

Trotz der Bestellung eines Kurators handelt es sich um ein Verfahren, auf das sich der Beklagte nicht eingelassen hat. Die Zustellung an den Kurator vermag deshalb die Zustellung an den Beklagten nicht zu ersetzen. Da die Gesuchstellerin keine Bestätigung einreichen konnte, wonach die Klageschrift dem Beklagten und heutigen Gesuchsgegner persönlich oder einem von ihm bestellten Rechtsvertreter zugestellt worden ist, kann gestützt auf Art. 27 Ziffer 2 LugÜ der Entscheid des Landesgerichtes Innsbruck vom 28.9.2001 nicht anerkannt werden.

Mithin ist der Antrag abzulehnen.

KGP 14.08.2003

2.4 Schuldbetreibung und Konkurs

3428

Recht auf Vorausverwertung des Pfandes (beneficium excussionis realis). Vom Recht auf Vorausverwertung des Pfandes gibt es Ausnahmen. Zum Beispiel, wenn eine Vereinbarung besteht, wonach der Pfandgläubiger zum **privaten Verkaufen des Pfandes** berechtigt ist und diese dahingehend zu interpretieren ist, dass dem Gläubiger die Wahl zwischen Selbstverkauf, Betreibung auf Pfandverwertung oder ordentlicher Betreibung eingeräumt wurde.

Sachverhalt:

Im Frühjahr 2003 investierte G. für die D.C.I. Ltd. rund 2 Mio. US Dollars in C. Weil es bei diesem Geschäft zu diversen Rückzahlungsverzögerungen kam, unterzeichnete G. am 4. Juli 2003 zu Gunsten der D.C.I. Ltd. eine Schuldanerkennung und bestellte ein Faustpfand in Form der Aktien seiner Firma. Ende Oktober 2003 kündigte die D.C.I. Ltd. die öffentliche Versteigerung der verpfändeten Aktien an. Am 4. November 2003 leitete sie die ordentliche Betreibung über den Betrag von Fr. 2'733'000.-- nebst Zins gegen G. ein. Am 6. November 2003 wurde der Zahlungsbefehl zugestellt.

Aus den Erwägungen:

1. a) Für pfandgesicherte Forderungen wird die Betreibung, auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, durch Verwertung des Pfandes (Art. 151-158 SchKG) fortgesetzt. Wird für eine pfandgesicherte Forderung Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet, so kann der Schuldner mit Beschwerde (Art. 17 SchKG) verlangen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 Abs. 1 und 1bis SchKG).

Die Unterscheidung zwischen der Betreibung auf Pfandverwertung und der gewöhnlichen Betreibung liegt nicht im öffentlichen Interesse. Die Bestimmung von Art. 41 Abs. 1 SchKG ist privatrechtlicher, nicht zwingender Natur. Sie dient nicht der Wahrung der Interessen von am Schuld- und Pfandverhältnis nicht beteiligten Dritten. Auch wenn grundsätzlich bei pfandgesicherten Forderungen die Betreibung auf Pfandverwertung zu erheben ist, steht es dem Schuldner frei, sich einer anderen Betreibungsart zu unterziehen. Er hat aber das Recht zu verlangen, dass der Gläubiger sich an das Pfand hält, bevor dieser auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Dieses Recht wird als **beneficium excussionis realis** bezeichnet und ist mittels **Beschwerde** gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen. Da das beneficium excussionis realis nicht unabdingbar ist, steht es den Parteien frei, das Recht auf Vorausvollstreckung zum voraus vertraglich auszuschliessen (*Domenico Acocella* in *Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 17 zu Art. 41 SchKG*).

Nun gibt es aber Fälle, in denen der Schuldner sich **nicht** auf das beneficium excussionis realis berufen kann (vgl. die Aufzählung bei *Domenico Acocella, a.a.O., N 23 ff. zu Art. 41 SchKG*). So zum Beispiel, wenn eine Vereinbarung besteht, wonach der Pfandgläubiger zum **privaten Verkaufen des Pfandes** berechtigt ist und diese dahingehend zu interpretieren ist, dass dem Gläubiger die Wahl zwischen Selbstverkauf, Betreibung auf Pfandverwertung oder ordentliche Betreibung eingeräumt wurde (BGE 73 III 16; *Kurt Ammann/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, § 32 N 17*). In diesem Fall 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 anheim zu geben. 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. 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 (BGE 73 III 16).

b) Im vorliegenden Fall liegt die soeben erwähnte Ausnahme der **Erlaubnis zum privaten Verkaufe des Pfandes** vor, indem G. der D.C.I. Ltd. am 4. Juli 2003 das Recht eingeräumt hat, das Faustpfand nach vorheriger schriftlicher Androhung nach fünf Tagen freihändig zu verkaufen, wenn der Schuldner mit der Bezahlung seiner Schuld oder mit der Erfüllung einer sonstigen Verpflichtung in Verzug geraten sollte.

Das Vorliegen der Abrede, wonach die Beschwerdegegnerin zur privaten Veräusserung des Faustpfandes berechtigt ist, hat nicht zur Folge, dass die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs für eine Beschwerde gegen die ordentliche Betreuung nicht zuständig ist. Ziff. 1 des Rechtsbegehrens des Beschwerdeführers, mit dem die Aufhebung des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. yz des Betreibungsamtes H. verlangt wird, ist aber abzuweisen, da die Prüfung von Inhalt und Tragweite der Pfandvereinbarung nach dem Gesagten dem Richter obliegt.

ABSch+K 09.12.2003