

B. — Gegen diese Weigerung beschwerte sich die Betreuungsgläubigerin bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, wurde aber von dieser mit Entscheid vom 25. November 1927 — den Parteien zugestellt am 23. Dezember 1927 — abgewiesen.

C. — Hiegegen hat die Beschwerdeführerin am 3. Januar 1928 den Rekurs an das Bundesgericht erklärt.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :*

Die von den Betreuungsschuldern auf dem Zahlungsbefehl angebrachte Bemerkung « Betrag per Chek einbezahlt » kann vorliegend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, nicht als Rechtsvorschlag erachtet werden. Es steht fest, dass die erwähnte Zahlung durch die Betreuungsschuldner erst nach Zustellung des Zahlungsbefehles geleistet worden ist. Darin liegt ein klarer Beweis, dass die Betreuungsschuldner im Momente der Anhebung der Betreibung ihre Schuldpflicht anerkannten und zwar in dem « Betrage », der im Zahlungsbefehl angegeben war, und dass sie infolgedessen keinen Rechtsvorschlag erheben, d. h. die Forderung nicht bestreiten wollten. Ihre auf dem Zahlungsbefehl angebrachte Bemerkung « Betrag per Chek einbezahlt » richtete sich daher lediglich gegen eine allfällige **F o r t s e t z u n g** der Betreibung, deren Einleitung sie nicht als rechtswidrig erachteten. Eine derartige Erklärung ist jedoch rechtlich ohne Bedeutung; denn wenn ein Schuldner im Laufe des Betreibungsverfahrens an die gegen ihn in Betreibung gesetzte Forderung eine Zahlung leistet, von der der Gläubiger behauptet, dass sie nicht den vollen in Betreibung gesetzten Betrag tilge, so kann der Gläubiger diese Betreibung für den ausstehenden Betrag fortsetzen, und der Schuldner hat nur die Möglichkeit, gemäss Art. 85 SchKG durch gerichtliche Klage deren Aufhebung zu erwirken. Das ist auch vorliegend der einzige Weg, um die von der Rekurrentin verlangte Fortsetzung der

Betreibung für den Restbetrag von 21 Fr. 60, der nach der Auffassung der Rekurrentin durch die fragliche Zahlung nicht gedeckt wurde, zu verhindern.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :*

Der Rekurs wird gutgeheissen und demgemäss, in Aufhebung des angefochtenen Entscheides, das Betreibungsamt Dorneck angewiesen, dem von der Rekurrentin gestellten Fortsetzungsbegehren Folge zu geben.

**3. Entscheid vom 26. Januar 1928 i. S. Wernli.**

Wird Retentionsrecht für Mietzins an gepfändeten Sachen geltend gemacht, so ist zwar — abweichend von BGE 50 III S. 112 ff. Erw. 3 — das Widerspruchsverfahren einzuleiten, jedoch erst nach erfolgter Verwertung.

Contrairement à ce qui a été jugé précédemment (RO 50 III p. 112 cons. 3), c'est l'action en revendication qui doit être introduite dans le cas où un bailleur fait valoir son droit de rétention sur des objets saisis; toutefois, l'action ne doit être intentée qu'après la réalisation.

Contrariamente a quanto fu precedentemente ritenuto (RU 50 III p. 112 motivo 3), si deve procedere coll'azione di rivendicazione (art. 107-109 LTF) nel caso in cui il locatore faccia valere un diritto di ritenzione sugli oggetti pignorati: tuttavia l'azione può essere [promossa solo dopo la realizzazione.

A. — In der Betreibung der Rekursgegner gegen Adèle Spichtin wurden Möbel gepfändet, die sich in der von der Schuldnerin im Hause des Rekurrenten in Basel gemieteten Wohnung befanden und an denen der Rekurrent das Retentionsrecht für den Mietzins vom 1. April 1927 bis 1. April 1928 geltend machte. Da die Rekursgegner das Retentionsrecht bestritten, setzte das Betreibungsamt nach erfolgter Verwertung dem Rekurrenten Frist zur Widerspruchsklage an.

B. — Mit der vorliegenden, nach Abweisung durch die

Aufsichtsbehörde über das Betreibungsamt des Kantons Basel-Stadt an das Bundesgericht weitergezogenen Beschwerde verlangt der Rekurrent unter Hinweis auf BGE 50 III S. 107 ff., namentlich Erw. 3, Aufhebung dieser Klagefristansetzung und Verweisung des Prozesses zur Feststellung des bestrittenen Retentionsrechtes in das Kollokationsverfahren.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :*

In dem vom Rekurrenten angezogenen Präjudiz ist ausgeführt worden : « Für die Feststellung des Retentionsrechtes kann das Widerspruchsverfahren nicht als der geeignete Weg angesehen werden. Dies deshalb, weil der Umfang des Retentionsrechtes 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. Daher 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. 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 Retentionsrechtes auf die Zeit nach der Verwertung hinausgeschoben und in das Kollokationsverfahren verwiesen wird. »

In letzterem Punkte (Verweisung des Prozesses in das Kollokationsverfahren) haben sich das beschwerdebeklagte Betreibungsamt und die rekursbeklagte Aufsichtsbehörde in bewussten Gegensatz zu dem vom Rekurrenten angezogenen Präjudiz gestellt. Sie führen wesentlich ins Feld : es sei mit Art. 106, 107 SchKG grund-

sätzlich nicht vereinbar und noch ganz besonders nicht in der Beziehung, dass es den pfändenden Gläubiger in der Klägerrolle dränge ; das Kollokationsverfahren betreffe grundsätzlich nur die betreibenden Gläubiger ; durch die nach erfolgreicher Durchführung des Kollokationsprozesses notwendige nochmalige Auflegung des Verteilungsplanes werden Kosten verursacht, die bei Durchführung des Widerspruchsverfahrens vor der erstmaligen Auflegung des Verteilungsplanes vermieden werden. Aus ähnlichen Gründen hatte sich schon KELLER in der Schweizerischen Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht 15 S. 13 ff. gegen jenes Präjudiz gewendet und ausserdem mit dem Hinweis darauf, dass dem Schuldner die Kollokationsplananfechtungsklage verschlossen sei.

Das Bundesgericht kann sich der Einsicht nicht verschliessen, dass es mit dem angeführten Präjudiz nicht das Richtige getroffen hat. Daran freilich ist festzuhalten — und in diesem Punkte stimmt denn auch das beschwerdebeklagte Betreibungsamt vorbehaltlos zu — dass der Streit zwischen dem Vermieter und dem pfändenden Gläubiger über Bestand und Umfang des Retentionsrechtes erst nach der Verwertung der Retentionsgegenstände ausgetragen werden soll. Allein die Erledigung dieser Drittansprache kann auch einfach in der Weise hinausgeschoben werden, dass mit der Durchführung des Widerspruchsverfahrens bis nach der Verwertung der Retentionsgegenstände zugewartet wird. Wenn die Verweisung in das Kollokationsverfahren nicht ausschliesslich zur Vereinfachung beiträgt, sondern wegen der Notwendigkeit der nochmaligen Auflage des Verteilungsplanes im Anschluss an den erfolgreichen Kollokationsprozess nach anderer Richtung eine Weiterung nach sich ziehen kann, wie das Betreibungsamt bemerkt, so würde hieraus zwar noch nicht folgen, dass das mit dem bemängelten Präjudiz vorgezeichnete Verfahren für den Regelfall nicht doch praktischer wäre ; denn derartige Prozesse sind verhältnismässig

selten. Zweifellos unhaltbar ist sodann der vom Betreibungsamt aus Art. 146 Abs. 2 Satz 2 SchKG gezogene Schluss, dass für die Pfandgläubiger im Kollokationsplan kein Raum sei; vielmehr ist der in Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift enthaltene Hinweis auf Art. 219 SchKG ganz allgemein gehalten und bezieht er sich also nicht nur auf die privilegierten, sondern auch auf die pfandversicherten Forderungen (vgl. namentlich das fakultative Formular 4 b). Und um den Schuldner nicht vom Bestreitungsrecht auszuschliessen, hätte ihm schliesslich ja hier, als — wiederum selten vorkommende — Ausnahme von der Regel, die Kollokationsplananfechtungsklage zugestanden werden können. Dagegen ist seinerzeit nicht genügend beachtet worden, dass die Verweisung des Streites zwischen Vermieter und pfändendem Gläubiger in das Kollokationsverfahren eine Umkehrung der Parteirollen nach sich zieht. Findet zwischen ihnen das Widerspruchsverfahren statt, so kann nämlich nicht in Zweifel gezogen werden, dass der Vermieter Widerspruchsklage erheben muss, weil die Art. 106 und 109 SchKG für die Verteilung der Parteirollen einzig darauf abstellen, ob sich die gepfändete Sache im Gewahrsam des Schuldners befindet oder bei einem Dritten, welcher (das Eigentum oder) ein Pfandrecht an derselben beansprucht. Lässt sich nun zwar nicht leugnen, dass dem Vermieter eine gewisse Herrschaft über die vom Mieter eingebrachten Sachen zusteht, so kann deswegen doch nicht gesagt werden, diese Sachen befinden sich bei ihm und nicht im Gewahrsam des Mieters, was nach der gesetzlichen Ordnung der Widerspruchsklage angenommen werden müsste, damit die Klägerrolle dem pfändenden Gläubiger zugeschoben werden könnte. Unter diesem Gesichtspunkte kann an der früheren Entscheidung nicht festgehalten werden.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird abgewiesen.

#### 4. **Entscheid vom 2. Februar 1928 i. S. Kunz und Konsorten.**

Gegen einen und denselben Gemeinschuldner können nicht gleichzeitig mehrere Konkursverfahren (eröffnet und) durchgeführt werden (Erw. 1).

SchKG Art. 197 Abs. 1 (36, 174): Vermögen, welches der Gemeinschuldner während der Pendency seiner mit aufschiebender Wirkung ausgestatteten Berufung gegen das Konkurserkennntnis erwirbt, ist zum Vermögen zu rechnen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört; auf die Gegenleistung besteht eine (gewöhnliche) Konkursforderung (Erw. 2).

SchKG Art. 197 Abs. 2: Dem Gemeinschuldner vor Schluss des Konkursverfahrens anfallendes Vermögen gehört nur zur Konkursmasse, insoweit es Nottovermögen und auf rechtmässige Weise erworben ist (Erw. 3).

Plusieurs procédures de faillite ne sauraient être (ouvertes et) poursuivies concurrentement contre un seul et même débiteur (consid. 1).

Art. 197 al. 1 LP (36, 174). Lorsque le failli acquiert des biens postérieurement au prononcé de faillite, mais avant solution du recours dirigé contre cette décision et pourvu d'effet suspensif, ces biens rentrent dans la masse, comme appartenant au failli lors de l'ouverture de la faillite. La contre-prestation due par le failli donne lieu à une créance (ordinaire) de faillite (consid. 2).

Art. 197 al. 2 LP. Les biens qui échoient au failli jusqu'à la clôture de la faillite ne rentrent dans la masse qu'en tant qu'ils ont été acquis régulièrement et dans la mesure seulement où ils constituent un actif net (consid. 3).

Non sono ammissibili simultaneamente più procedimenti di fallimento contro lo stesso debitore (consid. 1).

Art. 197 capv. 1 LEF (36, 174). Se il fallito acquista dei beni posteriormente all'apertura del fallimento, ma prima della definizione del ricorso diretto contro il giudizio di apertura e munito dell'effetto sospensivo, questi beni fanno parte della massa. La contro-prestazione costituisce un credito ordinario del fallimento (consid. 2).

Art. 197 capv. 2 LEF. I beni che pervengono al fallito prima che la procedura di fallimento sia chiusa, non fanno parte della massa se non ove siano stati regolarmente acquistati e nella misura che costituiscono un attivo netto (consid. 3).