

valore di fr. 26.80 al cento, assegnato ai biglietti di banca nel verbale 8 agosto 1951, l'ufficio dovrà completare il pignoramento.

La Camera d'esecuzione e dei fallimenti pronuncia :

Il ricorso è respinto.

26. Entscheid vom 19. Oktober 1951 i. S. Metall-Kontor A. G.

Das *beneficium excussionis realis* (Art. 41 SchKG) ist dem auf Pfändung oder Konkurs betriebenen Schuldner auch dann zu gewähren, wenn er das Bestehen eines Pfandrechts 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.

Le *beneficium excussionis realis* (art. 41 LP) doit être accordé au débiteur poursuivi par voie de saisie ou de faillite même s'il conteste l'existence d'un droit de gage mais démontre clairement que le créancier revendique à titre de gage des biens qui appartiennent au débiteur et empêche ainsi ce dernier d'en disposer librement.

Il *beneficium excussionis realis* (art. 41 LEP) dev'essere concesso al debitore escusso in via di pignoramento o di fallimento anche se contesta l'esistenza di un diritto di pegno, ma dimostra chiaramente che il creditore rivendica a titolo di pegno dei beni che appartengono al debitore e impedisce così quest'ultimo di disporne liberamente.

Mit Zahlungsbefehl Nr. 7564 vom 5. April 1951 betrieb die Aktiengesellschaft für Finanzierungen und Beteiligungen die Rekurrentin für Fr. 148,500.— auf Faustpfandverwertung. Als Pfandgegenstand nannte der Zahlungsbefehl: « 1368 Parts sociales Fonderies et Ateliers Mécaniques de la Thur S.à r.l. Bitschwiller-les-Thann (Ht.Rhin) à ffr. 7,500.— nom. 1 Cert. Nr. 5, Parts No. 1489/2856, in Händen der Gläubigerin ». Am 13. April 1951 erhob die Rekurrentin Rechtsvorschlag in dem Sinne, dass sie von der Forderung den Betrag von Fr. 25,000.— als « inzwischen bezahlt » bestritt und den Betrag von Fr. 123,500.— anerkannte, und dass sie das Pfandrecht im vollen Umfang (also auch für den anerkannten Teil der Forderung) bestritt.

Hierauf liess die Gläubigerin der Rekurrentin am 4. Mai 1951 für den Betrag von Fr. 123,500.— einen Zahlungsbefehl für die ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs zustellen (Betreibung Nr. 7942). Die Rekurrentin schlug Recht vor und führte ausserdem Beschwerde mit dem Antrag, diese zweite Betreibung sei wegen Verletzung von Art. 41 SchKG aufzuheben. Den abweisenden Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 23. Juli 1951 hat sie an das Bundesgericht weitergezogen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :

1. — Von den Fällen der Wechselbetreibung (Art. 41 Abs. 1 Satz 2 und Art. 177 SchKG) und der Betreibung für grundpfändlich gesicherte Zinse und Annuitäten (Art. 41 Abs. 2 SchKG) abgesehen, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 41 SchKG der Schuldner, der auf Pfändung oder Konkurs betrieben wird, durch Beschwerde die Aufhebung dieser Betreibung erreichen, wenn er in liquider Weise darzutun vermag, dass die Forderung pfandgesichert ist (BGE 23 II 1976, 54 III 243 f., 68 III 133 ff.), und der Gläubiger nicht seinerseits nachweist, dass ihm das Pfand als bloss subsidiäre Sicherheit bestellt oder das Recht eingeräumt worden ist, vor der Pfandsicherheit die allgemeine Haftung des Schuldnervermögens in Anspruch zu nehmen (BGE 58 III 58 f., 68 III 133 ff., 77 III 2 f.), oder dass eine Vereinbarung besteht, wonach er zum privaten Verkaufe des Pfandes berechtigt ist. (In diesem letzten Falle ist nach BGE 73 III 16 nicht auf Beschwerde hin von der Aufsichtsbehörde, sondern auf Rechtsvorschlag hin vom Richter zu entscheiden, ob der Schuldner einen Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes habe.) Das *beneficium excussionis realis*, das der Schuldner einer pfandgesicherten Forderung hienach genießt, wenn keine entgegenstehenden Abmachungen getroffen wurden und auch keiner der eingangs erwähnten, vom Gesetz vorbehaltenen

Sonderfälle gegeben ist, wird durch die Erwägung gerechtfertigt, dass der Schuldner die verpfändeten Vermögensgegenstände nicht frei verwerten kann, um sich die Mittel zur Zahlung seiner Schuld zu verschaffen, und folglich bei Durchführung der ordentlichen Betreibung unter Umständen die Pfändung und Verwertung anderer Gegenstände oder gar den Konkurs über sich ergehen lassen müsste, selbst wenn die Schuld mit Hilfe des Pfandes hätte gedeckt werden können. Hiezu kommt, dass der Gläubiger das Pfand gerade zu dem Zwecke erhalten hat, dass er sich beim Verzuge des Schuldners daraus bezahlt machen kann. Deshalb darf ihm im Regelfalle zugemutet werden, sich zunächst an das Pfand zu halten.

Die gleichen Überlegungen treffen im wesentlichen auch dann zu, wenn der Schuldner nicht das Bestehen eines Pfandrechts, wohl aber die Tatsache behauptet und nachzuweisen vermag, dass der Gläubiger an ihm gehörenden Gegenständen ein Pfand- oder Retentionsrecht beansprucht, das von ihm bestritten wird. Freilich kommt der Gläubiger in diesem Falle mit einer Betreibung auf Pfandverwertung nur dann zum Ziele, wenn es ihm gelingt, den Rechtsvorschlag gegen das Pfandrecht zu beseitigen. Ihm die hiezu nötigen gerichtlichen Schritte zuzumuten, ist aber in der Regel eher am Platze, als den Schuldner den Gefahren preiszugeben, die für ihn entstünden, wenn der Gläubiger die ordentliche Betreibung durchführen und gleichzeitig seinen Pfandanspruch aufrecht erhalten und den Schuldner an der freien Verfügung über die als Pfand beanspruchten Vermögenswerte hindern könnte. Wird der Gläubiger, dessen Pfandanspruch bestritten ist, zum Prozessieren gezwungen, so kann ihm, wenn sein Anspruch begründet ist, nichts Schlimmeres als eine Verzögerung der Eintreibung seiner Forderung widerfahren. Muss dagegen der Schuldner, der das vom Gläubiger geltend gemachte Pfandrecht bestritet, ohne weiteres die Durchführung der ordentlichen Betreibung dulden, so kann er unter Umständen in den Konkurs getrieben werden, selbst wenn er das Pfandrecht

mit Recht bestritten hat und in der Lage gewesen wäre, sich die zur Zahlung seiner Schuld erforderlichen Mittel zu beschaffen, sofern er über die zu Pfand beanspruchten Gegenstände frei hätte verfügen können. Aus diesen Gründen ist das *beneficium excussionis realis* dem Schuldner nicht nur dann zu gewähren, wenn er selber behauptet, dass die Forderung pfandgesichert sei, und den Bestand des Pfandrechts nachweist, sondern auch dann, wenn er das Bestehen eines Pfandrechts zwar bestreitet, aber in liquider Weise dartut, dass der Gläubiger ihm gehörende Vermögensgegenstände als Pfand beansprucht und ihn auf diese Weise an der freien Verfügung über diese Gegenstände hindert. Es hängt demnach entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht von der Stellungnahme des Schuldners, sondern von derjenigen des Gläubigers ab, ob eine Forderung im Sinne von Art. 41 SchKG als « pfandversichert » anzusehen ist.

Will der Gläubiger sich davor bewahren, im Falle der Bestreitung seines Pfandrechts zunächst mit dem Schuldner prozessieren zu müssen, so mag er sich bei der Pfandbestellung das Recht ausbedingen, statt der Betreibung auf Pfandverwertung sofort die ordentliche Betreibung einzuleiten. Den Weg der ordentlichen Betreibung kann er sich ferner jederzeit dadurch öffnen, dass er in der gesetzlichen Form auf sein Pfandrecht verzichtet (vgl. BGE 30 I 191 = Sep.ausg. 7 S. 47, BGE 59 III 18, 76 III 28), wozu der blosserückzug einer allfällig bereits eingeleiteten Pfandbetreibung nicht genügt.

Im vorliegenden Falle steht ausser Zweifel, dass die Gläubigerin für die Forderung von Fr. 123,500.— heute noch ein Pfandrecht an den im ersten Zahlungsbefehl genannten Gesellschaftsanteilen geltend macht. Sie hat dies in ihrem Schreiben an die Rekurrentin vom 2. Mai 1951, mit dem sie dieser die ordentliche Betreibung auf Konkurs ankündigte, sogar ausdrücklich erklärt. Dass die Rekurrentin auf das *beneficium excussionis realis* verzichtet habe, behauptet sie selber nicht. Nach dem Gesagten verstösst

also die mit Zahlungsbefehl vom 4. Mai 1951 eingeleitete ordentliche Betreibung gegen Art. 41 SchKG.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

In Gutheissung des Rekurses werden der angefochtene Entscheid und die Betreibung Nr. 7942 des Betreibungsamtes Chur vom 4. Mai 1951 aufgehoben.

27. Entscheid vom 26. September 1951 i. S. Niederöst.

Pfändungsankündigung (Art. 90 SchKG). Folgen der Unterlassung. *Unpfändbarkeit* (Art. 92 SchKG). Beschwerde des Schuldners vor Zustellung der Pfändungsurkunde. Die für die Beurteilung der Frage der Unpfändbarkeit massgebenden Verhältnisse sind von Amtes wegen abzuklären. Voraussetzungen der Anwendung von Art. 92 Ziff. 5 auf eine Forderung. Unpfändbarkeitsbeschwerde und Drittansprache.

Avis de saisie (art. 90 LP). Conséquences de son omission.

Insaisissabilité (art. 92 LP). Plainte du débiteur avant la notification du procès-verbal de saisie. Les circonstances importantes pour la solution de la question de l'insaisissabilité doivent être élucidées d'office. Conditions de l'application de l'art. 92 ch. 5 à une créance. Plainte pour cause d'insaisissabilité et tierce revendication.

Avviso di pignoramento (art. 90 LEF). Conseguenze dell'omissione.

Impignorabilità (art. 92 LEF). Reclamo del debitore prima della notifica del verbale di pignoramento. Le circostanze determinanti per risolvere la questione dell'impignorabilità debbono essere chiarite d'ufficio. Condizioni per l'applicazione dell'art. 92 cifra 5 ad un credito. Reclamo concernente l'impignorabilità e la rivendicazione di terzi.

Der in Näfels wohnende Josef Niederöst-Müller, der in mehreren Betreibungen Lohnpfändungen unterworfen ist, die nicht den erwarteten Ertrag abwerfen, betrieb seinerseits den frühern Zimmermieter Eicher für Fr. 286.30 nebst Zins. Das Betreibungsamt Wallisellen liess in dieser Betreibung (Nr. 1402) durch das Betreibungsamt Näfels ein dem Eicher gehörendes Velo pfänden und vollzog ausserdem eine Lohnpfändung. Am 25. Mai 1951 zeigte das Betreibungsamt Näfels dem Betreibungsamte Wallisellen mit Formular Nr. 9 an, dass es in den Betreibungen gegen Nie-

deröst dessen Forderung gegen Eicher bis zum Betrage von Fr. 266.15 gepfändet habe. In der Pfändungsurkunde, die das Betreibungsamt Wallisellen Niederöst als Gläubiger der Betreibung Nr. 1402 am 10. Juli 1951 zustellte, findet sich die Anmerkung, der Erlös aus dieser Betreibung sei laut Pfändungsanzeige des Betreibungsamtes Näfels vom 25. Mai 1951 bis zum Betrage von Fr. 266.15 gesperrt.

Hierauf führten die Eheleute Niederöst am 15. Juli 1951 Beschwerde mit dem Begehren, diese Sperre sei aufzuheben. Sie machten geltend, das Betreibungsamt Näfels habe das Guthaben gegen Eicher, das « Frauenguthaben » sei, « ohne unser Wissen oder Anzeige » gesperrt. Die untere Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab mit der Begründung, das Betreibungsamt Näfels habe zwar Niederöst von der Pfändung seiner Forderung nicht Kenntnis gegeben; nachdem dies aber durch das Betreibungsamt Wallisellen geschehen sei und Niederöst die Möglichkeit erhalten und auch benutzt habe, Beschwerde zu führen, komme eine Mitteilung des Betreibungsamtes Näfels an ihn nicht mehr in Betracht; ob Eicher Schuldner des Ehemanns oder der Ehefrau sei, interessiere das Betreibungsamt nicht; da der Ehemann betrieben habe, sei anzunehmen, es handle sich um sein Guthaben.

In ihrem Rekurs an die obere Aufsichtsbehörde vom 15. August 1951 brachten die Eheleute Niederöst vor, sie seien verdienstlos und unbedingt darauf angewiesen, mit dem Erlös aus der Betreibung Eicher ihre Existenz zu bestreiten; Niederöst sei in den Nerven zerrüttet und könne keine Arbeit annehmen. Sie stellten ausserdem das Gesuch, es sei ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Anliegen mündlich vorzutragen. Die obere Aufsichtsbehörde antwortete am 18. August, eine mündliche Verhandlung könne nicht stattfinden, und empfahl Niederöst, « noch eine einlässlichere schriftliche Begründung mit genauer Antragstellung einzureichen ». Hierauf ergänzte Niederöst den Rekurs noch vor Ablauf der Rekursfrist mit Ausführungen darüber, dass er schon mehr als ein halbes Jahr zum Teil