

B. — Der Schuldner erhob Beschwerde und verlangte Aufhebung der Betreibung, weil sie auf Pfandverwertung hätte gehen müssen. Die Kantonalbank berief sich in ihrer Vernehmlassung auf die oben angeführte Bestimmung des Pfandvertrages. Darnach stehe ihr zu, die Pfänder neu zu schätzen, was an Hand eines von dritter Seite gemachten Kaufangebotes geschehen sei und ergeben habe, dass ein Betrag von über 58,000 Fr. ungedeckt sei. Zur Nachdeckung aufgefordert, habe der Schuldner keine Folge geleistet. Demgemäss sei gewöhnliche Betreibung zulässig.

Die kantonale Aufsichtsbehörde schützte in ihrem Entscheid vom 2./3. März den Standpunkt der Gläubigerin und wies die Beschwerde ab.

Am 5. März teilte die Gläubigerin dem Schuldner mit, dass sie die Faustpfänder am 12. März auf öffentliche Versteigerung bringen werde.

C. — Gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde rekurierte der Schuldner unter Wiederholung des Antrages, die Betreibung sei aufzuheben, am 10. März an das Bundesgericht.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung :*

1. —

2. — Der Antrag auf Aufhebung der Betreibung ist gutzuheissen. Entgegen der von der Gläubigerin und der Vorinstanz vertretenen Auffassung braucht sich der Schuldner eine gewöhnliche Betreibung solange nicht gefallen zu lassen, als das Pfand noch besteht. Erst wenn es verwertet ist und sich dabei ein Ausfall ergeben hat, steht der Weg der gewöhnlichen Betreibung offen. Unter keinen Umständen kann auch eine noch so zuverlässige Schätzung die Verwertung ersetzen. Die Gläubigerin beruft sich daher auch vergebens auf ihr vertragliches Recht, die Pfänder infolge der eingetretenen Entwertung und des Ausbleibens einer Nachdeckung zu verkaufen;

solange sie von diesem Recht nicht Gebrauch gemacht hatte — und das war auf jeden Fall zur Zeit der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht geschehen — blieb eben Art. 41 SchKG anwendbar.

Demnach erkennt die Schuldbetr. u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird gutgeheissen und die Betreibung aufgehoben.

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

Der Schuldner kann den Gläubiger schon vor Anhebung der Betreibung rechtswirksam ermächtigen, statt der Betreibung auf Verwertung der bestellten Pfänder die ordentliche Betreibung 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 pignoratizio 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 « Schuldanerkennung und Bürgschaftsakt » : « Herr Julius Wyler ... anerkennt hiemit, dem Herrn Dr. X., Luzern, 30,925 Fr. mit Valuta und Fälligkeit 1. Oktober 1931 schuldig zu sein... Als Sicherheit für obige Schuld haften als Faustpfand ... Für obstehende Schuld von 30,925 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,

sowohl gegen den Schuldner als gegen den Bürgen die ordentliche Betreibung 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 Betreibung gerichteter Zahlungsbefehl für 30,925 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 Betreibung 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

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. Aug. 4 S. 39 entschieden, dass ein solcher Verzicht, wenn schon vor Anhebung der Betreibung 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

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.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

15. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Februar 1932 i. S. Firth gegen Eidgenössische Versicherungs-A.-G. u. Konsorten.

Drittansprachen können in dem während der Dauer eines Arrestes oder einer Pfändung über den Schuldner ausgebrochenen Konkurse auch noch geltend gemacht werden, wenn sie gegenüber dem Arrest- bzw. Pfändungsgläubiger verwirkt waren. Art. 199, 106/9, 242 u. 244 ff. SchKG.

Dans la faillite prononcée pendant la durée d'un séquestre ou d'une saisie frappant des biens du débiteur, les tiers peuvent faire valoir leurs droits même s'ils n'ont pas agi à temps à l'encontre du créancier séquestrant ou saisissant. Art. 199, 106 à 109, 242 et 244 et suiv. L.P.

In un fallimento aperto in pendenza d'un sequestro o di un pignoramento sui beni del fallito, i terzi possono far valere i loro diritti anche se non hanno agito tempestivamente nei riguardi del creditore sequestrante o pignorante. Art. 199, 106 a 109, 242 e 244 e seg. LEF.

Drittansprachen können in dem während der Dauer eines Arrestes oder einer Pfändung über den Schuldner ausgebrochenen Konkurse an arrestierten bzw. gepfändeten Gegenständen nach richtiger Auffassung auch dann noch geltend gemacht werden, wenn sie gegenüber dem

Arrest bzw. der Pfändung infolge unbenützten Verstreichenlassens der Anmelde- oder Klagefrist verwirkt waren. Die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung stand allerdings mit einer Ausnahme (BGE 32 II S. 752 = Sep.-A. IX S. 411) auf dem gegenteiligen Standpunkte, indem sie davon ausging, dass die Konkursmasse gemäss Art. 199 SchKG schlechtweg in die Rechte der Arrest- bzw. Pfändungsgläubiger sukzediere (BGE 32 II S. 136; vgl. auch BGE 22 S. 704; 24 I S. 399 Nr. 73 i. f. = Sep.-A. I S. 131 Nr. 36 i. f.; 29 I S. 110 = Sep.-A. VI S. 44; 34 II S. 392 Erw. 2 = Sep.-A. XI S. 141 Erw. 2). Allein diese Auslegung von Art. 199 SchKG ist in BGE 51 III S. 140 bereits hinsichtlich der Kompetenzansprüche des Schuldners wieder aufgegeben worden. Sie kann auch mit Bezug auf die Ansprüche Dritter nicht aufrecht erhalten werden. Dass die Konkursmasse in das Arrest- bzw. Pfändungsbeschlagsrecht eintritt, muss wohl gerade auf Grund von Art. 277 SchKG, wo die Sicherheitsleistung auch zu ihren Gunsten vorgeschrieben ist, angenommen werden. Das kann aber nur insoweit gelten, als auf Seiten der Verpflichteten dem Übergang nicht berechtigte Interessen entgegenstehen. Und bei Drittansprachen würde es sich ebensowenig wie bei Kompetenzansprüchen rechtfertigen, die gegenüber dem Arrest bzw. der Pfändung eingetretene Verwirkung auch der Konkursmasse zugutekommen zu lassen; denn es ist ja hier wie dort möglich, dass gegenüber dem Arrest- oder Pfändungsgläubiger auf die Ansprache aus Gründen verzichtet wurde, die nicht auch im Verhältnis zur Konkursmasse zutreffen. Die Ansprachen müssen daher im Konkurse billigerweise neuerdings geltend gemacht werden können.