

berufen könnte, um das letztere als ungültig erklären zu lassen. Wie vielmehr das Bundesgericht bereits in seinem Entscheid in Sachen Buchser (Amtl. Samml., Separatausgabe Bd. IV, Nr. 60*) erkannt hat, vermag der Betriebene (— soweit es sich nur um dessen Interessen handelt —) auf die Geltendmachung des erwähnten Mangels in rechtswirksamer Weise zu verzichten, und darf man einen solchen Verzicht dann als vorhanden ansehen, wenn der Schuldner ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen die betriebene Forderung und das Recht des Gläubigers, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, anerkannt hat und in Übereinstimmung hiermit Exekutionsmaßnahmen, welche die Durchführung der Betreibung bezwecken, ohne Widerspruch über sich hat ergehen lassen. Als für diese Lösung bestimmend und für die Würdigung des einzelnen Falles begleitend muß nach dem genannten Entscheide die Erwägung gelten, daß der Schuldner nicht gegen Treu und Glauben durch eine Verzögerung seiner Einwendungen gegen die Betreibung die gläubigerischen Interessen ungerechtfertigt soll schädigen können.

Nach der gegebenen Sachlage trifft all das aber hier nicht zu. In erster Linie ist zu sagen, daß der Rekurrent selbst nicht zu behaupten wagt, er sei wirklich Gläubiger des Michael Wüst, gegen den er das Verwertungsverfahren richten will; wie sich denn auch aus den Akten ergibt, daß in Wirklichkeit Michael Wüst von einem Dritten als Forderungsansprecher betrieben und diese Betreibung im Pfändungsstadium unrichtigerweise mit der vom Rekurrenten gegen Robert Wüst geführten verbunden worden ist. Die Sache liegt hier so, daß der Betreibende auf Exekutionsmaßnahmen gegen den Betriebenen lediglich aus dem formellen Grunde dringt, weil der Betriebene nun einmal (durch den Pfändungsakt vom 30. April 1904) in den Betreibungsnerus sich einbezogen finde und sich hiegegen nicht rechtzeitig zur Wehre gesetzt habe, wogegen nicht bestritten wird, daß die endgültige Durchführung der Betreibung, weit entfernt das materielle Recht des Betreibenden zur Geltung zu bringen, diesen unrechtmäßiger Weise auf Kosten des Betriebenen bereichern würde. Unter solchen Umständen kann man gerade vom Standpunkte der obigen Aus-

* Ges.-Ausg. XXVII, 1, Nr. 119, S. 607 ff. (Anm. d. Red. f. Publ.)

führungen aus eine Betreibung ohne Zahlungsbefehl nicht als rechtsbeständig für den Betriebenen ansehen. Übrigens ist zu bemerken, daß hier auch der Wille des Betriebenen, trotz mangelnden Zahlungsbefehles sich die Betreibung des Rekurrenten gefallen zu lassen, keineswegs den erforderlichen bestimmten Ausdruck gefunden hat. So figuriert namentlich Michael Wüst in der Pfändungsurkunde als Schuldner nicht etwa des Rekurrenten, sondern eines ihn (Wüst) betreibenden Dritten, und für den von letztem, nicht für den vom Rekurrenten geltend gemachten Forderungsbetrag. Und wenn sodann Wüst auf die Mitteilung des spätern Verwertungsbegehrens vom 25. November 1904 sich still verhielt, so würde man zu weit gehen, wollte man hierin eine nachträgliche Anerkennung der Betreibung erblicken, auch soweit sie sich auf die bisher vom Rekurrenten gegen den Bruder des Wüst geltend gemachte Forderung bezieht. Wüst konnte in der Tat aus der Mitteilung des Verwertungsbegehrens weder über den Betrag, noch über den Grund der fraglichen Forderung etwas entnehmen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

123. Entscheid vom 10. Oktober 1905 in Sachen Frey.

Pfändung von Frauengut für eine Schuld der Ehefrau bei Gütergemeinschaft und Nachlassvertrag des Ehemannes (ursprünglichen Mitschuldners). Eidgenössisches und kantonales Recht, speziell bezüglich der Wirkung eines Nachlassvertrages des Ehemannes auf die Gütergemeinschaft und bezüglich der Frage, ob und inwieweit im Gesamtgut inbegriffene Vermögensstücke der Pfändung für Schulden der Ehefrau unterliegen.

I. Die Eheleute Wilhelm und Dora Rothmüller-Wyler hatten am 2. Oktober 1902 zu Gunsten des Rekurrenten Emil Frey als Gläubigers einen von ihnen beiden als Mitschuldnern unterzeichneten Schuldschein von 5000 Fr. ausgestellt. Am 5. Juli 1905 erhielt ein Nachlassvertrag des Ehemannes Rothmüller, worin eine Di-

vibende von 50 % vorgesehen war, die gerichtliche Bestätigung. Dem Rekurrenten, der dem Nachlaßvertrag nicht zugestimmt hatte, wurde sein auf die genannte Schuldscheinsforderung entfallendes Dividendenbetroffnis am 10. Juli mit 2500 Fr. ausbezahlt, worauf er mit Zahlungsbefehlen Nr. 79,497 und 79,498 vom 13. Juli gegen beide Ehegatten für den restierenden Schuldbetrag samt erlaufenen Zinsen, zusammen 2632 Fr. 82 Cts., beim Betreibungsamt Baselstadt Betreibung anhub. Die gegen den Ehemann gerichtete Betreibung wurde durch Versagung der Rechtsöffnung zum Stillstande gebracht. Für die Betreibung gegen die Ehefrau dagegen erwirkte der Rekurrent am 7. August 1905 vom Dreiergericht die (provisorische) Rechtsöffnung und stellte er folgenden Tages das Fortsetzungsbegehren. Darauf fertigte ihm das Amt eine vom 11. August datierte Pfändungsurkunde aus, worin erklärt wird, daß die Schuldnerin in Gütergemeinschaft lebe und kein eigenes liquidierbares Vermögen besitze und daß die ausgestellte Urkunde als Verlustschein im Sinne von Art. 149 SchRG gelte.

Gegen diese Verfügung führte der Rekurrent Beschwerde mit dem Antrage: es sei das Frauengut der Schuldnerin auszuscheiden und die Pfändung „gemäß Urteil des Dreiergerichtes vom 7. August 1905“ vorzunehmen. Zur Begründung wurde geltend gemacht: die verlangte Ausscheidung und Pfändung des Frauengutes liege im Sinne des erwähnten Rechtsöffnungsentscheides, und daß Frau Rothmüller Vermögen in die Ehe eingebracht habe, ergebe sich schon aus ihrer Anmeldung einer Frauengutsforderung von 20,000 Fr. im Nachlaßverfahren.

II. Die kantonale Aufsichtsbehörde gelangte mit Erkenntnis vom 4. September 1905 von folgenden Erwägungen aus zur Abweisung der Beschwerde:

Eine Exekution von Schulden einer Ehefrau in deren Anteil am Gemeinschaftsvermögen sei nach baselstädtischem Rechte während des Bestehens der Gütergemeinschaft unzulässig. Ein solcher Vermögensanteil werde eben zu Lebzeiten des Mannes erst mit Eintritt der Gütertrennung greifbar. Die Gütertrennung aber trete nicht schon in Folge Nachlaßvertrages des Ehemannes ein, sondern nur bei Konkurs desselben bzw. Anschlußpfändung der

Ehefrau (§ 12 des baselstädtischen Gesetzes über eheliches Güterrecht vom 10. März 1884); daneben erfolgte sie auf Begehren der Frau durch Gerichtsurteil bei Nachweis von erheblicher Vermögensgefährdung (§ 40 des zitierten Gesetzes). Das Recht der Frau, die Gütertrennung zu verlangen — welches unter Umständen speziell auch im Falle einer zum Abschlusse eines Nachlaßvertrages führenden Insolvenz des Ehemannes bestehen möge, — sei ein höchst persönliches Recht und könne deshalb nicht an Stelle der Ehefrau von deren Gläubigern ausgeübt werden. Auch könne nicht der Anspruch der Ehefrau am Gemeinschaftsvermögen bei einer künftigen Lösung der Gütergemeinschaft zum voraus gepfändet und verwertet werden; gegenwärtig existiere ein solcher Anspruch noch nicht, und als künftiger Anspruch auf einen Anteil am Gemeinschaftsvermögen lasse er sich nicht auf die gleiche Linie stellen mit dem Anspruch des Kollektivgesellschafters auf sein Liquidationsbetroffnis, den Art. 569 Abs. 2 OR als mögliches Exekutionsobjekt vorsehe. Der gewöhnliche Weg, die Frauengutsforderung der Exekution für eine Mitverpflichtung der Ehefrau zugänglich zu machen, nämlich die Betreibung des Ehemannes zum Konkurs oder zur Auspfändung — bei welcher die Gütertrennung eintrete — versage hier eben, weil der Ehemann nach Zahlung der Nachlaßquote nichts mehr schulde. Die künftige Gesetzgebung müsse in Bezug auf Fälle vorliegender Art Abhilfe schaffen.

III. Gegen diesen Entscheid hat der Gläubiger Frey innert Frist unter Festhaltung an seinem Beschwerdeantrage die Weiterziehung an das Bundesgericht ergriffen.

Die Vorinstanz hat von Gegenbemerkungen zum Rekurse abgesehen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

Ohne Grund beruft sich der Rekurrent für sein Begehren um Ausscheidung des Frauengutes und Pfändung desselben auf den Rechtsöffnungsentscheid vom 7. August 1905. Dieser will und kann nur feststellen, daß die vom Rekurrenten gegen die Ehefrau Rothmüller in Betreibung gesetzte Forderung exekutionsfähig sei, läßt dagegen die hier relevante, vom Betreibungsamte mit der

Ausstellung des Verlustscheines vom 11. August 1905 verneint Frage unberührt, ob zur Befriedigung der Forderung exekutionsfähiges Vermögen sich bereits vorfinde oder durch vorherige rechtliche Vorkehrungen — die Erwirkung und Durchführung der Gütertrennung — beschafft werden könne. Entsprechendes gilt auch von der, übrigens erst vor Bundesgericht erfolgten Berufung des Rekurrenten auf Art. 303 SchRG, aus dem Rekurrent lediglich folgern kann, daß sein Forderungsrecht gegen Frau Rothmüller trotz des Nachlassvertrages ihres Ehemannes materiell fortbestehe, nicht aber, daß es mit Erfolg durch Pfändung gegen die Ehefrau sich exequieren lasse.

Prüft man im übrigen den Fall und speziell in Bezug auf die rechtliche Würdigung, welche ihm die Vorinstanz hat zuteil werden lassen, so gelangt man unter Verwerfung der gegenteiligen Auffassung des Rekurrenten zu dem Ergebnis, daß in allen Punkten das kantonale Recht maßgebend ist und damit der angefochtene Entscheid einer Abänderung durch die eidgenössische Oberinstanz nicht unterstehen kann.

Das gilt zuvörderst für die der Ausstellung des Verlustscheines zu Grunde liegende Feststellung, daß zwischen den Ehegatten Rothmüller zur Zeit des (als resultatlos erklärten) Pfändungsvollzuges Gütergemeinschaft bestanden habe. Daß dem ohne den vorherigen Nachlassvertrag des Ehemannes so gewesen wäre, ist unbestritten. Ob aber im weiteren das Nachlassvertragsverfahren in irgend einem seiner Stadien direkt oder indirekt zur Folge gehabt habe, die bestehende Gütergemeinschaft zu lockern (— etwa, wie Rekurrent beinebens ausführt, im Sinne der Zulässigkeit wenigstens einer partiellen Ausschcheidung von Frauenvermögen aus dem im übrigen weiterbestehenden Gesamtgut —) oder sie gänzlich zur Auflösung und Liquidation zu bringen, ist eine Frage, deren Regelung das Bundesgesetz dem kantonalen Rechte überläßt: wenn sie auch mit der Ordnung des Nachlassvertrages als eines Teiles des Exekutionsprozesses in Zusammenhang steht, so gehört sie doch ihrem Wesen nach dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes an und muß also bei der Gestaltung desselben ihre Lösung finden.

Das gleiche gilt in Bezug auf den weiteren Punkt, wonach,

unter Annahme des Bestandes der Gütergemeinschaft, zu prüfen ist, ob für den Gläubiger, der eine mit Bewilligung des Ehemannes begründete Schuld der Ehefrau gegenüber dieser eintreiben will, eine rechtliche Möglichkeit gegeben sei, in die angehobene Betreibung Vermögensstücke des Gesamtgutes als Exekutionsobjekte auf irgend eine Weise einzubeziehen: Nur das eheliche Güterrecht kann darüber zu bestimmen haben, in welcher Art und mit welcher rechtlichen Konsistenz das Gesamtgut ein einheitliches Vermögen bildet und inwiefern dieses Vermögen für persönliche Schulden der Frau in Anspruch genommen werden darf, sei es unter Aufrechterhaltung der Vermögenseinheit (des Gütergemeinschaftsverhältnisses), sei es unter Beseitigung derselben auf dem Wege der Gütertrennung und darauffolgender Exekution in den der Frau zufallenden Anteil am Gemeinschaftsvermögen bezw. in diesem Anteil angehörige Vermögensstücke. Würde der Bundesgesetzgeber, auf seine Kompetenzen betreibungsrechtlicher Natur sich stützend, darüber Vorschriften aufstellen, ob und unter welchen Umständen im Gesamtgut enthaltene Vermögensobjekte der Pfändung für Schulden der Ehefrau unterliegen, so käme dies notwendig auf eine in gewissem Umfange erfolgende materielle Regelung des ehelichen Güterrechtes im betreffenden Kanton hinaus. Nun fehlt es aber an Anhaltspunkten dafür, daß der Gesetzgeber bei der Vereinheitlichung des Betreibungs- und Konkursprozesses und im Interesse der Gleichmäßigkeit des Verfahrens (was die Exekutionsfähigkeit von Ehegut anbelangt) in der genannten Weise den Geltungsbereich des eidgenössischen auf Kosten des kantonalen Rechtes habe ausdehnen wollen, wie er es freilich vorher speziell in Bezug auf die Handels- und Gewerbefrau durch Art. 35 Abs. 2 Nr. 2 getan hat. Nach all dem kommt somit eine Verletzung von Bundesrecht nicht in Frage, wenn im vorwürfigen Punkte die Vorinstanz von der — allerdings nicht bestimmt ausgesprochenen — Voraussetzung ausgeht, daß für die in Betreibung gesetzte Schuld der Frau Rothmüller nicht aus dem vorhandenen Gesamtgute als solchem, unter Aufrechterhaltung des Gütergemeinschaftsverhältnisses, Befriedigung verlangt werden könne, und zwar weder auf dem Wege einer gegen die Ehefrau selbst als Betriebene sich richtenden Betreibung (wie sie hier in

Frage steht), noch auf dem Wege einer Betreibung gegen den Ehemann als verfügungsberechtigten Verwalter des Gesamtgutes (welche Eventualität übrigens für die vorinstanzliche Entscheidung nicht von aktueller Bedeutung war). Und ebenfalls fällt eine solche Verletzung eidgenössischen Rechtes insoweit außer Betracht, als die Vorinstanz dies nähern ausführt, daß für den Rekurrenten als betreibenden Gläubiger auch kein Mittel sich finde, um die vorhandene Gütergemeinschaft zur Auflösung zu bringen und sich aus dem der Ehefrau Rothmüller zugeschiedenen Anteile Befriedigung zu verschaffen und daß speziell ein allfälliges Recht der Ehefrau auf Gütertrennung, weil rein persönlicher Natur, nicht von ihrem Gläubiger ausgeübt werden könne.

Die letzte Möglichkeit endlich, um unter den gegebenen Umständen zu einer Exekution im Vermögen zu gelangen, wäre die Pfändung des allfälligen Rechtes der Ehefrau Rothmüller auf Zuschreibung ihres Vermögensanteiles im Falle später erfolgter Auflösung der Gütergemeinschaft. Die Frage nach dem Bestande eines solchen Rechtes und dessen Natur entscheidet sich nun aber wiederum einzig nach dem kantonalen Ehegüterrechte. Dies kann also, wie nach den vorinstanzlichen Ausführungen hier der Fall, dem genannten Recht den Charakter verleihen, daß es erst mit der Auflösung der Gütergemeinschaft zur Entstehung gelangt und bis dahin als bloß zukünftiges (als bloße spes) nicht Gegenstand einer Exekution zu bilden vermag. Auch in dieser Beziehung ist die Frage der Exekutionsfähigkeit eine solche nicht der eidgenössischen, sondern der kantonalen Gesetzgebung.

Mit dem gesagten erweist sich der angefochtene Entscheid als nicht gesetzwidrig im Sinne des Art. 19 SchRG und ist somit der Rekurs zu verwerfen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

124. Entscheid vom 19. Oktober 1905 in Sachen C. Kayser & Cie. und Genossen.

Verteilung im Konkurse: Verteilung des Prozessgewinnes nach Art. 260, Abs. 2 SchKG bei einer Streitgenossenschaft. Eidgenössisches und kantonales (Civilprozessrecht-) Recht.

I. Im Konkurse der Firma von Arx & Sohn in Zofingen ließen sich eine Anzahl Gläubiger einen Anfechtungsanspruch gegen die Spar- und Leihkasse Zofingen nach Art. 260 SchKG abtreten. Die meisten dieser Gläubiger, nämlich die heutigen Rekurrenten C. Kayser & Cie. und Mithaste, einigten sich darauf dahin, den Anfechtungsprozeß gegen die Spar- und Leihkasse zusammen als Streitgenossen durchzuführen und den Rekurrenten Dr. Hauri als ihren Anwalt zu bestellen, wobei ein eventueller Nettogewinn des Prozesses unter die Streitgenossen pro rata gemäß Kollokationsplan zu verteilen sei. Nachdem die Anfechtungskläger obgesiegt hatten, stellte das Konkursamt in Bezug auf den sich ergebenden Prozeßgewinn eine separate Verteilungsliste auf, worin es jedem Anfechtungskläger besonders das auf ihn entfallende Verteilungsbetreffnis zuwies. Diese Verteilungsliste erwuchs nach erfolgter Auflegung unangefochten in Rechtskraft. Darauf wandten sich zwei der Anfechtungskläger, H. Baumer und D. von Arx, mit dem Begehren an das Amt, es möge die ihnen zukommenden Verteilungsbetreffnisse der Spar- und Leihkasse Zofingen auszahlen. Diesem Begehren widersetzte sich Fürsprech Dr. Hauri, indem er verlangte, daß die Auszahlung der fraglichen Betreffnisse an ihn als Vertreter der Streitgenossenschaft im Anfechtungsprozesse zu erfolgen habe. Das Konkursamt verfügte am 9. Juni 1905 im Sinne der Gläubiger Baumer und von Arx.

II. Hiegegen führten die übrigen Streitgenossen im erledigten Prozesse, C. Kayser & Cie. und Mithaste und mit ihnen Dr. Hauri Beschwerde, wurden aber von beiden kantonalen Instanzen abgewiesen.

Den am 22. August 1905 ergangenen Entscheid der obern