

« Dans ces conditions, écrivait la Régie dans sa réponse du 27 septembre 1949 à la requête de la Compagnie viticole de Cortaillod, nous ne pouvons vous délivrer l'autorisation de distiller que vous sollicitez qu'à la condition que vous nous remettiez en gage l'eau-de-vie en garantie du paiement de l'impôt ». C'est donc pour sauver un actif invendable et qui aurait perdu toute valeur vénale si elle n'avait pas obtenu l'autorisation de distiller que la Compagnie viticole de Cortaillod a dû donner en nantissement le produit de distillation. Comme elle ne disposait, dans la situation fort précaire où elle était alors, ni d'espèces ni d'autres sûretés pouvant garantir à la Régie le paiement de ces droits futurs, le nantissement du produit de la distillation était la seule solution possible ; et l'on peut donc dire que, dans ces circonstances, la constitution du gage était une mesure conservatoire prise dans l'intérêt des créanciers.

En l'occurrence, l'attitude du recourant est contraire aux règles de la bonne foi. Il fait valoir en effet dans ce procès les droits de la masse en faillite. Or celle-ci s'est trouvée enrichie de la valeur des produits distillés et n'en aurait certainement pas profité sans la constitution de gage. La masse a donc tiré un bénéfice direct de l'opération que le recourant attaque. Elle aurait subi un dommage certain si cette opération n'avait pas été effectuée.

A. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Poursuite et Faillite.

ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER

ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES ET DES FAILLITES

14. Entscheid vom 9. Mai 1951 i. S. Fehr.

Für *Beiträge*, die dem einen Ehegatten gegenüber dem andern nicht durch Richterspruch oder eine vom Richter genehmigte Vereinbarung, sondern durch eine rein private Abmachung auferlegt worden sind, ist die *Zwangsvollstreckung* nicht ohne Beschränkung, sondern nur unter den besondern Voraussetzungen von Art. 174/175 ZGB zulässig. Art. 173 Abs. 1 und 176 Abs. 2 ZGB. (Änderung der Rechtsprechung.)

En ce qui concerne les *contributions* qui ont été mises à la charge d'un époux en faveur de l'autre, non pas par un jugement ou une convention homologuée par le juge, mais par un accord purement privé, l'*exécution forcée* n'est possible qu'aux conditions spéciales prévues par les art. 174 et 175 CC. Art. 173 al. 1 et 176 al. 2 CC (changement de jurisprudence).

Per quanto concerne i *contributi* dovuti da un coniuge all'altro, non in base ad una sentenza o convenzione omologata dal giudice, ma in base ad un accordo privato, l'*esecuzione forzata* è possibile soltanto se ricorrono le condizioni speciali previste dagli art. 174 e 175 CC. Art. 173 ep. 1 e 176 ep. 2 CC. (Cambiamento di giurisprudenza.)

Nachdem der Ehemann auf Scheidung geklagt hatte, vereinbarten die Parteien u. a., der Ehemann habe während der Prozessdauer als Unterhaltsbeitrag für Frau und Kinder monatlich Fr. 400.— zu bezahlen. Mit Schreiben vom 3. Juni 1949 bestätigte der Anwalt des Mannes dem Anwalte der Frau diese mündlich getroffene Vereinbarung. Eine richterliche Verfügung im Sinne von Art. 145 ZGB erging nicht.

Unter Berufung auf eine Veränderung der Verhältnisse zahlte der Ehemann ab Juni 1950 statt Fr. 400.— nur noch Fr. 300.— pro Monat. Die Ehefrau gab sich für den Monat Juni mit dem herabgesetzten Beitrag zufrieden, forderte dagegen Ende August 1950 mit Zahlungsbefehl Nr. 848 für die Monate Juli und August je Fr. 100.— nach. Der Ehemann erhob Rechtsvorschlag und leitete, nachdem die Rekurskommission des thurgauischen Obergerichtes der Ehefrau am 4. Dezember 1950 provisorische Rechtsöffnung erteilt hatte, Aberkennungsklage ein, die heute noch hängig ist.

Mit Zahlungsbefehl Nr. 1719 vom 3. Januar 1951 betrieb die Ehefrau den Ehemann auf Nachzahlung von je Fr. 100.— für die Monate September 1950 bis und mit Januar 1951. Der Betriebene schlug Recht vor und führte ausserdem Beschwerde mit dem Antrag, die Betreibung Nr. 1719 sei aufzuheben, weil sie das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten (Art. 173 Abs. 1 ZGB) verletze und deshalb nichtig sei. Die untere Aufsichtsbehörde hiess die Beschwerde gut. Die kantonale Aufsichtsbehörde hat sie dagegen mit Entscheid vom 20. März 1951 abgewiesen.

Hiegegen rekurriert der (heute rechtskräftig geschiedene) Ehemann an das Bundesgericht.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

In BGE 70 III 80 hat das Bundesgericht erklärt, Unterhaltsbeiträge, die ein Ehegatte dem andern auf Grund einer freien Vereinbarung schuldet, seien während der Ehe in gleicher Weise vollstreckbar wie die durch den Richter auferlegten Beiträge, von denen Art. 176 Abs. 2 ZGB spricht. Es hielt also dafür, diese Bestimmung sei auf die vertraglich festgesetzten Unterhaltsbeiträge analog anwendbar. An dieser Auffassung kann bei neuer Prüfung der Frage nicht festgehalten werden.

Art. 173 Abs. 1 ZGB bestimmt, während der Ehe sei

unter den Ehegatten die Zwangsvollstreckung bezüglich ihrer Ansprüche nur in den vom Gesetze bezeichneten Fällen zulässig. In welchen Fällen die Ansprüche des einen Gatten gegen den andern ohne Beschränkung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden können, wird in Art. 176 ZGB gesagt. Diese Vorschrift spricht nur von der Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung (Abs. 1) und von den Beiträgen, die dem einen Ehegatten gegenüber dem andern durch den Richter auferlegt worden sind (Abs. 2), nicht auch von der Durchführung der während der Ehe durch Ehevertrag begründeten Gütertrennung bzw. von den Beiträgen, die die Ehegatten auf Grund von Art. 177 Abs. 1 (vgl. auch Art. 246 Abs. 2) vereinbart haben. Daraus ist im Hinblick auf Art. 173 Abs. 1 zu schliessen, dass die Zwangsvollstreckung zur Durchführung der vertraglichen Gütertrennung und für vertraglich festgesetzte Beiträge nicht unbeschränkt, sondern nur unter den besondern Voraussetzungen von Art. 174/175 ZGB zulässig ist. Mit Bezug auf die vertragliche Gütertrennung hat das Bundesgericht dies schon in BGE 42 III 351 ausgesprochen.

Art. 176 Abs. 2 auf die vertraglich festgesetzten Beiträge analog anzuwenden, wäre höchstens dann erlaubt, wenn anzunehmen wäre, es beruhe lediglich auf einem Versehen, dass Art. 176 nicht auch von Beiträgen dieser Art spricht (vgl. BGE 40 III 9). Hievon kann jedoch nicht die Rede sein.

a) In den Erläuterungen zum Vorentwurfe von 1900 (1. Ausg., 1. Heft, S. 151; 2. Ausg., 1. Bd., S. 163) wird mit Bezug auf den (mit Art. 176 ZGB im wesentlichen übereinstimmenden) Art. 199 VE ausgeführt, zum Schutze des einen Ehegatten gegen den andern müsse die Zwangsvollstreckung da gestattet werden, « wo ohne sie die vom Gesetze vorgesehenen anderweitigen Sicherungsmassregeln zu keinen brauchbaren Ergebnissen führen könnten ». Diese Voraussetzung ist wie bei der gesetzlichen und gerichtlichen Gütertrennung so auch bei der Regelung der Beitragspflicht

durch den Richter erfüllt, nicht dagegen bei einer freien Vereinbarung über die Leistung von Beiträgen, da eine derartige Vereinbarung nicht eine vom Gesetz vorgesehene Sicherungsmassregel darstellt. Das legt den Schluss nahe, dass das Gesetz in Art. 176 Abs. 2 absichtlich nur die durch den Richter auferlegten Beiträge erwähnt. Für die Absicht des Gesetzgebers, die Zwangsvollstreckung nur für solche Beiträge unbeschränkt zuzulassen, die ein Gatte dem andern gemäss Richterspruch schuldet, spricht ausserdem die Tatsache, dass dem Antrag auf Streichung der Worte « en vertu de décisions judiciaires », den MENTHA in der Expertenkommission zu Art. 199 VE stellte, nicht Folge gegeben wurde (Protokoll der Expertenkommission, Ausg. Kümmerly & Frey, Bd. I und II S. 219 f.).

b) Werden vertraglich zugesicherte Unterhaltsbeiträge nicht freiwillig geleistet, so kann der Gatte, dem sie geschuldet werden, beim Eheschutzrichter oder, wenn die Scheidungsklage hängig ist, beim Scheidungsrichter das Gesuch um gerichtliche Regelung der Unterhaltspflicht stellen. Der Richter wird diesem Gesuch entsprechen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen erfüllt sind. Musste der unterhaltsberechtigten Gatte, dem nicht zugemutet werden kann, im Falle der Säumnis des Unterhaltspflichtigen sofort an den Richter zu gelangen, wegen des Ausbleibens der ihm versprochenen Leistungen Schulden eingehen, so kann der Richter diesem Umstande wohl dadurch Rechnung tragen, dass er die künftig zu zahlenden Beiträge entsprechend höher bemisst, ja es kann sich fragen, ob ihm im Falle der Nichtbezahlung vertraglich zugesicherter Beiträge in Abweichung von dem in BGE 52 II 330 aufgestellten Grundsatz gestattet werden muss, die Unterhaltspflicht nicht erst mit Wirkung von der Einleitung des gerichtlichen Verfahrens an zu regeln, sondern seine Verfügung schon von einem etwas weiter zurückliegenden Zeitpunkte an wirken zu lassen (vgl. das Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. September 1950 i. S. Hintermann, wo eine Willkür-

beschwerde gegen die rückwirkende Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen u. a. mit der Begründung abgewiesen wurde, es lasse sich die Meinung vertreten, dass der im eben erwähnten Präjudiz ausgesprochene Grundsatz in dem Sinne gemildert werden sollte, dass die Beitragspflicht auf eine kurze vor der Anrufung des Richters liegende Zeitspanne ausgedehnt wird, um den Parteien die Möglichkeit zu verschaffen, ohne Beeinträchtigung der Ansprüche der Ehefrau zunächst eine aussergerichtliche Regelung zu suchen). Auf Grund der Verfügung des Richters kann der unterhaltsberechtigte Gatte den andern gemäss Art. 176 Abs. 2 ohne Beschränkung betreiben. Durch Anweisungen an die Schuldner im Sinne von Art. 171 ZGB kann im übrigen der Richter die Ehefrau unter Umständen von der Notwendigkeit befreien, die ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträge auf dem Wege der Zwangsvollstreckung geltend zu machen. Das Gesetz bietet also dem Gatten, dem die ihm versprochenen Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt werden, hinreichenden Schutz, auch wenn angenommen wird, die Zwangsvollstreckung für Beiträge sei nur im engen Rahmen von Art. 174/175 ZGB zulässig, solange diese nicht durch Richterspruch, sondern nur durch eine private Vereinbarung festgesetzt sind. Selbst wenn aus der Entstehungsgeschichte von Art. 176 Abs. 2 ZGB nicht hervorgehe, dass diese Bestimmung absichtlich nur die richterlich auferlegten Beiträge erwähnt, könnte daher nicht gesagt werden, die Nichterwähnung der vertraglich zugesicherten Beiträge müsse einem Versehen zugeschrieben werden, weil der Gläubiger solcher Beiträge ohne die Möglichkeit, sie selbständig einzutreiben, bei Säumnis des Unterhaltspflichtigen in eine unhaltbare Lage käme.

c) Ein solcher Schluss liesse sich um so weniger rechtfertigen, als die Schaffung der Möglichkeit, vertraglich zugesicherte Unterhaltsbeiträge ohne Beschränkung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung geltend zu machen, für den Gläubiger solcher Beiträge von zweifelhaftem Werte wäre. Es wäre damit zu rechnen, dass der für solche

Beiträge betriebene Schuldner Rechtsvorschlag erheben würde. Der Gläubiger müsste dann gemäss Art. 79 SchKG den ordentlichen Prozessweg betreten. Beim Vorliegen einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG könnte er statt dessen provisorische Rechtsöffnung verlangen, worauf der Schuldner die Aberkennungsklage anstrengen könnte. Vor Erledigung dieser Verfahren, die sich unter Umständen schwierig gestalten und längere Zeit beanspruchen würden, liesse sich die Betreibung nicht zu Ende führen. Der Gläubiger käme also in vielen Fällen (wenn überhaupt) nur mit grosser Verspätung zu seinem Gelde. Lässt er die Beiträge dagegen im Eheschutz- oder Scheidungsverfahren durch den Richter festsetzen, sei es auch erst, nachdem der Schuldner in Verzug gekommen ist, so gelangt er in der Regel rascher zum Ziele. Auf Grund der richterlichen Verfügung kann er nötigenfalls definitive Rechtsöffnung erwirken.

d) Können Beitragsforderungen unter Ehegatten nur auf Grund eines Richterspruchs unbeschränkt in Betreibung gesetzt werden, so ist zudem die Gefahr von Missbräuchen weit geringer, als wenn es möglich wäre, solche Forderungen schon auf Grund einer blossen Parteivereinbarung einzutreiben. Anhand der Verfügung des Richters, die dem Betreibungsamte vorzulegen ist (vgl. BGE 40 III 11 oben), kann dieses meist ohne weiteres zuverlässig feststellen, ob die Forderung, die der Gläubiger in Betreibung setzen will, wirklich Beiträge im Sinne von Art. 176 Abs. 2 (Beiträge an den Unterhalt oder an andere nicht aufschiebbarer Auslagen) oder aber andere Leistungen zum Gegenstande hat. Die Frage, ob eine Parteivereinbarung vorliege, die die Pflicht zur Leistung solcher Beiträge statuiert, könnte dagegen vom Betreibungsamte höchstens summarisch geprüft werden. Wäre nicht von vornherein klar, dass keine Beitragsforderung vorliegt, müsste es den Zahlungsbefehl zustellen. Dem Schuldner bliebe dann die Möglichkeit, Beschwerde zu führen. Der Zweck der — zum Schutz der Ehe aufgestellten — Vorschriften von Art. 173

ff. ZGB verlangt aber, dass dort, wo die Voraussetzungen von Art. 176 nicht erfüllt sind, schon die Zustellung des Zahlungsbefehls unterbleibt, und dass die Verfügung darüber, ob eine Betreibung unter Ehegatten zur Durchführung gelangen kann, nicht einfach den Beteiligten überantwortet wird. Diese Erwägungen bestätigen, dass der Ausschluss der unbeschränkten Zwangsvollstreckung für vertraglich zugesicherte Beiträge keineswegs jeder sachlichen Begründung entbehrt, und dass es somit nicht auf ein Versehen zurückgeführt werden darf, wenn Art. 176 Abs. 2 ZGB nur von den richterlich auferlegten Beiträgen spricht.

Diese Bestimmung auf bloss vertraglich festgesetzte Beiträge analog anzuwenden, ist nach alledem nicht statthaft.

Da die angefochtene Betreibung unstreitig während der Ehe für Beiträge angehoben worden ist, die dem Rekurrenten nicht durch richterlichen Entscheid oder (was gleichbedeutend wäre) durch eine vom Richter genehmigte Vereinbarung auferlegt, sondern der Ehefrau durch eine rein private Abmachung zugesichert worden sind, ist diese Betreibung also gesetzwidrig, und zwar verstösst sie gegen zwingendes Recht (vgl. BGE 63 III 142 f.). Sie ist daher als nichtig aufzuheben.

Der Umstand, dass die Ehe der Parteien heute geschieden ist, vermag den Mangel, der der streitigen, während der Ehe eingeleiteten Betreibung anhaftet, nicht zu beheben, sondern hat nur zur Folge, dass einer neuen Betreibung das Verbot von Art. 173 ZGB nicht entgegengehalten werden könnte.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird dahin gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid und die Betreibung Nr. 1719 aufgehoben werden.