

Die Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen nach Art. 806 ZGB

Die Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger



Dr. iur. Stephan Herren,
Rechtsanwalt, Bern

Inhaltsübersicht:

- I. Problemstellung
- II. Zweck der Pfandhafterstreckung
- III. Die Geltendmachung der Pfandhafterstreckung
 1. Die Geltendmachung der Pfandhafterstreckung in der Spezialexécution
 2. Die Pfandhafterstreckung in der Generalexekution
- IV. Die Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger auf die Miet- und Pachtzinsen nach Art. 806 ZGB (Pfandhafterstreckungsprivileg)
 1. Die Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger nach Art. 806 ZGB ausserhalb des Generalexekutionsverfahrens
 2. Die Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger nach Art. 806 ZGB im Rahmen der Generalexekution
 - 2.1. Allgemeines
 - 2.2. Zeitraum vor dem Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen
 - 2.3. Zeitraum nach dem Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen
 - a. Konkursfall
 - b. Im Fall des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung
 - aa. Erstreckung der Pfandhaft nach Art. 806 ZGB von Gesetzes wegen – Erfordernis der vorgängigen Spezialexécution?
 - bb. Erstreckung der Pfandhaft von Gesetzes wegen – auch bei parallel laufender Betreibung auf Grundpfandverwertung?
 - cc. Zusammenfassende Würdigung
- V. Schlussbetrachtung

I. Problemstellung

In einem unveröffentlichten Entscheid i.S. *Nachlassmasse v. K.* hatte sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt zu befassen¹:

Ein Bauhandwerker mit gesichertem Pfandrecht im 12. Rang leitete am 20. Februar 1992 die Betreibung auf Grundpfandverwertung gegen den in Nachlassstundung befindlichen Grundeigentümer v. K. ein und verlangte die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Mietzinse gemäss Art. 806 ZGB.

Am 8. April 1992 bestätigte der Gerichtspräsident I von Thun als Nachlassbehörde den vom Nachlassschuldner v. K. vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Gestützt auf die erteilte definitive Rechtsöffnung im Betreibungsverfahren stellte der betreibende Bauhandwerker am 18. September 1992 das Verwertungsbegehren. Gleichzeitig verlangte er vom zuständigen Betreibungsamt gemäss Art. 95 VZG eine Abschlagszahlung von CHF 50000.– auf den bis anhin vor und nach Bestätigung des Nachlassvertrages eingezogenen Mietzinsen. Das Betreibungsamt gab diesem Begehren mit Verfügung vom 28. September 1992 statt.

Die Nachlassmasse v. K. wehrte sich vergeblich gegen die volle Abschlagszahlung von CHF 50000.– an den nachrangigen Bauhandwerker in der Meinung, dass die Mietzinsen, welche nach Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung auflaufen, unter allen Grundpfandgläubigern von Gesetzes wegen ihrem Range nach zu verteilen wären. Das Bundesgericht bejahte die Rechtmässigkeit der vollen Abschlagszahlung wie folgt:

"Die Voraussetzungen von Art. 95 Abs. 1 VZG – ein betreibender Gläubiger und eine rechtskräftig festgestellte Forderung – sind bezüglich des Rekursgegners für die Mietzinse, welche vor und nach Bestätigung des Nachlassvertrages fällig geworden sind, gegeben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass mit Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung die Erstreckung der Pfandhaft von Gesetzes wegen zugunsten sämtlicher Grundpfandgläubiger – auch jener, die nicht betrieben haben – eintritt (BGE 108 III 83 E. 3 und 4, 86 ff.). Dass durch die bewilligte Abschlagszahlung die Rechte der übrigen Grundpfandgläubiger beeinträchtigt würden, ist nie behauptet worden."

Aufgrund des realisierten Veräusserungserlöses der pfandbelasteten Liegenschaft ergab sich in der Folge, dass der auf Grundpfandverwertung betreibende Bauhandwerker in jedem Fall einen vollständigen Pfandausfall erlitten hätte². Der Bauhandwerker profitierte deshalb nur dank der vorgängig dem Nachlassliquidationsverfahren eingeleiteten

Der Verfasser ist Mitarbeiter der von Graffenried AG Vermögens-, Rechts- und Unternehmensberatung in Bern.

- 1 Unveröffentlichter BGE i.S. *Nachlassmasse v. K.* vom 16. Dezember 1994 (B. 304/1994).
- 2 Die Pfandforderung des betreibenden Bauhandwerkers über CHF 135000.– war im 12. Rang gesichert. Die nominelle Pfandsumme der vorgehenden 1.–11. Pfandstelle betrug gemäss Lastenverzeichnis zusammengerechnet rund CHF 5.5 Mio. Die Liegenschaft konnte am 28. November 1995 für 2.9 Mio. veräussert werden. Der Veräusserungserlös reichte lediglich zur vollständigen Deckung der Grundpfandgläubiger im 1.–3. Rang. Der Grundpfandgläubiger der 4. Pfandstelle erhielt nur eine teilweise Deckung, während die Gläubiger ab 5. Pfandstelle einen vollständigen Ausfall erlitten.

Betreibung auf Grundpfandverwertung, indem er sein Pfandausdehnungs-Vorrecht auf die vor und nach Bestätigung des Nachlassvertrages auflaufenden Miet- und Pachtzinsse geltend machen konnte³. Die Abschlagszahlung ging dabei zu Lasten des vorgehenden, nicht vollständig gedeckten Pfandgläubigers, dessen Pfandausfall sich im Umfang der Abschlagszahlung vergrösserte.

Vom Bundesgericht unbeantwortet blieb die Frage, ob es bei Kenntnis dieser Sachlage eine Beeinträchtigung der Rechte der vorgehenden Grundpfandgläubiger bejaht und die Abschlagszahlung verweigert hätte. Tatsächlich erscheint es vorliegend als stossend, dass der betreibende Bauhandwerker eine namhafte Abschlagszahlung aus den mitverpfändeten Mietzinsen erwirken konnte, obschon er aufgrund des erzielten Verwertungserlöses an sich leer ausgegangen wäre und zwischenzeitlich das Nachlassliquidationsverfahren eröffnet worden war.

Im Rahmen der vorliegenden Publikation wird versucht, auf die sich stellende Frage des *Umfangs der Vorrechte* der betreibenden Grundpfandgläubiger nach Art. 806 ZGB namentlich in den Verfahren der Generalexekution (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) eine Antwort zu geben.

Zunächst werden nachfolgend der Zweck der Pfandhafterstreckungsbestimmung (II.) sowie kurz die Voraussetzungen zur Geltendmachung der Pfandhafterstreckung erörtert (III.). Die Frage des Umfangs der Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger wird anschliessend unter (IV.) beleuchtet. Die Schlussbetrachtung findet sich unter (V.).

II. Zweck der Pfandhafterstreckung

Die Vorschrift von Art. 806 Abs. 1 ZGB, welche die Pfandhafterstreckung auf die Miet- und Pachtzinsen ab Einleitung der Betreibung auf Grundpfandverwertung oder ab Datum der Konkurseröffnung regelt, lautet wie folgt:

"Ist das verpfändete Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Pfandhaft auch auf die Miet- oder Pachtzinsforderungen, die seit Anhebung der Betreibung auf Verwertung des Grundpfandes oder seit Eröffnung des Konkurses über den Schuldner bis zur Verwertung auflaufen."

Nach Auffassung des Bundesgerichts steht Art. 806 Abs. 1 ZGB für den gesetzgeberischen Willen, *die Grundpfandgläubiger* hinsichtlich der Miet- und Pachtzinsen einer Liegenschaft gegenüber den übrigen Gläubigern *zu bevorzugen*⁴. Von der Pfandausdehnung profitieren daneben ab Konkurseröffnung alle Grundpfandgläubiger nach ihrem Rang, weil hier die Pfanderstreckung von Gesetzes wegen eintritt⁵. Weitergehend als der Wortlaut von Art. 806 ZGB hat das Bundesgericht im Rahmen der Generalexekution das Vorrecht der Pfanderstreckung auch dem Faustpfandgläubiger an Grundpfandtiteln zugestanden⁶.

Die Pfandhaftausdehnung zu Gunsten der Grundpfandgläubiger soll verhindern, dass der Grundeigentümer vereinnahmte Miet- und Pachtzinsen für sich verwendet und gleichzeitig seinen Verpflichtungen aus dem abgeschlossenen Hypothekendarlehensvertrag nicht nachkommt⁷. Nach

Auffassung von LEEMANN⁸ stellen die Miet- und Pachtzinsen ein Äquivalent dafür dar, dass die Realisation des Pfandrechtes nicht sofort erfolgen kann.

Die Verhaftung der Miet- und Pachtzinsen reiht sich konsequent in die Grundsätze des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes ein, indem bereits Art. 94 Abs. 3 SchKG dem Grundpfandgläubiger die natürlichen Früchte als "Bestandteile der Pfandsache" zuteilt, welche Art. 806 ZGB auf die zivilen Früchte ausdehnt⁹.

III. Die Geltendmachung der Pfandhafterstreckung

Die Pfandhafterstreckung gibt dem betreibenden Grundpfandgläubiger lediglich das Recht, die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen in einem *beschränkten Zeitraum* zu verlangen. Die Pfandausdehnung umfasst die auflaufenden Miet- und Pachtzinsen im Zeitraum von der Anhebung der Betreibung auf Grundpfandverwertung – oder von der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner – bis zur Verwertung¹⁰. Das Bundesgericht hat die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen ohne weiteres auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bejaht¹¹.

Die Bedingungen der Pfandhafterstreckung sind dabei je nach Verfahrensart unterschiedlich ausgestaltet: Zu unterscheiden sind das Verfahren der *Spezialexekution*, welches

3 Der grösste Teil der Abschlagszahlung bestand aus aufgelaufenen Mietzinsen aus der Zeit nach der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.

4 BGE 108 III 86.

5 Zu den Ausführungen im einzelnen vgl. nachstehend Ziff. III. 2.

6 BGE 106 III 67 ff.; HERIBERT RAUSCH, Umfang der grundpfandrechtlichen Sicherung nach ZGB Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 im Falle des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 301 ff.

7 GOTTFRIED WEISS, Das Recht der Grundpfandgläubiger an den Erträgen des verpfändeten Grundstückes, Habilitationsschrift Zürich, St. Gallen 1936, 60 f.; HANS LEEMANN, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1925, zu Art. 806 N 1; BGE 108 III 86.

8 LEEMANN (FN 7) zu Art. 806 N 1.

9 WEISS (FN 7), 760.

10 Art. 806 Abs. 1 ZGB; BGE 106 III 70. Zeitpunkt der Anhebung der Betreibung ist dabei nicht die Einreichung des Betreibungsbegehrens, sondern die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Betriebenen (vgl. WEISS [FN 7], 85 mit weiteren Hinweisen).

11 BGE 108 III 83 ff.; DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG – Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, AISUF Nr. 158, Freiburg 1996, 198 N 744; PETER VOLLENWEIDER, Pfandverwertung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 16, Zürich 1993, 18 Fn. 38.

nur die Verwertung des Pfandes bezweckt (Betreibung auf Grundpfandverwertung), und die Verfahren der *General-execution*, welche auf die Veräusserung sämtlicher Vermögenswerte des Schuldners gerichtet sind (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung)¹².

1. Die Geltendmachung der Pfandhafterstreckung in der Spezial-execution

Die revidierte Fassung der VZG sieht in Art. 91 Abs 1 vor, dass der betreibende Grundpfandgläubiger die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen ausdrücklich verlangen muss¹³. Die Pfandausdehnung wird in der Spezial-execution auf Grundpfandverwertung *nicht von Amtes wegen* vorgenommen. Vom Bundesgericht ausdrücklich anerkannt worden ist jüngst das Recht zur *nachträglichen* Stellung des Pfanderstreckungsbegehrens; eine Pflicht, die Pfanderstreckung bereits im Betreibungsbegehren geltend zu machen, besteht nicht¹⁴.

2. Die Pfandhafterstreckung in der General-execution

Im *Konkurs* tritt die Pfandhafterstreckung *automatisch* mit Eröffnung des Konkurses ein, ohne dass hierfür ein besonderes Begehren erforderlich wäre: Die Erstreckung erfolgt von Gesetzes wegen zugunsten sämtlicher Grundpfandgläubiger auf die Miet- und Pachtzinse, welche in der Zeit zwischen Konkurseröffnung und Verwertung (Art. 806 Abs. 1 ZGB) auflaufen¹⁵. Die den betreibenden Grundpfandgläubigern nach Art. 806 Abs. 1 ZGB zustehenden Vorzugsrechte bleiben dabei im Rahmen von Art. 96 VZG vorbehalten.

Als dem Konkurs weitgehend gleichgestelltes General-executionsverfahren wird beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* die Pfandhaft ebenfalls von Gesetzes wegen (automatisch) auf die Miet- und Pachtzinsen erstreckt, und zwar ab Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung¹⁶.

IV. Die Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger auf die Miet- und Pachtzinsen nach Art. 806 ZGB (Pfandhafterstreckungsprivileg)

Um den Umfang der Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger nach Art. 806 ZGB bestimmen zu können, werden nachstehend zwei Fälle auseinandergelassen:

- die Vorrechte des betreibenden Grundpfandgläubigers ausserhalb des General-executionsverfahrens (Ziffer 1);
- die Vorrechte des betreibenden Grundpfandgläubigers im Rahmen der General-execution (Ziffer 2), wobei hier weiter der Umfang der Vorrechte vor und nach dem Verlust der Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners über sein Vermögen differenziert wird.

1. Die Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger nach Art. 806 ZGB ausserhalb des General-executionsverfahrens

Bei der Spezial-execution (Betreibung auf Grundpfandverwertung) steht das Privileg der Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinse lediglich dem betreibenden Grundpfandgläubiger zu. An nicht betreibende Grundpfandgläubiger dürfen aus den eingegangenen Miet- und Pachtzinsen keine Zahlungen geleistet werden (Art. 95 Abs. 1 VZG).

Sind mehrere Betreibungen auf Grundpfandverwertung hängig, so partizipieren die Grundpfandgläubiger – sofern sie das Begehren um Ausdehnung der Pfandhaft gestellt haben (Art. 91 Abs. 1 VZG) – nach der *sachenrechtlichen Rangordnung* von Art. 817 ZGB. Sofern und soweit zeitliche Verzögerungen vorliegen, profitiert der erste Grundpfandgläubiger insofern, als er die Pfandhaft der Miet- und Pachtzinsen bis zur Anhebung der Betreibung des zweiten Grundpfandgläubigers – unabhängig von seinem Rang – für sich beanspruchen kann¹⁷.

Den Grundpfandgläubigern steht das Recht zu, gemäss den Voraussetzungen von Art. 95 Abs. 2 VZG *Abschlagszahlungen* aus den verhafteten Miet- und Pachtzinsen zu verlangen.

2. Die Vorrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger nach Art. 806 ZGB im Rahmen der General-execution

2.1. Allgemeines

Der Umfang des Vorrechts des betreibenden Grundpfandgläubigers auf Erstreckung der Pfandhaft wird nachstehend einerseits *vor* und andererseits *nach* Eröffnung des General-executionsverfahrens dargestellt. Der Zeitpunkt vor Eröffnung des General-executionsverfahrens entspricht dem Zeitpunkt, in welchem der Schuldner noch über sein Vermögen verfügen kann (Ziff. 2.2.). Nach Eröffnung des General-executionsverfahrens ist der Schuldner nicht mehr befugt, über sein Vermögen zu disponieren (Ziff. 2.3.).

-
- 12 Zur Spezial- und General-execution vgl. BGE 108 III 86 f.
 13 SR 281.42, VZG vom 23. April 1920 inkl. Änderungen vom 5. Juni 1996, in Kraft seit 1. Januar 1997. Gegenüber dem früheren Wortlaut der VZG ergibt sich lediglich eine Umkehr der Ausgangslage, vgl. Transliq AG, VZG & KOV (1997), Bern 1996 (Einführung). Zur früheren Praxis vgl. BGE 64 III 26 ff.
 14 Die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung wurde allerdings ausgeschlossen, vgl. BGE 121 III 190 (BISchKG 60 [1996] 20).
 15 BGE 108 III 87 und 90.
 16 BGE 108 III 83 ff.
 17 Vgl. LEEMANN (FN 7) zu Art. 806 N 10. Der Rang der nicht betreibenden Grundpfandgläubiger ist dabei unmassgeblich, vgl. PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. 2, Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel u. Frankfurt am Main 1990, 169 Fn. 89.

Die Verfügungsberechtigung über sein Vermögen verliert der Schuldner im Konkurs bei Konkurseröffnung¹⁸ und im Nachlassliquidationsverfahren nach Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung¹⁹.

Während nach Art. 206 Abs. 1 SchKG alle gegen den Schuldner eingeleiteten Beteiligungen aufgehoben sind, privilegiert der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Stellung der Grundpfandgläubiger auch nach Eröffnung des Generalexekutionsverfahrens: Gemäss Art. 297 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG bleibt während der Stundung die Beteiligung auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen bestehen und können neue Beteiligungen auf Grundpfandverwertung eingeleitet werden; die Verwertung des Grundpfandes während der Stundung ist hingegen ausgeschlossen²⁰.

Im Unterschied zum Konkurs kann die Verwertung des Grundpfandes aber nach Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung separat neben dem Generalexekutionsverfahren verlangt und durchgeführt werden. Das Nachlassverfahren lässt damit Raum für ein *Nebeneinander* zwischen Spezialexécution (Verwertung des Grundpfandes) und der Generalexekution (Verwertung des übrigen Liquidationsvermögens)²¹.

2.2. Zeitraum vor dem Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen

Die Situation des betreibenden Grundpfandgläubigers bis zum Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen wird von Art. 96 Abs. 1 VZG wie folgt erfasst:

"Wird über den Schuldner, der zugleich Eigentümer des Grundpfandes ist, der Konkurs eröffnet, bevor das Grundstück verwertet ist, so fallen die vor der Eröffnung des Konkurses fällig gewordenen und noch nicht verteilten Miet- und Pachtzinse in die Konkursmasse, unter Vorbehalt des den betreibenden Grundpfandgläubigern nach Art. 806 ZGB Absatz 1 ZGB zustehenden Vorzugsrechts (Art. 198 SchKG)."

Art. 96 Abs. 1 VZG regelt damit die Frage, wem die Miet- und Pachtzinsen bis zur Eröffnung des Generalexekutionsverfahrens (d.h. bis zur Konkurseröffnung respektive bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung) zustehen.

Gemäss Art. 96 VZG fallen die Miet- und Pachtzinse, die bis zur Eröffnung des Konkurses auflaufen, grundsätzlich in die Konkursmasse (oder analog bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung in die Nachlassmasse). Das Zugriffsrecht der Konkurs- oder der Liquidationsmasse auf die Miet- und Pachtzinsen wird allerdings zu Gunsten der Vorzugsrechte der betreibenden Grundpfandgläubiger eingeschränkt²².

Dies bedeutet, dass nur die betreibenden Grundpfandgläubiger die auflaufenden Miet- und Pachtzinsen ab Einleitung der Beteiligung bis zur Eröffnung des Generalexekutionsverfahrens²³ für sich beanspruchen dürfen.

Im Gesetz – namentlich in Art. 96 VZG – nicht geregelt und auch vom Bundesgericht nicht geklärt ist bis anhin die Situation des betreibenden Grundpfandgläubigers ab dem Zeitpunkt des Verlustes der Verfügungsfähigkeit des

Schuldners über dessen Vermögen²⁴. Diese Konstellation soll im weiteren beleuchtet werden.

2.3. Zeitraum nach dem Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen

a. Konkursfall

Im Konkurs fallen alle Beteiligungen, einschliesslich der Beteiligungen auf Grundpfandverwertung, dahin. Es stellt sich deshalb die Frage, ob ein vor der Konkurseröffnung betreibender Grundpfandgläubiger sein Recht auf Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen auch nach Konkurseröffnung behält.

Der *Wortlaut* von Art. 96 Abs. 1 VZG gibt auf diese Frage keine Antwort. Immerhin könnte die Regelung von Art. 206 SchKG, wonach alle Beteiligungen gegen den Schuldner dahinfallen, darauf hindeuten, dass das Vorzugsrecht des betreibenden Grundpfandgläubigers tatsächlich nur bis zur Konkurseröffnung gilt und alsdann von Gesetzes wegen die Gleichbehandlung der Grundpfandgläubiger eintritt. Diese Sicht wird gestützt von CARL JAEGER²⁵, der darauf hinweist, dass der Konkurs die gleichmässige Befriedigung der Pfandgläubiger will; das Dahinfallen der Beteiligung auf Grundpfandverwertung führe deshalb zum Verlust der Vorzugsstellung hinsichtlich der Miet- und Pachtzinsen.

Abweichend billigt LEEMANN²⁶ den betreibenden Grundpfandgläubigern die Vorrechte an den verhafteten Miet- und Pachtzinsen auch im Konkurs (d.h. nach Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen) zu. Es gehe nicht an, einzelne Pfandgläubiger ihrer Vorzugsrechte an den Miet- und Pachtzinsen verlustig zu erklären, nachdem sie sich immerhin um die Einleitung der Spezialexécution bemüht hätten.

Zu beachten bleibt, dass im Konkurs Beteiligungen gene-

18 Art. 204 SchKG.

19 Art. 319 SchKG; PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 33 ff.

20 KURT AMONN/DOMINIK GASSER, Grundriss des Schuldbeitrags- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, 465 N 8; BGE 84 III 105 ff.

21 Zum Kompetenzkonflikt zwischen Beteiligungsamt (welches an sich die Spezialexécution durchführt) und den Liquidatoren (betraut mit dem Generalexekutionsverfahren) vgl. BGE 84 III 116 E. 2 und BGE 108 III 89 (die Frage, wer für die Verwertung des Grundpfandes letztlich zuständig ist, wird vom Bundesgericht in beiden Fällen offen gelassen).

22 Vgl. den Vorbehalt zu Gunsten der betreibenden Grundpfandgläubiger in Art. 96 Abs. 1 VZG.

23 D.h. bis zur Konkurseröffnung oder bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.

24 D.h. ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Generalexekutionsverfahrens.

25 Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 3. A., Zürich 1911, zu Art. 206 SchKG N 3.

26 LEEMANN (FN 7) zu Art. 806 N 37.

rell dahinfallen, was namentlich auch gilt für die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungen auf Grundpfandverwertung²⁷. Es lässt sich deshalb kaum rechtfertigen, den Grundpfandgläubiger trotz Untergangs seiner Betreibung weiterhin vom Privileg der Pfandhafterstreckung profitieren zu lassen. Die Beibehaltung dieses Privilegs würde zumindest im Sinne einer Ausnahme vom Grundsatz, dass nach Konkursöffnung alle Betreibungen untergehen, eine *ausdrückliche Gesetzesgrundlage* voraussetzen; eine solche Ausnahmebestimmung fehlt jedoch²⁸.

Die Gewährung des Privilegs gemäss Art. 806 ZGB über den Zeitpunkt der Konkursöffnung hinaus ist auch deshalb abzulehnen, weil es den übrigen Grundpfandgläubigern nach Konkursöffnung verwehrt ist, ihrerseits die Betreibung auf Grundpfandverwertung einzuleiten. Konsequenz dieser Situation wäre, dass der betreibende Grundpfandgläubiger vom "safe harbour" aus – unter Abschirmung von den übrigen Grundpfandgläubigern – auf die noch bis zur Verwertung der Liegenschaft auflaufenden Miet- und Pachtzinse zugreifen könnte.

Die vorzunehmende *Abwägung zwischen den Interessen* des betreibenden Grundpfandgläubigers mit den Interessen der übrigen Grundpfandgläubiger fällt deshalb vorliegend im Sinne von JAEGER – der von der Gleichbehandlung der Grundpfandgläubiger im Konkurs ausgeht – zu Gunsten der letzteren aus: Die durch den Ausschluss von jeglichen Betreibungshandlungen im Konkurs bewirkte *Benachteiligung* der übrigen, nicht betreibenden Grundpfandgläubiger erscheint gewichtiger als der von LEEMANN betonte Schutz der Vorzugstellung des betreibenden Grundpfandgläubigers. Dies gilt umso mehr, als für die Privilegierung des betreibenden Grundpfandgläubigers nach Konkursöffnung keine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht. Eine andere Auffassung würde zudem der sachenrechtlichen Rangordnung von Art. 817 ZGB zuwiderlaufen, welche vorsieht, dass der Erlös aus dem Verkauf des Grundstücks den Grundpfandgläubigern *nach ihrem Rang* zuzuteilen ist²⁹.

Der betreibende Grundpfandgläubiger kann deshalb sein Vorrecht auf Erstreckung der Pfandhaft nach Art. 806 ZGB nur an den *vor* Konkursöffnung auflaufenden Miet- und Pachtzinsen beanspruchen.

b. Im Fall des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung

aa. Erstreckung der Pfandhaft nach Art. 806 ZGB von Gesetzes wegen – Erfordernis der vorgängigen Spezialexécution?

Anders als im Konkurs ist beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Spezialexécution der Grundpfandverwertung auch nach Bestätigung des Nachlassvertrages und damit der Eröffnung des Generalexekutionsverfahrens möglich³⁰.

Im Fall der *Ersparniskasse Konolfingen*³¹ hatte das Bundesgericht nun zu beurteilen, ob beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Pfandhaftausdehnung zwingend erfordere, dass vorgängig die Betreibung auf Grundpfand-

verwertung eingeleitet wird. Das Bundesgericht hat diese Frage verneint und dabei die Erstreckung der Pfandhaft von Gesetzes wegen zugunsten sämtlicher Grundpfandgläubiger anerkannt³².

Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Ersparniskasse Konolfingen hatte der H. P. AG in den Jahren 1969–1972 grundpfandgesicherte Darlehen im Gesamtbetrag von CHF 1 800 000.– gewährt. Am 10. Juni 1976 wurde der Schuldnerin die Nachlassstundung gewährt, wobei der in Aussicht genommene Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung am 26. Oktober 1976 gerichtlich bestätigt wurde.

Während des Liquidationsverfahrens erbrachten die grundpfandbelasteten Liegenschaften einen Zinsertrag von CHF 509 448.85. Gemäss dem aufgelegten Kollokationsplan sollte dieser Ertrag nicht in erster Linie den Grundpfandgläubigern, sondern der allgemeinen Masse zukommen.

Gegen den Kollokationsplan erhob die Ersparniskasse Konolfingen in der Folge Kollokationsklage. Der Fall gelangte schliesslich ans Bundesgericht, welches den Entscheid der beiden Vorinstanzen bekräftigte und die Position der Ersparniskasse Konolfingen schützte.

Die Beurteilung der Kollokationsklage drehte sich um die Frage, ob die während des Nachlassverfahrens auflaufenden Zinserträge auf den Liegenschaften vorab zur Deckung der Grundpfandgläubiger zu verwenden sind oder der allgemeinen Liquidationsmasse zugeschrieben werden können.

Das Bundesgericht hielt dabei fest, dass aufgrund der *verfahrensrechtlichen Ähnlichkeiten* mit dem Konkurs die Erstreckung der Pfandhaft auch im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung von Gesetzes wegen, und zwar zugunsten sämtlicher Grundpfandgläubiger, eintritt³³. Ausdrücklich verneint wurde das Erfordernis, dass vorgängig die Spezialexécution auf Grundpfandverwertung eingeleitet werden müsste. Das Bundesgericht führte hierzu aus:

"Der Gesetzgeber hat die Entstehung des Pfandrechtes an den Miet- oder Pachtzinsforderungen ... an die Voraussetzung geknüpft, dass die Grundpfandforderung zur Vollstreckung gelangt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so tritt die Erstreckung der Pfandhaft dann aber von Gesetzes wegen ein ... Einer eigenen Anstrengung der Grundpfandgläubiger bedarf es nur, wo es die Umstände erfordern. So verhält es sich bei der Betreibung auf Grundpfandverwertung. Es liegt in der Natur dieses Vollstreckungsverfahrens als einer Spezialexécution, dass sich die Vollstreckung grundsätzlich nur zugunsten des betreibenden

27 Art. 206 SchKG.

28 Art. 806 Abs. 1 ZGB reicht als gesetzliche Grundlage für die Privilegierung nicht aus, da das gegenseitige Verhältnis von Spezial- und Generalexekution nicht geregelt wird.

29 Dies unabhängig davon, ob vor Konkursöffnung eine separate Grundpfandbetreibung eingeleitet wurde oder nicht.

30 So ausdrücklich BGE 84 III 105 ff.

31 BGE 108 III 83 ff.

32 BGE 108 III 87.

33 BGE 108 III 87.

den Gläubigers auswirkt. Dieser allein bestimmt darüber, ob das Grundstück verwertet werden soll. Die übrigen Gläubiger werden durch die Zwangsvollstreckung nur in beschränkter Masse berührt, da sich diese nicht auf das ganze Vermögen bezieht."

Die Schlussfolgerung des Bundesgerichts, wonach die Erstreckung der Pfandhaft im Rahmen des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung zu Gunsten sämtlicher Grundpfandgläubiger von Gesetzes wegen und ohne Erfordernis der Einleitung der Spezialbetreibung auf Grundpfandverwertung erfolgt, überzeugt. Die automatische Pfandhaftausdehnung befreit nämlich die Grundpfandgläubiger im Nachlassliquidationsverfahren vom Zwang, zur Sicherung ihrer Ansprüche eine separate Betreibung auf Grundpfandverwertung einzuleiten und die Liegenschaft innerhalb der zweijährigen Frist von Art. 154 Abs. 1 SchKG verwerten zu lassen.

Bekanntlich besteht der Hauptvorteil des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung darin, ohne Zeitdruck die Voraussetzungen für eine bestmögliche Verwertung der Aktiven zu schaffen. Dieser Vorteil wird nun nicht unnötig durch die Schaffung einer *faktischen Zwangslage* zur Einleitung einer separaten Grundpfandbetreibung gefährdet³⁴: Die für die Verwertung zuständigen Liquidatoren bleiben in der Lage, im Interesse der Gläubiger die Marktverhältnisse mit aller Sorgfalt abzuklären und auf den günstigsten Zeitpunkt der Verwertung zu warten³⁵.

Eingeschränkter wäre der Handlungsspielraum bei der Betreibung auf Grundpfandverwertung. Zu berücksichtigen ist hier, dass diesfalls nicht die Liquidatoren den Zeitpunkt und die Art der Verwertung bestimmen³⁶, sondern das mit der Spezialexécution betraute Betreibungsamt³⁷. Die Betreibungsämter werden in aller Regel die Pfandverwertung über die öffentliche Steigerung vorziehen und den Marktverhältnissen schon aus Kapazitäts- und Zeitgründen weniger Beachtung schenken. Damit besteht die Gefahr, dass die Liegenschaft zum Nachteil der Pfandgläubiger zu billig veräussert wird. Immerhin räumt das revidierte SchKG dem Betreibungsamt neu ausdrücklich die Möglichkeit zum freihändigen Verkauf ein, wenn alle Beteiligten zustimmen³⁸.

bb. Erstreckung der Pfandhaft von Gesetzes wegen – auch bei parallel laufender Betreibung auf Grundpfandverwertung?

Bislang nicht klar beantwortet worden ist vom Bundesgericht die Frage des Pfandausdehnungs-Vorrechts des betreibenden Grundpfandgläubigers im Rahmen des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung. Keine schlüssige Antwort ergibt sich insbesondere aus dem Entscheid i.S. *Ersparniskasse Konolfingen*, da hier lediglich das Verhältnis der – nicht separat betreibenden – Grundpfandgläubiger gegenüber den übrigen Gläubigern respektive der Nachlassmasse zu klären war³⁹.

Konkret ist vorliegend zu beantworten, ob der separat betreibende Grundpfandgläubiger sein Vorrecht an den Miet- und Pachtzinsen bis zur Verwertung des Pfandobjekts

behält oder ob er dieses Privileg bei Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung verliert.

Wie einleitend erwähnt, lag die Frage dem Bundesgericht im unveröffentlichten Entscheid i.S. *Nachlassmasse v. K.* zur Beurteilung vor⁴⁰. Die Nachlassmasse machte im Rekurs gegen die Gutheissung der Abschlagszahlung an den betreibenden Grundpfandgläubiger im 12. Rang geltend, eine Abschlagszahlung könne nur aus Miet- und Pachtzinsen erfolgen, die bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung aufgelaufen sind⁴¹.

Im Entscheid bestätigte das Bundesgericht zwar mit Hinweis auf BGE 108 II 83 ff. die automatische Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen von Gesetzes wegen auf sämtliche Grundpfandgläubiger; die Abschlagszahlung wurde jedoch im konkreten Fall für rechtens befunden, da nicht behauptet worden sei, die Rechte der übrigen Grundpfandgläubiger würden durch die Abschlagszahlung beeinträchtigt⁴².

Die Beeinträchtigung der Rechte der übrigen Grundpfandgläubiger hätte insofern erhartet werden können, als die Abschlagszahlung weitgehend aus aufgelaufenen Miet- und Pachtzinsen nach Bestätigung der Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung stammte. Der effektiv erzielte Verwertungserlös aus dem Pfandobjekt reichte bei weitem nicht aus, um den die Abschlagszahlung verlangenden Grundpfandgläubiger, geschweige denn die meisten der vorgehenden Grundpfandgläubiger zu decken.

Nach hier vertretener Auffassung ist der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht anders zu behandeln als der Konkurs. Auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung muss gelten, dass das Vorrecht des betreibenden Grundpfandgläubigers nur bis zum Bestätigungsentscheid über den Nachlassvertrag gilt und anschliessend gemäss BGE 108 III 87 die Erstreckung der Pfandhaft von Gesetzes wegen zu Gunsten aller Grundpfandgläubiger erfolgt.

Zur Begründung lassen sich im wesentlichen drei Argumente aufführen, die bereits im erwähnten Entscheid i.S.

34 HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, *Schuldverteilung und Konkurs*, Band II, Zürich 1993, 660 N 12; AMONN/GASSER (FN 20), 470 N 31.

35 BGE 83 III 89; Art. 322 Abs. 2 SchKG.

36 Art. 322 Abs. 2 SchKG (die Liquidatoren entscheiden über Art und Zeitpunkt der Verwertung im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss).

37 AMONN/GASSER (FN 20), 472 N 38; Frage der Zuständigkeit allerdings offen gelassen in BGE 84 III 116 E. 2 und BGE 108 III 89.

38 Art. 156 SchKG in Verb. mit Art. 143b SchKG.

39 BGE 108 III 83 ff.

40 Unveröffentlichter BGE B. 304/1994.

41 Dies unter Hinweis auf BGE 108 III 83 ff.

42 Unveröffentlichter BGE B.304/1994, 4. Offen bleibt, ob das Bundesgericht mit seinen Rügeanforderungen die diesbezüglichen Kriterien von Art. 79 OG nicht überstrapaziert hat, vgl. zu den Rügeanforderungen AMONN/GASSER (FN 20), 45 N 52.

Ersparniskasse Konolfingen die tragende Begründung geliefert haben⁴³. Die Argumente betreffen das Verfahrensrecht, den Grundsatz der Gleichbehandlung und den Zweck des Nachlassliquidationsverfahrens.

– *Verfahrensrecht*

Einerseits besteht kein Grund, eine abweichende Regelung für den Konkurs und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zu schaffen, nachdem beide Verfahren auf Generalexécution gerichtet sind. Die Gleichbehandlung von Konkurs und Nachlassliquidation rechtfertigt sich trotz der Möglichkeit der parallelen Grundpfandbetreibung im Nachlassliquidationsrecht, da die Spezialexécution in erster Linie eine *verfahrensrechtliche* (und keine materiellrechtliche) Besserstellung des betreibenden Grundpfandgläubigers bezweckt: Dank der Möglichkeit, die Betreibung auf Grundpfandverwertung fortzusetzen, kann der betreibende Grundpfandgläubiger schon während der Nachlassstundung die Verwertung der Pfandliegenschaft durch das Betreibungsamt in die Wege leiten und damit die Zeit bis zur Realisierung des Pfanderlöses verkürzen⁴⁴.

– *Prinzip der rangmässigen Befriedigung und Grundsatz der Gleichbehandlung*

Der Wortlaut von Art. 806 Abs. 1 ZGB regelt die Pfandhaftausdehnung auf die Miet- und Pachtzinsen im Konkurs. Für die Verteilung des Pfanderlöses ist die sachenrechtliche Rangordnung nach Art. 817 ZGB massgebend, welche die rangmässig vorgehenden Pfandgläubiger privilegiert (Prinzip der rangmässigen Befriedigung).

Sowohl in sachen- wie auch in betriebsrechtlicher Hinsicht gilt im übrigen der *Grundsatz der Gleichbehandlung* der Pfandgläubiger. So sieht Art. 817 Abs. 2 ZGB vor, dass Gläubiger gleichen Ranges unter sich Anspruch auf gleiche Befriedigung haben.⁴⁵ Der sachenrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz der Pfandgläubiger liegt etwa auch der Rangbestimmung der Bauhandwerker zugrunde (trotz unterschiedlicher Eintragsdaten erhalten die Bauhandwerker den gleichen Rang, vgl. Art. 840 ZGB). Im Schuldbetriebs- und Konkursrecht verweist Art. 219 Abs. 3 SchKG hinsichtlich Rangordnung auf die Vorschriften über das Grundpfand, weshalb auch hier vom Gleichbehandlungsgrundsatz der Pfandgläubiger gleichen Ranges auszugehen ist. Das Pfanderstreckungsprivileg durchbricht dabei sowohl das geltende Prinzip der rangmässigen Befriedigung als auch den Gleichbehandlungsgrundsatz, indem das Gesetz den betreibenden Grundpfandgläubiger unter Umständen trotz schlechterem Rang privilegiert. Vorliegend rechtfertigt es sich, Art. 806 Abs. 1 ZGB als Ausnahmebestimmung *eng* zu interpretieren.

Folgerichtig kann dies für den zur Beurteilung stehenden Fall nur bedeuten, dass das Pfandhafterstreckungsprivileg des betreibenden Grundpfandgläubigers lediglich Gültigkeit bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung hat. Ab diesem Zeitpunkt partizipieren alle Grundpfandgläubiger – wie im Konkurs – trotz weiterhin möglicher separater Betreibung auf Grundpfandverwertung entsprechend ihrem Rang an den Miet- und Pachtzinsen.

– *Zweck*

Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bietet gegenüber dem Konkursverfahren den Vorteil der grösseren Freiheit bei der Vermögensverwertung. Der Gläubiger profitiert insofern, als das Verfahren in aller Regel eine *schonendere Verwertung* der Vermögensgegenstände zulässt⁴⁶. Würde der Auffassung gefolgt, das Pfandausdehnungsprivileg wirke nach Einleitung einer separaten Grundpfandbetreibung auch im Rahmen des Liquidationsverfahrens nur zugunsten des betreibenden Grundpfandgläubigers, wären zur Sicherung ihres Vorrechts alle Grundpfandgläubiger gehalten, die Grundpfandbetreibung einzuleiten.

Das Vorrecht des betreibenden Grundpfandgläubigers im Liquidationsverfahren selber ist auch deshalb abzulehnen, weil dadurch das gesetzliche Recht⁴⁷, die freihändige Verwertung oder die öffentliche Versteigerung als Veräusserungsart zu wählen, beeinträchtigt wird. Tendenziell ist nämlich zu erwarten, dass bei einer separaten Grundpfandverwertung die öffentliche Versteigerung zum Tragen käme⁴⁸.

cc. Zusammenfassende Würdigung

Die Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzins gilt ebenfalls im Verfahren des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung. Ein parallel die Betreibung auf Grundpfandverwertung einleitender Grundpfandgläubiger behält sein Vorrecht an den Miet- und Pachtzinsen bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.

Ab diesem Zeitpunkt sind die zivilen Früchte wie im Konkurs allen Grundpfandgläubigern entsprechend ihrem Rang verhaftet; der separat betreibende Grundpfandgläubiger *verliert* damit nach Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über dessen Vermögen das *ausschliessliche* pfandrechtliche Privileg auf die Miet- und Pachtzinsen.

Die dargelegte Beschränkung des pfandrechtlichen Privilegs verhindert, dass ein Grundpfandgläubiger nach Eröffnung des Generalexécutionsverfahrens noch namhafte Abschlagszahlungen aus eingegangenen Miet- und Pachtzinsen erwirkt. Demgemäss hätte der separat auf Grundpfandverwertung betreibende Bauhandwerker im erwählten Entscheid i.S. *Nachlassmasse v. K.* von der verlangten Abschlagszahlung von CHF 50 000.– lediglich einen Bruchteil erhalten, weil in casu der grösste Teil der Mietzin-

43 BGE 108 III 83 ff.

44 BGE 84 III 111.

45 PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, 817.

46 Zur Begründung im einzelnen vgl. vorstehend lit. b aa.

47 Art. 322 Abs. 1 SchKG.

48 Art. 156 SchKG; der Grundsatz der öffentlichen Versteigerung ist allerdings im neuen SchKG durch die Möglichkeit der freihändigen Veräusserung (bei Einverständnis aller Beteiligten) durchbrochen worden (Art. 143b SchKG).

49 Unveröffentlichter BGE B. 304/1994, vgl. Ziff. I vorstehend.

sen nach Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung aufgelaufen war⁴⁹.

Das Betreibungsamt, welches die Spezialexécution auf Geheiss eines betreibenden Grundpfandgläubigers durchführt, ist gehalten, diesem Umstand bei der Zuordnung der zivilen Früchte Rechnung zu tragen und das laufende Nachlassliquidationsverfahren zu berücksichtigen.

V. Schlussbetrachtung

Im Rahmen der Spezialexécution muss das Vorrecht der Pfandhaftausdehnung durch separates Begehren ausdrücklich verlangt werden. Der Grundpfandgläubiger hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings das Recht, das Begehren auch nachträglich zu stellen.

Bei der Generalexécution, d. h. im Konkurs und im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, tritt die Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen von Gesetzes wegen zu Gunsten aller Grundpfandgläubiger ein; die Pfandhafterstreckung erfolgt, sobald der Schuldner die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen verliert (Zeitpunkt der Eröffnung des Generalexekutionsverfahrens).

An dieser Sachlage ändert sich nichts, wenn vor der Konkursöffnung oder ausserhalb des Nachlassliquidationsverfahrens die Spezialexécution auf Grundpfandverwertung eingeleitet wird. Namentlich der sachen- und betriebsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung der Grundpfandgläubiger desselben Ranges sowie das Prinzip der Befriedigung der Pfandgläubiger entsprechend ihrer Rangordnung gebieten, dass mit Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen die Pfandhafterstreckung automatisch zu Gunsten aller Grundpfandgläubiger eintritt.

Dem betreibenden Grundpfandgläubiger bleibt somit lediglich das Vorrecht an den vor Konkursöffnung oder vor Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung aufgelaufenen Miet- und Pachtzinsen.

Die weitergehende Privilegierung des betreibenden Grundpfandgläubigers würde im Konkursfall zu einer sachlich nicht haltbaren Benachteiligung der übrigen Grundpfandgläubiger führen, welche von der Einleitung weiterer Betreibungshandlungen ausgeschlossen sind. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung würde der Zwang der Grundpfandgläubiger, zur Sicherung ihrer Ansprüche separat auf Grundpfandverwertung zu betreiben, insbesondere dem Zweck des auf möglichst schonende Verwertung ausgerichteten Nachlassliquidationsverfahrens zuwiderlaufen.

Dans le cadre de l'exécution spéciale, le droit préférentiel à l'extension du droit de gage doit être expressément requis par des conclusions séparées. Le créancier gagiste a, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, toutefois le droit de requérir ultérieurement l'extension du droit de gage.

Dans le cadre de l'exécution générale, c'est-à-dire dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actif, l'extension du gage aux loyers et fermages a lieu automatiquement de par la loi au profit de tous les créanciers gagistes; l'extension du droit de gage a lieu dès que le débiteur perd le pouvoir d'exercer ses droits patrimoniaux et d'en disposer (c'est-à-dire au moment de l'ouverture de la procédure d'exécution générale).

Le fait d'avoir engagé une procédure en réalisation de gage avant l'ouverture de la faillite ou en dehors de la procédure de liquidation du concordat ne change rien à cet état de fait. En effet, le principe d'égalité de traitement des créanciers gagistes du même rang ainsi que le principe du désintéressement des créanciers selon leur rang impliquent que la perte du droit du débiteur de disposer de ses biens entraîne l'extension automatique du droit de gage en faveur de tous les créanciers gagistes.

Il ne reste au créancier gagiste poursuivant qu'un droit préférentiel limité aux loyers et fermages échus avant l'ouverture de la faillite ou l'homologation du concordat par abandon d'actif.

Le privilège du créancier gagiste poursuivant aurait pour conséquence, dans le cadre d'une procédure de faillite, de désavantager de manière inadmissible les autres créanciers gagistes qui ne peuvent plus engager de poursuites. Dans le cas du concordat par abandon d'actif, la contrainte du créancier gagiste d'engager une poursuite pour garantir ses droits contredirait le but du concordat par abandon d'actif qui est de procéder à une liquidation optimale des biens.