

4. Vollstreckung

4.1 Art. 41 SchKG

Regeste:

Art. 41 SchKG – Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Pfandbetreibung und der Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs bedeutet nicht, dass er für die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen führen kann. Der Gläubiger hat sich in einem solchen Fall für die eine oder andere Betreibung zu entscheiden.

Aus den Erwägungen:

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

1.2 Die Unterscheidung zwischen der Betreibung auf Pfandverwertung und der gewöhnlichen Betreibung liegt nicht im öffentlichen Interesse. 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 – abgesehen von den Fällen der Wechselbetreibung und der Betreibung für grundpfandgesicherte Zinsen und Annuitäten – 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. Die Nichterhebung der Beschwerde kommt einem Verzicht auf die Einrede gleich. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage und läuft ab Zustellung des Zahlungsbefehls und nicht etwa ab dem Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis von der Pfandbestellung. Kommt die Konkursbetreibung in Frage, ist die Beschwerde nicht etwa erst gegen die Konkursandrohung zu erheben. Auch hier bleibt es dabei, dass Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl zu erheben ist. Andernfalls ist die Einrede verwirkt (Acocella, Basler Kommentar, 2. A. 2010, Art. 41 SchKG N 17, 43 u. 46).

2. Vorliegend erhob die Beschwerdeführerin gegen den Zahlungsbefehl Nr. [...] des Betreibungsamtes A. weder innert Frist Rechtsvorschlag noch machte sie mit Beschwerde das *beneficium excussionis realis* geltend. Sie hat die Einrede der Vorausvollstreckung damit verwirkt. Die erst nach Zustellung der Konkursandrohung mit

Beschwerde erfolgte Berufung auf das beneficium excussionis realis ist verspätet und kann nicht gehört werden. Die B. AG ist daher grundsätzlich berechtigt, die beim Betreibungsamt A. angehobene Betreibung auf Konkurs fortzuführen.

3.1 Auf der anderen Seite kann nicht übersehen werden, dass die B. AG für dieselbe Forderung zwei Betreibungen eingeleitet hat. Nebst der ordentlichen Betreibung auf Konkurs stellte sie beim Betreibungsamt C. für die gesamte Forderung von CHF 32'241.95 das Betreibungsbegehren auf Grund- bzw. Faustpfandverwertung. Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Pfandbetreibung und der Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs bedeutet aber nicht, dass er für die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen führen kann (Acocella, a.a.O., Art. 41 SchKG N 49a). Die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern hat daher in einem Entscheid vom 29. März 2005 festgestellt, dass sich der Gläubiger in einem solchen Fall für die eine oder andere Betreibung entscheiden müsse. Eine Aufhebung der bis zur Konkursandrohung fortgeschrittenen Betreibung auf Konkurs falle nicht in Betracht. Gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls sei keine Beschwerde geführt worden und die Betreibung sei nicht nichtig, da die Unterscheidung zwischen Betreibung auf Pfandverwertung und gewöhnlicher Betreibung nicht im öffentlichen Interesse liege. Der Schuldner habe sich indes rechtzeitig gegen die auf einem ungesetzlichen Zahlungsbefehl beruhende Konkursandrohung gewendet. Dem Begehren um Konkursandrohung sei daher nur und erst dann zu entsprechen, wenn der Gläubiger zuvor die Betreibung auf Pfandverwertung zurückgezogen habe. Bis zu diesem Entscheid bleibe die ordentliche Betreibung in der Schwebe (BISchK 2007 S. 19 ff.).

3.2 Die B. AG machte die gesamte Forderung über CHF 32'241.95 nicht nur in der ordentlichen Betreibung auf Konkurs geltend. Vielmehr erklärte sie, die fragliche Summe auch in der Betreibung auf Pfandbetreibung gefordert zu haben. Ferner will sie ihr Pfandrecht nicht verlieren, weshalb sie in der ordentlichen Betreibung auf Konkurs ihre Forderung auf den über die Pfandsumme von CHF 25'000.00 liegenden Betrag von CHF 7'241.95 reduziert hat. Indes ändert dies nichts daran, dass damit der Betrag von CHF 7'241.95 sowohl in der Betreibung auf Konkurs als auch in der Betreibung auf Pfandverwertung geltend gemacht wird, nachdem in der Letzteren gemäss der eigenen Darstellung nach wie vor die Summe von CHF 32'241.95 gefordert wird. Eine Fortsetzung der Betreibung auf Konkurs über den Betrag von CHF 7'241.95 kommt unter diesen Umständen nicht in Frage. Dies ist nur möglich, falls die B. AG in der Pfandbetreibung die Forderung auf CHF 25'000.00 reduziert. Alsdann würde die Forderung über CHF 32'741.95 im Umfang von CHF 25'000.00 auf dem Wege der Pfandbetreibung geltend gemacht und im Umfang von CHF 7'2441.95 auf dem Wege der Betreibung auf Konkurs. Demnach ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Konkursandrohung in der ordentlichen Betreibung Nr. [...] aufzuheben und das Betreibungsamt A. ist anzuweisen, in diesem Betreibungsverfahren einem Fortsetzungsbegehren der B. AG über die auf CHF 7'241.95

reduzierte Forderung nur zu entsprechen, falls diese den Nachweis leistet, dass in der beim Betreibungsamt C. angehobenen Betreibung auf Pfandverwertung die Forderung auf CHF 25'000.00 reduziert wurde.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 9. Dezember 2016

4.2 Art. 74 SchKG

Regeste:

Art. 74 SchKG – Die Erhebung des Rechtsvorschlags per E-Mail ist zulässig.

Aus den Erwägungen:

1.1 Will der Betriebene Rechtsvorschlag erheben, so hat er dies nach Art. 74 Abs. 1 SchKG sofort dem Überbringer des Zahlungsbefehls oder innert zehn Tagen nach der Zustellung dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich zu erklären.

1.2 Schriftlich kann der Rechtsvorschlag anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben werden, etwa durch umgehendes Anbringen des Wortes «Rechtsvorschlag» und der Unterschrift auf dem Zahlungsbefehl. Wird der Rechtsvorschlag schriftlich erhoben, indem bloss das Wort «Rechtsvorschlag» auf dem Zahlungsbefehl angebracht wird, so wird das Fehlen der eigentlichen Unterschrift gemäss der wohl überwiegenden Praxis zu Recht als unbeachtlicher Mangel angesehen. Soweit aber der Rechtsvorschlag auf einer separaten schriftlichen Erklärung abgegeben wird, ist die Unterschrift unerlässlich; fehlt diese, so hat das Betreibungsamt dem Betriebenen eine kurze Nachfrist anzusetzen. Mündlich kann der Rechtsvorschlag anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls gegenüber dem Überbringer abgegeben werden. Nach Abschluss der Zustellung muss die Erklärung des Rechtsvorschlags auf dem zuständigen Betreibungsamt erfolgen (Bessenich, Basler Kommentar, 2.A. 2010, Art. 74 SchKG N 13 f.). Erhebt der Schuldner beim Betreibungsamt telefonisch Rechtsvorschlag, darf das Amt diese Erklärung jedenfalls dann in dieser Form entgegennehmen, wenn keine Zweifel bezüglich der Identität des Anrufers bestehen. Liegen besondere Umstände vor, die beim Amt ausnahmsweise solche Zweifel wecken, kann dieses die Entgegennahme des telefonischen Rechtsvorschlags ablehnen und den Anrufenden auffordern, seine Erklärung schriftlich oder auf dem Amt mündlich zu erklären (BGE 127 III 181 E. 4 b).

1.3 Im zitierten Entscheid erkannte das Bundesgericht sodann einen Rechtsvorschlag per Telefax als zulässig, wobei die für den telefonisch erklärten Rechtsvorschlag geltenden Grundsätze sinngemäss anwendbar seien. Das Bundesgericht hat damit den per Telefax übermittelten Rechtsvorschlag als gültig erachtet, obwohl es sich dabei mangels Originalunterschrift des Betriebenen nicht um eine schriftliche