

# **BGE 93 III 11**

Bundesgericht (BGE), 1967-01-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_93 III 11](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_93_III_11)

FR: ATF 93 III 11

IT: DTF 93 III 11

## **Regeste**

Regeste Beneficium excussionis realis (Art. 41 SchKG). Bestellung eines Faustpfandes für die Forderungen mehrerer Gläubiger. Verzicht eines einzelnen Gläubigers auf das Pfandrecht. Beschwerde des Schuldners gegen die von diesem Gläubiger angehobene Betreibung auf Pfändung oder Konkurs. Abgrenzung der Entscheidungsbefugnis der Betreibungsbehörden und der ordentlichen Gerichte mit Bezug auf die Frage, ob das Pfand die Forderungen der einzelnen Gläubiger oder nur die den Gläubigern gemeinsam zustehenden Forderungen sichere und ob der vom betreibenden Gläubiger erklärte Verzicht auf das Pfandrecht gültig sei. Aufhebung der streitigen Betreibung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Von den Fällen der Wechselbetreibung und der Betreibung für grundpfändlich gesicherte Zinsen und Annuitäten abgesehen, hat der auf Pfändung oder Konkurs betriebene Schuldner nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 41 SchKG unter Vorbehalt entgegenstehender Abmachungen die Möglichkeit, durch Beschwerde die Aufhebung der Betreibung zu erreichen, wenn er in liquider Weise darzutun vermag, dass die Forderung pfandgesichert ist (sog. beneficium excussionis realis; BGE 77 III 101 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 83 III 61, BGE 84 III 69, BGE 86 III 43). Das gleiche gilt auch dann, wenn der Schuldner das Bestehen eines Pfandrechtes zwar bestreitet, aber klar nachweist, dass der Gläubiger ihm gehörende Vermögensstücke als Pfand beansprucht und ihn so an der freien Verfügung über diese Gegenstände hindert (BGE 77 III 102 f.). 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 (BGE 77 III 103 mit Hinweisen, BGE 83 III 63 Erw. 3, BGE 87 III 53).

### **E. 2**

In Anwendung dieser Rechtsprechung hob die Vorinstanz die ordentliche Betreibung Nr. 8273/1962 auf, weil die Beschwerdegegnerin erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens erklärt hatte, sie verzichte auf das nach ihrer eigenen Darstellung seinerzeit errichtete Pfandrecht. Dagegen erachtet die Vorinstanz die vorliegende, ebenfalls auf Betreibung oder Konkurs gerichtete Betreibung Nr. 7575/1966 als zulässig, und zwar im wesentlichen deswegen, weil das Pfandrecht je nachdem, ob es zugunsten der einzelnen Gläubiger oder zugunsten einer einfachen Gesellschaft der Bauunternehmer bestellt worden sei, die von der Beschwerdegegnerin in Betreibung gesetzte Forderung infolge gültigen und rechtzeitig erklärten Verzichts nicht mehr sichere oder mangels Identität von Forderungs- und Pfandgläubiger nicht zu sichern vermöge. BGE 93 III 11 S. 16 Es versteht sich von selbst, dass eine Forderung nur dann im Sinne von Art. 41 SchKG als pfandgesichert gelten kann,

wenn ihr Gläubiger selber Pfandgläubiger ist. Ferner ist richtig, dass die Beschwerdegegnerin auf Grund eines rechtskräftigen Gerichtsurteils, das die Beschwerdeführerin zur Zahlung von Fr. 900.-- nebst Zins und Kosten an sie verpflichtet, eine ihr allein zustehende Forderung gegen die Beschwerdeführerin geltend macht, während die Vereinbarung vom 13. Dezember 1957 sagt, die Baugläubiger, deren Forderungen durch den zunächst in ein "Treuhand-Depot" gelegten und später dem Vertreter der Gläubiger als Faustpfand übergebenen Schuldbrief sichergestellt werden sollten, bildeten eine einfache Gesellschaft. Hieraus durfte die Vorinstanz jedoch nicht ableiten, die in Betreuung gesetzte Forderung sei nicht oder infolge der Verzichtserklärung der Beschwerdegegnerin nicht mehr pfandgesichert. Aus den Vereinbarungen vom 13. Dezember 1957 und 5. Februar 1958 sowie aus der Sachdarstellung beider Parteien geht nämlich klar hervor, dass für die Forderungen der Baugläubiger, zu denen die streitige Forderung gehört, der auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin zu diesem Zweck errichtete Schuldbrief verpfändet werden sollte. Der Prozess der Beschwerdegegnerin gegen die Beschwerdeführerin bezog sich nur auf die Forderung. Mit dem Pfandrecht hatte sich der Richter nicht zu befassen. Er stellte namentlich nicht etwa fest, es bestünden nur die beiden von der Vorinstanz erwähnten Möglichkeiten: entweder sei das Pfandrecht zur Sicherung der Forderungen der einzelnen Baugläubiger errichtet worden und könne jeder derselben unabhängig von den andern für seine Forderung darauf verzichten, oder es sichere ausschliesslich die der Gesamtheit der Baugläubiger gemeinschaftlich zustehenden Ansprüche. Eine solche materiellrechtliche Feststellung von sich aus zu treffen, wären die Betreibungsbehörden höchstens dann befugt, wenn die Rechtslage in diesem Punkte ebenso liquid wäre wie hinsichtlich der - vorstehend bejahten - grundsätzlichen Frage, ob überhaupt ein Pfandrecht zugunsten der Baugläubiger bestellt worden sei. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, sondern es können auch andere als die von der Vorinstanz genannten Möglichkeiten in Betracht kommen. a) Es ist z.B. denkbar, dass jeder einzelne Gläubiger das Pfand auf dem Betreibungswege für seine Forderung in Anspruch nehmen darf, dass aber bei der Verteilung des Pfanderlöses BGE 93 III 11 S. 17 auf die Ansprüche der übrigen Baugläubiger Rücksicht zu nehmen ist und dass der einzelne Gläubiger nach dem Sinn der getroffenen Vereinbarungen nicht für sich allein gültig auf das Pfandrecht verzichten und gestützt darauf die Beschwerdeführerin sogleich auf Pfändung oder Konkurs betreiben darf, sondern dass ihm die ordentliche Betreuung unter allen Umständen nur für einen allfälligen Pfandausfall offen steht. Die Tatsache, dass die III. Zivilkammer des zürcherischen Obergerichtes am 25. Juni 1962 einer andern Gläubigerin das von ihr beanspruchte Pfandrecht aberkannt hat, schliesst diese Möglichkeit nicht ohne weiteres aus. b) Die vorliegenden Vereinbarungen können unter Umständen auch den Sinn haben, dass die Baugläubiger das Pfandrecht nach Abklärung ihrer Forderungen zusammen auszuüben haben, sei es durch parallel geführte Pfandbetreibungen der einzelnen Gläubiger, sei es durch eine gemeinsame Pfandbetreuung, was die Übertragung ihrer Ansprüche an die in der Vereinbarung vom 13. Dezember 1957 erwähnte einfache Gesellschaft voraussetzen würde, da mehrere Gläubiger den gemeinsamen Schuldner nur für eine ihnen gemeinschaftlich zustehende Forderung gemeinsam betreiben können ( BGE 71 III 164 ff., insbesondere S. 167, BGE 76 III 91 /92). In einer solchen Abmachung läge nicht eine Stundung der Forderung als solcher, die im Forderungsprozess hätte geltend gemacht werden müssen. Angesichts dieser Möglichkeiten sind die Betreibungsbehörden nicht zur Annahme berechtigt, die Forderung der Beschwerdegegnerin, die unzweifelhaft wie die Forderungen der andern Baugläubiger durch ein Faustpfand gesichert werden sollte, seien

mangels Identität von Forderungs- und Pfandgläubiger oder wegen Verzichts auf das Pfandrecht nicht oder nicht mehr pfandgesichert. Vielmehr ist die vorliegende ordentliche Betreuung mit Rücksicht auf die an und für sich klar nachgewiesene Pfandbestellung aufzuheben. Der Entscheid über die nicht liquide Frage, welche Bewandnis es mit dem Pfandrecht im einzelnen habe, muss dem Richter überlassen bleiben. Das gilt insbesondere dann, wenn die Beschwerdegegnerin für sich allein gegen die Beschwerdeführerin eine Pfandbetreuung einleiten und die Beschwerdegegnerin ihr durch Rechtsvorschlag die Befugnis abstreiten sollte, das Pfandrecht in der geplanten Weise geltend zu machen. (Der zur Ermöglichung einer ordentlichen BGE 93 III 11 S. 18 Betreuung erklärte Verzicht auf das Pfandrecht, dessen Wirksamkeit die Beschwerdeführerin mit der Beschwerde bestritten hat, könnte einer Pfandbetreuung der Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben nicht entgegengehalten werden.) Falls die Beschwerdegegnerin nach wie vor den Standpunkt einnehmen sollte, sie habe gültig auf das Pfandrecht verzichtet und brauche die Beschwerdeführerin daher nicht auf Pfandverwertung zu betreiben, hätte der Richter auf eine Feststellungsklage hin über die Wirkungen der Verzichtserklärung zu entscheiden. Wie die Dinge gegenwärtig liegen, müssen ordentliche Betreibungen ausgeschlossen werden, um zu verhüten, dass die meisten Gläubiger auf die nicht verpfändeten Vermögensstücke der Schuldnerin greifen, während andere (oder auch nur einer), die auf das Pfand nicht verzichtet haben, es in Händen behalten und so die Schuldnerin daran hindern, es für die Befriedigung aller Gläubiger heranzuziehen, wozu es nach dem klaren Parteiwillen bestimmt war.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.