Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrechte

Autor(en): **Bachmann**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **20 (1901)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896620

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrechte.

Referat

von Dr. Bachmann in Lausanne.

I.

Anlässlich der Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins in der Jahresversammlung von 1893 ist von den Herren Professor von Salis und Dr. Brüstlein in einlässlichen Referaten auf die Uebelstände aufmerksam gemacht worden, welche sich daraus ergeben, dass im Betreibungs- und Konkursrechte grosse Gebiete vorhanden sind, für welche keine Bundesinstanz zur Wahrung der Rechtseinheit besteht. Das Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs sieht nämlich (Art 19) einen Rekurs an eine eidgenössische Oberinstanz nur vor gegenüber Entscheiden, welche von den kantonalen Oberaufsichtsbehörden in Bezug auf Beschwerden gegen Betreibungs- und Konkursämter gefällt worden sind, nicht dagegen gegen die Verfügungen der anderen Behörden, welche bei Handhabung des Betreibungs- und Konkursrechtes mitzuwirken haben. (Ich verweise auf die erschöpfende Aufzählung dieser letztern in den Referaten.) Gegen Verfügungen dieser anderen Behörden kann daher, sofern es sich nicht um eigentliche Civilstreitigkeiten handelt, für welche nach der Höhe des Streitwertes eine Berufung an das Bundesgericht möglich ist, nur der staatsrechtliche Rekurs ergriffen werden. Dieses Rechtsmittel ist jedoch, wie in den beiden Referaten überzeugend dargethan wurde, ein höchst mangelhaftes. Einmal kann dasselbe nur in beschränktem Masse zur Anwendung kommen und nur Kassation, nicht aber direkte Berichtigung des angefochtenen Entscheides bewirken; anderseits ist die Dauer der Rekursfrist (60 Tage) viel zu lange bemessen.

Herr Professor von Salis gelangte deshalb zur Aufstellung folgender Thesen:

„1. Die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes bleibt eine unvollständige, solange die Handhabung wichtiger Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 ausschliesslich den kantonalen Behörden, unter Ausschluss eines Rechtsmittels an eine Bundesinstanz, überlassen ist.

„2. Es ist daher die Erweiterung der Kompetenzen der Bundesbehörden auf dem Gebiete des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes notwendig.

„3. Diese Erweiterung kann, solange nicht eine grundsätzliche Neugestaltung des Beschwerderechtes in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen in Verbindung mit einer Neuorganisation der Betreibungs- und Konkursbehörden vorgenommen wird, nur in der Ausdehnung der Kompetenz des Bundesrates bestehen."

Aus den Protokollen der Jahresversammlung vom 4. und 5. September 1893 ist zu schliessen, dass die Ausführungen der beiden Herren Referenten betreffend die Notwendigkeit einer Neugestaltung des Beschwerderechtes von sämtlichen Anwesenden gebilligt wurden und einzig hinsichtlich der dritten These insofern Meinungsdifferenzen bestanden, als gegenüber dem Vorschlage des Herrn Referenten, es seien die Kompetenzen des Bundesrates zu erweitern, von verschiedenen Seiten die Ansicht geltend gemacht wurde, es sei entweder eine Abteilung des Bundesgerichtes oder eine andere erst noch zu schaffende Behörde als einheitliche Rekursinstanz zu bezeichnen.

Diese Differenzen sind wohl durch die seitherige Entwicklung der Gesetzgebung ausgeglichen worden. Auf Vorschlag des Bundesrates hat die Bundesversammlung ein Gesetz angenommen, durch welches die Kompetenzen, welche das Betreibungsgesetz dem Bundesrate zuerkannt hatte, in der Hauptsache einer neugeschaffenen Kammer des Bundesgerichts übertragen wurden. Damit ist ein fait accompli geschaffen, das für die weitere Behandlung der Frage den Ausschlag

geben wird, und es werden auch die früheren Anhänger der bundesrätlichen Kompetenz der Ansicht zustimmen, dass die von den beiden Herren Referenten angeregte Neuorganisation nur in der Ausdehnung der Kompetenzen des Bundesgerichts bestehen kann.

Die Konnexität der verschiedenen Teile des Gesetzes über Betreibung und Konkurs, die Gleichartigkeit der Materie und die Einheit der Rechtsprechung erfordern, dass die neuen Kompetenzen des Bundesgerichts einer und derselben Kammer übertragen werden (ich verweise auf meine Ausführungen in Abschnitt II). Ebenso wird kein Zweifel darüber walten können, dass die Neuordnung der Verhältnisse sich an die jetzige Organisation der dritten Abteilung, der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, des Bundesgerichts anzuschliessen hat.

Dagegen wird auf jeden Fall diese Organisation einer erheblichen Aenderung bedürfen. Dieselbe erweist sich schon jetzt als mangelhaft.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts besteht nach dem Gesetze vom 28. Juni 1895 aus drei Mitgliedern, von welchen indessen nur zwei ihr ständig angehören, das dritte dagegen und zwar ihr Präsident alle zwei Jahre wechselt. Es hat nämlich der jeweilige Vicepräsident des Bundesgerichts, dessen Amtsdauer zwei Jahre beträgt, von Gesetzes wegen als Vorsitzender der Kammer zu funktionieren. Daneben liegt demselben die Leitung einer andern Abteilung des Gerichtes ob.

Dass eine solche Organisation zu Inkonvenienzen führen muss, bedarf wohl kaum eines Nachweises.

Das Betreibungs- und Konkurswesen bildet eine Spezialität im Rechtsleben, die nicht Jedermanns Sache ist. Auch ist das schweiz. Betreibungsgesetz mit seinen 300 Artikeln anerkanntermassen derart kompliziert und hat infolge dessen schon zu einer so langen Reihe von prinzipiell wichtigen Entscheidungen Anlass gegeben, dass es den ohnehin genugsam mit Arbeit bedachten Mitgliedern der anderen Abteilungen des Bundesgerichts nicht zugemutet werden kann, sich einlässlicher mit den vielen und oft sehr subtilen Fragen dieses

Rechtsgebietes zu befassen und insbesondere die bisherige Praxis des Bundesrates und der bundesgerichtlichen Schuldbetreibungskammer genauer zu verfolgen. Wird zugleich noch berücksichtigt, welche Arbeitslast das präsidierende Mitglied in seiner gleichzeitigen Stellung als Vicepräsident des Gesamtgerichts und als Vorsitzender der I. oder der II. Abteilung zu bewältigen hat, so wird man mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass dieses Mitglied erst nach Ablauf eines erheblichen Teils der zweijährigen Amtsdauer sich in die Geschäfte gründlich hineinarbeitet.

Schon dieser Umstand bildet eine Gefahr für die Rechtsprechung der Schuldbetreibungskammer. Die Gefahr wird dadurch noch erhöht, dass nur zwei ständige Mitglieder sich mit der Ausarbeitung von Referaten befassen. Wird ein Richter, wie dies schon wiederholt vorgekommen ist, durch Krankheit oder andere Hindernisse an der Ausübung seiner Funktionen verhindert, so hält es oft schwer, denselben in genügender Weise durch ein sachkundiges Mitglied einer andern Abteilung zu ersetzen und dieses für Ausarbeitung von Referaten zu gewinnen.

Sehr häufig tritt im weitern an die Richter der Schuldbetreibungskammer die Notwendigkeit heran, in andern Abteilungen des Gerichts als Suppleanten zu funktionieren, und es muss dieser Umstand wiederum nachteilig auf die Erledigung der eigenen Geschäfte zurückwirken. Es kann nicht bestritten werden, dass infolge dieser Verhältnisse die Erledigung der Geschäfte im Schuldbetreibungswesen, wo der Regel nach ein beschleunigtes Verfahren dringend erforderlich ist, sich oft in ungebührlicher Weise verzögert hat.

Zu diesen Momenten tritt die Erwägung hinzu, dass die Bestellung einer Rekursinstanz für Betreibungs- und Konkurssachen aus nur drei Mitgliedern an sich schon ungenügend ist. Vielerorts scheint die Ansicht zu herrschen, dass die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer sich hauptsächlich mit sehr einfachen Fragen von geringem Streitwert zu befassen habe. Dem gegenüber darf wohl auf das Zeugnis aller derjenigen, welche schon in derselben gewirkt haben, abge-

stellt werden, dass die Rekurse im Betreibungswesen gar oft den schwierigsten und subtilsten Fragen rufen, insbesondere wenn die Handhabung des Gesetzes mit den Bedürfnissen des Verkehrslebens in Einklang gebracht werden soll. Ebenso ist es ein Irrtum zu glauben, es handle sich hier nur um Differenzen von geringem Werte. Häufig wird dies allerdings der Fall sein; aber die Entscheide des Bundesgerichts schaffen Recht für alle ähnlichen Fragen und sie können aufs tiefste in die ökonomischen Interessen der Parteien eingreifen. Es kann die Betreibung eine Forderung von 20,000 Fr. und 100,000 Fr. betreffen und demgemäss der Entscheid der Aufsichtsbehörde über die Gültigkeit des Verfahrens, z. B. der Pfändung, Verwertung, sowie über die Zulässigkeit der Anschlusspfändung für den Gläubiger einen ebenso grossen Vermögensverlust oder Gewinn nach sich ziehen. Nicht weniger denkbar ist es, dass die gepfändeten Objekte einen hohen Wert haben und deshalb die Anerkennung oder Aufhebung der Steigerung wie für den Gläubiger, so auch für den Schuldner und den Steigerungskäufer von den allerwichtigsten ökonomischen Folgen begleitet ist.

Aus allen diesen Gründen würde es sich empfehlen, schon vor der angeregten Erweiterung der Kompetenzen die Zahl der Mitglieder des Bundesgerichts resp. der dritten Abteilung um zwei zu vermehren. Es wird diese Vermehrung gleicher Weise im Interesse der Richtigkeit, der Kontinuität und der Raschheit der Rechtssprechung des Bundesgerichts liegen. Allerdings wären die Mitglieder der so verstärkten Kammer durch die Geschäfte, welche zur Zeit in ihre Kompetenz fallen, nicht vollauf in Anspruch genommen. Sie könnten aber mit geringem Nachteil für die rasche Erledigung der Betreibungsrekurse weit mehr als jetzt als Suppleanten zu den Sitzungen der anderen Abteilungen beigezogen und mit Referaten betraut werden. Namentlich diese letztere Möglichkeit wäre für die anderen Richter eine höchst wünschenswerte Erleichterung. Die Erfahrungen der letzten Jahre haben nur zu sehr gezeigt, wie häufig Mitglieder des Bundesgerichtes für längere Zeit an der Ausübung ihrer Funktionen verhindert sind. Statt derselben

können freilich die von der Bundesversammlung gewählten Ersatzmänner einberufen werden; diese Aushilfe besteht aber der Regel nach nur in der Teilnahme an den Sitzungen, nicht in der Erstattung von Referaten. Wenn deshalb die Geschäfte nicht zu lange verschleppt werden sollen, so bleibt zur Zeit nichts übrig, als dass die übrigen, schon genugsam mit Arbeit belasteten Mitglieder die Referate übernehmen, welche den verhinderten Kollegen zugefallen wären. Für solche Fälle wäre es von hohem Werte, wenn die Mitglieder der Schuldbetreibungskammer Aushilfe leisten könnten. Aber auch abgesehen hievon, lässt die Rücksicht auf eine gleichmässige, richtige Anwendung des Gesetzes es als wünschenswert erscheinen, dass in allen Fällen, in welchen Fragen des Betreibungsrechtes für die Erledigung der Geschäfte der anderen Abteilungen von entscheidender Bedeutung sind, die Mitglieder der Schuldbetreibungskammer zur Teilnahme an den Verhandlungen und zur Berichterstattung beigezogen werden. Auf diese Weise könnte die Organisation einer einheitlichen Rekursinstanz im Sinne der Thesen des Herrn Professor von Salis vorbereitet werden.

Wir möchten deshalb eine Vermehrung der Mitgliederzahl des Bundesgerichts um zwei, auch bei Festhaltung der gegenwärtigen Kompetenzverhältnisse, befürworten.

Diese Vermehrung würde jedoch nicht genügen, wenn die von den beiden Referenten von 1893 beantragte Ausdehnung der Kompetenzen der Bundesinstanz zur Verwirklichung käme. In diesem Falle wäre es nötig, der Kammer einen Präsidenten zuzuteilen, der in keiner andern Abteilung mitzuwirken hätte, und die jetzige Organisation in der Weise abzuändern, dass das Bundesgericht neben dem Präsidenten zwei Vizepräsidenten erhielte, und dass die präsidierenden Mitglieder auch bei Beförderung zu einer höheren Stelle in der gleichen Abteilung verbleiben könnten.

Eine weitere Vermehrung der Mitgliederzahl würden wir dagegen nicht für geboten erachten, selbst wenn die Kammer als Berufungsinstanz für civilgerichtliche Urteile, wie

Kollokationsstreitigkeiten und Anfechtungsklagen, eingesetzt würde. Wenn es bis anhin keinen Anstoss erregt hat, dass die Mitglieder des Gerichtes über Betreibungsrekurse entschieden, deren Streitwert sich auf die höchsten Summen beziffert, so wird es auch angehen, einer Kammer von fünf Mitgliedern die Beurteilung der Streitigkeiten civilrechtlicher Natur aus dem Gebiete des Betreibungs- und Konkurswesens anzuvertrauen.

Im Uebrigen sollte für die dritte Abteilung hinsichtlich sämtlicher Fälle, die an sie gelangen, trotz der Erweiterung der Kompetenzen das zur Zeit geltende schriftliche und geheime Verfahren beibehalten werden. Die Schriftlichkeit des Verfahrens rechtfertigt sich vorab durch die Erwägung, dass das durchschnittliche Ergebnis der Betreibungen und Rekurse ohnehin für Schuldner und Gläubiger ein finanziell sehr ungünstiges ist, und deshalb die Mehrkosten vermieden werden sollen, welche eine mündliche Verhandlung in Lausanne den Parteien, zumal denjenigen, welche in der Ost- und Südschweiz domiziliert sind, verursacht. Sie rechtfertigt sich aber ebenso sehr durch die Rücksicht auf eine richtige Rechtsprechung. Wenn der Richter schon vor der Gerichtsverhandlung durch die Parteischriften die Gründe kennen lernen kann, auf welche sich die Berufung und die Beantwortung derselben stützen, so wird dadurch eine grössere Garantie erschöpfender Beratung geschaffen, als wenn diese Gründe ihm erst durch die mündlichen Verhandlungen vor den Gerichtsschranken zur Kenntnis gebracht werden. In letzterem Falle liegt die Gefahr nahe, dass er durch Argumentationen der Parteien oder des Referenten überrascht wird und ihm entscheidende Momente entgehen, welche ihm bei vorgängigem ruhigem Studium der Parteibehauptungen und einer Vergleichung der letzteren mit den Akten nicht entgangen wären und über die er sich nötigenfalls in wissenschaftlichen Werken hätte Rat erholen können.

Eine nennenswerte Verzögerung des Verfahrens wird der Regel nach durch die Schriftlichkeit nicht veranlasst werden; häufig wird sogar die Entscheidung rascher gefällt werden

können, dann nämlich, wenn die Berufungsgründe von vornherein als unhaltbar erscheinen und deshalb von einer Vernehmlassung der Gegenpartei abgesehen werden kann.

Eine sehr wertvolle Garantie für die Gründlichkeit der Beratung bildet sodann die Nichtöffentlichkeit der gerichtlichen Verhandlung. Die schwierigen Geschäfte werden bei der ungezwungenen nicht öffentlichen Beratung weit häufiger, als bei der öffentlichen, zu erneutem Studium der einschlägigen Rechtsfragen zurückgelegt und durch den formloseren, freieren Verlauf der Diskussionen wird oft eine so allseitige Beleuchtung und Abklärung der Verhältnisse ermöglicht, dass sich aus dem ursprünglichen Gegensatze der Ansichten schliesslich eine völlige Uebereinstimmung herausschält. Alle diejenigen Mitglieder des Bundesgerichts, welche schon an den Verhandlungen der Schuldbetreibungskammer teilgenommen haben, werden diesen Vorzug des jetzigen Verfahrens anerkennen.

II.

Die Revision der Gesetzgebung sollte jedoch nicht bei der Schaffung einer einheitlichen Bundesinstanz in Betreibungs- und Konkurssachen stehen bleiben, sondern sich auch auf eine grössere Centralisation des Verfahrens vor den kantonalen Instanzen erstrecken.

Zur Zeit bestehen eine ganze Reihe von Behörden, welche neben den Betreibungs- und Konkursbeamten bei der Anwendung des Betreibungs- und Konkursgesetzes mitzuwirken haben: die Aufsichtsbehörden, die Richter oder Gerichte, welche über Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages oder eines Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung, über Erteilung der Rechtsöffnung, Einstellung der Betreibung gemäss Art. 85 und 107, Geltendmachung des Retentionsrechtes (Art. 284), über die Frage, ob neues Vermögen vorhanden sei (Art. 265), über Konkurseröffnungen etc. zu entscheiden haben, ferner die Behörden, welche für Bewilligung von Arrestbefehlen, Ausweisung von Mietern und für das Nachlassverfahren kompetent sind. Die Fragen, welche

diese verschiedenen Behörden zu behandeln haben, sind aber oft so konnex, dass die Verteilung der Kompetenzen zu unangenehmen Reibungen Anlass geben muss. Ich erlaube mir zum Beweise hiefür nachfolgende Beispiele anzuführen:

Wenn der Schuldner einen gegen ihn erlassenen Zahlungsbefehl bestreiten will, so hat er je nachdem sich seine Einsprache gegen den Ort und die Art der Betreibung oder aber gegen die Rechtsbeständigkeit und Einklagbarkeit der betriebenen Forderung richtet, innert der Frist von zehn Tagen entweder die Aufsichtsbehörde im Wege der Beschwerde anzurufen oder einfach Recht vorzuschlagen. Dieser Doppelspurigkeit sind schon zahlreiche Schuldner zum Opfer gefallen, der eine, indem er wegen unrichtiger Wahl des Ortes oder der Art der Betreibung Recht vorschlug und die rechtzeitige Beschwerdeführung versäumte, der andere, indem er statt des Rechtsvorschlages Beschwerde erhob. Zahlreich sind insbesondere die Fälle, in welchen der Schuldner die Beschwerdeführung gegen Anhebung der Betreibung auf Pfändung für eine pfandversicherte Forderung unterlässt und damit die Vorteile, welche ihm Art. 41 des Gesetzes einräumt, preisgiebt.

Wenn im Wege des ordentlichen Civilprozesses eine Forderung gegen einen Schuldner eingeklagt wird, so kann der Regel nach die Bestreitung der Kompetenz des angerufenen Richters durch eine einfache Erklärung des Beklagten im Wege einer Einrede erfolgen, und es ist sodann Sache des Richters, die Gerichtsstandsfrage zu prüfen und zu entscheiden, insbesondere festzustellen, ob der Beklagte im Gerichtsbezirk domiziliert sei oder in demselben zur Erfüllung der eingeklagten Verbindlichkeit ein Spezialdomizil gewählt habe. Dieses sonst allgemein gültige Prinzip wird durch das Betreibungsgesetz durchbrochen. Die blosse Einrede der Inkompetenz genügt nicht mehr, der Beklagte muss selbst Klage erheben und eine andere Behörde, nicht der Richter, beurteilt die Gerichtsstandsfrage. Es ist sehr fraglich, ob diese Abweichung vom gemeinen Rechte sich rechtfertigt. In mehreren Kantonen der Schweiz galt früher und in vielen aus-

wärtigen Staaten gilt jetzt noch der Grundsatz, dass gegen einen Schuldner die Zwangsvollstreckung nur auf Grundlage einer vorgängigen richterlichen Bewilligung, des titre exécutoire, zulässig ist. Mit Recht ist dieses Prinzip in das schweizerische Betreibungsgesetz nicht aufgenommen, vielmehr der Gläubiger berechtigt erklärt worden, ohne ein weiteres Vorverfahren die Zwangsvollstreckung einzuleiten, weil dem Schuldner zur Abwendung des gegen ihn gerichteten Angriffs das denkbar einfachste Schutzmittel, die blosse unmotivierte Erklärung der Einsprache gegen die Betreibung, zusteht. Nur aus diesem Grunde lässt sich das System des Bundesgesetzes rechtfertigen. Dieser Grund trifft aber nicht mehr zu, wenn die Geltendmachung des bequemen Schutzmittels des Rechtsvorschlages auf einen Teil der Einsprachegründe beschränkt und in Bezug auf einen andern Teil, wie z. B. Unzuständigkeit des Amtes oder unrichtige Wahl der Betreibungsart, versagt wird. Der Schuldner sollte deshalb berechtigt werden, auch die letztgenannten Gründe im Wege einer blossen Erklärung an das Amt geltend zu machen; nur hätte er ausdrücklich anzugeben, ob sich seine Einsprache gegen Art und Ort der Betreibung oder gegen die Forderung selbst richtet, und es wäre dann dem Gläubiger zu ermöglichen, in einem beschleunigten Verfahren, in ähnlicher Weise wie bei Rechtsöffnungsbegehren, die Beseitigung der Einsprache auszuwirken.

Ebenso scheint es mir unrichtig zu sein, dass die Kompetenzen betreffend Feststellung des örtlichen Gerichtsstandes, welche normaler Weise dem Civilprozessrichter zustehen, geändert, auseinandergerissen und unter zwei Amtsstellen verteilt werden, so dass über die gleiche That- und Rechtsfrage bald die Aufsichtsbehörde bald der Civilrichter zu entscheiden hat, je nachdem der Anspruch, gegen welchen sich die Einsprache richtet, im Wege der Betreibung oder der gerichtlichen Klage geltend gemacht wird. Schon oben habe ich angedeutet, wie diese Doppelspurigkeit für den Betriebenen verhängnisvoll werden kann. Ich füge bei, dass die Möglichkeit der Restitution gegenüber einer unverschuldeten Frist-

versäumnis nur für die Fälle des Rechtsvorschlages (Art. 77) nicht aber für das Beschwerdeverfahren vorgesehen ist. Es wird sich sodann auch fragen, wie die Kompetenzen der beiden Behörden sich zu einander verhalten, wenn der Schuldner neben der Zuständigkeit des Betreibungsamtes zugleich die Rechtsbeständigkeit oder Einklagbarkeit der Forderung bestreitet. Ist das Forum, welches der Betriebene infolge Unterlassung der Beschwerdeerhebung oder infolge des Entscheides der Aufsichtsbehörde für das Betreibungsverfahren sich gefallen lassen muss, auch für den Forderungsprozess anzuerkennen, welchen der Gläubiger behufs Durchführung der Betreibung gegen den Schuldner anzuheben hat, vielleicht schon vorher angehoben hat? Soll das Beschwerdeverfahren, das sich bei dem Bestande von drei Instanzen oft viele Monate hinschleppen kann, dem Gerichtsverfahren vorgehen, das vielleicht in kürzester Zeit von einem letztinstanzlichen Richter erledigt werden könnte, soll es den Lauf eines bereits schwebenden Prozesses unterbrechen? Oder sollen Beschwerde- und Gerichtsverfahren nebeneinander hergehen?

Aehnliche Kollisionen können entstehen, wenn es sich um die Frage handelt, ob eine Forderung unversichert oder durch Pfänder gedeckt ist, demnach im Wege der ordentlichen Betreibung auf Pfändung am Wohnort des Schuldners oder im Wege der Betreibung auf Pfandverwertung, sei es am Wohnort oder am Ort der gelegenen Sache, geltend zu machen sei. Richtiger Weise werden diese Differenzen nur durch den Spruch des Richters gelöst werden können.

Zu den Einreden, welche dem Schuldner gegen die Zulässigkeit einer Betreibung zustehen, gehört auch diejenige des Art. 265 betr. das Nichtvorhandensein neuen Vermögens. Dieselbe ist in Wahrheit nichts anderes als ein Rechtsvorschlag im Sinne des Art. 69 Ziff. 3, wonach der Schuldner das Recht des Gläubigers, die betriebene Forderung auf dem Betreibungswege gegen ihn geltend zu machen, innert zehn Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehles bestreiten (Rechtsvorschlag erheben) kann. (Entscheid des Bundesgerichts vom 29. März 1899 in Sachen Nauser & Cie gegen Kreisgerichts-

ausschuss Davos.) Immerhin können auf diese Art von Rechtsvorschlag nicht die Bestimmungen des Gesetzes über Rechtsöffnung angewendet werden; die Zulässigkeit der Betreibung hängt hier wesentlich von der Feststellung einer Thatsache ab und es haben deshalb manche kantonalen Einführungsgesetze das Entscheidungsrecht einer anderen Behörde als dem Rechtsöffnungsrichter überwiesen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Thatfrage erst dann Bedeutung erhält, wenn die Voraussetzungen der Betreibung auf Grundlage eines Konkurs-Verlustscheins zutreffen. Sehr häufig wird dies von den Parteien und den Behörden übersehen. Fehlen aber diese Voraussetzungen, weil die Schuld erst nach Beendigung des Konkursverfahrens entstanden ist oder weil der Verlustschein aus einem blossen Pfändungsverfahren herrührt, so wäre es zweckmässig, wenn die Einrede kurzer Hand durch die Aufsichtsbehörde oder den Rechtsöffnungsrichter abgethan werden könnte. Die Kompetenz des Rechtsöffnungsrichters wäre namentlich für solche Fälle angezeigt, in welchen nicht bloss die Existenz des neuen Vermögens, sondern auch die Rechtsbeständigkeit der Forderung bestritten wird und infolge dessen der Gläubiger in den Fall kommen kann, zur Wahrung seiner Interessen (Anschlusspfändung und Aufrechterhaltung des Arrestbefehles gemäss Art. 278 Abs. 2) innert kürzester Frist neben dem Verfahren zur Beseitigung des mit Hinsicht auf Art. 265 erhobenen Rechtsvorschlages zugleich dasjenige auf Rechtsöffnung einzuleiten. Aus diesen Gründen würde es sich empfehlen, das Entscheidungsrecht über die Frage des neuen Vermögens nicht einer speziellen Behörde, sondern dem Rechtsöffnungsrichter zu übertragen, wie dies denn auch in einer Mehrzahl von Kantonen anstandslos geschieht.

Die Doppelspurigkeit macht sich auch in Bezug auf die Einreden geltend, welche sich auf die Legitimation zur Betreibung beziehen. Wird die Legitimation eines Bevollmächtigten bestritten, so hat die Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren zu entscheiden, richtet sich die Einsprache gegen die Eigenschaft des Betreibenden als Cessionar oder Rechts-

nachfolger des Schuldners, so ist sie durch Rechtsvorschlag geltend zu machen.

Eine eigentümliche Situation schafft Art. 47 des Betreibungsgesetzes. Gemäss dem ersten Satze desselben ist die Betreibung gegen die unter ehelicher Vormundschaft stehende Frau am Wohnorte des Ehemannes zu führen und es sind diesem die Betreibungsurkunden zuzustellen. Eine Verletzung dieser Regel kann im Wege der Beschwerde angefochten und von den Aufsichtsbehörden berichtigt werden. Hievon macht nun Absatz 3 des gleichen Artikels eine Ausnahme für den Fall, dass die betriebene Forderung aus einem gemäss Art. 35 des O. R. bewilligten Geschäftsbetriebe herrührt. Für eine solche Forderung ist die Betreibung gegen die Schuldnerin selbst am Orte des Geschäftsbetriebes zu führen. Nun ist es häufig sehr zweifelhaft und kann vielleicht erst durch ein schwieriges Beweisverfahren festgestellt werden, ob die Voraussetzungen des Art. 35 (Bewilligung des Geschäftsbetriebes durch den Ehemann und Entstehung der Schuld aus dem Geschäftsbetriebe) zutreffen. Die Frage ist wesentlich civilrechtlicher Natur und es kann ihre Lösung tief in die ökonomische Lage nicht bloss der Frau, sondern auch des Ehemannes, der eventuell für die Schuld mit seinem eigenen Vermögen zu haften hat, einschneiden. Demnach wären Einsprachen gegen die Betreibung der Ehefrau für Geschäftsschulden nicht im Beschwerdeverfahren, sondern durch Rechtsvorschlag geltend zu machen. Wie der betriebenen Frau wäre dem Ehemann, der die Voraussetzungen des Art. 47 Abs. 3 bestreitet, das Recht zur Erhebung des Rechtsvorschlages zuzusprechen, und zwar, falls er von der Thatsache der Betreibung erst später Kenntnis erhalten hat, gemäss Art. 77 auch nach Ablauf der zehntägigen Frist. Doch wird die Zulassung des Rechtsvorschlages keine absolute Garantie dafür bieten, dass das Ausnahmeverfahren des Art. 47 Abs. 3 nicht trotzdem auf Ehefrauen Anwendung finde, gegen welche die direkte Betreibung unzulässig ist. Es ist wohl möglich, dass die Ehefrau selbst den Rechtsvorschlag unterlässt, und der Ehemann von der Betreibung erst nach er-

folgter Verwertung Kenntnis erhält. Um der Umgehung des Gesetzes vorzubeugen, hat deshalb das Bundesgericht (Entscheid vom 7. Oktober 1899 in Sachen Olivier-Stucki) den Betreibungsämtern das Recht zuerkannt, wenigstens eine provisorische Prüfung vorzunehmen, ob wirklich die Voraussetzungen des Art. 47 Abs. 3 zutreffen, und je nachdem die Durchführung der Betreibung zu verweigern. Damit ist wieder eine Doppelspurigkeit geschaffen worden, indem über die gleiche Frage der Zulassung oder Ablehnung resp. Aufhebung einer Betreibungsvorkehr bald die Aufsichtsbehörde im Wege des Beschwerdeverfahrens, bald das Gericht im Wege des Civilprozesses entscheidet. Im Weitern erhebt sich die Frage, ob und inwieweit das von dem Richter des angeblichen Geschäftsortes gefällte Urteil gegen den Mann, welcher die Bewilligung des Geschäftsbetriebes oder den Charakter der Schuld als Geschäftsschuld bestreitet, geltend gemacht werden kann, und ob und wie der Bestimmung des Art. 47 Abs. 3 praktische Bedeutung verschafft werden kann, falls das ganze Vermögen der Ehefrau nach dem für die Eheleute geltenden Güterrechte in das Eigentum des Ehemannes übergegangen ist, die Frau somit kein eigenes pfändbares Vermögen besitzt. Sollte nicht wenigstens das im Geschäfte der Frau angelegte oder demselben entstammende Vermögen direkt für die Geschäftsschulden der Frau gepfändet werden dürfen? Die Bestimmungen des Art. 47 des Betreibungsgesetzes sowie Art. 34 und 35 des Obligationenrechtes sind meines Erachtens ungenügend und sollten entsprechend modifiziert resp. ergänzt werden.

Abgesehen von den soeben behandelten Einreden gegen die Zulässigkeit der Betreibung kann die Fortsetzung des Verfahrens auch durch Verfügung des Richters gehemmt werden. Art. 85 sieht diese Möglichkeit vor, wenn der Schuldner durch Urkunde beweist, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt oder gestundet worden ist. Dagegen erscheint es fraglich, ob der Richter auch noch in anderen Fällen die Einstellung verfügen kann. Die Frage wird bejaht werden müssen, wenn gegen das gerichtliche Ur-

teil, durch welches die Rechtsbeständigkeit oder Einklagbarkeit der betriebenen Forderung anerkannt wurde, ein Revisionsverfahren eingeleitet worden ist und der Revisionsrichter es für angemessen erachtet, den Vollzug des angefochtenen Urteils zu sistieren. In einem solchen Falle wird unbedingt auch die von ihm angeordnete Einstellung der Betreibung von den Betreibungsämtern beachtet werden müssen. Schon wiederholt ist jedoch von Gerichten versucht worden, aus anderen, teilweise recht unverständlichen Gründen den Gang des Verfahrens zu hemmen. Namentlich liegt ein solcher Eingriff in die Betreibung nahe, wenn der Schuldner die Frist für Erhebung des Rechtsvorschlages versäumt hat und nun sein Versehen dadurch gutzumachen versucht, dass er gegen den Gläubiger Klage auf Aberkennung der betriebenen Forderung einleitet und von dem Richter Einstellung der Betreibung während des Prozesses verlangt. Nach der Praxis der Schuldbetreibungskammer ist ein solches Begehren unzulässig. Der betriebene Schuldner kann die Bestreitungsgründe, welche ihm schon während der zehntägigen Frist für Erhebung des Rechtsvorschlages zu Gebote standen, nachher nur noch in den Fällen der Art. 77 und 85 oder im Rückforderungsprozesse nach Art. 86 geltend machen. Anders verhält es sich mit Gründen, die erst nach Ablauf der Bestreitungsfrist entstanden sind. Für diese wird der Richter den nachträglichen Rechtsvorschlag bewilligen dürfen, da offenbar der Schuldner nicht in der Lage war, sie früher geltend zu machen. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn der Betriebene nachträglich eine Gegenforderung erwirbt oder schon vor der Durchführung des Betreibungsverfahrens und vor dem Beginn der in Art. 86 für die Rückforderungsklage angesetzten Frist ein Urteil auswirkt, welches die Ungültigkeit der betriebenen Forderung ausspricht. Wenn aber der Richter in gesetzwidriger Weise eine Einstellung der Betreibung anbefiehlt, so erhebt sich die Frage, wie sich das Betreibungsamt oder die Aufsichtsbehörde hierzu zu verhalten haben. Müssen sie den rechtswidrigen Eingriff anerkennen und den benachteiligten Gläubiger auf den Weg der Be-

schwerde oder der Berufung an die obere Gerichtsinstanz verweisen oder dürfen sie den richterlichen Entscheid als für sie unverbindlich betrachten? Der Regel nach haben Betreibungsämter und Aufsichtsbehörden sich hinsichtlich der Begehren der Gläubiger auf Fortsetzung der gerichtlich eingestellten Betreibungen als inkompetent erklärt und es mag so schon mancher Betreibende in arge Verlegenheit geraten sein. Das Bundesgericht hat nun freilich ausgesprochen, dass die Betreibungsbehörden rechtswidrige Massnahmen der Gerichte nicht anzuerkennen haben, und demgemäss den Betreibungsbeamten den Auftrag gegeben, in solchen Fällen die Betreibung ohne weiteres fortzusetzen. Dass aber damit eine richtige Lösung der Differenzen gegeben sei, wird niemand behaupten wollen. Stets werden die Gesetzes- und Rechtsunkundigen darüber in Ungewissheit bleiben, welche Behörden sie zur Abwehr solcher richterlicher Uebergriffe anzurufen haben.

Auch im Pfändungsverfahren macht sich die Doppelspurigkeit oft fühlbar. Allgemein ist anerkannt, dass die Aufsichtsbehörden über die Pfändbarkeit der Vermögensgegenstände des Schuldners zu entscheiden haben. Dieser Grundsatz wird der Regel nach keine Schwierigkeiten bereiten. Doch ist es nicht ausgeschlossen, dass sich bei Prüfung der Kompetenzqualität gewisser Objekte rein civilrechtliche Fragen erheben, die richtiger vom Richter als von der Aufsichtsbehörde entschieden würden. Zu den Kompetenzstücken, welche in Art. 92 aufgezählt sind, gehören auch die gemäss Art. 521 des Obligationenrechts als unpfändbar bestellten Leibrenten. Es können ferner, wie die dritte Abteilung des Bundesgerichts entschieden hat, durch Verfügung Dritter noch andere Vermögensobjekte des Schuldners der Pfändbarkeit entzogen werden. Ob nun aber die Rente, um deren Pfändung es sich handelt, als eine Leibrente im Sinne des Art. 92, Ziff. 7 sich darstelle, ob die Verfügung des Dritten rechtsgültig sei, das sind wesentlich civilrechtliche Fragen, zu deren Lösung sogar ein Beweisverfahren nötig werden kann. Andererseits ist die Pfändung dieser Objekte durch das Betreibungsamt eine Verfügung im Sinne des Art. 17, gegen welche nirgends der Weg

der gerichtlichen Klage vorgesehen, daher das Beschwerdeverfahren zulässig ist. Auch hier fragt es sich wieder, wie sich die Kompetenzen der Aufsichtsbehörde und des Civilrichters zu einander verhalten. Eine ähnliche Frage kann sich erheben betr. die Uebertragbarkeit gepfändeter Rechte. Nur übertragbare, nicht rein persönliche Rechte können Gegenstand der Pfändung sein. Die Uebertragbarkeit wird sich nun teils nach dem civilen, teils nach dem öffentlichen Rechte des Bundes und der Kantone bestimmen, zugleich aber ist zu prüfen, ob das einschlägige Recht nicht mit dem eidgenössischen Betreibungsgesetz im Widerspruch steht. Nach dem kantonalen Gesetze mag es z. B. dem Erblasser gestattet sein, dem Erben die Veräusserung gewisser Teile der Erbschaft zu untersagen. Die Schuldbetreibungskammer hat erkannt, dass ein solches Veräusserungsverbot die Unpfändbarkeit bewirken kann, falls dasselbe den Schuldner faktisch ausser Stand setzt, das Objekt an einen Dritten zu tradieren und hierdurch einen Eigentumsübergang zu bewirken. Belässt dagegen die testatorische Verfügung dem Erben die Möglichkeit, das Eigentum an dem Objekte in gültiger Weise an einen Dritten zu übertragen, so wäre nach dem erwähnten Entscheide eine Unpfändbarkeit nicht anzunehmen.

Neben die Frage, ob das Betreibungsgesetz den Ausschluss der Pfändbarkeit durch civilrechtliche Verfügung gestattet, tritt dann noch die weitere, ob diese Verfügung vom Standpunkte des Civilrechts aus gültig ist. Wesentlich civilrechtlicher Natur ist ferner die Frage, ob ein Recht höchst persönlich oder seiner Natur nach nicht übertragbar sei. Aus diesem Grunde hat die Schuldbetreibungskammer (Entscheid vom 20. Dezember 1898 in Sachen Wälchli) die Pfändung eines Noterbenrechtes lediglich provisorisch gestattet, mit dem Vorbehalte, dass die Frage der Pfändbarkeit, weil civilrechtlicher Natur, endgültig durch den Civilrichter zu entscheiden sei.

Auch die Anwendung des Art. 92, Ziff. 10 kann die Lösung civilrechtlicher Fragen erfordern. Dort ist bestimmt, dass Kapitalbeträge, welche als Entschädigung für Körper-

verletzung oder Gesundheitsstörung dem Betroffenen geschuldet werden oder ausbezahlt wurden, unpfändbar sind. Nach der Auffassung des Bundesgerichts muss sich die Unpfändbarkeit auf die Vermögensobjekte ausdehnen, welche nachweisbar aus unpfändbaren Kapitalbeträgen von dem Schuldner angeschafft worden sind. Ob diese Voraussetzung zutrifft, darüber hat bis anhin die Aufsichtsbehörde entschieden. Es erscheint aber auch hier zweifelhaft, ob nicht die Kompetenz besser dem Gerichte zugeschieden würde, das im Fall wäre, die erheblichen Thatsachen durch ein ordnungsgemässes Beweisverfahren festzustellen. Die Berechtigung der Aufsichtsbehörden zur Anordnung und Durchführung eines Beweisverfahrens ist im Gesetze nicht vorgesehen.

Umgekehrt ist es auch denkbar, dass der Richter die Pfändbarkeit eines Objektes zu prüfen hat. Laut Art. 272 hat die zuständige Behörde des Ortes, wo sich das Vermögensobjekt befindet, über die Bewilligung des Arrestes zu entscheiden. Der Vollzug des Arrestes dagegen soll in Gemässheit der in den Artikeln 91—109 aufgestellten Vorschriften stattfinden, und über die hierbei von den Betreibungsämtern getroffenen Verfügungen ist der Rekurs an die Aufsichtsbehörden gestattet. Ein ähnliches Verhältnis findet statt in den Fällen des Art. 284. Der Richter entscheidet über die grundsätzliche Frage des Retentionsrechtes, das Betreibungsamt und eventuell die Aufsichtsbehörde über die Pfändbarkeit. Wenn nun die Arrestbehörde oder der Retentionsrichter, sei es infolge des Protestes des Schuldners, sei es von sich aus, findet, dass das Objekt, dessen Beschlagnahme, Retention oder Zurückbringung verlangt wird, offenbar unpfändbar ist, so sollte derselbe zur Vermeidung weiterer Umtriebe und Schädigungen der Parteien berechtigt erklärt werden, die Beschlagnahme zu verweigern. Nach dem jetzt geltenden Rechte würde er dies nicht thun dürfen, weil die Aufsichtsbehörden in Sachen kompetent sind und vielleicht hinsichtlich des scheinbar liquiden Punktes einen ganz andern Standpunkt einnehmen. Thut er es aber, wie ist dann sein Vorgehen zu berichtigen? —

Weitere Kollisionen zwischen den Kompetenzen der Aufsichtsbehörden und dem Gerichte sind im Verwertungsverfahren möglich. Der Steigerungsakt ist ein Kaufgeschäft, über dessen Interpretation der Richter zu entscheiden hat und dessen Erfüllung durch den Steigerer die Masse nur dann verlangen kann, wenn sie zu der vertraglichen Gegenleistung bereit ist. Andererseits schreibt das Gesetz (Art. 143 resp. Art. 156) vor, dass der Kauf rückgängig zu machen und eine neue Versteigerung anzuordnen ist, falls der Steigerer seine Verbindlichkeiten nicht rechtzeitig erfüllt. Wenn nun die Nichtzahlung des Kaufpreises dadurch veranlasst ist, dass dem Begehren des Käufers auf Erfüllung der vertraglichen Gegenleistung nicht Genüge geleistet wird, wie z. B. in einem Falle, welcher der zweiten Abteilung des Bundesgerichts vorlag, wo dem Käufer die Herausgabe der Schlüssel zu den versteigerten Gebäulichkeiten verweigert wurde, so kann offenbar die Vorschrift des Art. 143 nicht ohne Weiteres zur Anwendung kommen. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob der Käufer nicht mit Recht die vorgängige Erfüllung seiner Verbindlichkeit ablehnt. Zu diesem Ende kann ein Entscheid über die rein civilrechtliche Frage der beiderseitigen Verbindlichkeiten erforderlich werden.

Auch über die Gültigkeit der Steigerung selbst wird der Civilrichter zu entscheiden haben, sofern Mängel in der Willensübereinstimmung der Parteien betreffend den Inhalt des Kaufvertrages zu Tage treten (Unzurechnungsfähigkeit des Steigerers, wesentlicher Irrtum). Dagegen wird die Gültigkeit des gleichen Rechtsaktes durch die Aufsichtsbehörde zu beurteilen sein, wenn das Verwertungsverfahren wegen formeller Mängel angefochten wird (Nichtbeobachtung der Fristen der Artikel 116, 122 und 138; Nichtauflage der Steigerungsbedingungen; ungenügende Publikation; Unterlassung der Zustellung eines Exemplars der Bekanntmachung gemäss Art. 139; Nichterstellung oder Nichtmitteilung des Lastenverzeichnisses (Artikel 140); Zuschlag unter dem Schätzungspreise oder unter dem Betrage der dem Betreibenden vorausgehenden pfandversicherten Forderungen). Dabei

erhebt sich auch die Frage, welchen Einfluss die Aufhebung der Steigerung durch die Aufsichtsbehörde auf die durch das Kaufgeschäft begründete Rechtsstellung des Käufers ausübt. Muss der Steigerer die ersteigerte Ware (z. B. auch den Betrag einer einkassierten Forderung) gegen Ersatz des Kaufpreises und allfälliger Kosten für Transport, Aufbewahrung, Inkasso, zurückerstatten oder kann er sich auf die Bestimmungen des Obligationenrechtes berufen, welche den gutgläubigen Erwerber einer Sache gegenüber Vindikationen sichern? Die Schuldbetreibungskammer hat erkannt, dass hierüber der Civilrichter zu entscheiden habe; letzterer hat aber meines Wissens die Frage noch nicht gelöst.

Zu den Gründen, welche die Aufhebung des Steigerungskaufes rechtfertigen, gehört auch die Verletzung der Vorschrift des Art. 11, welche den Beamten und Angestellten des Betreibungs- und Konkursamtes untersagt, für ihre Rechnung bezüglich einer vom Amte einzutreibenden Forderung oder eines von ihnen zu verwertenden Gegenstandes mit irgend Jemand Rechtsgeschäfte abzuschliessen, und Rechtshandlungen, welche dem Verbote zuwiderlaufen, für ungültig erklärt. Auch hier erscheint es zweifelhaft, welcher Behörde die Lösung allfälliger Anstände zufällt. Der Bundesrat hat in dem Falle Tanner (Archiv III, 1) die Kompetenz den Aufsichtsbehörden zugesprochen und die dritte Abteilung des Bundesgerichts hat nach langen Beratungen sich diesem Entscheide angeschlossen. Man kann aber mit gutem Grunde den Standpunkt verteidigen, dass die Nichtigkeit von Rechtshandlungen eines Beamten, welche sich nicht als eigentliche Amtshandlungen darstellen, nur von dem Gerichte ausgesprochen werden dürfe. Die Kompetenz des Richters wird sich namentlich dann rechtfertigen, wenn das angefochtene Rechtsgeschäft auf den Namen eines Dritten abgeschlossen worden ist, und dieser daran festhält, dass er selbst Vertragskontrahent und nicht blosser Strohmann des Beamten sei. Zur Illustration der Frage hebe ich folgenden Fall hervor, der Gegenstand eines Rekursverfahrens vor den Aufsichtsbehörden des Kantons Luzern gewesen ist: Als bei einer Steigerung ein Kaufliebhaber

Miene machte, sich nicht weiter an der Steigerung zu beteiligen, wurde er von dem amtlichen Ausrufer zu neuen Angeboten ermuntert, indem dieser ihm zurief, er werde mit ihm in den Kauf eintreten. Der so Aufgeforderte machte dann wirklich das höchste Angebot und erhielt auf seinen Namen den Zuschlag; letzterer wurde aber wegen Beteiligung des Amtsangestellten an der Steigerung als ungültig angefochten.

Nur der Richter wird im Falle sein, die thatsächlichen Verhältnisse, welche für die Beurteilung solcher Fälle entscheidend sind, durch ein ordnungsgemässes Beweisverfahren festzustellen. Andererseits wäre es in hohem Grade unzweckmässig, wenn ein Rechtsgeschäft, an welchem sich ein Beamter oder Angestellter beteiligt hat, unter allen Umständen aufgehoben werden müsste; es kann die Aufrechterhaltung geradezu im höchsten Interesse der Gläubiger und des Schuldners liegen. Es sollte deshalb, wenn ein Betreibungs- oder Konkursamt oder eine Aufsichtsbehörde die Aufhebung eines Steigerungsaktes für eine Schädigung der Interessen der Beteiligten erachtet, die Anhebung der Nichtigkeitsklage bei dem Gerichte verhindert werden können. Freilich können neben dem Schuldner und Gläubiger auch noch andere Personen an der Frage der Gültigkeit eines Zuschlages interessiert sein, nämlich die übrigen Steigerungsbieter, deren Angebote wegen der Beteiligung des Beamten an der Steigerung nicht zur Geltung gekommen sind. Diese Dritten werden aber höchstens dann klageberechtigt erscheinen, wenn durch ein weiteres rechtswidriges Verhalten des Beamten während der Steigerung ihre Rechtsstellung als Mitbieter beeinträchtigt worden ist.

Es ist z. B. möglich, dass der Beamte die übrigen Kaufliebhaber von höheren Angeboten abhält, indem er sie über die Identität oder Natur eines zum Ausrufe gebrachten Gegenstandes täuscht, oder indem er das betreffende Angebot verheimlicht oder den Betrag so leise oder unverständlich nennt, dass der wirkliche Sachverhalt den anderen Personen entgeht, oder indem er den Zuschlag zu rasch erklärt. In diesen

Fällen könnte dem Interesse des Mitbieters an der Aufhebung des Zuschlages dadurch Rechnung getragen werden, dass das Steigerungsverfahren wegen seiner Mangelhaftigkeit durch die Aufsichtsbehörden kassiert wird. Aber ein Recht auf die Kassation wird der Dritte nicht beanspruchen können, wenn die Aufrechterhaltung des Zuschlages den Interessen der Gläubiger und des Schuldners dient. Nur dann wird ein Mitbieter den Zuschlag an den Beamten oder Angestellten anfechten können, wenn er behauptet, selbst das höchste Angebot gemacht zu haben. In diesem Falle wird er sein durch den Zuschlag erworbenes Recht gegenüber dem falschen Höchstbieter im Wege des Civilprozesses geltend machen können und zwar sogar gegen das Interesse der Gläubiger und des Schuldners. Ist seine Behauptung richtig, so kann Art. 11 gar nicht zur Anwendung kommen, weil ein Rechtsgeschäft zu Gunsten des Beamten ohnehin nicht besteht. Die Beteiligung des letzteren am Prozesse wird nur die Wirkung haben, dass seine Aussagen nicht mehr amtliche Glaubwürdigkeit beanspruchen können. Ist dagegen das Angebot, auf welches der Zuschlag erfolgte, dasjenige des Angestellten oder Beamten gewesen, so sollten das Amt oder die Aufsichtsbehörde zu entscheiden haben, ob die Aufhebung des Zuschlages im Interesse der Beteiligten liege, und nur mit ihrer Einwilligung eine Nichtigkeitsklage gegen den Beamten eingeleitet werden dürfen.

Diese Erörterungen führen mich zu einem weiteren Gebiete, wo es sich fragen kann, ob nicht dem richterlichen Entscheide ein Verfahren vor der Aufsichtsbehörde vorhergehen sollte. Dasselbe betrifft die Verantwortlichkeitsklage gegen die Beamten und Angestellten der Betreibungs- und Konkursämter. Es ist in erster Linie Sache der Aufsichtsbehörden, darüber zu entscheiden, ob eine Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes rechtswidrig oder unangemessen sei, und je nach dem Entscheid die Aufhebung oder Berichtigung einer angefochtenen Handlung anzuordnen. Ist jedoch letzteres nicht mehr möglich, weil die Schädigung schon vorher eingetreten ist, so steht der benachteiligten

Partei die Verantwortlichkeitsklage offen. Diese Klage ist direkt bei dem zuständigen Richter einzuleiten, ohne dass vorher der Aufsichtsbehörde Gelegenheit zu geben wäre, sich über die Rechtsmässigkeit oder Angemessenheit der Massnahmen auszusprechen, auf welche sich die gerichtliche Klage bezieht. Es wird so der Beamte gerade da, wo seine höchsten Interessen auf dem Spiele stehen, dem Gerichtsstande der ex professo zur Beurteilung der entscheidenden Fragen berufenen Behörde entzogen und einer anderen ausgeliefert, die mit dem einschlägigen Rechte weit weniger vertraut ist, und es ist die Gefahr nicht ausgeschlossen, dass der Beklagte für Handlungen verantwortlich gemacht wird, welche im Beschwerdeverfahren für gesetzmässig und angemessen erklärt worden wären.

In sehr fühlbarem Masse macht sich die Zerreissung der Kompetenzen hinsichtlich des Verfahrens bemerkbar, durch welches das Anrecht eines Gläubigers auf Teilnahme an dem Ergebnis einer betreibungs- oder konkursrechtlichen Vermögensliquidation festgestellt wird. Im Konkurse unterscheidet das Gesetz ganz speziell zwischen Kollokationsplan und Verteilungsliste. Ersterer bezeichnet die von dem Konkursverwalter zur Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zugelassenen Forderungen, deren Betrag und Rang, und ist durch Erhebung gerichtlicher Klage anzufechten. Die Verteilungsliste dagegen scheidet gemäss den Bestimmungen des Kollokationsplans den rechtsgültig kollocierten Forderungen ihren genau bezifferten Anteil aus dem Verwertungsergebnisse zu; sie stellt sich dar als das Resultat einer Rechnungsoperation, deren Berichtigung im Beschwerdewege von den Aufsichtsbehörden zu verlangen ist. So richtig in der Theorie diese Trennung des Verfahrens erscheinen mag, so wenig hat sie sich in der Praxis bewährt. Nicht bloss weil die Parteien in den Fall kommen können, kostspielige Kollokationsprozesse zu führen, die sich später als völlig wertlos herausstellen, falls die Verteilungsliste für die streitige Forderung keine Dividende erzeigt, sondern ebensosehr auch weil die Trennung der Funktionen der Aufsichts- und Gerichtsbehörden

nicht immer streng durchzuführen ist. Schon häufig hat es sich bei Erstellung der Verteilungsliste ergeben, dass der Kollokationsplan an Unklarheiten und Zweideutigkeiten leidet, die vorher nicht zu Tage traten und die deshalb auch nicht im Wege der Berufung oder Revision gegen das Kollokationsurteil beseitigt werden konnten. Der Bundesrat hat für solche Fälle den Konkursämtern resp. den Aufsichtsbehörden das Recht zugesprochen, die bestehenden Differenzen von sich aus zu lösen und dem entsprechend die Verteilung vorzunehmen. Umgekehrt hat das Bundesgericht den Standpunkt eingenommen, dass der unklare oder zweideutige Kollokationsplan vom Amte klarzustellen und sodann unter Ansetzung einer neuen Bestreitungsfrist nochmals aufzulegen sei. Je nach den Umständen wird deshalb eine Partei den Kollokationsplan durch gerichtliche Klage anfechten oder aber zuerst Klarstellung desselben im Wege des Beschwerdeverfahrens verlangen können. Ist aber der Kollokationsplan durch das gerichtliche Urteil unklar geworden, so wird das Gericht um Erläuterung anzugehen sein; doch ist es auch hier möglich, dass die Unklarheit erst infolge der Erstellung und Auflegung der Verteilungsliste bemerkt wird. Schwieriger kann die Sache noch werden, wenn das Gericht auf Grundlage eines zweideutigen Planes ein Urteil gefällt hat. Es ist dabei nicht ausgeschlossen, dass das Gericht eine ganz andere Auffassung von der Sachlage hat als das Amt und einen Standpunkt für selbstverständlich erachtet, den das Amt und die Aufsichtsbehörde als falsch verwerfen. Zur Beseitigung dieser Schwierigkeiten sollten Kollokationsplan und Verteilungsliste verschmolzen werden. Erst durch die zahlengemässe Bezeichnung der Beträge, welche den einzelnen Gläubigern zugeschieden werden, wird volle Klarheit über die Bedeutung der Kollokation geschaffen. Die blosse Verschmelzung von Kollokationsplan und Verteilungsliste genügt jedoch nicht. Dieselbe findet sich zur Zeit schon vorgesehen für die Fälle des Art. 146; aber die Praxis nimmt an, dass trotzdem zur Berichtigung des Planes bald der Richter bald die Aufsichtsbehörde anzurufen sei, je nachdem es sich um Rechtsbeständigkeit, Höhe

und Rang der Forderung oder um einen Rechnungsfehler handelt. Dazu kommt, dass der Kollokationsplan im Betreibungs- und Konkursverfahren auch noch wegen Missachtung der für die Erstellung desselben bestehenden formellen Vorschriften angefochten werden kann, z. B. weil er nicht von dem richtigen Beamten ausgefertigt oder nicht gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 4 dem Gläubigerausschusse zur Genehmigung zugestellt worden ist, oder weil bei der Gruppenpfändung der Beamte die Forderung eines Gruppengläubigers nur für einen Teil oder gar nicht zur Kollokation zugelassen hat.

Als letztes Beispiel für die zur Zeit im Gebiete des Betreibungs- und Konkurswesens herrschende Zersplitterung der Kompetenzen erwähne ich den Unterschied, welchen das Gesetz zwischen den Konkursgerichten und den Nachlassbehörden aufstellt. Nachlassverfahren und Konkurs sind in vielfacher Hinsicht einander analog und es kann sich das Nachlassverfahren sogar innerhalb des Konkursverfahrens abspielen, in welchem Falle das Konkursgericht an die Stelle der Nachlassbehörde tritt (Art. 317). Schon aus diesem Grunde sollten die Funktionen der beiden Behörden mit einander verschmolzen werden. Die Verschmelzung wäre aber auch deshalb wünschenswert, weil sie die Bekämpfung von Gesetzesverletzungen, wie solche in dem folgenden Satze aufgezählt sind, erleichtern würde.

Wiederholt sind an das Bundesgericht Beschwerden eingegangen, weil eine Nachlassbehörde, nachdem schon der Konkurs über den Schuldner eröffnet worden war, in gesetzwidriger Missachtung dieser Thatsache die Einleitung des Nachlassverfahrens ausserhalb des Konkurses im Sinne von Art. 293 ff. und Stundung jedes weiteren Betreibungsverfahrens gegen den Schuldner angeordnet hat. Ebenso ist es vorgekommen, dass eine Stundung bewilligt wurde, bevor der Schuldner der ihm durch Art. 293 überbundenen Verpflichtung nachgekommen war. Nach den Ergebnissen der Betreibungsstatistik pro 1897 ist ferner anzunehmen, dass in zahllosen Fällen bereits gefällte Konkurserkenntnisse wegen Rückzugs des Konkursbegehrens oder Befriedigung des Gläubigers ent-

gegen dem Willen des Gesetzes wieder aufgehoben oder wenigstens den Konkursbeamten nicht mitgeteilt worden sind. Infolge dieser Verhältnisse haben die Betreibungs- und Konkursämter die Durchführung ihrer Funktionen unterlassen und die kantonalen Aufsichtsbehörden haben der Regel nach diesen Standpunkt der Aemter geschützt, weil sie sich durch das Vorgehen der Konkursgerichte oder Nachlassbehörden für gebunden erachteten. So ist das Bundesgericht wiederholt dazu gekommen, den Aemtern den Auftrag zu erteilen, trotz des Vorgehens der Konkursgerichte und Nachlassbehörden, das bei ihnen eingeleitete Verfahren fortzusetzen. Selbstverständlich sind dies keine eines geordneten Rechtsstaates würdige Verhältnisse und manch ein Gläubiger mag in bittere Verlegenheit gekommen sein, wenn er sich über die von ihm zum Schutze seines verletzten Rechtes zu ergreifenden Mittel schlüssig machen musste.

Die aufgezählten Beispiele werden genügen, um darzuthun, wie viele fatale Reibungen und Schädigungen aus der derzeitigen Zersplitterung der Kompetenzen der Behörden im Betreibungsrechte entstehen können, und wie nötig es wäre, die Kompetenzen mehr zu konzentrieren. Insbesondere wird man sich fragen müssen, wie vorzugehen sei, wenn civil- und betreibungsrechtliche Fragen in einander übergreifen. Das Bundesgericht hat bei seinem Entscheide betreffend die Pfändbarkeit des Noterbenrechtes die Lösung der Schwierigkeit darin gefunden, dass es die Pfändung provisorisch zuliess, die definitive Entscheidung der Frage aber dem Civilrichter überwies. In dem gegebenen Falle war die Hinüberleitung an den Richter zum ordentlichen Prozessverfahren möglich. Der Erwerber des gepfändeten Noterbenrechtes hatte dieses gegen die übrigen Erben geltend zu machen; letzteren stand dann die Einrede zu, der Kläger sei zur Geltendmachung der Klage gar nicht legitimiert, weil das Recht nicht gültig an ihn habe übertragen werden können. Dagegen ist dieses Verfahren nicht anwendbar für die Anstände, die sich zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner betreffend die Pfändbarkeit von Sachen ergeben. Für diese ist meines Erachtens

die richtige Lösung nur darin zu finden, dass die Funktionen der Gerichte und der Aufsichtsbehörden mit einander verschmolzen werden. Und so werden auch die anderen Differenzen, auf die ich aufmerksam gemacht habe, kaum anders ausgeglichen werden können, als durch Vereinigung der Kompetenzen in der Hand einer und derselben Behörde.

Insbesondere wäre es wohl zweckmässig, wenn für Beschwerde- und Berufungsverfahren eine einheitliche, gerichtliche Oberinstanz, ein oberes Betreibungs- und Konkursgericht in den Kantonen bestellt würde, so dass sich die Parteien nicht mehr den Kopf zerbrechen müssten, um zu wissen, an wen sie sich zum Schutze ihrer Rechte zu wenden haben. Diese Oberinstanz sollte allerdings einen Teil der Funktionen an ein einzelnes Mitglied oder einen Ausschuss delegieren können; aber nach aussen wäre die Einheit zu wahren. Unbenommen bliebe dabei den Kantonen das Recht, diese Oberinstanz mit ihrem obersten kantonalen Gerichte zu verschmelzen.

III.

In vielen Fällen schreibt das Bundesgesetz die Erhebung der gerichtlichen Klage vor, begnügt sich dann aber damit, die Frist für Vornahme der Rechtshandlung festzustellen, sowie für gewisse Streitsachen eine Beschleunigung des Verfahrens anzuordnen, und überlässt im übrigen die Bezeichnung der Gerichte, welche die Klage zu beurteilen haben, sowie die Ordnung des Prozessganges den Kantonen. Es erklärt sich diese Haltung von selbst aus dem Mangel eidgenössischer Gerichtsinstanzen und es werden die Inkonvenienzen, die sich hieraus ergeben, bis nach Inkrafttreten einer einheitlichen Gerichtsverfassung und Civilprozessordnung nicht zu vermeiden sein. Eine für die ganze Schweiz bedenkliche Folge dieses Zustandes muss jedoch jetzt schon hervorgehoben und zur Beseitigung derselben eine entsprechende Aenderung des Gesetzes empfohlen werden.

Der Uebelstand betrifft die Verschiedenartigkeit der kantonalen Gesetzesbestimmungen betreffend die Form der

Klageerhebung. In dem einen Kanton erfolgt die Prozesseinleitung durch direkte Abgabe des Klagebegehrens an das zuständige Gericht, in dem andern durch die Einleitung oder Abhaltung des Vermittlungsverfahrens, in einem dritten durch Zustellung einer Klageschrift an die Gegenpartei. Wie ist nun unter solchen Umständen der Ausdruck des Betreibungsgesetzes „Erhebung der Klage“ zu verstehen? Will das Gesetz, dass innert der von ihm angesetzten Frist das Klagebegehren direkt bei dem zuständigen Gerichte anzubringen sei, oder aber dass der Kläger gemäss den einschlägigen Bestimmungen der kantonalen Prozessordnungen die Streithängigkeit zu bewirken habe? Das Bundesgericht hat sich für die zweite Alternative ausgesprochen und es ergiebt sich hieraus, dass in den verschiedenen Kantonen der bundesrechtliche Begriff der Klageerhebung eine verschiedene Bedeutung hat und die Dauer der Frist sehr verschieden bemessen ist. Ich hebe namentlich folgenden Punkt hervor. Nach den Vorschriften des Kantons Waadt wird die Streithängigkeit dadurch begründet, dass dem Beklagten durch den Gerichtsweibel eine, von dem Gerichtspräsidenten mit der Bewilligungsklausel versehene Klageschrift übermittelt wird. Um die Klage in richtiger Form erheben zu können, hat der Kläger in erster Linie den Richter um Anbringung der Bewilligung auf der Urkunde anzugehen und sodann letztere dem Gerichtsweibel zur Uebermittlung an den Beklagten zuzustellen. Die vorgängige Erfüllung dieser Vorbereitungshandlungen wird, namentlich wenn Gerichtspräsident und Weibel in weiter Entfernung von einander wohnen, den Kläger nötigen, schon einige Zeit vor Ablauf der (z. B. nach Art. 250 zehntägigen) Klagefrist, Rechtshandlungen vorzunehmen, während er sich in anderen Kantonen damit begnügen kann, am letzten Tage der Frist, unmittelbar vor sechs Uhr Abends, ein an das zuständige Gericht adressiertes Klagebegehren der Post zu übergeben. Ein solcher Zustand ist nicht bloss deshalb bedauerlich, weil er das Prinzip der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze verletzt, sondern auch, weil er zu grossem materiellen Unrechte führen kann. Die von dem

eidgenössischen Gesetze aufgestellte Klagefrist hat offenbar nicht bloss den Zweck, dem Kläger die Erfüllung der für die Prozesseinleitung nötigen Formalitäten zu erleichtern, sondern sie will ihm auch eine gewisse Zeit zur Prüfung der Sachlage und zur Entschliessung betreffend Uebernahme des Prozessrisikos einräumen, sie will ihm namentlich ermöglichen, die nötigen Erkundigungen darüber einzuziehen, welches Gericht in Sachen zuständig ist, welche Vorschriften für Einleitung und Durchführung des Prozesses zu erfüllen sind, welchem Vertreter er die Klageführung übergeben kann, wie die Vollmacht für diesen auszustellen ist. Ein Gesetz, welches wie das Bundesgesetz den Gläubigern ermöglichen will, selbst und ohne Zuzug von Agenten Forderungen in dem ganzen Gebiete der Schweiz einzutreiben, muss auch den Schwierigkeiten Rechnung tragen, welche der Betreibung in anderen Kantonen aus der Verschiedenartigkeit der kantonalen Prozessgesetze erwachsen. Dieser Zweck der einheitlichen Fristansetzung wird jedoch beeinträchtigt, wenn schon vor Ablauf der Frist gewisse Rechtshandlungen vorzunehmen sind; ja es kann hierdurch dem Kläger, der nicht in der Nähe des Gerichtsortes wohnt, die Verfolgung seines Rechtes geradezu verunmöglicht werden. Es ist insbesondere noch darauf aufmerksam zu machen, dass die Frist für Anfechtung des Kollokationsplanes nach Art. 250 schon mit der öffentlichen Bekanntmachung der Auflegung beginnt, und dass die Frist für Anhebung der Klage auf Aufhebung eines Arrestes (Art. 279) nur fünf Tage beträgt. Wie leicht ist es unter diesen Verhältnissen möglich, dass der in einem Bergthal des Kantons Graubünden lebende Gläubiger von der in Art. 249 vorgeschriebenen Bekanntmachung zu spät Kenntnis erhält, um noch rechtzeitig dem in der Waadt wohnhaften Gegner eine den gesetzlichen Requisiten entsprechende Klageschrift zustellen zu lassen! Und wie soll der Arrestschuldner, dessen Vermögen, z. B. eine Forderung, an einem weit entfernten Orte unerwarteterweise mit Beschlag belegt worden ist, im Stande sein, innert der bloss fünftägigen Frist am Arrestorte seine Klage in gültiger Weise anzuheben?! Die Sach-

lage wird schliesslich noch komplizierter infolge der Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts über Gerichtsferien. Welchen Einfluss haben diese auf die Fristen des eidgenössischen Rechtes? Wird der Lauf der letzteren durch die kantonalen Gerichtsferien unterbrochen? Dürfen die Gerichtsbehörden die Vornahme der Rechtshandlungen, welche zur Erzielung der Streithängigkeit erforderlich sind, verweigern? Die Behörden des Kantons Luzern haben die beiden Fragen bejaht, die bundesgerichtliche Schuldbetreibungskammer hat sie verneint.

Ein solcher Zustand widerspricht offenbar der Idee der Rechtseinheit, zu deren Verwirklichung das Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs beitragen sollte. Es ist deshalb bei einer Revision dieses Gesetzes festzustellen, dass es für die Einhaltung der Klagefristen genügt, wenn die erste Rechtshandlung, deren Vornahme zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit einer Streitsache nach kantonalem Rechte erforderlich ist, innert der gesetzlich festgestellten Zeit erfolgt. Noch richtiger wäre es meines Erachtens, wenn die blosse rechtzeitige Abgabe des Klagebegehrens an das zuständige Gericht, respektive an die Post zu Handen des Gerichts, als Klageerhebung im Sinne des eidgenössischen Gesetzes erklärt würde. Dieses Verfahren ist denn auch schon in manchen Kantonen, deren Prozessordnungen den Zeitpunkt der Streithängigkeit sonst anders fixieren, zum Durchbruche gekommen und wird überall ohne Schwierigkeit eingeführt werden können. Dabei dürfte den Kantonen das Recht vorbehalten werden, nachträglich noch, wenn auch mit Aufstellung möglichst kurzer Fristen, Vermittlungsversuche oder ein anderes die Gerichtsverhandlungen vorbereitendes Verfahren anzuordnen.

Die Stellung der Kläger wird noch dadurch erschwert, dass nicht bloss die Prozessordnungen der Kantone sehr weit auseinander gehen, sondern dass auch darüber Zweifel bestehen können, wie das eidgenössische Gesetz die örtliche Kompetenz der Gerichte normieren will. Dasselbe begnügt sich nämlich damit, die Klageanhebung bei den zuständigen Gerichten vorzuschreiben, ohne sich weiter über die Zu-

ständigkeit auszusprechen. Es erheben sich deshalb folgende Fragen: Ist in den Fällen des Art. 107 das Gericht des Betreibungsortes oder dasjenige der gelegenen Sache kompetent? Wie verhält es sich insbesondere, wenn der Pfandgläubiger den Gewahrsam an seinem, zu Gunsten eines betreibenden Gläubigers, gepfändeten Pfande gemäss Art. 98, Schlussabsatz, an das Amt abgetreten hat? Ist dadurch der ursprüngliche Gerichtsstand geändert worden? Wie verhält es sich ferner in den Fällen der Bestreitung des Lastenverzeichnisses nach Art. 140? Muss der Hypothekargläubiger sich gefallen lassen, dass an Stelle des normalerweise für die dinglichen Streitigkeiten kompetenten Richters derjenige des Betreibungsortes tritt?

Das Gesetz schweigt und es herrscht hinsichtlich der gestellten Fragen keineswegs Uebereinstimmung der Meinungen. Ja es erscheint sogar fraglich, welches Gericht für die Beurteilung der Pfandansprüche an Mobilien und Immobilien im Konkursverfahren kompetent ist. Die Artikel 244 ff. schreiben vor, dass der Konkursverwalter die eingegebenen Forderungen zu prüfen, über ihre Anerkennung zu entscheiden und sodann den Kollokationsplan zu erstellen habe, dass der Gläubiger, dessen Forderung abgewiesen oder herabgesetzt oder nicht in gebührendem Range aufgeführt worden ist, sowie derjenige, welcher die Zulassung oder den Rang einer Forderung bestreitet, durch Klageanhebung den Kollokationsplan anzufechten haben. Ein Unterschied zwischen pfandversicherten und andern Gläubigern wird hiebei nicht gemacht und es kann hieraus geschlossen werden, es sei auch die Rechtsbeständigkeit und der Rang der Pfandforderungen im ordentlichen Kollokationsprozess durch den Richter des Konkursortes zu beurteilen. Es kann aber auch der Standpunkt eingenommen werden, das Kollokationsverfahren, von welchem die Artikel 247 ff. sprechen, betreffe nur die nicht pfandversicherten Forderungen, für welche Art. 219 Abs. 4 die Rangordnung regelt, nicht aber die pfandversicherten Forderungen, deren Existenz und Rang durch das kantonale Recht bestimmt wird und für welche Art. 219 Abs. 1 vorschreibt,

dass sie aus dem Ergebnis der Pfandverwertung vorab zu bezahlen seien. Eine Art von Kollokation dieser pfandversicherten Forderungen und die Ansetzung einer Bestreitungsfrist wird zwar zu erfolgen haben; aber dies schliesst nicht aus, dass der Streit über Existenz und Rang der Pfandforderung durch den Richter der gelegenen Sache zu entscheiden ist. Für diese Lösung spricht wenigstens der jetzige Rechtszustand in der Schweiz. Die Gesetzgebung über das Sachenrecht liegt zum grössten Teile noch in der Hand der Kantone und es sind die Bestimmungen der kantonalen Sachenrechte so verschiedenartig, teilweise auch so verwickelt und dunkel, dass es auswärtigen Gerichten schwer, wenn nicht unmöglich ist, dieselben gründlich zu kennen und richtig zu verstehen. Infolgedessen ist die Sicherheit der Rechtsprechung nicht wenig gefährdet, sobald nicht das Gericht der gelegenen Sache die dinglichen Streitigkeiten zu beurteilen hat.

Was hier speziell in Bezug auf Pfandforderungen an Immobilien gesagt worden ist, gilt noch weit mehr in Bezug auf andere dingliche Streitigkeiten. Selbst für den Fall, dass ein schweizerisches Sachenrecht in Kraft tritt, wird es weder gerecht noch zweckmässig sein, wegen der Schwebe einer Betreibung oder eines Konkurses den Gerichtsstand, auf welchen eine Partei gegenüber dem Schuldner hätte Anspruch erheben können, zu ändern. Trotz der Rechtseinheit wird die Beurteilung dinglicher Streitigkeiten der Regel nach doch am leichtesten und richtigsten durch den Richter der gelegenen Sache erfolgen können. Insbesondere aber ist noch auf die Inkonvenienzen aufmerksam zu machen, welche für eine Partei durch die Verlegung des ordentlichen Gerichtsstandes entstehen können, wenn der Gerichtsort weit entfernt liegt, die dort geltende Amtssprache eine ihr fremde, das Prozessverfahren ein unbekanntes ist. Die Verschiedenheit des Prozessverfahrens kann für den Kläger nicht bloss den Nachteil haben, dass die Prozessführung schwieriger und kostspieliger wird, sondern sie kann ihm geradezu die Verfolgung seines Rechtes unmöglich machen, wenn z. B. die Prozessordnung des Betreibungs- oder Konkursortes Beweismittel,

welche am Ort der gelegenen Sache hätten angerufen werden können, überhaupt nicht oder nur mit Einschränkungen zulässt.

Jedenfalls sollte das eidgenössische Gesetz, wenn es einen solchen Eingriff in die normalen Gerichtsstandsverhältnisse verlangt, dies ausdrücklich und unzweideutig sagen.

Aehnliche Fragen können sich erheben betreffend den örtlichen Gerichtsstand für Klagen auf Anerkennung der Arrestforderung und für Anstände betreffend das Vorhandensein neuen Vermögens, in Bezug auf welche sich die Praxis für das Forum des Arrest- resp. des Betreibungsortes ausspricht, ferner für Streitigkeiten betreffend die Zurückbringung retinirbarer Gegenstände in den Fällen des Art. 284. In Bezug auf letzteren Punkt begnügt sich das Gesetz mit der Bemerkung, dass über streitige Fälle der Richter zu entscheiden habe, und es kann daher zweifelhaft erscheinen, ob unter diesem Richter derjenige des Ortes zu verstehen ist, an welchem die streitigen Objekte sich zur Zeit befinden, oder derjenige des Ortes, an welchem die vermieteten oder verpachteten Liegenschaften liegen. Die Lösung wird wohl in folgender Weise zu finden sein: Handelt es sich um einen Anstand des verfolgenden Gläubigers mit einem Dritten, welcher dingliche Rechte an den Objekten geltend macht, so wird der Gerichtsstand der gelegenen Sache oder des Wohnortes des Einsprechers anzunehmen sein, weil der Betreibungsprozess, der sich zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner abspielt, die Rechtsstellung der Unbeteiligten nicht verschlechtern darf; handelt es sich dagegen um einen Anstand mit dem Schuldner selbst betreffend das Zutreffen der Voraussetzungen des Art. 284 (die Thatsache der Wegnahme aus den Miet- oder Pachtlokalitäten und die Heimlichkeit oder Gewaltsamkeit der Fortschaffung), so wird der Richter des Miet- oder Pachtortes kompetent sein. In allen Fällen aber wird über die Pfändbarkeit der Objekte die Aufsichtsbehörde zu entscheiden haben.

Die aufgezählten Beispiele werden genügen, um die Notwendigkeit darzuthun, dass bei einer Revision des Gesetzes die Gerichtstandsfragen klarer und deutlicher als bis anhin geregelt werden. Dabei wäre insbesondere noch zu prüfen,

ob es richtig ist, ein Forum des Arrestortes für Eintreibung und Einklagung der Arrestforderung in der jetzigen Ausdehnung (Art. 52) anzuerkennen.

Allerdings, wo der Arrestgrund darin liegt, dass der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt, ist es wohl selbstverständlich, dass dem Gläubiger nicht zugemutet wird, im Auslande Betreibung oder Klage zu erheben. Ferner: wenn der Schuldner Vermögensstücke bei Seite schafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft, so wird der Gerichtsstand des bisherigen Wohnortes aufrecht zu erhalten sein. Wenn jedoch der Schuldner in der Schweiz seinen Wohnsitz oder einen nicht bloss vorübergehenden Aufenthalt hat und laut Art. 46 resp. 48 in der Schweiz betrieben werden kann, ohne dass bei ihm die Voraussetzungen des Art. 271 Ziff. 2 und 3 zutreffen, so kann es sich fragen, ob nicht trotz des Arrestes die Betreibung resp. Klage an dem bekannten Wohn- oder Aufenthaltsorte des Schuldners angehoben werden sollte. Für Bejahung der Frage spricht die Idee der Gleichberechtigung der Gläubiger, welche dem Betreibungsgesetze zu Grunde liegt und in dem Institute der Anschlusspfändung ihren Ausdruck gefunden hat. Soll dieses Institut zur richtigen Geltung kommen, so muss dafür gesorgt werden, dass die Gläubiger von der Anhebung der Betreibungen und von der Vornahme der Pfändungen gegen ihren Schuldner rechtzeitig Kenntnis erhalten können. Diese Möglichkeit wird jedoch in hohem Masse beeinträchtigt oder ganz vereitelt, wenn an einem andern Orte als dem ordentlichen Betreibungsforum Zahlungsbefehle gegen den Schuldner erlassen und Pfändungen vorgenommen werden können. Ebenso können sich ungehörige Reibungen ergeben, wenn der Schuldner gleichzeitig an verschiedenen Orten ausgepfändet werden kann, insbesondere wenn sich Pfändungsgruppen aus Gläubigern bilden, von welchen die einen am Wohnorte, die andern am Arrestorte Betreibung angehoben und Pfändung erwirkt haben. Im Weitern erscheint es als eine grosse Härte gegen den Schuldner, wenn dieser an allen Orten, wo sich Teile seines Vermögens befinden, die Betreibung und Klageanhebung sich gefallen lassen

muss. Diese Härte ist keineswegs zum Schutz der Gläubiger notwendig. Der Gerichtsstand des Wohnortes des Schuldners wird der Regel nach für den Arrestnehmer nicht weniger günstig sein als derjenige des Arrestortes. Allerdings ist es möglich, dass der Arrestkläger an der Zulassung des Arrestforums insofern ein Interesse hat, als die Geheimhaltung der Betreibung ihn vor der Anschlusspfändung Anderer eher schützen oder ihm ermöglichen wird, gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner die Betreibung auf Pfändung durchzuführen; ein solches Interesse stände jedoch mit dem von dem Gesetzgeber begünstigten Interesse der übrigen Gläubiger an der gleichmässigen Befriedigung ihrer Ansprüche in Widerspruch und kann deshalb keine Berücksichtigung beanspruchen.

Demgemäss spricht vieles zu Gunsten der Ansicht, es habe mit Ausnahme der Fälle des Art. 271, Ziff. 2 und 3 die Eintreibung resp. Einklagung der Arrestforderungen gegen den Arrestbeklagten, welcher in der Schweiz seinen Wohnsitz oder nicht bloss vorübergehenden Aufenthalt hat, am Wohnsitze oder Aufenthaltsorte des Schuldners stattzufinden. Freilich steht dieser Anregung die Erwägung entgegen, dass der Wohnort oder Aufenthalt des Schuldners nicht bekannt sein oder von dem Arrestgläubiger verheimlicht werden kann. Da aber der mit dem Vollzuge des Arrestbefehles beauftragte Beamte gemäss Art. 276 für Zustellung einer Abschrift der Arresturkunde an den Schuldner, eventuell für Mitteilung durch öffentliche Bekanntmachung zu sorgen hat, andererseits der Gläubiger, welcher den ordentlichen Gerichtsstand des Schuldners verheimlicht, für den Schaden verantwortlich gemacht werden kann, welcher durch sein widerrechtliches Verhalten entsteht, wird jene Erwägung nicht allzusehr ins Gewicht fallen können. So sieht denn auch der Gesetzesartikel, welcher den Gerichtsstand des Arrestes für die Betreibungen aufstellt (Art. 52), selbst vor, dass Konkursandrohung und Konkurseröffnung nur da erfolgen können, wo ordentlicherweise die Betreibung stattzufinden hat. Ebenso gut wie diese Bestimmung wird auch die andere durchführbar sein, dass

Betreibung und Klageanhebung an dem Orte erfolgen sollen, wo ordentlicherweise die Betreibung stattzufinden hat, das heisst an dem Wohn- oder Aufenthaltsorte des Schuldners. Nur wird der Beginn der in Art. 278 Abs. 1 dem Arrestgläubiger gesetzten Frist für Anhebung der Betreibung anders zu normieren sein. Es wird dem Arrestkläger, welcher den Aufenthalt seines Schuldners nicht kennt, vorerst Gelegenheit gegeben werden müssen, das Resultat der Massnahmen kennen zu lernen, welche der mit dem Vollzuge des Arrestes beauftragte Beamte behufs Mitteilung des Arrestbefehles an den Beklagten durchzuführen hat. Sind diese Massnahmen erfolglos, so wird die Betreibung am Arrestorte zu gestatten sein. Dieselbe sollte aber immerhin in ähnlicher Weise wie dies Art. 53 für die Fälle des Domizilwechsels vorschreibt, an das Betreibungsamt des Wohn- oder Aufenthaltsortes hinübergeleitet werden, falls nachträglich genannter Ort bekannt wird. Die Vorschrift des Art. 278 betreffend die Anhebung der Betreibung und eventuell der Klage innert der Frist von zehn Tagen ist ohnehin von problematischem Werte. Der Gerichtsstand des Arrestortes für die genannten Rechtshandlungen hängt ab von der Gültigkeit des Arrestbefehles, welche ihrerseits in dem durch Art. 279 vorgeschriebenen gerichtlichen Verfahren festzustellen ist. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieses Verfahren längere Zeit in Anspruch nimmt, namentlich wenn der Fall eintritt, dass wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften betreffend die Zustellung der Arresturkunden ein Beschwerdeverfahren vor den Aufsichtsbehörden durch alle Instanzen hindurch stattfindet, die Zustellung für ungültig erklärt und eine neue Frist für die Klage auf Aufhebung des Arrestes angesetzt wird. Es können dann zwei Verfahren neben einander laufen, von welchen das eine in sich zusammenfällt, wenn durch das andere die Ungültigkeit des Arrestbefehles festgestellt wird, und das zweite nur dann Wert hat, wenn durch das erste die Existenz und Einklagbarkeit der Arrestforderung dargethan wird. Meines Erachtens liegt auch darin ein Mangel der jetzigen Regelung des Verfahrens, dass der Richter, welcher über die Bestreitung des

Arrestgrundes zu entscheiden hat, nicht befugt ist, auch über die Frage der Rechtsbeständigkeit und Einklagbarkeit der Arrestforderung wenigstens dann zu erkennen, wenn die Frage offenbar zu verneinen ist. Weist sich z. B. der Schuldner anlässlich der Bestreitung des Arrestgrundes zugleich darüber aus, dass die Verlustscheinforderung an einen Cessionar übergegangen oder gestundet oder von ihm nachträglich bezahlt worden ist, so sollte der Arrestbefehl ohne weiteres durch den gleichen Richter wieder aufgehoben werden können. Es läge hierin eine ganz bedeutende Vereinfachung des Verfahrens, über die sich niemand beschweren könnte, der Schuldner nicht, weil zu seinen Gunsten entschieden würde, der Arrestkläger nicht, weil er selbst durch sein Arrestbegehren die Entscheidung des Gerichts des Arrestortes angerufen hat.

Einen sehr wichtigen Eingriff in die kantonalen Prozessordnungen übt das Gesetz aus, indem es den Betreibungs- und Konkursämtern die Berechtigung erteilt, Gläubiger und Dritte zur Anhebung von Civilprozessen aufzufordern und dabei die Parteirollen festzustellen.

So hat das Betreibungsamt nach Art. 107 dem Dritten, welcher an einer im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sache das Eigentum oder ein Pfandrecht geltend macht, eine Frist von 10 Tagen zur Erhebung der dinglichen Klage anzusetzen. Ein ähnliches Recht der Fristansetzung erteilt Art. 242 dem Konkursverwalter. In beiden Fällen wird die Ueberbindung der Parteirollen für den einzuleitenden Prozess von der blossen Thatsache des Gewahrsams der Sache abhängig gemacht. Der bessere Rechts- oder Besitzestitel erscheint als irrelevant. Meines Erachtens ist dieses Prinzip weder gerecht noch zweckmässig. Nach gemeinem Recht kann eine Partei, welche den besseren Rechts- oder Besitzestitel an einer Sache darthun kann, im summarischen oder Besitzesprozesse den Richter zum provisorischen Schutze ihrer Rechtsstellung anrufen und von demselben Einweisung in den Besitz verlangen. Dieser Richter wird auch bestimmen, welche Partei für den bevorstehenden Prozess über das Recht selbst die Klägerrolle zu

übernehmen hat, und der Prozess wird sodann am Orte der gelegenen Sache durchgeführt. Der Inhaber einer Sache z. B., welcher nach Ansicht des Besitzesrichters den Gewahrsam durch rechtswidrige Eigenmacht erlangt hat, wird verhalten werden, sofort den frühern Zustand wieder herzustellen. Oder es wird demselben, falls das Rechtsverhältnis zweifelhaft ist, wenigstens die Beseitigung der streitigen Objekte untersagt und dadurch der Gerichtsstand der gelegenen Sache zu Gunsten des Gegners gewahrt werden. Diese Regeln sollen nun durchbrochen werden, weil der Inhaber betrieben oder in Konkurs geraten ist. Das ist kein genügender Grund. Ganz sonderbar macht es sich insbesondere, wenn der Konkursverwalter, nachdem er auf Grundlage einer eingehenden Prüfung der Verhältnisse sich von der Begründetheit eines Eigentumsanspruches überzeugt und gemäss Art. 242 Abs. 1 die Herausgabe der vindicierten Sache an den Vindikanten beschlossen hat, trotzdem gehalten sein soll, dem Dritten eine Frist zur Klageanhebung anzusetzen, weil ein Gläubiger den Anspruch nicht anerkennt und Abtretung des Bestreitungsrechtes gemäss Art. 260 verlangt. Wie soll es ferner gehalten werden, wenn der Schuldner selbst gesteht, den Gewahrsam in Namen des Vindikanten auszuüben? Soll dieses Geständnis oder eine sonstige Anerkennung des Rechtes des Dritten durch den Schuldner für die Frage der Ueberbindung der Klägerrolle ganz bedeutungslos sein? Man mag zugeben, dass die Angaben des Schuldners nicht unbedingt massgebend für die Stellung des Gläubigers sein können. Aber die Rücksichtnahme auf die Gläubiger kann doch nicht eine allgemeine Verschlechterung der Rechtsstellung eines vielleicht am Betreibungsprozess sonst gar nicht beteiligten Drittansprechers rechtfertigen.

Indem der Gesetzgeber die Thatsache des Gewahrsams als massgebend für die Regulierung der Parteirollen erklärte, ging er offenbar von der Ansicht aus, der Thatbestand liege der Regel nach so liquid vor Augen, dass derselbe leicht und anstandslos festgestellt werden könne und es werde deshalb den in der Mehrzahl nicht juristisch ge-

bildeten Beamten die Lösung der Anstände weit weniger Schwierigkeit bereiten als wenn auf den besseren Rechtstitel abgestellt würde. Die Praxis hat jedoch bewiesen, dass diese Annahme sehr häufig nicht zutrifft. Die Rekurse, welche wegen der Feststellung des Gewahrsams durch Betreibungsämter oder Konkursverwaltungen an das Bundesgericht eingehen, belaufen sich auf eine hohe Zahl und ihre Abwicklung durch die drei Instanzen nimmt oft so lange Zeit in Anspruch, dass die Einleitung der Prozesse in ganz bedenklicher Weise verzögert wird. Es will insbesondere den Leuten, welche einen ganz liquiden Rechtstitel zu besitzen glauben, nicht einleuchten, dass sie in die Stellung eines Klägers gedrängt werden sollen, und gewiss ist auch in sehr vielen Fällen die Feststellung der Thatsache des Gewahrsams weit schwieriger als die Feststellung des bessern Rechtstitels.

Die Aufforderung zur Klage kann zugleich auf die Gerichtsstandsfrage Einfluss ausüben, wie ich schon unter Abschnitt II ausgeführt habe. Die Ansicht mancher Juristen geht mit aller Entschiedenheit dahin, dass für die Klageerhebung gemäss Art. 107 und 242 der Richter des Betreibungs- oder Konkursortes kompetent sei. Welche Verschlechterung der Rechtsstellung dadurch für den Aufgeforderten bewirkt werden kann, will ich nicht wiederholen; dagegen möge es mir gestattet sein, an einigen Beispielen die Konsequenzen zu zeigen, welche sich aus jener Auffassung ergeben.

Ein Grundbesitzer vermietet eine ihm gehörende, an seinem Wohnorte gelegene Werkstätte nebst einer grösseren Zahl von Werkzeugen an den Bewohner eines anderen Kantons. Der Mieter nimmt von den Mietobjekten durch einen Angestellten Besitz und fällt dann in Konkurs. Da er in diesem Zeitpunkt den Gewahrsam an den Sachen besessen hat, kann der Konkursverwalter den Vermieter auffordern, sein Eigentumsrecht als Kläger gegen die Masse am Konkursorte geltend zu machen, mag auch der Inhalt des Mietvertrages und anderer Urkunden noch so sehr zu seinen Gunsten sprechen. — Ein Waldbesitzer verkauft das auf seinem Walde im Kanton Bern stehende Holz an einen Unter-

nehmer in Basel unter dem Vorbehalt, dass dasselbe erst nach Bezahlung des Kaufpreises gefällt und abgeführt werden dürfe. Entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung lässt der Käufer das Holz schlagen und auf eine Säge im Kanton Bern abführen, worauf ihm der Verkäufer durch Befehl des Gerichtspräsidenten jede weitere Verfügung über die Ware untersagen lässt. Unterdessen ist aber der Käufer in Basel in Konkurs geraten und es fordert nun der Konkursverwalter den Verkäufer auf, sein Eigentumsrecht an dem Holze innert zehn Tagen durch Klageerhebung in Basel geltend zu machen. Die kantonale Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde des Aufgeforderten abgewiesen, das Bundesgericht jedoch dieselbe, mit Rücksicht auf die vom Gerichtspräsidenten erlassene provisorische Verfügung, geschützt (Entscheid vom 3. Februar 1900 in Sachen Citherlet und Genossen). Hätte diese Verfügung gemangelt, so würde wohl die Aufforderung des Konkursbeamten aufrecht erhalten worden sein. Wie bei diesem Entscheide die Rücksicht auf das Recht des Drittansprechers den Ausschlag gegeben hat, so ist die Praxis auch dazu gelangt, in Fällen, wo das Eigentum an Grundstücken streitig war, die Ueberbindung der Beklagtenrolle nicht von dem Besitze, sondern von den Angaben der öffentlichen Bücher über das Eigentumsverhältnis abhängig zu machen.

Der Gedanke, welcher in diesen Entscheiden zum Durchbruche gekommen ist, sollte meines Erachtens auch bei einer Revision des Betreibungsgesetzes zur Geltung gelangen, der Gedanke, dass durch ein betreibungs- oder konkursrechtliches Verfahren die prozessrechtliche Stellung der Parteien nicht ohne Not verändert werden darf. — Einzig durch Anwendung kantonalen Rechtes wird auch für die Fälle zu helfen sein, in welchen der Richter in Anwendung von Art. 107 die Einstellung einer Betreibung betreffend einen streitigen Gegenstand verfügt, der raschem Verderben ausgesetzt ist oder einen kostspieligen Unterhalt erfordert. Ein Betreibungsbeamter hat sich bei solcher Sachlage damit zu helfen versucht, dass er den betreibenden Gläubiger aufforderte, zur Deckung der Unterhaltskosten innert kurzer Frist einen Vorschuss zu

leisten, widrigenfalls die Pfändung würde aufgehoben werden. Die Androhung ist auf erfolgten Rekurs vom Bundesgerichte als ungültig erklärt worden, weil das Gesetz eine derartige Rechtsverwirkung nicht vorsehe und die Nichtleistung der Kaution höchstens die Folge haben könne, dass der Beamte von der Verantwortlichkeit für Erhaltung der gepfändeten Rechte entlastet werde. Zur Abwehr des unter solchen Umständen drohenden Schadens wird deshalb kein anderes Mittel bestehen als die Anrufung des kantonalen Richters, welcher bei Eigentumsstreitigkeiten für die Wahrung der Interessen der Prozessparteien zu sorgen hat. Dieser wird gemäss den Befugnissen, welche ihm das kantonale Recht erteilt, das Nötige anordnen und eventuell die Versteigerung des Streitobjektes auf Gefahr und Rechnung der Unrecht habenden Partei verfügen.

* * *

Die Zeit, welche dem Referenten für seine Arbeit zur Verfügung gestanden hat, ist auf so wenige Tage beschränkt gewesen, dass auf die Behandlung weiterer Fragen und auf eine ins Einzelne gehende Antragstellung verzichtet werden muss. Wir schliessen mit der Aufstellung nachfolgender

Thesen:

1. Die in der Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins von 1893 angeregte Ausdehnung der Kompetenzen der Bundesbehörden ist in der Weise durchzuführen, dass die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als dritte Abteilung des Bundesgerichts einheitliche Oberinstanz für sämtliche Beschwerden und Berufungen aus dem Gebiete des Betreibungs- und Konkurswesens wird.

Zu diesem Ende ist die Kammer aus wenigstens fünf ständigen Mitgliedern zu bestellen.

Schon unter den jetzigen Verhältnissen ist die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts ungenügend besetzt. Die Zahl ihrer Mitglieder sollte daher ohne Verzug um zwei erhöht werden.

2. Auch in den Kantonen sollte wegen des Sachzusammenhanges der zu behandelnden Fragen die Handhabung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs einer und derselben Behörde übertragen werden.

3. Bei einer Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs sind die Bestimmungen betreffend gerichtliche Klageerhebung in der Weise abzuändern und zu ergänzen, dass der Begriff der Klageerhebung im Sinne des eidgenössischen Gesetzes für alle Kantone gleichmässig festgestellt und die örtliche Zuständigkeit der Gerichte geordnet wird. In diesen Beziehungen sowohl als auch in Hinsicht auf die Zuweisung der Parteirollen ist die den Beteiligten nach gemeinem Rechte zukommende Rechtsstellung, soweit thunlich, aufrecht zu erhalten.