42. Entscheid vom 6. März 1912 in Sachen Näf und Tobler.

Art. 49 SchKG findet in der neuen Fassung vom 1. Januar 1912 an auf Betreibungen gegen eine Erbschaft auch dann Anwendung, wenn der Erbgang vor diesem Zeitpunkt eröffnet worden ist.

A. — Am 19. Juli 1910 starb J. Ulrich Näf zum Lindenhügel im Geß, St. Gallen. Über seinen Nachlaß wurde das *beneficium inventarii* eröffnet. Am 10. Januar 1912 erwirkte Adolf Schwend, zum Edelweiß, Langgasse, Tablat, gegen „Klara Näf namens der Erbmasse Ulrich Näf sel.“ einen Zahlungsbefehl im Betrage von 2400 Fr. Darüber beschwerten sich die heutigen Rekurrenten mit der Begründung, daß die Erbmasse nach Art. 49 des st. gallischen Einführungsgesetzes zum SchKG vom Jahre 1891 nur während der Dauer eines Jahres seit dem Tode des Erblassers betrieben werden könne; diese Frist sei verstrichen, ohne daß der genannte Gläubiger eine Eingabe gemacht habe. Die Rekurrenten stellten daher das Begehren, es sei die Betreibung nichtig zu erklären.

B. — Vom Bezirksgerichtspräsidium St. Gallen als unterer Aufsichtsbehörde unter Verweisung an den ordentlichen Richter abgewiesen, rekurrirten sie an die kantonale Aufsichtsbehörde. Sie führten aus, die untere Aufsichtsbehörde sei von der irrthümlichen Voraussetzung ausgegangen, daß die geltend gemachten Beschwerdegründe nicht in ihren Überprüfungsbereich fielen, und machten im übrigen die bereits angegebenen Gründe geltend. Die kantonale Aufsichtsbehörde bejahte zwar die Kompetenz der Betreibungs- und Aufsichtsbehörden. Sie wies aber den Rekurs als materiell unbegründet ab, von der Erwägung aus, daß die Betreibungsfähigkeit einer Erbmasse betreibungs- und nicht privatrechtlich geordnet sei und daß daher in intertemporaler Beziehung das mit dem Inkrafttreten des ZGB modifizierte Betreibungsrecht zur Anwendung komme, weil die Betreibung erst im Jahre 1912 angehoben worden sei. Nun lasse Art. 49 SchKG in der neuen Fassung die Betreibung gegen eine Erbmasse zu, solange weder die Teilung erfolgt, noch eine vertragliche Gemeinschaft gebildet, noch eine amtliche Liquidation angeordnet worden sei. Daß einer

dieser gesetzlichen Ausnahmefälle vorliege, hätten die Rekurrenten weder behauptet, noch bewiesen. Die Anrufung des *beneficium inventarii* falle nicht unter diese Fälle, wenn auch nach dem kantonalen Erbgesetz die private Teilung durch das *beneficium inventarii* nicht ausgeschlossen werde.

C. — Gegen diesen Entscheid richtet sich der vorliegende, rechtzeitig und formrichtig eingereichte Rekurs. Beantragt wird Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und Nichtigerklärung der Betreibung. Zur Begründung machen die Rekurrenten geltend, daß für die Beurteilung der Voraussetzungen der Betreibung gegen eine Erbmasse das zur Zeit des Todes des Erblassers geltende Gesetz, also in casu Art. 49 SchKG in der alten Fassung, sowie Art. 49 des st. gallischen Einführungsgesetzes von 1891 maßgebend seien. Der abgeänderte, mit dem 1. Januar 1912 in Kraft getretene Art. 49 SchKG habe keine rückwirkende Kraft. Es liege daher in der Nichtanwendung des alten Rechts durch die Vorinstanz zugleich eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 17 Abs. 3 SchKG. Von einer Teilung, Gemeinschaft oder amtlichen Liquidation könne übrigens schon deshalb keine Rede sein, weil mit den am *beneficium inventarii* beteiligten Gläubigern Vergleiche abgeschlossen worden seien.

D. — Die kantonale Aufsichtsbehörde hat Abweisung des Rekurses beantragt.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. — Zu entscheiden ist in erster Linie, welche Fassung des Art. 49 SchKG für die vorliegende, nach dem 1. Januar 1912 gegen die Erbmasse Näf angehobene Betreibung maßgebend ist. Art. 58 des Schlußtitels zum ZGB gibt nur die mit dem 1. Januar 1912 in Kraft getretenen Abänderungen des SchKG an, ohne gleichzeitig intertemporale Übergangsbestimmungen aufzustellen. Und es ist eine ausdrückliche Übergangsbestimmung auch sonst im Schlußtitel des ZGB nicht zu finden. Insbesondere kann Art. 15 des Schlußtitels zum ZGB nicht als maßgebende Norm angesehen werden, da er sich nur auf die materiellrechtlichen Verhältnisse bezieht. Nun steht aber fest, daß dem Art. 49 SchKG nicht materiell-, sondern rein exekutionsrechtliche Bedeutung

zukommt, und daß diese Bestimmung als zwingendes Recht dem Parteiwillen entzogen ist. Damit ist die Anwendbarkeit der in Art. 2 des Schlußtitels zum ZGB enthaltenen allgemeinen Übergangsbestimmung gegeben, wie denn auch prozessrechtliche Vorschriften stets um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit, um des Rechtsschutzes willen, aufgestellt sind. Demnach hat der neue Art. 49 SchRG sofort mit dem Inkrafttreten des ZGB auf alle Tatsachen Anwendung zu finden. Mit Recht hat also die Vorinstanz der Beurteilung der Betreibung gegen die Erbmasse Nfz die neue Fassung des Art. 49 SchRG zu Grunde gelegt. Maßgebend sind nur die dort angegebenen Hinderungsgründe und es sind, da dem Art. 49 rückwirkende Kraft zukommt, auch die vor dem 1. Januar 1912 eingetretenen Tatsachen unter dem Gesichtspunkt des neuen Rechts zu würdigen.

2. — Bleibt somit nur zu untersuchen, ob einer der in Art. 49 SchRG aufgeführten drei Hinderungsgründe vorliege, d. h. ob infolge Teilung, vertraglicher Gemeinderschaft oder amtlicher Liquidation die Erbmasse aufgehört habe, selbständig betreibbar zu sein, so ist zu sagen, daß die Rekurrenten im ganzen Beschwerdeverfahren den Bestand eines solchen gesetzlichen Hinderungsgrundes nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen haben. Wenn auch die angebliche vertragliche Abfindung der am beneficium inventarii beteiligten Gläubiger eine private Teilung nicht ohne weiteres ausschloß, so haben sich die Rekurrenten doch tatsächlich darauf beschränkt, solche Einwendungen zu erheben, die nach dem alten Recht begründet sein mochten, dagegen vom Standpunkt des neuen Rechts aus von vornherein außer Betracht fallen. Selbst wenn aber nach altem Recht die Erbschaft Nfz nie selbständig betreibbar gewesen wäre, stände nach dem Gesagten der angefochtenen Betreibung nichts im Wege. Daß endlich in casu von einer Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 17 ff. SchRG nicht die Rede sein kann, bedarf keiner nähern Erörterung.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

43. *Entscheid vom 20. März 1912 in Sachen Hirsch.*

Art. 152 Abs. 2 SchKG findet vom 1. Januar 1912 an grundsätzlich für alle pendenten Betreibungen auf Grundpfandverwertung Anwendung.

A. — Die Rekursgegnerin, die Kochelbräu A.-G. in München, leitete gegen die Rekurrentin Frau Elsa Hirsch gesch. Schott am 24. November 1911 in Zürich eine Betreibung auf Grundpfandverwertung ein. Am 27. Dezember 1911 ersuchte die Rekursgegnerin das Betreibungsamt Zürich V, die Mieter der verpfändeten Liegenschaft von der Betreibung zu benachrichtigen, indem sie geltend machte, daß nach Art. 806 ZGB die Mietzinse von der Einleitung der Betreibung an dem Grundpfandgläubiger verhaftet seien. Das Betreibungsamt weigerte sich, die gewünschte Anzeige zu erlassen, weil Art. 806 ZGB keine rückwirkende Kraft habe.

B. — Hierauf erhob die Rekursgegnerin Beschwerde mit dem Begehren, es sei das Betreibungsamt anzuweisen, die Mieter der verpfändeten Liegenschaft von der Betreibung zu benachrichtigen.

Die untere kantonale Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab, indem sie u. a. folgendes ausführte: Artikel 806 ZGB bestimme, daß, wenn das verpfändete Grundstück vermietet oder verpachtet sei, die Pfandhaft sich auch auf die Miet- oder Pachtzinsforderungen erstreckt, die seit Anhebung der Betreibung auf Grundpfandverwertung aufgelaufen seien. Es handle sich nun nicht darum, ob Art. 806 ZGB rückwirkende Kraft habe, sondern darum, ob diese Bestimmung vom 1. Januar 1912 an auch für Grundpfandbetreibungen, die vorher eingeleitet worden seien, gelte. Nun sei das in Art. 806 ZGB normierte Pfandrecht nicht vertraglicher Natur, sondern trete von Gesetzes wegen ein, und für derartige Pfandrechte gelte in analoger Anwendung des Art. 26 Abs. 2 der Einführungsbestimmungen zum ZGB das neue Recht vom Tage des Inkrafttretens an. Wäre dies nicht der Fall, so müßte ein Grundpfandgläubiger, der vor dem 1. Januar 1912 Betreibung eingeleitet hatte, neuerdings Betreibung anheben, wenn er des in Art. 806 ZGB zugesicherten