S. 100 / Nr. 26 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 77 III 100

26. Entscheid vom 19. Oktober 1951 i. S. Metall-Kontor A. G.

Regeste:
Das beneficium excussionis realis (Art. 41 SchKG) ist dem auf Pfändung oder Konkurs betriebenen Schuldner auch dann zu gewähren, wenn er das Bestehen eines Pfandrechts zwar bestreitet, aber klar nachweist, dass der Gläubiger ihm gehörende Venmögensstücke als Pfand beansprucht und ihn so an der freien Verfügung über diese Gegenstände hindert.
Le beneficium excussonis realis (art. 41 LP) doit être accordé au débiteur poursuivi par voie de saisie ou de faillite même s'il conteste l'existence d'un droit de gage mais démontre clairement que le créancier revendique à titre de gage des biens qui appartiennent au débiteur et empêche ainsi ce dernier d'en disposer librement.
Il beneficium excussionis realte (art. 41 LEF) dev'essere concesso al debitore escusso in via di pignoramento o di fallimento anche se contesta l'esistenza di un diritto di Pegno, ma dimostra chiaramente che il creditore rivendica a titolo di pegno dei beni che appartengono al debitore e impedisce così quest'ultimo di disporne liberamente.

Mit Zahlungsbefehl Nr. 7564 vom 5. April 1951 betrieb die Aktiengesellschaft für Finanzierungen und Beteiligungen die Rekurrentin für Fr. 148,500.- auf Faustpfandverwertung. Als Pfandgegenstand nannte der Zahlungsbefehl:«1368 Parts sociales Fonderies et Ateliers Mécaniques de la Thur S.à r.l. Bitschwiller-les-Thann (Ht.Rhin) à ffr. 7,500.- nom. 1 Cert. Nr. 5, Parts No. 1489/2856, in Händen der Gläubigerin». Am 13. April 1951 erhob die Rekurrentin Rechtsvorschlag in dem Sinne, dass sie von der Forderung den Betrag von Fr. 25,000.- als «inzwischen bezahlt bestritt und den Betrag von Fr. 123,500.- anerkannte, und dass sie das Pfandrecht im vollen Umfang (also auch für den anerkannten Teil der Forderung) bestritt.

Seite: 101
Hierauf liess die Gläubigerin der Rekurrentin am 4. Mai 1951 für den Betrag von Fr. 123,500.- einen Zahlungsbefehl für die ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs zustellen (Betreibung Nr. 7942). Die Rekurrentin schlug Recht vor und führte ausserdem Beschwerde mit dem Antrag, diese zweite Betreibung sei wegen Verletzung von Art. 41 SchKG aufzuheben. Den abweisenden Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 23. Juli 1951 hat sie an das Bundesgericht weitergezogen.
Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:
1.- Von den Fällen der Wechselbetreibung (Art. 41 Abs. 1 Satz 2 und Art. 177 SchKG) und der Betreibung für grundpfändlich gesicherte Zinse und Annuitäten (Art. 41 Abs. 2 SchKG) abgesehen, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 41 SchKG der Schuldner, der auf Pfändung oder Konkurs betrieben wird, durch Beschwerde die Aufhebung dieser Betreibung erreichen, wenn er in liquider Weise darzutun vermag, dass die Forderung pfandgesichert ist (BGE 23 il 1976, 54 III 243 f., 68 III 133 ff.), und der Gläubiger nicht seinerseits nachweist, dass ihm das Pfand als bloss subsidiäre Sicherheit bestellt oder das Recht eingeräumt worden ist, vor der Pfandsicherheit die allgemeine Haftung des Schuldnervermögens in Anspruch zu nehmen (BGE 58 III 58 f., 68 III 133 ff., 77 III 2 f.), oder dass eine Vereinbarung besteht, wonach er zum privaten Verkaufe des Pfandes berechtigt ist. (In diesem letzten Falle ist nach BGE 73 III 16 nicht auf Beschwerde hin von der Aufsichtsbehörde, sondern auf Rechtsvorschlag hin vom Richter zu entscheiden, ob der Schuldner einen Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes habe.) Das beneficium excussionis realis, das der Schuldner einer pfandgesicherten Forderung hienach geniesst, wenn keine entgegenstehenden Abmachungen getroffen wurden und auch keiner der eingangs erwähnten, vom Gesetz vorbehaltenen

Seite: 102
Sonderfälle gegeben ist, wird durch die Erwägung gerechtfertigt, dass der Schuldner die verpfändeten Vermögensgegenstände nicht frei verwerten kann, um sich die Mittel zur Zahlung seiner Schuld zu verschaffen, und folglich bei Durchführung der ordentlichen Betreibung unter Umständen die Pfändung und Verwertung anderer Gegenstände oder gar den Konkurs über sich ergehen lassen müsste, selbst wenn die Schuld mit Hilfe des Pfandes hätte gedeckt werden können. Hiezu kommt, dass der Gläubiger das Pfand gerade zu dem Zwecke erhalten hat, dass er sich beim Verzuge des Schuldners daraus bezahlt machen kann. Deshalb darf ihm im Regelfalle zugemutet werden, sich zunächst an das Pfand zu halten.
Die gleichen Überlegungen treffen im wesentlichen auch dann zu, wenn der Schuldner nicht das Bestehen eines Pfandrechts, wohl aber die Tatsache behauptet und nachzuweisen vermag, dass der

Gläubiger an ihm gehörenden Gegenständen ein Pfand- oder Retentionsrecht beansprucht, das von ihm bestritten wird. Freilich kommt der Gläubiger in diesem Falle mit einer Betreibung auf Pfandverwertung nur dann zum Ziele, wenn es ihm gelingt, den Rechtsvorschlag gegen das Pfandrecht zu beseitigen. Ihm die hiezu nötigen gerichtlichen Schritte zuzumuten, ist aber in der Regel eher am Platze, als den Schuldner den Gefahren preiszugeben, die für ihn entstünden, wenn der Gläubiger die ordentliche Betreibung durchführen und gleichzeitig seinen Pfandanspruch aufrecht erhalten und den Schuldner an der freien Verfügung über die als Pfand beanspruchten Vermögenswerte hindern könnte. Wird der Gläubiger, dessen Pfandanspruch bestritten ist, zum Prozessieren gezwungen, so kann ihm, wenn sein Anspruch begründet ist, nichts Schlimmeres als eine Verzögerung der Eintreibung seiner Forderung widerfahren. Muss dagegen der Schuldner, der das vom Gläubiger geltend gemachte Pfandrecht bestreitet, ohne weiteres die Durchführung der ordentlichen Betreibung dulden, so kann er unter Umständen in den Konkurs getrieben werden, selbst wenn er das Pfandrecht

Seite: 103
mit Recht bestritten hat und in der Lage gewesen wäre, sich die zur Zahlung seiner Schuld erforderlichen Mittel zu beschaffen, sofern er über die zu Pfand beanspruchten Gegenstände frei hätte verfügen können. Aus diesen Gründen ist das beneficium excussionis realis dem Schuldner nicht nur dann zu gewähren, wenn er selber behauptet, dass die Forderung pfandgesichert sei, und den Bestand des Pfandrechts nachweist, sondern auch dann, wenn er das Bestehen eines Pfandrechts zwar bestreitet, aber in liquider Weise dartut, dass der Gläubiger ihm gehörende Vermögensgegenstände als Pfand beansprucht und ihn auf diese Weise an der freien Verfügung über diese Gegenstände hindert. Es hängt demnach entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht von der Stellungnahme des Schuldners, sondern von derjenigen des Gläubigers ab, ob eine Forderung im Sinne von Art. 41 SchKG als «pfandversichert» anzusehen ist.
Will der Gläubiger sich davor bewahren, im Falle der Bestreitung seines Pfandrechts zunächst mit dem Schuldner prozessieren zu müssen, so mag er sich bei der Pfandbestellung das Recht ausbedingen, statt der Betreibung auf Pfandverwertung sofort die ordentliche Betreibung einzuleiten. Den Weg der ordentlichen Betreibung kann er sich ferner jederzeit dadurch öffnen, dass er in der gesetzlichen Form auf sein Pfandrecht verzichtet (vgl. BGE 30 i 191 Sep.ausg. 7 S. 47, BGE 59 III 18, 76 III 28), wozu der blosse Rückzug einer allfällig bereits eingeleiteten Pfandbetreibung nicht genügt.
Im vorliegenden Falle steht ausser Zweifel, dass die Gläubigerin für die Forderung von Fr. 123,500.- heute noch ein Pfandrecht an den im ersten Zahlungsbefehl genannten Gesellschaftsanteilen geltend macht. Sie hat dies in ihrem Schreiben an die Rekurrentin vom 2. Mai 1951, mit dem sie dieser die ordentliche Betreibung auf Konkurs ankündigte, sogar ausdrücklich erklärt. Dass die Rekurrentin auf das beneficium excussionis realis verzichtet habe, behauptet sie selber nicht. Nach dem Gesagten verstösst

Seite: 104
also die mit Zahlungsbefehl vom 4. Mai 1951 eingeleitete ordentliche Betreibung gegen Art. 41 SchKG.
Demnach erkennt die Schuldbetr. - u. Konkurskammer:
In Gutheissung des Rekurses werden der angefochtene Entscheid und die Betreibung Nr. 7942 des Betreibungsamtes Chur vom 4. Mai 1951 aufgehoben