

senschaftskonkurs vorliegt, nach dessen Abschluss der Konkurschuldner nicht mehr belangt werden kann. Die Berufung des Beklagten erweist sich damit als unzulässig. Somit hat es beim Urteil des Obergerichtes sein Bewenden, auch wenn bei richtiger Streitwertberechnung bereits in den kantonalen Instanzen allenfalls ein anderes Verfahren hätte Platz greifen müssen.

3. — Wo die Zuständigkeit der kantonalen Gerichte nach dem anwendbaren Prozessrecht vom Streitwert abhängig ist und dieser in gleicher Weise berechnet wird, wie es hier für die bundesgerichtliche Kompetenz geschieht, sollten den Klägern von vornherein Angaben über die massgebende Konkursdividende zur Verfügung stehen. Daher wird unerlässlich sein, die Konkursämter (durch Ergänzung der Konkursverordnung) anzuweisen, jeweils im aufzulegenden Kollokationsplane auf Grund der Schätzung der Aktivmasse und auf Grund der mutmasslichen Kosten und der im Plane zugelassenen Gläubigeransprüche die zu erwartende Höchstdividende, allfällig auch privilegierter Klassen, anzugeben, ebenso bei Auflegung eines Nachtrages gemäss Art. 251 SchKG die Höchstdividenden, die nach der nun gegebenen Sachlage zu erwarten sind. Darauf wird sich dann jeder Kollokationskläger bei Einleitung des Prozesses verlassen können, indem sich darnach die (erstinstanzliche) Zuständigkeit und das einzuschlagende Verfahren zu richten hat. Ob eine Revision dieser Grundlage des Streitwertes im weiteren Verlauf des Prozesses, namentlich bei Prüfung der Zulässigkeit einer Weiterziehung, vorzubehalten sei, mag hier offen bleiben.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

Poursuite et faillite.

ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER

ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES ET DES FAILLITES

10. Entscheid vom 17. März 1939 i. S. Lienhard und Girsberger.

Die Pfändung von *Eigentümergepfändungstiteln* ist abzulehnen, wenn diese Titel, zusammen mit der übrigen pfändbaren Fahrhabe, nicht genügend Deckung bieten und die Liegenschaft selbst gepfändet werden muss, sowie wenn die Liegenschaft bereits für andere Forderungen gepfändet ist. Art. 13 und 35 VZG.

— *Gesonderte Verwertung solcher Titel ist nicht zulässig*, auch wenn sie, allenfalls nebst anderer Fahrhabe, gepfändet sind und erst nach Ablauf der Teilnahmefristen die Liegenschaft gepfändet wurde. In diesem Falle nehmen jedoch die Gläubiger, für die die Titel gepfändet sind, am Erlös aus der Liegenschaftsverwertung mit dem aus ihrer frühern Pfändung hervorgehenden Vorrecht teil. Art. 35 Abs. 2 VZG.

Hinfall einer Pfändung mangels genügenden Steigerungsangebotes (Art. 127 Abs. 3 und 142 Abs. 3 SchKG): trifft die Betreibung(en), wofür die Verwertung angebeht wurde, während andere Pfändungen des nämlichen Gegenstandes, für nachgehende Gläubiger im Sinne von Art. 110 Abs. 3 SchKG, aufrecht bleiben.

La saisie de titres hypothécaires créés au nom du propriétaire doit être refusée si, y compris les autres meubles du débiteur, ces titres ne suffisent pas à couvrir la créance en poursuite et qu'il soit nécessaire de saisir l'immeuble lui-même. Il en est de même si l'immeuble est déjà saisi en garantie d'autres créances. Art. 13 et 35 ORI.

Même si l'immeuble n'a été saisi qu'après l'expiration des délais de participation à la saisie mobilière, ces titres (qu'ils aient été saisis seuls ou avec d'autres meubles) ne seront pas vendus séparément, mais le créancier au bénéfice de la saisie mobilière participera dans ce cas au produit de la réalisation de l'immeuble avec le privilège que lui assure l'antériorité de sa saisie. Art. 35 al. 2 ORI.

Caducité de la saisie résultant du défaut d'offre suffisante (Art. 127 al. 3 et 142 al. 3 LP). Elle atteint la ou les poursuites pour lesquelles la réalisation a été demandée, mais les autres saisies du même objet en faveur des créanciers subséquents, au sens de l'art. 110 al. 3, LP subsistent.

Il *pignoramento di titoli ipotecari creati al nome del proprietario* va rifiutato se questi titoli, insieme cogli altri beni mobili pignorabili, non sono sufficienti a coprire il credito in escussione e devesi pignorare l'immobile stesso, come pure se l'immobile è già pignorato a garanzia di altri crediti. Art. 13 e 35 RRF.

Una vendita separata di tali titoli non è lecita, anche se essi, eventualmente con altri mobili, sono pignorati e soltanto dopo la scadenza dei termini di partecipazione è stato pignorato l'immobile. In tale caso i creditori, pei quali i titoli sono pignorati, partecipano tuttavia, col privilegio che loro accorda la precedenza del loro pignoramento, al ricavo ottenuto dalla vendita dell'immobile. Art. 35 cp. 2 RRF.

La caducità del pignoramento per mancanza di offerta sufficiente (Art. 127 cp. 3 e 142 cp. 3 LEF) colpisce il pignoramento od i pignoramenti, pei quali è stata chiesta la realizzazione, ma non gli altri pignoramenti del medesimo oggetto a favore di creditori susseguenti a' sensi dell'art. 110 cp. 3 LEF.

Die Liegenschaft des Schuldners Baumann war gepfändet für die Gläubiger Lienhard und Girsberger, sodann im Sinne von Art. 110 Abs. 3 SchKG nachgehend für Marthaler und weiterhin nachgehend für Baur. Sie gelangte auf Begehren der zwei erstgenannten Gläubiger auf erste und mangels genügenden Angebotes dann am 8. September 1938 auf zweite Steigerung, die gleichfalls erfolglos blieb. Darauf erwirkten diese beiden Gläubiger wie auch Marthaler, der seinerzeit auch Verwertung verlangt, das Verwertungsbegehren aber wieder zurückgezogen hatte, Nachpfändung eines auf der Liegenschaft im zweiten Range lastenden Eigentümer Schuldbriefes von Fr. 17,000.—, woran von dritter Seite Faust- und Nachpfandrechte geltend gemacht wurden. Auf Beschwerde des Schuldners hob die untere Aufsichtsbehörde am 17. November 1938 diese Nachpfändung auf. Lienhard und Girsberger zogen diesen Entscheid mit dem Begehren um Wiederherstellung der Nachpfändung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde, und sie halten an diesem Begehren auch mit dem vorliegenden Rekurs gegen den sie abweisenden kantonalen Entscheid vom 26. Januar 1939 fest.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :

1. — Schuldbriefe und Gülten, die auf eigener Liegenschaft des Schuldners lasten, gleichgültig ob er sie gar nicht begeben oder später (zurück-) erworben hat, also Eigentümerpfandtitel im weitern Sinne, können nach der Praxis der Vollstreckungsbehörden gepfändet und verwertet werden (BGE 62 III 113). Daran ist jedenfalls solange festzuhalten, als nicht die Gerichte in massgebender Weise die sogenannte Kreationstheorie ablehnen, wonach Pfandtitel schon in der Hand des Ausstellers, bevor sie begeben werden (und natürlich ebenso, wenn er sie später zurückerwirbt), wirkliche Vermögensgegenstände darstellen. Übrigens fragt sich, ob die Vollstreckungsbehörden nicht auch bei Annahme der Begebungstheorie die gleiche Verfügungsbefugnis (kraft Pfändungs- und Verwertungsgewalt) für sich in Anspruch nehmen könnten, wie sie dem Titeleigentümer selbst nach Sachenrecht zusteht. Erscheint die Pfändung derartiger Titel unter dem einen oder andern der erwähnten Gesichtspunkte an und für sich zulässig, so kann ihr nicht etwa ohne weiteres entgegengehalten werden, der im Titel enthaltene Grundpfandwert werde in der Regel durch Verwertung der Liegenschaft besser nutzbar gemacht als durch Verwertung des Pfandtitels. Vielmehr ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass der Schuldner oft ein sehr beträchtliches Interesse hat, die Liegenschaft zu behalten. Kann dies durch Pfändung und Verwertung solcher Titel, allenfalls neben anderer Fahrhabe, erreicht werden, indem der dabei zu erzielende Erlös zur Deckung der in Betreuung stehenden Forderungen ausreicht, so verlangt auch das Interesse der Gläubiger keine Liegenschaftsverwertung.

Die Pfändung von Eigentümerpfandtiteln ist jedoch abzulehnen, wenn die pfändbare Fahrhabe mit Einschluss derselben nicht genügende Deckung bietet und die Liegenschaft selbst gepfändet werden muss, oder wenn sie bereits

für irgendwelche Forderungen gepfändet ist. Das ergibt sich aus Art. 13 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 VZG, wo freilich nur der Fall ungenügender Fahrnisdeckung erwähnt ist; doch ist dabei von einer Pfändung von Eigentümpfandtiteln eben deshalb abzusehen, weil solche Pfändung *neben* der Pfändung der Pfandliegenschaft nicht stattfinden kann, was umsomehr im zweiterwähnten Fall zutreffen muss. Dementsprechend sind die erwähnten Bestimmungen auch noch dahin klarzustellen, dass nichts darauf ankommt, ob beim Pfändungsvollzug die Pfändung der Liegenschaft mangels genügender Fahrnisdeckung sich ohne weiteres als notwendig herausstellt, oder ob diese Sachlage erst im Laufe der Teilnahmefristen zufolge Bildung einer Gläubigergruppe eintritt; im letztern Falle ist die zunächst als genügend vollzogene Pfändung der Eigentümertitel in blosse Verwahrung umzuwandeln. Damit soll der Frage nicht vorgegriffen sein, ob auch bei ungenügender Fahrnisdeckung unter Umständen von der Pfändung der Liegenschaft abgesehen werden könne, dann nämlich, wenn deren Verwertung (wie etwa, wenn hinter den verwertbaren Eigentümertiteln noch andere Grundpfandrechte errichtet sind) ein noch ungünstigeres Ergebnis erwarten lässt. Wie dem auch sei, hindert jedenfalls das tatsächliche Vorliegen einer (rechtskräftigen) Pfändung der Liegenschaft nach Art. 35 Abs. 2 VZG unbedingt eine gesonderte Verwertung darauf lastender Eigentümertitel, und diese fallen bei der Verwertung der Liegenschaft, soweit sie nicht mit Faustpfandrechten belastet sind, ausser Betracht und sind zu löschen (Art. 815 ZGB und Art. 68 VZG; vgl. auch Art. 75/76 der Konkursverordnung). Eine Pfändung von Eigentümertiteln neben der Pfändung der Liegenschaft hätte daher gar keinen Zweck. Wenn Art. 35 Abs. 2 VZG bestimmt, dass ebenso wie verpfändete auch « gepfändete » Eigentümertitel ihrem Range entsprechend mit dem Betrage der Forderung, für die sie gepfändet sind, in das Lastenverzeichnis gehören, so soll damit nur der Rechtslage Rechnung getragen sein, die sich

ergibt, wenn ein solcher Titel allein oder mit anderer Fahrnis (für einen oder mehrere Gläubiger) gepfändet wurde und es dann erst nach Ablauf der Teilnahmefristen zur Pfändung der Liegenschaft kam. In diesem Falle ist zwar eine gesonderte Verwertung des Eigentümertitels gleichfalls ausgeschlossen; kraft der aus der frühern Pfändung hervorgehenden Vorrechte haben aber jene Gläubiger am Erlös der Liegenschaft in der Weise teilzunehmen, dass ein Überschuss über die vorab zu deckenden Pfandforderungen ihnen vorzugsweise zufällt.

2. — Für die Rekurrenten handelte es sich nicht um die Wahrung von Vorrechten, sondern um die Nachpfändung eines Eigentümerschuldbriefes, nachdem ihre Betreibungen hinsichtlich der auch an der zweiten Steigerung erfolglos ausgetretenen Liegenschaft gemäss Art. 142 Abs. 3 SchKG dahingefallen waren. Da die Liegenschaft selbst nicht nachgepfändet werden konnte (Art. 84 Abs. 2 VZG), war die Nachpfändung dieses Eigentümertitels nicht an die Voraussetzung gebunden, dass er (mit weiterer Fahrnis) genügend Deckung biete. Die Vorinstanz hat sie aber mit Recht abgelehnt, weil die Liegenschaft für Marthaler und Baur gepfändet blieb, also nach wie vor eine Pfändung des Eigentümertitels gar nicht statthaft war. Ihr Hinweis auf die für die Pfandverwertung aufgestellte Vorschrift des letzten Satzes von Art. 120 VZG ist zwar nicht schlüssig. Wenn darnach nur der betreibende Pfandgläubiger, d. h. nach Art. 105 VZG derjenige, der das Verwertungsbegehren gestellt (und aufrechterhalten) hatte, einen Pfandausfallschein erhält, somit auch nur *sein* Pfandrecht gemäss Art. 111 VZG zu löschen ist, so erklärt sich dies aus der zivilrechtlichen und dinglichen Natur der Pfandbelastungen. In der Tat wäre nicht einzusehen, weshalb ein dingliches Recht, das nicht Gegenstand des Verwertungsbegehrens war, gleichfalls liquidiert werden müsste, da doch die ohne Erfolg auf zwei Steigerungen gelangte Liegenschaft im Eigentum des Betriebenen bleibt. Die Stellung von Pfändungsgläubigern lässt sich nicht

einfach durch analoge Anwendung dieser Bestimmung festlegen. Ihnen stehen keine dinglichen Rechte kraft Zivilrechtes, sondern lediglich Beschlags- und Verwertungsrechte kraft des gegen den Schuldner eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens zu. Der Vorinstanz ist jedoch zuzugeben, dass keine genügenden Gründe die Ausdehnung von Art. 142 Abs. 3 SchKG auf Pfändungsgläubiger, die nicht gleichfalls das Verwertungsbegehren gestellt (und aufrechterhalten) hatten, gebieten; jedenfalls können nachgehende Pfändungsgläubiger (im Sinne von Art. 110 Abs. 3 SchKG) keineswegs als mitbetreibend gelten, wenn sie nicht ebenfalls die Verwertung angebeht hatten. Weder ist aus dem Recht jedes Pfändungsgläubigers, selbständig die Verwertung zu verlangen (Art. 116/7 SchKG), ein Anspruch darauf herzuleiten, dass bei misslungener Verwertung auch die Pfändungsrechte nachgehender Pfändungsgläubiger dahinfallen; noch ist dem Schuldner das Recht eingeräumt, sich der wiederholten Durchführung von Steigerungen auf Begehren solcher Pfändungsgläubiger zu widersetzen — zumal er oft, wie anscheinend auch hier, ein entgegengesetztes Interesse hat, um der Ausstellung von Verlustscheinen durch Abzahlungen und gütliche Einigung mit den betreffenden Gläubigern zuvorzukommen —; noch braucht endlich das Schicksal solcher nachgehender Pfändungsgläubiger um ihrer selbst willen mit dem des « betreibenden » verbunden zu werden. Ihr Interesse mag mitunter durch Aufrechterhaltung der Pfändung, in andern Fällen durch deren Hinfall im Sinne von Art. 142 Abs. 3 SchKG und Art. 84 VZG besser gewahrt sein. Es ist ihnen zuzumuten, die Verwertung gleichfalls anzubegehren, wenn sie als betreibende Gläubiger im Sinne dieser Bestimmung gelten wollen. Geschieht es nicht, so bleibt ihre Pfändung durch die erfolglosen Verwertungsmassnahmen unberührt. Nach Hinfall der ihnen vorgehenden Pfändungen sind alsdann sie in der Lage, bei einer neuen Verwertung den Betrag ihrer eigenen Forderungen herausbieten zu können, ohne Barzahlung dafür leisten zu müssen — eine

Verwertungsmöglichkeit, die auch im Interesse des Schuldners gewahrt zu werden verdient.

Blieben somit die Pfändungsrechte der nachgehenden Gläubiger Marthaler und Baur bestehen, so tritt noch hinzu, dass Baur erst im Juli 1938 das Pfändungsbegehren gestellt hatte und daher die Verwertung noch gar nicht anbegehren konnte. Um so weniger geht es an, seine Pfändungsrechte durch die erfolglose Steigerung vom 8. September 1938 erledigt zu erklären. Der Einwand der Rekurrenten endlich, die in Frage stehenden Pfändungen seien nun auf alle Fälle während des Beschwerde- und Rekursverfahrens zufolge Zahlung der Forderungen oder Rückzuges der Pfändungsbegehren (laut betreibungsamtlicher Bescheinigung) dahingefallen, scheidet daran, dass die Liegenschaft bei Ausfällung des Entscheides der untern Aufsichtsbehörde noch für Baur gepfändet war, wie sich aus dem Bericht des Betreibungsamtes in oberer Instanz ergibt. Die Beschwerde des Schuldners wurde daher mit Recht zugesprochen, und es kann dahingestellt bleiben, ob eine Pfändung des Eigentübertitels nun seither möglich geworden sei.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

11. Arrêt du 16 avril 1939 dans la cause Gilles.

Portée de la décision d'insaisissabilité.

Le créancier qui requiert un séquestre sur la base d'un acte de défaut de biens provisoire ou définitif (art. 271 ch. 5 LP) peut en obtenir l'exécution même sur des biens qui ont été déclarés insaisissables dans la poursuite qui a abouti à la délivrance du titre en vertu duquel il agit; l'office doit statuer à nouveau sur la saisissabilité (changement de jurisprudence). La décision antérieure ne lie les autorités de poursuite que si le créancier, titulaire d'un acte de défaut définitif, se borne à continuer la poursuite au sens de l'art. 149 al. 3 LP sans faire notifier un nouveau commandement de payer.