Urteilskopf

104 III 8

3. Auszug aus dem Entscheid vom 18. Mai 1978 i.S. W. AG

Regeste (de):
Beneficium excussionis realis (Art. 41 SchKG).

1. Zu den Pfandrechten, deren Vorausverwertung der Schuldner verlangen kann, gehört auch das Retentionsrecht (E. 2).

2. Hat der Gläubiger mehrere durch ein einziges Pfand gesicherte Forderungen gegen denselben Schuldner, so steht es ihm grundsätzlich frei, für welche dieser Forderungen er die Sicherheit beanspruchen will (E. 3).

Regeste (fr):
Beneficium excussionis realis (art. 41 LP).

1. Le droit de rétention fait partie des droits de gage permettant au débiteur d'exiger la réalisation préalable (c. 2).

2. Si le créancier a, contre le même débiteur, plusieurs créances garanties par un seul gage, il peut en principe librement choisir pour laquelle de ces créances il demande la garantie (c. 3).

Regesto (it):
Beneficio dell'escussioni reale (art. 41 LEF).

1. Il diritto di ritenzione fa parte dei diritti di pegno che consentono al debitore di esigere la realizzazione previa (consid. 2).

2. Ove il creditore abbia nei confronti del debitore più crediti garantiti da un solo pegno, spetta in principio al creditore di determinare il credito per il cui pagamento intende avvalersi del pegno (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 8

BGE 104 III 8 S. 8

A.- Mit Zahlungsbefehl Nr. 2617 des Betreibungsamtes Meilen vom 23. Juli 1977 betrieb R. die W. AG für den Betrag von Fr. 37'080.-. Als Forderungsgrund gab er "Arbeits- und Beratungsverträge vom 7. März 1917" an. Am 1. September 1977 ersuchte er beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung, jedoch nur für den Betrag von Fr. 12'020.- nebst Zinsen. Der Einzelrichter entsprach diesem Gesuch mit Verfügung vom 4. Oktober 1977 teilweise, nämlich für Fr. 4111.93 nebst Zins zu 5% seit 26. Juli 1977 und Fr. 6000.- nebst Zins zu 5% seit 15. Juli 1977. Da die Schuldnerin keine Aberkennungsklage erhob, wurde die Rechtsöffnung definitiv. Am 7. Dezember 1977 erliess das Betreibungsamt Meilen die Konkursandrohung.

B.- Gegen die Konkursandrohung beschwerte sich die Schuldnerin beim Bezirksgericht Meilen als unterer kantonaler Aufsichtsbehörde über die Betreibungs- und Konkursämter. Sie machte geltend, sie habe mit Brief vom 28. Juli 1977 vom Gläubiger die Rückgabe des ihm im Rahmen des Arbeitsvertrags zur Verfügung gestellten Firmenwagens verlangt. Der

BGE 104 III 8 S. 9

Gläubiger habe sich jedoch mit Brief vom 8. August 1977 geweigert, das Auto zurückzugeben, und sich auf ein ihm zustehendes Retentionsrecht berufen. Beanspruche er aber ein Retentionsrecht, hätte er auf Faustpfandverwertung und nicht auf Konkurs betreiben müssen. Die Schuldnerin sei berechtigt, das beneficium excussionis realis in Anspruch zu nehmen. Während das Bezirksgericht Meilen nicht auf die Beschwerde eintrat, wies sie das Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde mit Beschluss vom 20. April 1978 ab.

C.- Gegen diesen Beschluss rekurrierte die W. AG an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts. Diese weist den Rekurs ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 41 SchKG, wie sie in BGE 93 III 15 zusammengefasst worden ist, hat der auf Pfändung oder Konkurs betriebene Schuldner unter Vorbehalt entgegenstehender Abmachungen die Möglichkeit, durch Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl die Aufhebung der Betreibung zu erreichen und den Gläubiger auf den Weg der Betreibung auf Pfandverwertung zu verweisen, wenn er in liquider Weise darzutun vermag, dass die Forderung pfandgesichert ist. Dieses sogenannte beneficium excussionis realis steht dem Schuldner auch dann zu, wenn er das Bestehen eines Pfandrechts zwar bestreitet, aber klar nachweist, dass der Gläubiger ihm gehörige Vermögensstücke als Pfand beansprucht und ihn so an der freien Verfügung über diese Gegenstände hindert. Der Gläubiger, der sich ein Pfand bestellen liess, kann sich den Weg der Betreibung auf Pfändung oder Konkurs dadurch öffnen, dass er in der gesetzlichen Form auf das Pfandrecht verzichtet, was dem Schuldner spätestens im Zahlungsbefehl mitgeteilt werden muss (vgl. auch BGE 101 III 21 /22, BGE 97 III 50 /51). Zu den Pfandrechten, deren Vorausverwertung der Schuldner durch Berufung auf das beneficium excussionis realis verlangen kann, gehört nach der Terminologie des Gesetzes auch das Retentionsrecht (Art. 37 Abs. 2 SchKG).

3. Im vorliegenden Fall berief sich der Gläubiger erst nach Einleitung der gewöhnlichen Betreibung auf ein Retentionsrecht,

BGE 104 III 8 S. 10

und die Schuldnerin erfuhr erst kurz vor dem Rechtsöffnungsverfahren davon, als die Frist für die Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl bereits abgelaufen war. Man kann sich fragen, ob sie sich unter diesen Umständen nicht sofort auf das benficium excussionis realis hätte berufen müssen, wie es die erste Instanz annahm, oder ob

es ihr entsprechend der Auffassung des Obergerichts gestattet sein sollte, noch im Anschluss an die nächste Betreibungshandlung Beschwerde zu führen. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben, da der Rekurs ohnehin nicht gutgeheissen werden kann. Es ist unbestritten, dass eine Substantiierung des Retentionsrechts in dem Sinne unterblieben ist, dass klar wäre, dass dieses die dem Rechtsöffnungsverfahren zugrundeliegende Teilforderung aus dem Arbeitsvertrag sichern sollte und nicht andere Forderungen des Gläubigers. Die Vorinstanz stellt dazu gestützt auf die Korrespondenz zwischen den Parteien, die Rechtsöffnung und die Ausführungen des Gläubigers in der Beschwerdeantwort vor der unteren Aufsichtsbehörde fest, dass der Gläubiger sein Retentionsrecht gerade nicht für die mit der Konkursandrohung geforderten Beträge beanspruche, sondern für eine Schadenersatzforderung. Indem er die Rechtsöffnung lediglich für einen Teil des in Betreibung gesetzten Betrages verlangt habe, habe er zum Ausdruck gebracht, dass sich das vorbehaltene, nicht näher bestimmte Retentionsrecht nicht darauf beziehen könne. Die für einen reduzierten Betrag erfolgende Fortsetzung der gewöhnlichen Betreibung, die bereits angehoben worden sei, als von einem Retentionsrecht noch nicht die Rede gewesen sei, mache hinreichend deutlich, dass ein solches höchstens für den von der provisorischen Rechtsöffnung nicht betroffenen Mehrbetrag beansprucht werde.
Es mag dahingestellt bleiben, ob in dieser Begründung allenfalls eine auf Beweiswürdigung gestützte und daher für das Bundesgericht verbindliche tatsächliche Feststellung gesehen werden kann (Art. 63 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 81 OG). Jedenfalls ergibt sich daraus, dass die Rekurrentin den klaren Nachweis dafür, dass sich das vom Gläubiger geltend gemachte Retentionsrecht auf die der Konkursandrohung zugrundeliegende Forderung beziehe, nicht erbracht hat. Hat der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Schuldner, die durch ein einziges Pfand gesichert sind, so steht es ihm grundsätzlich frei, für welche dieser Forderungen er die Sicherheit beanspruchen

und für welche er umgekehrt darauf verzichten und statt dessen das gesamte Vermögen des Schuldners in Anspruch nehmen will. Dies gilt jedenfalls, sofern nicht besondere Abmachungen bestehen, was bei einem Retentionsrecht in der Regel nicht der Fall sein wird, und sofern dem Gläubiger nicht Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden kann. Das behauptet die Rekurrentin indessen nicht. Sie nennt auch sonst keine bundesrechtliche Vorschrift, die durch den angefochtenen Entscheid verletzt sein könnte (Art. 79 Abs. 1 OG). Was sie in ihrer Rekursschrift vorbringt, vermag die Feststellung der Vorinstanz, das Retentionsrecht beziehe sich nicht auf die Forderung, für die der Konkurs angedroht worden sei, nicht zu entkräften. Es besteht keine gesetzliche Bestimmung, die besagen würde, dass der Gläubiger verpflichtet ist, eine Sicherheit für die Tilgung gerade derjenigen Teilforderung zu verwenden, für die er Rechtsöffnung erhalten hat. Würde man anders entscheiden, so liefe dies darauf hinaus, dass der Gläubiger vorerst gezwungen wäre, sich für eine möglicherweise relativ leicht aus dem übrigen Vermögen des Schuldners eintreibbare Forderung aus dem Pfand zu befriedigen, währenddem er für unsichere weitere Forderungen dann unter Aufgabe seiner Sicherheit auf die gewöhnliche Betreibung verwiesen wäre (vgl. BGE 77 III 4). Der Rekurs ist daher abzuweisen.