

dem Amte obläge, handeln, sondern liegt ein gewöhnliches, außerhalb des Betreibungsverfahrens begründetes Forderungsverhältnis zwischen dem Rekurrenten und dem Schuldner vor. Soweit diese Forderung durch ein Retentionsrecht am fraglichen Erlöse gesichert ist, ständen somit die obigen Anbringen des Rekurrenten der Anwendbarkeit des Verfahrens der Art. 106/7 SchKG nicht entgegen.

3. Dagegen kann dieses Verfahren aus einem andern Grunde nicht Platz greifen, den zwar der Rekurrent nicht ausdrücklich namhaft gemacht hat, der aber von Amtes wegen berücksichtigt werden muß, da die Bestimmungen darüber, welches Verfahren einzuschlagen sei, zwingender Natur sind. Es steht hier nämlich fest, daß der betreibende Gläubiger aus dem Gesamterlös der Pfandverwertung voll bezahlt werden konnte und bereits bezahlt ist, und daß sich noch ein Überschuß ergeben hat, der die vom Rekurrenten geltend gemachte Forderung erheblich übersteigt. Somit ist das eigentliche Betreibungsverfahren, das die zwangsweise Befriedigung der Forderung des betreibenden Gläubigers aus dem schuldnereischen Vermögen bezweckt, abgeschlossen, und handelt es sich, wenn unter den gegebenen Umständen darüber gestritten wird, ob und wieweit der Rekurrent einen Anspruch auf den genannten Überschuß habe oder nicht, um eine Streitfrage, die mit der Betreibung als solcher nichts mehr zu tun hat und daher nicht mehr innerhalb ihr zu erledigen ist. Demnach kann hier nicht nach den Art. 106/7 SchKG vorgegangen werden, da sonst das Amt die Betreibung nicht als durchgeführt abschreiben könnte, sondern bis zur Beendigung dieses Verfahrens abwarten mußte, um dann erst den genannten Mehrerlös nach Art. 144 gemäß dem Ausgang des Streites zu verteilen. Vielmehr hat das Amt die Summe, soweit sie zur allfälligen Deckung der behaupteten Retentionsforderung nötig ist, im Sinne von Art. 188 OR gerichtlich zu hinterlegen, worauf es dann dem Rekurrenten und dem frühern Schuldner Wanner freisteht, in der einem jeden von ihnen gutschheinenden Weise vorzugehen, um ihre sich widersprechenden Ansprüche darauf zur Geltung zu bringen (vergl. auch Sep.-Ausg. 6 Nr. 81 S. 340\*). Die für die Deckung der Retentionsforderung nicht erforderliche Quote dagegen kann dem

\* Ges.-Ausg. 29 I Nr. 130 S. 616.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

frühern Schuldner sofort ausbezahlt und damit und mit jener Hinterlegung die Betreibung als geschlossen erklärt werden.

Nach all dem ist der Rekurs in dem Sinne gutzuheißen, daß das die Eröffnung des Verfahrens der Art. 106/7 SchKG anordnende Dispositiv des angefochtenen Entscheides aufgehoben und das Betreibungsamt angewiesen wird, in der soeben erwähnten Weise vorzugehen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Motive begründet erklärt und damit das die Eröffnung des Verfahrens der Art. 106/7 SchKG anordnende Dispositiv des angefochtenen Entscheides aufgehoben.

#### 40. *Entscheid vom 17. März 1909 in Sachen Bütschi.*

*Art. 90 SchKG: Anfechtbarkeit einer Pfändung, welche dem Schuldner nicht oder nicht richtig mitgeteilt wurde, wenn er infolgedessen ihr nicht beiwohnen konnte.*

A. Am 9. September 1908 stellte der Rekurrent Bütschi in der gegen Franz Robert Spittler in Twann gerichteten Betreibung Nr. 6380 das Fortsetzungsbegehren, worauf am folgenden Tage das Betreibungsamt Nidau dem Schuldner die Pfändung auf den 12. September nachmittags 2 Uhr ankündigte. In diesem Zeitpunkte war die Schwester des Schuldners, Luise Spittler, in dessen Wohnung anwesend, um ihn beim Pfändungsvollzuge zu vertreten, und wartete bis gegen 4 Uhr vergeblich auf den Pfändungsbeamten (Weibel), worauf sie sich entfernte. Der Beamte erschien nachher, fand die Wohnung geschlossen und niemanden anwesend. Er pfändete dann verschiedene — bereits in ein Grundpfandverwertungsverfahren der Ersparnis-Kasse Nidau einbezogene — Nebliensschaften des Schuldners. In der Pfändungsurkunde wurde unrichtigerweise erklärt: die Pfändung sei auf den 12. September 1908 nachmittags 3 Uhr angekündigt und die Schwester des Schuldners, Luise Spittler, anwesend gewesen und diese habe

dem Weibel erklärt, der Schuldner habe ihr sein sämtliches bewegliches Vermögen verkauft und sie habe den Kaufpreis bar bezahlt.

Am 28. September stellte auch die Kantonalbank Bern ein Fortsetzungsbegehren, worauf das Amt in dieser Betreibung dem Schuldner die Pfändung auf den gleichen Tag, nachmittags 1 Uhr, ankündigte. Der Pfändungsbeamte scheint an diesem Tage zwar zur Wohnung des Schuldners sich begeben zu haben. Doch behauptet das Amt nicht, daß damals eine Pfändung stattgefunden habe. In der Pfändungsurkunde wird unrichtigerweise erklärt, die Pfändung sei auf den 30. September nachmittags angekündigt worden und es habe sich beim zweiten Erscheinen des Weibels — 30. September nachmittags — kein weiteres pfändbares Vermögen vorgefunden. Am 30. September ist laut vorinstanzlicher Feststellung der Weibel überhaupt nicht am Wohnorte des Schuldners erschienen.

B. Nachdem der betriebene Schuldner die Pfändungsurkunde am 22. Oktober erhalten hatte, führte er Beschwerde mit dem Begehren, die angeblichen Pfändungen vom 12. und 30. September aufzuheben.

C. Am 2. Februar 1909 sprach die kantonale Aufsichtsbehörde dieses Beschwerdebegehren zu, wobei sie in ihrem Entscheide gleichzeitig eine andere, hier nicht weiter in Betracht kommende Beschwerde des Schuldners behandelte, die sich gegen die durch die betreibende Grundpfandgläubigerin (Ersparniskasse Nidau) veranlaßte amtliche Verwaltung der fraglichen Liegenschaften richtete (vergl. den heutigen Entscheid des Bundesgerichts i. S. der Ersparniskasse Nidau).

D. Den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde hat nunmehr der Gläubiger Bütschi an das Bundesgericht gezogen, mit dem Antrage, ihn als ungeseklich aufzuheben.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht  
in Erwägung:

1. Die Rechtzeitigkeit des Rekurses ist nicht ausgewiesen, da sich das Datum der Mitteilung des angefochtenen Entscheides nicht aus den Akten entnehmen läßt. Eine Aktenergänzung hierüber kann jedoch unterbleiben, da der Rekurs zweifellos unbegründet ist.

2. Zum Begehren auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides fehlt dem Rekurrenten zunächst soweit die Legitimation, als dieser Entscheid die Beschwerden des betriebenen Schuldners gegen die amtliche Verwaltung der Liegenschaften und gegen die angebliche Pfändung vom 30. September 1908 beurteilt. Bei diesen Beschwerden sind andere Gläubiger (die Ersparniskasse Nidau und die Kantonalbank Bern) Gegenparteien. Diese Gläubiger und nicht der Rekurrent haben die betreffenden betreibungsamtlichen Maßnahmen veranlaßt und nur sie können sich deshalb im Beschwerdeverfahren für ihre Aufrechterhaltung wehren. In der Rekursbegründung will denn offenbar auch nur die Pfändung vom 12. September 1908 angefochten werden.

3. Hinsichtlich dieser steht zunächst fest, daß der Schuldner zwar eine Pfändungsankündigung erhalten hat, daß der Pfändungsbeamte aber nicht in dem darin angegebenen Zeitpunkte (12. September 1908, nachmittags 2 Uhr) in der Wohnung des Schuldners zum Pfändungsvollzuge erschienen ist, sondern erst zwei Stunden später. Da ferner die Schwester des Betriebenen zu der angekündigten Zeit in der Wohnung anwesend war, um als dessen Vertreterin beim Pfändungsvollzuge teilzunehmen, und sie sich nach längerem Warten mit Zug wieder entfernen durfte, in der Annahme, die Pfändung finde nicht statt, und zudem der Betriebene gegenüber dem Amte die Beobachtung des ihm mitgeteilten Termins der Pfändung verlangen kann, so liegt die Sache so, wie wenn dem Rekursgegner die Pfändung überhaupt nicht angekündigt worden wäre. Im einen und andern Fall wird es dem Schuldner verunmöglicht, seine Interessen beim Pfändungsvollzuge zu wahren.

Nun muß aber die Pfändungsankündigung des Art. 90 SchRG als eine notwendige gesetzliche Voraussetzung für die Vornahme einer gültigen Pfändung betrachtet werden und zwar so, daß im besondern auch der Schuldner einen Anspruch auf Beobachtung der genannten Gesetzesbestimmung hat. Seine Anwesenheit bei der Pfändung und die Auskunftserteilung bei dieser ist für ihn nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht, dessen Ausübung für ihn von wesentlicher Bedeutung sein kann, namentlich sofern er, unter Vorbehalt der gesetzlichen Vorschriften (Art. 95 usw.) und

der zu berücksichtigenden Interessen des Gläubigers, auf Pfändung der Gegenstände zu dringen vermag, deren Beschlagnahme ihn am wenigsten hemmt. Demgegenüber kann sich das Betreibungsamt auch nicht etwa, wie hier geschehen, darauf berufen, es wisse von früheren Pfändungen her, daß der Schuldner nichts als Liegenschaften in Pfändung zu geben habe. Solche frühere Feststellungen der Vermögensverhältnisse des Schuldners entbinden das Amt nicht von der Verpflichtung, bei einer spätern Betreibung neuerdings nachzusehen, ob auch jetzt keine pfändbare Fahrhabe vorhanden sei. Inzwischen kann der Schuldner andere Vermögensgegenstände oder Forderungen und Rechte gegenüber Dritten erworben haben; er kann ferner nunmehr willens sein, an sich unpfändbare Sachen pfänden zu lassen usw. Nach all dem muß also eine Pfändung, die dem Schuldner nicht oder in der erwähnten Weise unrichtig mitgeteilt wurde, auf sein Begehren, weil unter Verletzung seiner gesetzlich anerkannten Interessen vorgenommen, wieder aufgehoben werden (vergl. Archiv 2 Nr. 49 Erw. 1; 4 Nr. 37 Erw. 1 und Nr. 129 Erw. 4; US 23 II S. 1937 Erw. 2; Sep.-Ausg. 2 Nr. 66\* — wo der vorliegende Grundsatz einschränkender formuliert wurde —; 7 Nr. 79 Erw. 2\*\*). Hiernach hat die Vorinstanz mit Recht die Pfändung vom 12. September 1908 als ungültig erklärt. Auf die Erklärungen in der Pfändungsurkunde, die für die Rechtsbeständigkeit der Pfändung sprechen würden (s. oben unter A der Fakta), braucht nicht eingetreten zu werden, nachdem sie sich, laut den vorinstanzlichen Feststellungen hierüber, als der Wirklichkeit nicht entsprechend erwiesen haben.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

\* Ges.-Ausg. 25 I Nr. 115. — \*\* Id. 30 I Nr. 136 S. 801/802.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

#### 41. *Entscheid vom 17. März 1909 in Sachen Zwicky-John.*

*Konkursverfahren. Recht des Schuldners, nach Schluss des Konkursverfahrens seine Geschäftsbücher und Korrespondenzen zurückzuverlangen.*

A. Nachdem der über den Rekurrenten beim Konkursamt eingeleitete Konkurs durchgeführte Konkurs abgeschlossen war, verlangte der Rekurrent vom Amt die seinerzeit behändigten Bücher und Korrespondenzen, unter welcher letztern sich auch private befanden, zurück, was das Amt ablehnte. Der Rekurrent beschwerte sich hiergegen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, wurde aber mit Entscheid vom 16. Februar 1909 aus folgenden Gründen abgewiesen: Die angefochtene Zurückbehaltung der Geschäftsbücher — nach der Vernehmlassung des Amtes an die Vorinstanz handelt es sich um das Journal, das Hauptbuch, das Kassabuch und die Kopierbücher — widerspreche keiner Bestimmung des SchKG, entspreche aber der bestehenden konstanten Praxis. Die Bücher gehörten zu den Konkursakten, und wie diese könne sie der Gemeinschuldner jederzeit einsehen. Daß Privatkorrespondenzen beschlagnahmt worden seien und nun zurückbehalten würden, habe das Konkursamt in Abrede gestellt.

B. Diesen Entscheid hat nunmehr der Rekurrent rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen und neuerdings verlangt, das Amt habe ihm seine Bücher und seine Korrespondenzen, welche letztere ebenfalls sämtliche in dessen Händen seien, herauszugeben.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht  
in Erwägung:

Die Geschäftsbücher und Geschäftsbriefe des Gemeinschuldners haben für das Konkursverfahren, wenn nicht ausschließlich, so doch jedenfalls in erster Linie, urkundlichen Wert, und nicht Wert als Vermögensaktiva, d. h. als Makulatur, aus der ein Erlös zu erzielen wäre. Wenn sie daher das Konkursamt laut Art. 223 Abs. 2 SchKG in Verwahrung zu nehmen hat, so geschieht das nicht um ihre Verwertung als Massegegenstände, sondern um ihren Gebrauch als wichtiges Hilfsmittel für die erforderlichen Feststellungen über die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu sichern.