Urteilskopf

80 III 141

33. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. November 1954 i. S. Rungger gegen Schläpfer.
Regeste (de):
Verbot der Betreibung unter Ehegatten, Art. 173 ZGB.

Betreibung unter Ehegatten zum Zwecke der Durchführung einer ehevertraglich vereinbarten Gütertrennung fällt nicht unter die Ausnahme gemäss Art. 176 Abs. 1 ZGB. Die trotz dem Verbot geführte Betreibung ist nichtig, ebenso der in ihr ausgestellte Verlustschein. Dieser ist daher als Legitimationstitel zur Anfechtungsklage nach Art. 285 Ziff. 1 SchKG untauglich.

Regeste (fr):
Interdiction des poursuites entre époux, art. 173 CC.

Une poursuite tendant à réaliser une séparation de biens conventionnelle ne rentre pas dans le cas prévu à l'art. 176 al. 1 CC. La poursuite introduite au mépris de l'interdiction est nulle. Est nul également l'acte de défaut délivré dans cette poursuite. Cet acte ne constitue donc pas un titre propre à justifier l'introduction d'une action révocatoire selon l'art. 285 LP.

Regesto (it):
Divieto di procedimenti esecutivi fra coniugi, art. 173 CC.

L'esecuzione promossa per eseguire una separazione di beni convenzionale non cade sotto il disposto dell'art. 176 cp. 1 CC.L'esecuzione promossa in urto al divieto è nulla. E'nullo parimenti l'attestato di carenza di beni rilasciato in una siffatta esecuzione. Esso non costituisce pertanto un titolo che giustifichi l'esercizio dell'azione rivocatoria a'sensi dell'art. 285 cifra 1 LEF.

Sachverhalt ab Seite 142

A.- Die Eheleute Derungs-Rungger kauften im Jahre 1944 die Bäckereiablage mit Tea-Room "Quader" in Chur zum Preise von Fr. 145 000.– und bauten sie in den folgenden Jahren mit einem Kostenaufwand von rund Fr. 60 000.– zu einer Bäckerei aus. Wegen ehelicher Differenzen beauftragte Frau Derungs im Januar 1950 ihren Anwalt, zwecks Sicherstellung ihres Frauengutes die notwendigen Schritte zur Durchführung der Gütertrennung einzuleiten. Angesichts dieses Begehrens verkaufte der Ehemann am 3. Mai 1950 die Liegenschaft ohne Wissen der Ehefrau an seinen Schwager Schläpfer-Derungs zum Preise von Fr. 158 000.–, nachdem er sie ihm noch kurz vorher für Fr. 200 000.– angeboten hatte. Am 17. Oktober 1950 kam zwischen den Eheleuten Derungs-Rungger ein Ehevertrag auf Gütertrennung zustande, mit dem der Ehemann eine Frauengutsforderung von Fr. 40 881.– anerkannte. An diese verrechnete er eine Gegenforderung von Fr. 4 000.– und zedierte an das Restguthaben der Ehefrau eine Forderung an den Liegenschaftskäufer Schläpfer von Fr. 9 000.–. Für ihren Forderungssaldo von Fr. 27 881.– leitete Frau Derungs am 10. Januar 1951 gegen den Ehemann die Betreibung ein. Das Betreibungsamt Disentis stellte ihr am 18. Juli 1951 für den ganzen Betrag zuzüglich Zins und Kosten, zusammen Fr. 28 743.70, einen Verlustschein aus.

B.- Gestützt darauf reichte Frau Derungs zwei Tage später (20. Juli 1951) gegen den Liegenschaftskäufer Schläpfer die vorliegende Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ein mit dem Begehren auf Ungültigerklärung des Kaufvertrages vom 3. Mai 1950 und grundpfändliche Sicherstellung ihrer Forderung auf der Liegenschaft "Quader" oder betreibungsamtliche Pfändung und Verwertung derselben. Sie begründete die Klage damit, der

BGE 80 III 141 S. 143

Ehemann habe die Liegenschaft dem Beklagten in der diesem erkennbaren Absicht verkauft, sie, die Ehefrau, als Frauengutsgläubigerin zu benachteiligen. Während des Anfechtungsprozesses wurden die Eheleute geschieden.

C.- Das Kantonsgericht Zug bejahte die Benachteiligungsabsicht und deren Erkennbarkeit gemäss Art. 288 SchKG und hiess die Klage gut. Auf Appellation des Beklagten hat jedoch das Obergericht mit Urteil vom 29. Juni 1954 diesen Entscheid aufgehoben und die Anfechtungsklage abgewiesen, weil der dieser zu Grunde liegende Verlustschein, da aus einer gemäss Art. 173 ZGB verbotenen Betreibung zwischen Eheleuten hervorgegangen, nichtig sei und daher keine gültige Legitimation zur Anfechtungsklage gemäss Art. 285 Ziff. 1 SchKG bilden könne.

D.- Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Klägerin mit dem Antrag, es sei der Kaufvertrag vom 3. Mai 1950 ungültig zu erklären und der Beklagte zu verpflichten, die betreibungsamtliche Pfändung und Verwertung der Kaufliegenschaft seitens der Klägerin im Umfang ihrer Forderung von Fr. 28 743.70 zu dulden, wobei a) der Beklagte berechtigt sei, sich im Umfange seiner ausgewiesenen wertvermehrenden Investitionen bis zum 20. Juli 1951, dem Tage der Klageeinleitung, vorgängig der Klägerin am Pfändungserlös zu beteiligen, b) ein eventueller Verwertungsüberschuss dem Beklagten zufalle; event. sei die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung wird ausgeführt, nach Art. 173 ZGB hätte allerdings die Betreibung der Klägerin gegen ihren Ehemann nicht durchgeführt werden dürfen. Dies sei nun aber trotzdem geschehen, und das mit dem Verlustschein vom 18. Juli 1951 abgeschlossene Betreibungsverfahren sei bis heute nie angefochten worden; da die Betreibung erledigt sei, sei eine Beschwerde auf Rückgängigmachung

BGE 80 III 141 S. 144

bezw. Aufhebung der Betreibung oder eines einzelnen Betreibungsaktes, so des Verlustscheins, nach der Rechtsprechung nicht mehr zulässig. Somit dürfe auch in einem Anfechtungsprozess der die Aktivlegitimation begründende Verlustschein nicht mehr in Frage gestellt werden (BGE 70 IV 76). Wenn sich der Beklagte aber formell noch auf die Ungültigkeit des Verlustscheins berufen könnte, wäre diese Einrede rechtsmissbräuchlich. Der Beklagte habe offensichtlich eine Benachteiligungshandlung im Sinne von Art. 288 SchKG vorgenommen, aber bis zum Urteil der 1. Instanz geglaubt, man könne ihm dies nicht nachweisen; erst als er sich überführt gesehen habe, sei er auf den Ausweg der Anfechtung des Verlustscheins verfallen. Auch der betriebene Ehemann habe die Betreibung ohne Widerspruch geduldet. Der Anfechtungsbeklagte sei, als an der Betreibung nicht beteiligt, zur Geltendmachung der Ungültigkeit des Verlustscheins überhaupt nicht legitimiert. Wollte man dies aber noch bejahen, so wäre die Einrede unbegründet. Das Gesetz - Art. 176 Abs. 1 ZGB - weise eine Lücke auf,

indem der hier vorliegende Fall, wo die Sicherstellung des Frauengutes vom Ehemann zwar verweigert, jedoch eine vertragliche Gütertrennung durchgeführt worden sei, bezüglich der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht geregelt sei. Wollte man diese der Frau nach dem Wortlaut von Art. 176 Abs. 1 versagen, so stände sie schutzlos da. Es müsse daher kraft Art. 1 ZGB eine Ausnahme vom Verbot der Zwangsvollstreckung gemacht werden.

E.- Der Berufungsbeklagte beantragt Abweisung der Berufung, event. Nichteintreten auf den Berufungsantrag 2 betr. Gutheissung der Klage.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch die Vorweisung eines Verlustscheins wird grundsätzlich die Legitimation des Titulars desselben zur Anfechtungsklage gemäss Art. 285 SchKG ohne weiteres erstellt, und es können dagegen vor dem Zivilrichter

keine Einwendungen hinsichtlich der betreibungsrechtlichen Rechtmässigkeit des Titels vorgebracht werden, ausser wenn es sich geradezu um Nichtigkeit des Verlustscheins handelt (JAEGER, zu Art. 285 N. 3 A). Über diese Frage kann der Zivilrichter, als über einen Präjudizialpunkt im Anfechtungsprozess, selbständig befinden. Er kann die Nichtigkeit des Verlustscheins bejahen, ohne dass dieser oder die ganze ihm zu Grunde liegende Betreibung durch die Aufsichtsbehörden, sei es auf Beschwerde oder von Amtes wegen, nichtig erklärt oder aufgehoben worden ist. Anderseits kann der Zivilrichter einen Verlustschein nicht formell nichtig erklären oder kassieren, sondern lediglich als nichtig, also rechtlich gar nicht existierend und wirkungslos, behandeln, und zwar auch dann, wenn die Aufsichtsbehörden selbst - nach der Praxis - weder die nichtige Betreibung als Ganzes noch den mit demselben Mangel behafteten Verlustschein mehr aufheben könnten, weil jene abgeschlossen ist (BGE 44 III 196, BGE 70 IV 76). Der Anfechtungsbeklagte, obwohl an der Betreibung nicht beteiligt, ist legitimiert, die Nichtigkeit des Verlustscheins geltend zu machen, da es sich hiebei um eine absolute, gegenüber jedermann geltende und von Amtes wegen zu berücksichtigende Einredetatsache handelt.

2. Im vorliegenden Falle ist unbestritten, dass die Betreibung der Klägerin gegen ihren Ehemann während bestehender Ehe stattgefunden hat. Sie war also gemäss Art. 173 ZGB nur zulässig, wenn es sich um einen der vom Gesetze bezeichneten Ausnahmefälle handelt. In Betracht kommt einzig Art. 176 Abs. 1, wonach "zur Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung" die Zwangsvollstreckung ohne Beschränkung zulässig ist. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung fällt die Betreibung der Klägerin gegen ihren Ehemann, die in Durchführung der durch Ehevertrag vereinbarten Gütertrennung erfolgte, nicht darunter. Betreibung zu diesem Zwecke ist nur unter den besonderen Voraussetzungen

von Art. 174/75 ZGB zulässig. Das Bundesgericht hat Art. 176 Abs. 1 immer dahin ausgelegt, dass die Beschränkung der Ausnahme vom Betreibungsverbot auf die Durchführung der gesetzlichen oder richterlichen

Gütertrennung bewusst gewollt ist, also die Betreibung zufolge ehevertraglicher Gütertrennung unter das Verbot des Art. 173 fällt (BGE 42 III 382f. [II. Zivilabteilung]; BGE 42 III 351 [SchKK]). Es hat die Frage neuerdings, mit Bezug auf Art. 176 Abs. 1 und 2, auch unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit eines Versehens der Gesetzesredaktion geprüft, diese Annahme jedoch mit aller Entschiedenheit und einlässlicher Begründung abgelehnt (BGE 77 III 51). Ist mithin die Unterscheidung vom Gesetze gewollt, so kann, entgegen der Behauptung der Klägerin, von einer Gesetzeslücke keine Rede sein. Zu Unrecht beruft sich jene hiefür auf BGE 40 III 9, wo das Bundesgericht die Einbeziehung der Betreibung auf Sicherstellung des Frauengutes in die Ausnahmefälle der Art. 174-176 ZGB allenfalls dann zulässig erklärte, "wenn das Gesetz an die Verweigerung der Sicherheitsleistung durch den Mann überhaupt keine Rechtsfolgen knüpfte, die Frau also ohne Betreibung auf Sicherstellung überhaupt kein Mittel hätte, um sich Schutz für ihre Ansprüche zu verschaffen", was aber nicht der Fall sei. Im vorliegenden Falle hätte die Klägerin, nachdem der Ehemann ihrem Verlangen nach Sicherheitsleistung für das Frauengut nicht nachkam, das vom Gesetze für diese Situation vorgesehene Mittel ergreifen, nämlich gemäss Art. 183 Ziff. 2 die richterliche Gütertrennung verlangen sollen, für deren Durchführung ihr dann gemäss Art. 176 Abs. 1 die Betreibung zu Gebote stand. Dieses Zwangsmittels begab sie sich allerdings, indem sie sich mit vertraglicher Gütertrennung begnügte. Der Umstand, dass die Ehefrau in dieser Situation auf die Handhaben gemäss Art. 174/75 beschränkt ist, rechtfertigt es nicht, sie im Sinne des zit. Entscheides als schutzlos zu bezeichnen und Art. 176 Abs. 1 abweichend von seinem Wortlaut auszulegen.

BGE 80 III 141 S. 147

3. Das Verbot der Betreibung unter Ehegatten gemäss Art. 173 ZGB ist im öffentlichen Interesse erlassen worden (vergl. ZbJV 90, S. 458; LEMP, Komm., N. 1 und 17 zu Art. 173), eine in Verletzung desselben erfolgte Betreibung daher schlechthin nichtig (BGE 40 III 8, BGE 42 III 352, BGE 44 III 114 Erw. 1), ebenso jeder einzelne in derselben ergangene Betreibungsakt, auch der ausgestellte Verlustschein. Wenn in dem von der Berufungsklägerin angerufenen Entscheide (BGE 70 IV 76) der Kassationshof den in einer nichtigen, also rechtlich gar nicht existierenden Betreibung ausgestellten Verlustschein als trotzdem "heute zu Recht bestehend" bezeichnete, so geschah dies unter Hinweis auf BGE 44 III 196, wo die Aufsichtsbehörde die Aufhebung eines Verlustscheins aus nichtiger Betreibung ablehnte, weil diese erledigt sei, und mit der Bemerkung, dass der weiterbestehende Verlustschein an der Nichtigkeit der Betreibung nichts ändere. Es kann daraus keineswegs abgeleitet werden, dass einem solchen Verlustschein noch irgendwelche Rechtswirkungen zukommen könnten. Zudem handelte es sich bei den beiden Präjudizien um Nichtigkeit der Betreibung wegen Verletzung von Art. 47 bezw. 40 Abs. 2 SchKG, nicht von Art. 173 ZGB. In einem Falle von Nichtigkeit der Betreibung aus letzterem Grunde hat jedenfalls die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer den Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde bestätigt, welche die abgeschlossene Betreibung als Ganzes (dans son ensemble) einschliesslich des in ihrem Verlaufe erfolgten Freihandverkaufs des Pfändungsgutes annullierte (Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 28. Juni 1935 i.S. Hari, n. p.). Hinderte der Umstand, dass die Betreibung abgeschlossen war, die Aufsichtsbehörde nicht, diese Konsequenz aus deren Nichtigkeit zu ziehen, so erscheint übrigens fraglich, ob es gemäss der vom Kassationshof zit. Praxis richtig ist, mit Bezug auf einen Verlustschein die Annullierung abzulehnen, da doch nicht zweifelhaft ist, dass ihm keinerlei rechtliche Wirkungen mehr zukommen dürfen; und

BGE 80 III 141 S. 148

wäre es auch nur, um seiner Benutzung als untauglichen Legitimationstitels zur Anfechtungsklage vorzubeugen. Jedenfalls könnten die Aufsichtsbehörden trotz abgeschlossenem Betreibungsverfahren eine nachträgliche Korrektur in dem Sinne nicht ablehnen, dass der Eintrag im Betreibungsbuch über die Erledigung der Betreibung durch Verlustschein beseitigt werden muss; denn der Betriebene darf dort nicht als erfolglos betrieben

figurieren, wenn die Betreibung nichtig war. Der Umstand, dass die Eheleute Derungs schon vor dem Urteil der 1. Instanz geschieden worden sind und daher nunmehr Art. 173 ZGB einer Betreibung nicht mehr entgegenstand, mag diesen Ausgang des Anfechtungsprozesses unbefriedigend erscheinen lassen, ändert aber nichts daran, dass der der Klage zu Grunde gelegte Verlustschein vom 18. Juli 1951 nichtig und daher als Legitimationstitel nach Art. 285 SchKG untauglich ist (BGE 77 III 55 i. f.). Die Klägerin kann jetzt die Betreibung wiederholen und, falls sie wieder mit einem Verlustschein endet, gestützt auf diesen eine neue Anfechtungsklage anheben. Darin endlich, dass der Beklagte die Einwendung der Nichtigkeit des Verlustscheins erst vor 2. Instanz erhoben habe, kann entgegen der Behauptung der Berufung keinesfalls ein Rechtsmissbrauch erblickt werden. Der Beklagte ist berechtigt, im Prozess alle seiner Sache dienlichen Rechtsstandpunkte zu vertreten. Die Aktivlegitimation ist eine Klagevoraussetzung; die Klägerin muss sie nachweisen und der Beklagte kann sie bestreiten. Bis zu welchem Prozessstadium letzteres noch gültig geschehen kann, bestimmt das kantonale Prozessrecht. Die Nichtigkeit des Verlustscheins ist übrigens eine vom Richter von Amtes wegen zu beachtende, rein rechtliche Tatsache, die auch das Bundesgericht noch zu berücksichtigen hätte, wenn sie der Anfechtungsbeklagte und die Vorinstanzen übersehen hätten.

BGE 80 III 141 S. 149

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 29. Juni 1954 bestätigt.