Urteilskopf

122 III 36

7. Auszug aus dem Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 22. Januar 1996 i.S. S. SA (Rekurs)
Regeste (de):
Provisorische Pfändung (Art. 83 Abs. 1 SchKG).

Die provisorische Pfändung kann nicht verlangt werden, bevor über ein Rechtsmittel, womit die Bewilligung der provisorische Rechtsöffnung weitergezogen worden ist und dem rechtskrafthemmende Wirkung zukommt, in zweiter Instanz rechtskräftig entschieden worden ist (Änderung der Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Saisie provisoire (art. 83 al. 1 LP).

La saisie provisoire ne peut pas être requise tant qu'un recours dirigé contre l'octroi de la mainlevée provisoire et muni de l'effet suspensif n'a pas fait l'objet d'un jugement exécutoire en seconde instance (changement de jurisprudence).

Regesto (it):
Pignoramento provvisorio (art. 83 cpv. 1 LEF).

Non può essere richiesto il pignoramento provvisorio, fintanto che non sia divenuta esecutiva la decisione di seconda istanza su un ricorso inoltrato contro la concessione del rigetto provvisorio dell'opposizione e munito dell'effetto sospensivo (cambiamento della giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 36

A.- Das Betreibungsamt Binningen erliess am 16. November 1995 auf Begehren der S. AG, Birsfelden, in der Betreibung Nr. ... eine Pfändungsankündigung gegen V., womit die Pfändung auf den 23. November 1995 angesetzt wurde. Über diese Pfändungsankündigung beschwerte sich der Schuldner bei der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Basel-Landschaft. Er machte insbesondere geltend, dass er gegen den Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichtspräsidenten von Arlesheim vom 2. November 1995, womit in der erwähnten Betreibung die provisorische Rechtsöffnung bewilligt worden war, Appellation erklärt habe. Im Jahr 1982 (BJM 1982, S. 86 ff.) habe die kantonale Aufsichtsbehörde festgehalten, dass Art. 83 Abs. 1 SchKG keine ausdrückliche Grundlage für eine provisorische Pfändung vor Eintritt der Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides enthalte und dass die Zulassung einer provisorischen Pfändung vor Eintritt der Rechtskraft eines Rechtsöffnungsurteils einem unzulässigen Eingriff in das kantonale Prozessrecht gleichkomme.

B.- Mit Entscheid vom 12. Dezember 1995 hiess die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Basel-Landschaft die Beschwerde des Schuldners gut und hob die Pfändungsankündigung des Betreibungsamtes Binningen in der Betreibung Nr. ... auf.

BGE 122 III 36 S. 37

C.- Die Gläubigerin S. AG zog den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde mit Rekurs gemäss Art. 19 SchKG an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts weiter. Diese wies den Rekurs ab

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. Gemäss Art. 83 Abs. 1 SchKG kann der Gläubiger, welchem die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, nach Ablauf der Zahlungsfrist die provisorische Pfändung verlangen, wenn der Schuldner der Betreibung auf Pfändung unterliegt. a) Die gesetzliche Regelung gibt keine Antwort auf die sich im vorliegenden Fall stellende Frage, ob die provisorische Pfändung auch schon verlangt werden kann, wenn ein Kanton, wie zum Beispiel Basel-Landschaft, gegen den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid ein Rechtsmittel zur Verfügung stellt, dem - wie dies bei ordentlichen Rechtsmitteln die Regel ist - von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt und das Rechtsmittel vom Schuldner ergriffen worden ist. b) Die Lehre gibt zumeist nur die gesetzliche Regelung wieder, wonach die provisorische Rechtsöffnung dem Gläubiger die Möglichkeit eröffnet, die provisorische Pfändung zu verlangen (AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Auflage Bern 1993, § 19 N. 58; ferner FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 20 Rz. 17; GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3. Auflage Lausanne 1993, S. 153, Ziff. 2 lit. a; BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, S. 307). Sie nimmt jedoch nicht zu der hier aufgeworfenen Frage Stellung, wie es sich beim Weiterzug des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides verhält. Nur JAEGER (N. 2 zu Art. 83 SchKG) gibt der Meinung Ausdruck, der Gläubiger sei da, wo das kantonale Recht eine Appellation für Rechtsöffnungsentscheide vorsieht, zur Stellung des Begehrens um provisorische Pfändung (oder um Aufnahme eines Güterverzeichnisses bei der Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege des Konkurses) schon aufgrund des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides berechtigt. c) Das Bundesgericht hat in einer weit zurückliegenden Rechtsprechung erkannt, dass die provisorische Pfändung - als eine rein vorsorgliche Massnahme - selbst dann verlangt werden könne,

BGE 122 III 36 S. 38

wenn der Schuldner gegen den die provisorische Rechtsöffnung erteilenden erstinstanzlichen Entscheid ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen hat (BGE 55 III 173 E. 2; 47 III 67, S. 68; 23 I 947, S. 955f.). Die Begründungen zu dieser Auffassung sind aber knapp gehalten, werden eher obiter dictum ausgesprochen und erscheinen bei näherer Betrachtung nicht zwingend. d) Der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Basel-Landschaft ist die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts bekannt. Sie hält jedoch im angefochtenen Entscheid an ihrer eigenen Rechtsprechung fest, wonach die provisorische Pfändung erst nach Eintritt der Rechtskraft des provisorischen Rechtsöffnungsentscheides - und somit gegebenenfalls erst in dem Augenblick, wo über den Weiterzug des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides durch ein ordentliches Rechtsmittel rechtskräftig entschieden worden ist - vorgenommen werden darf (BJM 1982, S. 86 ff.).

2. Der Auffassung der kantonalen Aufsichtsbehörde ist beizupflichten. Die Bewilligung der Rechtsöffnung

ist Voraussetzung dafür, dass der Gläubiger gegenüber dem der Betreibung auf Pfandverwertung unterliegenden Schuldner die provisorische Pfändung oder gegenüber dem der Betreibung auf Konkurs unterliegenden Schuldner die Aufnahme eines Güterverzeichnisses verlangen kann (Art. 83 Abs. 1 SchKG), und sie ist auch Voraussetzung für die Aberkennungsklage des Schuldners beim Gericht des Betreibungsortes (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Bewilligt aber ist die provisorische Rechtsöffnung nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen erst, wenn ein formell rechtskräftiges Urteil vorliegt. Was nach dem Wortlaut von Art. 83 SchKG und den prozessualen Grundsätzen Regel bildet, deckt sich mit Sinn und Zweck der provisorischen Pfändung und der Systematik des Gesetzes: Da die provisorische Rechtsöffnung den Rechtsvorschlag nur bedingt beseitigt, soll dem Gläubiger für die Dauer des Schwebezustandes, das heisst, während des Fristenlaufs für die Aberkennungsklage und bis zur - auch hier rechtskräftigen - Erledigung des Aberkennungsprozesses, ein Mittel in die Hand gegeben werden, womit er seinen Vollstreckungsanspruch sichern kann (JAEGER, N. 6 zu Art. 82 SchKG; GILLIÉRON, JdT 1984 II, Note S. 14). Aus diesem Grund gibt es keine provisorische Pfändung, nachdem definitive Rechtsöffnung erteilt worden ist, welche die hemmende Wirkung des Rechtsvorschlages ein für allemal beseitigt und, im Falle der Betreibung auf Pfändung, den Weg für die

Verwertung freigibt. Wollte man bei der provisorischen Rechtsöffnung die provisorische Pfändung bereits für die Dauer eines Rechtsmittelverfahrens mit aufschiebender Wirkung zulassen, so wäre nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch in jenen Fällen möglich sein sollte, wo der Rechtsöffnungsrichter definitive Rechtsöffnung bewilligt hat, sein Entscheid aber mit einem Rechtsmittel, dem rechtskrafthemmende Wirkung zukommt, weitergezogen worden ist. Die Auffassung, dass provisorische Pfändung nicht verlangt werden kann, bevor über ein Rechtsmittel, womit die Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung weitergezogen worden ist und dem rechtskrafthemmende Wirkung zukommt, in zweiter Instanz rechtskräftig entschieden worden ist, entspricht dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 1 und 2 SchKG wie auch Sinn, Zweck und Systematik des Gesetzes.

3. Die Appellation des Prozessrechtes von Basel-Landschaft ist ein ordentliches Rechtsmittel, welchem rechtskrafthemmende Wirkung zukommt (STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 21 Rz. 1 und 37; WEIBEL/RUTZ, Gerichtspraxis zur basellandschaftlichen Zivilprozessordnung, 4. Auflage 1986, S. 255). Es ist nach dem Gesagten daher bundesrechtskonform, wenn die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Basel-Landschaft im Hinblick darauf, dass der Schuldner gegen den Rechtsöffnungsentscheid des erstinstanzlichen Richters Appellation erklärt hat und diese - wie auch aus den Ausführungen der Rekurrentin hervorgeht - noch hängig ist, die provisorische Pfändung als unzulässig bezeichnet hat. Der Rekurs erweist sich als unbegründet.