

### 83. Entscheidung vom 22. Juni 1909 in Sachen Immobilien Genossenschaft „Röthel“.

**Art. 41 Abs. 1 SchKG.** Anwendbarkeit auf den Fall, wo das Pfand von einem Dritten bestellt worden ist, wenn Pfandhaftung nicht bloss subsidiär. — Garantieverpflichtung des Zedenten oder Pfandsicherheit für die abgetretene Forderung?

A. — Mit Vertrag vom 31. Oktober 1907 trat Architekt Scheyer in Zürich IV der Immobilien Genossenschaft Zürich einen Schuldbrief von 250,000 Fr. zweiter Hypothek (neben einem solchen von 500,000 Fr. erster Hypothek) ab, haftend auf dem Grundeigentum der Rekurrentin, der Immobilien Genossenschaft „Röthel“. Dabei übergab Scheyer der Erwerblerin des Schuldbriefes 150 Stück Anteilscheine der rekurrierenden Genossenschaft „zu Faustpfand als Garantie für Eingang von Kapital und Zins“ und ermächtigte die Erwerblerin, während der Dauer des Faustpfandrechts das Stimmrecht für diese Anteilscheine in der Generalversammlung der genannten Genossenschaft auszuüben. Die erwähnten Anteilscheine sind vom Eigentümer Scheyer in der Folge an einen Weill-Einstein veräußert worden.

Am 22. Januar 1909 erwirkte die Immobilien Genossenschaft Zürich für den Jahreszins pro 1908 des zehnten Schuldbriefes von 11,250 Fr. vom Betreibungsamt Zürich IV gegen die Rekurrentin einen Zahlungsbefehl auf Pfändung oder Konkurs (Betreibung Nr. 8619).

Hiegegen erhob die Rekurrentin Beschwerde, indem sie geltend machte, die Konkursbetreibung sei unzulässig, solange die Gläubigerin nicht ihr Faustpfandrecht an den Anteilscheinen durch Betreibung auf Pfandverwertung realisiert habe.

B. — Die erste Instanz hieß die Beschwerde gut. Die obere kantonale Aufsichtsbehörde aber schützte den hiegegen erhobenen Konkurs der Gläubigerin und erklärte die angehobene Betreibung als zulässig.

Die Rekurrentin hat nunmehr ihre Beschwerde rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen. Die Konkursgegnerin, Immobili-

Genossenschaft Zürich, trägt auf Abweisung derselben an, während die Vorinstanz erklärt, von Gegenbemerkungen zum Rekurse abzusehen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht  
in Erwägung:

1. — Mit Recht nimmt zunächst die Vorinstanz an, daß der von der Rekurrentin angerufene Art. 41 Abs. 1 SchKG, wonach das Pfand verwertet sein muß, bevor auf Pfändung oder Konkurs betrieben werden kann, nicht schon deshalb unanwendbar sei, weil die 150 Anteilscheine, an denen das behauptete Pfandrecht besteht, einem Dritten gehören. Art. 41 Abs. 1 macht seinem Wortlaute nach keinen Unterschied, ob das Pfand im Eigentum des Schuldners oder eines Dritten sich befinde, und es besteht dafür auch kein innerer Grund. Wenn ein Dritter das Pfand bestellt, so tut er dies in der Regel mit der Absicht, die Forderung auf die gleiche Weise zu sichern, wie wenn der Schuldner selbst das Pfand bestellte. Er muß sich daher die Verwertung des Pfandes stets dann schon vor der Durchführung der Betreibung gegen den Schuldner gefallen lassen, wenn nicht aus der besondern Natur des Pfandvertrages sich ergibt, daß die Pfandhaftung zivilrechtlich nur als eine subsidiäre, die vorherige Vollstreckung in das schuldnerrische Vermögen voraussetzende gewollt war. Insofern läßt sich also die frühere bundesrätliche Rechtsprechung über diese Frage (Archiv 2 Nr. 100 und 140) nicht aufrecht halten (s. auch Redaktionsbemerkung zu Nr. 140 und Jaeger, Note 4 zu Art. 41).

2. — Beizustimmen ist auch der Auffassung des Vorentscheides, daß hier in Wirklichkeit kein Faustpfand für die Forderung der Konkursgegnerin bestellt, sondern daß als Bestandteil des Abtretungsvertrages eine Garantie übernommen worden ist, und zwar in dem Sinne, daß die Gläubigerin, wenn sie mit der abgetretenen Forderung zu Verlust kommen sollte, sich freilich nicht an das ganze Vermögen des Abtretenden, wohl aber an die 150 Anteilscheine als Pfand halten kann. Es handelt sich also nicht um eine Interzession zu Gunsten des debitor cessus, sondern um eine beschränkte Währschaft des Cedenten, derart, daß dieser nicht mit seinem ganzen Vermögen haftet, sondern nur mit den 150 zu Pfand gegebenen Anteilscheinen (vergl. Stammler, Der

Garantievertrag, im Archiv für zivilistische Praxis 69 S. 45 und 46). Für diese Auffassung spricht deutlich der Wortlaut des Abtretungsvertrages, wonach der Zedent Scheyer die Anteilscheine als „Garantie für Eingang von Kapital und Zins“ übergeben hat. Andererseits beweist der Umstand, daß die Übergabe „zu Faustpfand“ geschah, für die Ansicht der Rekurrentin nichts, da zwar ein Faustpfand bestellt worden ist, aber eben nicht als Sicherheit der abgetretenen Forderung. Daß die Bestellung im Sinne der Rekurrentin gemeint gewesen sei, läßt sich auch nicht etwa aus den Umständen schließen. Vielmehr ist anzunehmen, es sei dem Abtretenden beim Abtretungsvertrage darum zu tun gewesen, die Zessionarin durch Übernahme einer Haftbarkeit für den Eingang der Forderung zu deren Erwerb zu bestimmen, nicht aber darum, ein Nebenrecht für die abgetretene Forderung zum Vorteil der Zessionarin und des debitor cessus zu begründen. Endlich mag noch auf die Bemerkung der Vorinstanz verwiesen werden, es komme im Verkehr mit zürcherischen Schuldbriefen sehr häufig vor, daß der Veräußerer ganz oder nur in beschränkter Weise eine „Garantie“ zu übernehmen erkläre, und es handle sich jeweilen hier um die Übernahme einer selbständigen Haftung des Veräußerers und nicht um eine Interzession (vergl. Handelsrechtliche Entscheide 17 S. 113, 20 S. 122).

3. — Wären übrigens die Anteilscheine wirklich als Pfand für die abgetretene Forderung dargegeben worden, so müßte dann der Ausdruck „als Garantie für Eingang von Kapital und Zins“ dahin verstanden werden, daß die Pfandhaftung nur eine subsidiäre sein solle, daß also der Gläubiger erst dann auf das Pfand greifen könne, wenn nach Durchführung der Betreibung gegen den Schuldner feststehe, daß die Forderung von diesem nicht oder nicht voll einzubringen sei. Auch dann müßte also das Beschwerdebegehren, die angehobene Betreibung auf Konkurs als unzulässig zu erklären, abgewiesen werden.

4. — Unstichhaltig ist der Einwand, den die Rekurrentin neben der Berufung auf das Wort „Faustpfand“ im Vertrage hauptsächlich noch geltend gemacht hat: daß nämlich eine solche Garantie des Zedenten im vorliegenden Fall gar keinen praktischen Wert gehabt habe, weil die die abgetretene Forderung sichernden

Unterpfänder das einzige Aktivum der schuldbnerischen Genossenschaft bilden, mit der Verwertung der Unterpfänder aber auch die Genossenschaftsanteile keine weitere Deckung mehr bieten würden. Diese behauptete Wertlosigkeit der Anteilscheine, die übrigens nach den Ausführungen der Rekursgegnerin über diesen Punkt wohl zu verneinen wäre, bestände unabhängig davon, wie die Titel rechtlich als Sicherheitmittel zu Gunsten der Rekursgegnerin verwendet worden sind: ob als Garantieleistung bei der Zession oder als Pfandsicherheit für die abgetretene Forderung, und in letzterem Falle, ob mit prinzipaler oder subsidiärer Haftung. In allen Fällen wäre das praktische Ergebnis für die Gläubigerin das gleiche: die Anteilscheine böten ihr keine Deckung wegen der das ganze Gesellschaftsvermögen voll belastenden Grundpfandschuld. Übrigens hat bereits die Vorinstanz ausgeführt, daß die Garantieleistung — und das gleiche gälte ebenfalls bei einer interzessionsweisen Pfandabgabe — für die Gläubigerin laut dem Vertrage noch eine indirekte Bedeutung besitzt, indem sie ihr das Stimmrecht in den Versammlungen der schuldbnerischen Genossenschaft und damit einen Einfluß auf deren Geschäftsgebahren verschafft hat.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

#### 84. Arrêt du 22 juin 1909 dans la cause Oherpillod et consorts.

**Vente d'immeubles aux enchères.** Inadmissibilité d'une adjudication non conforme aux conditions de vente, même pour le cas de renonciation d'un créancier hypothécaire à ses droits.

A. — Au cours d'une poursuite dirigée contre Auguste Imhof à Savigny il fut procédé, entre autres, à la saisie d'un groupe d'immeubles situés au lieu dit « En St. Amour », dans la commune de Savigny. Suivant l'état des charges qui n'a pas été attaqué ces immeubles, estimés en tout à 5600 francs, sont grevés d'hypothèques en faveur du Crédit foncier vau-