Urteilskopf

106 III 5

2. Auszug aus dem Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 21. Februar 1980 i.S. B. (Rekurs)
Regeste (de):
Beneficium excussionis realis (Art. 41 Abs. 1 SchKG).

Die Einrede der Vorausvollstreckung setzt voraus, dass sich der Schuldner auf ein Pfandrecht im eigentlichen Sinn und nicht bloss auf eine Sicherungszession oder eine Zession zahlungshalber beruft.

Regeste (fr):
Bénéfice de discussion réelle (art. 41 al. 1 LP).

Le bénéfice de discussion ne peut être opposé que par le débiteur qui invoque la constitution d'un gage au sens propre du terme et non par celui qui se prévaut simplement d'une cession faite à titre de garantie ou en vue du paiement.

Regesto (it):
Beneficio d'escussione reale (art. 41 cpv. 1 LEF).

Il beneficio d'escussione reale può essere eccepito soltanto dal debitore che invoca la costituzione di un pegno in senso proprio e non da chi si richiama a una semplice cessione fatta a titolo di garanzia o di pagamento.

Sachverhalt ab Seite 5

BGE 106 III 5 S. 5

A.- Mit Darlehensvertrag vom 14. Juni 1978 gewährte A. dem B. ein Darlehen in der Höhe von Fr. 50'000.– zu einem Zinssatz von 5%. Bezüglich der Sicherstellung des Darlehens wurde in Ziff. 5 ff. des Vertrages folgendes vereinbart: "5. Zur Sicherstellung des Darlehens übergibt Herr B. Herrn A. folgende Mietverträge: ...
Herr A. verpflichtet sich, die Abtretung den Mietern erst nach Fälligkeit der Rückzahlung zu notifizieren.

BGE 106 III 5 S. 6

6. Die Mietverträge werden in beidseitigem Einverständnis der Vertragsparteien bei der C. Treuhand A.G. deponiert. 7. Sofern das Darlehen bis zum 30.4.1979 nicht zurückbezahlt ist, gehen die Mietzinse ab 1.5.1979 an die C. Treuhand AG, welche diese an Herrn A. weiterleitet. Herr C. wird dies den Mietern in geeigneter Form unter Einhaltung der Vereinbarung über die stille Abtretung notifizieren." Ein weiteres Darlehen von Fr. 12'000.– zuzüglich Fr. 5'000.– Gewinnanteil gewährte A. zu den gleichen Bedingungen am 19. Januar 1979.

B.- Mit Betreibungsbegehren vom 12. September 1979 setzte der Gläubiger die Darlehenssumme nebst Zins in Betreibung. Gegen den Zahlungsbefehl, den ihm das Betreibungsamt Bern am folgenden Tag zustellte (Be-

treibung Nr. 52843), erhob der Schuldner bei der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurssachen für den Kanton Bern Beschwerde mit der Begründung, die in Betreibung gesetzte Forderung sei pfandversichert, so dass die Betreibung auf Pfandverwertung durchgeführt werden müsse. Mit Entscheid vom 30. Januar 1980 wies die Aufsichtsbehörde die Beschwerde ab.

C.- Gegen diesen Entscheid rekurrierte B. an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer weist den Rekurs ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Hauptgegenstand des Rekurses bildet die Frage, ob die Vorinstanz das dem Schuldner nach der Rechtsprechung zu Art. 41 SchKG zustehende Recht auf Vorausverwertung allfälliger Pfänder verletzt habe, indem sie den Bestand der vom Rekurrenten geltend gemachten Forderungspfandrechte verneinte. Der Schuldner, der unter Berufung auf das sogenannte beneficium excussionis realis die Aufhebung der gegen ihn eingeleiteten gewöhnlichen Betreibung verlangt, hat auf dem Beschwerdeweg in liquider Weise darzutun, dass die in Betreibung gesetzte Forderung pfandversichert ist (BGE 104 III 9 E. 2, BGE 93 III 15 E. 1 mit Hinweisen). Voraussetzung des Rechtes auf Vorausvollstreckung ist somit, dass der Bestand eines Pfandrechts im eigentlichen Sinne des Wortes - wozu nach der Terminologie des Gesetzes auch das Retentionsrecht gehört (Art. 37 Abs. 2 SchKG; BGE 104 III 8 ff.) - in unzweifelhafter

Weise dargetan werden kann. Eine andere Art von Sicherung einer Forderung genügt hierfür nicht, wenn nicht aus den Augen verloren werden will, dass Art. 41 SchKG, der die Grundlage der eingangs erwähnten Rechtsprechung bildet, nur von pfandversicherten Forderungen spricht. Aus der Regelung der für das Darlehen bestellten Sicherheiten im Vertrag vom 14. Juni 1978 ergibt sich nun entgegen den Ausführungen des Rekurrenten keineswegs mit der erforderlichen Klarheit, dass es sich dabei um Pfandrechte an den betreffenden Mietzinsforderungen handelt. Auch wenn es für die Beurteilung der Frage, ob die in Betreibung gesetzte Forderung pfandversichert sei, nicht entscheidend auf die im Darlehensvertrag verwendeten Worte ankommen kann, spricht die ganze Ausdrucksweise viel eher für das Vorliegen von Sicherungszessionen, eventuell sogar trotz des Wortes "Sicherstellung", von Abtretungen zahlungshalber (OFTINGER weist übrigens in überzeugender Weise darauf hin, dass sich Sicherungszessionen in diese Rechtsfigur verwandeln, sobald der Zessionar die Einziehung der sicherheitshalber zedierten Forderung vornimmt oder vornehmen sollte; N. 312 des Systematischen Teils des Kommentars zum Fahrnispfandrecht). Damit sich der Rekurrent auf das sich aus Art. 41 SchKG ergebende Recht auf Vorausvollstreckung berufen könnte, müsste er einen Konsens nachweisen können, der auf die Begründung eines Pfandrechts und nicht einer Sicherungszession gerichtet ist (zur Frage dieses Konsenses vgl. OFTINGER, a.a.O., N. 24 zu Art. 900 ZGB). Für einen solchen Nachweis reicht die von ihm vorgelegte vertragliche Vereinbarung nicht aus. Entgegen den Ausführungen in der Rekursschrift kann aus der vertraglichen Regelung durchaus eine Sicherungszession abgeleitet werden, da sich die Verpflichtung zur Rückübertragung der sicherheitshalber abgetretenen Forderung nach der Tilgung der gesicherten Forderung von selbst versteht (OFTINGER, a.a.O., N. 274 des System. Teils). Der Rekurs ist daher abzuweisen.