

serait-il par exemple possible, dans le cas particulier, de prouver par titre que le créancier a renoncé au dividende concordataire ? Restreindre le droit du débiteur à l'action suivant l'art. 85, constitue donc une limitation inadmissible de ses moyens de défense.

Mais pour que le débiteur puisse porter devant le juge ordinaire les exceptions nées du concordat, il doit pouvoir obliger le créancier, qui lui réclame le paiement du montant non couvert par le gage, à lui intenter une nouvelle poursuite, à laquelle il ait la faculté de former opposition. On est ainsi amené à excepter de la règle posée à l'art. 158 LP le cas où l'acte d'insuffisance de gage a été délivré à un créancier ensuite d'une réalisation de gage intervenue après que le débiteur a obtenu le bénéfice du concordat. Il est clair que le législateur n'a pas prévu la présente éventualité lorsqu'il a accordé au créancier perdant le droit de continuer la poursuite sans notification préalable d'un commandement de payer, s'il agit dans le mois. En effet, la jurisprudence n'est arrivée qu'après des hésitations à autoriser les créanciers gagistes à intenter la poursuite en réalisation de gage pour le montant total de leur créance, malgré la procédure concordataire, et c'est également la jurisprudence qui a établi le principe suivant lequel le créancier est lié par le concordat pour la partie de sa créance que la réalisation a laissée à découvert. Cette situation a nécessairement pour conséquence que, une fois la poursuite en réalisation de gage terminée, le débiteur doit pouvoir opposer au créancier les exceptions découlant du concordat. Ainsi que cela a été indiqué plus haut, l'art. 85 LP n'offre pas au débiteur une protection suffisante. Il doit avoir la faculté de forcer le créancier à fournir dans un procès ordinaire la preuve de sa prétention. Cette solution s'impose encore plus impérieusement si l'on considère le cas du débiteur qui est sujet à la poursuite par voie de faillite. Aux termes de l'art. 172 LP, il ne pourrait pas faire valoir devant le juge de la faillite l'exception tirée de

l'inexistence d'une créance personnelle ; sa faillite pourrait dès lors être déclarée.

Il y a par conséquent lieu de poser les principes suivants :

L'acte d'insuffisance de gage, délivré à un créancier ensuite d'une réalisation de gage intervenue après que le débiteur a obtenu le bénéfice d'un concordat ordinaire, ne dispense pas le créancier perdant du commandement de payer lorsqu'il veut continuer la poursuite, même dans le délai d'un mois dès la délivrance de l'acte d'insuffisance de gage.

Le débiteur qui entend opposer au débiteur poursuivant les exceptions tirées du concordat peut donc porter plainte à l'autorité de surveillance, dans les dix jours dès la date de la saisie opérée sans notification préalable d'un commandement de payer, et demander que, la saisie étant annulée, le créancier soit tenu d'intenter une nouvelle poursuite en faisant notifier un commandement de payer.

La Chambre des Poursuites et des Faillites prononce :

Le recours est admis. En conséquence, la saisie opérée le 30 avril 1910 est annulée, l'office des poursuites de la Sarine étant invité à notifier au débiteur un commandement de payer pour la somme de 5281 fr.

26. Entscheid vom 21. Juni 1918 i. S. Betreibungsamt Zürich 6.

Legitimation des Betreibungsbeamten zum Rekurse gegen Entscheide der Aufsichtsbehörde. Voraussetzungen. Pfändung des Miteigentumsanteiles an einer Liegenschaft. Verwertungsmodus.

A. — In den von verschiedenen Gläubigern gegen G. A. Wiederkehr-Selg in Zürich 6 angehobenen Betreibungen pfändete das Betreibungsamt Zürich 6 durch Vermittlung des Betreibungsamtes Hedingen :

« die unausgeschiedene Hälfte bzw. das Miteigentumsrecht an nachbezeichneter Liegenschaft, wovon die andere Hälfte dem Jakob Wiederkehr, Baumeister in Dietikon gehört :

Kat. Nr. 3852 Wohnhaus Nr. 305 bei der Station Hedingen, Assekuranz 26,000 Fr., 5 a 82 m² Gebäudeplatz, Hofraum und Garten daselbst, Grenzen und Dienstbarkeiten laut Grundbuch

Schätzungswert 12,700 Fr., Grundpfandrechte (auf der ganzen Liegenschaft)

15,000 Fr. laut Grundpfandverschreibung (Maximalhypothek) der Schweiz. Volksbank in Zürich;

10,000 Fr. laut Schuldbrief d. 13. Mai 1905 der nämlichen Kreditoren. »

Nachdem auf gestelltes Verwertungsbegehren das Amt die untere Aufsichtsbehörde um Bestimmung des Verwertungsverfahrens im Sinne von Art. 132 SchKG ersucht hatte, wies diese es am 25. September 1917 an, das gepfändete Miteigentumsrecht d. h. den Anteil des Schuldners als solchen nach den Vorschriften über die Verwertung beweglicher Sachen und Rechte zu versteigern. Dementsprechend brachte das Betreibungsamt Zürich 6 am 26. Oktober 1917 « die unausgeschiedene Hälfte bzw. das Miteigentumsrecht » an der Liegenschaft in Hedingen, « wovon die andere Hälfte dem Jakob Wiederkehr in Dietikon gehört » auf Gant; schlug sie für 505 Fr. dem Heinrich Günthardt, Baumaterialienhändler in Zürich zu und stellte ihm am folgenden Tage über das erworbene Anteilsrecht eine « Abtretung » aus, wobei es am Fusse derselben bemerkte, dass die Kosten der Eintragung des Miteigentums im Grundbuch Hedingen dem Erwerber überbunden werden.

In der Folge entstanden zwischen dem Miteigentümer Jakob Wiederkehr und dem Ersteigerer Günthardt Differenzen, indem jener von diesem verlangte, dass er sich als Miteigentümer und Mitschuldner der Hypotheken ins Grundbuch eintragen lasse, während Günthardt seine

Mitwirkung hiezu verweigerte. Auf die Drohung Wiederkehrs, seinen Anspruch hierauf nötigenfalls durch gerichtliche Klage feststellen zu lassen, erhob Günthardt daher am 20. Februar 1918 Beschwerde mit dem Begehren, die ganze Verwertung sei als nichtig zu erklären, indem er behauptete, dass die Verwertung des Miteigentumsrechts an einer Liegenschaft, weil auf Übertragung von Grundeigentum gerichtet, nach den Bestimmungen über die Verwertung von Liegenschaften, also unter Aufstellung eines Lastenverzeichnisses, aus dem die auf dem Grundstück haftenden, zu übernehmenden Schulden genau ersichtlich seien, zu erfolgen habe und mithin vom Betreibungsamt Hedingen als Amt der gelegenen Sache hätte ausgehen müssen. Auf Grund des eingeschlagenen Verwertungsmodus habe er annehmen müssen, dass er nur den Liquidationsanteil des Schuldners, d. h. dessen Rechte auf Ausfolgung der Hälfte des Mehrerlöses über die bestehenden grundversicherten Passiven hinaus erwerbe, keineswegs sei es sein Wille gewesen, als Miteigentümer der Liegenschaft und Mitschuldner der Passiven einzutreten.

Während die untere Aufsichtsbehörde die Beschwerde wegen Verspätung abwies, hiess die obere sie mit Entscheidung vom 3. Mai 1918 gut, hob demnach « die in Gruppe 129 erfolgte Verwertung des Anteils an der Liegenschaft Kat. 3852 in Hedingen als nichtig » auf und wies das Betreibungsamt Zürich 6 an, « die Verwertung durch das Betreibungsamt Hedingen als Verwertung von Grundeigentum durchführen zu lassen ». In der Begründung wird ausgeführt: die Annahme des Bezirksgerichts im Entschiede vom 25. September 1917, dass das Anteilsrecht des Schuldners an einer im Miteigentum stehenden Liegenschaft vollstreckungsrechtlich wie eine bewegliche Sache zu behandeln sei, sei unrichtig. Eigentum und Miteigentum könnten bestehen an Grundstücken und Fahrnis: je nach dem Gegenstand handle es sich entweder um Grundeigentum oder Fahrniseigentum. Auch bei Allein-

eigentum bilde ja Gegenstand der Pfändung in Wirklichkeit nicht die Sache, sondern das Eigentumsrecht. Dementsprechend sei auch die Übertragung von Miteigentum Übertragung des Eigentums- und nicht eines anderen Rechtes und richte sich daher bei Liegenschaften, wenn sie durch Versteigerung geschehe, nach den Bestimmungen der Art. 133 ff. SchKG. Deren Beachtung sei auch deshalb unentbehrlich, weil eine Handänderung nicht stattfinden dürfe, ohne dass die auf der Liegenschaft haftenden grundversicherten Schulden entweder bezahlt würden oder die Schuldpflicht dafür überbunden werde, wozu es ihrer vorgehenden Feststellung im Lastenbereinigerungsverfahren und detaillierten Aufnahme in die Steigerungsbedingungen bedürfe. Ohne eine solche könne sich der Rekurrent mit Recht widersetzen, dafür haftbar erklärt zu werden. Handle es sich um die Verwertung von Grundeigentum, so wäre aber nur das Betreibungsamt Hedingen hiefür zuständig gewesen. Da die von einem unzuständigen Betreibungsbeamten vorgenommene Verwertung von Grundeigentum nicht zur Eintragung im Grundbuch kommen könne, müsse daher die Steigerung vom 26. Oktober 1917 als schlechthin nichtig betrachtet und trotz Ablaufs der ordentlichen Beschwerdefrist, nachdem sie zur Kenntnis der Aufsichtsbehörde gelangt sei, von Amtes wegen aufgehoben werden.

B. — Gegen diesen am 27. Mai 1818 zugestellten Entscheid rekuriert der Betreibungsbeamte von Zürich 6, Benz am 4. Juni 1918 an das Bundesgericht, indem er an dem schon im kantonalen Verfahren gestellten Antrage auf Abweisung der Beschwerde des Günthardt festhält und in bezug auf die Frage der Legitimation bemerkt: die Aufhebung der Gant habe zur Folge, dass der Gantkäufer den einbezahlten Gantpreis von 505 Fr. vom Amte zurückfordern könne. Nun sei aber der Ganterlös bereits verteilt und den darauf berechtigten Pfändungsgläubigern ausbezahlt worden. Da die Pfändungsgläubigerin, welche den grössten Teil erhalten, aller Wahr-

scheinlichkeit nach insolvent sei, « tangiere » daher der angefochtene Entscheid « im höchsten Masse die persönlichen Interessen des Amtes ».

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Nach feststehender Rechtsprechung ist der Betreibungsbeamte zum Rekurse gegen Entscheide der Aufsichtsbehörde nur dann legitimiert, wenn sie ihn in persönlichen und materiellen Interessen verletzen. Und zwar muss diese Verletzung eine unmittelbare sein, d. h. aus dem angefochtenen Entscheide selbst hervorgehen. Die blosser Möglichkeit, dass die Gutheissung der Beschwerde zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen ihn führen könnte, genügt nicht, um die Legitimation herzustellen. Durch den Entscheid der Aufsichtsbehörde, welcher eine Verfügung des Amtes aufhebt oder abändert, wird lediglich deren objektive Gesetzwidrigkeit oder Unangemessenheit festgestellt. Die Frage der Verantwortlichkeit des Beamten ist damit nicht präjudiziert. Voraussetzung für eine solche wäre, dass er nicht nur objektiv unrichtig, sondern schuldhaft gehandelt hätte. Die Entscheidung hierüber wie über die übrigen Bedingungen der Schadenersatzpflicht — Kausalzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden u. s. w. — ist aber nach Art. 5 SchKG Sache der Gerichte und nicht der Aufsichtsbehörden. An dieser Rechtslage ändern auch die bei Jaeger N. 6 Abs. 2 zu Art. 5 SchKG angeführten Entscheidungen AS Sep.-Ausg. 12 Nr. 25 und 56, 13 Nr. 62* (vergl. ferner im gleichen Sinne aus neuerer Zeit AS Sep.-Ausg. 15 Nr. 37**, Ges.-Ausg. 42 Nr. 25 Erw. 3) nichts. Wenn hier das Bundesgericht demjenigen, welchem ein vom Betreibungsamt einkassierter Geldbetrag betreibungsrechtlich zukommt, einen auf dem Beschwerdewege verfolgbareren öffentlich-

* Ges.-Ausg. 35 I Nr. 78 und 123.

** Id. 38 I Nr. 63.

rechtlichen Anspruch auf Auslieferung desselben zuerkannt hat, der durch die bereits erfolgte Auszahlung an eine andere Person nicht berührt werden könne, so hat es doch andererseits unzweideutig erklärt, dass dieser Anspruch, eben weil öffentlichrechtlicher Natur, sich nicht gegen den Betreibungsbeamten persönlich, sondern gegen das Betreibungsamt als solches, als Organ des Staates (statio fisci) richte. Kann die bereits an einen anderen ausbezahlte Summe von diesem nicht mehr erhältlich gemacht werden, so ist es daher Sache des Staates, dem Amte die zur Ausrichtung an den wirklichen Berechtigten erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen. Eine persönliche Haftung des Betreibungsbeamten dafür mit seinem Vermögen kann nur im Rahmen des Art. 5 SchKG, also nur dann in Betracht kommen, wenn er mit der Auszahlung an den Dritten schuldhaft gehandelt hat, was im vorliegenden Falle, wo das Vorgehen des Amtes auf einer ihm von der Aufsichtsbehörde erteilten Weisung beruhte, offenbar nicht gesagt werden könnte.

Noch viel weniger kann natürlich die Legitimation zum Rekurse daraus hergeleitet werden, dass das Amt infolge der Kassation der Steigerung und des durch sie bedingten Dahinfallens der Verteilung den Anspruch auf die dafür erhobenen Gebühren verliert. Ein solcher Verlust tritt als sekundäre Folge regelmässig d. h. in allen Fällen ein, wo eine gebührenpflichtige Verfügung im Beschwerdeverfahren aufgehoben wird. Wollte man ihn als zur Herstellung der Legitimation genügend erachten, so würde damit die Praxis, welche den Betreibungsbeamten das Recht zum Rekurse nur ausnahmsweise zuerkennt, ins Gegenteil verkehrt.

2. — Muss es danach beim angefochtenen Entscheidungsmangels Anfechtung von legitimer Seite sein Bewegenden haben, so mag immerhin bemerkt werden, dass das Bundesgericht, wenn es in der Sache zu entscheiden hätte, ihm nicht beizutreten vermöchte und ihn, sowohl was die Annahme absoluter Nichtigkeit der von einem

anderen Amte als demjenigen der gelegenen Sache ausgegangenen Steigerung als was die Ausführungen über das bei Verwertung von Miteigentum einzuschlagende Verfahren betrifft, für durchaus unrichtig hält. Wenn man die einfache Versteigerung des Anteilsrechtes als solchen nach Analogie der Vorschriften über die Verwertung beweglicher Sachen und Forderungen in Fällen, wo auf der ganzen Sache, nicht nur auf dem Anteil Pfandschulden lasten, — mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit einer Veräusserung ohne Tilgung oder Überbindung jener Lasten und die daraus sich ergebende Notwendigkeit ihrer vorgängigen Feststellung — für unstatthaft erachten will, so kann der daraus zu ziehende Schluss nur der sein, dass eben vorgängig der Verwertung eine Auseinandersetzung zwischen den Miteigentümern vorzunehmen, d. h. die Teilung des Miteigentums im Sinne von Art. 650 und 651 ZGB herbeizuführen und alsdann dasjenige, was dem Schuldner aus der Teilung zukommt, als Verwertungsobjekt bzw. -erlös zu behandeln ist (vergl. JAEGER, Schuldbetreibungspraxis Art. 132 N. 1). Keineswegs darf daraus gefolgert werden, dass eine Versteigerung nach den Vorschriften über die Verwertung von Liegenschaften im Sinne von Art. 133 SchKG zu erfolgen habe. Abgesehen davon, dass durch diese Lösung die Schwierigkeiten nicht beseitigt werden, sondern mit der Frage, in welchem Verhältnis die auf der Sache haftenden Pfandlasten bei der Verwertung auf den Anteil zu verlegen seien und ob sich die Pfandgläubiger eine derartige bloss teilweise Verlegung überhaupt gefallen zu lassen brauchen, neu beginnen, erscheint sie auch mit Art. 132 SchKG nicht vereinbar. Müsste die Verwertung von Miteigentum an einer Liegenschaft derjenigen der Liegenschaft selbst gleichgehalten werden, so wäre nicht verständlich, weshalb das Gesetz hier vorgeschrieben hätte, dass bei der Pfändung des Anteils an einem Gemeinschaftsvermögen, also auch von Miteigentumsanteilen, der Verwertungsmodus durch die Aufsichtsbehörde zu

bestimmen sei. Da diese Vorschrift sich auf **Gemeinschaftsvermögen jeder Art, folglich auch auf im Miteigentum stehende Liegenschaften bezieht und im Abschnitte über die Verwertung beweglicher Sachen und Rechte steht, ist damit ein Verfahren, wie es der angefochtene Entscheid vorschreibt, ausgeschlossen. Es kann somit auch von einer ausschliesslichen Zuständigkeit des Amtes des Liegenschaftsortes für die Verwertung im Sinne der Annahme der Vorinstanz nicht die Rede sein.**

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

27. Entscheid vom 21. Juni 1918

i. S. Leim- und Düngerfabrik Märsstetten.

Art. 815 ZGB. Nachrückungsrecht des an einem nachgehenden Grundpfandtitel Faustpfandberechtigten. — Kollokation im Konkurs. Art. 250 SchKG.

A. — Unterm 21. Oktober 1916 meldete die Rekurrentin im Konkurs des Anton Frank in Buochs eine Forderung im Betrage von 7975 Fr. 80 Cts. an und verlangte für dieselbe ein Faustpfandrecht an einem im Eigentum des Kridaren befindlichen, auf dessen Liegenschaft Langmatt haftenden Schuldbrief per 9000 Fr. Diesem Schuldbrief ging im Rang unmittelbar voran ein solcher über 5000 Fr., den der Kridar einem Alb. Müller für eine Forderung im Betrage von 4285 Fr. 50 Cts. zu Faustpfand gegeben hatte. Beide Forderungen und Faustpfandrechte wurden im Konkurs zugelassen und zwar wurden sie vom Konkursamt so kolloziert, dass es die beiden Schuldbriefe unter den grundpfandversicherten Forderungen zu Gunsten des Kridaren, und sodann unter den faustpfandversicherten Guthaben die Forderung Müllers und diejenige der Rekurrentin im oben genannten Betrag

und mit dem Vermerk, dass Müller ein Faustpfandrecht an dem 5000 Fr.-Schuldbrief und die Rekurrentin ein solches an dem nachgehenden 9000 Fr.-Schuldbrief habe, auführte. Diese Kollozierung wurde nicht angefochten.

In der Folge wurde die Langmatt versteigert, wobei der 5000 Fr.-Brief herausgeboten wurde, während der der Rekurrentin verpfändete ungedeckt blieb.

Mit Zuschrift vom 25. Januar 1918 verlangte darauf die Rekurrentin, das Konkursamt solle ihr in Anwendung des Art. 815 ZGB den nach Deckung der Forderung Müller noch übrig bleibenden ca. 500 Fr. ausmachenden Teil des auf den fraglichen 5000 Fr.-Brief entfallenden Steigerungserlöses zuweisen. Denn da der Kridar nicht den ganzen Brief verpfändet habe, sei hier eine leere Pfandstelle vorhanden, in die sie nachrücken könne.

Das Konkursamt fasste dieses Begehren dahin auf, die Rekurrentin verlange an dem an Müller verpfändeten Schuldbrief ein nachgehendes Faustpfandrecht. Es handle sich somit, da dieses Begehren in der Eingabe der Rekurrentin vom 21. Oktober 1916 nicht gestellt worden sei, um eine verspätete Konkurseingabe im Sinne des Art. 251 SchKG. Diese Eingabe sei aber abzuweisen, weil die Rekurrentin ihr nachgehendes Faustpfandrecht nicht bewiesen habe und was den Art. 815 anbelange, so komme derselbe nur für Grundpfand- nicht für Faustpfandgläubiger in Frage. Zugleich mit diesem abweisenden Entscheid setzte das Konkursamt der Rekurrentin Frist zur Kollokationsklage auf Anerkennung ihrer verspäteten Eingabe an.

B. — Hierüber beschwerte sich die Rekurrentin bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, indem sie beantragte, es sei die Klagefristansetzung aufzuheben und das Konkursamt anzuweisen, den Kollokationsplan dahin zu ergänzen, dass der nach Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger verbleibende Rest des Steigerungserlöses im Betrage von ca. 500 Fr. ihr als der im Range nachfolgenden Pfandgläubigerin anzuweisen sei. Das Kon-