

bezüglich aller Betreibungen der Gruppen das Datum der Zustellung des Zahlungsbefehls ersichtlich. Das Begehren um « Nachpfändung » vom 25. Mai 1937 ist aber mehr als ein Jahr nach der primären Pfändung (6. Januar bzw. 28. April 1936) gestellt worden, also erst recht mehr als ein Jahr nach Zustellung der Zahlungsbefehle. Die auf ein verspätetes Begehren hin vorgenommene Pfändung ist nichtig.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :*

Der Rekurs wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Pfändung des Eigentümer-schuldbriefs im 2. Range nichtig erklärt.

#### 42. Sentenza 27 dicembre 1937 nella causa Bernardoni.

Solo il giudice può dichiarare il rigetto provvisorio dell'opposizione : si tratta di un atto giudiziario non sostituibile da una dichiarazione delle parti.

Nel fattispecie, quantunque manchi il rigetto provvisorio dell'opposizione, motivi d'ordine pratico inducono a prendere in considerazione come tale l'azione di disconoscimento di debito già promossa.

Provisorische Rechtsöffnung wird nicht schon dadurch bewirkt, dass die Parteien, insbesondere der Betriebene selbst, sich damit einverstanden erklären. Sie muss vom Richter ausgesprochen werden.

Hat aber der Betriebene auf Grund einer solchen Erklärung, welche der Richter einfach entgegennehmen zu sollen glaubte, bereits Aberkennungsklage angehoben, so darf aus praktischen Gründen davon abgesehen werden, den Richterspruch nachholen zu lassen.

Seul le juge peut prononcer la mainlevée provisoire de l'opposition ; celle-ci ne saurait résulter de la simple déclaration des parties. Néanmoins si, en l'absence de pareil prononcé, le débiteur a introduit action en libération de dette, des motifs d'ordre pratique permettent de passer outre.

Con precetto esecutivo n° 90645 dell'Ufficio di Lugano, Plinio Bernardoni chiedeva a Federico Ammon il pagamento di 200 fchi. oltre interessi.

L'escusso avendo fatto opposizione, il creditore ne chiedeva il rigetto. All'udienza davanti al Pretore di Lugano-Città, Ammon dichiarava : « Ritiro l'opposizione con le spese. Riservata l'azione d'inesistenza di debito nei dieci giorni da oggi ». Questa dichiarazione veniva apposta sull'esemplare del precetto esecutivo destinato al creditore. Entro dieci giorni Ammon promuoveva azione di disconoscimento di debito ed il Pretore di Lugano-Città ne avvertiva l'ufficio, il quale pertanto si rifiutava di dar corso alla domanda di proseguimento dell'esecuzione, che Bernardoni, basandosi sul ritiro della opposizione, aveva formulata.

Da tale rifiuto Bernardoni si aggravava all'Autorità cantonale di vigilanza, che con decisione 19 novembre/10 dicembre 1937 respingeva il gravame.

Contro questa decisione Bernardoni ha interposto tempestivo ricorso al Tribunale federale, chiedendo che all'ufficio sia ingiunto di dar corso alla domanda di proseguimento dell'esecuzione.

*Considerando in diritto :*

Dalla dichiarazione del debitore apposta sul precetto esecutivo appare chiaro ch'egli non intendeva ritirare puramente e semplicemente la sua opposizione, ma voleva manifestare la sua desistenza soltanto di fronte alla domanda di rigetto, riservata l'azione di disconoscimento di debito. Anche il Pretore di Lugano-Città ha compreso in questo senso tale dichiarazione e, data questa desistenza, sarebbe stato indicato ch'egli pronunciasse il rigetto provvisorio dell'opposizione. Solo il giudice può infatti dichiarare il rigetto provvisorio dell'opposizione : si tratta di un atto giudiziario non sostituibile da una dichiarazione delle parti. Soltanto attenendosi a tale principio si ha una base sicura per stabilire la decorrenza del termine di dieci giorni entro il quale si può intentare l'azione di disconoscimento di debito (cfr. RO 43 III p. 293).

Nel fattispecie l'azione di disconoscimento di debito è stata promossa. Motivi di ordine pratico inducono a

prenderla in considerazione come tale. Ritenendola non avvenuta, non si giungerebbe al risultato voluto dal ricorrente, ma soltanto a dichiarare che manca il rigetto provvisorio dell'opposizione; il creditore dovrebbe ottenerlo dal giudice, cosicché il termine per intentare l'azione di disconoscimento di debito non sarebbe ancora incominciato a decorrere e il proseguimento dell'esecuzione sarebbe escluso.

*La Camera Esecuzioni e Fallimenti pronuncia:*

Il ricorso è respinto.

**43. Entscheid vom 30. Dezember 1937 i. S. Geser.**

Der bei einer Freiwilligen - Grenzschutzkompanie im Dienst stehende Wehrmann geniesst nicht Rechtsstillstand (Art. 57 SchKG).

Le militaire, en service dans une compagnie de *volontaires affectée* à la couverture de la frontière ne bénéficie pas de la suspension des poursuites statuée à l'art. 57 LP.

Il militare che presta servizio in una compagnia di *volontari* per la copertura della frontiera non è al beneficio della sospensione degli atti esecutivi prevista dall'art. 57 LEF.

Die Vorinstanz erklärte den als Korporal bei einer Grenzschutzkompanie im Militärdienst stehenden Schuldner Honauer des Rechtsstillstandes gemäss Art. 57 Abs. 1 SchKG teilhaftig, mit der Begründung, die längere Dauer stelle diesen Dienst noch nicht dem Dienstverhältnis der Militärbeamten usw. gleich; es komme einzig auf die Art desselben, nämlich darauf an, ob es sich um eigentlichen Militärdienst oder um ein öffentlichrechtliches Dienstvertragsverhältnis handle. Laut Art. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 10. November 1936 betreffend die Aufstellung einer Freiwilligen-Grenzschutz-Kompagnie sei der Dienst in dieser Einheit Militärdienst und gälte für ihn und für die ihr angehörenden Wehrmänner die Militärgesetze und -Verordnungen und Dienstvorschriften. Der

Charakter als eigentlicher Militärdienst ergebe sich auch aus Art. 5, wonach der Wehrmann nicht etwa kündigen könne und die Dienstdauer zeitlich beschränkt sei; ebenso aus Art. 8. Eine Analogie mit den Fortwachen sei nicht angängig, da letztere zu den Festungsverwaltungen gehörten, deren Anstellungs- und Besoldungsverhältnisse nicht eine eigentlich militärische Dienstordnung aufwiesen. Auch sei das Militärstrafrecht ohne Unterschied auf diesen Dienst anwendbar.

Hiegegen rekurriert die Gläubigerin ans Bundesgericht mit dem Begehren um Anwendbarerklärung des Art. 57 Abs. 2 SchKG und demgemäss Anordnung der Pfändung.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:*

Für die Unterstellung eines Militärdienstes unter Abs. 1 oder Abs. 2 des Art. 57 SchKG bilden weder die Dauer noch die Freiwilligkeit noch die Geltung der Militärgesetze und Dienstvorschriften, noch die Ordnung des Unterstützungswesens entscheidende Kriterien. Auch freiwilliger Militärdienst fällt unter Abs. 1 (BGE 41 III 365, 42 III 448 ff.). Andererseits stehen auch die in Abs. 2 genannten Instruktoren, Fortwächter usw. unter den Militärgesetzen. Vielmehr will Art. 57 Abs. 2 SchKG den Berufsmilitär vom Rechtsstillstand ausnehmen; die Berufsmässigkeit des Dienstes bildet das alleinige Kriterium. Nachdem nun seit Aufstellung der ersten Freiwilligen-Grenzschutz-Kompagnie im November 1936 durch BRB vom 16. November 1937 die Minimaldienstdauer in denselben von 6 auf 12 Monate erhöht (Art. 5 Abs. 1) und allen darin Dienst leistenden Wehrmännern eine Soldzulage von Fr. 2.— pro Tag gewährt worden ist (Art. 4 bis), steht dieser Militärdienst seiner Natur nach dem berufsmässigen im Sinne des Abs. 2 entschieden näher als demjenigen nach Abs. 1, zumal auch die Möglichkeit der vorzeitigen Entlassung bei wichtigen Gründen (Art. 5 Abs. 2) und Gewährung besoldeten Urlaubs (Art. 7)