

als Ausfluss der von ihm behaupteten Gläubigerrechte verlangen kann. Sie liegt jedoch im augenscheinlichen Interesse des Schuldners selbst, sofern dieser die Zahlungspflicht, bestehe sie nun gegenüber dem einen oder dem andern Ansprecher, anerkennt und zur Leistung der Hinterlage imstande ist. Beides trifft hinsichtlich der in Rede stehenden Konkursdividende zu. Als Mittel zur Entlastung der Konkursmasse ist die gerichtliche Hinterlegung einer Konkursdividende, worauf verschiedene Zessionare (oder Pfändungsgläubiger) Anspruch erheben, unter den erwähnten Voraussetzungen eine Amtspflicht der Konkursverwaltung, zu der sie auf dem Beschwerdewege angehalten werden kann, und zwar ist jeder Konkursgläubiger zu solcher Beschwerde legitimiert, da es um die Wahrung von Rechten und damit um die Abwendung einer Schädigung der Konkursmasse geht.

3. — Auf die Frage, ob die vom Betreibungsamt Fünf Dörfer in Untervaz vollzogenen Pfändungen noch zu Recht bestehen, ist die Vorinstanz mit Recht nicht eingetreten. Dem Rekurrenten bleibt vorbehalten, deswegen bei der dem erwähnten Betreibungsamte vorgesetzten Aufsichtsbehörde Beschwerde zu führen. Er wird wohl ohne weiteres diesen Weg beschreiten, statt sogleich Feststellungsklage im Sinne von Art. 168 OR zu erheben (zumal fraglich ist, gegen wen diese Klage zur Zeit eingeleitet werden könnte); mag auch der Richter im Feststellungsprozesse befugt sein, die Rechtsbeständigkeit der Pfändungen vorfrageweise zu prüfen, so steht doch die massgebende Entscheidung über diese Frage den Aufsichtsbehörden zu. Die Beschwerde gegen das Betreibungsamt Fünf Dörfer wird nicht etwa verspätet sein; denn wenn die Pfändungsbetreibungen, wie Pauli behauptet, wegen Fristablaufes nach Art. 116 und 121 SchKG erloschen sind, so ist deren Aufrechterhaltung und Fortsetzung absolut nichtig, die Anfechtung also nicht an die Frist des Art. 17 SchKG gebunden. Die Entscheidung dieser Verwirkungsfrage wird davon abhängen, ob die betreffenden Pfändungen wirklich der

Prosequierung durch ein Verwertungsbegehren bedurften, wobei dann das Weitere sich eben nach den Art. 116 und 121 SchKG zu richten hätte, oder ob das wenige Monate nach bzw. schon vor der Pfändung über die Drittschuldnerin eröffnete Konkursverfahren ein Verwertungsbegehren der Pfändungsgläubiger unnötig machte, indem die Anzeige an das Konkursamt in Verbindung mit der anscheinend durch Konrath selbst vorgenommenen Konkurseingabe eine Geltendmachung der Forderung im Sinne von Art. 100 SchKG war.

Führt das gegen das Betreibungsamt Fünf Dörfer anzuhebende Beschwerdeverfahren zur Aufhebung der Pfändungen, so wird sich Pauli noch mit den in Frage stehenden Pfandgläubigern auseinanderzusetzen haben; für solange wird die Hinterlage gemäss Art. 906 Abs. 3 ZGB einfach weiterbestehen. Sollten dagegen die Pfändungen aufrecht bleiben und andererseits Pauli als Zessionar wie auch allenfalls die genannten Pfandgläubiger trotz Art. 96 SchKG an ihren Ansprüchen festhalten, so wird sich das Betreibungsamt Fünf Dörfer über das weitere Verfahren schlüssig zu machen haben.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:*

Der Rekurs wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die Fristansetzung vom 4. Dezember 1941 aufgehoben und das Konkursamt Sargans angewiesen wird, die in Frage stehende Konkursdividende gerichtlich zu hinterlegen.

16. Arrêt du 28 avril 1942 dans la cause Luginbühl.

*Poursuite en réalisation d'un gage mobilier visant un objet saisi dans la poursuite d'un créancier chirographaire.*

Le créancier saisissant conserve le droit de contester, par la procédure de tierce-opposition, le droit de gage ou de rétention exercé dans la poursuite propre du créancier gagiste (art. 106 à 109 LP).

Différences selon que la poursuite par voie de saisie concourt avec une poursuite en réalisation de gage ordinaire ou avec une poursuite pour loyers et fermages.

*Faustpfandbetreibung auf Verwertung einer Sache, die für einen andern Gläubiger gepfändet ist.*

Der pfändende Gläubiger bleibt befugt, in der Pfandbetreibung das Pfand- oder Retentionsrecht im Widerspruchsverfahren zu bestreiten (Art. 106-109 SchKG).

In welcher Hinsicht macht es einen Unterschied aus, ob die Betreibung auf Pfändung mit einer Betreibung auf Verwertung eines gewöhnlichen Faustpfandes oder mit einer Betreibung auf Verwertung von Retentionsgegenständen für Miet- und Pachtzins zusammentrifft ?

*Esecuzione in via di realizzazione di un pegno manuale consistente in una cosa pignorata nell'esecuzione di un creditore chirografario.*

Il creditore pignorante conserva il diritto di contestare mediante la procedura di rivendicazione il diritto di pegno o di ritenzione fatto valere nell'esecuzione in via di realizzazione di pegno (art. 106-109 LEF).

Differenze a secondo che l'esecuzione in via di pignoramento concorra con un'esecuzione in via di realizzazione di pegno ordinario o con un'esecuzione per pigioni ed affitti.

A. — Luginbühl a poursuivi Jaquet en paiement de 268 fr. 70. L'office des poursuites de Genève a saisi au préjudice du débiteur, le 30 juillet 1941, un buffet, et le 5 août, du salaire. Un nommé Held a participé aux deux saisies. Par la suite, les mêmes objets furent saisis au profit de nouvelles saisies.

Le 21 janvier 1942, le buffet saisi a été inventorié à la requête de la S. I. Grand Pré Orangerie L, bailleresse de l'appartement occupé par Jaquet, laquelle a intenté, le 3 février, poursuite pour le loyer échu de 410 fr. Les créanciers des séries postérieures ayant requis la réalisation, le buffet a été vendu aux enchères-publiques le 18 février. La vente a laissé un produit net de 156 fr. 40. Le 25 février, l'office a avisé Luginbühl du dépôt de l'état de collocation et de distribution concernant la vente du buffet ; selon cet avis, sa créance, colloquée en V<sup>e</sup> classe, restait à découvert pour son montant total.

B. — Luginbühl a porté plainte à l'Autorité de surveillance, demandant l'annulation de l'état de collocation et de distribution et l'ouverture de la procédure de tierce-opposition. Invoquant l'arrêt RO 54 III n° 3, il se plaignait que, pour contester le droit de rétention, il dût assumer le rôle de demandeur à l'action de collocation, tandis que

si l'on se conformait aux art. 106 et 107 LP, ce rôle appartiendrait au bailleur.

L'Autorité genevoise de surveillance a rejeté la plainte.

C. — Luginbühl défère cette décision au Tribunal fédéral.

*Considérant en droit :*

Lorsqu'un tiers prétend un droit de gage sur un objet saisi, il doit annoncer ce droit dans la poursuite en cours, conformément aux art. 106 à 109 LP. S'il s'agit du droit de rétention du bailleur, c'est aussi par la voie de la tierce-opposition que celui-ci doit procéder, mais l'action en revendication, où il aura le rôle de demandeur (art. 106/7 LP), ne doit être intentée qu'après la réalisation (RO 54 III 8). Ainsi l'occasion est-elle toujours donnée au créancier saisissant de contester, au plus tard avant l'établissement de l'état de collocation et de répartition, le droit de gage ou de rétention qui met en échec ses droits d'exécution. Or il ne saurait être privé de cette faculté dans le cas où, au lieu d'opposer son droit à la saisie — faute peut-être d'avoir été en mesure de le faire, — le créancier gagiste exerce une poursuite propre en réalisation de gage. C'est alors, le cas échéant, dans cette poursuite même que le créancier chirographaire devra pouvoir faire valoir ses droits dérivant de la saisie. Certes si le débiteur n'a pas réagi à la poursuite du créancier gagiste, celui-ci aura acquis contre lui un titre constatant l'existence de la créance et du droit de gage ou de rétention. Mais ce titre n'est pas opposable au créancier saisissant qui possède le droit propre de contester, voire contre le débiteur lui-même (art. 106 al. 1 et 107 al. 1 LP), le gage allégué. Il importe peu dès lors qu'en l'espèce le débiteur ait laissé prendre inventaire et aller la poursuite, et qu'ainsi, dans les rapports entre le créancier gagiste et lui, la question d'un droit préférable soit liquidée. Elle ne l'est pas entre le créancier gagiste et le créancier saisissant. Si les deux poursuites sont en force à l'égard du débiteur, il reste à savoir laquelle

des deux a le pas sur l'autre : la question dépend de l'existence du droit de fond revendiqué — ici du droit de rétention — et il appartient précisément à la procédure de tierce-opposition d'en décider. C'est ainsi qu'en matière d'immeubles l'art. 37 ORI, applicable à la poursuite en réalisation de gage immobilier (art. 102 ORI), prescrit positivement que les créanciers saisissants ont la faculté de contester les droits de gage inscrits à l'état des charges. Il n'en saurait être différemment dans la poursuite en réalisation de gage mobilier, si l'on ne veut pas rendre illusoire le droit de mainmise assuré par la saisie.

En l'espèce donc, l'office ne pouvait procéder à la collocation et à la répartition dans la poursuite intentée par Luginbühl sans avoir préalablement donné à ce dernier l'occasion de contester le droit de rétention exercé par le bailleur dans la poursuite pour loyers. Pour le surplus, puisque la procédure de revendication ne doit être introduite qu'après la réalisation (cf. ci-dessus), l'office n'a pas en ce cas, contrairement au principe de l'offre suffisante (art. 126/7 LP), à tenir compte du droit de rétention pour décider de l'adjudication (RO 65 III 7). Il en est autrement en cas de concours d'une poursuite par voie de saisie avec une poursuite en réalisation de gage ordinaire; dans ce cas, si la procédure de tierce-opposition n'est ouverte qu'après le dépôt de la réquisition de vente (art. 155 al. 1 LP), l'adjudication ne pourra, avant droit connu dans le procès, avoir lieu pour un montant inférieur à la créance garantie alléguée; il faudra ou bien différer la vente, ou bien, le cas échéant, y procéder à nouveau quand on connaîtra le sort de l'action: ce n'est qu'alors en effet qu'on saura si l'art. 127 al. 3 LP, statuant la caducité de la poursuite en cas d'offre insuffisante, sera applicable (cf. RO 67 III 46). D'autre part, en face d'un créancier gagiste ordinaire, le créancier saisissant devra généralement prendre l'initiative de l'action conformément à l'art. 109 LP (cp. art. 39 ORI).

*Par ces motifs, la Chambre des poursuites et des faillites* admet le recours, annule l'état de collocation et de distribution et invite l'office à ouvrir la procédure de tierce opposition.

17. Sentenza 29 aprile 1942 nella causa Beer.

*Art. 50 cp. 2 LEF*: Affinchè quest'articolo sia applicabile, non occorre che i contraenti abbiano pattuito espressamente un foro speciale di esecuzione in Svizzera, ma basta che, secondo le circostanze e le norme della buona fede, si debba ritenere ch'essi hanno voluto che, per tutto quanto concerne l'obbligazione assunta dal debitore, l'adempimento avvenga in Svizzera.

*Art. 50 Abs. 2 SchKG* ist nicht nur dann anwendbar, wenn die Parteien ausdrücklich für die Erfüllung der Verbindlichkeit ein Spezialdomizil in der Schweiz vereinbart haben. Es genügt ein aus den Umständen und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben sich ergebender Parteiwille, dass die Verpflichtung des Schuldners in der Schweiz zu erfüllen sei.

*L'art. 50 al. 2 LP* est applicable non seulement lorsque les parties sont convenues expressément d'un domicile spécial en Suisse pour l'exécution d'une obligation, mais aussi lorsque, suivant les circonstances et les règles de la bonne foi, il y a lieu d'admettre leur volonté que l'obligation du débiteur soit exécutée en Suisse.

*Ritenuto in fatto*:

A. — Con precetto esecutivo 74615 dell'Ufficio di Locarno Anita Margherita Beer chiedeva ad « Emden Hans Erich fu Dr. Max, residente a Rio de Janeiro (Brasile), rappresentato dalla sua mandataria generale Olga Ammann, Porto Ronco » il pagamento della somma di 4800 fchi. pari a sei quote mensili di 800 fchi. ciascuna dovute a titolo di pensione alimentare dal 1 settembre 1941 al 1 febbraio 1942 in virtù della transazione giudiziale conclusa il 3 settembre 1940 davanti al Pretore di Locarno.

Secondo la cifra 3 di questa transazione, « per gli alimenti futuri dal 1 dicembre p. v. in poi dovuti dal signor Erich Hans Emden alla moglie Margherita nata Beer fa ugualmente stato la suddetta sentenza del Tribunale distr. ungherese di Budapest, fissato però l'ammontare mensile