

ausländische Schiffe beobachtet, so ist den im Register des Heimathafens aufgezeichneten Vorzugsrechten die Anerkennung, die ihnen gemäss Art. 1 des mehrerwähnten Internationalen Übereinkommens gebührt, in jeder Hinsicht gewährleistet. Im übrigen bestehen keine sachlichen Gründe dafür, die Pfandbetreibung in ausländische Schiffe hinsichtlich des Verfahrens anders zu ordnen als diejenige in Schiffe, die im Inland registriert sind. Die Art. 54, 59 (in Verbindung mit 57) und 61 des Bundesgesetzes über das Schiffsregister sind also im vorliegenden Falle entsprechend anzuwenden.

4. — Obwohl die vorliegende Betreibung demgemäss grundsätzlich nach den Regeln über die Grundpfandbetreibung durchzuführen ist, kann sich der Rekurrent nicht darüber beschweren, dass das Betreibungsamt für den Zahlungsbefehl das Formular für die Faustpfandbetreibung verwendet hat. Vom Worte « Faustpfand » abgesehen, enthält das verwendete Formular nichts, was für die Betreibung auf Verwertung eines verpfändeten Schiffes nicht passen würde. Namentlich entspricht die darin genannte Frist für die Zahlung und die Stellung des Verwertungsbegehrens der Vorschrift von Art. 59 Abs. 3 des Schiffsregistergesetzes, die in diesem Punkte eine Ausnahme von den Regeln über die Grundpfandbetreibung vorsieht. Das Formular für den Zahlungsbefehl in der Faustpfandbetreibung lässt sich daher leichter als dasjenige für den Zahlungsbefehl in der Grundpfandbetreibung an die Bedürfnisse der Betreibung auf Verwertung eines verpfändeten Schiffes anpassen. Der Umstand, dass das Betreibungsamt vom Worte « Faustpfand » die erste Silbe nicht gestrichen hat, wie es korrekt gewesen wäre, ist kein genügender Grund für die Aufhebung des erlassenen Zahlungsbefehls. Dem weiteren Verfahren wird durch diesen mehr äusserlichen Fehler nicht präjudiziert.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen.

3. Entscheid vom 8. Februar 1947 i. S. Schabert.

Wie ist ein *beneficium excussionis realis* bei pfandgesicherter Schuld geltend zu machen? In der Regel durch Beschwerde gegen die ordentliche Betreibung (Art. 41¹ SchKG, 85² VZG). Ist aber dem Gläubiger ein Selbstverkaufsrecht eingeräumt, so ist Recht vorzuschlagen und zur Entscheidung über Bestand und Tragweite des *beneficium* der Richter zuständig.

Comment le débiteur doit-il faire valoir le *beneficium excussionis*? Ce sera, en règle générale, par la voie de la plainte contre la poursuite ordinaire (art. 41 al. 1 LP, 85 al. 2 ORI). Mais si le créancier s'est réservé le droit de vendre lui-même le gage, le débiteur devra alors faire opposition, et ce sera au juge à se prononcer sur l'existence et la portée dudit bénéfice.

In quale modo il debitore deve far valere il *beneficium excussionis realis*? In massima, lo farà valere mediante reclamo contro l'esecuzione ordinaria (art. 41 cp. 1 LEF, 85 cp. 2 RegRF). Ma se il creditore si è riservato il diritto di vendere lui stesso il pegno, il debitore dovrà allora fare opposizione e spetterà quindi al giudice di statuire sull'esistenza e la portata di detto beneficio.

A. — Der Rekurrent Christian Schabert ist laut Schuldverpflichtung vom 15. Januar 1946 solidarisch mit seinem (seither verstorbenen) Vater Helmuth Schabert zur Rückzahlung eines Darlehens von restlich Fr. 2390.— gegenüber dem Gläubiger Hans Bernhard verpflichtet. Der Urkunde ist zu entnehmen: « Als Faustpfand erhielt der Gläubiger einen Brillantring mit einem Schätzwert von sFr. 400.— (gemäss Schuldschein vom 31.12.34), verbunden mit dem Verfügungsrecht lt. Vollmacht vom 5.9.45. » Diese von Helmuth Schabert unterzeichnete « Vollmacht » lautet: « Hiermit wird Herr Hans Bernhard Bern bevollmächtigt den Brillantring (Platinschiene mit 2 grösseren Brillanten) lt. Schuldschein erneuert am 13. Juni 1942 zu verwerten. Herr Bernhard wird den Ring erst verwerten, nach Übereinkunft mit Helmuth Schabert, der hierfür sein Einverständnis geben wird. Hierbei handelt es sich lediglich um den Verkaufswert, den man für den Ring erhalten würde. »

B. — Gegenüber der für verfallene Abzahlungen von Fr. 750.— nebst Zinsen angehobenen ordentlichen Betrei-

bung Nr. 36668 schlug der Rekurrent Recht vor. Ferner führte er Beschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des Zahlungsbefehls unter Hinweis auf das Faustpfand. Der Gläubiger wendete ein, mit der Vereinbarung des privaten Verkaufes laut « Vollmacht » vom 5. September 1945 habe man eine Zwangsverwertung des Pfandes vermeiden wollen, in der Hoffnung auf einen höheren Erlös bei freihändigem Verkauf. Daher sei er nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, ordentliche, nicht Pfandbetreibung anzuhängen. Der Schuldner seinerseits erklärte in einer Einvernahme vor der Aufsichtsbehörde: « M. E. handelt es sich nicht um eine Vereinbarung der aussergerichtlichen Liquidation des Ringes, da ich es praktisch verhindern kann, dass der Ring verkauft wird, indem ich mangels Bestimmung eines Minimalpreises mit keinem Preis einverstanden sein könnte. » Die Aufsichtsbehörde wies am 9. Januar 1947 die Beschwerde des Schuldners ab. Sie entnahm der « Vollmacht » vom 5. September 1945 die Vereinbarung einer « aussergerichtlichen Liquidation des Pfandes ». Das dabei dem Schuldner (Verpfänder) vorbehaltene Einverständnis solle ihn nur gegen einen ungünstigen Verkauf schützen. Dagegen stehe ihm nicht zu, sein Einverständnis bei jedem noch so angemessenen Preis zu verweigern. Solche Rechtsausübung wäre Rechtsmissbrauch. « Hans Bernhard hat daher mit Recht auf Pfändung betrieben. »

C. — Mit dem vorliegenden Rekurs hält der Schuldner an der Beschwerde fest. Abgesehen von Einwendungen gegen die Schuldpflicht hält er vor allem dafür, « dass auch im Falle einer aussergerichtlichen Verwertung zuerst die Verwertung erfolgen muss und eine gewöhnliche Betreibung nur für den Ausfall in Frage kommt. »

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

Die zutreffende Betreibungsart für pfandversicherte Forderungen ist nach Art. 41 Abs. 1 SchKG, mit Vorbehalt der in Abs. 2 daselbst vorgesehenen besondern Fälle,

die Betreibung auf Pfandverwertung. Diese Vorschrift findet jedoch, jedenfalls direkt, keine Anwendung, wenn privater Verkauf des Pfandes durch den Gläubiger vereinbart ist, sei es unter Ausschluss der Pfandbetreibung oder wenigstens nach Wahl des Gläubigers. In beiden Fällen würde die Verweisung auf den Weg einer Pfandbetreibung gegen die Vereinbarung verstossen.

Der Rekurrent leitet indessen aus Art. 41 Abs. 1 über den dadurch geregelten Fall hinaus ein allgemeines, auch bei Selbstverkaufsrecht des Gläubigers bestehendes *beneficium excussionis realis* des Schuldners ab. Kraft dieses Anspruches könne er zwar nicht Pfandbetreibung, aber Liquidation des Pfandes durch privaten Verkauf vor Anhebung einer ordentlichen Betreibung verlangen. Eine solche Betreibung wäre nur für einen Pfandausfall statthaft.

Die Vorinstanz nimmt zur Frage nach der Tragweite von Art. 41 Abs. 1 SchKG nicht Stellung. Sie hält dafür, ein Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes stehe dem Rekurrenten jedenfalls deshalb nicht zu, weil er, aus seinen Aussagen zu schliessen, die Absicht hege, einen privaten Verkauf durch missbräuchliche Ausübung seines Mitspracherechtes zu hintertreiben. Diese Schlussfolgerung erscheint als voreilig. Es ist nicht einzusehen, warum dem Gläubiger nicht wenigstens der Versuch eines privaten Verkaufes zu annehmbaren Bedingungen zuzumuten wäre, sofern man den vom Schuldner geltend gemachten Anspruch grundsätzlich bejahen müsste.

Letzteres würde einer seinerzeit ausgesprochenen Ansicht entsprechen (BGE 58 III 55). Bald darauf hat jedoch das Bundesgericht den dispositiven Charakter von Art. 41 Abs. 1 SchKG anerkannt und einen Verzicht des Schuldners auf das *beneficium excussionis realis* als rechtswirksam gelten lassen, selbst wenn er zum voraus, etwa bereits im Pfandvertrag, erklärt wurde (BGE 58 III 57). Seither ist die Zulässigkeit von Vereinbarungen auch in anderer Hinsicht zur Geltung gekommen. So steht dem Schuldner

keine Beschwerde gegen die ordentliche Betreuung zu, wenn der Gläubiger, mit oder ohne Zustimmung des Schuldners, mit dem Dritteigentümer des Pfandes im Pfandvertrag oder auch erst später eine bloss subsidiäre Haftung des Pfandes vereinbart hat (*beneficium excussionis personalis*; BGE 68 III 131). Angesichts dieser mit dem Schrifttum übereinstimmenden Entwicklung der Rechtsprechung kann dem Schuldner überhaupt nicht mehr eine Beschwerde gegen die ordentliche Betreuung zugestanden werden, wenn dem Gläubiger ein Recht auf privaten Verkauf des Pfandes eingeräumt ist. Solchenfalls hängt die Frage nach einem Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes in erster Linie vom Inhalt und von der Tragweite der Vereinbarung ab, die in mannigfachen Spielarten, mit einschränkenden und erweiternden Klauseln vorkommen kann und in ihrer Anwendung vom Grundsatz des Art. 2 ZGB beherrscht ist. Es ist angezeigt, die Entscheidung beim Bestehen einer solchen Vereinbarung dem Richter anheimzugeben. Dieser mag, falls sich ein Parteiwille in der in Frage stehenden Hinsicht nicht ermitteln lässt, prüfen, ob ein Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes dem « mutmasslichen » Parteiwillen oder Treu und Glauben entspricht, wie allenfalls bei zweifellos genügender Pfanddeckung (vgl. die darauf Rücksicht nehmende Norm von § 777 der deutschen Zivilprozessordnung; FRANÇOIS GUISSAN, Des effets du gage etc., Journal des Tribunaux 1932, poursuite 103 ff., besonders 115-116). Der Richter ist frei, die dem einzelnen Fall entsprechende Lösung zu treffen, sei es (Bestand und Fälligkeit der Schuld vorausgesetzt) unbedingte Freigabe der ordentlichen Betreuung, ohne Rücksicht auf das nicht liquidierte Pfand, oder nur provisorische Freigabe, so dass Verwertung gepfändeter Gegenstände sowie Konkursandrohung nur für einen allfälligen Pfandausfall verlangt werden kann, oder endlich gänzliche Hemmung der Betreuung bis nach durchgeführter Pfandliquidation. Der Rekurrent hat richtigerweise neben Beschwerde Rechts-

vorschlag erhoben. Es bleibt ihm unbenommen, in einem gerichtlichen Verfahren die Einwendungen gegen die ordentliche Betreuung geltend zu machen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen.

4. Arrêt du 8 février 1947 dans la cause Thibault.

Action en libération de dette. Suspension de la poursuite (art. 83 al. 2 LP).

Les autorités d'exécution doivent aussi tenir compte d'une action en libération de dette dirigée, non contre le créancier poursuivant à l'époque de l'introduction de la demande, mais contre le créancier qui a requis la poursuite, même si celui-ci n'existe plus (société dissoute dans l'intervalle).

Si, dans un cas semblable, ladite action est rayée du rôle, déclarée irrecevable ou rejetée par le juge, ou retirée par le demandeur, et que la substitution de créancier n'ait pas été portée à la connaissance du débiteur, celui-ci dispose d'un délai supplémentaire de dix jours dès le prononcé du juge ou dès le retrait ou le désistement, pour intenter à nouveau l'action en libération de dette contre le créancier actuel.

Aberkennungsklage. Einstellung der Betreuung (Art. 83^a SchKG).

Eine Aberkennungsklage ist von den Betreibungsbehörden auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht gegen den gegenwärtig betreibenden, sondern gegen denjenigen Gläubiger gerichtet ist, der die Betreuung angehoben hatte, selbst wenn er nicht mehr existiert, z. B. eine inzwischen aufgelöste Gesellschaft ist.

Wird eine solche Aberkennungsklage vom Richter am Protokoll abgeschrieben, zurückgewiesen oder abgewiesen oder vom Kläger zurückgezogen, und war diesem der Wechsel des Gläubigers nicht mitgeteilt worden, so hat er vom Richterspruch oder vom Rückzug an neuerdings zehn Tage Frist zur Aberkennungsklage gegen den gegenwärtigen Gläubiger.

Azione di disconoscimento di debito. Sospensione dell'esecuzione (art. 83 cp. 2 LEF).

Le autorità di esecuzione debbono anche tenere conto d'un'azione di disconoscimento di debito diretta non contro il creditore procedente all'epoca dell'inoltro della domanda, ma contro il creditore che ha chiesto l'esecuzione, anche se questo più non esiste (società sciolta nell'intervalle).

Se, in un siffatto caso, la suddetta azione è cancellata dal ruolo, dichiarata irricevibile o respinta dal giudice o ritirata dall'attore, e la sostituzione del creditore non è stata comunicata al debitore, questi dispone d'un termine supplementare di dieci giorni dalla pronuncia del giudice o dal ritiro o dal recesso per promuovere nuovamente l'azione di inesistenza di debito contro il creditore attuale.