

werden können, ist nicht einzusehen. Auch in der ordentlichen Betreibung hängt ja die Zuständigkeit zur Durchführung der Betreibung nicht davon ab, daß im Moment des Vollzuges der Pfändung das Objekt sich im betreffenden Betreibungskreise befinde, sondern maßgebend und forumbegründend ist, ohne Rücksicht auf einen spätern Wechsel des Domizils des Schuldners oder des Standortes der Sache, die Pfändungsanzeige. Die nämliche Bedeutung kommt im Arrestverfahren dem Arrestbefehl zu.

3. — Demgegenüber vermag die Argumentation der Vorinstanz nicht aufzukommen. Der Verschiedenheit zwischen der Pfändung und dem Arrest kann ausschlaggebende Bedeutung nicht beigelegt werden, zumal die Vollstreckungsbehörden ja den Arrestbehörden nicht subordiniert, sondern koordiniert sind (vergl. den Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Oktober 1906 i. S. Dreifuß *AS* Sep.-Ausg. 9 Nr. 52*). Die Vorinstanz macht sodann geltend — und hierin ist ihr Hauptargument zu erblicken —, Art. 275 SchKG erkläre wohl die Art. 91—109 auf das Arrestverfahren anwendbar, nicht aber den Art. 89. Damit sei die Vollstreckung eines Arrestes auf dem Requisitionsweg geradezu ausgeschlossen. Abgesehen davon, daß der Hauptinhalt des Art. 89, d. h. die Vorschrift, die Pfändung sei innert drei Tagen nach Empfang des Fortsetzungsbegehrens zu vollziehen, für das Arrestverfahren von vornherein außer Betracht fiel und die Nichterwähnung des Art. 89 sich schon daraus zur Genüge erklären würde, ist zu sagen, daß das Gesetz eben, wie bereits konstatiert, den Normalfall im Auge gehabt und daher unterlassen hat, die Ausnahmefälle besonders zu regeln. Dafür, daß diese Unterlassung eine gewollte war, liegt nach dem Gesagten ein genügender Anhaltspunkt nicht vor, sondern man hat es mit einer wirklichen Lücke zu tun, welche unter Berücksichtigung der praktischen Bedürfnisse im Sinn und Geist des Gesetzes auszufüllen dem Richter obliegt.

4. — Daß nun die praktischen Bedürfnisse eine solche Lösung gebieterisch verlangen, wird von keiner Seite bestritten. Andernfalls hätte es der Schuldner in der Hand, einen von der zuständigen Behörde in gesetzlicher Weise erlassenen Arrestbefehl unwirksam zu machen und müßte der Arrestgläubiger einem ambulanten Schuld-

* Ges.-Ausg. 32 I Nr. 108 S. 727 ff.

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

ner gegenüber in jedem neuen Arrestbezirk, in welchen die zu verarrestierenden Gegenstände verbracht werden, einen neuen Arrestbefehl erwirken und auch so noch Gefahr laufen, überhaupt nie zu einer effektiven Arrestierung zu gelangen, obschon gerade in einem solchen Fall ein wirksames Sicherungsmittel am meisten not tut. Der Umstand, daß der Schuldner, in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseite schafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft, ist denn auch vom Gesetz zum selbständigen Arrestgrund erhoben worden (auf den gestützt der vorliegende Arrest bewilligt worden ist), ein weiterer Beweis dafür, daß man dem gesetzlichen Gedanken und Willen nur durch die Annahme gerecht wird, daß das im Moment des rechtsgültigen Erlasses des Arrestbefehls zum Arrestvollzug zuständige Betreibungsamt seine Zuständigkeit behält, auch wenn vor dem Vollzug die Gegenstände aus dem Betreibungskreis entfernt werden.

Das von der Vorinstanz für die Fälle, wo Gefahr im Verzug liegt, angeregte Verfahren findet dagegen im Gesetz keine Stütze und erweist sich durchaus nicht als geeignet, die von ihr zugegebenen Schwierigkeiten einer andern Lösung zu vermeiden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und damit unter Aufhebung des Borentscheides der vom Betreibungsamt Viel vollzogene Arrest in Kraft erklärt.

60. Entscheid vom 21. Juni 1910 in Sachen Jülicher.

Art. 17 ff. und 265 Abs. 2 und 3 SchKG: Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden, über die Gültigkeit eines Rechtsvorschlages und mithin auch der Einrede des mangelnden neuen Vermögens zu entscheiden. — Art. 230 SchKG: Nichtigkeit eines gestützt auf die bloße Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ausgestellten Verlustscheines.

A. — Über den Rekursgegner Robert Schmidli, Müller in Lenzburg, wurde im Juli 1909 infolge Insolvenzerklärung der Konkurs eröffnet, im August gleichen Jahres dann aber wegen

Mangel an liquidierbarem Vermögen gemäß Art. 230 SchRG wieder eingestellt.

Am 4. April leitete der Rekurrent, Notar Büsscher in Kulm, sodann für eine Forderung von 41 Fr. 95 Cts. gegen Schmidli Betreibung ein. Dieser erhob aber Rechtsvorschlag mit der Begründung, die Forderung habe vor dem Konkurs bestanden und er sei seither zu keinem neuen Vermögen gekommen. Das Betreibungsamt verurkundete diesen Rechtsvorschlag vorschriftsgemäß auf dem für den Gläubiger bestimmten Doppel des Zahlungsbefehles. Der Gläubiger stellte trotzdem nach Ablauf der gesetzlichen Frist das Fortsetzungsbegehren, unter Hinweis darauf, daß die Einrede aus Art. 265 Abs. 2 SchRG auf einen nach Art. 230 eingestellten Konkurs nicht zutreffe. Das Betreibungsamt entsprach dem Begehren am 25. April durch Ausstellung der Pfändungsankündigung und setzte den Schuldner hievon gleichzeitig mittelst folgender Zuschrift in Kenntnis: „Der gemachte Rechtsvorschlag muß als „unbegründet abgewiesen werden, weil der Konkurs mangels Aktiven nicht durchgeführt wurde, es muß demnach dem Fortsetzungsbegehren Folge gegeben werden.“

B. — Infolge Beschwerdeführung durch den Schuldner wurde diese Verfügung vom Gerichtspräsidenten von Lenzburg als unterer Aufsichtsbehörde aufgehoben, von der Erwägung aus, daß der Betreibungsbeamte weder die Pflicht noch auch nur das Recht habe, über die Begründetheit des Rechtsvorschlages eine Untersuchung anzustellen.

Die kantonale Aufsichtsbehörde, an welche der Gläubiger hiegegen rekurierte, bestätigte diesen Entscheid mit folgender Begründung: Obschon der in der Motivierung des Rechtsvorschlages vom Schuldner eingenommene Standpunkt offenbar unrichtig sei, müsse die vom Betreibungsamt getroffene Verfügung aufgehoben werden. Dasselbe habe seiner Zeit den Rechtsvorschlag entgegengenommen, auf dem Zahlungsbefehl verurkundet und diesen dem Gläubiger zugestellt, ohne daß gegen die formelle Gültigkeit des Rechtsvorschlages vom Gläubiger innert Frist Beschwerde geführt worden sei. Damit seien die Funktionen des Betreibungsamtes bezüglich des Rechtsvorschlages erschöpft gewesen. Es habe ihm das Recht nicht zugestanden, denselben auf Begehren des Gläubigers

hinterher als unbegründet abzuweisen und darüber hinweg dem Fortsetzungsbegehren Folge zu geben. Der Rechtsvorschlag könne nur auf gerichtlichem Wege beseitigt werden. Solange dies nicht geschehen sei, könne von einer Fortsetzung der Betreibung nicht die Rede sein.

C. — Diesen Entscheid hat der Rekurrent nunmehr unter Erneuerung seines Begehrens, es sei der Betreibungsbeamte anzuweisen bzw. berechtigt zu erklären, die angeordnete Pfändung gegen Schmidli zu vollziehen, innert Frist ans Bundesgericht weitergezogen. Er führt aus, in der Entgegennahme des Rechtsvorschlages könne eine Verfügung des Betreibungsbeamten, dahingehend, daß er einem eventuellen Fortsetzungsbegehren nicht Folge geben werde, nicht erblickt werden. Es habe daher für ihn kein Anlaß vorgelegen, schon beim Empfang des Rechtsvorschlages Beschwerde zu führen. Die Vorinstanz übersehe sodann, daß es sich in casu gar nicht um die Aufhebung eines Rechtsvorschlages handle, sondern um dessen Gültigkeit. Hierüber hätten aber die Aufsichtsbehörden zu entscheiden und nicht der Zivilrichter.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Die Auffassung der Vorinstanz, daß die streitige Verfügung des Betreibungsamts Lenzburg sich als verspätet erweise, ist unzutreffend. Das Betreibungsamt war laut Art. 74 und 76 SchRG verpflichtet, den Rechtsvorschlag des Schmidli entgegenzunehmen und dem Rekurrenten auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls mitzuteilen, damit dieser danach die nötigen weiteren Anordnungen treffen konnte. Darüber zu entscheiden, ob der Rechtsvorschlag als gültig zu betrachten sei, lag für das Betreibungsamt dagegen ein Anlaß erst dann vor, wenn der Gläubiger die Fortsetzung der Betreibung anbegehrt hatte.

2. — Ebenso wenig kann zweifelhaft sein, daß das Betreibungsamt zuständig war, eine solche Verfügung zu treffen. Konstanter Praxis gemäß liegt der Entscheid über die Gültigkeit eines Rechtsvorschlages — im Gegensatz zu dessen materieller Begründetheit — beim Betreibungsamt, und auf Beschwerde hin bei den Aufsichtsbehörden, und nicht beim Richter (vergl. Jaeger, Komm. Anm. 4 zu Art. 74).

Nun handelt es sich in casu nicht um einen normalen Rechtsvorschlag, d. h. um die Bestreitung der in Betreibung liegenden Forderung selber oder ihrer Vollstreckbarkeit, sondern um die ebenfalls auf dem Wege des Rechtsvorschlages aufzuwerfende Einrede, daß der Schuldner nicht zu neuem Vermögen gekommen sei (Art. 265 Abs. 2 und 3 SchKG), und es fragt sich, ob diese Einrede im vorliegenden Fall überhaupt zulässig sei. Der Betreibungsbeamte hat diese Frage verneint, im Hinblick darauf, daß der im Jahr 1909 über den Schuldner Schmidli eröffnete Konkurs nicht durchgeführt, sondern gemäß Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt worden sei. Diese Auffassung entspricht durchaus der bundesgerichtlichen Praxis (vergl. *US 23 II Nr. 262*), indem es in einem solchen Fall an einer amtlichen Feststellung sowohl der Forderung selber als der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und demgemäß an der Ausstellung eines Verlustscheines fehlt. Und es ist diese Frage auch durchaus nicht materiellrechtlicher Natur. Laut Art. 265 Abs. 3 SchKG hat der Richter nur darüber zu entscheiden, ob der Gemeinschuldner zu neuem Vermögen gekommen sei. Alle andern exekutionsrechtlichen Bestimmungen über die Wirkungen des Verlustscheines mit Bezug auf die weitere Stellung des Gläubigers in der Betreibung sind dagegen der richterlichen Kognition entzogen und fallen in den ausschließlichen Bereich der Kompetenzen der Vollstreckungsbehörden. Diese Lösung ist auch vom praktischen Standpunkt aus die einzig rationelle, indem es durchaus keinen Zweck hätte, den Gläubiger zu verhalten, wegen solcher einfacher exekutionsrechtlicher Fragen einen Prozeß anzustrengen.

3. — Freilich ist nun die streitige betreibungsamtliche Verfügung insofern in formeller Beziehung nicht korrekt, als sie dahin lautet, der vom Schuldner erhobene Rechtsvorschlag müsse als unbegründet abgewiesen werden. Doch ergibt sich aus dem übrigen Inhalt der Verfügung („weil der Konkurs mangels Aktiven „nicht durchgeführt wurde, es muß demnach dem Fortsetzungsbegehren Folge gegeben werden“), in Verbindung mit den Umständen unzweideutig, daß das Betreibungsamt nicht über die materielle Begründetheit des Rechtsvorschlages, d. h. darüber hat entscheiden wollen, ob der Schuldner zu neuem Vermögen gekom-

men sei, sondern lediglich hat konstatieren wollen, daß der Rechtsvorschlag die Betreibung nicht einzustellen vermöge, da der Schuldner zur Anrufung des Art. 265 gar nicht befugt sei.

Dabei handelte es sich im Grunde genommen um eine einfache Feststellung. Die erfolgte Durchführung des Konkurses bildet ein essentielles für die Anwendbarkeit des Art. 265 und mithin für die Gültigkeit der Einrede des mangelnden neuen Vermögens. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist ein hierauf gegründeter Rechtsvorschlag daher nicht nur anfechtbar, sondern überhaupt nichtig und es kann diese Nichtigkeit vom Betreibungsamt jederzeit konstatiert werden. Ist dem aber so, so konnte die Verfügung des Betreibungsamtes Lenzburg a fortiori nicht als verspätet bezeichnet werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und demgemäß unter Aufhebung des Vorentscheides das Betreibungsamt Lenzburg angewiesen, die angeordnete Pfändung gegen Schmidli zu vollziehen.

61. *Entscheid vom 21. Juni 1910 in Sachen* *Firma G. Wullschleger.*

Art. 95 Abs. 3 und 275 SchKG: Voraussetzungen für die Pfändung bzw. Arrestierung von im Drittgewahrsam befindlichen Gegenständen. — Wirkungen der Bezahlung der Wechselsumme an das Betreibungsamt nach erfolgter Abweisung des Rechtsvorschlages.

A. — Mit Zahlungsbefehl vom 12. November 1909 betrieb die Süddeutsche Diskontogesellschaft in Pforzheim den Rekurrenten G. Wullschleger, Möbelfabrik in Zürich III, für einen Betrag von 1121 Fr. 50 Cts. nebst Zins und Kosten gestützt auf einen von Paul Waidele in Waldbuch bei Stuttgart auf Wullschleger gezogenen und von ihm akzeptierten Wechsel. Wullschleger erhob Rechtsvorschlag mit der Begründung, die Diskontogesellschaft sei nicht rechtmäßige Inhaberin des Wechsels, sondern es handle sich nur um ein verstecktes Inkassomandat. Der Wechsel stehe noch