

von ihrem Ehemann getrennt hat, hat sich Frau Fähr bezüglich ihrer Forderung auf Alimentation auf die gleiche Stufe wie andere Chirographargläubiger des Kreditaren gestellt und es ist nicht einzusehen, wieso ihr bezüglich der Möglichkeiten, diese Forderung zu erequieren, vor den andern Gläubigern ein Privileg zuerkannt werden könnte.

Der Rekurs muß somit begründet erklärt und die vorinstanzliche Verfügung aufgehoben werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und damit die vorinstanzliche Verfügung, durch welche die Konkursmasse zur Leistung von Alimentationen an Ehefrau und Tochter des Gemeinschuldners verhalten worden ist, aufgehoben.

128. **Entscheid vom 11. November 1909** in Sachen **Frischknecht**.

Art. 265 SchKG: Konkurrenz der Einrede des mangelnden neuen Vermögens mit der normalen Art des Rechtsvorschlages (Bestreitung der Forderung selber oder ihrer Vollstreckbarkeit). — Stellung der Vollstreckungsbehörden gegenüber gerichtlichen Verfügungen, die in das Verfahren eingreifen.

A. — In einer von den Erben des Johannes Schieß in Waldstatt als Konkursverlustsängläubiger gegen den Rekurrenten Fritz Frischknecht, Gutsverwalter auf Schloß Girsberg, Gemeinde Guntalingen (Kanton Zürich), eingeleiteten Betreibung hat das Betreibungsamt Schönengrund dem Schuldner am 31. August 1909 einen Zahlungsbefehl Nr. 75 für 1862 Fr. 52 Cts. zugestellt. Der Rekurrent erhob Rechtsvorschlag mit der Begründung, daß er nicht zu neuem Vermögen gekommen sei.

Hierauf gelangten die Gläubiger vor den Rechtsöffnungsrichter (Konkursrichter des Hinterlandes), welcher ihnen mit Erkenntnis vom 14. September 1909 die provisorische Rechtsöffnung erteilte. Am 7. Oktober erfolgte sodann auf Begehren der Gläubiger die

Pfändung einer aus dem Anteil der Ehefrau Frischknecht am Nachlaß des J. Müller in Schönengrund herrührenden, zu Gunsten der Gläubiger mit Arrest belegten Summe im Betrag von 1862 Fr. 52 Cts.

B. — Hierüber beschwerte sich Frischknecht bei der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Appenzell A.-Rh., mit dem Begehren um Aufhebung der Pfändung und Einstellung der Betreibung Nr. 75 für so lange, bis über die Frage, ob er zu neuem Vermögen gekommen sei, gemäß Art. 265 Abs. 3 SchKG und § 20 des kantonalen GG zum SchKG gerichtlich entschieden worden sei.

Mit Entscheid vom 7. Oktober 1909 hat die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde mit folgender Begründung abgewiesen: Die Einrede des mangelnden neuen Vermögens sei zwar nicht vom Rechtsöffnungsrichter im summarischen Verfahren, sondern vom ordentlichen Richter im beschleunigten Verfahren zu erheben. Der Rechtsöffnungsrichter habe deshalb eine auf einen Konkursverlustschein hin verlangte provisorische Rechtsöffnung unter allen Umständen zu verweigern, sofern der Schuldner bestritte, seit seinem Konkurs zu neuem Vermögen gekommen zu sein. Der vom Rechtsöffnungsrichter in casu ohne weiteres gewährte Schutz des Rechtsöffnungsbegehrens bedeute daher eine Mißachtung von Art. 265 SchKG.

Es sei jedoch nicht Sache der Aufsichtsbehörde, darüber zu entscheiden, ob die Rechtsöffnung mit Recht erfolgt sei oder nicht. Diese Frage sei in die ausschließliche Kompetenz der Gerichtsbehörden gestellt. Da das kantonale Recht eine Weiterziehung der Rechtsöffnungsentscheide nicht kenne, so bleibe dem Schuldner solchenfalls nichts anderes übrig, als zur Aberkennungsklage zu greifen oder vom Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses Gebrauch zu machen. Da der Schuldner weder das eine noch das andere getan habe, so sei der Rechtsöffnungsentscheid in Rechtskraft erwachsen und die vom Betreibungsamt vorgenommene provisorische Pfändung zu einer definitiven geworden.

C. — Gegen diesen Entscheid hat Frischknecht unter Erneuerung seines Begehrens rechtzeitig ans Bundesgericht recurriert.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Der Inhalt des Rechtsvorschlages erschöpft sich im allgemeinen in der Bestreitung der in Betreibung liegenden Forderung selber oder ihrer Vollstreckbarkeit (vergl. US Sep.-Ausg. 3 Nr. 32 S. 159*). Wird jedoch die Betreibung auf Grund eines Konkursverlustscheins angehoben, so kann der Rechtsvorschlag überdies die Bestreitung des Rechts, die Verlustscheinsforderung neuerdings auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, gestützt darauf, daß der Schuldner nicht zu neuem Vermögen gekommen sei, zum Gegenstand haben (Art. 265 Abs. 2 und 3 SchRG).

Es besteht dann die Möglichkeit einer Konkurrenz beider Arten des Rechtsvorschlages. Ist nun in einem konkreten Fall wirklich die Forderung selber bzw. ihre Vollstreckbarkeit überhaupt vom Schuldner bestritten worden und sein Rechtsvorschlag ferner damit substantiiert, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so müssen beide Einreden je in einem besondern Verfahren ihre Erledigung finden. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, gehört nur die Behandlung der ersten Einrede ins summarische Verfahren (Rechtsöffnung), während über die Einrede des mangelnden neuen Vermögens im beschleunigten Verfahren zu entscheiden ist, und es darf die Betreibung erst nach erfolgter gerichtlicher Beseitigung beider Einreden fortgesetzt werden.

Auch darin ist dem Vorentscheid beizupflichten, daß nach dem System des Betreibungsgesetzes das beschleunigte Verfahren vor dem summarischen durchgeführt werden sollte, da logischerweise, bevor die Zulässigkeit der Fortsetzung der Betreibung untersucht wird, darüber zu entscheiden ist, ob die Betreibung überhaupt rechtsgültig angehoben werden kann, was laut Art. 265 Abs. 2 SchRG eben nur der Fall ist, wenn feststeht, daß der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist.

2. — Dagegen geht es nicht an, hieraus mit der Vorinstanz den Schluß zu ziehen, daß, wenn der Richter die provisorische Rechtsöffnung erteilt, bevor über die Einrede des mangelnden neuen Vermögens entschieden worden ist, die Betreibung ohne

weiteres fortgesetzt werden könne. Daß dieser Schluß unannehmbar ist, geht schon daraus hervor, daß, wenn der Schuldner sich überhaupt darauf beschränkt, das Vorhandensein neuen Vermögens zu bestreiten, die Betreibung nicht angehoben, geschweige denn fortgesetzt werden kann, bevor das Gericht über diese Einrede erkannt hat. Der Gläubiger, welchem die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, kann sich nun unmöglich in einer bessern Lage befinden als derjenige, dem gegenüber der Schuldner überhaupt nicht Rechtsvorschlag im gewöhnlichen Sinne erhoben hat. Wenn letzterer nicht imstande ist, die Fortsetzung der Betreibung zu erwirken, so kann es der Rechtsöffnungsgläubiger noch weit weniger.

3. — Im vorliegenden Fall hat man es übrigens gar nicht mit der geschilderten Konkurrenz beider Arten des Rechtsvorschlages zu tun. Der Rekurrent hat lediglich die Einrede des mangelnden neuen Vermögens auf dem Weg des Rechtsvorschlages erhoben, m. a. W. seinen Rechtsvorschlag ausschließlich damit begründet, ohne die Forderung selber oder ihre Vollstreckbarkeit als solche zu bestreiten.

Der Rechtsöffnungsrichter hätte daher auf das Begehren der Gläubiger wegen Unzuständigkeit überhaupt nicht eintreten sollen. Daraus, daß er ihnen die Rechtsöffnung dennoch zu Unrecht erteilt hat, folgt keineswegs, daß die Gläubiger berechtigt waren, die Fortsetzung der Betreibung zu erwirken, da ja ein auf dem Weg der Rechtsöffnung aufzuhebender Rechtsvorschlag gar nicht vorlag. Hiezu wären sie erst nach erfolgter Beseitigung der vom Schuldner allein erhobenen Einrede des mangelnden neuen Vermögens durch den zuständigen Richter im beschleunigten Verfahren legitimiert gewesen. Mangels Durchführung eines solchen Verfahrens besteht diese Einrede jetzt noch zu Recht und übt die ihr laut Gesetz zukommende Wirkung (Ausschluß jeglicher Betreibungshandlung) nach wie vor aus. Die trotzdem gegen den Schuldner prosequierte Betreibung muß daher bis nach erfolgter richterlicher Entscheidung über die Frage des Vorhandenseins neuen Vermögens eingestellt werden.

Demgegenüber kann die Tatsache, daß der Rechtsöffnungsrichter formell durch die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung den Rechtsvorschlag beseitigt hat, nicht ins Gewicht fallen.

* Ges.-Ausg. 26 I Nr. 64 S. 347.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

Die Aufsichtsbehörden haben von jeher für die Vollstreckungsbehörden das Recht in Anspruch genommen, gerichtliche Verfügungen, die in das Verfahren eingreifen, daraufhin zu prüfen, ob sie von einer kompetenten Stelle ausgegangen seien und verneinendenfalls sie nicht zu beachten. Da nun in casu der Konkursrichter des Hinterlandes zur Entscheidung der Frage, ob neues Vermögen vorliege, gar nicht zuständig war, so könnte sein Entscheid selbst dann die Fortsetzung der Betreibung nicht ermöglichen, wenn in demselben nicht ausdrücklich zugegeben wäre, daß er sich mit der Frage, ob wirklich neues Vermögen vorliege oder nicht, nicht befassen könne.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und demgemäß unter Aufhebung des Vorentscheides die Betreibung Nr. 75 bis nach erfolgter richterlicher Entscheidung über die Frage, ob der Betriebene zu neuem Vermögen gekommen sei, eingestellt.

129. Sentenza dell'11 novembre 1909 nella causa Gamboni.

Art. 140 LEEF: Creditori aventi diritto alla comunicazione dell'elenco oneri. Conseguenze della non comunicazione.

1. — In data 19 giugno 1909 l'attuale ricorrente si aggravava presso l'Autorità inferiore di vigilanza in Locarno contro l'Ufficio di colà e poscia presso l'Autorità superiore perchè nell'esecuzione contro Costantino Bezzola ed eredi fu Antonio a lui come creditore non fu comunicato l'elenco oneri per intero 10 giorni prima dell'incanto, ma fu solo avvisato della deposizione presso l'Ufficio a 5 giorni di distanza. Egli domandava l'annullazione dell'incanto indetto pel 16 giugno.

L'Autorità cantonale respingeva il ricorso pei motivi seguenti:

Il ricorrente nella sua qualità di creditore pignorante l'eccedenza del ricavo di un gruppo precedente poteva esigere la comunicazione dell'elenco oneri solo nel caso in cui in base

alle stime sia presumibile l'esistenza di una eccedenza, e spettava appunto al ricorrente portare codesta prova. Nel caso concreto egli non portò nessuna prova in questo senso non solo, ma non contestò l'affermazione contraria della decisione dell'Autorità inferiore.

Il fatto della comunicazione data dall'Ufficio al ricorrente, come atto abbondanziale, non implica nessun riconoscimento formale e incontroverso del diritto preteso.

2. — Contro questa decisione Gerolamo Gamboni in data 28 settembre si aggravava al Tribunale federale e adduceva:

In forza dell'art. 140 LEEF l'Ufficio è tenuto a comunicare l'elenco oneri integralmente 10 giorni prima della vendita; il creditore non può essere obbligato a recarsi a prenderne visione presso l'Ufficio, specialmente quando abita a parecchie ore di distanza.

La dimostrazione dell'interesse del creditore alla comunicazione non era necessaria nel caso concreto, essendo esso già stato riconosciuto dall'Ufficio colla comunicazione fatta con assegnazione perentoria di un termine per la contestazione.

Conchiudeva domandando fosse annullata la sentenza querelata ed ammesso il ricorso, e quindi siano dichiarati nulli l'incanto 16 luglio e gli altri atti successivi.

Considerando in diritto:

Secondo l'art. 140 l'elenco oneri deve essere comunicato ai creditori partecipanti al pignoramento, ed al loro numero appartengono non solo i creditori pignoranti del primo gruppo, ma anche quelli dei gruppi posteriori.

L'omessa notifica non è però causa di nullità degli atti posteriori se non quando abbia avuto per effetto un pregiudizio per il creditore partecipante che non l'ha ricevuta.

Nel fattispecie l'omissione della notifica non ha potuto cagionare al ricorrente alcun danno, i beni pignorati e venduti non rappresentando che un valore di 1446 fr. ed i crediti del primo gruppo ascendendo a 4000 fr. circa.

Il ricorrente non ha neppure affermato che il valore reale fosse di molto superiore alla stima. Egli non aveva adunque