

tenersi come fuori di termine esorbitava dalle competenze della Camera Esecuzioni e Fallimenti e doveva essere decisa dall'Autorità giudiziaria.

B. — È contro questa decisione che Ballinari ricorre al Tribunale federale riproponendo le conclusioni prese davanti l'Autorità cantonale ; —

Considerando in diritto :

La dichiarazione d'incompetenza dell'Autorità cantonale è certamente erronea. L'Ufficio dinanzi al quale viene contestata una rivendicazione a termini dell'art. 107, deve esaminare se la contestazione è avvenuta legalmente e in prima linea entro termine utile. Una contestazione fuori di termine deve riguardarsi come non avvenuta ed è allora applicabile il disposto dell'alinea 3 dell'art. 106 secondo il quale la rivendicazione vale senz'altro come riconosciuta. Tale conseguenza risulta dai termini stessi di legge, senza che occorra al riguardo una decisione giudiziale. L'Ufficio non ha in simili casi da iniziare la procedura dell'art. 107 e se lo fa, il terzo rivendicante ha indubbiamente il diritto di rivolgersi all'Autorità di vigilanza per essere mantenuto nella posizione garantitagli dall'ultimo alinea dell'art. 106, la quale Autorità di vigilanza deve allora esaminare, in luogo e vece dell'Ufficio, se la contestazione è avvenuta o no in tempo utile.

Così anche nel caso concreto e di fronte al rifiuto dell'istanza cantonale di esaminare la questione, dovrebbero gli atti esserle rinviati per un nuovo giudizio.

Un rinvio sarebbe tuttavia superfluo nelle circostanze attuali, il ricorso essendo infondato nel merito. Risulta cioè dagli atti stati richiamati che il rimborso preso sul verbale di pignoramento contenente l'assegno di termine venne staccato dall'Ufficio senza nessun accordo preventivo col creditore. Ora è evidente che quest'ultimo non era in obbligo di pagare a mezzo di rimborso una somma globale, che non gli permetteva di controllare le singole poste, o sportule, delle quali era composta. Se prima o contemporaneamente al distacco del rimborso fosse stata data al creditore un'indicazione dettagliata delle singole poste, avrebbersi potuto discutere sulle

conseguenze di un relativo rifiuto. Ma poichè il Crivelli non ebbe facoltà di verificare prima la somma esposta dall'Ufficio, non può di lui rifiuto considerarsi come ingiustificato e non può di conseguenza l'assegno di termine spiegare i suoi effetti dal giorno dell'invio del rimborso, ma solo dalla data in cui venne effettivamente a cognizione del creditore, vale a dire, nel caso concreto, dal giorno in cui il verbale di pignoramento fu ritirato dal di lui rappresentante ; —

la Camera Esecuzioni e Fallimenti
pronuncia :

Il ricorso è respinto.

**30. Entscheid vom 25. Januar 1912 in Sachen
Peter und Konsorten.**

Art. 14 SchKG : Ueberprüfungsbesugnis des Bundesgerichtes in Beziehung auf die Handhabung der Disziplargewalt. — Art. 241 und 14 SchKG : Befugnis der Aufsichtsbehörden zur disziplinarischen Bestrafung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung.

A. — Mit Beschluß vom 30. Dezember 1911 erklärte das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt den am 10. Mai 1909 über die Parfümerie Franco Suisse Ewald & Cie. in Basel eröffneten Konkurs als geschlossen und machte gemäß Art. 268 Abs. 3 SchKG der kantonalen Aufsichtsbehörde von der langen Dauer der Konkursliquidation Mitteilung. Hierauf gestützt, sowie auf Grund ihrer eigenen Wahrnehmungen und Maßnahmen zur Beschleunigung des Konkurses erteilte die kantonale Aufsichtsbehörde mit Entscheid vom 3. Januar 1912 der ausseramtlichen Konkursverwaltung „wegen der ungewöhnlich langen Dauer der Liquidation“ eine Rüge. Zur Begründung wird ausgeführt, daß besondere Verhältnisse, die eine außergewöhnlich lange Dauer der Liquidation erforderten, nicht vorlagen, insbesondere eine komplizierte und zeitraubende Vermögensverwaltung nicht zu erheben war und daß die Konkursverwaltung demnach die Liquidation in ungehöriger Weise verzögert habe.

B. — Gegen diesen Entscheid haben die drei Mitglieder der Konkursverwaltung innert Frist den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Aufhebung. Sie machen in erster Linie geltend, daß die kantonale Aufsichtsbehörde gesetzlich nicht befugt sei, über die Mitglieder einer außeramtlichen Konkursverwaltung eine Ordnungsstrafe zu verhängen. Das Gesetz lasse solche Maßnahmen nur gegenüber Beamten und Angestellten des Betreibungs- und Konkursamtes zu. Die angefochtene Verfügung sei aber auch materiell ungerechtfertigt, wie des näheren ausgeführt wird. Endlich erblicken die Rekurrenten darin eine Willkür, daß der Konkursverwaltung nicht Gelegenheit gegeben worden sei, die lange Dauer der Liquidation zu begründen, und die Aufsichtsbehörde auch von den Konkursakten nicht Kenntnis genommen habe, bevor sie die angefochtene Verfügung traf.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat Abweisung des Rekurses beantragt und die Richtigkeit sowohl der tatsächlichen Anbringen als der Rechtsauffassung der Rekurrenten bestritten.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Auf den Rekurs kann nur soweit eingetreten werden, als er die grundsätzliche Frage aufwirft, ob die kantonale Aufsichtsbehörde befugt gewesen sei, der außeramtlichen Konkursverwaltung eine Rüge zu erteilen, oder ob sie damit nicht eine ungesetzliche Verfügung getroffen habe. Ob die Rüge tatsächlich begründet sei, entzieht sich der Kognition des Bundesgerichts, weil es sich dabei um eine reine Tat- und Angemessenheitsfrage handelt (vergl. BGE Sep.-Ausg. 8 S. 288 *) und die Handhabung der Disziplinalgewalt den kantonalen Aufsichtsbehörden vorbehalten ist (Sep.-Ausg. 12 S. 334 Erw. 1 und die dortigen Zitate **).

Ferner kann in casu von Willkür nach der bundesgerichtlichen Praxis nicht die Rede sein, da als Rechtsverweigerung im Sinn von Art. 17—19 SchRG nur die Verweigerung der Rechtshilfe zu verstehen ist, wie sie durch das Bundesgesetz geregelt und jedem Bürger gewährleistet ist.

* Ges.-Ausg. 31 I S. 742 Erw. 2. — ** Id. 35 I S. 862 Erw. 1.

2. — Daß die Aufsichtsbehörden befugt sind, eine außeramtliche Konkursverwaltung wegen Unfähigkeit oder Verletzung der ihr anvertrauten Interessen abzusetzen, hat das Bundesgericht schon vor Jahren festgestellt (Sep.-Ausg. 8 Nr. 67 *) und im Entscheid vom 28. Juni 1910 in Sachen Meschini bestätigt. Damit hat das Bundesgericht ausgesprochen, daß die außeramtlichen Konkursverwaltungen nicht ein lediglich privates Mandat der Gläubiger ausüben, sondern daß sie eine öffentliche Stellung bekleiden und einen öffentlichen Auftrag auszuführen haben, für dessen Erfüllung sie auch der Öffentlichkeit gegenüber verantwortlich sind (vergl. Jaeger, Komm. 3. Aufl., Bb. II S. 206 und Blumenstein, Handbuch S. 730 Ziff. 3). Das ergibt sich ferner daraus, daß ihre Entschädigung sich nach öffentlich-rechtlichen Normen bestimmt und daß Art. 241 SchRG, durch den Hinweis auf Art. 13 und 17, ihre Tätigkeit ausdrücklich der Überwachung durch die Aufsichtsbehörden unterstellt und gegen ihre Verfügungen die Beschwerde an die Aufsichtsbehörden öffnet. Die von der Gläubigerversammlung gewählten Konkursverwaltungen haben freilich nicht Beamtencharakter, aber sie üben ein öffentliches Amt aus, ähnlich wie die Vormünder. Auch diese sind, trotzdem sie zweifellos einen öffentlichen Auftrag ausüben und also im weiteren Sinn ein öffentliches Amt bekleiden, doch nicht Beamte (vergl. ZGB 11. Titel, erster Abschn.; 12. Titel, zweiter Abschn.) und können nach Art. 445 ff. leg. cit. von der Vormundschaftsbehörde ihres Amtes enthoben oder mit Buße belegt werden. Sogar die Familienvormundschaft kann laut Art. 366 ZGB jederzeit aufgehoben werden, wenn der (aus Verwandten des Bevormundeten zusammengesetzte) Familienrat seine Pflicht nicht erfüllt oder wenn die Interessen des Bevormundeten es erfordern. Der Einwand, daß die Ausfällung von Disziplinarstrafen ein „dauerndes Verhältnis hierarchischer Unterordnung“ voraussetze (Archiv 3 Nr. 52, Blumenstein, Handbuch S. 731, Leemann, Schweiz. Jur.-Zeitg. 5 S. 113, Heller, Archiv 13 S. 174), geht somit fehl.

3. — Freilich ist Art. 14 SchRG, der die Disziplinarbefugnisse der Aufsichtsbehörden gegenüber den Beamten und Ange-

* Ges.-Ausg. 31 I S. 742 f. Erw. 2.

stellen der Betreibungs- und Konkursämter bestimmt, in Art. 241 nicht ausdrücklich als auf die außeramtlichen Konkursverwaltungen anwendbar zitiert, woraus in Doktrin und Praxis mehrfach geschlossen wurde, die außeramtlichen Konkursverwaltungen seien der Disziplinargewalt der Aufsichtsbehörden absichtlich nicht unterstellt worden (Archiv 3 Nr. 52, Reichel, Komm. Anm. 2 zu Art. 241, Leemann, a. a. O.). Doch ist diese Auffassung, nachdem das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Doktrin die Aufsichtsbehörden zur Absetzung außeramtlicher Konkursverwaltungen zuständig erklärt hat, offenbar nicht mehr haltbar. Sie ist aber auch deshalb abzulehnen, weil Art. 241 SchRG anerkanntermaßen überhaupt sehr mangelhaft abgefaßt ist, indem aus Versehen auch andere Artikel, deren Anwendbarkeit auf die außeramtlichen Konkursverwaltungen außer Frage steht, in Art. 241 nicht erwähnt sind (vergl. Jaeger, Komm. a. a. O. und die dortigen Zitate). In Betracht fallen namentlich die Art. 7 (Verjährung der Schadenersatzklage), 15 (Administrativkompetenzen des Bundesgerichts, von denen in Art. 97 und 98 der Konkursverordnung vom 13. Juli 1911 Gebrauch gemacht wurde), 18 (Rekurs an die obere kantonale Aufsichtsbehörde) und 21 (Wirkung der Begründeterklärung von Beschwerden). Zu Unrecht wurde daher auf dieses äußerliche Argument abgestellt.

4. — Um die Aufsichtsbehörden dennoch in den Stand zu setzen, gegen eine unfähige oder renitente außeramtliche Konkursverwaltung vorzugehen, hat sich der eidgenössische Betreibungsrat seiner Zeit damit beholfen, daß er die Absetzung solcher Verwaltungen als „Ausfluß des allgemeinen Überwachungsrechts der Aufsichtsbehörden nach Art. 13 SchRG, bezw. als Ordnungsmaßregel, die für die richtige Abwicklung der Liquidation sich als unentbehrlich herausstelle“, zuließ (Archiv 3 Nr. 52). Und es hat sich dieser Auffassung auch die Doktrin in ihrer Mehrheit angeschlossen.

Demgegenüber ist mit Jaeger (a. a. O.) zu sagen, daß eine Amtsentsetzung durch die Aufsichtsbehörde wegen Unfähigkeit und vergl. stets disziplinarischen Charakter hat und nicht als etwas anderes, denn als Disziplinarmaßnahme, aufgefaßt und behandelt werden kann. Ob die Amtsentsetzung übrigens als „Disziplinar-

maßnahme“ oder als „Ordnungsmaßregel“ bezeichnet werden will, verschlägt nichts, da diese Ausdrücke sich decken. Wohl aber ist die Absetzung etwas anderes als die bloße Überwachung der Amtsführung, von der Art. 13 SchRG spricht. Letztere gibt der Aufsichtsbehörde das Recht, begangene Amtshandlungen auf ihre Begründetheit oder Angemessenheit nachzuprüfen und sie eventuell aufzuheben oder zu berichtigen. Die Absetzung dagegen ist eine in die Zukunft wirkende Strafmaßnahme und hat demgemäß zum Zweck, weitere Amtshandlungen des von der Strafe Betroffenen zu verunmöglichen. Die Amtsentsetzung ist denn auch in Art. 14 Ziff. 4 ausdrücklich als schwerste „Ordnungsstrafe“ aufgeführt. Und als solche muß sie auch auf die außeramtlichen Konkursverwaltungen Anwendung finden. Denn eine wirksame Beaufsichtigung der Tätigkeit der außeramtlichen Konkursverwaltungen ist nur möglich, wenn dafür gesorgt wird, daß die Verfügungen der Aufsichtsbehörden auch wirklich ausgeführt werden. Zu diesem Zweck schreibt Art. 21 SchRG den Aufsichtsbehörden vor, selber die Vollziehung von Handlungen anzuordnen, die vom Amt unbegründetermaßen verweigert oder verzögert werden. Diese Bestimmung ist nach dem Gesagten auch auf die außeramtlichen Konkursverwaltungen anwendbar (vergl. ferner Blumenstein, Handbuch S. 733 Anm. 43). Um nun aber den Vollzug solcher Maßnahmen zu erzwingen, steht den Aufsichtsbehörden schlechterdings kein anderes Mittel zur Verfügung, als die Ausübung der Disziplinargewalt, wie denn auch Leemann selber zugibt (a. a. O. S. 114), daß die Konstruierung einer Aufsichtsbehörde ohne Disziplinargewalt praktisch nicht befriedige.

5. — Ist somit in der Nichterwähnung des Art. 14 in Art. 241 SchRG eine offenbare Lücke zu erblicken, die vom Richter notwendig im Sinn und Geist des Gesetzes auszufüllen ist, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß nicht nur die Amtsentsetzung, sondern auch die leichteren, in Art. 14 aufgeführten Disziplinarstrafen auf die außeramtlichen Konkursverwaltungen angewendet werden können. Die Amtsentsetzung eignet sich naturgemäß nur für schwere Fälle und es hätte keinen Sinn, die Aufsichtsbehörden zu zwingen, sie eintreten zu lassen, wenn auch eine bloße Rüge oder Buße zum Ziele führt. Die Aufsichtsbehörde des

Kanton Basel-Stadt war also berechtigt, den Rekurrenten wegen der „ungewöhnlich langen Dauer der Liquidation“ eine Rüge zu erteilen, was nach dem Gefagten zur Abweisung des Rekurses führt, ohne daß auf die weitere Frage einzutreten ist, ob die angefochtene Verfügung materiell begründet war oder nicht.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

31. Sentenza 30 gennaio 1912 nella causa Bianchi.

Art. 83 LEeF: Un'azione promossa dal debitore prima della sentenza di rigetto impedisce che il rigetto diventi definitivo soltanto se la questione dell'esistenza o non esistenza del debito è sottoposta al giudice. Che l'azione sia stata introdotta in pari tempo anche da un lite-consorte del debitore, è irrilevante.

Pietro Cremonini spiccava contro Gaetano Bianchi, a Lugano, un precetto esecutivo per la somma di fr. 5000 dipendente da un riconoscimento di debito 30 luglio 1910. L'opposizione sollevata dal debitore contro il precetto esecutivo veniva respinta in appello con sentenza passata ora in cosa giudicata. Non avendo il debitore promossa l'azione in liberazione del debito, a tenor dell'art. 83, Cremonini chiedeva il pignoramento definitivo. L'Ufficio faceva luogo alla domanda e notificava al debitore l'avviso di pignoramento. Ma questi insorgeva con ricorso all'Autorità di vigilanza chiedendo l'annullazione dell'avviso ed allegando in appoggio quanto segue:

Da Gaetano Bianchi, unitamente a suo fratello, venne già prima che fosse iniziata l'esecuzione, intentata azione contro Cremonini in pagamento di una somma di fr. 20 000 a titolo di atto illecito. La causa è attualmente pendente in appello. Nella procedura di rigetto il ricorrente dichiarava che intendeva di compensare il suo credito, oggetto di tale azione, col

credito Cremonini di cui al precetto esecutivo. L'azione pendente costituiva pertanto un'azione in liberazione del credito escusso. Ciò dato il ricorrente non era tenuto di introdurre una nuova azione nei fatali di legge per impedire che da provvisorio il rigetto divenisse definitivo. — Il ricorrente chiedeva in pari tempo la sospensione in via provvisoria dell'esecuzione, la quale domanda non essendo stata accolta, l'Ufficio procedeva al pignoramento.

Con decisione 29 novembre 1911 l'Autorità cantonale respingeva il ricorso, osservando:

Non avendo il Presidente dell'Autorità di vigilanza accolta la domanda provvisoria di sospensione dell'esecuzione e di conseguenza avendo l'Ufficio proceduto al pignoramento, il ricorso è già per tale motivo senza oggetto. Ma lo stesso è anche privo di fondamento. L'azione per danni pendente davanti il Tribunale di Appello venne introdotta da Gaetano e Luigi Bianchi e non solamente da Gaetano Bianchi. Quest'azione tende inoltre a far condannare Cremonini al pagamento di una somma di fr. 20 000 per atto illecito e non ha nessun rapporto coll'esecuzione colla quale si chiede il pagamento di fr. 5000 dipendente da un riconoscimento di debito. Essa non può quindi considerarsi come l'equivalente di un'azione in liberazione di debito, vista la diversità delle parti in causa e dello scopo a cui tende.

È contro questa decisione che Gaetano Bianchi ricorre a questa Camera Esecuzioni e Fallimenti riprendendo le conclusioni e gli argomenti già svolti davanti l'istanza cantonale.

Considerando in diritto:

1° — Non può ammettersi la tesi dell'istanza cantonale che il pignoramento praticato dall'Ufficio in seguito al rigetto della domanda provvisoria tendente ad ottenere la sospensione dell'esecuzione fino a decisione del ricorso lo abbia reso senza oggetto.

Il ricorso era diretto contro l'avviso di pignoramento definitivo. Suo scopo era di far dichiarare che il creditore precedente non era in diritto di chiedere il pignoramento definitivo, perchè non poteva ritenersi che il rigetto dell'opposi-