

LP 2005-40

SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER

15. September 2005

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer hat betreffend die Beschwerde vom 20. Mai 2005 eingereicht durch

X, Beschwerdeführerin,

gegen

KANTONALES KONKURSAMT, 1701 Freiburg,

[Beschwerde; Art. 17 SchKG]

nachdem sich ergeben hat:

A. Am 19. Februar 1991 gewährte X A einen Kredit von Fr. 400'000.-- und einen Kreditzuschuss über Fr. 100'000.--. Diese Kredite wurden durch Namensschuldbriefe im Umfang von Fr. 500'000.-- lastend im vierten und fünften Rang auf der Liegenschaft GB C Nr. ____, einem Wohn- und Geschäftshaus, sichergestellt. In der Folge wurden am 21. und 31. Dezember 1998 sowie am 11. Oktober 2000 insgesamt vier Mietverträge vorgemerkt (vgl. Grundbuchauszug GB C Nr. ____).

Der Gerichtspräsident des ____bezirks eröffnete am 3. März 2004 über A den Konkurs. Am 27. Mai 2004 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt. Die Grundpfandgläubigerinnen B und X verlangten am 14. Juni 2004 die Spezialliquidation der Liegenschaft GB C Nr. _____. Das Lastenverzeichnis wurde am 13. August 2004 aufgelegt und ist rechtskräftig.

Am 29. Dezember 2004 zeigte das Konkursamt den Pfandgläubigern an, dass die konkursamtliche Liegenschaftssteigerung GB C Nr. ____ am 17. März 2005 stattfinden würde und wies sie darauf hin, dass sie binnen 10 Tagen beim Amt schriftlich den doppelten Aufruf des Grundstücks im Sinne von Art. 142 SchKG verlangen könnten. Gleichentags wurden die im Grundbuch eingetragenen Mieter ebenfalls über die Versteigerung informiert.

Mit Schreiben vom 13. Januar 2005 verlangte B den Doppelaufruf für sämtliche Mietverträge. Am 16. März 2005 machte X ein schriftliches Angebot in der Höhe von Fr. 1'000'000.--. Auf Nachfrage des Konkursamts hin, präziserte sie gleichentags, dass ihr Angebot für die Versteigerung der Liegenschaft ohne Mietverträge gelte; auch bedankte sie sich für den Hinweis auf den Doppelaufruf. Die Liegenschaft gelangte sodann am 17. März 2005 zur Versteigerung (vgl. Akten Kantonales Konkursamt).

Am 9. Mai 2005 verfügte das Kantonale Konkursamt, bei der Verteilung des Steigerungserlöses würden die aus den vorgemerkten Mietverträgen Berechtigten gemäss Art. 812 Abs. 3 ZGB und Art. 142 SchKG X vorgehen, weil diese den Doppelaufruf nicht verlangt habe.

B. Gegen diese Verfügung führte X am 20. Mai 2005 Beschwerde bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts. Sie beantragt, es sei die Verfügung des Kantonalen Konkursamts vom 9. Mai 2005 unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben und dieses anzuweisen:

a) den durch die Versteigerung der Liegenschaft GB C Nr. ____ vom 17. März 2005 erzielten Erlös von Fr. 1'520'000.-- nach Massgabe der Pfandränge – so wie es das in der Spezialliquidation Nr. ____ aufgestellte Lastenverzeichnis II vom 4. Februar 2005 vorsieht – auf die Pfandgläubiger zu verteilen und insbesondere

b) X anstelle der im Lastenverzeichnis II unter Ord.-Nr. 10 bis 13 namentlich genannten Berechtigten, deren jeweilige Mietverträge nach den vertraglichen Pfandrechten von X vorgemerkt wurden, am Steigerungserlös partizipieren zu lassen.

Zur Stellungnahme aufgefordert, schliesst das Kantonale Konkursamt am 2. Juni 2005 auf Abweisung der Beschwerde, unter Kostenfolgen zu Lasten von X.

C. Mit Eingabe vom 20. Mai 2005 beantragte X, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu verleihen. Das Gesuch wurde mit Entscheid des Präsidenten der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 24. Mai 2005 gutgeheissen.

Aus den Erwägungen

2. a) Die Beschwerdeführerin rügt, dass der anfallende Verkaufserlös nicht nach der zeitlichen Rangordnung der die Liegenschaft belastenden Rechte (Grundpfandrechte, Dienstbarkeiten und Grundlasten sowie vorgemerkte Mietverträge) verteilt werden soll, so wie es das Prinzip der Alterspriorität von Art. 972 Abs. 1 ZGB vorschreibe. Sie ist der Auffassung, bei der Verteilung des Steigerungserlöses dürften die aus den vorgemerkten Mietverträgen Berechtigten nicht vor ihr bedacht werden.

b) Folgende Sachverhaltselemente sind erstellt und unbestritten: Die Liegenschaft GB C Nr. ___ wurde zuerst verpfändet und erst nachher durch vier Mietverträge beschwert. Am 29. Dezember 2004 wurde den Pfandgläubigern per LSI eine Anzeige über die einzige konkursamtliche Liegenschaftssteigerung von GB C Nr. ___ zugestellt; darin wurde vermerkt, dass sie binnen 10 Tagen beim Amt schriftlich den doppelten Aufruf des Grundstücks im Sinne von Art. 142 SchKG verlangen könnten. Gleichentags wurden die im Grundbuch eingetragenen Mieter ebenfalls über die Versteigerung informiert. Mit Schreiben vom 13. Januar 2005 verlangte B den Doppelaufruf für sämtliche Mietverträge. Am 16. März 2005 machte X ein schriftliches Angebot in der Höhe von Fr. 1'000'000.--. Auf Nachfrage des Konkursamts hin, präziserte sie gleichentags, dass ihr Angebot für die Ersteigerung der Liegenschaft ohne Mietverträge gelte; auch bedankte sie sich für den Hinweis auf den Doppelaufruf.

Streitig ist somit einzig die Frage, ob die Beschwerdeführerin bei der Verteilung des Steigerungserlöses vor den aus den vorgemerkten Mietverträgen Berechtigten bedacht werden darf, obschon sie den Doppelaufruf nicht ausdrücklich verlangt hat.

c) Ist ein Grundstück ohne Zustimmung des vorgehenden Grundpfandgläubigers mit einer Dienstbarkeit, einer Grundlast oder einem vorgemerkten persönlichen Recht belastet und ergibt sich der Vorrang des Pfandrechts aus dem Lastenverzeichnis, so kann der Grundpfandgläubiger innert zehn Tagen nach Zustellung des Lastenverzeichnisses den Aufruf sowohl mit als auch ohne die Last verlangen (Art. 142 Abs. 1 SchKG). Der Rang der Grundpfandgläubiger bestimmt sich nach den Vorschriften über das Grundpfand (Art. 219 Abs. 3 SchKG), d.h. nach Art. 812 ff. und 817 ff. ZGB. Wird nach der Errichtung des Grundpfandrechts eine Dienstbarkeit oder Grundlast auf das Grundstück gelegt, ohne dass der Pfandgläubiger zugestimmt hat, so geht das Grundpfandrecht der späteren Belastung vor, und diese wird gelöscht, sobald bei der Pfandverwertung ihr Bestand den vorgehenden Pfandgläubiger schädigt (Art. 812 Abs. 2 ZGB). Der Erlös aus dem Verkauf des Grundstücks wird unter die Grundpfandgläubiger nach ihrem Range verteilt (Art. 817 Abs. 1 ZGB); die pfandrechtliche Sicherung ist auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird (Art. 813 Abs. 1 ZGB). Art. 142 SchKG und Art. 56/57 VZG enthalten die vollstreckungsrechtlichen Ausführungsbestimmungen zu Art. 812 ZGB. Bei der 10-tägigen Frist

von Art. 142 SchKG handelt es sich nicht um eine Verwirkungsfrist (HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, *in* Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N. 5, 12 ff. zu Art. 142 SchKG; GILLIERON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 2000, N. 19 zu Art. 142 SchKG).

d) Das Konkursamt ist vorliegend der Auffassung, aus BGE 119 III 32 ergehe, dass die aus der wertvermindernden Last berechtigten Mieter dem Grundpfandgläubiger, der den Doppelaufruf nicht verlangt hat, vorgehen. Dies trifft nicht zu. Beim erwähnten Bundesgerichtsentscheid geht es um die Wirkungen einer Vereinbarung über den Rangvorgang; ob jeder vorgehende Grundpfandgläubiger den Doppelaufruf verlangen muss, um bei der Verteilung des Erlöses vor den vorgemerkten Berechtigten bedacht zu werden, wird indessen nicht geprüft. Wie oben erwähnt, handelt es sich bei Art. 142 SchKG um eine reine vollstreckungsrechtliche Ausführungsbestimmung zu Art. 812 ZGB. Es ist nicht Sinn und Zweck dieser Bestimmung, die in Art. 812 Abs. 2 ZGB geregelte Alterspriorität, die materielles Recht darstellt, abzuändern. Massgebend ist somit weniger, welcher vorgehende Grundpfandgläubiger den Doppelaufruf beantragt, als ob nach dem Doppelaufruf ein Überschuss vorliegt und wie dieser zu verteilen ist. Zusammenfassend ist zu prüfen, ob ein Grundpfandgläubiger den Doppelaufruf verlangt hat, ob dieser durchgeführt wurde und ob ein Überschuss bleibt; wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Verteilung nach Art. 812 ZGB vorzunehmen. Vorliegend wurde der Doppelaufruf von B beantragt und am 17. März 2005 durchgeführt. Nach Befriedigung von B blieb sodann ein Überschuss, welcher dem Grundsatz der Alterspriorität nach zu verteilen ist; die früher begründeten Pfandrechte der Beschwerdeführerin gehen hierbei den später eingetragenen Vormerkungen der Mietverträge vor.

Das Konkursamt beruft sich ebenfalls auf Art. 812 Abs. 3 ZGB. Zweck dieser Bestimmung ist es, einen allfälligen Überschuss zur Entschädigung des Berechtigten zu verwenden; dieser geht alsdann den nachgehenden Pfandgläubigern vor (STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, Bern 2002, S. 341). Die Beschwerdeführerin ist keine nachgehende Pfandgläubigerin (vgl. Grundbuchauszug), so dass diese Bestimmung für sie nicht zur Anwendung kommt.

Dem Gesagten zu Folge ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Angelegenheit dem Kantonalen Konkursamt zur neuen Verteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.