brief vom 30. Januar 1913 erwiderten, daß sie „die Vorschläge zur Reglierung ihrer Forderungen an die Konkursmasse Gräf akzeptierten, demnach ihre Eingabe von 47,730 Fr. zurückzögen und auf die geltend gemachten Retentionsrechte verzichteten“.

In dem am 24. Mai 1913 aufgelegten Kollokationsplane kollogierte die Konkursverwaltung die 8750 Fr. unter der Rubrik „pfandversicherte Forderungen“ wie folgt: „Kehrli & Ohler Bern, Mietzins für die gemieteten Lagerkeller nach Übereinkunft zwischen den Ansprechern und der Konkursverwaltung für $1\frac{3}{4}$ Jahre ab 1. Juli 1913 8750 Fr. Retentionsgegenstände: die sämtlichen für Rechnung des Konkursfitten in den Kellern und im Lagerhause der Ansprecher eingelagerten Waren, Transport- und Lagerfässer und

Utensilien.“ Gegen diese Kollokation erhoben zwei Konkursgläubiger, die heutigen Rekurrenten Firma Martin Casliß Söhne und Joh. Näf innert der Frist des Art. 250 SchRG Klage mit dem Begehren auf Aberkennung des von Kehrli & Ohler beanspruchten Retentionsrechtes. Am 16. Juni 1913 fand die zweite Gläubigerversammlung statt: in ihrem Berichte an diese erwähnte die Konkursverwaltung u. a.: „mit der Firma Kehrli & Ohler, welche eine Mietzinsforderung mit Retentionsrecht für 47,730 Fr. geltend machte, konnte am 27. Januar 1913 eine Verständigung getroffen werden, wonach eine Mietzinsforderung für $1\frac{3}{4}$ Jahre, insgesamt 8750 Fr. als retentionsberechtigt anerkannt wurde, wogegen die Ansprecher auf die weitergehende Mietzinsansprache verzichteten.“ Auf Antrag aus ihrer Mitte beschloß die Versammlung, die fragliche Abmachung sowie die erfolgte Klassifizierung der Forderung im Kollokationsplan zu genehmigen. Mit Eingabe vom 24. Juni an den Gerichtspräsidenten von Bern verkündeten Kehrli & Ohler in dem durch Casliß Söhne und Näf gegen sie angestrebten Kollokationsprozesse der Konkursverwaltung den Streit, indem sie erklärten: die Forderung von 8750 Fr. sei eine von der Konkursverwaltung vorab zu bezahlende Masseschuld, die Aufnahme derselben in den Kollokationsplan sei von ihnen nicht verlangt worden und schon deshalb unzulässig gewesen, weil im Momente der Auflage des Planes ja überhaupt keine Konkurs eingabe mehr vorgelegen habe; sie hätten daher keine Veranlassung, den Prozeß aufzunehmen und überliegen es der Konkursverwaltung, denselben ebenfalls aufzugeben oder auf eigene Kosten weiterzuführen. Der Gerichtspräsident setzte der Konkursverwaltung Frist zur Abgabe einer bezüglichlichen Erklärung bis 31. August 1913. Hiedurch veranlaßt, beschloß die Konkursverwaltung am 4. Juli 1913 auf den Rat ihres Rechtsbeistandes Fürsprecher Heller den Kollokationsplan in der Weise neu aufzulegen, daß die Forderung Kehrli & Ohler von 8750 Fr. daraus weggelassen werde, und zur Verhandlung hierüber eine weitere, dritte Gläubigerversammlung einzuberufen. Diese Versammlung fand denn auch am 14. Juli 1913 tatsächlich statt und stimmte, nach Anhörung eines Berichtes des Fürsprechers Heller, mit Mehrheit entgegen dem Proteste der heutigen Rekurrenten Casliß Söhne und Näf dem Vorgehen

der Konkursverwaltung zu. Infolgedessen wurde der neue Kollokationsplan, der die Forderung Kehrli & Ohler nicht mehr enthielt, im übrigen aber mit dem früheren übereinstimmte, am 22. Juli aufgelegt und den Gläubigern davon Mitteilung gemacht.

Martin Cassisch Söhne und Näf verlangten innert Frist auf dem Beschwerdewege Aufhebung und Ungiltigerklärung der erwähnten Beschlüsse der Konkursverwaltung vom 4. Juli und der zweiten und dritten Gläubigerversammlung vom 16. Juni und 14. Juli, sowie des abgeänderten Kollokationsplanes vom 22. Juli 1913, indem sie geltend machten, daß der ursprüngliche Kollokationsplan mit dem Ablauf der Anfechtungsfrist rechtskräftig geworden sei und weder die Konkursverwaltung noch die Gläubigerversammlung berechtigt seien, sie, die Beschwerdeführer, durch nachträgliche Abänderung desselben um den durch Anhebung der Kollokationsklage erworbenen Anspruch auf den Prozeßgewinn i. S. von Art. 250 Abs. 3 SchRG zu bringen. In der Vernehmlassung auf die Beschwerden nahm die Konkursverwaltung den Standpunkt ein, daß sie durch die Übereinkunft vom 27. Januar 1913 nicht nur eine Konkursforderung im Betrage von 8750 Fr. habe anerkennen, sondern die Schuld des Kreditaren in dieser Höhe namens der Masse zur Zahlung übernehmen wollen, es sich also, wie Kehrli & Ohler mit Recht geltend machten, um eine Masseschuld handle und deren Aufnahme in den Kollokationsplan auf einem Irrtum beruhe, dessen Richtigstellung jederzeit zulässig sein müsse.

Durch Entscheid vom 13. August 1913 hat die kantonale Aufsichtsbehörde zwar die Beschwerden insoweit gutgeheißen, als sie die damit angefochtenen Beschlüsse und den neu aufgelegten Kollokationsplan ungiltig erklärte, andererseits aber den ursprünglichen Kollokationsplan, soweit die Kollokation der Forderung Kehrli & Ohler betreffend, von Amtes wegen aufgehoben und den Mitgliedern der außerordentlichen Konkursverwaltung wegen ihrer Amtsführung eine scharfe Rüge erteilt. Die Motive gehen davon aus, daß sowohl der Beschluß vom 16. Juni als die nachfolgenden vom 4. und 14. Juli ungesetzlich seien, der erstere schon deshalb, weil über die Zulassung einer Ansprache im Kollo-

kationspläne einzig die Konkursverwaltung und gegebenenfalls der Gläubigerausschuß und nicht die Gläubigerversammlung zu befinden hätten, die beiden letzteren, weil der einmal aufgestellte Kollokationsplan mit dem Ablauf der Anfechtungsfrist für alle Beteiligten rechtskräftig werde und daher nicht mehr einseitig abgeändert werden könne. Dagegen müsse andererseits auch der ursprüngliche Kollokationsplan, soweit er sich auf die Kollokation der Forderung Kehrli & Ohler beziehe, als ungiltig angesehen werden. Durch die Übereinkunft vom 27. Januar 1913 sei die Konkursverwaltung an Stelle des Gemeinschuldners in den Mietvertrag eingetreten und habe damit die Bezahlung des Mietzinses als Masseschuld übernommen. Dementsprechend hätten Kehrli & Ohler ihre Konkurs eingabe am 30. Januar zurückgezogen. Von diesem Zeitpunkte habe also eine Konkursforderung der Genannten überhaupt nicht mehr vorgelegen und habe daher auch nicht in den Kollokationsplan aufgenommen werden können. Denn jede Kollokation setze eine entsprechende Konkurs eingabe voraus. Eine Kollokation, die sich nicht auf eine Konkurs eingabe stütze, sei nichtig und daher von Amtes wegen aufzuheben. Denn es handle sich dabei nicht um eine lediglich materiell ungerechtfertigte Maßnahme, die allerdings nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, sondern um eine Verfügung, die der notwendigen formellen Grundlage ermangle und auf die daher die Grundsätze über die Rechtskraft des Kollokationsplanes keine Anwendung finden könnten. Das widerspruchsvolle Verhalten, das sich die Konkursverwaltung in der Angelegenheit habe zuschulden kommen lassen, und die Art, in der sie sich über grundlegende Vorschriften des Konkursrechtes hinweggesetzt habe, rechtfertigten es, von der der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 14 zustehenden Disziplinarergewalt Gebrauch zu machen und den Mitgliedern der Konkursverwaltung einen Verweis zu erteilen.

B. — Gegen diesen Entscheid haben sowohl die Beschwerdeführer Martin Cassisch Söhne und Näf als die Konkursverwaltung Fritz Gräf den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, die ersteren mit dem Antrage, es sei die in Disp. 2 desselben verfügte partielle Kassation des ursprünglichen Kollokationsplanes, die letztere mit dem Begehren, es sei die in Disp. 1 ausgesprochene Ungiltig-

erklärung der Beschlüsse vom 4. und 14. Juli und des abgeänderten Kollokationsplanes vom 22. Juli 1913 sowie die ihr auferlegte Disziplinarstrafe aufzuheben. Die Begründung der Rekurse wird soweit wesentlich aus den nachstehenden Erwägungen ersichtlich sein.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Indem die Vorinstanz einerseits die durch die Beschlüsse der Konkursverwaltung und der Gläubigerversammlung vom 4. und 14. Juli 1913 verfügte Ausmerzung der Forderung Kehrl & Ohler aus dem Kollokationsplan als unzulässig erklärt, andererseits dann aber den letzteren von Amtes wegen im nämlichen Sinne berichtigt hat, hat sie sich einen inneren Widerspruch zuschulden kommen lassen. Denn die Befugnis der Aufsichtsbehörden zur Abänderung des Kollokationsplanes kann nicht weiter reichen als diejenige der Organe der Konkursmasse selbst. Entweder war also die fragliche Kollokation gültig und für die Masse rechtskräftig, dann konnte sie auch von der Vorinstanz nicht aufgehoben werden. Oder sie war, wie in den Motiven zu Disp. 2 des angefochtenen Entscheides angenommen worden ist, weil auf eine Masseschuld bezüglich, nichtig, dann war auch die Konkursverwaltung nicht daran gebunden und ein Beschluß, durch den sie dies konstatierte und der Verfügung den Schein der Rechtskraft nahm, zweifellos zulässig. Eine dritte Möglichkeit, d. h. eine Kollokation, welche zwar für die Organe der Masse verbindlich, für die Aufsichtsbehörden aber unverbindlich wäre, gibt es nicht.

2. — Nun kann die Rechtskraft des Kollokationsplanes sich der Natur der Sache nach nur auf solche Punkte beziehen, über die überhaupt im Kollokationsverfahren zu entscheiden ist. Auf Verfügungen, die außerhalb des letzteren zu treffen, von der Konkursverwaltung also fehlerhafterweise in den Kollokationsplan einbezogen worden sind, erstreckt sie sich nicht. So hat denn auch die Praxis bereits entschieden, daß eine im Kollokationsplan von der Konkursverwaltung getroffene Verfügung über Aussonderungsansprüche für die Gläubigerversammlung nicht verbindlich sei und von ihr, solange nicht vollzogen, jederzeit abgeändert werden könne, auch dann, wenn dagegen bereits von einem einzelnen

Gläubiger Kollokationsklage angehoben worden ist. Dasselbe muß gelten, wenn ein Gläubiger in den Kollokationsplan aufgenommen, also als Konkursgläubiger behandelt worden ist, dem die Konkursverwaltung und die Gläubigerversammlung auf dem Vergleichswege an Stelle eines Konkursanspruches eine Forderung gegen die Masse selbst zugesprochen haben. Denn der Kollokationsplan soll lediglich das Verhältnis feststellen, in dem die Konkursforderungen, d. h. die zur Zeit der Konkursöffnung existenten Ansprüche gegen den Gemeinschuldner am Erlöse der Masseaktiven partizipieren. Mit den Masseschulden hat er sich nicht zu befassen, da für deren Befriedigung nicht die in Art. 219, 220 SchKG aufgestellte Rangordnung, sondern die Bestimmung des Art. 262 maßgebend ist, wonach die infolge der Durchführung des Konkurses entstandenen Verbindlichkeiten vorab und voll zu bezahlen sind. Ob dem betr. Gläubiger schon zur Zeit der Aufstellung des Kollokationsplanes ein Anspruch gegen die Masse selbst zustand oder ob ihm ein solcher erst nachträglich von den Organen der Konkursmasse zuerkannt wurde, kann dabei keinen Unterschied ausmachen. Denn über die Begründung von Masseschulden entscheidet ausschließlich die Konkursverwaltung, bzw. für sie verbindlich die Gläubigerversammlung. Ein Einspruchsrecht des einzelnen Gläubigers gegen solche Beschlüsse besteht so wenig wie gegenüber einem im Kollokationsverfahren geschlossenen Prozeßvergleich. Mit dem Momente, wo eine dahingehende Erklärung der Konkursverwaltung bzw. Gläubigerversammlung vorliegt, scheidet der Anspruch aus dem Kollokationsverfahren aus und fällt der darauf bezügliche Eintrag im Kollokationsplane ohne weiteres und mit Wirkung ex tunc dahin. Einer Neuauflage des Planes bedarf es dazu nicht, weil eine Anfechtung des betr. Beschlusses durch einzelne Gläubiger i. S. von Art. 250 SchKG ausgeschlossen ist.

3. — Demnach kann auch im vorliegenden Falle nichts darauf ankommen, welches die Meinung der Übereinkunft vom Januar 1913 zwischen der Konkursverwaltung und Kehrl & Ohler gewesen sei, ob dadurch lediglich eine Konkursforderung der letzteren von 8750 Fr. habe anerkannt oder eine eigentliche Masseschuld in diesem Betrage habe begründet werden wollen, und fallen alle

Ausführungen der Rekurrenten Castisch Söhne und Naf, welche sich mit dieser Frage befassen, als unerheblich außer Betracht. Maßgebend erscheint, daß die Konkursverwaltung, nachdem sie anfänglich die fragliche Summe als Konkursforderung behandelt und in den Kollokationsplan eingestellt hatte, sie nachträglich ausdrücklich als Masseschuld erklärt und daß die Gläubigerversammlung vom 14. Juli 1913 diesem Vorgehen zugestimmt hat. Denn daß dem Beschlusse, die 8750 Fr. aus dem Kollokationsplan zu streichen und den letzteren neu aufzulegen, dieser Sinn zukommen sollte, kann nach dem Zusammenhange, in dem er erfolgte, keinem Zweifel unterliegen. Ob die Konkursverwaltung berechtigt sei, so vorzugehen, wie es hier geschah, d. h. einen Konkursgläubiger dadurch zum Rückzuge seiner Konkurseingabe zu veranlassen, daß sie ihm eine Leistung aus der Masse verspricht, ist nicht zu untersuchen. Auch wenn man es verneinen wollte, könnte dies nicht zur Gutheißung der Beschwerde führen. Denn indem die Konkursverwaltung so handelt, sich also verpflichtet, gegen Einräumung gewisser Vorteile durch den Ansprecher einen Teil seiner ursprünglichen Forderung als Masseschuld zu behandeln, trifft sie nicht eine auf bestimmte Gesetzesvorschriften gestützte amtliche Verfügung, sondern schließt mit ihm namens der Masse ein Rechtsgeschäft ab. Gegen solche Transaktionen ist aber nach feststehender Praxis eine Beschwerde i. S. von Art. 17 SchKG ausgeschlossen. Sind die Beschwerdeführer der Ansicht, daß die von der Konkursverwaltung zur Rechtfertigung ihres Vorgehens angeführten Gründe nicht ausreichen und eine schuldhaftige Schädigung der Gläubiger vorliege, so steht es ihnen frei, jene im Wege der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 5 SchKG zu belangen. Ein Recht, die fraglichen Beschlüsse selbst im Beschwerdeverfahren anzufechten, haben sie nicht.

4. — Aus dem Vorstehenden folgt, daß die Konkursverwaltung und folglich a fortiori auch die Gläubigerversammlung kompetent waren, der Firma Kehrli & Söhler eine Masseschuld im Betrage von 8750 Fr. zuzuerkennen, daß sie dies auch noch tun konnten, nachdem jener Betrag bereits als Konkursforderung kolloziert worden war, daß damit die letztere Kollokation ohne weiteres annulliert wurde und daß die darauf bezüglichen Beschlüsse

somit insoweit von der Vorinstanz zu Unrecht als ungültig erklärt worden sind. Damit fällt natürlich auch die in Disp. 2 des angefochtenen Entscheides von Amtes wegen verfügte Aufhebung der ursprünglichen Kollokation dahin: was von den Organen der Konkursmasse kompetenterweise bereits aufgehoben worden war, konnte von der Aufsichtsbehörde nicht nochmals annulliert werden. Dagegen muß es bei der Aufhebung des neu aufgelegten Kollokationsplanes sein Bewenden haben, da eine Neuauflage nach dem Gesagten überflüssig und überdies, weil dadurch die Anfechtungsfrist auch gegenüber allen übrigen Forderungen neu eröffnet wurde, unstatthaft war.

5. — Was den demnach allein noch verbleibenden Rekurs der Konkursverwaltung gegen die ihr erteilte Rüge betrifft, so ist mit dem grundsätzlichen Entscheide i. S. Peter vom 25. Januar 1912 (NS Sep.-Ausg. 15 Nr. 4*) davon auszugehen, daß die in Art. 14 SchKG den Aufsichtsbehörden eingeräumte Disziplinalgewalt sich nicht nur auf die Betreibungs- und Konkursbeamten, sondern auch auf die Mitglieder einer von den Gläubigern gewählten außerordentlichen Konkursverwaltung bezieht und die kantonale Aufsichtsbehörde daher zur Ausfällung einer Disziplinarstrafe kompetent war. Ob die Rüge materiell begründet sei, hat das Bundesgericht nicht zu untersuchen, da es sich dabei um eine reine Tat- und Angemessenheitsfrage handelt und die Handhabung der Disziplinalgewalt den kantonalen Aufsichtsbehörden vorbehalten ist (vergl. den bereits zitierten Entscheid i. S. Peter Erw. 1 und die dort angeführten weiteren Urteile).

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Die Rekurse gegen Disp. 1 und 2 des angefochtenen Entscheides werden im Sinne der Motive begründet erklärt. Der Rekurs gegen Disp. 3 wird abgewiesen.

* Ges.-Ausg. 38 I Nr. 30.