Urteilskopf

87 III 50

10. Entscheid vom 25. Mai 1961 i.S. Matti.

Regeste (de):
Betreibungsart (Art. 38 ff. SchKG).

Eine Betreibung, die mit einem Zahlungsbefehl für die Betreibung auf Pfandverwertung eingeleitet worden ist, kann nicht auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses fortgesetzt werden, selbst wenn der Gläubiger im Fortsetzungsbegehren erklärt, das Pfandrecht sei weggefallen.

Regeste (fr):
Modes de poursuite (art. 38 s. LP).

Lorsque le créancier a intenté une poursuite par un commandement de payer visant la poursuite en réalisation de gage il ne peut la continuer par la voie de la saisie ou de la faillite, même s'il déclare - dans la réquisition de continuer la poursuite - que le droit de gage fait défaut.

Regesto (it):
Modi di esecuzione (art. 38 sgg. LEF).

Il creditore che ha promosso un'esecuzione mediante precetto esecutivo per l'esecuzione in via di realizzazione del pegno non può proseguirla in via di pignoramento o di fallimento, anche se - nella domanda di proseguimento dell'esecuzione - dichiara che il diritto di pegno è decaduto.

Sachverhalt ab Seite 51

BGE 87 III 50 S. 51

Am 8. Februar 1961 ordnete der Gerichtspräsident von Saanen auf Gesuch von Jakob Matti, der gegen den Privatier Charles K. Wilmers in Gstaad eine Forderung aus Bauarbeiten im Betrag von Fr. 99'602.40 geltend machte, durch superprovisorische Verfügung die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des Grundstücks Saanen Grundbuchblatt Nr. 4321 an. Am 8. März 1961 erliess das Betreibungsamt Saanen an Wilmers für die Forderung Mattis einen Zahlungsbefehl für die Betreibung auf Verwertung eines Grundpfandes, worin als Pfandgegenstand das eben erwähnte Grundstück bezeichnet war (Betreibung Nr. 7788). Am 9. März 1961 verfügte der Gerichtspräsident, die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sei zu löschen, da Wilmers für die angemeldete Forderung anderswie hinreichende Sicherheit geleistet habe, und setzte Matti eine Frist von sechs Monaten "zur Anhebung des Hauptprozesses". Die Rechtsvorschlagserklärung, mit welcher der Anwalt des Schuldners in der Betreibung Nr. 7788 die Forderung teilweise und das Pfandrecht vollständig bestreiten wollte, ging dem Betreibungsamt (offenbar infolge eines Versehens der Anwaltskanzlei) nicht zu. Nach Erhalt der Mitteilung des Amtes, dass kein Rechtsvorschlag erhoben worden sei, stellte der Gläubiger am 11. April 1961 das Begehren, die Betreibung sei durch Pfändung fortzusetzen, weil das im Zahlungsbefehl erwähnte Grundpfand zufolge der Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 9. März 1961 weggefallen sei. Hierauf kündigte das Betreibungsamt dem Schuldner am 17. April 1961 die Pfändung

an. Am 25. April 1961 führte der Schuldner gegen diese Ankündigung (der die Pfändung noch nicht gefolgt ist) Beschwerde mit dem Antrag, sie sei aufzuheben, weil es unzulässig sei, eine Grundpfandbetreibung auf dem Wege der Pfändung fortzusetzen. Mit Entscheid vom 4. Mai 1961 hat die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde gutgeheissen. Hiegegen rekurriert der Gläubiger an das Bundesgericht

BGE 87 III 50 S. 52

mit dem Antrag, die Pfändungsankündigung sei wiederherzustellen.

Erwägungen

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:
Wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, handelt es sich bei der ordentlichen Betreibung auf Pfändung oder Konkurs und bei der Betreibung auf Pfandverwertung um zwei verschiedene Verfahren, deren Besonderheiten sich schon im Zahlungsbefehl zeigen (vgl. Art. 69 und 152 SchKG). Dem Gläubiger kann es daher nicht gestattet sein, eine Betreibung, die mit einem Zahlungsbefehl für die Betreibung auf Pfandverwertung eingeleitet wurde, auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses fortzusetzen, wenn gerichtlich festgestellt wird oder wie hier aus den eigenen Angaben des Gläubigers klar hervorgeht, dass das Pfandrecht nicht oder nicht mehr besteht. Vielmehr fällt in einem solchen Falle die ganze Betreibung auf Pfandverwertung dahin und hat der Gläubiger, der den Schuldner nunmehr auf Pfändung oder Konkurs betreiben will, mit einem entsprechenden Zahlungsbefehl eine neue Betreibung einzuleiten (vgl. JAEGER N. 9 zu Art. 154 SchKG). Es verhält sich in dieser Hinsicht analog, wie wenn der Schuldner gegenüber einer Betreibung auf Pfändung oder Konkurs mit Erfolg das beneficium excussionis realis geltend macht; in diesem Falle wird die Betreibung auf Pfändung oder Konkurs aufgehoben (BGE 77 III 101 mit Hinweisen, BGE 83 III 60 ff.) und muss der Gläubiger dem Schuldner einen neuen Zahlungsbefehl für die Betreibung auf Pfandverwertung zustellen lassen. Dem Gläubiger zu erlauben, eine Pfandbetreibung in eine ordentliche Betreibung umzuwandeln oder umgekehrt, könnte (abgesehen vom Falle der Fortsetzung einer Pfandbetreibung auf Grund eines Pfandausfallscheins, Art. 158 Abs. 2 SchKG) allerhöchstens dann in Frage kommen, wenn der Schuldner mit einem solchen Vorgehen einverstanden wäre.

BGE 87 III 50 S. 53

FRITZSCHE, auf den der Rekurrent sich beruft, nimmt freilich an, der Gläubiger könne noch in Verbindung mit einem Begehren um Fortsetzung der Betreibung auf das Pfandrecht verzichten und sich so den Weg zu einer Betreibung auf Pfändung oder Konkurs freimachen (Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung I S. 285). Diese Auffassung begründet FRITZSCHE jedoch nur mit dem Hinweis auf BGE 58 III 58 und BGE 59 III 18. Dabei handelt es sich um ein Missverständnis. Im ersten dieser Entscheide hat das Bundesgericht nur erklärt, der Schuldner könne schon vor Anhebung der Betreibung wirksam auf die Einrede verzichten, dass vorerst die Pfänder zu verwerten seien, und der zweite sagt lediglich, der Gläubiger könne noch im Betreibungsbegehren auf ein zu seinen Gunsten bestehendes Faustpfandrecht verzichten und sich damit die Möglichkeit verschaffen, den Schuldner auf Pfändung oder Konkurs zu betreiben. BGE 83 III 63 Erw. 3 bestätigt, dass der Verzicht auf das Pfandrecht, um die ordentliche Betreibung zu rechtfertigen, spätestens im Zahlungsbefehl dem Schuldner mitgeteilt werden, also im Betreibungsbegehren ausgesprochen worden sein müsse. Diese Präjudizien, an denen festzuhalten ist, vermögen die Auffassung Fritzsches nicht zu stützen. Im Gegenteil ergibt sich aus BGE 59 III 18 und BGE 83 III 63, dass ein nach Zustellung des Zahlungsbefehls erklärter Verzicht auf das Pfandrecht

betreibungsrechtlich unwirksam ist. Der vom Rekurrenten hervorgehobene Umstand, dass der Schuldner in der Betreibung auf Pfandverwertung keinen Rechtsvorschlag erhoben hat, kann die Umwandlung dieser Betreibung in eine ordentliche schon deshalb nicht rechtfertigen, weil die Frage der Betreibungsart mit der Frage, ob im eingeleiteten Betreibungsverfahren die Forderung als anerkannt zu gelten habe, grundsätzlich nichts zu tun hat. Ob den Unzukömmlichkeiten, die ein nachträglicher Ersatz des Bauhandwerkerpfandrechts durch eine andere Sicherheit dem betreibenden Gläubiger nach der Auffassung

des Rekurrenten verursachen kann, allenfalls auf andere Weise als durch die nicht zulässige Umwandlung der Pfandbetreibung in eine Betreibung auf Pfändung oder Konkurs begegnet werden könnte, braucht im vorliegenden Falle nicht geprüft zu werden; denn hier ist das Bauhandwerkerpfandrecht infolge Leistung einer andern Sicherheit als dingliches Recht überhaupt nie entstanden und hat somit die Voraussetzung für eine Grundpfandbetreibung von Anfang an gefehlt (BGE 58 III 37). Wenn der Rekurrent nun nicht davon profitieren kann, dass der Schuldner den Rechtsvorschlag unterlassen und gegen den Zahlungsbefehl auch nicht Beschwerde wegen Verletzung von Art. 41 SchKG geführt hat (vgl. BGE 49 III 181 /82), so ist dies also nur die Folge davon, dass er die falsche Betreibungsart gewählt hat.

Dispositiv

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:
Der Rekurs wird abgewiesen.