

Motifs :

1. — (Recevabilité de la plainte au regard de l'art. 17 LP.)

2. — C'est à tort que le recourant conteste que dame Muller soit en droit d'invoquer l'art. 109 LP. Le fait que c'est dame Muller et non son mari qui est titulaire du permis de circulation ne suffirait pas sans doute pour justifier l'application de cette disposition. Celle-ci suppose en effet, sinon que le tiers revendiquant soit seul détenteur de la chose saisie, du moins qu'il ait, comme le débiteur, un certain pouvoir de fait sur elle. Lorsqu'il s'agit d'une automobile, ce pouvoir de fait se manifestera le plus souvent par une utilisation commune du véhicule par le débiteur et le tiers (cf. RO 67 III 144 et suiv.). Cependant, et ainsi qu'on l'a relevé tout récemment (arrêt Walther, du 12 septembre 1950), ce pouvoir peut se manifester aussi d'une autre façon. Lorsque le tiers revendiquant est une personne qui fait ménage commun avec le débiteur dans une propriété dont elle est elle-même la locataire et que l'automobile est habituellement remise dans un garage faisant partie de la propriété et dans lequel cette personne a libre accès, celle-ci, a-t-on jugé, doit être réputée exercer sur le véhicule un pouvoir de fait équivalant à la possession dont parle l'art. 109 LP. A plus forte raison doit-on admettre que tel est aussi le cas de la femme du débiteur qui vit avec lui dans un appartement loué par elle et qui, de par sa qualité de locataire, bénéficie également du droit de garer l'automobile litigieuse dans une dépendance de la maison.

Au surplus, il ressort de la décision attaquée que le débiteur n'est pas seul à se servir de l'automobile, mais qu'elle est utilisée par les deux époux « pour les besoins d'un travail commun ».

13. **Entscheid vom 26. Juni 1950 i. S. von Gunten.**

Grundpfandverwertung. Frist zur Anfechtung des Lastenverzeichnisses (Art. 140/156 SchKG, 37 ff./102 VZG). Können spätere Tatsachen ein nachträgliches Lastenbereinigungsverfahren rechtfertigen? Jedenfalls nicht die behauptete Tilgung einer nicht in Betreibung stehenden Schuldbriefforderung im letzten Range durch einen Dritten, und wäre es auch allenfalls ohne Eintritt desselben in die Gläubigerrechte. Art. 815 und 873 ZGB, 110 und 168 OR, 140/156 SchKG, 35, 37 ff., 41, 68, 102 VZG.

Réalisation d'un gage immobilier. Délai pour attaquer l'état des charges (art 140/156 LP, 37 et suiv./102 ORI). Des faits nouveaux peuvent-ils justifier une nouvelle procédure d'épuration de l'état des charges? Ce ne serait en tout cas pas le cas d'un paiement par un tiers d'une cédula hypothécaire en dernier rang pour laquelle il n'y a pas eu de poursuite, alors même que la personne qui a payé ne serait pas subrogée dans les droits du créancier. Art. 815 et 873 CC. 110 et 168 CO, 140/156 LP, 35, 37 et suiv., 41, 68, 102 ORI.

Realizzazione di un pegno immobiliare. Termine per impugnare l'elenco degli oneri (art. 140/156 LEF, 37 sgg./102 RRF). Fatti nuovi giustificano un'ulteriore procedura di appuramento dell'elenco-oneri? Non la giustifica, ad ogni modo, il preteso pagamento da parte di un terzo del credito risultante da una cartella ipotecaria di ultimo grado (che non è in esecuzione), e ciò quand'anche il terzo non fosse surrogato nei diritti del creditore. Art. 815 e 873 CC, 110 e 168 CO, 140/156 LEF, 35, 37 sgg., 41, 68, 102 RRF.

A. — Gegen den Rekurrenten ist ein von den Gläubigern der I. und der II. Hypothek angehobenes Grundpfandverwertungsverfahren hängig. Das Betreibungsamt Opfikon stellte am 17. November 1949 das Lastenverzeichnis für die auf den 3. Dezember 1949 angesetzte Steigerung auf. Darin berücksichtigte es im V. (letzten) Rang den Namensschuldbrief von Fr. 15,000.— zu Gunsten der Gebrüder Angst samt verfallenen und laufenden Zinsen (Gesamtbetrag Fr. 16,282.10, wovon Fr. 15,589.70 zu überbinden und Fr. 692.40 bar zu bezahlen). Die Steigerung musste wegen einer die Schätzung betreffenden Beschwerde verschoben werden. Auf den neuen Steigerungstag des 15. Mai 1950 rechnete das Betreibungsamt die Zinsbeträge nach und eröffnete den Beteiligten samt dem Schuldner seine Verfügung am 27. April 1950. Es

beifferte darin den Betrag der V. Hypothek auf Fr. 16,568.95, wovon laut Vermerk im Lastenverzeichnis Fr. 15,239.05 zu überbinden und Fr. 1329.90 bar zu bezahlen seien.

B. — Binnen zehn Tagen seit Erhalt dieser Verfügung beschwerte sich der Schuldner unter anderm mit dem Antrag auf Einsetzung der im V. Range lastenden Forderung «entsprechend ihrer wirklichen Höhe», nämlich die Herabsetzung auf Fr. 1568.95 mit Rücksicht auf eine inzwischen erfolgte Zahlung von Fr. 15,000.—.

C. — In beiden kantonalen Instanzen abgewiesen, hält er mit dem vorliegenden Rekurs an seinem Antrage fest. Eventuell sei das Betreibungsamt anzuweisen, ihm Frist «zur Einleitung des Widerspruchsverfahrens» anzusetzen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

I. — Nach der Darstellung des Rekurrenten haben die Gebrüder Angst bezw. deren Rechtsvorgänger seinerzeit für eine Forderung von Fr. 15,000.— doppelte Sicherheit erhalten. Es sei ihnen ausser dem in Frage stehenden Schuldbrief noch ein solcher im gleichen Betrag auf einer andern Liegenschaft übergeben worden. Diese andere (nicht in Verwertung stehende) Liegenschaft habe mehrmals Hand geändert. Ende März 1950 habe nun der letzte Erwerber diesen Pfandtitel durch Zahlung von Fr. 15,000.— an die Gebrüder Angst abgelöst. Damit sei nach den massgebenden Vereinbarungen deren Forderung aus dem hier in Frage stehenden Schuldbrief im V. Range auf den Restbetrag von Fr. 1568.95 (Wert 15. Mai 1950) gesunken.

Da die Gebrüder Angst dies laut vorinstanzlicher Feststellung bestreiten, können die Aufsichtsbehörden keinesfalls die vom Rekurrenten verlangte Herabsetzung der V. Hypothek im Lastenverzeichnis von sich aus anordnen. Fraglich ist nur, ob die Vorbringen des Rekur-

renten ein nochmaliges Lastenbereinigungsverfahren, das vor den Gerichten auszutragen wäre, hinsichtlich dieser V. Hypothek rechtfertigen (sei es mit oder ohne Verschiebung der Steigerung, wofür Art. 41 in Verbindung mit Art. 102 VZG massgebend wäre). Zuzugeben ist dem Rekurrenten, dass sich dies nicht unbedingt mit dem Hinweis auf die Rechtskraft des Lastenverzeichnisses verneinen lässt. Denn die von ihm behauptete Verringerung der letzten Hypothek könnte unter Umständen tatsächlich eingetreten sein. Bliebe sie unberücksichtigt, so würde dem Ersteigerer der Liegenschaft, sofern der Zuschlagspreis die betreffende Hypothek im vollen in das Lastenverzeichnis aufgenommenen Betrage deckt, der Differenzbetrag zu Unrecht auf den Preis angerechnet, und zwar eben ohne Vorbehalt eines darüber eingeleiteten Lastenbereinigungsverfahrens. Ein solches Ergebnis sollte um der damit verbundenen Schwierigkeiten willen wenn möglich vermieden werden. Wenn in dem von der Vorinstanz erwähnten Urteil (BGE 50 III 26, besonders 31/32) ausgeführt ist, bei Tilgung durch einen Dritten finde in der Regel Subrogation nach Art. 110 OR statt, wodurch der Bestand der Last unberührt bleibe, so ist dies für den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres entscheidend. Nach den Vorbringen des Rekurrenten könnte man es hier sehr wohl mit dem Fall einer Tilgung ohne solche Subrogation zu tun haben. Wie dies sich aber auch verhalten möge, scheidet der Rekurs an folgender Erwägung: Nach den Angaben des Lastenverzeichnisses und nach vorinstanzlicher Feststellung sind die Gebrüder Angst Grundpfandgläubiger, also Titulare des im V. Range lastenden Schuldbriefes. Nun gehen aber Schuldbrief und Gült nicht einmal bei gänzlicher, geschweige denn bei bloss teilweiser Tilgung ohne weiteres unter. Nach Art. 873 ZGB hat der Gläubiger dem Schuldner bei gänzlicher Tilgung den Pfandtitel unentkräftet herauszugeben. Dieser wird dadurch zum Eigentübertitel, über den der Schuldner weiter verfügen kann. Daraus folgt,

dass auch bei der vom Rekurrenten behaupteten teilweisen Tilgung (bis auf den Restbetrag von Fr. 1568.95) die Forderung im getilgten Betrage einfach auf ihn selber übergegangen ist, natürlich im Nachgang zur Restforderung des Gläubigers (vgl. BGE 60 II 189).

Unter diesen Umständen hat der Rekurrent sich nicht darüber zu beschweren, dass die V. Hypothek trotz der behaupteten teilweisen Tilgung unvermindert im Lastenverzeichnis stehen geblieben ist. Wäre diese Behauptung schon bei Aufstellung des Lastenverzeichnisses erhoben worden, so wäre allerdings ein Bereinigungsverfahren am Platze gewesen. Hätte sich dabei die Behauptung im Prozess als richtig erwiesen, und wäre die Hypothek, abgesehen von der Restforderung der Gebrüder Angst, mangels Subrogation eines Dritten auf den Rekurrenten übergegangen, so hätte diesem Sachverhalt im Lastenverzeichnis und auch in den Steigerungsbedingungen Rechnung getragen werden müssen. Denn die Anwendung von Art. 35 Abs. 1 VZG, der (in Verbindung mit Art. 68 Abs. 1 lit. a und Art. 102 VZG) über Art. 815 ZGB hinausgehend auch *nachgehende* Eigentümerhypotheken unberücksichtigt wissen will, hätte dazu führen müssen, für den die Restforderung der Gebrüder Angst allenfalls übersteigenden Betrag des Erwerbspreises Barzahlung statt Überbindung einer zusätzlichen Hypothek an den Erwerber vorzusehen. Dem Rekurrenten steht jedoch kein Recht zu, um dieser Wirkung willen ein nachträgliches Lastenbereinigungsverfahren zu verlangen. Grundsätzlich muss es für die Anwendung von Art. 815 ZGB und Art. 35 Abs. 1 VZG auf den Zeitpunkt der Erstellung des Lastenverzeichnisses ankommen. Wegen einer später eintretenden Änderung der in Frage stehenden Art ein *nachträgliches* Bereinigungsverfahren anzuordnen, wäre nur dann gerechtfertigt und geboten, wenn sich bestimmte Rechte und erhebliche Interessen nur so in genügender Weise wahren liessen. Das trifft hier nicht zu, vielmehr berührt der Streit in keiner Weise die betreibenden Gläu-

biger, und sodann erscheint der Rekurrent (und ebenso allfällige spätere Pfändungsgläubiger bzw. im Konkursfall die Masse) durch das im Rahmen des Zuschlagspreises fortbestehende Grundpfandrecht vollauf gesichert. Endlich werden dem Ersteigerer des Grundstückes aus der Ungewissheit über das Gläubigerrecht an der V. Hypothek keine Nachteile erwachsen. Solange nicht feststeht, in welchem Umfange die Gebrüder Angst allenfalls nicht mehr Schuldbriefgläubiger sind (wobei die Anrechnungsregel von Art. 85 Abs. 1 OR zu beachten sein wird), kann er sich durch Leistung der Zinse und gegebenenfalls auch von Kapitalzahlungen an eine gerichtliche Stelle befreien (Art. 168 OR). Das Betreibungsamt wird ihn darauf aufmerksam zu machen haben.

Noch viel weniger besteht Grund zur Verschiebung der Steigerung (gemäss den besondern Voraussetzungen nach Art. 41 in Verbindung mit Art. 102 VZG). Die Steigerung lässt sich auf Grund des bestehenden (auf den Steigerungstag nachzuführenden) Lastenverzeichnisses durchführen.

Demnach erkennt die Schuldbetr. u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

14. Entscheid vom 12. September 1950 i. S. Konkursamt Wiedikon-Zürich.

Aussonderung im Konkurs (Art. 242 SchKG). Kosten der Verwahrung der ausgesonderten Gegenstände in der Zeit zwischen Konkurseröffnung und Herausgabe. Kann die Konkursmasse vom Dritteigentümer Ersatz dieser Kosten verlangen? Konkursverwaltung und Aufsichtsbehörden sind zum Entscheid über seine solche Forderung nicht zuständig. Dagegen können die Konkursgläubiger den Aufsichtsbehörden durch Beschwerde gegen die Schlussrechnung (Art. 261 SchKG) die Frage unterbreiten, ob die Masse mit diesen Kosten belastet werden dürfe. Vertragliche Übernahme dieser Kosten durch den Dritteigentümer? Geschäftsführung ohne Auftrag für ihn? Begründung seiner Ersatzpflicht durch analoge Anwendung von Art. 262 Abs. 2 SchKG? Haftung des Gläubigers, der gemäss Art. 260