

**Obergericht
des Kantons Bern**

Aufsichtsbehörde in Betrei-
bungs- und Konkursachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Autorité de surveillance
en matière de poursuite
et de faillite

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 04
Fax +41 31 635 48 14
aufsichtsbehoerdeschkg.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ABS 17 174

Bern, 11. September 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichter Hurni und Oberrich-
terin Grütter
Gerichtsschreiberin Miescher

Verfahrensbeteiligte

Einwohnergemeinde A._____

Beschwerdeführerin

gegen

Betreibungsamt S._____



Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)

Regeste:

Es steht dem Betreibungsamt bei der Erstellung des Lastenverzeichnisses nicht zu, die angemeldeten Ansprüche oder solche, die sich aus dem Grundbuch ergeben, zu überprüfen oder abzuändern (E. 7 – 10).

Die Frage, ob und inwieweit die aufgenommenen Lasten bei der Verwertung als rechtmässig berücksichtigt werden dürfen, ist in einem besonderen, zweiteiligen Lastenbereinungsverfahren, das nach den Regeln des Widerspruchsverfahrens verläuft, zu behandeln (E. 11).

Erwägungen:

1. Im Grundpfandverwertungsverfahren (Betreibung Nr. B._____) gegen C._____ (Schuldner) wurde infolge des durch die Grundpfandgläubigerin im 1. bis 4. Rang (D._____) gestellten Verwertungsbegehrens die Steigerung des Grundstücks E._____ von C._____ und F._____ auf den 29. Juni 2017 angeordnet. Die Steigerungsbedingungen und das Lastenverzeichnis lagen vom 25. April bis 5. Mai 2017 beim Betreibungsamt S. auf (Vernehmlassungsbeilage [VB] 16 - 29).
2. Mit Eingabe vom 4. Mai 2017 erhob die Einwohnergemeinde A._____, Sozialabteilung (nachfolgend: Beschwerdeführerin), bei der kantonalen Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen Beschwerde gegen das Lastenverzeichnis. Sie beantragte, ihre Rückerstattungsforderung betreffend die an C._____ ausgerichtete Sozialhilfe sei als gesetzliches Pfandrecht im «Rang 0» resp. als allen vertraglichen Pfandrechten vorgehend zuzulassen, unter Kostenfolgen zu Lasten des Betreibungsamts S. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, zur Sicherung des Rückforderungsanspruchs für die geleistete Sozialhilfe bestehe ein gesetzliches Grundpfandrecht zugunsten der unterstützenden Einwohnergemeinde A._____ (Art. 109b Bst. b des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1] und Art. 40 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentliche Sozialhilfe [SHG; BSG 860.1] sowie Art. 34 Abs. 1 SHG). Gemäss Art. 34 Abs. 4 SHG sei der Sozialdienst verpflichtet, gesetzliche Grundpfandrechte gemäss Art. 109b Bst. b EG ZGB in das Grundbuch eintragen zu lassen. Dieser Pflicht sei die Beschwerdeführerin nachgekommen. Das Grundbuchamt S. habe am 23. März 2017 das gesetzliche Grundpfandrecht zugunsten der Beschwerdeführerin in die Pfandstelle Null bzw. sämtlichen bisher eingetragenen Grundpfandrechten vorgehend eingetragen (Beschwerdebeilage).
3. In seiner Vernehmlassung vom 17. Mai 2017 schloss das Betreibungsamt S. auf Abweisung der Beschwerde. Das Amt führte aus, zum Zeitpunkt der Erstellung des Lastenverzeichnisses sei aus dem Grundbuch der Eintrag des gesetzlichen Grundpfandrechts zugunsten der Sozialen Dienste A._____ in der Pfandstelle Null nicht ersichtlich gewesen. Deshalb habe das Amt auf Seite sieben des Lastenver-

zeichnisses Folgendes verfügt: «Zurzeit ist gemäss Grundbuchamt die Anmeldung zum Eintrag eines gesetzlichen Pfandrechts hängig. Unter dem Vorbehalt, dass die Forderung aufgrund der Grundbuchanmeldung vom 22.03.2017 als nachrangig gesicherte Grundpfandverschreibung durch das Grundbuchamt eingetragen wird, wird die Forderung (der Einwohnergemeinde A._____) im 6. Rang zugelassen. Ohne diese Eintragung fällt die Forderung aus dem Lastenverzeichnis. Die Forderung steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang zwischen Pfandrecht und Grundstück. Demzufolge besteht weder ein gesetzlich vorrangiges- noch ein gesetzlich nachrangiges Pfandrecht, weshalb die Forderung nicht als gesetzliches Pfandrecht in diesem Lastenverzeichnis zugelassen wird. [...]». Das Betreibungsamt S. informierte die Aufsichtsbehörde zudem, dass die am 29. Juni 2017 angesetzte Versteigerung widerrufen worden sei.

Die Vernehmlassung ging mit Verfügung vom 19. Mai 2017 zur Kenntnisnahme an die Beschwerdeführerin.

4. Die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) i.V.m. Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EGSchKG; BSG 281.1).
5. Mit Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG kann überprüft werden, ob das Betreibungsamt bei der Grundlegung des Lastenverzeichnisses die Verfahrensvorschriften eingehalten hat (vgl. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 28 N. 39). Die Abklärung von Rang, Bestand und Umfang einer im Grundbuch ausgewiesenen Last erfolgt im (gerichtlichen) Lastenbereinigungsverfahren (Urteil des Bundesgerichts 7B.157/2001 vom 28. August 2001 E. 1a).

Wird eine in den öffentlichen Büchern eingetragene oder angemeldete Last vom Betreibungsamt nicht oder nicht richtig ins Lastenverzeichnis aufgenommen, so ist dagegen Beschwerde der interessierten Gläubiger bei den Aufsichtsbehörden möglich (vgl. JAEGER/WALDER/KULL, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG], Art. 89-158, 5. Aufl. 2006, N 23 zu Art. 140 SchKG).

Vorliegend war im Zeitpunkt der Erstellung des Lastenverzeichnisses der Antrag der Beschwerdeführerin auf Eintragung des gesetzlichen Grundpfandrechts beim Grundbuchamt S. hängig. Das Betreibungsamt S. hielt bereits zu diesem Zeitpunkt in seiner Verfügung fest, die Forderung der Beschwerdeführerin werde im Falle, dass sie als nachrangig gesicherte Grundpfandverschreibung im Grundbuch eingetragen werde, im Lastenverzeichnis im 6. Rang zugelassen, ansonsten im Lastenverzeichnis nicht aufgenommen. In der Folge trug das Grundbuchamt S. am 23. März 2017 das gesetzliche Grundpfandrecht zugunsten der Beschwerdeführerin in die Pfandstelle Null (welches sämtlichen bisher eingetragenen Grundpfandrechten vorgeht) im Grundbuch ein. Wie das Betreibungsamt S. in seiner Verfügung angekündigt hatte, wird es die Forderung der Beschwerdeführerin betreffend Rückerstattung der Sozialhilfe im Lastenverzeichnis nicht aufnehmen, was auch in der

Vernehmlassung vom 17. Mai 2017 zum Ausdruck kommt. Die Beschwerdemöglichkeit der Beschwerdeführerin als Gläubigerin, die ein Interesse an der Aufnahme ihres aus dem Grundbuch ersichtlichen Anspruchs in das Lastenverzeichnis hat, ist somit zu bejahen.

6. Nach Art. 17 Abs. 2 SchKG muss eine Beschwerde innert zehn Tagen nach Kenntnisnahme der Verfügung angebracht werden. Im Rahmen der Vernehmlassung blieb das Betreibungsamt S. einen Zustellnachweis für das Lastenverzeichnis schuldig. Das Amt macht aber auch keine Verspätung geltend. Im Zweifelsfall ist auf die Beschwerde einzutreten.
7. Das Lastenverzeichnis wird aufgrund der durch die Berechtigten gemachten Anmeldungen und der im Grundbuch aufgeführten Lasten erstellt (Art. 140 Abs. 1 SchKG). Alle im Grundbuch eingetragenen Lasten hat das Betreibungsamt von Amtes wegen in das Lastenverzeichnis aufzunehmen. Dabei muss das Lastenverzeichnis das Rangverhältnis der verschiedenen Lasten darstellen, wobei das Betreibungsamt die Rangordnung der Pfandrechte in den öffentlichen Büchern nicht ändern darf (JAEGER/WALDER/KULL, a.a.O., Art. 140 N. 20). Wenn die Anmeldung einer Last vom Inhalt des Grundbuchauszugs abweicht, ist auf die Anmeldung des Berechtigten abzustellen. Gleichzeitig ist dann aber auch der Inhalt des Grundbuchs anzugeben (Art. 34 Abs. 1 lit. b VZG). Es steht dem Betreibungsamt hingegen nicht zu, die angemeldeten Ansprüche oder solche, die sich aus dem Grundbuch ergeben, zu überprüfen oder abzuändern (BGE 121 III 24; FEUZ, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., 2010, N 101 ff. zu Art. 140 SchKG).
8. Der Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV, derogatorische Kraft des Bundesrechts) bedeutet, dass kantonale Rechtsnormen, die dem Bundesrecht widersprechen, ungültig sind. Alle rechtsanwendenden Behörden – Gerichte und Verwaltungsbehörden – des Bundes und der Kantone müssen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts von Amtes wegen beachten. Zur richtigen Rechtsanwendung gehört, dass nur gültige Rechtsnormen zur Anwendung gelangen. Falls sich Zweifel über die Gültigkeit eines kantonalen Rechtssatzes erheben, sind Gerichte und Verwaltungsbehörden verpflichtet, die von ihnen anzuwendenden generellen Rechtssätze im Zusammenhang mit einem konkreten Rechtsanwendungsakt vorfrageweise auf ihre Bundesrechtmässigkeit zu überprüfen und im Fall der Rechtswidrigkeit nicht anzuwenden (akzessorische bzw. konkrete Normenkontrolle; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, N 1195, 2080 und 2085). Es wird somit vor dem Entscheid darüber, ob der angefochtene Akt selbst rechtmässig ist (Hauptfrage), im Sinne einer Vorfrage untersucht, ob der Rechtssatz, auf den sich der Anwendungsakt stützt, bundesrechtskonform ist.
9. Die Rückerstattungsforderung der Einwohnergemeinde A. _____ fusst vorliegend auf Art. 40 Abs. 2 SHG. Danach ist der Sozialdienst zur Geltendmachung von Rückerstattungen verpflichtet, wenn die Voraussetzungen hierzu gegeben sind (Art. 44 Abs. 2 SHG). Die Rückerstattungspflicht, welche auf kantonalem öffentli-

chem Recht basiert, richtet sich gegen den Leistungsempfänger (Art. 40 SHG). Gemäss Art. 109b Bst. b EG ZGB besteht ein gesetzliches Grundpfandrecht zu Gunsten von Sozialdiensten für ihre Rückforderungsansprüche nach Art. 40 Abs. 2 SHG. Dieses Recht erlischt, wenn es nicht innerhalb von sechs Monaten seit Rechtskraft der Rückerstattungsverfügung ins Grundbuch eingetragen wird (Art. 109d EG ZGB). Es handelt sich um ein kantonales gesetzliches Grundpfandrecht, welches sich aus einer Forderung öffentlichen Rechts ableitet.

Für die mittelbaren kantonalen gesetzlichen Grundpfandrechte hält Art. 836 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) in Absatz 1 Folgendes fest: «Räumt das kantonale Recht dem Gläubiger für Forderungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem belasteten Grundstück stehen, einen Anspruch auf ein Pfandrecht ein, so entsteht dieses mit der Eintragung in das Grundbuch». Bei den unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechten des Kantons besteht gemäss Art. 836 Abs. 2 ZGB die Einschränkung, dass solche mit einem Betrag von über CHF 1'000.00 gegenüber Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, nur geltend gemacht werden können, wenn sie innert vier Monaten nach der Fälligkeit der zugrunde liegenden Forderung, spätestens jedoch innert zwei Jahren seit der Entstehung der Forderung im Grundbuch eingetragen werden. Das kantonale Recht kann jedoch einschränkendere Regelungen vorsehen (Art. 836 Abs. 3 ZGB).

10. Das Betreibungsamt S. hält dem Begehren der Beschwerdeführerin, wonach ihre Forderung in das Lastenverzeichnis als allen vertraglichen Pfandrechten vorgehend zuzulassen sei, insbesondere unter Verweis auf die Publikation von PFÄFFLI/FEUZ (erschienen in BVR 2015/5, S. 252 ff., mit dem Titel „Gesetzliches Pfandrecht für Sozialhilfeleistung im Kanton Bern“) entgegen, das gesetzliche Pfandrecht zur Sicherung des Rückforderungsanspruchs von Sozialhilfeleistungen gemäss Art. 109b Bst. b EG ZGB i.V.m. Art. 40 Abs. 2 SHG und Art. 34 Abs. 1 SHG sei mit Art. 836 ZGB nicht vereinbar. Gemäss dieser Publikation sei es in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass Art. 836 ZGB den Kantonen nicht einen Freipass erteile, gesetzliche Pfandrechte für irgendwelche Anspruchsgruppen zu schaffen. Sowohl für die unmittelbaren wie auch die mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte werde vorausgesetzt, dass die Einräumung von Pfandrechten nur für Forderungen zulässig sei, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem zu belastenden Grundstück stünden (S. 258). Ein gesetzliches Grundpfandrecht für Sozialhilfeleistungen sei unzulässig, wenn die staatliche Hilfeleistung darauf abziele, den Unterhalt der bedürftigen Person zu decken und die Hilfeleistung keinen Bezug zum Grundstück aufweise im Sinne der Finanzierung von werterhaltenden oder wertvermehrenden Massnahmen (S. 257/258).

Das Betreibungsamt S. weigert sich somit, die aus dem Grundbuch ersichtliche Rückerstattungsforderung der Beschwerdeführerin als gesetzliches Grundpfandrecht ins Lastenverzeichnis aufzunehmen. Das Amt stützt sich dabei auf Art. 109b Bst. b EG ZGB. Das Betreibungsamt ist jedoch bei der Erstellung des Lastenverzeichnisses nicht befugt zu prüfen, ob die Forderung der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 109b Bst. b EG ZGB als gesetzliches Grundpfandrecht zuzulassen ist

oder nicht. Vielmehr muss es – wie hiavor erwogen (Erwägung 7) – alle im Grundbuch eingetragenen Lasten von Amtes wegen in das Lastenverzeichnis aufnehmen und darf dabei die Rangordnung der Pfandrechte in den öffentlichen Büchern nicht überprüfen oder abändern (wenn die Anmeldung einer Last durch den Berechtigten vom Inhalt des Grundbuchauszuges nicht abweicht). Das Betreibungsamt S. durfte sich daher vorliegend nicht auf Art. 109b Bst. b EG ZGB stützen und die Aufnahme der Forderung der Beschwerdeführerin in das Lastenverzeichnis abweisen. War das Amt somit nicht befugt, sich auf die Bestimmung von Art. 109b Bst. b EG ZGB zu stützen bzw. diese anzuwenden, so konnte es auch nicht vorfrageweise prüfen, ob dieser Rechtssatz bundesrechtskonform ist.

11. Die seitens der Beschwerdeführerin eingegebene Forderung, die aus dem Grundbuch ersichtlich ist, hätte somit unverändert in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden müssen. Es kann zwar sein, dass ein Grundbucheintrag fehlerhaft ist. Die Frage, ob und inwieweit die aufgenommenen Lasten bei der Verwertung als rechtmässig berücksichtigt werden dürfen, ist jedoch in einem besonderen, zweiteiligen Lastenbereinigungsverfahren, das nach den Regeln des Widerspruchsverfahrens verläuft, zu behandeln (Art. 140 Abs. 2 Satz 2 SchKG; vgl. AMONN/WALTHER, a.a.O., § 28 N 30 f.).

Die Nichtaufnahme des Anspruchs bedeutet vorliegend eine Überschreitung der Prüfungsbefugnis des Betreibungsamtes, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Das Amt ist anzuweisen, die aus dem Grundbuch ersichtliche Forderung der Beschwerdeführerin als gesetzliches Pfandrecht und als allen vertraglichen Pfandrechten vorgehend in das Lastenverzeichnis aufzunehmen. Das berichtigte Lastenverzeichnis ist den Beteiligten unter Ansetzung einer Bestreitungsfrist mitzuteilen (Art. 40 VZG).

12. Im betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a SchKG und Art. 61 Abs. 2 sowie Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]).

Die Aufsichtsbehörde entscheidet:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Betreibungsamt S. wird angewiesen, den aus dem Grundbuch ersichtlichen Anspruch der Beschwerdeführerin als gesetzliches Pfandrecht und als allen vertraglichen Pfandrechten vorgehend in das Lastenverzeichnis aufzunehmen.
2. Das Betreibungsamt S. wird angewiesen, das berichtigte Lastenverzeichnis den Beteiligten unter Ansetzung einer Bestreitungsfrist mitzuteilen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - dem Betreibungs- und Konkursamt S.

Bern, 11. September 2017

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Miescher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen kann innert zehn Tagen nach der Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung durch die kantonale Aufsichtsbehörde ist die Beschwerde jederzeit zulässig (Art. 72 Abs. 2 Bst. a, Art. 95 ff., Art. 100 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerden sind an die folgende Adresse einzureichen: Schweizerisches Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.