

pignoramento. Ne segue che per un credito dipendente da un attestato di carenza di beni fallimentare la quota dello stipendio del debitore, che il giudice ha riconosciuta come nuovo bene a' sensi dell'art. 265 cp. 2 LEF, respingendo l'eccezione di mancato ritorno a migliore fortuna, può essere pignorata nella stessa esecuzione soltanto per un anno.

Sorge però il quesito se la soluzione debba essere diversa quando il debitore, escusso in virtù d'un attestato di carenza di beni fallimentare, ometta di contestare il suo ritorno a migliore fortuna e, dato l'insufficiente ricavo del pignoramento, sia di nuovo escusso in base ad un secondo attestato di carenza di beni.

La risposta dev'essere negativa. Come fu sopra rilevato, il secondo attestato sostituisce il primo in ogni suo effetto e non muta quindi la speciale posizione giuridica che il primo ha conferita al creditore. L'omessa contestazione del ritorno a migliore fortuna rende possibile di pignorare nella prima esecuzione anche quei beni che non sono nuovi a' sensi dell'art. 265 cp. 2 LEF, ma non conferisce al secondo attestato di carenza di beni le caratteristiche proprie ad un attestato rilasciato in seguito a pignoramento infruttuoso.

Si devono pertanto rivedere le norme sancite dalla sentenza Wunderlin del 12 settembre 1930 (RU 56 III 138), in cui il Tribunale federale, pur riconoscendo che, in linea di massima, l'omessa contestazione del ritorno a migliore fortuna non dà al secondo attestato di carenza di beni un carattere diverso da quello del primo (tant'è vero che deve portare la menzione di consecutivo ad un attestato di carenza di beni fallimentare), non ha però tratto da questo principio tutte le conseguenze logiche, inquantochè ha ammesso che il secondo attestato conferisce al creditore il diritto previsto dall'art. 149 cp. 3 LEF, mettendo così il debitore nell'impossibilità di sollevare, nei sei mesi dopo il rilascio del secondo attestato, l'eccezione di non possedere nuovi beni.

In concreto non è contestato che tutti i crediti in escus-

sione poggiano su un attestato di carenza di beni consecutivo ad un attestato di carenza di beni fallimentare e che per ciascun credito è stato domandato il proseguimento dell'esecuzione a' sensi dell'art. 149 cp. 8 LEF. Per le ragioni suesposte l'ufficio doveva rifiutare di dar corso a questa domanda.

2. — Come l'Autorità cantonale di vigilanza rileva, nel fattispecie le esecuzioni 74265 e 56411 promosse dalla ditta Achille Frigerio e Co concernono lo stesso, identico credito.

Formalmente si è però in presenza di due esecuzioni distinte, cosicchè l'Ufficio di Locarno rilascerà alla creditrice, in sostituzione di quelli in atti, due attestati di carenza di beni, su ciascuno dei quali figurerà la stessa somma corrispondente allo scoperto effettivo del credito. Qualora la ditta Achille Frigerio e Co continuasse a valersi contemporaneamente di questi due attestati, il debitore potrebbe insorgere mediante opposizione.

La Camera esecuzioni e fallimenti pronuncia :

Il ricorso è ammesso. Di conseguenza è annullato il pignoramento effettuato il 17 luglio 1943 dall'Ufficio di Locarno nelle esecuzioni 65224, 74265, 56411, 72011 e 72022.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

24. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Dezember 1943 i. S. Lehle gegen Strickler.

Aberkennung einer Verlustscheinsforderung.
Der Pfändungsverlustschein schafft keine Vermutung für den Bestand der Forderung; er ist nur ein Indiz hierfür. Änderung der Rechtsprechung.

Demande en libération de dette fondée sur un acte de défaut de biens délivré après saisie. Cet acte ne fait pas présumer l'existence de la créance, il n'en est qu'un indice. Changement de jurisprudence.

L'attestato di carenza di beni rilasciato in seguito a pignoramento infruttuoso non crea la presunzione dell'esistenza del credito, ma costituisce solo un indizio. Cambiamento di giurisprudenza.

A. — Am 31. Oktober 1902 stellte das Betreibungsamt Zürich 3, II. Abteilung, in der Betreuung Nr. 1827 des G. Strickler gegen Robert Lehle einen Pfändungsverlustschein über Fr. 12,667.60 aus, auf dem der für « Forderungstitel nebst Datum oder Grund der Forderung » bestimmte Platz keine Bemerkung enthält. Die Betreibungsakten aus dem Jahre 1902 sind nicht mehr vorhanden.

B. — Mit diesem Verlustschein erwirkte sich der Erbe Kaspar Jakob Strickler in der Betreuung Nr. 6825 des Betreibungsamtes Zürich 3 am 23. Juni 1942 die provisorische Rechtsöffnung, worauf Lehle auf Aberkennung der Forderung klagte, indem er behauptet, G. Strickler nichts geschuldet zu haben. Wohl habe er mit diesem näher bezeichnete Geschäfte abgeschlossen, doch habe er dafür nie Geld erhalten und sei auch aus Garantiepflcht nichts schuldig geworden. Der Beklagte bestreitet, dass die Verlustscheinsforderung aus den vom Kläger angeführten Geschäften entstanden sei. Richtig sei, dass der heutige Beklagte nicht wisse, worauf der Verlustschein beruhe.

C. — Das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht haben die Klage mit Urteilen vom 27. Januar und 2. Juni 1943 abgewiesen, weil es dem Kläger nicht gelungen sei, die durch den Verlustschein für den Bestand der Forderung geschaffene Vermutung zu entkräften.

D. — Hiegegen reichte der Kläger Berufung ans Bundesgericht ein mit dem Antrag, die Klage sei zu schützen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nach feststehender Praxis bewirkt die Parteirollenvertauschung im Aberkennungsprozesse keine Umkehrung der Beweislast ; es hat nicht der Aberkennungskläger den Nichtbestand, sondern der Aberkennungsbeklagte den Bestand der Forderung zu beweisen. Dieser Beweispflicht glaubt der Beklagte mit Vorlegen des Verlustschesines zu genügen. Er beruft sich dabei auf BGE 26 II 485 ff., E. 3, wo dem Pfändungsverlustschein gemäss Art. 146 SchKG qualifizierte Beweiskraft beigegeben wurde, so dass es

Aufgabe des Schuldners wäre, die durch den Verlustschein geschaffene Vermutung zu beseitigen.

a) Die in diesem Präjudiz vertretene Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden. Wie auch es anerkennt, ist der Pfändungsverlustschein bloss die amtliche Bescheinigung darüber, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren beim Schuldner keine oder keine vollständige Deckung der Forderung erzielt werden konnte (ebenso BGE 52 III 131, E. 3). Der Schuldner gibt bei der Ausstellung des Verlustschesines, bei der er gar nicht mitwirkt, keine auf das materielle Rechtsverhältnis bezügliche Willenserklärung ab. Die Ausstellung des Verlustschesines bewirkt deshalb keine Neuerung im Sinne des Art. 116 OR und schafft auch keinen neuen Schuldgrund, der neben dem alten ein selbständiges Klagefundament abgeben würde. Um dem Verlustschein weitere Wirkungen beimessen zu können, bedarf es positiver Gesetzesvorschriften. Diese erschöpfen sich, wenn man von den betreibungsrechtlichen Folgen absieht, darin, dass die Forderung unverjährbar und unverzinslich wird (Art. 149 Abs. 4 und 5 SchKG). Allerdings braucht das Gesetz die Wendung, der Verlustschein gelte als Schuldanerkennung, fügt aber bei, als Schuldanerkennung « im Sinne des Art. 82 », d. h. als provisorischer Rechtsöffnungstitel (BGE 52 III 131 ; 26 II 486/7). Wäre er eine materielle Schuldanerkennung, so käme ihm nicht nur im Rechtsöffnungsverfahren, sondern in jedem Prozesse erhöhte Bedeutung zu. Diese Wirkung verleiht aber das Gesetz dem Verlustschein nicht ; es beschränkt sie ausdrücklich auf Art. 82 SchKG. Da im Aberkennungsprozesse wie bei einer ordentlichen Zivilklage der materielle Bestand der Forderung geprüft wird, die Parteien sich in die Sache einlassen müssen, wäre es schwer verständlich, wenn einer Urkunde wie dem Pfändungsverlustschein, der selber kein Rechtstitel ist und auch keine Erklärung des Schuldners über die Existenz der Forderung enthält, qualifizierte Beweiskraft beigegeben würde. — Die in BGE 26 II 488 enthaltene Verweisung auf Art. 86 SchKG ist nicht

durchschlagend, weil der Schuldner durch Rückforderung des bereits bezahlten Betrages die fordernde Partei wird, die nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB den Nichtbestand der Forderung zu beweisen hat, aus der sie ihren Rückforderungsanspruch ableitet; im Aberkennungsprozesse stützt hingegen der Gläubiger seinen Anspruch auf den Bestand der Forderung.

b) Damit ist aber nicht gesagt, dass der Pfändungsverlustschein überhaupt keine Beweiskraft besitzt. Er verurkundet, dass der Schuldner in einer früheren Betreibung keinen Rechtsvorschlag erhoben hat, oder dass dieser durch Rechtsöffnung oder Urteil beseitigt wurde. In diesem Sinne ist der Verlustschein zwar kein direkter Beweis, aber ein *Indiz* für den Bestand der Forderung, dem der Richter dann entscheidende Bedeutung beimessen wird, wenn sich der Gläubiger infolge eines langen Zeitablaufes oder ähnlicher Gründe in die Unmöglichkeit versetzt sieht, von anderen *Beweismitteln* Gebrauch zu machen. In solchen Fällen hat der Schuldner, der keinen Rechtsvorschlag erhoben oder keine Aberkennungsklage angestrengt hat, die Folgen dafür, dass über die streitige Forderung nicht rechtzeitig gerichtlich entschieden wurde, selber zu tragen.

2. — Im vorliegenden Falle kann aber diese Konsequenz nicht gezogen werden, weil der Beklagte seiner *Behauptungspflicht* nicht nachkam. Über die Entstehung der Forderung erklärt Strickler überhaupt nichts zu wissen, und der von ihm ins Recht gelegte Verlustschein gibt nicht einmal « Forderungstitel nebst Datum oder Grund der Forderung » an, wie es das in Art. 22 der Verordnung Nr. 1 des Bundesrates über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. Dezember 1891 und auch das gegenwärtig vorgeschriebene obligatorische Formular Nr. 15 bzw. Nr. 36 verlangt (AS Bd. 12, S. 429). Zu Unrecht wird vom Bezirksgericht der Schuldner hierfür verantwortlich gemacht; ihm wurde der Verlustschein nicht ausgehändigt; aber selbst wenn er diesen Mangel gekannt hätte, so wäre es nicht an ihm gewesen, durch dessen Behebung die künftige Zwangsvoll-

streckung gegen sich zu erleichtern. Da die Klageantwort nicht substantiiert ist, müsste der Schuldner gegen den Verlustschein den unmöglichen Beweis antreten, dass keiner der praktisch denkbaren Titel oder Schuldgründe den streitigen Anspruch zu begründen vermöchte. Darauf hat der Gläubiger kein Anrecht; es muss ihm vielmehr zugemutet werden, seine Forderung so zu substantiieren, dass der Schuldner erfährt, auf welchen konkreten Sachverhalt sich diese stützt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung ist begründet, das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Aberkennungsklage gutgeheissen.

B. Rechtliche Schutzmassnahmen für die Hotelindustrie. Mesures juridiques en faveur de l'industrie hôtelière.

ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULD- BETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER

ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES ET DES FAILLITES

25. **Entscheid vom 12. Oktober 1943 i. S. Amtersparniskasse Burgdorf.**

Hotelschutz, Verordnung des Bundesrates vom 19. Dezember 1941.

1. Weiterziehbarer Entscheid (Art. 40 Abs. 2 der Vo.).

2. Einstellung der Betreibungen (Art. 42 der Vo.):

a) Sie lässt eine vom Betreibungsamt verfügte Mietzinsensperre (Art. 806 ZGB und 91 ff. VZG) unberührt. Die Nachlassbehörde ist nicht befugt, in diese Sperre einzugreifen und deren Handhabung dem Betreibungsamte zu entziehen.

b) Wirkung der Einstellung auf neue Betreibungen.