

tümer, welcher das Pfandrecht an einem Teil der Mietzinsen aus dem genannten Grund bestreiten will, die Rechtsvorschlagsfrist verkürzt oder er gar auf den ihn mit Kosten belastenden Behelf des nachträglichen Rechtsvorschlages verwiesen würde. Dies kann auch ohne weiteres dadurch vermieden werden, dass die Bestreitung des Pfandrechts an den gesperrten Mietzinsen noch während zehn Tagen seit dieser Anzeige zugelassen wird. Demnach hat das Betreibungsamt auf eine solche Bestreitung hin, auch wenn sie nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist, aber immerhin binnen zehn Tagen seit dem Erlass der Anzeige gemäss Art. 92 VZG erfolgt, den Gläubiger aufzufordern, innerhalb zehn Tagen Klage auf Feststellung des bestrittenen Mietzinspfandrechts anzuheben, und es bleibt die Sperre nur dann in vollem Umfang bestehen, wenn dies geschieht, während sie andernfalls für den bestrittenen Teil ohne weiteres dahinfällt. Für die teilweise Aufhebung der Sperre durch die Aufsichtsbehörden ist somit kein Raum.

3. — Die Entscheidung darüber, ob die Rekursgegner mit ihrer Bestreitung noch jetzt zuzulassen seien, weil sie der ihnen nach dem Formular Nr. 6 zur VZG gemachten Anzeige nicht entnehmen konnten, dass sie auch noch nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist das in Art. 93 VZG vorgeschriebene Verfahren in Gang zu setzen vermöchten, insbesondere ob sie zu diesem Zweck binnen drei Tagen nach Empfang dieses Entscheides einen nachträglichen Rechtsvorschlag gemäss Art. 77 SchKG zu erheben haben, steht nicht den Aufsichtsbehörden, sondern dem zur Beurteilung nachträglicher Rechtsvorschläge, eventuell dem zur Beurteilung der Klage auf Feststellung des bestrittenen Pfandrechts zuständigen Richter zu.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :

Der Rekurs wird begründet erklärt, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Beschwerde der Schuldner abgewiesen.

45. Entscheid vom 2. Oktober 1923

i. S. Hettinger und Genossen.

Art. 117 VZG : Verfahren nach Art. 117 VZG setzt rechtskräftig gewordene Verteilungsliste voraus. Zweck des Verfahrens. Unterlassung der Fristansetzung ist Rechtsverweigerung. Befristung der Beschwerde (Erw. 2). — Baupfandgläubiger, die Klage aus Art. 841 ZGB erhoben haben, ohne dass ihnen gemäss Art. 117 VZG Frist angesetzt worden ist, sind berechtigt, sich auf Grund von Art. 117 VZG der Verteilung des Steigerungserlöses zu widersetzen (Erw. 3). — Vorschrift des Art. 117 VZG ist nicht der öffentlichen Ordnung wegen erlassen, doch muss ihr von Amtes wegen nachgelebt werden, solange die Berechtigten nicht darauf verzichten (Erw. 4).

A. — Im Konkurse von Friedrich Baumann-Bühler in Riehen kamen die Liegenschaften Pfaffenlohweg Nr. 25 und 27 am 31. August 1922 zur zweiten Versteigerung. Auf beiden Grundstücken lasteten laut Kollokationsplan vom 17. März 1922 und dem Gantprotokoll im ersten Rang eine Kredithypothek zu Gunsten der Basler Kantonalbank, im zweiten Rang eine Sicherstellungshypothek zu Gunsten des Baumeisters Adam Helfmann, in Haltingen, und im dritten Rang sechs Baupfandrechte zu Gunsten von Werkforderungen für die auf den beiden Liegenschaften erstellten Neubauten. Die Liegenschaften wurden vom zweiten Pfandgläubiger Adam Helfmann ersteigert, wobei er als Pfandgläubiger zum Teil, die Baupfandgläubiger dritten Ranges jedoch gänzlich zu Verlust kamen. Das Konkursamt Basel-Stadt unterliess es, den Baupfandgläubigern gemäss Art. 117 der Verordnung des BG über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG) zur Geltendmachung allfälliger Ansprüche aus Art. 841 Abs. 1 ZGB auf Deckung ihres Ausfalls aus dem den vorgehenden Pfandgläubigern zufallenden Verwertungsanteil Frist anzusetzen. Es erstellte die Ver-

teilungsliste und gab den Grundpfandgläubigern am 26. September 1922 durch Auszüge Kenntnis davon. Die Liste wurde nicht angefochten und das Konkursamt rechnete am 7. Oktober 1922 ab.

Am 6. Dezember darauf verlangten die Bauhandwerker Hettinger (als Rechtsnachfolger der Bremer Linoleum-A.-G.), sodann August Friedlin-Gisin, Fr. Pfeiffer und Fritz Gassner-Fiedel, denen allen nach dem Gantprotokoll ein Baupfandrecht zustand, sowie Wilhelm Voigt und Gustav Heitz, die jedoch nach dem Gantprotokoll nicht baupfandberechtigt sind, durch einen gemeinsamen Vertreter, dass ihnen das Konkursamt im Sinne von Art. 117 VZG zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aus Art. 841 ZGB Frist ansetze. Das Konkursamt erachtete laut seinem Schreiben vom 4. Januar 1923 diese Fristansetzung für zwecklos, da die Abrechnung und Verteilung des Ganterlöses am 9. Oktober 1922 in Rechtskraft erwachsen seien; es hielt dafür, dass den Baupfandgläubigern aus der Unterlassung der Fristansetzung keinerlei Nachteil erwachsen sei; sie könnten die Anfechtungsklage gemäss Art. 841 ZGB gegen Helfmann immer noch anstrengen; übrigens habe eine Zuweisung des Ganterlöses an das Grundpfand Helfmanns nicht stattfinden können, da dieser als Grundpfandgläubiger und Ersteigerer den geschuldeten Kaufpreis mit seiner Pfandforderung verrechnet habe; die Liegenschaftsverwaltung habe daher den Erlös nicht etwa bis nach Erledigung der Ansprüche der Baupfandgläubiger zurückbehalten können; eine Klage auf Einzahlung des Kaufpreises müsse daher in jedem Falle gestellt werden; da übrigens die Fristansetzung nur bezwecke, für die Verteilung des Erlöses eine klare Situation zu schaffen und die Verteilung in absehbarer Zeit zu ermöglichen, erachte sie eine solche zur Einreichung der Anfechtungsklage gegen Helfmann nicht für notwendig.

Darauf erhoben die genannten Bauhandwerker Klage

aus Art. 841 ZGB gegen Helfmann. Dieser bestritt ihnen aber die Aktivlegitimation, mit dem Hinweis darauf, dass ihnen nicht gemäss Art. 117 VZG Frist zur Klageanhebung angesetzt worden sei. Daher drang der Vertreter der klagenden Bauhandwerker neuerdings beim Konkursamt auf Ansetzung einer Klagefrist. Mit Verfügung vom 27. Juni 1923 lehnte dieses das Begehren endgültig ab. Gegen diese Verfügung beschwerten sich die sechs genannten Bauhandwerker am 7. Juli mit dem Antrag, das Konkursamt sei anzuhalten, «sämtlichen Bauhandwerkern, soweit sie noch nicht geklagt hätten, eine Klagefrist gemäss Art. 117 VZG anzusetzen, und es sei nach Feststellung der Rangordnung der pfandversicherten Gläubiger durch den Richter die Verteilungsliste aufzulegen und die Verteilung im Sinne des richterlichen Urteils vorzunehmen.»

B. — Mit Entscheid vom 10. September 1923 hat die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt des Kantons Basel-Stadt die Beschwerde von Voigt und Heitz wegen mangelnder Aktivlegitimation, die der übrigen Beschwerdeführer wegen Verspätung, mangelnder Legitimation und als materiell gegenstandslos abgewiesen.

C. — Diesen Entscheid haben die Beschwerdeführer an das Bundesgericht weitergezogen. Sie erneuern ihren Antrag dahin, das Konkursamt sei anzuweisen, im Sinne von Art. 117 und 132 VZG zu verfahren und nach Rechtskraft des richterlichen Urteils eine neue Verteilung gemäss diesem Urteil nach Art. 841 ZGB vorzunehmen, sofern der Richter dafür halte, dass Helfmann den den Bodenwert übersteigenden Erlös aus seinen beiden Grundpfändern an die Bauhandwerker herauszugeben habe. Sodann ergänzen sie den Antrag dahin, Helfmann sei zu verhalten, diesen Mehrerlös auf dem Konkursamt zu hinterlegen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :

1. — Die Feststellung der Vorinstanz, dass den beiden Rekurrenten Voigt und Heitz kein Baupfandrecht im Sinne von Art. 837 Ziff. 3 ZGB zustehe, ist unangefochten geblieben. Ihr Rekurs ist daher ohne weiteres wegen mangelnder Legitimation abzuweisen.

2. — Dagegen hat die Vorinstanz die Beschwerde der vier andern Rekurrenten zu Unrecht deshalb für verspätet erklärt, weil sie nicht innert zehn Tagen seit Auflegung der Verteilungsliste erhoben worden ist. Die Verfahrensvorschrift des Art. 117 VZG bezweckt keineswegs die Anfechtung der Verteilungsliste zu ermöglichen, sondern sie will den Baupfandgläubigern, die bei der Verwertung des Grundpfandes zu Verlust gekommen sind, ein wirksameres Mittel zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aus Art. 841 ZGB auf Ersatz des Ausfalles aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger in die Hand geben. Es soll dadurch vermieden werden, dass dieser Anspruch der Baupfandgläubiger illusorisch werde, etwa dadurch, dass die vorgehenden Pfandgläubiger ihren Verwertungsanteil in Empfang nehmen und darüber verfügen, trotzdem sie zahlungsunfähig sind oder es bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Baupfandgläubigeransprüche werden. Wenn und soweit die Klage gutgeheissen wird, hat das Amt den Baupfandgläubigern die ihnen auf Grund des Urteils zukommenden Betreffnisse aus dem Verwertungsanteil des vorgehenden Pfandgläubigers zuzuweisen. Das bedeutet nicht eine Abänderung der aufgelegten Verteilungsliste, sondern die Zuweisung hat auf Grund einer besonderen Liste zu erfolgen, die sich ausschliesslich mit der Verteilung des den ganz oder teilweise obsiegenden Baupfandgläubigern zukommenden Verwertungsergebnisses zu befassen hat. Art. 117 VZG setzt voraus,

dass die allgemeine Verteilungsliste in Rechtskraft erwachsen sei ; denn erst in diesem Falle ist der Verwertungsanteil des vorgehenden Pfandgläubigers, auf den die Baupfandgläubiger allfällig einen Anspruch erheben können, festgestellt, und weiss das Amt, ob die Baupfandgläubiger überhaupt zu Verlust gekommen seien und ob es daher das Verfahren des Art. 117 VZG einzuschlagen und den Baupfandgläubigern Frist anzusetzen habe oder nicht. Die Auflage der Verteilungsliste hat daher für den Fristbeginn einer Beschwerde gegen die Unterlassung der Fristansetzung nach Art. 171 VZG nichts zu bedeuten.

Daraus folgt, dass die Baupfandgläubiger jederzeit das Recht haben müssen, gegen ein Amt, das ihnen entgegen der Vorschrift des Art. 117 VZG nicht Frist ansetzt, auf dem Beschwerdewege vorzugehen. Denn diese Unterlassung bedeutet die Verweigerung einer Rechtshilfe, wie sie die VZG gewährleistet. Die Beschwerde ist allerdings dann befristet, wenn das Amt durch eine den Beschwerdeberechtigten zur Kenntnis gegebene Massnahme ausdrücklich verfügt, dass eine Fristansetzung im Sinne von Art. 117 VZG nicht erfolge, und die Frist läuft in diesem Falle von dem Zeitpunkt der Kenntnissgabe dieser Massnahme an. Im vorliegenden Falle hat nun das Konkursamt Basel-Stadt allerdings schon in seinem Schreiben vom 4. Januar den Standpunkt eingenommen, es erachte eine Fristansetzung nicht für notwendig. Es lag hierin aber mehr die Äusserung einer Rechtsauffassung des Amtes als eine eigentliche Verfügung. Das erhellt mit aller Deutlichkeit aus der Art und Weise, wie sich das Amt nachträglich wieder auf Verhandlungen über die Fristansetzung eingelassen hat ; es erklärte in seinem Schreiben vom 27. Juni, es sei in einer Besprechung, die auf jenen Brief (vom 4. Januar) hin erfolgte, mit dem Vertreter der Rekurrenten übereingekommen, « mit dem endgültigen Entscheide über die Fristansetzung

zuzuwarten», und es stehe nun nicht an, die verlangte Verfügung zu treffen. Erst in diesem Schreiben vom 27. Juni liegt somit eine endgültige Verfügung, von der an die Beschwerdefrist zu laufen begann. Die am 7. Juli, also innert zehn Tagen eingereichte Beschwerde ist daher nicht verspätet.

3. — Die Beschwerde ist auch, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, nicht gegenstandslos. Sie bezweckt in erster Linie, das Amt verhalten zu lassen, dass es mit der Zuweisung des Steigerungserlöses an den den Baupfandgläubigern vorgehenden Pfandgläubiger bis zur gerichtlichen Austragung der Ansprüche der Rekurrenten aus Art. 841 ZGB zuwartet und dann dem Urteil gemäss die Verteilungsliste ergänze. Dieses Begehren erscheint ohne weiteres begründet. Denn auch die Baupfandgläubiger, die, obwohl ihnen keine Frist angesetzt wurde, bereits Klage aus Art. 841 ZGB angehoben haben, sind zweifellos berechtigt, sich auf Grund von Art. 117 VZG der Verteilung des Steigerungserlöses zu widersetzen. Das hat zur Folge, dass die ungeachtet dieses Rechtes der Baupfandgläubiger erfolgte Abrechnung des Konkursamtes dahinfällt, und das Amt die Verteilungsliste zu ergänzen hat, je nachdem die klagend aufgetretenen Baupfandgläubiger ganz oder teilweise im Prozesse gegen Helfmann obsiegen.

4. — In zweiter Linie will die Beschwerde das Konkursamt einladen lassen, den Baupfandgläubigern, die eine Klage aus Art. 841 ZGB noch nicht erhoben haben, die Frist des Art. 117 VZG anzusetzen. Zu Unrecht hat die Vorinstanz dieses Begehren infolge mangelnder Bezeichnung dieser Baupfandgläubiger für unzulässig erklärt. Das Amt kannte, wie sich aus seiner Vernehmlassung und den übrigen Akten ergibt, sämtliche Baupfandgläubiger, und die Rekurrenten waren daher der Pflicht enthoben, sie namentlich aufzuzählen. Allerdings waren sie nicht deshalb befugt, für sie zu handeln,

weil, wie sie geltend machen, die Pflicht zur Fristansetzung gemäss Art. 117 VZG der öffentlichen Ordnung willen statuiert worden wäre und daher jedermann das Recht hätte, auch ohne besondere Vollmacht für jene Baupfandgläubiger handelnd aufzutreten. Mit Art. 117 VZG wollten lediglich die Interessen der Baupfandgläubiger geschützt werden; diese können ausdrücklich oder stillschweigend auf die Fristansetzung verzichten, geradesogut, wie es ihnen frei steht, ihre Ansprüche aus Art. 841 ZGB geltend zu machen oder nicht. Dennoch ist die Vorschrift des Art. 117 VZG derart, dass ihre Unterlassung den ordnungsmässigen Gang des Verfahrens und dadurch begründete Parteirechte verletzt. Es muss ihr daher von Amtes wegen nachgelebt werden, und die Aufsichtsbehörden haben das Amt zu ihrer Beobachtung zu verhalten, solange nicht — und hier ist das offensichtlich nicht der Fall — die Beteiligten auf dieses Parteirecht verzichtet haben. Das Konkursamt Basel-Stadt ist daher einzuladen, den Baupfandgläubigern, die eine Klage aus Art. 841 ZGB gegen Helfmann noch nicht erhoben haben, gemäss Art. 117 VZG Frist anzusetzen. Dagegen kann auf das Begehren, Helfmann sei zu verhalten, den den Bodenwert der beiden Grundstücke übersteigenden Verwertungsanteil zu hinterlegen, nicht eingetreten werden, da dieser Antrag erst vor Bundesgericht gestellt worden ist.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :

Der Rekurs der beiden Rekurrenten Voigt und Heitz wird abgewiesen, derjenige der übrigen Rekurrenten im Sinne der Motive gutgeheissen.