

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)

Analogien zu dem vertraglichen Verhältnis der Militärbeamten- und Angestellten darstellen. Auch die Bestimmung in Art. 4, dass bei der Rekrutierung zu den Grenzschutzkompagnien in der Hauptsache arbeitslose Wehrmänner zu berücksichtigen sind, deutet darauf hin, dass dieser Dienst als ein — zwar in der Dauer begrenzter — Beruf gedacht ist. Er ist daher vom Rechtsstillstand ausgenommen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und das Betreibungsamt St. Gallen angewiesen, in den angehobenen Betreibungen die Pfändung vorzunehmen.

Siehe auch Nr. 45. — Voir aussi N° 45.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Dezember 1937

i. S. Frikart gegen Zofinger Tagblatt A.-G.

OR Art. 83, SchKG Art. 287 Ziff. 1, 288 : Sicherstellung der Gegenleistung wegen Zahlungsunfähigwerdens gemäss Art 83 OR kann nicht nach Art. 287 Ziff. 1 SchKG angefochten werden (Erw. 2), sondern nur nach Art. 288 SchKG (Erw. 3).

OG Art. 80 : Ausschluss neuer Einreden vor Bundesgericht (i. c. : die Zahlungsunfähigkeit sei schon bei Vertragsabschluss gegeben gewesen) (Erw. 1).

CO art. 83, LP art. 287 ch. 1 et 288 : L'acte par lequel un débiteur devenu insolvable confère à son créancier un droit de gage sur ses propres créances à titre de garantie de l'exécution

de ses obligations, selon l'art. 83 CO, ne peut pas faire l'objet d'une action révocatoire fondée sur l'art. 287 ch. 1, mais seulement sur l'art. 288 LP.

OJF art. 80 : Inadmissibilité des moyens présentés pour la première fois devant le Tribunal fédéral (en l'espèce : le moyen consistant à prétendre que le débiteur était déjà insolvable lors de la conclusion du contrat).

CO art. 83, LEF art. 287 cifra 1 e 288 : L'atto col quale un debitore divenuto insolubile accorda al suo creditore un diritto di pegno sui suoi propri crediti a titolo di garanzia dell'esecuzione delle sue prestazioni a sensi dell'art. 83 CO può essere impugnato mediante l'azione revocatoria basata non sull'art. 287 cifra 1, ma soltanto sull'art. 288 LEF.

OGF art. 80 : Inammissibilità di nuove eccezioni formulate davanti al Tribunale federale (nel fattispecie : il debitore era già insolubile al momento della conclusione del contratto).

A. — Wie in frühern Jahren bestellte die Eisenhandlung Frikart A.-G. in Zofingen um Mitte Oktober 1934 auf Ende des Jahres bei der Klägerin 14,500 Exemplare eines umfangreichen Generalkataloges für (ohne Autorkorrekturen) Fr. 39,125.—, zahlbar 30 Tage nach der Ablieferung. Um Mitte Dezember erfuhr die Klägerin, dass die Finanzlage der Frikart A.-G. kritisch sei, und auf Vorstellungen hin erklärte ihr deren Direktor, sie sei infolge Entzuges des Bankkredites auf Ende Januar 1935 zu einer Sanierung gezwungen. Unter Bezugnahme hierauf schrieb die Klägerin am 17. Dezember an die Frikart A.-G., in Anwendung von Art. 83 OR müsse sie die Lieferung des Kataloges unter Wahrung ihrer Schadenersatzansprüche zurückhalten, bis ihr der vereinbarte Fakturabetrag sichergestellt werde. Darauf verpfändete die Frikart A.-G. der Klägerin « zur Sicherstellung Ihres Fakturaguthabens von Fr. 40,468.—, datiert vom 22. Dezember 1934, unsere Buchguthaben gemäss beiliegendem Bordereau im Gesamtbetrage von Fr. 41,037.10 gegen Ihre Herausgabe des Generalkataloges pro 1935 ». Am 27. Dezember und 7. Januar 1935 fanden, zumal infolge Teilzahlungen vor der Fälligkeit der Pfandforderung, Pfandentlassungen und Ersatzverpfändungen durch andere Buchforderungen statt, wobei