

## S. 57 / Nr. 14 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 58 III 57

14. Entscheid vom 27. April 1932 i. S. Zuber.

## Regeste:

Der Schuldner kann den Gläubiger schon vor Anhebung der Betreuung rechtswirksam ermächtigen, statt der Betreuung auf Verwertung der bestellten Pfänder die ordentliche Betreuung einzuleiten.

Art. 41 SchKG.

Est licite la convention par laquelle le débiteur accorde par avance au créancier gagiste le droit de le poursuivre, le cas échéant, par la voie ordinaire, plutôt que par la voie de la poursuite en réalisation de gage.

Art. 41 LP.

È lecita la convenzione colla quale il debitore accorda, preventivamente, al creditore pignoratorio la facoltà di escuterlo nella via di pignoramento invece di agire coll'esecuzione in via di realizzazione del pegno.

Art. 41 LEF.

A. - Am 29. Dezember 1930 unterzeichnete der Rekurrent folgende «Schuldenerkennung und Bürgschaftsakt»: «Herr Julius Wyler ... anerkennt hiemit, dem Herrn Dr. X., Luzern, 30925 Fr. mit Valuta und Fälligkeit 1. Oktober 1931 schuldig zu sein... Als Sicherheit für obige Schuld haften als Faustpfand ... Für obstehende Schuld von 30925 Fr. nebst allfälligen Zinsen und Kosten übernimmt Herr Otto Zuber die Bürg- und Selbstzahlerschaft und verpflichtet sich, diesen Betrag nebst allfälligen Zinsen und Kosten binnen 30 Tagen nach Verfall, d. h. bis spätestens 31. Oktober 1931 zu bezahlen, sofern bis dahin Herr Julius Wyler nicht selbst bezahlt hat. - Herr Dr. X. ist im Fall der Nichtzahlung berechtigt,

Seite: 58

sowohl gegen den Schuldner als gegen den Bürgen die ordentliche Betreuung anzuheben und durchzuführen, ohne erst die Pfänder zu verwerten oder auf Pfandverwertung betreiben zu müssen. Dem zahlenden Schuldner oder Bürgen sind die Pfänder nach erfolgter Zahlung auszuhändigen...»

Am 12. Februar 1932 wurde dem Rekurrenten Zuber auf Begehren des Dr. X. ein auf gewöhnliche Betreuung gerichteter Zahlungsbefehl für 30925 Fr. nebst Zinsen zugestellt, wogegen der Rekurrent Beschwerde führte mit der Begründung, für Haupt- und Bürgschaftsschuld seien verschiedene Fälligkeitstermine vereinbart worden, sodass man es nicht mit einer Solidarbürgschaft zu tun habe; Art. 496 OR sei daher nicht anwendbar und gemäss Art. 41 SchKG müsse zuerst auf Verwertung der Pfänder betrieben werden. Da letztere Bestimmung zum Schutz des Schuldners aufgestellt worden sei, sei ein im Voraus erklärter Verzicht auf diese Einrede ungültig.

B. - Mit Entscheid vom 7. April 1932 hat die obere kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde abgewiesen mit der Begründung: Der Umstand, dass für die Bürgschaftsschuld ein späterer Verfall vereinbart worden sei, ändere nichts daran, dass man es mit einer Solidarbürgschaft zu tun habe. Die Faustpfänder seien sodann nur für die Haupt-, nicht auch für die Bürgschaftsschuld bestellt worden, sodass Art. 41 SchKG der - nach Art. 496 OR zulässigen - ordentlichen Betreuung vor Verwertung der Pfänder nicht entgegenstehe.

C. - Diesen Entscheid zog der Rekurrent rechtzeitig an das Bundesgericht weiter mit dem Antrag auf Gutheissung der Beschwerde.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

zieht in Erwägung:

1.- Der Rekurrent stellt sich heute selbst auf den Boden, dass er gegenüber dem betreibenden Gläubiger als Solidarbürge hafte, und macht lediglich geltend, nach

Seite: 59

dem Abkommen vom 29. Dezember 1930 sei auch seine Bürgschaftsverpflichtung pfandgesichert. Allein auch wenn man noch annehmen wollte, dass auch für diese Bürgschaftsschuld ein Pfandrecht bestehe - was indessen keineswegs eindeutig aus dem Abkommen vom 29. Dezember 1930 herausgelesen werden kann. - so stünde einer Gutheissung der Beschwerde der Verzicht auf die Einrede aus Art. 41 SchKG entgegen, den der Rekurrent (wie auch der Hauptschuldner) ausdrücklich erklärt hat. Allerdings hat das Bundesgericht in BGE 27 I 131 = Sep. Ausg. 4 S. 39 entschieden, dass ein solcher Verzicht, wenn schon vor Anhebung der Betreuung erklärt, ungültig sei. Allein hieran kann bei erneuter Prüfung nicht festgehalten werden:

Art. 41 SchKG ist nicht zwingender Natur; es bestehen keine öffentlichen Interessen daran, dass

immer dann, wenn eine Forderung pfandgesichert ist, zuerst die Pfänder verwertet werden. Der Schuldner kann allerdings den Gläubiger gegebenenfalls auf dem Beschwerdeweg auf die Pfandverwertungsbetreibung verweisen; unterlässt er aber eine Beschwerde, so wird die gewöhnliche Betreibung rechtskräftig. Ebenso gut wie die Unterlassung einer Beschwerde auf den Zahlungsbefehl hin muss aber ein schon vorher ausdrücklich erklärter Verzicht auf die Einrede aus Art. 41 SchKG die Durchführung der gewöhnlichen Betreibung ermöglichen. Wo der Verzichtende dem Gläubiger ausdrücklich das Recht einräumt, «die ordentliche Betreibung anzuheben und durchzuführen, ohne erst die Pfänder zu verwerten oder auf Pfandverwertung betreiben zu müssen», kann nicht anerkannt werden, er sei sich der Existenz und des Wertes des ihm vom Gesetz verliehenen Rechtes, die vorherige Verwertung der Pfänder zu verlangen, nicht genügend bewusst gewesen. Damit fällt die Überlegung dahin, welche im erwähnten Entscheid den Ausschlag gegeben hat. Da aus den nämlichen Gründen auch der Verzicht des Hauptschuldners auf vorherige Verwertung der Pfänder

Seite: 60

gültig ist, erweist sich endlich auch die Berufung des Rekurrenten auf Art. 145 OR als unbehelflich, sodass dahingestellt bleiben kann, ob diese Bestimmung überhaupt auf den Fall einer Solidarbürgschaft anwendbar ist.

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