

**Obergericht
des Kantons Bern**

Aufsichtsbehörde in Betrei-
bungs- und Konkursachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Autorité de surveillance
en matière de poursuite
et de faillite

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 04
Fax +41 31 634 50 53
aufsichtsbehoerdeschkg.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ABS 21 146

Bern, 27. August 2021

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichterin Falkner und Ober-
richterin Grütter
Gerichtsschreiberin Aebersold

Verfahrensbeteiligte

A._____GmbH
vertreten durch Rechtsanwalt B._____
Beschwerdeführerin

gegen

Betreibungsamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmen-
tal, Dunantstrasse 7C, 3400 Burgdorf

Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)



Regeste:

Parteirollenverteilung bei der Widerspruchsklage (Art. 107 Abs. 5/Art. 108 Abs. 2 SchKG)

Wurden die gemäss Art. 283 Abs. 1 SchKG zu retinierenden Gegenstände zuvor nach Art. 284 SchKG zurück in die vermieteten Geschäftsräumlichkeiten verbracht, so ist auch dann für die Bestimmung der Parteirollenverteilung im Hinblick auf ein allfälliges Widerspruchsverfahren der Gewahrsam zum Zeitpunkt der Aufzeichnung des Retentionsverzeichnisses entscheidend (E. 4.5).

Erwägungen:

1.

1.1 Die A._____GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) vermietete der E._____GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) verschiedene Räumlichkeiten an der H._____strasse in I._____bei G._____. Die Beschwerdeführerin ersuchte das Betreibungsamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental (nachfolgend: Betreibungsamt), am 26. Februar 2019 um Aufnahme einer Retentionsurkunde betreffend die Schuldnerin. Das Betreibungsamt hat die Retention noch am gleichen Tag vollzogen.

1.2 Mit Begehren, das am 1. März 2019 beim Betreibungsamt eingelangte, beantragte die Beschwerdeführerin die Rückschaffung von Gegenständen nach Art. 284 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1]. Unter anderem wurde die Rückschaffung einer Indoor-Hanfanlage verlangt, welche sich nicht mehr in den Räumlichkeiten der Schuldnerin befand. Diese Anlage konnte versandfertig in Containern bei der F._____AG in G._____aufgefunden werden. Das Betreibungsamt veranlasste die Versiegelung der Container am 1. März 2019, deren Rückschaffung am 9. Mai 2019 und deren Inventarisierung am 10. Mai 2019 (vgl. Vernehmlassungsbeilage [VB] 1 und 2). Die Beschwerdeführerin stellte in der Folge das Betreibungsbegehren.

1.3 Mit Entscheid des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 14. August 2019 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (vgl. Beschwerdebeilage [BB] 4). Das Konkursverfahren gegen die Schuldnerin wurde am 12. Februar 2020 mangels Aktiven eingestellt. Nachdem die Beschwerdeführerin die Fortsetzung der Betreibung verlangte, teilte das Betreibungsamt der Beschwerdeführerin am 19. Januar 2021 mit, dass das Verfahren Nr. _____gegen die Schuldnerin wiederaufgenommen wird (BB 6).

1.4 Am 28. April 2021 setzte das Betreibungsamt der Beschwerdeführerin Frist zur Klage gemäss Art. 108 SchKG (BB 1).

2.

2.1 Mit Eingabe vom 6. Mai 2021 (Postaufgabe gleichentags) gelangte die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, an die Aufsichtsbehörde und beantragte, die Verfügung des Betreibungsamtes vom 28. April 2021 sei aufzuheben.

ben und das Betreibungsamt sei anzuweisen, der Drittansprecherin Frist zur Klage nach Art. 107 Abs. 5 SchKG anzusetzen. Zusätzlich beantragte sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Sie machte geltend, dass die Parteirollenverteilung im Widerspruchsprozess bei beweglichen Sachen nach dem Gewahrsam zu bestimmen sei. Es sei auf den Gewahrsam im Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses abzustellen. Dieses sei aufgenommen worden, als die Gegenstände in die von der Schuldnerin gemieteten Geschäftsräumlichkeiten zurückgeschafft worden seien. Der alleinige Gewahrsam der Schuldnerin sei damit wiederhergestellt gewesen. Durch die unrechtmässige Fortschaffung könne die Beschwerdeführerin nicht in die Klägerrolle gedrängt werden. Zudem sei die D. _____ GmbH offensichtlich bösgläubig. Selbst wenn hinsichtlich des Gewahrsams auf den Zeitpunkt der Sicherstellung abgestellt würde, könne nicht von Gewahrsam oder Mitgewahrsam der Drittansprecherin gesprochen werden. Die gesicherten Container seien auf dem Firmengelände der F. _____ AG aufgefunden worden. Diese seien mit Vorhängeschlössern abgeschlossen worden. Der Gewahrsam über die Gegenstände habe damit bei einem Vierten gelegen. Es sei unklar, für wen dieser den Gewahrsam ausgeübt habe. Die Schuldnerin und die D. _____ GmbH seien auf dubiose Weise miteinander verhandelt. Die angebliche Zahlung zur Tilgung des Kaufpreises betreffe die Rückzahlung eines Darlehens und nicht die Bezahlung des Kaufpreises. Es sei bestritten, dass die D. _____ GmbH im Besitz der Schlüssel für die Container gewesen sei. Ihr Gewahrsam sei nicht erstellt. Wenn die Verhältnisse im massgebenden Zeitpunkt nicht ermittelt werden könnten, sei das letzte vorher bestimmt festgestellte Gewahrsamsverhältnis entscheidend. Es sei vom alleinigen Gewahrsam der Schuldnerin auszugehen.

2.2 Mit Verfügung vom 7. Mai 2021 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung gutgeheissen.

2.3 Das Betreibungsamt beantragte in seiner Vernehmlassung vom 19. Mai 2021 die Abweisung der Beschwerde.

Es führt aus, dass die Verhältnisse im vorliegenden Fall schwer zu ermitteln seien. Aus den Akten gehe aber hervor, dass zum Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses die Beschwerdeführerin den Gewahrsam an den retinierten Gegenständen nicht mehr habe ausüben können. Folgerichtig habe die Retentionsgläubigerin nach der Rückschaffung am 9. Mai 2019 und der Inventarisierung am 10. Mai 2019 wieder über den Gewahrsam an den retinierten Gegenständen verfügt. Das Betreibungsamt vertrete die Auffassung, dass die Rückschaffung das Ziel verfolge, die Gegenstände zu erhalten, um das Retentionsrecht ausüben zu können. Es sei damit auf den Gewahrsam zum Zeitpunkt des Vollzuges vom 26. Februar 2019 und nicht auf den 10. Mai 2019 abzustellen.

2.4 Die D. _____ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt C. _____, beantragte in ihrer Stellungnahme vom 25. Mai 2021 die Abweisung der Beschwerde.

Sie macht geltend, dass die Gegenstände nicht heimlich fortgeschafft worden seien, sondern sie diese formell von der Schuldnerin abgekauft habe. Die Gegenstände seien zur Spedition in Containern verstaut worden. Das Eigentum und der Be-

sitz seien mit dem Verpacken in den Speditionscontainer und der Übergabe der Schlüssel der Containerschlösser an ihren Geschäftsführer auf sie selbst übergegangen. Die F._____AG habe den Gewahrsam an den Gegenständen im Rahmen eines Speditionsauftrags für sie ausgeübt. Die Beschwerdeführerin werfe Fragen zum Zahlungsverkehr bei der Abwicklung des Kaufpreises auf, bestreite aber nicht, dass der Kaufpreis tatsächlich bezahlt worden sei. Es bestünden keine ernsthaften Zweifel an ihrem Erwerb der Streitgegenstände sowie am Übergang des Gewahrsams und des Eigentums bzw. Besitzes.

- 2.5 Mit Verfügung vom 29. Juli 2021 wurde festgestellt, dass die Schuldnerin keine Stellungnahme eingereicht hat.
- 2.6 Mit Eingabe vom 6. August 2021 reichte die Beschwerdeführerin eine unaufgeforderte Replik ein.

Bezugnehmend auf die Vernehmlassung bringt sie vor, dass der Gewahrsam nach dem Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses bestimmt werde. Es sei dabei die Aufzeichnung der zu retinierenden Gegenstände in das Verzeichnis zu verstehen. Dies sei erst am 10. Mai 2019 erfolgt. Im Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses hätten sich die Gegenstände somit zweifellos im Gewahrsam der Schuldnerin befunden. Das Betreibungsamt hätte feststellen müssen, dass die tatsächlichen Gewahrsamsverhältnisse nicht ermittelt werden konnten. Somit wäre der letzte vorher bestimmt festgestellte Gewahrsam entscheidend gewesen. Die Rückschaffung verfolge nicht nur einen praktischen Zweck, sondern es solle die Wiederherstellung des materiellen Retentionsrechts bezweckt werden. Einer Rückschaffung stünden nur Rechte gutgläubiger Dritter entgegen, die in der Zwischenzeit an den retinierten Gegenständen entstanden seien. Solche Rechte seien vorliegend keine ersichtlich. Die D._____GmbH sei bösgläubig und diese habe sich gegen die Rückschaffung auch nicht zur Wehr gesetzt. Es sei nicht erstellt, dass es sich bei den durch die D._____GmbH eingereichten Schlüssel tatsächlich um die Schlüssel zu den Schlössern der Container handle.

Betreffend die Stellungnahme bestreitet sie, dass der Kaufpreis für die retinierten Gegenstände bezahlt worden sei. Auch der Umstand, dass die D._____GmbH im Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses bereits im Besitz der Containerschlüssel gewesen sein soll, bestreitet sie.

- 3.
- 3.1 Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [EG SchKG; BSG 281.1].
- 3.2 Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage seit Kenntnisnahme der Verfügung (Art. 17 Abs. 2 SchKG). Die angefochtene Verfügung wurde der Beschwerdeführerin nachweislich am 29. April 2021 zugestellt (BB 2). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerde am 6. Mai 2021 der Post übergeben und die Frist damit eingehalten.
- 3.3 Zur Beschwerdeführung ist legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans in seinen rechtlichen oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung

oder Abänderung der Verfügung hat (BGE 129 III 595 E. 3). Die Beschwerdeführerin ist Gläubigerin im Betreibungsverfahren gegen die Schuldnerin. Weil ihr durch das Betreibungsamt die Frist zur Erhebung einer Widerklage gesetzt worden ist, ist sie zur Beschwerde legitimiert.

- 3.4 Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

4.

- 4.1 Über die Schuldnerin wurde der Konkurs eröffnet und dieser wurde mangels Aktiven nach Art. 230 Abs. 1 SchKG eingestellt. Nach der Einstellung des Konkursverfahrens kann der Schuldner gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG während zwei Jahren auch auf Pfändung betrieben werden.
- 4.2 Bei der Durchführung der Betreibung auf Pfändung dürfen nur Vermögenswerte des Schuldners gepfändet werden. Wenn die rechtliche Zugehörigkeit einer Sache unklar oder umstritten ist, hat das Betreibungsamt ein Widerspruchsverfahren einzuleiten, welches die Klärung der Begründetheit des Drittanspruchs zum Ziel hat. Dabei ist der Gewahrsam am gepfändeten Vermögenswert für den Ablauf des Vorverfahrens bzw. für die Verteilung der Parteirollen im allfälligen Widerspruchsprozess entscheidend (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Auflage, Bern 2013, § 24 N 1 ff.).
- 4.3 Bei ausschliesslichem Gewahrsam des Schuldners wird gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG dem Dritten eine Frist zur Erhebung der Widerspruchsklage gesetzt, wenn dessen Anspruch vom Schuldner oder Gläubiger bestritten ist. Ist der Vermögenswert demgegenüber im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Dritten, so wird gemäss Art. 108 Abs. 1 SchKG der Gläubigerin und der Schuldnerin Frist zur Erhebung der Widerspruchsklage angesetzt.
- 4.4 Gewahrsam bedeutet die unmittelbare faktische Herrschaft über die bewegliche Sache. Diese Herrschaft äussert sich in der von den rechtlichen Verhältnissen losgelösten tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache, vor allem in ihrem Gebrauch. Gewahrsam ist nicht identisch mit Besitz, auch wenn er häufig mit diesem zusammenfällt. Deckungsgleich ist der Begriff des Gewahrsams i.d.R. mit demjenigen des unmittelbaren (selbständigen oder unselbständigen) Besitzes. So hat z.B. bei der Vermietung einer beweglichen Sache der Vermieter den selbständigen, der Mieter den unselbständigen Besitz. Gewahrsam hat nur der Mieter als unmittelbarer Besitzer. Der blosser Anspruch auf Übertragung des Gewahrsams, z.B. der Anspruch des Käufers auf Lieferung der Kaufsache, ist dem Gewahrsam nicht gleichzusetzen. Als Indiz für die Entscheidung, ob die Sache zum schuldnerischen Vermögen gehört oder nicht, sollte der Gewahrsam rasch und einfach geprüft werden können, weshalb auf die äusserlich erkennbaren Umstände abzustellen ist. Ob dieser tatsächliche Zustand zu Recht besteht, haben die Betreibungsbehörden nicht zu überprüfen (ADRIAN STAEHELIN, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel 2010, N 5 f. zu Art. 107 SchKG). Im Zeitpunkt der Pfändung sind die Rechte des Schuldners vom Gläubiger lediglich glaubhaft zu machen (KREN KOSTKIEWICZ

JOLANTA, OFK SchKG, 20. Auflage, Brusino Arsizio 2020, N 19 zu Art. 107 SchKG).

- 4.5 Massgebend für die Bestimmung des Gewahrsams ist der Zeitpunkt der Pfändung (BGE 80 III 114). Bei der Mietretentionsbetreibung ist auf den Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses abzustellen (ZONDLER GEORG, in Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum SchKG, 4. Auflage, Zürich 2017, N 7 zu Art. 107 SchKG). Dieser Schlussfolgerung ist mit Blick auf BGE 76 III 87 E. 2 zuzustimmen. Demnach wird bei einer Pfändung nach einer Arrestlegung für die Bestimmung des Gewahrsams auf den Zeitpunkt der Arrestlegung und nicht der Pfändung abgestellt, weil die Arrestlegung die Sicherung der Pfändung zum Voraus herbeiführt. Dasselbe hat bei der Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses zu gelten. Auch dieses dient der Sicherung einer späteren Pfändung. Ebenso ist im analogen Aussonderungsverfahren im Konkurs gemäss Art. 242 SchKG auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Betreibende seine tatsächliche Verfügungsgewalt durch Pfändung (Art. 96 SchKG) oder Arrestierung (Art. 275 SchKG) verliert (vgl. BGE 122 III 436 E. 2.a; BGE 110 III 87 E. 2.c). Auch bei einer Aufzeichnung eines Retentionsverzeichnisses ist der Schuldner nicht mehr befugt, ohne Absprache mit dem Betreibungsamt über die im Verzeichnis aufgenommenen Gegenstände frei zu verfügen (SCHNYDER/WIEDE, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage, Basel 2010, N 64 zu Art. 283 SchKG). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Bestimmung des Gewahrsams der Zeitpunkt der Aufzeichnung des Retentionsverzeichnisses entscheidend ist.
- 4.6 Das Retentionsverzeichnis wurde vorliegend am 10. Mai 2019 aufgenommen, nachdem die hier interessierenden Gegenstände in die Räumlichkeiten an der H._____strasse in I._____ bei G._____ zurückgeführt worden waren. Wie dem Schreiben des Konkursamts Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau, vom 15. August 2019 zu entnehmen ist, waren diese Räumlichkeiten am 10. Mai 2019 noch an die Schuldnerin vermietet (BB 4). Damit war die Schuldnerin unmittelbare Besitzerin dieser Gegenstände. Faktische Herrschaft resp. Gewahrsam hatte damit die Schuldnerin als unmittelbare Besitzerin. Ein allfälliger Anspruch der D._____GmbH auf Übertragung der Gegenstände aufgrund eines Kaufvertrages hat damit keinen Einfluss auf den Gewahrsam der Schuldnerin im Zeitpunkt der Erstellung des Retentionsverzeichnisses. Auch eine vorherige Rückschaffung der Gegenstände hat auf den Gewahrsam, welcher eben im Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses zu bestimmen ist, keine Auswirkungen.
- 4.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gewahrsam der hier interessierenden Gegenstände zum Zeitpunkt der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses bei der Schuldnerin lag. Der Anspruch der D._____GmbH wurde von der Beschwerdeführerin bestritten. Demnach ist der D._____GmbH als Dritte Frist zur Erhebung der Widerspruchsklage anzusetzen und nicht der Beschwerdeführerin.
- 4.8 Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Betreibungsamts vom 28. April 2021 wird aufgehoben. Das Betreibungsamt wird angewiesen, der D._____GmbH eine Frist zur Klage nach Art. 107 Abs. 5 SchKG anzusetzen.

5. Im betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a SchKG und Art. 61 Abs. 2 Bst. a sowie Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]).

Die Aufsichtsbehörde entscheidet:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Betreibungsamtes Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental, vom 28. April 2021 wird aufgehoben.
2. Das Betreibungsamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental, wird angewiesen, im Betreibungsverfahren Nr. _____ der D. _____ GmbH eine Frist zur Klage nach Art. 107 Abs. 5 SchKG anzusetzen.
3. Es werden keine Kosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - der D. _____ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt C. _____
 - der E. _____ GmbH
 - dem Betreibungs- und Konkursamt Emmental-Oberaargau

Bern, 27. August 2021

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Aebersold

Rechtsmittelbelehrung

Gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen kann innert zehn Tagen nach der Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung durch die kantonale Aufsichtsbehörde ist die Beschwerde jederzeit zulässig (Art. 72 Abs. 2 Bst. a, Art. 95 ff., Art. 100 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerden sind an die folgende Adresse einzureichen: Schweizerisches Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.

Der Entscheid ist rechtskräftig.