



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
KSK 10 70

Chur, 04. Februar 2011

Schriftlich mitgeteilt am:

(Auf die gegen dieses Urteil beim Bundesgericht erhobene Beschwerde ist mit Urteil vom 03. Mai 2011 nicht eingetreten worden).

Entscheid

Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs

Vorsitz	Präsident Brunner
Richter	Kantonsrichter Bochsler und Kantonsrichter Hubert
Redaktion	Aktuar Rogantini

In der Schuldbetreibungs- und Konkursbeschwerde

des B., Schuldner und Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hans Peter Kocher, Landstrasse 181, 7250 Klosters,

gegen

die Verfügung des Betreibungsamtes Klosters [ab 01. Januar 2011 Betreibungsamt Davos-Klosters] vom 15. Juli 2010, mitgeteilt am 10. August 2010, in Sachen G. L t d., Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwältin Louise Lutz Sciamanna, Löwenstrasse 19, 8021 Zürich, gegen den Schuldner und Beschwerdeführer,

betreffend Zahlungsbefehl (Ausstellung/Betreibungsferien;
örtliche Zuständigkeit; beneficium excussionis realis),

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. B. (Borger, Kreditnehmer) und G. Ltd. (Darleiherin, Kreditgeberin) sind am 07. September 2003 einen vom englischen Recht beherrschten Darlehensvertrag/Kreditvertrag (Facility Agreement) über rund 5 Millionen US \$ eingegangen. Partei dieses Vertrages ist auch die Z. Ltd., Jersey, welche Eignerin eines 43 m langen, 2-mastigen, in Jersey registrierten Segel-Schoners gleichen Namens ist. Ihr gesamtes Gesellschaftskapital ist in 2 Aktien zum Nominalwert von je 1 GB £ verbrieft, welche von den 2 Gesellschaften PC. Ltd. und SC. Ltd., Jersey, treuhänderisch für B. gehalten werden. Am 31. Dezember 2004 sind B. und die G. Investment Ltd. sodann eine mit dem Kreditvertrag zusammenhängende Vereinbarung (Equitable Charge) eingegangen, deren Zweck darin besteht, die Verpflichtungen von B. unter dem Darlehensvertrag zu Gunsten der Kreditgeberin abzusichern. Der Darlehensvertrag wurde in der Folge mehrmals angepasst und erneuert, zuletzt am 27. Dezember 2006 durch das "Amended and Restated Facility Agreement". Auf den gleichen Zeitpunkt wurde auch die Sicherungsvereinbarung erneuert, angepasst und in die "Amended and Restated Equitable Charge" überführt. Gemäss den beiden geltenden Vertragsgrundlagen (Amended and Restated Facility Agreement, Amended and Restated Equitable Charge) verschafft der Schuldner der Gläubigerin als bleibende Sicherheit für die Zahlung oder Entlastung aller Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag weiterhin das Recht auf die Sicherheiten in der Form des Sicherungsvertrages vom 31. Dezember 2004. Bei diesen Sicherheiten handelt es sich um die 2 vorgenannten Aktien an der Z. Ltd.

B. Im Januar 2010 beschloss die G. Ltd. die Rückzahlung des Darlehens auf dem Rechtsweg einzufordern.

C. Nachdem die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts als SchKG-Aufsichtsbehörde zuvor den ersten Zahlungsbefehl für nichtig erklärt (Verfügung KSK 10 34 vom 12. Mai 2010) und den zweiten als mangelhaft aufgehoben hatte (Verfügung KSK 10 54 vom 12. Juli 2010), stellte das Betreibungsamt Klosters in der ordentlichen Betreuung auf Pfändung Nr. 20100113 mit der Gläubigerin G. Ltd., Tortola, British Virgin Islands, und dem Schuldner B., Klosters, über eine Forderung aus Darlehensvertrag (Amended and Restated Facility Agreement) von Fr. 6'110'861.— nebst Zinsen und Kosten, am 15. Juli 2010 erneut einen Zahlungsbefehl aus, welchen es dem Schuldnervertreter am 10. August 2010 zustellte. Am 19. August 2010 liess der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erheben.

D.1. Gleichtags gelangte der Schuldner B. gegen die Aus- und Zustellung des dritten Zahlungsbefehls mit Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. Er stellt die Anträge, es sei gerichtlich anzuordnen, die Betreuung Nr. 20100113 des Betreibungsamtes Klosters auf dem Weg der Pfandverwertung fortzusetzen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6 % MWST zulasten der G. Ltd.

2. In seiner Vernehmlassung vom 23. August 2010 beschränkte sich das Betreibungsamt Klosters auf den Hinweis, entgegen der Auffassung des Schuldners dürfe ein Zahlungsbefehl in den Betreibungsferien ausgestellt werden. Eine Zustellung des Zahlungsbefehls in den Betreibungsferien sei nicht erfolgt und auch nicht beanstandet worden.

3. In ihrer Beschwerdeantwort vom 01. September 2010 schloss die Beschwerdegegnerin G. Ltd. auf Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

4. Soweit sachdienlich ist auf die Begründungen der Anträge und die Betreibungsakten nachfolgend einzugehen.

II. Erwägungen

1. Der Zahlungsbefehl als Urkunde (Art. 69 SchKG) und seine Zustellung (Art. 71 f. SchKG) sind anfechtbare vollstreckungsbehördliche Akte im Sinne von Art. 17 SchKG. Die schriftliche Beschwerde vom 19. August 2010 gegen den am 10. August 2010 empfangenen Zahlungsbefehl ist fristgemäss (Art. 17 Abs. 2 SchKG) und, da einen Antrag und eine Begründung enthaltend (Art. 14a GVVSchKG in Verbindung mit Art. 28 ff. VRG), formgerecht. Darauf ist einzutreten.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt vorab die abermalige Nichtigkeit des (dritten) Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. 20100113, gestützt auf die aktenmässig belegte und unbestrittene Tatsache, dass der Zahlungsbefehl am 15. Juli 2010 ausgestellt worden ist. Er beruft sich dabei auf Art. 56 SchKG, wonach während den Sommerbetreibungsferien vom 15. Juli bis 31. Juli keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden dürfen. Die Ausstellung des Zahlungsbefehls sei somit während den Betreibungsferien erfolgt, was nicht zulässig und daher mit Nichtigkeitsfolge für den Zahlungsbefehl verbunden sei.

2.2. Die Meinung, in den Betreibungsferien dürfe kein Zahlungsbefehl ausgestellt werden, ist irrig. Art. 56 Ziff. 2 SchKG untersagt lediglich, dass in der Zeit

vom 15. Juli bis zum 31. Juli Betreibungshandlungen vorgenommen werden. Betreibungshandlungen sind nur solche Handlungen der Vollstreckungsbehörden, welche auf die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens gerichtet sind, das darauf abzielt, den Gläubiger auf dem Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, und welche in die Rechtsstellung des Schuldners eingreifen (BSK SchKG-Bauer, Art. 56 N 25). Die blosser *Ausstellung* des Zahlungsbefehls bringt den Betreibenden seinem Ziel noch nicht näher und greift demnach auch noch nicht in die Rechtsstellung des Schuldners ein (BSK SchKG-Bauer, Art. 56 N 28). Bei der Ausstellung des Zahlungsbefehls handelt es sich nach feststehender Rechtsprechung weder um eine Betreibungshandlung gemäss Art. 56 SchKG noch um einen anfechtbaren Akt im Sinne von Art. 17 SchKG, sondern lediglich um eine intern administrative Verrichtung. Sie rückt das Verfahren nicht in ein weiteres Stadium vor und kann daher zu jeder Zeit erfolgen. Die Zustellung eines während den Betreibungsferien ausgestellten Zahlungsbefehls nach Ablauf der Betreibungsferien verstösst nicht gegen Art. 56 SchKG (BGE 121 III 284; 120 III 9 S. 11). Eine anfechtbare Betreibungshandlung ist erst die *Zustellung* des Zahlungsbefehls. Angesichts der klaren Aktenlage macht der Beschwerdeführer jedoch zu recht nicht geltend, die Zustellung sei in der geschlossenen Zeit vom 15. Juli – 31. Juli 2010 erfolgt. Da die Ausstellung des Zahlungsbefehls keine Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG darstellt und die Zustellung desselben erst zehn Tage nach den Betreibungsferien erfolgte, ist der vorliegende Zahlungsbefehl weder nichtig noch anfechtbar. Abgesehen von der Frage der Betreibungsart (vgl. dazu nachstehende Erwägung 4) erhebt der Beschwerdeführer keine formellen Einwendungen gegen den Inhalt der Zahlungsbefehlsurkunde.

3.1. Der Beschwerdeführer erhebt sodann vorsorglich die Einrede der fehlenden örtlichen (internationalen) Zuständigkeit. Er ist der Ansicht, dass die Gläubigerin ihn nicht in der Schweiz belangen kann. Laut Zahlungsbefehl stütze die Gläubigerin ihre Forderung auf den Kreditvertrag vom 27. Dezember 2006 (Amended and Restated Facility Agreement), welcher auch den Pfandvertrag enthalte (Amended and Restated Equitable Charge). Gemäss Ziff. 15 des Amended and Restated Facility Agreement hätten die Parteien für diese Verträge die Anwendung des englischen Rechts gewählt (The construction, validity and performance of this deed shall be governed and construed by the laws of England) und die englischen Gerichte für zuständig erklärt, insbesondere für alle Klagen oder Verfahren, die sich aus dieser Vereinbarung ergeben könnten. Ein Verfahren in der Schweiz (Klage,

Betreibungsverfahren etc.) stehe daher nicht zur Verfügung und ein vollstreckbarer ausländischer oder schweizerischer Entscheid liege nicht vor.

3.2.a. Die Einwendungen und Schlussfolgerungen der Beschwerdegegnerin dazu in ihrer Beschwerdeantwort (act. 04, N 12-16) sind weitgehend zutreffend. Allerdings ist der Hinweis auf das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.11) aus zwei Gründen hilflos. Die Gläubigerin fällt bereits wegen ihres Sitzes auf den britischen Jungferninseln nicht in den räumlichen Anwendungsbereich des LugÜ (EG/EFTA-Staaten), da British Virgin Islands zu den britischen Überseegebieten gehört, die wohl unter der Souveränität des Vereinigten Königreiches Grossbritannien und Nordirland stehen, aber nicht deren Teil sind. Mit Ausnahme Gibraltars sind die britischen Überseegebiete nicht Teil der EU und fallen somit nicht unter den räumlichen Anwendungsbereich von EuGVO/LugÜ, ebenso wenig die britischen Kanalinseln und die Isle of Man (Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel, 8. A. Heidelberg 2005, Einl Rz 29; Dasser, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 1 N 6).

Art. 30a SchKG, welcher eine Anknüpfungskaskade Völkerrecht, IPRG, SchKG vorsieht, ergibt in Bezug auf vorgehendes Recht für den Betreibungsort sodann ein leeres Ergebnis, das heisst sowohl das LugÜ als auch das IPRG sind nicht anwendbar auf die Frage des Betreibungsorts (BGE 124 III 507 E. 3; BSK SchKG-Schmid, Art. 46 N 27).

b. Der schuldnerische Wohnsitz in Klosters, wo gegen ihn in den letzten Jahren eine erkleckliche Anzahl von Betreibungen angehoben und vorangetrieben worden ist (act. 04.1.5), steht fest. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht seinen schweizerischen Wohnsitz und in rechtlicher Hinsicht auch nicht, dass grundsätzlich dort gegen ihn eine Betreibung angehoben werden kann, womit er auch nicht die Geltung von Art. 46 Abs. 1 SchKG in Abrede stellt. Er macht vielmehr geltend, die Parteien hätten einen Art. 46 Abs. 1 SchKG derogierenden Betreibungsort/Betreibungsstand (England) vereinbart (Each of the parties irrevocably agrees and submits to the non-exclusive jurisdiction of the Courts of England to hear and determine any suit, action or proceeding which may arise out of or in connection with this deed). Es gibt indessen keine prorogatio fori wie im Zivilprozessrecht. Die schweizerische gesetzliche Ordnung über den Betreibungsort hat doppelte Garantiefunktion (für den Gläubiger und den Schuldner) und die gewünschte Einheit der

Betreibung beschlägt insofern öffentliche Interessen, als für alle Gläubiger gerechte und gleiche Behandlung erreicht werden will. Die Ordnung ist daher grundsätzlich zwingend, abschliessend, von Amtes wegen zu beachten, unverwirkbar, einlassungsfeindlich und – abgesehen vom hier nicht gegebenen Fall von Art. 50 Abs. 2 SchKG (BGE 68 III 333) – auch prorogationsfeindlich (BSK SchKG-Schmid, Art. 46 N 7 f.; Amonn/Walther, Grundsriß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A. Bern 2003, § 10 N 1 f.). Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz können – anders als im Erkenntnisverfahren und Schuldner mit Wohnsitz im Ausland (Art. 50 Abs. 2 SchKG) – keine Betreibungsstandsvereinbarung treffen (Stähelin, AJP, 1995 S. 273, mit Hinweisen in Fn 176). Angesichts der Prorogationsfeindlichkeit des Betreibungsorts von Art. 46 SchKG geht der Hinweis des Schuldners auf die Gerichtsstandsklausel von Ziff. 15.2 des Kreditvertrages von vorneherein fehl. Ob die Klausel nur Erkenntnisverfahren im Auge hat (der Zahlungsbefehl ist kein solches) kann offen bleiben, da sie ausserdem als Betreibungsstandsvereinbarung nach der Praxis des Bundesgerichts mangels Eindeutigkeit durchfallen würde (vgl. Stähelin, a.a.O., mit Hinweisen in Fn 177, 179). Schliesslich ist festzustellen, dass es sich ausdrücklich um eine nicht ausschliessliche Gerichtsstandswahl zugunsten der englischen Gerichte handelt (non-exclusive jurisdiction), womit die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 1 letzter Satz IPRG beseitigt würde.

4. Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, die Gläubigerin habe nicht das Recht, gegen ihn auf dem Weg der ordentlichen Betreibung auf Pfändung vorzugehen. Da ihm durch das Amended and Restated Facility Agreement jegliche Verfügung über die gepfändeten Wertpapiere verboten sei, die Gläubigerin hingegen jederzeitige und umfassende Verfügungsbefugnis über die verpfändeten Wertpapiere habe, könne er verlangen, dass sie vorerst das bestehende "Pfand" an den Aktien in Anspruch nehme. Er habe somit Anspruch darauf, dass die Betreibung auf dem Wege der Pfandverwertung fortgesetzt werde.

4.1. Die Schuldbetreibung beginnt mit der Zustellung des Zahlungsbefehles und wird entweder auf dem Wege der Pfändung oder der Pfandverwertung oder des Konkurses fortgesetzt, wobei der Betreibungsbeamte bestimmt, welche Betreibungsart anwendbar ist (Art. 38 Abs. 2 und 3 SchKG). Der angefochtene Zahlungsbefehl bestimmt die Betreibungsart mit "OB", also die ordentliche Betreibung auf Pfändung (act. 01.1).

4.2. Wird für eine pfandgesicherte Forderung Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet, so kann der Schuldner mit Beschwerde (Art. 17 SchKG) ver-

langen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG; *beneficium excussionis realis*).

a. Das *beneficium excussionis realis* ist zwar in Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG geregelt und erscheint formell als zwangsvollstreckungsrechtliches Phänomen, ist im Grunde aber eine aus Art. 891 ZGB hervorgehende privatrechtliche Bestimmung in öffentlich-rechtlichem Kleid; sie ist eine Einwendung des materiellen Rechts und nicht des Verfahrensrechts (BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 1 und 17). Die materielle Berechtigung des Instituts gründet auf dem Zweck der Pfandbestellung und auf Zumutbarkeitsüberlegungen. Sie 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 Betreuung 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 (BGE 77 III 100). Es ist im schuldnerischen Interesse legitim, die Vorausverwertung eines bestellten Pfandes zu verlangen, andernfalls er an der Verfügung über sein Vermögen für die gleiche Forderung doppelt gehindert wäre (1. Blockade der Pfandsache, 2. Pfändung weiteren Substrats); aus der Optik des Gegenparts entspricht es nicht ohne weiteres einem legitimen Bedürfnis zuerst die allgemeine Vermögenshaftung in Anspruch zu nehmen und parallel während dieses Verfahrens das Pfand als weitere Deckung in Reserve zu behalten (Fritzsche/Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bd. I, Zürich 1984, § 34 Rz 7).

b. Sowohl die Falschanwendung von Art. 38 Abs. 3 SchKG als auch die Einwendung der Vorausverwertung eines Pfandes ist mit Aufsichtsbeschwerde geltend zu machen (BGE 122 III 295 E. 1; 120 II 106; KUKO SchKG-Jent-Sørensen, Art. 41 N 12). Der Betriebene, der auf dem Beschwerdeweg unter Berufung darauf die Aufhebung der gegen ihn eingeleiteten gewöhnlichen Betreuung verlangt, hat in liquider Weise darzutun, dass die in Betreuung gesetzte Forderung durch ein Pfand im Sinne von Art. 37 SchKG gesichert ist. Die Einwendung steht dem Schuldner auch dann zu, wenn er das Bestehen eines Pfandrechts zwar bestreitet, aber klar nachweist, dass der Gläubiger ihm gehörige Vermögensstücke als Pfand beansprucht und ihn so an der freien Verfügung über diese Gegenstände

hindert (BGE 129 III 362 E. 1, 104 III 8, E. 2, 93 III 15, 77 III 100, 68 III 133 ff., 54 III 243 f.).

4.3. Unter Berufung auf Ziff. 1.1.10 des Amended and Restated Facility Agreement vom 27. Dezember 2006 ("Equitable Charge" means the Equitable Charge granted by the Borrower to the Lender dated 31 December 2004, as amended and restated or novated from time to time) übersetzt der Beschwerdeführer "Equitable Charge" mit "Pfandrecht". Dass vorliegend ein Pfandrecht vereinbart worden sei, ergäbe sich sodann auch aus dem (übersetzten) Term Sheet (act. 01.6; meaning of terms and proposed amendments), da in dessen Einleitung explizit festgehalten sei, dass zwischen der G. und B., ein Kredit- und ein Pfandvertrag abgeschlossen worden sei. Diese beiden Verträge seien in der gleichen Urkunde, dem vorerwähnten Amended and Restated Facility Agreement vom 27. Dezember 2006 festgehalten. Abgesehen davon, dass das Facility Agreement und die Equitable Charge, beide vom 27.12.2006, in 2 getrennten Dokumenten vorliegen (act. 01.3, act. 04.1.6), vermögen die unter Berufung auf den deutschen Übersetzungstext gezogenen Schlüsse des Beschwerdeführers nicht zu überzeugen.

Verträge sind nach ihrem Inhalt auszulegen; bei der Übersetzung und Übertragung von Rechtsbegriffen/Rechtsinstituten des einen Rechtskreises in die Sprache eines anderen ist Vorsicht am Platz. Im Licht des schweizerischen materiellen Rechts zum Pfand und zum formellen Verfahrensrecht würde die Berufung des Beschwerdeführers auf das beneficium excussionis realis schon daran scheitern, dass die Gegenseite kein veritables Pfandrecht im Sinne von Art. 37/41 SchKG, Art. 884 ff. ZGB hat, respektive kein dingliches Sicherungsmittel, das diesem weitgehend entspricht. Die Einrede der Vorausvollstreckung setzt voraus, dass sich der Schuldner auf ein Pfandrecht im eigentlichen Sinn und nicht bloss auf eine Sicherungszession oder eine Zession zahlungshalber beruft (BGE 106 III 6; BSK SchKG-Nordmann, Art. 37 N 4). Gegenstand der Sicherheit sind hier Aktien/Wertpapiere, die als Fahrnis zu qualifizieren sind; in Frage kommt also nur ein Fahrnispfandrecht. Fahrnis kann, wo das Gesetz keine Ausnahme macht, nur dadurch verpfändet werden, dass dem Pfandgläubiger der Besitz an der Pfandsache übertragen wird; das Pfandrecht ist nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält (Art. 884 ZGB). Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat (Art. 924 Abs. 1 ZGB), ist auf das Fahrnispfand nicht anwendbar. Das Publizitätsprinzip erfordert, dass bei der Pfandrechtsbegründung der Verpfänder den unmittelbaren Besitz an der Sache verliert. Im Titel und Text des Vertrages ist durchwegs von "Equitable Charge", "Securities" und "Charged Property" die Rede. Es ist nicht ohne Weiteres anzunehmen, die englische Rechtsbera-

terfirma, welche die beiden Vertragswerke erstellt hat, hätte eine unpräzise, dem Inhalt nicht entsprechende Begrifflichkeit gewählt. Das dem schweizerischen regulären Faustpfandrecht in Konstruktion und Funktion entsprechende dingliche Sicherungsmittel des Common law ist die so genannte pledge (auch pawn), die akzessorische Überlassung des Besitzes an einem Gegenstand zur Sicherung einer Forderung. Zur Bestellung dieses Rechts ist neben der Sicherungsabrede auch die tatsächliche Übergabe der Sache notwendig, wobei ein Besitzeskonstitut dahingehend erlaubt ist, dass der Verpfänder (pledgor) die Ware als "agent" des Pfandgläubigers (pledgee) innehaben kann, wobei jedoch seine Abhängigkeit und die Kontrolle durch den Gläubiger erkennbar bleiben muss. Des Weiteren ist möglich, die im Besitz eines Dritten befindlichen Sachen dadurch zu verpfänden, dass dem Sicherungsnehmer mittelbarer Besitz durch Anerkenntnis des unmittelbaren Besitzers (attornment) eingeräumt wird (Tobias Borufka, *Mobiliarsicherheiten ohne Besitzübertragung im deutschen und schweizerischen Recht – Rechtsvergleich und historische Hintergründe*, Leipzig 2004, S. 51). Demgegenüber stellt die zwischen den hiesigen Parteien vereinbarte Equitable Charge eine Sicherungsbelastung/Sicherungsbestellung ohne Sicherungsübereignung und ohne Einräumung des Besitzes dar, die überdies - wie eine mortgage, jedoch anders als ein equitable lien - registrierungspflichtig sein soll (Matthias Ille, *Die Sicherungsübereignung in Fällen mit Auslandsberührung*, Leipzig 2000, <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2000-07-13-01.pdf>, S. 8). Der Bestand eines Faustpfandverhältnisses hängt vom tatsächlichen Pfandbesitz ab (vgl. Art. 884 ZGB; Urteil Bundesgericht 5A_46/2008 vom 19.03.2008, E. 2). Die Equitable Charge nach Common law ist demgegenüber eine durchwegs besitzlose Form der Sicherheit (non-possessory form of security; House of Lords, 30.10.1997, *Morris and Others v. Rayners Enterprises Incorporated/Morris and Others v. Agrichemicals Limited and Others*, E. 6: A charge is a security interest created without any transfer of title or possession to the beneficiary), was sich beim gegenständlichen Sachverhalt insofern bestätigt, als die beiden Aktien der Z. Ltd. nicht ursprünglich (Besitzübertragung/Verfügungsgeschäft als Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrages) in den Besitz der Gläubigerin zu gehen hatten und offenbar auch nicht gegangen sind. Dass Ziff. 4.1 der Equitable Charge (deposit of all stock or share certificates with G.) nachgelebt worden ist oder sich die beiden Aktien bei einer anderen Firma G., Isle of Man, befinden, wie gläubigerseits behauptet wird, lässt sich anhand der Akten nicht nachvollziehen. Ebenso wenig geht daraus hervor, dass die Treuhänderinnen PC. und SC. Ltd. die Aktien nicht mehr für den Pfandgeber, sondern für den Gläubiger besitzen; bei den Akten liegen lediglich Blankozessionen (act. 04.1.7), aus denen die derzeitige tatsächliche Verfügungs-

macht nicht abzuleiten ist. Die Gläubigerin kann den Zugriff darauf wohl gegebenenfalls nachträglich durchsetzen, jedoch ist dieses Sicherungsinstrument kein Faustpfandrecht nach schweizerischer Lesart. Hat die Beschwerdegegnerin kein veritables Pfandrecht, kann sich der Beschwerdeführer schon aus diesem Grund nicht auf das *beneficium excussionis realis* berufen.

4.4. Geht man davon aus, dass die Bestimmung von Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG privatrechtlicher, nicht zwingender Natur ist und die Bestimmung im vollen Umfang nur für diejenigen Pfänder Geltung beanspruchen kann, die dem Geltungsbereich des schweizerischen Rechts unterstehen, dagegen hinsichtlich derjenigen Pfänder nicht zur Anwendung kommen kann, deren Wirkungen das ausländische Recht regelt (BGE 36 I 339; BGE 68 III 134), könnte sich weisen, dass nach dem anwendbaren englischen Recht, die Wirkung der vorliegend bestellten Sicherheit sich dennoch als "Pfand" qualifizieren liesse.

Eine erfolgreiche Berufung auf das *beneficium excussionis realis* ist nämlich nur möglich, wenn das Pfand in der Schweiz oder in einem Staat liegt, der das Institut ebenfalls kennt (PKG 1968 Nr. 44 unter Hinweis auf BGE 65 III 92 E. 2). Das Pfand oder die Sicherheit ist zum einen im Vereinigten Königreich, respektive auf den Kanalinseln gelegen. Die Parteien haben zum anderen sowohl im Kreditvertrag als auch im Sicherungsvertrag eine Rechtswahl zu Gunsten englischen Rechts getroffen (act. 03.1, Ziff. 15.1; act. 04.1.6, Ziff. 17.1). Geht man davon aus, dass der Vertrag vom englischen Recht beherrscht ist und nähme man entgegen dem vorstehend Ausgeführten an, dass die *equitable charge*, einem schweizerischen Fahrnispfand gleichgestellt, es dem Pfandnehmer erlaubt, einen gerichtlichen Befehl oder eine Vollstreckungsmassnahme zu erwirken, die darin gipfelt, dass das Pfand versilbert wird und sich der Gläubiger für seine damit gesicherte Forderung aus dessen Erlös befriedigen kann, müsste der Beschwerdeführer darlegen, dass das englische Recht ein dem *beneficium excussionis realis* vergleichbares Rechtsinstitut kennt. Bei Art. 41 Abs. 1^{bis} handelt es sich um eine materiellrechtliche Bestimmung im öffentlich-rechtlichen Kleid; Bestand und Umfang des Pfandrechts richten sich nach dem materiellen Recht (BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 1; BGE 68 III 133). Nach der Rechtsprechung – zumindest bei Lageort des Faustpfandes im Ausland, was hier zutrifft (sei es nun der Segel-Schoner selbst oder irgendwelche Wertpapiere, die unmittelbar oder mittelbar das Eigentum daran verkörpern) – bestimmt das auf das Pfand anwendbare Sachstatut, ob dem Schuldner die entsprechende Einwendung zusteht (Art. 99 ff. IPRG; Stähelin, a.a.O., S. 274 und Hinweise in Fn 189; Walder, SchKG-Kommentar N 1 zu 41; KUKO SchKG-Jent-Sørensen, Art. 41 N 11). Der Beschwerdeführer hat nicht ver-

sucht darzulegen, dass ihm nach dem englischen Sachstatut eine Art. 891 ZGB, Art. 41 Abs. 1^{bis} analoge Einwendung zusteht und es ergibt sich auch nicht aus den Akten. Er beruft sich ausschliesslich auf Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG. Auf die Erörterung der gläubigerseits eingelegten Rechtsauskunft von Y. (gleiche Beratungsfirma, welche die disputierten Verträge erstellt hat), das englische Recht kenne nichts Derartiges, kann verzichtet werden, denn die Gläubigerin muss hier nicht den Negativbeweis antreten, sondern der Schuldner den Positivbeweis (BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 34).

4.5. Selbst wenn es sich beim gewählten Sicherungsinstrument der equitable charge um ein eigentliches Pfandrecht nach hiesigem Rechtsverständnis handeln würde, das anwendbare englische Recht eine dem beneficium excussionis realis entsprechende Rechtsfigur kennen würde und der Beschwerdeführer klar nachgewiesen hätte, dass der Gläubiger Vermögensstücke des Schuldners als Pfand beansprucht und ihn so an der freien Verfügung über diese Gegenstände hindert (BGE 104 III 8, E. 2, 93 III 15, 77 III 100, 54 III 243 f., 68 III 133 ff), könnte er sich nicht mit Erfolg auf das beneficium excussionis realis berufen, wenn die beiden Aktien der Z. Ltd. bloss als subsidiäre Sicherheit bestellt worden sind, der Schuldner auf die Erhebung der Einwendung vertraglich verzichtet hat oder dem Gläubiger die freie Wahl hinsichtlich des Vollstreckungsweges zusteht (KUKO SchKG-Jent-Sørensen, Art. 41 N 14).

a. Wenn der Gläubiger nachweist, dass ihm das Pfand bloss als subsidiäre Sicherheit bestellt worden ist, scheidet die schuldnerische Einwendung der Vorausverwertung (BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 23; BGE 77 III 13, 68 III 131). Ob gegenständlich eine bloss subsidiäre Sicherheitsbestellung vorliegt, kann offen bleiben, denn der Beschwerdegegnerin sind vertraglich weitestgehende Freiheiten in der Vorgehensweise bei der Realisierung ihrer Ansprüche eingeräumt worden.

b. Die Einrede der Vorausverwertung ist einerseits dispositiver Natur (Urteil Bundesgericht 7B.249/2003 E. 2.). Es steht dem Schuldner frei, auf diese Einwendung zum Voraus vertraglich zu verzichten (BGE 58 III 57, 77 III 13, 97 III 49 E. 1 S. 51; 120 III 105 E. 1 S. 106; BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 17, 28 mit zahlreichen Hinweisen). Selbst wenn das Institut im angelsächsischen Recht bekannt wäre, hätte die vorliegende Betreuung auf Pfändung nach der Rechtsprechung zum anderen Bestand, wenn die Gläubigerin nachzuweisen vermag, dass der Schuldner ihr das Recht eingeräumt hat, nach ihrer Wahl die Pfandsicherheit oder sogleich die allgemeine Haftung seines Vermögens in Anspruch zu nehmen (BGE 58 III 59, 68 III 133 ff., BGE 77 III 1; BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 24). Sowohl

Einwendungsverzicht des Schuldners als auch freies Wahlrecht der Beschwerdegegnerin gehen leicht erkennbar aus Abschnitt 8 des Facility Agreements (Security) hervor. Dort ist festgehalten, dass für das Darlehen eine fortdauernde Sicherheit (continuing security) bestellt wird (act. 01.3, Ziffer 8.1). Diese – in Form der beiden shares an der Z. Ltd. eingeräumte Sicherheit (act. 01.3, Ziffer 1.1.16; act. 04.1.6, Ziff. 1.1.8) – soll trotz der Insolvenz des Kreditnehmers, oder einer Kontosaldierung oder irgendwelcher anderer Gründe bestehen bleiben. Sie besteht zusätzlich zu (in addition to), verschmilzt nicht mit und präjudiziert oder berührt nicht irgendwelche anderweitigen Sicherheiten, Rechte oder Mittel (any other security or any other right or remedy), welche die Kreditgeberin jetzt oder später hat oder ihr zur Verfügung stehen (act. 01.3, Ziffer 8.2). Wenn es ins freie Belieben der Kreditgeberin gestellt ist, über die spezifische Wertpapiersicherheit der 2 Aktien hinaus, nach freier Wahl alle erdenklichen Sicherheiten, Rechte und Rechtsbehelfe in Anspruch zu nehmen, die ihr die Rechtsordnung zur Verfügung stellt, ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, dass der Kreditnehmer damit zwangsläufig auf eine allenfalls nach englischem Recht bestehende analoge Einwendung des beneficium excussionis realis verzichtet hat.

4.6.a. 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 es gegen die (zulässige) privatrechtliche Vereinbarung verstossen, den Gläubiger auf den Weg der Pfandbetreibung zu verweisen. Dem Schuldner kann nicht die Beschwerde gegen die ordentliche Betreibung 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. Diesfalls ist angezeigt, die Entscheidung beim Bestehen einer solchen Vereinbarung dem Richter vorzubehalten. 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. Der Beschwerdeführer hat richtigerweise neben Beschwerde auch Rechtsvorschlag erhoben. Es bleibt ihm unbenommen, in einem gerichtlichen Verfahren die entsprechenden Einwendungen gegen die ordentliche Betreuung geltend zu machen (BGE 77 III 13).

b. Im Aufsichtsverfahren ist nach der Rechtsprechung der Umstand, dass dem Gläubiger ein Selbsthilfeverkaufsrecht eingeräumt worden ist, für sich allein ausreichend, um die Einwendung des schweizerischen *beneficium excussionis realis* zu Fall zu bringen. Ob die Gläubigerin ein solches Recht hat, ist anhand des Sicherungsvertrages zwischen den Parteien auszulegen (BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 22, 25). Gemäss der "Equitable Charge" hat die Gläubigerin vertraglich die Befugnis, die Aktien zu verkaufen (act. 04.1.6, Ziff. 8.1, Power of Sale: At any time after the security constituted by this Charge has become enforceable G. may without further notice to the Chargor exercise the power to sell or otherwise dispose of the whole or any part of the Charged Property, in such manner and on such terms and for such consideration (whether payable immediately or by instalments) as G. shall in its absolute discretion think fit and without liability for loss whatsoever, and may (without prejudice to any right which it may have under any other provision of this Charge) treat such part of the Charged Property as consists of money as if it were the proceeds of such a sale or other disposal). Angesichts dieses Wortlauts und in Verbindung mit Ziff. 8.2 des Kreditvertrages ist unzweifelhaft, dass damit das Vorgehen zur Befriedigung ihrer Ansprüche ins völlige Belieben der Kreditgeberin gestellt werden wollte. Sie hat die uneingeschränkte Wahl, ob sie die Sicherheit in Anspruch nehmen, die Bezahlung der Forderung verlangen oder das Recht zum Selbsthilfeverkauf ausüben möchte. Auch mit der verbindlichen privatrechtlichen Vereinbarung zum Selbsthilfeverkauf wäre augenscheinlich nicht zu vereinbaren, wenn der Schuldner die Gläubigerin zwingen könnte, zuerst auf dem Vollstreckungsweg die Wertpapiersicherheit verwerten zu lassen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass gegen die Ausstellung, Zustellung und den Urkundeinhalt des Zahlungsbefehls vom 15. Juli 2010 nichts einzuwenden ist, für die Vollstreckung gegen den Schuldner aus dem Amended and Restated Facility Agreement vom 27. Dezember 2006 ein Betreibungsstand an seinem schweizerischen Wohnsitz in Klosters gegeben ist und die gewählte Betrei-

bungsart der ordentlichen Betreuung auf Pfändung zulässig ist, da ihm die Einwendung des beneficium excussionis realis nicht zur Verfügung steht. Seine Beschwerde ist daher abzuweisen.

6. Beide anwaltlich vertretenen Parteien verlangen eine Entscheidung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenseite. Auch wenn es zum berufsbedingten Reflex aller Rechtsanwälte gehören sollte, am Schluss eines jeden Rechtsbegehrens stereotyp den Satz "Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten..." anzufügen, führt es im SchKG-Aufsichtsverfahren nicht zum Erfolg. Das Aufsichtsbeschwerdeverfahren ist auf dieser Stufe von Gesetzes wegen kostenfrei und entschädigungslos (Art. 20a Abs. 1 Ziff. 5 Satz 1 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG in Verbindung mit Art. 26 GVV zum SchKG).

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde von B. wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von 1'500 Franken gehen zu Lasten des Kantons Graubünden.
3. Verfahrenschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. c/d des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 10 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
5. Mitteilung an: