

## **BGE 100 III 57**

Bundesgericht (BGE), 1974-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_100\\_III\\_57](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_100_III_57)

FR: ATF 100 III 57

IT: DTF 100 III 57

### **Regeste**

Regeste 1. Art. 841 ZGB und Art. 117 VZG. Ist eine Klage aus Art. 841 ZGB nur gegen den vorgehenden Grundpfandgläubiger oder auch gegen allfällige am Grundpfandtitel berechnigte Faustpfandgläubiger zu richten? Da es nicht Sache der Aufsichtsbehörden ist, hierüber zu entscheiden, ist die Auszahlung des streitigen Anteils am Verwertungserlös bis zum Abschluss des Bauhandwerkerprozesses aufzuschieben und der entsprechende Betrag zu hinterlegen (Erw. 1 und 2). 2. Die Betreibungs- und Konkursämter sind berechnigt, sich im Beschwerde- und Rekursverfahren vor den Aufsichtsbehörden durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen (Erw. 3).

Regeste 1. Art. 841 CC et art. 117 ORI. Faut-il ouvrir l'action de l'art. 841 CC contre le créancier gagiste immobilier de rang antérieur seulement, ou aussi contre d'éventuels créanciers gagistes disposant d'un droit de gage mobilier sur le titre hypothécaire? Etant donné qu'il n'incombe pas à l'autorité de surveillance de prendre une décision sur ce point, la distribution, en ce qui concerne la part de collocation litigieuse, doit être retardée jusqu'à la solution du procès ouvert par le maître d'état et le montant correspondant doit être consigné (consid. 1 et 2). 2. Les offices de poursuite et de faillite sont fondés à se faire représenter par un avocat dans la procédure de plainte et de recours devant les autorités de surveillance (consid. 3).

Regesto 1. Art. 841 CC e 117 RRF Va l'azione prevista dall'art. 841 CC promossa soltanto contro i creditori pignoratizi anteriori, oppure anche contro i titolari di un pegno manuale sul titolo di pegno immobiliare? Poiché non é compito delle autorità di vigilanza decidere tale questione, la distribuzione della parte contestata del prodotto della realizzazione dev'essere sospesa sino alla conclusione del processo concernente l'ipoteca degli artigiani e degli imprenditori, ed il relativo importo dev'essere depositato (consid. 1 e 2). 2. Gli uffici di esecuzione e di fallimento sono legittimati a farsi rappresentare da un avvocato nelle procedure di reclamo e di ricorso davanti alle autorità di vigilanza (consid. 3).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nach Art. 117 Abs. 1 VZG hat das Betreibungsamt den Bauhandwerkern, deren Pfandforderungen bei der Verteilung zu Verlust kommen, eine Frist von zehn Tagen zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aus Art. 841 ZGB auf dem BGE 100 III 57 S. 60 Wege des ordentlichen Zivilprozesses anzusetzen. Die Rekurrentinnen haben die Frage, ob diese zehntägige Klagefrist im vorliegenden Fall eingehalten worden sei, obwohl die Klagen der Bauhandwerker von den zürcherischen Gerichten von der Hand gewiesen und hierauf am Gerichtsstand Lausanne neu angehoben wurden (vgl. dazu BGE 96 III 141 letzter Absatz), weder im Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden noch vor Bundesgericht

aufgeworfen. Da diese Frage ohne jeden Zweifel nicht von Amtes wegen zu prüfen ist ( BGE 93 III 87 und BGE 98 III 39 mit Zitaten), muss darauf nicht weiter eingegangen werden. Es ist somit einzig zu entscheiden, ob den Rekurrentinnen ihr Verwertungsanteil vorenthalten werden darf, obschon gegen sie unbestrittenermassen keine Klage aus Art. 841 ZGB eingereicht worden ist. Diese Entscheidung hängt davon ab, wer für Klagen aus Art. 841 ZGB passivlegitimiert ist und inwiefern den Betreibungs- und Konkurs- bzw. den Aufsichtsbehörden eine Prüfung dieser materiellrechtlichen Frage zusteht. Unter den "vorgehenden Pfandgläubigern" im Sinne von Art. 841 ZGB und Art. 117 VZG sind in erster Linie Grundpfandgläubiger zu verstehen. Ob an ihre Stelle im Falle der Verpfändung von Grundpfandtiteln auch Faustpfandgläubiger treten können, ist eine materiellrechtliche Frage, welche nicht eindeutig geklärt ist. Sie ist zwar in den von der Vorinstanz zitierten beiden Entscheidungen des Zürcher Obergerichts (ZR 17 Nr. 149) und des Bundesgerichts ( BGE 43 II 609 = Praxis Bd. 7 Nr. 19 S. 44) bejaht worden. Beiden Urteilen lag jedoch der Umstand zugrunde, dass der Grundeigentümer von ihm errichtete Inhaberschuldbriefe selbst zu Faustpfand gegeben hatte. Ein Grundpfandgläubiger, der aus Art. 841 ZGB hätte ins Recht gefasst werden können, war daher gar nicht vorhanden. Dass in einem solchen Fall ein Faustpfandgläubiger an einem Inhaberschuldbrief gleich zu behandeln ist wie ein Grundpfandgläubiger, liegt auf der Hand und wird auch in Art. 35 und 126 VZG sowie in Art. 76 KV vorgeschrieben. Hat ein Grundpfandgläubiger den ihm zustehenden Titel einem Dritten als Faustpfand übergeben, kommen dem Faustpfandgläubiger bei der Verwertung des Grundpfandes ebenfalls weitgehende Rechte zu ( Art. 81 VZG ; BGE 64 III 70 ). Indessen hat in diesem Falle das Betreibungs- bzw. das Konkursamt BGE 100 III 57 S. 61 in erster Linie den Grundpfandgläubiger als am Verfahren beteiligt zu betrachten. Streitigkeiten zwischen diesem und seinem allfälligen Faustpfandgläubiger sind nach der Rechtsprechung ausserhalb des Lastenbereinigungs- und Kollokationsverfahrens auszutragen ( BGE 56 III 16 und BGE 87 III 70 ). Daraus folgt, dass sich der Betreibungs- bzw. der Konkursbeamte nicht darum zu kümmern hat, ob nur der Grundpfandgläubiger oder auch allfällig hinter ihm stehende weitere Berechtigte Anspruch auf den ganzen oder teilweisen Verwertungserlös haben und in welchem Verhältnis dieser unter sie aufzuteilen ist. Er muss sämtlichen Personen, die solche Rechte anmelden, im Verwertungsverfahren Parteirechte einräumen und es diesen überlassen, sich über allfällige Differenzen auseinanderzusetzen. Wird daher gegen den Grundpfandgläubiger eine Klage aus Art. 841 ZGB eingereicht, so ist das auf die Grundpfandforderung entfallende Verwertungsergebnis im Sinne von Art. 117 VZG bis zum Ausgang des Prozesses zurückzubehalten. In dem Umfange, in welchem die Bauhandwerker mit ihrer Klage durchdringen, ist der auf das Grundpfand entfallende Verwertungserlös den Bauhandwerkern zuzuweisen. Machen Faustpfandgläubiger des Grundpfandinhabers geltend, der Erlös dürfe den Bauhandwerkern nicht ausbezahlt werden, weil sie ihre Klage nicht gegen den Grundpfandgläubiger, sondern gegen dessen Faustpfandgläubiger allein oder zusammen mit dem Grundpfandgläubiger hätten anstrengen müssen, so hat das Betreibungs- bzw. das Konkursamt den streitigen Teil des Verwertungserlöses zu hinterlegen und es den Parteien zu überlassen, sich darüber gütlich oder gerichtlich auseinanderzusetzen ( BGE 56 III 14 , BGE 87 III 71 mit Hinweisen). Es ist somit auch nicht Sache der Aufsichtsbehörden, über einen diesbezüglichen Streit zu entscheiden.

## **E. 2**

Die Argumentation der Rekurrentinnen, die Bauhandwerker hätten gegen sie keine Klage eingereicht, so dass nie ein Urteil ergehen werde, das ihnen gegenüber in Rechtskraft

erwachsen könne, vermag nicht durchzudringen. Ob die Urteile in den von den Bauhandwerkern angehobenen Prozessen für die Rekurrentinnen materiellrechtliche Wirkung haben werden, hängt von der umstrittenen Frage ab, ob die Klage aus Art. 841 ZGB bloss obligatorischer oder aber dinglicher Natur ist ( BGE 96 III 137 ff. Erw. 8 mit Hinweisen). Beachtliche BGE 100 III 57 S. 62 Gründe sprechen für die Auffassung, der Anspruch aus Art. 841 ZGB stelle jedenfalls eine Realobligation dar, die das Grundpfandrecht zum vorneherein belaste. In diesem Falle müsste sich ein gutgläubiger Erwerber oder Pfandrechthinhaber an einem Grundpfandtitel die Ansprüche der Bauhandwerker entgegenhalten lassen. Von der Beantwortung dieser verschiedenen materiellrechtlichen Fragen hängt es ab, ob im Prozess über die Ansprüche aus Art. 841 ZGB der vorgehende Grundpfandgläubiger allein oder auch allfällige am Grundpfandtitel berechnigte Faustpfandgläubiger ins Recht gefasst werden können oder müssen. Schliesslich ist im vorliegenden Fall noch weiter zu berücksichtigen, dass sich die Konkursmasse der IBZ Finanz AG als Grundpfandgläubigerin der Führung des Prozesses gegen die Bauhandwerker entschlagen hat. Die Konkursverwaltung hat daher einerseits den Konkursgläubigern, zu denen auch die beiden Rekurrentinnen gehören, die Abtretung der Prozessführung im Sinne von Art. 260 SchKG angeboten und andererseits den Inhabern von Faustpfandrechten an den Grundpfandtiteln den Streit verkündet. Die Rekurrentinnen haben von diesen Möglichkeiten, in den hängigen Prozess einzutreten, keinen Gebrauch gemacht. Damit stellt sich die Frage, ob daraus nicht nach kantonalem Prozessrecht oder nach Art. 63 Abs. 2 KV ein Verzicht auf allfällige Einwendungen gegenüber den Ansprüchen der Bauhandwerker abgeleitet werden müsste. Auch der Entscheid über diese Fragen kann weder der Konkursverwaltung noch den Aufsichtsbehörden obliegen, sondern bleibt dem ordentlichen Zivilrichter vorbehalten. Bis zum Abschluss der Bauhandwerkerprozesse muss daher die Auszahlung der auf die Grundpfandtitel entfallenden Anteile am Verwertungserlös aufgeschoben werden. Das Konkursamt hat demnach diese Anteile mit Recht zurückbehalten. Der Rekurs erweist sich damit als unbegründet.

### **E. 3**

Beide kantonalen Instanzen haben beanstandet, dass sich das Konkursamt für die Vernehmlassung in den Beschwerde- und Rekursverfahren durch einen Anwalt vertreten liess. Die Vorinstanz führte aus, das Betreibungs- und Konkursamt sei im Verfahren vor den Aufsichtsbehörden nicht Partei im eigentlichen Sinne, sondern trete regelmässig nur in amtlicher Eigenschaft auf. Seine Beschwerdeantwort stelle daher keine Parteivorkehr, sondern eine amtliche Auskunftserteilung BGE 100 III 57 S. 63 dar, die vom Amte selber ausgehen müsse und grundsätzlich nicht einem vertraglichen Vertreter übertragen werden dürfe. Das Obergericht des Kantons Luzern hat aus den gleichen Erwägungen die Vertretung des Betreibungsbeamten durch einen Anwalt als unzulässig erklärt (BISchK Bd. 11 S. 142 Nr. 46). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zwar ist es richtig, dass der Betreibungs- und der Konkursbeamte im Beschwerdeverfahren nicht als Partei, sondern in ihrer amtlichen Eigenschaft auftreten (BLUMENSTEIN, Die Anwendung des Gesetzes durch den Betreibungs- und Konkursbeamten, ZBJV 68 S. 371; SORG, Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Kanton Zürich, S. 59). Das ändert aber nichts daran, dass der Betreibungs- und Konkursbeamte berechnigt ist, nach Bedarf Hilfskräfte heranzuziehen bzw. anzustellen. Ebenso wenig kann es ihm verwehrt sein, zur Lösung schwieriger Rechtsfragen - wozu auch die Abfassung einer Vernehmlassung in einem Beschwerdeverfahren gehören kann - einen rechtskundigen Berater beizuziehen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, nur einer Vernehmlassung

des Beamten selbst komme amtlicher Charakter zu. Wenn die Aufsichtsbehörde Wert darauf legt, über bestimmte Fragen die Ansicht des Beamten selbst kennenzulernen, kann sie ihn besonders auffordern, sich dazu zu äussern, wie sie dies auch tun muss, wenn der Beamte auf eine Vernehmlassung überhaupt verzichtet hat. Ungerechtfertigt war sodann auch der im angefochtenen Entscheid erhobene Vorwurf, es sei besonders unangebracht gewesen, dass das Konkursamt den früheren Anwalt von Bauhandwerkern mit der Vertretung beauftragt habe. Es steht fest, dass dies erst geschehen ist, nachdem das Konkursamt seine Verfügung bereits getroffen hatte und es lediglich noch darum ging, diese im Beschwerdeverfahren zu rechtfertigen. Aus dem Beizug des betreffenden Rechtsanwaltes, der in jenem Zeitpunkt das Mandat der Bauhandwerker überdies nicht mehr innehatte, konnte deshalb in keiner Weise die Gefahr einer Interessenkollision oder gar der Verdacht auf mangelnde Objektivität des Konkursamtes abgeleitet werden. Dispositiv Demnach erkennt die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer: Der Rekurs wird abgewiesen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.