

S. 241 / Nr. 56 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 54 III 241

56. Entscheid vom 22. September 1928 i.S. Mosimann.

Regeste:

Will der Schuldner gegen eine Betreibung auf Pfandverwertung die Einrede erheben, dass die Verwertung des (unstreitig bestellten) Pfandes nicht durch Betreibung auf Pfandverwertung in die Wege geleitet werden dürfe, sondern durch privaten Pfandverkauf stattfinden müsse, so hat er Rechtsvorschlag zu erheben und nicht Beschwerde zu führen.

Lorsque le débiteur veut opposer à la poursuite en réalisation de gage l'exception consistant à dire que la réalisation du gage (dont la constitution est incontestée) ne doit pas s'opérer par la voie de ce genre de poursuite, mais par la vente de gré à gré, il doit former opposition contre la poursuite mais non porter plainte.

Ove in un'esecuzione in via di realizzazione del pegno, il debitore pretenda, che la vendita del pegno (la cui costituzione è pacifica) debba avvenire, non con esecuzione in via di realizzazione, ma a trattative private, dovrà far valere l'eccezione, non per via di ricorso, ma col mezzo dell'opposizione.

A. - Auf Verlangen der Frau Marie Baumann in Zürich stellte das Betreibungsamt Höngg dem Werner Mosimann einen Zahlungsbefehl für die Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes, nämlich des «Inhaberschuldbriefes über 10000 Fr., lastend im dritten Rang auf Kat. Nr. 2872 Gemeindebann Höngg» für die Summe von 12163 Fr. 70 Cts. laut «Darlehensvertrag vom 30. Juni 1926» zu. Hiegegen erhob der Betriebene Rechtsvorschlag, und als der Gläubigerin provisorische

Seite: 242

Rechtsöffnung gewährt wurde, strengte er Aberkennungsklage an. Ausserdem führte der Betriebene Beschwerde unter Hinweis auf einen Vergleich vom 8. Dezember 1926, Ziffer 5, welche lautet: «Zur Sicherstellung des Guthabens der Frau Baumann gemäss Ziffer 1 verpflichtet sich Herr Mosimann persönlich, auf seiner Liegenschaft in Höngg einen Inhaberschuldbrief von 20000 Fr. (nachträglich herabgesetzt auf 10000 Fr.) «im dritten Rang mit Nachrückungsrecht bei einem Vorgang von 37000 Fr. zu errichten und diesen Schuldbrief an Frau Baumann als Faustpfand für die in Ziff. 1 genannte Forderung zu übergeben. Diese Übergabe geschieht in der Weise, dass der Inhaberschuldbrief bei der Schweizerischen Volksbank in Bern mit der Bestimmung hinterlegt wird, dass nur Frau Baumann und Herr W. Mosimann gemeinsam darüber verfügen können. Nach gänzlicher Tilgung der Schuldverpflichtung der Fa. W. Mosimann & Co. und des Herrn W. Mosimann ist Frau Baumann verpflichtet, in die unbeschwerte Aushandlung des Schuldbriefes an Herrn Mosimann einzuwilligen...» Der Ziffer 8 des Vergleiches ist noch zu entnehmen: «Sofern aus irgend einem Grunde dieser Vergleich dahinfällt, wird das gesamte Darlehen gemäss Ziffer 1 sofort fällig, wobei die gemäss diesem Vergleiche an Frau Baumann übergebenen Sicherheiten derselben weiter verbleiben. Dabei ist Frau Baumann nicht verpflichtet, sich vorerst für die Befriedigung ihrer Forderung an allfällige Pfänder zu halten, sie kann vielmehr neben oder vor Verwertung der Pfänder gegen die Fa. W. Mosimann & Co. und gegen W. Mosimann persönlich vorgehen.» Zur Begründung brachte der Beschwerdeführer an: «Die Vertragsmeinung war also die, dass keinesfalls eine betreibungsrechtliche Verwertung des Schuldbriefes stattfinden soll, sondern die Liquidation des zur Sicherheit übergebenen Schuldbriefes soll nur auf dem Wege eines freihändigen Verkaufes erfolgen. Man wollte eben verhüten, dass dieser Schuldbrief auf die Gant

Seite: 243

kommt... Da nun die Gegenpartei nicht im Besitze des Faustpfandes ist, eine betreibungsrechtliche Verwertung desselben nach Vertrag ausgeschlossen ist, war sie auch nicht befugt, eine Betreibung auf Verwertung des Faustpfandes einzuleiten. Es steht der Gegenpartei frei..., den freihändigen Verkauf der Hypothek einzuleiten.» Im Rekurs an die obere Aufsichtsbehörde machte der Beschwerdeführer sodann noch geltend: «Es handelt sich also um die Frage: war Rekursgegnerin berechtigt, eine Faustpfandbetreibung einzuleiten, oder lediglich eine gewöhnliche Betreibung durchführen zu lassen, m.a.W. es ist hier die Frage über die Art der Betreibung zu entscheiden.»

B. - Durch Entscheid vom 17. August 1928 ist das Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs auf die Beschwerde nicht eingetreten.

C. - Diesen Entscheid hat Mosimann an das Bundesgericht weitergezogen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Dem Rekurrenten ist zuzugeben, dass die Befugnis der Betreibungsbehörden zur Entscheidung über

die Betreibungsart nicht auf die Frage beschränkt ist, ob eine gewöhnliche Betreuung durch Pfändung oder durch Konkursandrohung fortzusetzen sei. Vielmehr schreibt Art. 85 Abs. 2 der Grundstücksverwertungsverordnung vor: «Will der Schuldner gegen eine Betreuung auf Pfändung oder Konkurs die Einrede erheben, dass die Forderung pfandversichert und deshalb nur die Betreuung auf Pfandverwertung zulässig sei, so hat er dies binnen zehn Tagen der seit Zustellung des Zahlungsbefehls durch Beschwerde geltend zu machen.» Und dieser aus der frühern Rechtsprechung (vgl. hierüber JAEGER, Note 7 zu Art. 41 SchKG) geschöpfte Satz ist analogerweise auch im Falle anzuwenden, dass der

Seite: 244

Schuldner gegenüber einer gewöhnlichen Betreuung die Einrede der Pfandsicherung durch Faustpfand erheben will. Dass diese Einrede vermitteltst Rechtsvorschlages zu erheben wäre, kann denn auch nicht in Frage kommen, da der Schuldner damit ja weder die Forderung noch das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will (vgl. Art. 69 Ziff. 3 SchKG). Indessen kann eine derartige Beschwerde nur dann gutgeheissen und die angehobene gewöhnliche Betreuung nur dann aufgehoben werden, wenn der Betriebene den Bestand eines die in Betreuung gesetzte Forderung sichernden Pfandrechtes inliquider Weise darzutun vermag, also derart, dass das Pfandrecht nicht ernstlich bestritten werden kann (vgl. JAEGER, a.a.O.)

Nun springt aber in die Augen, dass sich der in Rede stehende Satz- nicht dahin umkehren lässt, dass der Schuldner, welcher gegen eine Betreuung auf Pfandverwertung die Einrede erheben will, dass die Forderung nicht pfandversichert und deshalb nur die gewöhnliche Betreuung zulässig sei, dies ebenfalls durch Beschwerde geltend machen könne. Vielmehr muss der Betriebene, welcher den Bestand des vom Gläubiger in Anspruch genommenen Pfandrechtes bestreiten will, Rechtsvorschlag erheben und zwar dabei ausdrücklich bemerken, dass sich der Rechtsvorschlag gegen das Pfandrecht richtet (vgl. Art. 85 Abs. 1 der Grundstücksverwertungsverordnung). Ebensowenig kann die Umkehrung jenes Satzes dahin zulässig sein, dass der Schuldner, welcher gegen eine Betreuung auf Pfandverwertung die Einrede erheben will, dass die Verwertung des (unstreitig bestellten) Pfandes nicht durch Betreuung auf Pfandverwertung in die Wege geleitet werden dürfe, dies durch Beschwerde geltend machen könne. Denn im einen wie im andern dieser letztgenannten Fälle lässt sich die Entscheidung nur gewinnen aus der Feststellung und Auslegung von Abreden, welche die Parteien über

Seite: 245

den als Pfand in Anspruch genommenen Gegenstand mit Bezug auf die in Betreuung gesetzte Forderung getroffen haben. Hiezu kommt noch, dass es dem Betriebenen kaum je - und besonders auch nicht im vorliegenden Falle - möglich sein wird, inliquider Weise darzutun, dem Gläubiger stehe das Recht auf ausseramtlichen Verkauf des Pfandgegenstandes zu, wenn dieser selbst Zweifel in eine derartige Befugnis setzt und daher vom privaten Pfandverkauf abzusehen vorsieht. In Anwendung auf die Pfandverwertungsbetreuung ist denn auch die Vorschrift des Art. 69 Ziff. 3 SchKG, wonach der Schuldner, welcher die Forderung oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will, Rechtsvorschlag zu erheben hat, dahin auszulegen, dass Rechtsvorschlag zu erheben ist, wenn der Schuldner die Forderung oder das Pfandrecht bestreiten will oder aber das Recht, die Forderung oder das Pfandrecht auf dem Betreibungswege geltend zu machen. Gerade diesen letzteren Punkt betrifft der vorliegende Streit: der Betriebene bestreitet nicht, dass die Gläubigerin ihre Forderung auf dem Betreibungswege geltend machen dürfe - nämlich durch die gewöhnliche Betreuung, und zwar ohne vorangehende Pfandliquidation -, er bestreitet auch nicht, dass die Gläubigerin zur Verwertung des Pfandes schreiten dürfe - nämlich zum ausseramtlichen Pfandverkauf, welcher freilich auf Schwierigkeiten stossen dürfte, weil die Ausübung des Pfandbesitzes unter wenig durchsichtigen Bedingungen einem Dritten übertragen wurde -, sondern er bestreitet nur, dass die Gläubigerin die Pfandverwertung auf dem gesetzlich vorgesehenen Wege der Durchführung einer Betreuung auf Pfandverwertung vornehmen lassen dürfe.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen