

objets saisis provisoirement à son profit, elle doit aussi se soumettre aux autres conséquences qui en résultent, mais qui ne lui agréent pas.

Par ces motifs,

la Chambre des Poursuites et des Faillites

prononce :

Le recours est écarté.

5. **Entscheid vom 3. Februar 1916 i. S. Bigard.**

Ueber das Erlöschen eines Vorzugsrechtes wegen ungerechtfertigter Nichtbeachtung der nach Art. 232 Ziff. 4 SchKG erlassenen Aufforderung hat der Richter zu entscheiden. — Art. 251 SchKG. Inwieweit ist die nachträgliche Anmeldung eines Pfand- oder Retentionsrechtes im Konkurse zulässig ?

A. — Leopold Bigard in Zürich, der Ehemann der Rekurrentin, trat der Thurgauischen Hypothekenbank seinerzeit zwei Hypothekartitel auf Albert Imhof in Uttwil ab. Dabei verbürgte er sich für die Abzahlung dieser Titel und übergab zugleich der Bank eine von ihr ausgestellte 4 $\frac{1}{4}$ % Inhaberobligation N° 33,352 im Betrage von 3000 Fr. als « Faustpfand ». Im Februar 1914 wurde über Bigard, der damals in Engwang wohnte, der Konkurs eröffnet. Die Rekursgegnerin Schweizerische Bodenkreditanstalt machte als Rechtsnachfolgerin der Thurgauischen Hypothekenbank im Konkurse die erwähnte Bürgschaft geltend; dagegen unterliess sie es, innert der Eingabefrist ein Pfandrecht an der Obligation N° 33,352 anzumelden und diese Obligation der Konkursverwaltung zur Verfügung zu stellen. Nachdem dann die Schuld Imhofs geregelt worden war, zog die Rekursgegnerin ihre Eingabe über die « Bürgschaftsregresswahrung » am 29. Mai 1914 zurück. Unterdessen, vom

16. bis zum 27. April 1914, war der Kollokationsplan aufgelegt worden, in dem eine Reihe anderer Forderungen der Rekursgegnerin anerkannt worden sind und zwar teils als pfandversicherte teils als solche 5. Klasse. Am 30. Mai 1914 ersuchte die Konkursverwaltung auf Veranlassung des Gemeinschuldners die Rekursgegnerin um Auskunft über die Verwendung der Obligation N° 33,352. Die Rekursgegnerin antwortete ihr darauf am 11. Juni 1914, dass sie « die Obligation in Ausübung des Retentionsrechtes, als Sicherheit für die weitem Verpflichtungen Bigards beanspruche. » Eine nachträgliche Kollokation dieses Anspruches fand nicht statt; die Rekursgegnerin wurde im Besitz der Obligation gelassen. Vom 18. bis zum 29. November 1915 legte die Konkursverwaltung die Verteilungsliste auf. Daraus ergibt sich, dass die Obligation einfach der Rekursgegnerin in Anrechnung auf ihre nicht sonst gedeckten Konkursforderungen überlassen worden ist. Nach der Verteilungsliste erleidet die Rekurrentin auf dem in 4. Klasse kollozierten Teil ihrer Frauengutsforderung einen Verlust von 14,145 Fr. 41 Cts. und fällt auf die ungedeckten Forderungen 5. Klasse überhaupt nichts.

B. — Am 27. November 1915 erhob die Rekurrentin Beschwerde, indem sie beantragte, die Konkursverwaltung sei anzuhalten, von der Rekursgegnerin die Obligation N° 33,352 samt Coupons vom 30. November 1914 ff. einzuziehen, und die Verteilungsliste sei in dem Sinne abzuändern, dass der Gegenwert der genannten Obligation von 3000 Fr. nebst Zins zu 4 $\frac{1}{4}$ % seit 30. November 1914 der Rekursgegnerin entzogen und « der Beschwerdeführerin an ihre in 4. Klasse kollozierte Forderung... angewiesen werde. »

Zur Begründung führte sie aus: Da die in Frage stehende Obligation im Kollokationsplan nirgends aufgeführt und dieser rechtskräftig geworden sei, so müsse die Obligation als « unbeschwertes Massagut » angesehen werden und komme daher ihr, der Rekurrentin, zu. Zu

diesem Ergebnis gelange man auch von der Erwägung aus, dass die Rekursgegnerin entgegen der Vorschrift des Art. 232 Ziff. 4 SchKG den Besitz des Titels nicht kundgetan habe und daher schon aus diesem Grunde ein allfälliges Pfand- oder Retentionsrecht verwirkt sei. Zudem habe das beanspruchte Retentionsrecht nie bestanden.

Die Aufsichtsbehörde des Kantons Thurgau hiess durch Entscheid vom 20. Dezember 1915 die Beschwerde teilweise gut und forderte die Konkursverwaltung auf, « den durch den Entscheid über die Kollokation des neuen Anspruchs ergänzten Kollokationsplan vor der Verteilung neu aufzulegen. »

Der Entscheid ist wie folgt begründet: « Es handelt » sich um nichts anderes, als um die nachträgliche Gel- » tendmachung eines Retentionsrechts an einem der » Konkursmasse bisher entzogenen Werttitel, also um » eine verspätete Konkurseingabe im Sinne des Art. 251 » SchKG. Wenn auch die Forderungen, wofür jetzt » nachträglich das Retentionsrecht beansprucht wird, » rechtzeitig, also vor der Geltendmachung desselben » angemeldet worden sind, so kann über die Natur des » verspäteten Anspruches doch keine Kontroverse ent- » stehen, weil eben auch das Retentions o b j e k t, die » Inhaberoobligation N° 33,352 der Thurgauischen Hypo- » thekenbank, erst nachträglich der Konkursmasse zur » Verfügung gestellt wurde. In diesem Falle erachten » aber sowohl Praxis als Doktrin eine nachträgliche » Konkurseingabe für zulässig (vergl. BE 34 I 89 S. 584* » und JAEGER, Kommentar zu Art. 251 SchKG N. 1 » S. 240 und Art. 219 N. 2 S. 132). Es ist nun klar, » dass ein nachträglich aufgefundenes Massagut nicht » ohne weiteres zwischen Kollokation und Verteilung » einem Konkursgläubiger zugewiesen werden kann. Mit » der Anerkennung des nachträglichen Anspruchs durch » die Konkursverwaltung ist es eben nicht getan, sondern

» es muss, wie bei den rechtzeitigen Eingaben, den Mit- » gläubigern Gelegenheit geboten werden, die Zulassung » des nachträglichen Anspruches anzufechten. Eine an- » dere Regelung würde ja geradezu eine Privilegierung » der verspäteten Konkurseingabe bedeuten. Wenn also » die Konkursverwaltung das streitige Retentionsrecht » anerkennen wollte, so hätte, wie es übrigens Art. 251 » Abs. 4 und 5 *leg. cit.* ausdrücklich vorschreibt, eine » Neuauflage des Kollokationsplanes unter Berücksich- » tigung des neuen Vermögenswertes erfolgen sollen » (vergl. JAEGER, Kommentar zu Art. 251 N. 7 und 8 » S. 242, ferner: BLUMENSTEIN, Handbuch § 55 II » S. 778 I).

» Es fragt sich nun aber noch, ob die Konkursverwal- » tung nicht vielmehr den verspäteten Anspruch in » Hinsicht auf Art. 232 Ziff. 4 *in fine* hätte direkt ab- » weisen sollen oder ob das, wie die Beschwerdeführerin » verlangt, die Aufsichtsbehörde heute tun soll. Diese » Frage, die auf das materiell-rechtliche Verhältnis eine » Reflexwirkung ausübt, und die weitere, von der Rekur- » rentin ebenfalls aufgeworfene rein materiell-rechtliche » Frage, ob die Voraussetzungen des Retentionsrechtes » gegeben seien, können nicht im summarischen Beschwer- » deverfahren erledigt werden. Darüber ist im ordent- » lichen Prozesse zu entscheiden (vergl. JAEGER, Kom- » mentar zu Art. 232 N. 20 S. 182, BLUMENSTEIN a. a. » O. § 53 III S. 757!). Die Konkursverwaltung hat also » in erster Linie den verspätet geltend gemachten Reten- » tionsanspruch auf seine materiell- (Art. 895 ZGB) und » betreibungsrechtliche Berechtigung (Art. 232 Ziff. 4 » SchKG) zu prüfen und je nachdem entweder den Kollo- » kationsplan zu ergänzen unter Bekanntgabe an die » Konkursgläubiger oder den Anspruch unter Mitteilung » an die Ansprecherin abzuweisen, wogegen diese dann » klageweise die Kollokation verlangen kann. In diesem » Sinne ist also die Beschwerde zu schützen. Wenn ihre » Begehren auch nicht ausdrücklich hierauf gerichtet sind,

» sondern weitergehend die endgültige Beurteilung des
 » Retentionsrechts verlangten, so wird darin doch immer-
 » hin das ganze Verfahren der Konkursverwaltung gerügt
 » und selbstverständlich kann die Aufsichtsbehörde von
 » Amtes wegen die Korrektur vornehmen. »

C. — Diesen ihr am 11. Januar 1916 zugestellten Ent-
 scheid hat die Rekurrentin rechtzeitig am 21. Januar
 1916 unter Erneuerung ihrer Begehren an das Bundes-
 gericht weitergezogen.

Sie führt noch aus : Über den ersten Beschwerde-
 antrag habe die kantonale Aufsichtsbehörde nicht geur-
 teilt. Es sei nicht einzusehen, weshalb die streitige Oblig-
 ation bei der Rekursgegnerin liegen sollte. Auch das
 zweite Begehren sei begründet. Damit werde die Aufhebung
 der Verteilungsliste verlangt, wozu die Aufsichtsbehörden
 zweifellos zuständig seien. Diese hätten auch darüber zu
 entscheiden, ob im Schreiben der Rekursgegnerin vom
 11. Juni 1914 eine verspätete Konkurseingabe liege und
 daher der Kollokationsplan hierüber neu aufzulegen sei.
 Dabei müsse untersucht werden, ob der Retentionsan-
 spruch nicht deshalb unberücksichtigt gelassen werden
 müsse, weil die Obligation dem Konkursamt nicht innert
 der Eingabefrist zur Verfügung gestellt worden sei. In
 dieser Beziehung handle es sich um eine Frage des Kon-
 kursverfahrens. Die Rekursgegnerin habe den Besitz der
 Obligation offenbar wissentlich verschwiegen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
 in Erwägung :

1. — (Gutheissung des ersten Beschwerdebegehrens.)
2. — Was sodann die Frage betrifft, ob über das bean-
 spruchte Retentionsrecht, wie die Vorinstanz annimmt,
 noch ein Kollokationsverfahren durchzuführen sei oder
 ob die Aufsichtsbehörden, wie die Rekurrentin behauptet,
 schon jetzt ohne weiteres über die Zuweisung der Obliga-
 tion oder ihres Verwertungserlöses endgültig entscheiden
 können, so ist vorab in Übereinstimmung mit der Vor-

instanz zu bemerken, dass die Aufsichtsbehörden nicht
 zuständig wären zur Beantwortung der Frage, ob ein
 Retentionsrecht der Rekursgegnerin deswegen erloschen
 sei, weil sie der nach Art. 232 Ziff. 4 SchKG erlassenen
 Aufforderung nicht rechtzeitig Folge geleistet habe. Im
 Gesetze ist die Behörde, die darüber zu entscheiden hat,
 ob gemäss Art. 232 Ziff. 4 ein Vorzugsrecht erloschen sei,
 nicht ausdrücklich bezeichnet. Sie ist daher in analoger
 Anwendung des allgemeinen Grundsatzes zu bezeichnen,
 dass der Entscheid über die Verwirkung materieller
 Rechte in der Regel Sache des Richters ist. Demnach ist
 die Frage der Verwirkung eines Vorzugsrechtes nach
 Art. 232 Ziff. 4 SchKG im Kollokationsverfahren zu
 lösen, indem zunächst die Konkursverwaltung darüber
 eine Verfügung trifft, die nach Art. 250 SchKG beim
 Richter mit der Kollokationsklage angefochten werden
 kann (vergl. in diesem Sinne JAEGER, Kommentar, Art. 232
 N. 20 und REICHEL, Kommentar, Art. 232 N. 6).

Dagegen sind die Aufsichtsbehörden zuständig zur
 Entscheidung der Frage, ob nicht die Rechtskraft des
 Kollokationsplanes der Berücksichtigung der nachträg-
 lichen Anmeldung des Retentionsrechtes der Rekurs-
 gegnerin entgegenstehe. Es ist selbstverständlich, dass
 verspätete Konkurseingaben nach Art. 251 SchKG nur
 soweit zulässig sein können, als deren materielle Prüfung
 nicht im Widerspruch steht mit dem Grundsatz der
 Rechtskraft des Kollokationsplanes (AS Sep.-Ausg. 13
 N° 45*, JAEGER, Kommentar, Art. 251 N. 1). Die Zulassung
 verspäteter Konkurseingaben darf also nicht dazu führen,
 eine im Kollokationsplan rechtskräftig getroffene Ent-
 scheidung wieder in Frage zu stellen. Die verspätete
 Anmeldung eines Retentionsrechtes seitens der Rekurs-
 gegnerin kann daher nur dann noch entgegengenommen
 werden, wenn im Kollokationsplan, der unbestrittener-
 massen rechtskräftig geworden ist, sich keine Entschei-
 dung darüber findet, ob der Rekursgegnerin für ihre

* Ges.-Ausg. 36 I N° 85.

Forderungen ein Retentionsrecht an der Obligation N° 33,352 auf die Thurgauische Hypothekenbank zustehe. Eine ausdrückliche Entscheidung hierüber enthält nun der Kollokationsplan allerdings nicht. Es kann sich daher lediglich fragen, ob in der positiven Behandlung der übrigen Ansprüche stillschweigend der Ausschluss eines solchen nachträglichen Anspruches ausgesprochen sei. Darüber ist zu sagen: Jede Kollokation einer Forderung umfasst notwendig nicht bloss die Feststellung ihres Bestandes und ihrer Höhe, sondern auch die Bestimmung des Ranges, in welchem sie im Verhältnis zu den andern am Verwertungserlös teilnimmt, und die Festsetzung dieses Ranges bedeutet daher in der Regel zugleich den Ausschluss jeder andern bessern Rangstellung. Daher hat der seine Forderung zur Kollokation anmeldende Gläubiger zugleich auch den von ihm verlangten Rang anzugeben und kann nach Abschluss des Kollokationsverfahrens mit der nachträglichen Behauptung eines andern als des kollozierten Ranges nur noch im Kollokationsprozess vor dem Richter auftreten. Ist die Frist hiefür abgelaufen, so muss, wenn nicht die peremptorische Klagefrist des Art. 250 illusorisch sein soll, eine neue Eröffnung des Verfahrens durch eine nachträgliche Anmeldung eines andern Ranges notwendig ausgeschlossen sein. Eine Ausnahme kann offenbar nur für solche Fälle gemacht werden, wo die Anmeldung des Rangverhältnisses früher tatsächlich nicht möglich war. Wie nach Art. 232 Ziff. 4 auch das Vorrecht nur dann erlischt, wenn die Unterlassung der Zurverfügungstellung der Massegegenstände, an denen ein Vorzugsrecht behauptet wird, « ungerechtfertigt » war, so kann auch wegen der Unterlassung der Anmeldung des Vorzugsrechtes dieses im Konkurs nur dann verwirkt werden, wenn es sich um eine « ungerechtfertigte » Unterlassung handelte. Um einen solchen Ausnahmefall, wo die Unterlassung der Anmeldung gerechtfertigt wäre, handelt es sich indessen hier nicht. Die Rekursgegnerin hat es ausschliesslich ihrer

eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben, wenn sie das Retentionsrecht an der Obligation N° 33,352 auf die Thurgauische Hypothekenbank nicht zugleich mit ihren Forderungen und übrigen Pfand- oder Retentionsrechten anmeldete, da sie dazu sehr wohl im Stande gewesen wäre. Infolgedessen kann der nachträglich angemeldete Retentionsanspruch entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht mehr berücksichtigt werden. Die von ihr der Konkursverwaltung gegebene Anweisung ist somit aufzuheben und die Konkursverwaltung anzuweisen, die in Frage stehende Obligation zu verwerten und den Erlös auf Grund des bestehenden rechtskräftigen Kollokationsplanes zu verteilen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
e r k a n n t:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

6. Sentenza 8 febbraio in causa Spinedi.

L'istituto della purgazione delle ipoteche di cui all'art. 828 CCS, che certi cantoni, hanno adottato è essenzialmente di diritto cantonale: sull'applicazione dei disposti che lo concernono contenuti nelle leggi cantonali di attuazione del CCS non può statuire il Tribunale federale come Autorità di vigilanza in materia di esecuzioni e fallimenti.

A. — Il 3 luglio 1913 Mario Chiesa in Chiasso domandava all'Ufficio delle esecuzioni di Mendrisio di istituire la procedura di purgazione delle ipoteche, conformemente agli art. 828 e 829 CCS e 176 e seg. legge cantonale di attuazione del CCS, sopra una casa in Stabio da lui comperata il 19 marzo 1913 da Alesandro Montalbetti per il prezzo di 11,000 fr. e gravata da tre ipoteche per l'ammontare complessivo di 18,500 fr., tra le quali una di 7000 fr. in favore di Candida Spinedi da Rancate iscritta