

Transportbetrieb als ein Annex zu dem von seiner Ehefrau geführten Unternehmen, bestehend aus einer Schweinemästerei und einem Holzhandel, erscheine; die Frau beanspruche Schweine und Holz, also das gesamte vorhandene Geschäftsinventar, als Eigentum, mit Ausnahme eben des Lieferwagens, der übrigens ebenfalls aus Frauengut angeschafft worden sei. Bei dieser Sachlage müsse angenommen werden, dass der Lieferwagen zum Geschäftsbetrieb und zum Vermögen der Frau gehöre und auch die Unkosten des Wagens von dieser getragen werden. Dass der Schuldner auf eigene Rechnung und für eigene Kunden Transporte und Kommissionen besorgt habe, zu deren Fortsetzung er unabhängig vom Betrieb seiner Frau den Lieferwagen benötigte, habe er nicht behauptet.

Diesen Entscheid hat der Schuldner an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

Führt die Ehefrau das Geschäft, so besorgt der Rekurrent seine Autotransporte in Holz, Schweinen und Schweinetränke für sie als Geschäftsinhaberin, also für einen Dritten, wobei es keinen Unterschied ausmacht, dass der Ehemann seiner Kundin offenbar für die Transporte nicht Rechnung stellt, sondern einfach aus dem Geschäftsertrag als Ehemann seinen Lebensunterhalt bezieht. Dann aber ist seine Fuhrstätigkeit Berufsausübung, der Wagen mithin Berufswerkzeug. Dass einem vom Halter auf eigene Rechnung verwendeten Lieferwagen — im Gegensatz zum Lastwagen — grundsätzlich diese Eigenschaft zukommen kann, hat die Rechtsprechung bereits anerkannt (BGE 67 III 133). Bei der niedrigen Schätzung des Fahrzeugs auf nur Fr. 300.— stellt sich die Frage seiner Ersetzung durch ein billigeres vernünftigerweise nicht.

Im vorliegenden Rekurs führt der Schuldner freilich aus, er habe seit langer Zeit Holzhandel sowie Schweinehandel und -Mästerei betrieben; nachdem er vor zwei

Jahren durch eine Schweineseuche ruiniert worden sei, hätten die Schwiegereltern ihn in der Weise neu finanziert, dass die Ehefrau die Anschaffungen in Schweinen und Holz auf ihren Namen tätige und den Erlös einkassiere; zu diesem Handel benötige der Schuldner den Lieferwagen, also auf eigene Rechnung, nicht in einem Annexbetrieb zu einem Unternehmen der Ehefrau, die nicht Inhaberin des Geschäfts sei.

Auch bei Berücksichtigung dieser neuen, dem Rekurrenten eher ungünstigeren Behauptungen wäre das Ergebnis kein anderes. Wenn das ganze Inventar der Ehefrau gehört und Umsatz und Risiko des Geschäfts auf ihre Rechnung gehen, so ist der Ehemann nicht Unternehmer im Sinne der Praxis zu Art. 92 Ziff. 3 SchKG, mag er auch nach aussen als Geschäftsinhaber gelten. Seine Tätigkeit ist vielmehr praktisch *Geschäftsführung für die Ehefrau*, also Berufsausübung, welche zu einem wesentlichen Teil in der Besorgung der Transporte mit eigenem Lieferwagen besteht. Die ganze Tätigkeit des Rekurrenten bildet einen Beruf, der nicht zerlegt werden könnte. Der Lieferwagen ist also auch in diesem Fall Berufswerkzeug.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und der Lieferwagen unpfändbar erklärt.

36. Entscheid vom 17. November 1942 i. S. Wiener.

Das Recht, den Gläubiger vorerst auf die Pfandverwertung zu verweisen (*beneficium excussionis realis*, Art. 41 Abs. 1 SchKG), steht dem Schuldner nicht zu, wenn der Gläubiger mit dem dritten Eigentümer des Pfandes, sei es auch erst seit der Pfandbestellung, vereinbart hat, dass das Pfand bloss subsidiär haften soll. Wird eine solche Vereinbarung auch nur glaubhaft gemacht, so ist die vom Schuldner gegen die ordentliche Betreibung erhobene Beschwerde abzuweisen.

Le débiteur ne peut obliger le créancier à se payer tout d'abord sur le produit de la réalisation du gage (*beneficium excussionis realis*, art. 41 al. 1 LP) lorsque le créancier est convenu avec le

tiers qui a constitué le gage, fût-ce depuis la constitution de ce dernier, que le gage ne vaudra que subsidiairement. La plainte tendante à l'annulation de la poursuite engagée par la voie de la saisie doit être rejetée dès lors que l'existence d'une telle convention est rendue vraisemblable.

Il debitore non può obbligare il creditore a escuterlo in via di realizzazione di pegno (*beneficium excussionis realis*, art. 41 cp. 1 LEF), se il creditore ha pattuito col terzo datore del pegno, sia pure dopo la dazione, che il pegno varrà soltanto a titolo sussidiario. Basta che l'esistenza di una siffatta pattuzione sia resa attendibile, perchè il reclamo contro l'esecuzione in via di pignoramento debba essere respinto.

A. — Gegen die für Fr. 20,532.— Hauptbetrag angehobene ordentliche Betreuung beschwerte sich der Schuldner Désiré Wiener in Bern mit dem Hinweis auf ein von Robert Ramstein bestelltes Faustpfand (ein Gemälde « Holländische Landschaft » von Jan Victors mit Originalrahmen) laut Faustpfandvertrag und Empfangsbescheinigung der Gläubigerin (Banque Populaire Valaisanne in Sitten) vom 17. April 1942. Die Gläubigerin hielt der Beschwerde eine von Ramstein am 29. April 1942 abgegebene Erklärung folgenden Inhalts entgegen: « Was die gemachte Sicherstellung gemäss acte de nantissement vom 17. April anbetrifft, möchte ich Sie hiermit auf alle Fälle darauf aufmerksam machen, dass dieses Bild Jan Victors nicht veräussert werden darf, bevor die legalen Wege in Bezug auf die Rückzahlung des gewährten Kredites endgültig durchgesetzt worden sind »; ferner ihre eigene Rückäusserung hiezu vom 2. Mai 1942: « ... nous ne voyons aucun inconvénient à effectuer des poursuites préalables contre le sieur Wiener ... » Der Pfandbesteller Ramstein benützte die ihm eingeräumte Frist zur Akten-einsicht und Vernehmlassung nicht.

B. — Die kantonale Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde am 14. Oktober 1942 ab: Der Anspruch des Schuldners, im Sinne von Art. 41 SchKG zu verlangen, dass vor dem Zugriff auf weiteres Vermögen das Pfand verwertet werde, sei durch die von der Gläubigerin dargelegte vertragliche Beschränkung ihrer Rechte aus der Pfandbestellung ausgeschlossen.

C. — Mit dem vorliegenden Rekurs beantragt der Schuldner neuerdings die Aufhebung des Zahlungsbefehls. Er lässt den Inhalt der von der kantonalen Aufsichtsbehörde angenommenen Vereinbarung zwischen Gläubigerin und Pfandbesteller nicht gelten. Ramstein habe vielmehr mit seinem Schreiben vom 29. April 1942 nur den privaten Verkauf des Pfandes durch die Gläubigerin ablehnen, nicht aber verlangen wollen, dass vor der Betreuung auf Pfandverwertung eine ordentliche Betreuung gegen den Schuldner durchgeführt werde. Als Beweis hiefür legt er eine in diesem Sinne lautende Erklärung Ramsteins vom 4. November 1942 vor.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

Art. 41 Abs. 1 SchKG verweist den Gläubiger einer pfandversicherten Forderung auf den Weg der Pfandverwertung, worauf dann erst für einen allfälligen Pfandausfall der Zugriff auf unverpfändetes Schuldnervermögen geltend gemacht werden darf. Einem entgegen dieser Ordnung sogleich mit ordentlicher Betreuung belangten Schuldner steht die Anfechtung des Zahlungsbefehls durch Beschwerde zu (was für den Fall einer grundpfändlichen Sicherheit ausdrücklich in Art. 85 Abs. 2 VZG vorgesehen ist). Indessen ist die Verweisung auf die Pfandhaftung unbehelflich, wenn diese (zumal durch einen dritten Eigentümer der Pfandsache) bloss als subsidiäre bestellt ist (BGE 35 I 496 = Sep.-Ausg. 12 S. 116), oder wenn der Schuldner selbst den Gläubiger zur Durchführung der ordentlichen Betreuung vor Inanspruchnahme der Pfandhaftung ermächtigt hat, sei es auch schon zum voraus (BGE 58 III 57, entgegen der dort erwähnten früheren Rechtsprechung). Die Grundlagen des Art. 41 Abs. 1 SchKG sind eben materiellrechtlicher Natur. Nicht nur beruht die Pfandbestellung selbst auf einem rechtsgeschäftlichen Akt, sondern es ist auch Sache der Vereinbarung, das Pfand allenfalls als bloss subsidiäre Sicherheit zu bestellen oder

es dem Gläubiger freizustellen, vor der Pfandsicherheit die allgemeine Haftung des Schuldnervermögens in Anspruch zu nehmen. Damit ist zugleich gesagt, dass die in Art. 41 Abs. 1 SchKG enthaltene Regel, dass sich der Gläubiger zuerst an das Pfand zu halten habe, nachgiebigen Charakters ist. Vorbehalten sind die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit (Art. 20 OR) und der Rechtsausübung (Art. 2 ZGB). Diese Auffassung ist auch in der Rechtslehre anerkannt (vgl. namentlich F. GUIAN im Journal des Tribunaux 1932, poursuite p. 103 ff.). Daraus folgt insbesondere auch, dass der Gläubiger auf ein vom ausländischen Recht beherrschtes (im Ausland befindliches) Pfand nur dann verwiesen werden kann, wenn die betreffende Rechtsordnung ein dem Art. 41 Abs. 1 SchKG entsprechendes *beneficium excussionis realis* gleichfalls vorsieht, was z. B. in Deutschland für Grundpfänder nicht zutrifft (BGE 36 I 337 = Sep.-Ausg. 13 S. 138 ; BGE 65 III 93).

Der Einwand der Gläubigerin, Ramstein habe das Pfand nur als subsidiäres bestellt, war also zu hören. Dessen Erklärung, das Pfand dürfe nicht veräussert werden, « bevor die legalen Wege in Bezug auf die Rückzahlung des gewährten Kredites endgültig durchgesetzt worden sind », kann auch nicht wohl etwas Anderes bedeuten, und die Gläubigerin hat es laut ihrem Antwortschreiben (oben A) von Anfang an so verstanden. Die in anderem Sinne lautende, erst in der bundesgerichtlichen Instanz vorgelegte Erklärung Ramsteins vom 4. November 1942 fällt entsprechend Art. 80 OG ausser Betracht. Im Pfandvertrag vom 17. April 1942 und bei der am gleichen Tage vollzogenen Pfandbestellung war freilich kein Vorbehalt im Sinne bloss subsidiärer Pfandhaftung vereinbart worden. Aber auch eine nachträgliche Vereinbarung solchen Inhalts ist zu berücksichtigen ; um so mehr, wenn sie gerade im Anschluss an die Pfandbestellung getroffen wird, mehr im Sinn einer Präzisierung der Haftungsbedingungen als einer Änderung des ursprünglichen Vertrages. So verhält es sich hier, wie denn die Subsidiarität einer aus

Drittvermögen bestellten Pfandsicherheit in vielen Fällen ebenso naheliegt wie etwa die blosser Ausfall- oder Schadlosbürgschaft. An den Nachweis einer dahingehenden Vereinbarung sind daher keine strengen Anforderungen zu stellen. Die Beschwerde des Schuldners aus Art. 41 Abs. 1 SchKG kann nur bei liquiden Verhältnissen geschützt werden (BGE 23 S. 1976, 54 III 241). Sie muss scheitern, wenn auch nur glaubhaft gemacht ist, dass der Inanspruchnahme des Pfandes eine aufschiebende Bedingung entgegensteht.

Der Schuldner kann mit seiner Beschwerde nicht etwa deshalb durchdringen, weil er durch eine nachträgliche Vereinbarung solchen Inhalts zwischen Gläubiger und Pfandbesteller benachteiligt wird. Hat ein Dritter das Pfand bestellt, und ist er nach wie vor als dessen Eigentümer zu betrachten, so sind die von ihm mit dem Gläubiger vereinbarten Bedingungen massgebend, so wie sie jetzt, wenn auch allenfalls vom ursprünglichen Vertrag abweichend, vorliegen. Auch wenn der Pfandvertrag nachträglich ganz aufgehoben worden wäre, hätten sich die Aufsichtsbehörden hieran zu halten, so gut wie an einen einfachen Pfandverzicht des Gläubigers (BGE 30 I 190 = Sep.-Ausg. 7 S. 46 ; BGE 59 III 18). Wollte der Schuldner sich demgegenüber auf eine ihm selbst vom Gläubiger gegebene Zusicherung berufen, weder auf das vom Dritten bestellte Pfand zu verzichten noch mit dem Dritten Subsidiarität der Pfandhaftung nachträglich zu vereinbaren, so könnte damit doch nicht in das Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Pfandbesteller eingegriffen werden. Allfällige daherige Schadenersatzansprüche des Schuldners aber, die er mit der in Betreibung gesetzten Forderung verrechnen möchte, wären gleichwie Ansprüche auf Herabsetzung der Forderung selbst nicht durch Beschwerde, sondern durch Rechtsvorschlag geltend zu machen.

Die nunmehr von Ramstein im Schreiben vom 4. November 1942 erklärte Bereitschaft, die Verwertung des

Pfandes vor der Inanspruchnahme des Schuldnervermögens zu dulden, kann sowenig, wie sie im vorliegenden Rekursverfahren in Betracht fällt, Anlass zu einer neuen Beschwerde geben. Diese wäre verspätet. Dagegen bleibt dem Schuldner unbenommen, eine Verständigung mit der Gläubigerin auf Grund der neuen Stellungnahme Ramsteins anzubahnen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

37. Entscheid vom 17. November 1942

i. S. Konkursamt Hottingen-Zürich.

Der im Kollokationsplan abgewiesene Gläubiger, dessen Ansprache dann im Prozesse von der Masse anerkannt wird, ist für die Kosten der Neuauflage nicht vorschusspflichtig und hat dafür gar nicht aufzukommen. Art. 250 SchKG, 66 KV (Erw. 1 und 2). Das Fehlen von Belegen, wenn solche nicht zur Verfügung standen, zieht auch dann keine Kostenpflicht nach sich, wenn deshalb die Behandlung der betreffenden Ansprache verschoben wurde. Art. 232 Z. 2, 250 SchKG, 59 a. E. KV. (Erw. 2).

Die Pflicht der Konkursverwaltung, über die eingegangenen Ansprachen die nötigen Erhebungen zu machen, erschöpft sich nicht in der Einladung zum Vorlegen von Beweismitteln. Art. 244 SchKG. (Erw. 3).

Le créancier dont la production n'a pas été admise lors de la collocation et dont la prétention est ensuite reconnue par la masse en cours d'instance n'est tenu ni d'avancer, ni de payer les frais du nouveau dépôt de l'état de collocation. Art. 250 LP, 66 Ord. Faill. (consid. 1 et 2). Le défaut de preuves, lorsque ces preuves n'étaient pas à la disposition du créancier, n'entraîne pas l'obligation de payer les frais, même lorsque ce défaut a fait remettre l'examen de la production. Art. 232 ch. 2, 250 LP, 59 i. f. Ord. Faill. (consid. 2).

L'administration de la faillite n'a pas rempli son obligation de procéder aux vérifications nécessaires, touchant les créances produites, du simple fait qu'elle a invité le créancier à fournir les preuves de son droit. Art. 244 LP (consid. 3).

Il creditore, la cui insinuazione non è stata ammessa in sede di allestimento della graduatoria, ma la cui pretesa è poi riconosciuta dalla massa nella procedura giudiziaria, non è tenuto ad anticipare né a pagare le spese del nuovo deposito della graduatoria. Art. 250 LEF, art. 66 Reg. Fall. (Consid. 1 e 2). La mancanza di giustificativi, che non erano a disposizione del creditore, non porta seco l'obbligo di pagare le spese, anche se ha causato

il rinvio dell'esame dell'insinuazione. Art. 232 cifra 2, 250 LEF; 59 i. f. Reg. Fall. (Consid. 2).

L'amministrazione del fallimento, che si è limitata ad invitare il creditore a fornire le prove del suo diritto, non ha soddisfatto l'obbligo di procedere alle verifiche necessarie dei crediti insinuati. Art. 244 LEF. (Consid. 3).

A. — Im Konkurs über die Hinterlassenschaft des Mario Brupbacher gaben die Eheleute Brupbacher-Schmidt folgende Forderungen ein : a) die Ehefrau : « Kost und Logis für die Zeit vom Januar bis September 1941, 8 ½ Monate à Fr. 200.— = Fr. 1700.— » ; b) der Ehemann : « Darlehen lt. Quittungen für Aufwendungen für den Gemeinschuldner Fr. 900.— ». Sie erhielten hierauf vom Konkursamt ein Formularschreiben mit folgendem vorgedrucktem Text : « Im Konkurs über haben Sie Ihrer Forderungseingabe vom keine Beweismittel beigelegt (vgl. Art. 232 Ziff. 2 des Schuldbetr.- und Konkursgesetzes). — Sofern Sie uns die Beweismittel (Schuldscheine, Buchauszüge etc.) in Original oder amtlich beglaubigter Abschrift nicht umgehend einsenden, müssen wir Ihre Forderung abweisen. » Die Ansprecher kehrten darauf nichts vor. Im Kollokationsplan abgewiesen, erhoben sie Kollokationsklage. Diese wurde nun vor bzw. bei Beginn der Hauptverhandlung vom Konkursamt anerkannt. Vorbehalten blieb das Anfechtungsrecht einzelner Gläubiger nach Art. 66 KV. Für die infolgedessen notwendige Neuauflage der sich aus der nachträglichen Anerkennung ergebenden Änderung des Kollokationsplanes verlangte das Konkursamt von den beiden Ansprechern Fr. 80.— als Kostenvorschuss. Zur Erläuterung wurde beigelegt : Im Falle der Nichtleistung « nehmen wir an, dass Sie auf die Publikation des abgeänderten Kollokationsplanes verzichten. Dies hätte allerdings zur Folge, dass der Kollokationsplan mit Bezug auf die beiden von Ihnen geltend gemachten Forderungen nicht rechtskräftig würde und letztere demzufolge in der Verteilungsliste nicht berücksichtigt werden könnten. »

B. — Gegen diese Auferlegung eines Kostenvorschusses