

## S. 1 / Nr. 1 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 76 III 1

Entscheid vom 7. Februar 1950 i. S. Thaler.

Seite: 1

Regeste:

Pfändungsurkunde als definitiver oder provisorischer Verlustschein (Art. 115 Abs. 1 und 2 SchKG). Für das eine wie für das andere ist Voraussetzung eine definitive Pfändung. Die Formulare 7 f und 7 g (Pfändungsurkunde-Verlustschein) sind bei provisorischer Pfändung nicht zu verwenden.

Procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens définitifs ou provisoires (art. 115 al. 1 et 2 LP). Il faut pour cela, dans les deux cas qu'il s'agisse d'une saisie définitive. Les formules no. 7 f et 7 g (procès-verbaux de saisie-actes de défaut de biens) ne doivent pas être utilisées dans le cas d'une saisie provisoire.

Verbale di pignoramento valevole come attestato di carenza di beni definitivo o provvisorio (est. 115 cp. 1 e 2 LEF). Occorre, in ambedue i casi, che si tratti di un pignoramento definitivo. I moduli no 7 f e 7 g (verbale di pignoramento-attestato di carenza di beni) non debbono essere usati nel caso di un pignoramento provvisorio.

A. - Talleri erhielt in seiner Betreuung Nr. 5110 Zürich 6 gegen Kessler provisorische Rechtsöffnung für Fr. 2200.-. Der Schuldner erhob Aberkennungsanklage, die noch hängig ist. Der Gläubiger verlangte provisorische Pfändung. Bei deren Vollzug wurde kein pfändbares Vermögen vorgefunden. Das Betreibungsamt stellte deshalb dem Gläubiger eine leere Pfändungsurkunde aus. Es bediente sich dafür des Formulars 7 g (leere Pfändungsurkunde als definitiver Verlustschein nach Art. 115 und 149 SchKG).

Seite: 2

B. - Als der Schuldner hievon erfuhr, führte er Beschwerde mit dem Antrag, der definitive Verlustschein sei; aufzuheben und durch einen provisorischen zu ersetzen. Die untere Aufsichtsbehörde entsprach diesem Begehren, und die obere kantonale Aufsichtsbehörde wies am 22. Dezember 1949 einen Rekurs des Gläubigers ab. Dieser zieht die Sache an das Bundesgericht weiter. Er erneuert den Antrag auf Wiederherstellung des definitiven Verlustscheins.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1.- Ein definitiver Verlustschein ist nach Art. 149 SchKG auszustellen, wenn die Betreuung durchgeführt ist und dem Gläubiger keine oder nicht volle Deckung geboten hat. Erste Voraussetzung hierfür ist, dass die Forderung überhaupt zu definitiver Vollstreckung gelangt ist. Daran fehlt es, solange der Gläubiger nur provisorische Rechtsöffnung erlangt hat, also während der Dauer eines rechtzeitig angehobenen Aberkennungsprozesses. Für solange kann der Gläubiger nur provisorische Pfändung verlangen (Art. 83 Abs. 1 SchKG), auf die sich kein Verwertungsbegehren stützen lässt (Art. 118 SchKG). Kommt es zur Verwertung auf Begehren eines andern Gläubigers (dessen Pfändung definitiv ist), so ist der auf jene Forderung mit bloss provisorischer Pfändung entfallende Teil des Erlöses zu hinterlegen (Art. 144 Abs. 5 SchKG). Er verfällt dem betreffenden Gläubiger definitiv erst mit der rechtskräftigen Abweisung der Aberkennungsklage. Wird diese gutgeheissen, so fällt die Betreuung und damit auch eine allfällige provisorische Pfändung oder ein auf die provisorische Pfändung gestützter Anspruch am Erlöse dahin, und es kann von der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins keine Rede sein, sowenig wie wenn der Gläubiger gegen den Rechtsvorschlag nichts vorgekehrt hätte.

2.- Art. 115 Abs. 1 SchKG mit seinem Hinweis auf Art. 149 SchKG kann somit nur den Vollzug einer

Seite: 3

definitiven Pfändung im Auge haben. Bei provisorischer Pfändung kann unmöglich über die Betreuung abgerechnet werden. Solchenfalls hätte es übrigens keinen Sinn, dem Gläubiger einen Verlustschein in die Hand zu geben, der nach Art. 149 Abs. 2 SchKG als Schuldanererkennung zu gelten hätte. Er ist ja bereits und immer noch im Genuss einer provisorischen Rechtsöffnung. Auch kommt für ihn bis auf weiteres nicht in Frage, die Betreuung gemäss Art. 149 Abs. 3 SchKG binnen sechs Monaten ohne neuen Zahlungsbefehl fortzusetzen (was eine neue Betreuung ohne Einleitungsverfahren bedeutet, BGE 75 III 51). Die Betreuung, in der er provisorische Pfändung verlangt hat, ist eben noch hängig; er kann dabei jederzeit NachPfändung verlangen. Andererseits ist auch nicht etwa der Schuldner befugt zu verlangen, dass über die Betreuung mit einem definitiven Verlustschein abgerechnet werde, damit der Zinsenlauf gemäss Art. 149 Abs. 4 SchKG aufhöre. Da

er mit seiner Aberkennungsklage den Rechtsvorschlag aufrecht hält und damit den Abschluss der Betreuung mindestens bis auf weiteres hindert, ist eine Schlussabrechnung und die Ausstellung eines definitiven Verlustscheines ausgeschlossen.

Damit erweist sich der Rekurs des Gläubigers als unbegründet. Das als definitiver Verlustschein ausgestaltete Formular 7 f und 7 g darf nur beim fruchtlosen Vollzug einer definitiven Pfändung verwendet werden. Im vorliegenden Fall ist eine gewöhnliche Pfändungsurkunde mit dem Vermerk «provisorisch» in der letzten Kolonne der Vorderseite auszustellen (vgl. dazu Art. 14 Abs. 4 der Verordnung I zum SchKG), und es ist darin die Ergebnislosigkeit des Vollzuges zu verurkunden.

3.- Dass diese Pfändungsurkunde aber einen provisorischen Verlustschein im Sinne von Art. 115 Abs. 2 SchKG zu bilden habe, was freilich der Schuldner selbst beantragt und die untere Aufsichtsbehörde verfügt hat, ist nicht zuzugeben. Und da diese Verfügung Interessen Dritter berührt - der provisorische Verlustschein gibt

Seite: 4

dem Gläubiger das Recht zur Anhebung von Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG -, ist sie von Amtes wegen als nichtig aufzuheben. Art. 115 Abs. 1 SchKG setzt, wie dargetan, voraus, dass eine definitive Pfändung in Frage steht, der Zahlungsbefehl also definitiv vollstreckbar geworden ist. Abs. 2 beruht, so wie er lautet, auf der gleichen Grundlage. Der provisorische Verlustschein hat nichts mit provisorischer Pfändung zu tun. Der Pfändungsurkunde kommt solche Wirkung bei, wenn die Pfändung zwar nicht völlig fruchtlos, aber nach der amtlichen Schätzung ungenügend ist, ohne dass dies endgültig feststünde, jedenfalls ohne dass sich der Betrag des Verlustes bereits endgültig beziffern liesse. Dabei ist wie gesagt an eine Pfändung mit definitivem Charakter zu denken. Es liesse sich nicht rechtfertigen, Art. 115 Abs. 2 SchKG auf den Fall einer bloss provisorischen Pfändung auszudehnen. Insbesondere stösst eine dahingehende Ausdehnung der Legitimation zur Anfechtungsklage auf Bedenken. Einmal ist der Schuldner, der die in Betreuung stehende Forderung bestreitet und darüber einen Aberkennungsprozess führt, vor einem derartigen Eingriff des nicht anerkannten Gläubigers in seine rechtsgeschäftlichen Beziehungen zu schützen. Hier hat er sich allerdings nicht darüber beschwert. Vor allem aber ist den Dritten selbst, die vom Schuldner Vermögenswerte empfangen haben, nicht zuzumuten, sich von jemandem, der zwar behauptet, Gläubiger des Zuwendenden zu sein, jedoch mit diesem noch im Prozess über die Forderung steht, mit einer Anfechtungsklage belangen zu lassen. Dass der provisorischen Pfändung, die unter auflösender Bedingung steht, eine solche Wirkung zukommen solle, folgt weder aus dem erörterten Art. 115 SchKG, der vielmehr in beiden Absätzen von definitiver Pfändung ausgeht, noch aus den Art. 83 Abs. 1 und 111 Abs. 3 SchKG, und hinreichende sachliche Gründe zur Gleichstellung der provisorischen mit einer definitiven Pfändung bestehen wie gesagt in dieser Hinsicht nicht.

Seite: 5

Ist somit der Pfändungsurkunde, die der Rekurrent bekommen soll, weder die Wirkung eines definitiven noch auch nur eines provisorischen Verlustscheines beizulegen, so wird sie ihm auch nicht (gemäss Art. 115 Abs. 2 SchKG) als Arrestgrund dienen können (was an und für sich weniger bedenklich wäre).

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen