

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 12 (1893)

Artikel: Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen

Autor: Salis, L.R. von

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896688>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 20.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Referat

von

L. R. von SALIS in BASEL.

Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen.¹⁾

I. Die Stellung des Bundesrates in Betreibungs- und Konkursachen auf Grund der Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs. Im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (B. G.) wird an keiner Stelle das Bundesgericht erwähnt. Von Kompetenzen des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen ist in diesem Bundesgesetze ausdrücklich nicht die Rede. Soweit der Bundesgesetzgeber im B. G. selbst einer eidgenössischen Instanz die Sorge für die „gleichmässige Anwendung“ der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes überträgt, ist diese Instanz der Bundesrat.

Der Bundesrat hat zunächst die administrative Oberaufsicht über das bundesrechtliche Schuldbetreibungs- und Konkurswesen in den Kantonen. Diese Oberaufsicht

¹⁾ Die Kompetenz des Bundesgerichts auf Grund der eidgenössischen Spezialgesetzgebung über die Zwangsliquidation der Eisenbahnen und der Notenbanken wird von mir nicht berücksichtigt werden; vgl. B. G. Art. 30, Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 24. Juni 1874, Art. 12 ff., und Bundesgesetz über die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten vom 8. März 1881, Art. 26 ff., Amtliche Sammlung der Bundesgesetze, n. F. I S. 121, V S. 400. Vgl. Mitteilung des Bundesgerichtes in seinem Geschäftsbericht über das Jahr 1892, Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs II S. 127, Ziffer 3.

steht ihm nicht nur zu kraft seiner allgemeinen verfassungsrechtlichen Stellung, wonach er „für Beobachtung . . der Gesetze und Beschlüsse des Bundes . . zu wachen“ hat, Bundesverfassung 1874, Art. 102, Ziffer 2, sondern auch auf Grund der besonderen ausdrücklichen Vorschrift in Art. 15 des B. G. Der Bundesrat wird deshalb im B. G. für befugt erklärt, die zur „Vollziehung“ des Gesetzes erforderlichen Verordnungen und Reglemente zu erlassen¹⁾; der Bundesrat kann deshalb den kantonalen Aufsichtsorganen bindende Weisungen erteilen und von denselben jährliche Berichte über die Geschäftsführung der Betreibungs- und Konkursämter verlangen. Der Bundesrat hat ferner die Befugnis, durch seine Delegirten Inspektionen und Visitationen der Betreibungs- und Konkursämter vornehmen zu lassen, vgl. Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs II, S. 126. Zur Anordnung solcher Visitationen ist er jedoch, im Gegensatz zu den kantonalen Aufsichtsbehörden, nicht verpflichtet, vgl. B. G., Art. 14. 15. Die Organisation der Betreibungs- und Konkursämter ist im wesentlichen Sache der Kantone²⁾; die Beamten und Angestellten sind kantonale und nicht Bundesbeamte. Ebenso sind die Aufsichtsbehörden über die Betreibungs- und Konkursämter kantonale Behörden und nicht Bundesbehörden. Dem Organ des Bundes, dem Bundesrat, steht nur die Oberaufsicht zu. Es sind daher nur die kantonalen Aufsichtsbehörden,

¹⁾ Vgl. Verordnung Nr. 1 des Bundesrates zum Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. November 1891, Reglement für die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register und die Rechnungsführung, Amtliche Sammlung der Bundesgesetze, n. F. XII S. 401. Verordnung Nr. 2 vom 24. Dezember 1892, Reglement über den von den kantonalen Aufsichtsbehörden zu führenden Titel und über die Einreichung der Beschwerden, Amtliche Sammlung, n. F. XIII S. 218; vgl. Archiv I Nr. 70. Protokoll des eidgenössischen Rates für Schuldbetreibung und Konkurs, 1892, zur Frage Nr. 63.

²⁾ Vgl. Bundesbeschluss vom 30. Juli 1891 betr. die Sicherung der Vollziehung des B. G. auf den 1. Januar 1892, Übersicht der Verhandlungen der Bundesversammlung im Juli 1891, Nr. 4; Entscheidungen des Bundesrates vom 16. Januar 1892, Rekurs Laim, vom 28. Juni 1892, Rekurs Courvoisier, vom 30. Dezember 1892, Bundesblatt 1892, I.S. 494, IV S. 45, 1893, II S. 73.

nicht aber der Bundesrat, Disziplinarbehörden gegenüber den Beamten und Angestellten der Betreibungs- und Konkursämter. Die Weigerung einer kantonalen Aufsichtsbehörde, beispielsweise über einen Betreibungsbeamten eine gesetzmässige Ordnungsstrafe zu verhängen, kann demnach sowenig an den Bundesrat weitergezogen werden, wie die von einer kantonalen Aufsichtsbehörde ausgesprochene, im gesetzlichen Rahmen der Vorschriften des Art. 14, Abs. 2 des B. G. verbleibende Ordnungsstrafe, vgl. Entscheidung des Bundesrates vom 7. Februar 1893, Rekurs Küng, Archiv II Nr. 14¹⁾.

Die kantonalen Gerichte (Art. 22 des B. G.) und die von den Kantonen gemäs der Vorschrift des Art. 23 des B. G.²⁾ zu bezeichnenden Behörden stehen dagegen nicht unter der administrativen Oberaufsicht des Bundesrates. Diesen Amtsstellen gegenüber hat der Bundesrat die oben bezeichneten Aufsichtsbefugnisse nicht. Weder Verordnungen, Reglemente und bindende Weisungen (abgesehen von dem, kraft der besonderen Ermächtigung in Art. 16 des B. G. durch den Bundesrat zu erlassenden Gebührentarifs)³⁾, noch authentische Gesetzesinterpretationen kann der Bundesrat an die genannten kantonalen Behörden richten; Visitationen bei denselben vorzunehmen, Geschäftsberichte von denselben einzufordern, dazu ist er nicht befugt. Daraus folgt aber nicht, dass der Bundesrat Uebergriffe kantonalen Gerichte oder anderer kantonalen Behörden in den Kompetenzkreis der Betreibungs- und Konkursämter und deren Aufsichtsbehörden ruhig geschehen lassen muss. Sowenig insbesondere die kantonalen „Gerichte den Aufsichtsbehörden der Betreibungs- und Konkursämter unterstellt sind, sowenig stehen die letztern unter der Botmässigkeit der Gerichte; beide sind sie viel-

¹⁾ Vgl. Weber und Brüstlein, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs für den praktischen Gebrauch erläutert, 1891, Art. 14, Anmerkung 2; J. Heuberger, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs mit Erläuterungen, 1892, Anmerkung zu Art. 14.

²⁾ Es sind die Arrestbewilligungsbehörden, die Miet- und Pachtausweisungsbehörden und die Nachlassbehörden.

³⁾ Gebührentarif zum B. G. vom 1. Mai 1891, Amtliche Sammlung, n. F. XII S. 106. Vgl. Archiv I Nr. 18, 19, 26, 51, 68, 83, II Nr. 12, 29, 36, 46, 57.

mehr im Staatsorganismus gleichberechtigte koordinierte Behörden“, vgl. Entscheidungen des Bundesrates vom 24. Dezember 1893, Rekurs Frissiani, vom 17. Januar 1893, Rekurs Flückiger, vom 3. Februar 1893, Rekurs Frei, vom 18. April 1893, Rekurs R. Stutz & Cie, Entscheidung der Berner Aufsichtsbehörde vom 5. Juni 1893, Rekurs Eberhard, Archiv II Nr. 2, 17, 66, 72, 74¹⁾.

Das B. G. weist sodann dem Bundesrat die Stellung einer obersten Beschwerdeinstanz zu. Als solche entscheidet er auf Grund rechtzeitig erhobener Beschwerde oder ausnahmsweise auch von Amteswegen über Rechtsverletzungen auf dem Gebiete des Betreibungs- und Konkursverfahrens, vgl. B. G., Art. 19, 20, 173, Abs. 2, Entscheidungen des Bundesrates im Archiv, einerseits I Nr. 22, 23, 50, 53, 55, 73, 74, 90, II Nr. 18, 64, 65, 70, andererseits I Nr. 8, II Nr. 2, 17. Als oberste Beschwerdeinstanz hat der Bundesrat Sorge zu tragen für die Wahrung der Rechtseinheit in Anwendung und Durchführung des Bundesgesetzes. Es kann daher nur dann mit Erfolg an den Bundesrat rekurrirt werden, wenn eine „gesetzwidrige“ kantonale Entscheidung vorliegt, wenn also die Nichtanwendung oder die unrichtige Anwendung einer ausdrücklichen oder durch Interpretation zu gewinnenden Norm des Bundesgesetzes in Frage steht, ebenso wenn die kantonalen Behörden sich einer Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung schuldig machen. Auf die Frage der tatsächlichen Würdigung der Beschwerdepunkte, im Gegensatz zur rechtlichen Würdigung derselben, tritt der

¹⁾ Sowol im Beschwerdeverfahren wie auf dem Wege administrativer Anordnung kann der Bundesrat und können selbst die kantonalen Aufsichtsbehörden diesen Standpunkt geltend machen. Der praktisch wichtigste Fall dürfte übrigens der Fall einer Konkursöffnung durch gerichtliches Urteil auf Grund angeblich durchgeführter Betreibung sein, während doch tatsächlich entweder gar keine Betreibung ergangen war oder die aufgehobene Betreibung durch die Aufsichtsbehörde infolge Beschwerde rechtskräftig aufgehoben worden ist. Zur Wahrung der Rechtsstellung der Betreibungs- und Konkursämter und ihrer Aufsichtsbehörden läge dagegen keine Veranlassung vor, wo ein Konkurserkennntnis ohne vorgängige Betreibung erging, jedoch in gesetzwidriger Interpretation der Art. 190 ff. des B. G.

Bundesrat im Beschwerdeverfahren nicht ein. Seine Entscheidungsbefugnis umfasst Rechtsfragen, nicht dagegen Tatfragen. Die Frage, ob eine Verfügung den Verhältnissen angemessen sei oder nicht, hat er nicht zu untersuchen. Vgl. Art. 19 des B. G., Entscheidungen des Bundesrates vom 25. Juni 1892, Rekurs Forster, vom 18. März 1892, Rekurs Wild, vom 17. Mai 1892, Rekurs Rempfler, vom 1. Juli 1892, Rekurs Hodel, vom 18. November 1892, Rekurs H., vom 16. März 1893, Rekurs Sauvage-Hory, Archiv I Nr. 9, 10, 11, 12, 70, II Nr. 62. Handelt es sich dagegen um Anwendung kantonalen Rechtes, auch wenn dieses kantonale Recht in Ausführung oder auf Grund von Normen des B. G. erlassen worden ist, und selbst wenn dasselbe das Betreibungs- und Konkursverfahren betrifft, so ist eine Weiterziehung der Entscheidungen kantonalen Behörden an den Bundesrat unzulässig; denn die Rechtseinheit auf dem Gebiete des kantonalen Rechtes zu wahren, dazu ist der Bundesrat nicht berufen. Und hieran ändert auch der Umstand nichts, dass einzelne Bestimmungen des kantonalen Rechtes vom Bundesrat ausdrücklich genehmigt worden sind, vgl. B. G., Art. 333, Abs. 2, Archiv II Nr. 32, Ziff. 2. In dieser Richtung hat der Bundesrat keine Entscheidungsbefugnis, es wäre denn, dass er das kantonale Recht, weil es in Widerspruch mit dem Bundesrecht steht, aufheben und damit seine Anwendung untersagen würde, oder dass er eine in Widerspruch mit dem Bundesrecht tretende Interpretation des kantonalen Rechtes als unzulässig erklären würde, vgl. die Entscheidungen des Bundesrates vom 7. Februar 1893, Rekurs Lüscher, Rekurs Stehelin und Reber, vom 13. März 1893, Rekurs Somazzi, Archiv II Nr. 31, 33, 63, sodann diejenigen vom 29. April 1892, Rekurs Gerster-Bussinger, vom 25. Juni 1892, Rekurs Girard und Widmer, vom 29. November 1892, Rekurs Glutz'sche Erben, vom 17. Februar 1893, Rekurs Vonarx, Archiv I Nr. 5, 6, 90, II Nr. 36.

Das Beschwerdeverfahren sowohl vor der Bundesinstanz wie vor den kantonalen Instanzen ist durch das B. G. nur in wenigen Punkten näher festgestellt:

Das Ueberspringen der kantonalen Rekursinstanzen ist unzulässig¹⁾; es geht dies aus dem Wortlaut des Art. 19 des B. G. deutlich hervor. Ein Ueberspringen liegt jedoch nicht vor, wenn die kantonale Aufsichtsbehörde nicht als Beschwerdeinstanz, sondern als administrative Aufsichtsbehörde eine Verfügung erlässt oder eine Anordnung trifft, und ein hiedurch direkt Betroffener beim Bundesrat Beschwerde einreicht. Fälle dieser Art werden zwar kaum vorkommen, wenn die kantonale Aufsichtsbehörde eine allgemeine Weisung an die Betreibungsämter ergehen lässt; sie können sich aber leicht ereignen bei Ausübung des administrativen Aufsichtsrechtes infolge Mitteilungen über Konkursliquidationen, die der Aufsichtsbehörde durch die Gerichte nach Massgabe der Vorschrift des Art. 268, Abs. 3 des B. G. zugehen.

Die zeitliche Zulässigkeit der Beschwerdeerhebung ist nicht unbeschränkt. Aus Art. 19, 20 des B. G. ergibt sich die Beantwortung der Frage der Verwirkung des Beschwerderechtes wegen Nichteinhaltung der Beschwerdefrist, und in Verbindung mit den Art. 31 ff. des B. G. ergibt sich die Art der Berechnung der Beschwerdefrist. Die verspätet eingereichte Beschwerde wird von Amteswegen zurückgewiesen, vgl. Archiv I 3, 23, 50, 55, 73, 74, II Nr. 70. Die Vorschrift des Art. 173, Abs. 2 des B. G. zeigt, dass gegenüber gewissen Rechtsverletzungen von Amteswegen, also vorkommenden Falls auch vom Bundesrate, einzuschreiten ist. Ausser den im genannten Art. 173, Abs. 2 selbst aufgezählten Beispielen sind jedoch im B. G. diese Rechtsverletzungen nicht aus-

¹⁾ Auch im Fall der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung seitens der Betreibungs- und Konkursämter muss die Beschwerde zunächst bei den kantonalen Aufsichtsbehörden eingereicht werden, und erst wenn sich auch diese einer Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung schuldig machen, ist es an der Zeit, beim Bundesrate Beschwerde zu führen, vgl. B. G. Art. 18, 19. Ist aber der Beschwerdeführer infolge der Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung mit einem unersetzbaren Verluste bedroht, so wird in der nicht sofortigen Erledigung der Beschwerde durch die kantonalen Aufsichtsbehörden eine Rechtsverzögerung ihrerseits zu erblicken sein, und es kann alsbald beim Bundesrat Beschwerde geführt werden.

drücklich namhaft gemacht; jedenfalls kann es sich nur um gesetzwidrige Verfügungen handeln, bei denen wichtige öffentliche Interessen beteiligt sind, vgl. Archiv I Nr. 22, 23, 50, 53, 55, 73, 74, 87, II Nr. 2, 8, 17, 18, 64, 65, 70.

Die eingereichte Beschwerde hat nur infolge besonderer Anordnung der Behörde, an die sie gerichtet ist, aufschiebende Wirkung, B. G. Art. 36.

Die Entscheidung des Bundesrates geht, gleich wie die Entscheidung der kantonalen Beschwerdeinstanzen, nicht nur auf Feststellung der vorhandenen oder nicht vorhandenen Rechtsverletzung. Die Behörde, die eine Beschwerde begründet erklärt, verfügt vielmehr die Aufhebung oder die Berichtigung der angefochtenen Handlung, oder sie ordnet die Vollziehung der Handlung an, deren Vornahme unbegründetermassen von dem Beamten verzögert oder verweigert wird. Auch die Befugnis der Rückweisung einer Beschwerde an die kantonale Beschwerdeinstanz zur neuen Entscheidung kann dem Bundesrat nicht bestritten werden, vgl. B. G. Art. 21, Entscheidungen des Bundesrates im Archiv I Nr. 3, 50, 90, II Nr. 36, 53, 54.

In der Verordnung Nr. 2 vom 24. Dezember 1892 hat sodann der Bundesrat einige Punkte des Beschwerdeverfahrens in allgemein anzuwendender Weise geordnet, vgl. Archiv II Nr. 13, und im Art. 57 des Gebührentarifes hat er den im Rekursverfahren vor den politischen Bundesbehörden längst beobachteten Grundsatz der Unentgeltlichkeit¹⁾ ausdrücklich für die Beschwerden im Betreibungs- und Konkursverfahren als anwendbar erklärt, vgl. Entscheidungen des Bundesrates vom 18. Oktober 1892, Rekurs Scala, vom 8. November 1892, Rekurs Reis, Archiv I Nr. 51, 68.

Hinsichtlich der Berechtigung zur Beschwerdeführung

¹⁾ Vgl. v. Salis, Bundesrecht, I Nr. 213, 214; die Vorschrift des Art. 57, Abs. 2 und 3 des Gebührentarifes hebt natürlich den Grundsatz nicht auf. Für den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht gilt dagegen der Grundsatz der Unentgeltlichkeit nur sehr bedingt, vgl. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 221.

an den Bundesrat kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung, die sich im Laufe der Zeit in der Rekurspraxis des Bundesrates auf andern Gebieten herausgebildet haben¹⁾: dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Bundesrat mit seiner Entscheidung vom 16. Februar 1892 die Beschwerde Petite & Cie abgewiesen hat, weil die Beschwerdeführer zur Begründung ihrer Behauptungen keinen bestimmten Fall angeführt haben; denn allgemein lautende Beschwerden, ohne Angabe des einzelnen Falles oder der einzelnen Fälle, auf die sie sich beziehen, sind unzulässig, vgl. Archiv I Nr. 1²⁾; ebenso wenn der Bundesrat in seiner Entscheidung vom 2. Dezember 1892, Rekurs der Betreibungsbeamten von Aarwangen und Burgdorf, über die Legitimation zur Beschwerdeführung folgendes sagt: „Wer zur Beschwerdeführung berechtigt sei, ist im B. G. nicht ausdrücklich gesagt; allein die Begrenzung liegt im Worte Beschwerde, plainte. Nur der kann sich beschweren, se plaindre, der durch den Entscheid betroffen, in seinen Rechten und nicht etwa bloß in seinen Ansichten oder in seinem Rechtsgefühl verletzt ist oder verletzt zu sein glaubt. Das Beschwerderecht steht mit andern Worten nur den Parteien zu“, Archiv I Nr. 86³⁾. Ein Betreibungsbeamter, dessen Amtshandlung

¹⁾ Vgl. v. Salis, a. O. I S. 347, 348. Organisationsgesetz, Art. 178.

²⁾ Vgl. v. Salis, a. O. I Nr. 187, 596 litt. f. „Der Bundesrat befasst sich nach feststehender Praxis nur mit solchen Rekursfragen, die einen konkreten tatsächlich vorhandenen Fall zur Entscheidung bringen, und hat es von jeher abgelehnt, Entscheidungen über Verhältnisse zu fassen, die möglicherweise in der Zukunft vorliegen und zu erledigen sein werden“, Bundesrat den 18. November 1890, Bundesblatt 1891 II S. 595.

³⁾ Durch die mitgeteilte Entscheidung wurde dem Betreibungsbeamten, dessen Verfügung durch die kantonale Aufsichtsbehörde aufgehoben worden ist, die Befugnis gegen die Entscheidung der kantonalen Aufsichtsbehörde an den Bundesrat zu rekurrieren, abgesprochen. Ganz korrekt fügt jedoch der Bundesrat bei: „Hält der Betreibungsbeamte dafür, die Aufsichtsbehörde habe das Gesetz unrichtig ausgelegt, während er es richtig angewandt habe, so steht es ihm wol zu, den Fall der obersten Instanz mitzuteilen. Solche Mitteilungen sind nur zu begrüßen. Sie können zur raschern Abklärung streitiger Fragen beitragen und werden unter Umständen die oberste Aufsichtsbehörde veranlassen, für die Behandlung künftiger Fälle der nämlichen

durch die kantonale Aufsichtsbehörde beispielsweise als unzulässig erklärt worden ist, kann demnach keine Beschwerde beim Bundesrat einreichen. Anders ist die Stellung der von den Gläubigern des Gemeinschuldners gewählten Konkursverwaltung und infolge dessen auch die Stellung des in gewissen Fällen die gewählte Konkursverwaltung ersetzenden Konkursamtes, vgl. B. G., Art. 231, 236, 237; beide sind zur Beschwerdeführung legitimirt.¹⁾

Hervorzuheben ist schliesslich der Umstand, dass die Beschwerdeführung durchaus unabhängig davon ist, ob eine Gesetzeswidrigkeit vorliegt, die dem eine Betreibungshandlung vornehmenden oder die Vornahme einer solchen ablehnenden Beamten selbst oder seinem Personal zur Last fällt, sei es nun dass die Gesetzeswidrigkeit einer unrichtigen Auffassung des Bundesgesetzes, sei es dass sie einer vom Beamten begangenen fahrlässigen oder absichtlichen Gesetzesübertretung zuzuschreiben ist. Die nackte Tatsache der geschehenen Gesetzesverletzung genügt; „denn eine Verfügung ist darum nicht minder gesetzwidrig, weil der tatsächliche Irrtum, auf Grund dessen sie erlassen wurde, entschuldbar ist. Die Verfügungen der Betreibungsämter sind, da meist auf Grund einseitiger Kognition zu erlassen, solchen Irrtümern geradezu ausgesetzt“, Entscheidung des Bundesrates vom 13. Januar 1893, Rekurs Bernhard, Archiv II Nr. 1; vgl. auch Entscheidung des Bundesrates vom 16. März 1893, Rekurs Gorgerat, Archiv II Nr. 48.

Der Bundesrat hat die besondere Aufgabe, als oberste Beschwerdeinstanz die Rechtseinheit zu wahren, nicht allen Behörden gegenüber, die zur Anwendung des B. G. berufen sind; er hat diese Aufgabe nur insofern, als die Handhabung des B. G. den kantonalen Betreibungs- und Konkursämtern, den von den Gläubigern der Gemeinschuldner ge-

Art Weisungen zu erteilen. Aber auf die Erledigung des betreffenden Falles müssen solche Mitteilungen ohne Einfluss bleiben, da sie nicht als Beschwerden im Sinne des Gesetzes aufgefasst werden können.

¹⁾ Vgl. v. Salis, a. O. I Nr. 202—205, besonders Nr. 202 a (französische Ausgabe von Borel).

wählten Konkursverwaltungen und den kantonalen Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs in abschliessender Weise anheimgegeben ist. Soweit die administrative Oberaufsicht des Bundesrates reicht, gerade soweit reicht auch seine Befugnis als oberste Beschwerdeinstanz zu funktionieren. Demnach hat der Bundesrat keine Kompetenz als Beschwerdeinstanz da, wo das Bundesgesetz gegen eine Verfügung der kantonalen Betreibungs- und Konkursämter oder der Konkursverwaltungen den Weg gerichtlicher Klage vorschreibt, oder wo gemäs dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen des Bundesgesetzgebers Verfügungen mit Bezug auf Schuldbetreibungen und Konkurse den Gerichten zugewiesen sind, B. G. Art. 17, 22, Entscheidungen des Bundesrates vom 20. Juni 1892, Rekurs Grunder, vom 15. März 1892, Rekurs Cornioley, vom 1. Juli 1892, Rekurs Ruttishauser, vom 24. Februar 1893, Rekurs Bühlmann und Genossen, vom 28. Februar 1893, Rekurs Berra, vom 18. April 1893, Rekurs R. Stutz & Cie., Archiv I Nr. 4, 34, II Nr. 37, 61, 68, 72; aber auch da hat der Bundesrat keine Kompetenz, wo die Anwendung der Vorschriften des B. G. durch andere kantonale Behörden, als durch die Betreibungs- und Konkursämter oder durch die Konkursverwaltungen oder durch deren kantonale Aufsichtsbehörden zu geschehen hat; hierbei ist es gleichgiltig, ob diese kantonalen Behörden gerichtliche oder administrative Behörden sind, B. G. Art. 23; vgl. Entscheidungen des Bundesrates im Archiv I Nr. 14, 54.

II. Verhältnis von Bundesrat und Bundesgericht in Betreibungs- und Konkurssachen. Ein Widerspruch wird nicht zu erwarten sein, wenn gelehrt wird,¹⁾ dass, soweit der Bundesgesetzgeber den Bundesrat als oberste Beschwerdeinstanz in Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes bezeichnete, er damit jede konkurrierende Kompetenz einer andern Bundesinstanz und namentlich eine solche des Bundesgerichtes ausgeschlossen wissen wollte; unter kei-

¹⁾ Vgl. die Begründung dieser Auffassung unten; bundesgerichtliche Entscheidungen 1883 IX S. 476.

nem irgendwie gestalteten Rechtsmittel kann eine solche Frage dem Bundesgericht zur Beurteilung unterbreitet werden. Soweit aber das B. G. eine Kompetenz des Bundesrates, als oberster Beschwerdeinstanz, nicht kennt, lässt sich ein doppeltes annehmen: entweder schloss der Bundesgesetzgeber dadurch auch die Kompetenz jeder andern Bundesinstanz, insbesondere diejenige des Bundesgerichtes, stillschweigend aus, die Rechtsanwendung des Bundesrechtes voll und ganz den kantonalen Behörden überlassend; oder aber keine besondern Bestimmungen in das B. G. aufnehmend, hielt der Bundesgesetzgeber die allgemeinen Vorschriften des Bundesrechtes über Wahrung der Rechtseinheit in den Materien des eidgenössischen Rechtes auch für das Gebiet des Betreibungs- und Konkursrechtes für anwendbar und ausreichend. Wir werden im einzelnen zu betrachten haben, wie im B. G. weder der eine, noch der andere dieser beiden Gesichtspunkte zur alleinigen Herrschaft gekommen ist. Anlässlich der Beratungen über die Entwürfe zum B. G. ist allerdings, soviel ich sehe, die Frage niemals genauer untersucht worden, welcher von den beiden hervorgehobenen Gesichtspunkten der allein zutreffende sein möchte, der deshalb im Bundesgesetz gesetzlichen Ausdruck finden sollte. Man war damals, wenn nicht ausschliesslich, so doch ganz vorwiegend mit der Frage beschäftigt, ob, soweit die ausdrückliche Erwähnung einer Bundesinstanz beabsichtigt war, der Bundesrat oder das Bundesgericht zu dieser Instanz zu erheben sei; vgl. Entwurf des Bundesrates zum B. G. vom 23. Februar 1886, Art. 3, Abs. 1¹⁾, Art. 22²⁾, 33³⁾, hiez. Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886, S. 53; Beschluss des Ständerates

¹⁾ Der zit. Art. 3, Abs. 1 lautet: Die Parteien können gegen die Entscheidungen der Aufsichtsbehörden beim Bundesrate Beschwerde führen, wenn sie Verletzung oder unrichtige Anwendung des Gesetzes behaupten.

²⁾ Art. 22, Abs. 2: Der Entscheid des Gerichtes (über Stundungsgewährung) ist endgiltig.

³⁾ Art. 33: Das Urteil (des Gerichtes), durch welches das Konkordat bestätigt oder verworfen wird, kann nicht weitergezogen werden.

vom 22. Dezember, Art. 13¹⁾, 20, 31²⁾, hiez u Bericht der ständerätlichen Kommission vom 13. November 1886, S. 15; Beschluss des Nationalrates vom 29. April 1887, Art 14, Abs. 3³⁾, 20, 31⁴⁾, Protokoll der Verhandlungen der nationalrätlichen Kommission 1887, S. 12 (Art. 13 und 14), 16 (Art. 20), 23; Beschluss der Bundesversammlung vom 30. Juni 1887, Art. 14, Abs. 3, 20, 31.⁵⁾

Das Bundesgesetz trat in Kraft; und da machte sich alsbald das Bedürfnis einer die Rechtseinheit wahren den eidgenössischen Beschwerdeinstanz auch in den dem Bundesrat nicht zugewiesenen Partien des B. G. deutlich bemerkbar. Eine solche Bundesinstanz ausdrücklich einzuführen, regte nicht nur Bundesrichter Hafner in seinen Zusatzanträgen zur Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege aus dem Jahre 1890 an, sondern auch in den eidgenössischen Räten wurde von Nationalrat Fehr ein dahinzielender Antrag während der Beratung über die Revision des genannten Organisationsgesetzes eingebracht. An eine Ausdehnung der Kompetenz des Bundesrates konnte bei diesem Anlass allerdings nicht gedacht werden. Der Anregung hätte kaum anders als in der Weise entsprochen werden können, dass dem Bundesgericht, als Beschwerdeinstanz, spezielle Kompetenzen in Schuldbetreibungs- und Konkurs sachen zugeschieden worden wären. Damit wäre eine

¹⁾ Art. 13: Die Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde unterliegen keiner Weiterziehung.

²⁾ Hier ist Weiterziehung der Entscheide der Nachlassbehörden an die kantonale Oberbehörde vorgesehen.

³⁾ Art. 14 Abs. 3, Satz 1: Gegen gesetzwidrige Entscheidungen der letztinstanzlichen kantonalen Aufsichtsbehörde können die Parteien beim Bundesrate Beschwerde führen.

⁴⁾ Entsprechend dem Beschluss des Ständerates; s. Anmerkung 2.

⁵⁾ Reichel, Referat über das Betreibungsamt im schweizerischen Rechte, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. VI S. 599—604, 607 (These IV); vgl. ferner Martin, ebendasselbst S. 618; Ruchonnet, ebendasselbst S. 619, 620; Oswald, ebendasselbst S. 623; L. Weber, ebendasselbst S. 625.

sog. Zweispurigkeit des Rekursverfahrens eingeführt worden: einerseits in einem grossen Teil des Betreibungs- und Konkursrechtes eine Beschwerde an den Bundesrat gemäs Betreibungsgesetz, andererseits in einzelnen Partien desselben Rechtsgebietes eine Beschwerde an das Bundesgericht gemäs Organisationsgesetz. Eine solche Zweispurigkeit müsste doch wol vom Standpunkt der logischen Ausbildung und Durchbildung gesetzgeberischer Probleme einen sehr misslichen und inkorrekten Eindruck machen; sie müsste zudem in der Praxis ausserordentlich verwirrend und ungünstig wirken und damit Rechtsnachteile aller Art für die Interessenten nach sich ziehen; hiebei sehe ich ganz davon ab, dass infolge einer solchen Zweispurigkeit die gleichmässige Rechtsanwendung nicht in absoluter Weise als gesichert erscheinen dürfte. Es muss deshalb gebilligt werden, dass die Bundesversammlung auf Grund jener Anregung sich begnügt hat, mit Beschluss vom 14. Dezember 1892, 14. März 1893, den Bundesrat einzuladen: „zu geeigneter Zeit Bericht und Antrag über die Frage vorzulegen, ob und wie die Kompetenzen der Bundesbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen vervollständigt werden sollten,“ vgl. Übersicht der Verhandlungen der schweizerischen Bundesversammlung im März 1893, Nr. 17.

III. Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen. Die nähere Prüfung des B. G. mit Beziehung auf die aufgeworfene Frage der Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen ergibt das Resultat, dass von den beiden in Betracht kommenden Rechtsmitteln des im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874, jetzt in dem revidirten Organisationsgesetz vom 22. März 1893 niedergelegten Bundesrechtes das eine ausgeschlossen, das andere dagegen unter Umständen statthaft ist. Die beiden Rechtsmittel sind: die Berufung an das Bundesgericht in civilrechtlichen Streitigkeiten und die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht. Wegen Verletzung der Normen des B. G. kann eine staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht nicht eingereicht werden;

die Berufung an das Bundesgericht dagegen wegen Verletzung der Normen des B. G. ist im Prinzip zugelassen.

A. Die Berufung an das Bundesgericht. Die Berufung an das Bundesgericht wegen Verletzung der Vorschriften des B. G. ist zulässig, sobald die besondern, in Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1874 (jetzt in Art. 56 ff. des Bundesgesetzes vom 22. März 1893) aufgestellten Voraussetzungen zutreffen. Die Fälle aber, die mit diesem Rechtsmittel an das Bundesgericht weiter gezogen werden können, sind nur solche, für die vom B. G. selbst der Prozessweg ausdrücklich vorgeschrieben ist, oder deren Erledigung durch den Civilrichter, als selbstverständlich, stillschweigend vorausgesetzt wird. Es sind Fälle, in denen es sich um civilrechtliche Fragen handelt. Irrtümlich wäre nämlich eine Auffassung, die dahin geht, das Betreibungs- und Konkursgesetz enthalte nur prozessrechtliche Bestimmungen, und zwar Bestimmungen über das Verfahren zum Zweck der Zwangsvollstreckung. Soweit allerdings das B. G. solche prozessrechtliche Vorschriften enthält, ist die Möglichkeit einer Berufung an das Bundesgericht ausgeschlossen; soweit dagegen im B. G. direkt Bestimmungen rein civilrechtlicher Natur aufgestellt sind, oder soweit das B. G. für das prozessrechtliche Vorgehen die Erledigung materiellrechtlicher Fragen zur Voraussetzung macht, da kann das Bundesgericht im Wege der Berufung, die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels als erfüllt angenommen, entscheiden.¹⁾ Für die Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht ist es sodann gleichgiltig, ob das B. G. die Erledigung

¹⁾ Vgl. auch folgende Bemerkung des Bundesgerichts in seinem Geschäftsbericht über das Jahr 1892: Infolge Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs ist der Kreis derjenigen Civilsachen, welche auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht weiter gezogen werden können, erweitert, diese Erweiterung aber im Berichtsjahre noch nicht fühlbar geworden. Das Bundesgericht hat im Jahre 1892 weder Arrestprozesse noch Anfechtungsklagen, Rangstreitigkeiten und Teilungsstreitigkeiten in Konkursen oder bei der Schuldbetreibung, noch andere aus dem genannten Gesetze herrührende Streitigkeiten zu entscheiden gehabt, Archiv II S. 126, 127, Bundesblatt 1893 II S. 338.

der in Frage stehenden civilrechtlichen Streitigkeiten auf den ordentlichen Prozessweg verweist, oder ob das B. G. die Erledigung im beschleunigten Verfahren verlangt, vgl. B. G., Art. 25, Ziff. 1; in beiden Verfahren wird schliesslich ein „in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil“ (Organisationsgesetz 1874, Art. 29, Abs. 1, 1893, Art. 58) vorliegen; das beschleunigte Verfahren unterscheidet sich vom ordentlichen Verfahren im wesentlichen nur durch die kürzer bemessenen Fristen und Termine, nicht durch eine Beschränkung der zulässigen Beweismittel, vgl. B. G., Art. 111, Abs. 3, 148, 250, 265, 284.¹⁾ Wo dagegen das B. G. das summarische Prozessverfahren vorschreibt (vgl. B. G., Art. 25, Ziff. 2), da ist eine Berufung an das Bundesgericht ausgeschlossen, welche Höhe immer der Streitwert erreichen mag; denn im summarischen Verfahren kommt es eben nicht zu einem Haupturteil. Das summarische Verfahren ist nicht dazu bestimmt, eine Streitsache definitiv zu erledigen; stets wird die nochmalige, alsdann vollständige Behandlung der Streitfrage im ordentlichen Verfahren als zulässig vorausgesetzt; vgl. B. G., Art. 77, 80 ff., 85, 181 ff.²⁾

Die Frage der Berufung an das Bundesgericht in Fällen des B. G. kann somit nicht damit erledigt werden, dass gesagt wird: dieselbe sei im Prinzip da nicht ausgeschlossen,

¹⁾ Auch in Art. 279 des B. G. ist das beschleunigte Verfahren vorgeschrieben; in dem hier normirten Fall handelt es sich jedoch nicht um eine civilrechtliche, sondern um eine prozessrechtliche Streitigkeit.

²⁾ Ein summarisches Verfahren ist auch das Konkursöffnungsverfahren, vgl. B. G. Art. 166 ff., 188, 189, 190 ff. In demselben kommt es überhaupt nicht zur Entscheidung über die materiellen Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger. Ein Haupturteil ist also weder das Konkurserkennntnis, noch das die Abweisung des Konkursbegehrens aussprechende Erkenntnis; Berufung an das Bundesgericht ist ausgeschlossen. Mit Unrecht nimmt Zeerleder, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, systematisch-kritische Darstellung, 1889, S. 26, die Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht gegen ein Konkurserkennntnis an; er sagt: „Als der Schätzung nicht unterliegende Streitgegenstände sind namentlich auch die Fragen über Zulässigkeit des Konkurses anzusehen“; vgl. hiegegen L. Weber, Zur Kritik über das B. G., 1889, S. 24 ff.; Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Art. 25, Anmerkung 5.

wo im Bundesgesetz ausdrücklich die gerichtliche Erledigung der Sache vorgesehen ist; vielmehr müssen zunächst die folgenden zwei Tatsachen als vorliegend festgestellt werden, nämlich: die civilrechtliche Streitigkeit einerseits und das letztinstanzliche kantonale Haupturteil andererseits. Alsdann kommt die Frage der Beurteilung nach eidgenössischem Rechte in Betracht (Organisationsgesetz 1874, Art. 29, Abs. 1, 1893, Art. 56), ferner die Frage des beim letzten kantonalen Entscheide noch streitigen Hauptwertes von wenigstens Fr. 3000 (jetzt gilt: dass der Streitwert nach Massgabe der von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen kantonalen Gerichte eingebrachten Rechtsbegehren mindestens Fr. 2000 beträgt) oder der Unmöglichkeit vermögensrechtlicher Schätzung des Streitgegenstandes (Organisationsgesetz 1874, Art. 29, Abs. 1 und 2, 1893, Art. 59, 61) und endlich die Frage des rechtzeitigen Gebrauchs des Rechtsmittels (innert 20 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an gerechnet, innert 5 Tagen im beschleunigten Verfahren, Organisationsgesetz 1874, Art. 30, 1893, Art. 65, 67).

Dem Gesagten gemäs unterliegen nicht der Berufung an das Bundesgericht:

Die Frage des vom Richter zu bewilligenden oder zu versagenden Rechtsvorschlages, gleichgiltig, ob es sich um einen Rechtsvorschlag bei der Wechselbetreibung oder um einen nachträglichen Rechtsvorschlag bei der gewöhnlichen (Pfändungs-, Pfand- und Konkurs-)Betreibung handelt, vgl. B. G., Art. 77, 153, 172, 179—185;

die Frage der im summarischen gerichtlichen Verfahren zu erlangenden provisorischen oder definitiven Rechtsöffnung, vgl. B. G., Art. 80—84, 153;

die Frage der im summarischen gerichtlichen Verfahren zu erwirkenden Aufhebung oder Einstellung einer Betreibung, vgl. B. G., Art. 85, 153, 172, Ziff. 3;

die Frage der vom Konkursgericht auf Antrag eines Gläubigers oder von Amteswegen anzuordnenden Aufnahme eines Güterverzeichnisses, vgl. B. G., Art. 162, 163, 170, 183;

die vom Konkursgericht zu entscheidende Frage der

Konkurseröffnung, vgl. B. G., Art. 160—176, 188, 189, 190 bis 192, 194, 309;

die Frage der vom Konkursgericht auszusprechenden Einstellung des Liquidationsverfahrens über eine ausgeschlagene Verlassenschaft und des Konkursverfahrens, vgl. B. G., Art. 196, 230;

die Frage der Anordnung des vom Konkursgericht zu genehmigenden summarischen Konkursverfahrens, vgl. B. G., Art. 231;

die Frage des vom Konkursgericht auszusprechenden Widerrufs des Konkurses, vgl. B. G., Art. 195;

die Frage des vom Konkursgericht zu erklärenden Schlusses des ordentlichen Konkursverfahrens, vgl. B. G., Art. 268;

die im beschleunigten gerichtlichen Verfahren zu erledigende Frage des Vorhandenseins eines Arrestgrundes, vgl. B. G., Art. 279;

die Frage der von der kantonalen Nachlassbehörde zu bewilligenden oder zu verweigernden Nachlassstundung, vgl. B. G., Art. 295;

die Frage des von der kantonalen Nachlassbehörde auszusprechenden Widerrufs der erteilten Stundung, vgl. B. G., Art. 298, 309;

die Frage der von der kantonalen Nachlassbehörde auszusprechenden Bestätigung oder Ablehnung der Bestätigung eines Nachlassvertrages, vgl. B. G., Art. 304—306, 317, Entscheidung des Bundesgerichtes vom 25. Juni 1892, Rekurs Berner Handelsbank und Genossen, Archiv I Nr. 60, Amtliche Sammlung bundesgerichtlicher Entscheidungen XVIII S. 215 ff.;

die Frage des von der kantonalen Nachlassbehörde auszusprechenden Widerrufs eines auf unredliche Weise zu Stande gekommenen Nachlassvertrages oder der von ihr auszusprechenden Aufhebung eines nicht gehörig erfüllten Nachlassvertrages, vgl. B. G., Art. 315, 316.

Weil es sich um civilrechtliche Streitigkeiten handelt, die nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen sind, ist die Berufung an das Bundesgericht beispielsweise in folgenden Fällen ausgeschlossen:

Der Anspruch der Ehefrau oder der Kinder oder der Mündel des Schuldners zur Anschlusspfändung wird innert nützlicher Frist von den übrigen Gläubigern der betreffenden Pfändungsgruppe bestritten, sodass die Ehefrau u. s. w., d. h. der „Ansprecher“, seinen Anspruch gerichtlich im beschleunigten Verfahren geltend machen muss, vgl. B. G., Art. 111; oder im Konkurse des Gemeinschuldners meldet die Ehefrau für zugebrachtes Frauengut eine Forderung an, über deren rechtliche Behandlung im Kollokationsstreite Klage geführt werden muss; würde allerdings im Prozess der Standpunkt vertreten, dass durch das Urteil des kantonalen Richters die bundesrechtlichen Grundsätze der Frauengutsbehandlung im Konkurse des Ehemannes verletzt worden seien, so wäre in dieser Richtung die Berufung an das Bundesgericht im Prinzip nicht ausgeschlossen, vgl. B. G., Art. 219, 220, 250; oder es wird im ordentlichen Prozesse über die Rechtsbeständigkeit eines auf Bestimmungen des kantonalen Rechtes sich stützenden Anspruches entschieden, nachdem infolge Rechtsvorschlages die Betreibung für diesen Anspruch war eingestellt worden, vgl. B. G., Art. 78, 79; u. s. w., u. s. w.

Die eventuelle Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht ist für folgende Fragen, deren gerichtliche Erledigung das B. G. entweder ausdrücklich vorschreibt oder stillschweigend voraussetzt, anzuerkennen, vgl. auch unten S. 574 ff.:

1. B. G., Art. 5—7, 24, 241: Die Frage der civilrechtlichen Verantwortlichkeit der Betreibungsbeamten, der Vorsteher der Konkursämter (Konkursbeamten) und der von der Gläubigerversammlung im Konkurse des Gemeinschuldners gewählten Konkursverwaltung für Schaden, den sie oder die von ihnen ernannten Angestellten durch ihr Verschulden verursacht haben, ist im gerichtlichen Verfahren zu erledigen. Weder die kantonalen Aufsichtsbehörden, noch der Bundesrat können die Schadenersatzpflicht der genannten Beamten aussprechen. Da aber diese civilrechtliche Verantwortlichkeit durch einen bundesgesetzlichen Rechtssatz festgesetzt ist, so können kantonale Urteile über dieselbe an das Bundesgericht, als Berufungsinstanz, weiter gezogen werden. Dasselbe gilt

hinsichtlich der gleichen civilrechtlichen Verantwortlichkeit derjenigen Angestellten der Betreibungs- und Konkursämter, deren Ernennung der öffentlichen Gewalt zukommt, sodann hinsichtlich der subsidiären Haftbarkeit der Kantone für die Beamten und Angestellten der Betreibungs- und Konkursämter, ferner hinsichtlich der primären Haftbarkeit der Kantone für die von den kantonalen Depositenanstalten verwahrten Depositen, endlich hinsichtlich der Rückgriffsbefugnis der Kantone gegen die Wahlkreise, von denen die Beamten und Angestellten ernannt worden sind, es wäre denn, dass die Frage der Haftbarkeit der Kantone in erster und einziger Instanz vor das Bundesgericht gebracht worden wäre, vgl. Organisationsgesetz 1874, Art. 27, Ziff. 4, 1893, Art. 48, Ziff. 4. Über die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder der kantonalen Aufsichtsbehörden der Betreibungs- und Konkursämter und der Mitglieder der kantonalen Gerichte, denen die Handhabung des B. G. wenigstens bezüglich bestimmter Fragen anvertraut ist, hat das Bundesgesetz keine ausdrücklichen Vorschriften. Das B. G. enthält auch keine Bestimmungen über die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Arrestbehörden, der für die Ausweisung von Mietern und Pächtern zuständigen Behörden und der Nachlassbehörden, derjenigen Behörden also, die von den Kantonen gemäß der Vorschrift des Art. 23 des B. G. einzusetzen sind; ebensowenig ist im B. G. die primäre oder die subsidiäre Haftbarkeit der Kantone für diese ihre Behörden ausgesprochen; und selbst die diesbezügliche Stellung des Sachwalters, der dem Schuldner für die Zeit der Nachlassstundung von der Nachlassbehörde gesetzt wird, vgl. B. G., Art. 295, ist im Bundesgesetz nicht näher festgesetzt. Es bleibt daher nach allen diesen Richtungen das bisherige oder das künftige kantonale Recht in Kraft; insbesondere fällt die Vorschrift der Art. 64 des eidgenössischen Obligationenrechtes (O. R.) in Betracht,¹⁾ und je nachdem das eidgenös-

¹⁾ Vgl. Schneider, Das schweizerische Obligationenrecht mit allgemein fasslichen Erläuterungen, grosse Ausgabe 1892, Anmerkung zu Art. 64.

sische Recht oder das kantonale Recht anwendbar sein wird, ist die Möglichkeit einer Berufung an das Bundesgericht gegeben oder ausgeschlossen.

2. B. G., Art. 79, 153, 186, 278: Der vom Betriebenen ordnungsgemäs, namentlich rechtzeitig vorgebrachte Rechtsvorschlag bewirkt die Einstellung der Betreibung, vgl. B. G., Art. 78, 186. Durch Beschwerdeführung bei der Aufsichtsbehörde kann der Rechtsvorschlag nicht beseitigt werden. Der betreibende Gläubiger, insbesondere auch der Arrestgläubiger, muss, um zur Fortsetzung seiner Betreibung zu gelangen, rechtzeitig zur Geltendmachung seines Anspruchs den Prozessweg betreten. Wenn nun die Frage der materiellen Rechtsbeständigkeit dieses Anspruches nach eidgenössischem, nicht nach kantonalem Rechte zu beurteilen ist, so ist die Berufung an das Bundesgericht im Prinzip zugelassen. Ganz dasselbe gilt: wenn der Betriebene in nützlicher Frist auf dem Wege des ordentlichen Prozesses klagt auf Aberkennung des Anspruches und zwar klagt gegen den Gläubiger, der nach erfolgtem Rechtsvorschlag die provisorische Rechtsöffnung erwirkt hat, vgl. B. G., Art. 83, Abs. 2; oder wenn die Frage der Rechtsbeständigkeit des von einem Dritten für sich in Anspruch genommenen dinglichen Rechtes an gepfändeten oder mit Arrest belegten Sachen zur gerichtlichen Entscheidung gelangt, vgl. B. G., Art. 106—109, 140, 155, 275; oder wenn der Aussonderungsberechtigte im Konkurs Klage auf Herausgabe innert nützlicher Frist erheben muss, weil die Konkursverwaltung seinen Anspruch nicht anerkennt, vgl. B. G., Art. 242; oder wenn die Gläubiger, deren Forderungen vom Nachlassschuldner bestritten werden, zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Forderungen durch die Nachlassbehörde veranlasst werden, vgl. B. G., Art. 305, Abs. 3, 310, unten Ziff. 10.

3. B. G., Art. 86, 153, 187: Ist ein Rechtsvorschlag vom Betriebenen nicht erhoben oder ist derselbe vom zuständigen Richter nicht bewilligt worden, oder ist der Rechtsvorschlag durch definitive Rechtsöffnung beseitigt oder ist die Aberkennungsklage gegenüber der provisorischen Rechts-

öffnung versäumt worden, so muss der Betriebene dem Zahlungsbefehl in der einen oder andern Weise Genüge tun; zahlt der Betriebene, so zahlt er vielleicht eine Nichtschuld. Eine solchermassen bezahlte Nichtschuld kann vom Betriebenen zurückgefordert werden und zwar nicht auf Grund der allgemeinen Vorschrift des Art. 72 des eidg. O. R., sondern auf Grund der besondern Vorschrift des Art. 86 des B. G. Und wie die Frage der Nichtschuld auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht gebracht werden kann, sofern kein kantonalrechtlicher Verpflichtungsgrund behauptet oder festgestellt wird, so trifft dies auch zu bezüglich der Anwendung des zit. Art. 86 des B. G.

4. B. G., Art. 146—148, 157, 219, 220, 230, 247—251: Die Abänderung des im Betreibungsverfahren errichteten Kollokationsplanes, wie die Abänderung des im Konkursverfahren errichteten Kollokationsplanes kann in der Regel¹⁾ nur durch gerichtliches Urteil erfolgen. Lassen die Beteiligten die Anfechtungsfrist unbenützt verstreichen, so erwächst der Kollokationsplan in Rechtskraft; wird dagegen der Kollokationsplan innert nützlicher Frist angefochten durch Klagereinreichung beim Gericht, so erhält er Rechtskraft, sobald das Urteil über den Kollokationsplan rechtskräftig geworden ist, sei es, dass dieses Urteil eine vollständige oder teilweise Änderung des Kollokationsplanes festsetzt, sei es, dass das Urteil den Kollokationsplan unverändert lässt, das Gericht also die Klage abweist, vgl. Archiv II Nr. 10, 21, 66. Für die Aufstellung eines jeden Kollokationsplanes sind die Vorschriften der Art. 219, 220 des B. G. massgebend. Insofern in diesen Artikeln des Bundesgesetzes auf kantonales Recht verwiesen wird, und insofern eine angemeldete und zu berücksichtigende Forderung auf Normen des kantonalen Rechtes sich stützt, kommt letzteres und nicht eidgenössisches Recht zur Anwendung. Wird jedoch behauptet, dass durch das den Kollokationsplan abändernde oder denselben bestätigende letztinstanzliche kantonale Haupturteil die Bestimmungen der

¹⁾ Vgl. unten Abschnitt IV, Ziff. 7.

Art. 219 und 220 des B. G. oder anderweitige Normen des Bundesrechtes verletzt werden, so ist die Berufung an das Bundesgericht gegen dieses Urteil im Prinzip statthaft.

5. Die Artikel 197—205, 208—218 des B. G. enthalten sog. materielles Konkursrecht. Die praktische Anwendung der Rechtssätze dieser Gesetzesartikel wird zwar vorab Sache der Konkursverwaltungen und der Konkursämter sein. Entstehen unter den Beteiligten über die Anwendung oder über die Auslegung dieser Rechtssätze Meinungsverschiedenheiten, so können dieselben mangels gütlicher Verständigung nicht anders als im gerichtlichen Verfahren zum Austrag gebracht werden und keineswegs auf dem Wege der Beschwerdeführung an die kantonalen Aufsichtsbehörden und an den Bundesrat. Es handelt sich um rein privatrechtliche Streitigkeiten. Die Interpretation der Vorschriften der genannten Artikel steht also in letzter Linie dem Bundesgericht als Berufungsinstanz zu.

6. B. G., Art. 265, 267, 328: Auf Grund eines im Konkursverfahren ausgestellten Verlustscheines¹⁾ kann eine neue Betreibung nur dann angehoben werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Der gleichen Beschränkung ist die Forderung desjenigen Gläubigers unterworfen, der sich am Konkursverfahren gar nicht beteiligt hat, sowie der Anspruch desjenigen Gläubigers, der vor dem 1. Januar 1892 in einem Konkurse zu Verlust gekommen ist und für den Verlustbetrag nach Massgabe des betreffenden kantonalen Rechtes noch forderungsberechtigt blieb, vgl. Archiv II Nr. 21, Ziff. 2, S. 50. Bestreitet der Gemeinschuldner, dass er zu neuem Vermögen gekommen sei, so entscheiden hierüber nicht im Beschwerdeverfahren die kantonalen Aufsichtsbehörden und der Bundesrat, sondern die Gerichte im beschleunigten

¹⁾ Andern Wert hat der im Betreibungsverfahren ausgestellte Verlustschein, vgl. B. G. Art. 149. Abs. 3: „Der Gläubiger kann während sechs Monaten nach Zustellung des Verlustscheines ohne neuen Zahlungsbefehl die Betreibung fortsetzen.“ Nach Ablauf der sechsmonatlichen Frist steht dem Gläubiger der gewöhnliche Betreibungsweg offen, vgl. B. G., Art. 265, Abs. 2, Satz 2.

Verfahren. Meistens wird das in einem solchen Falle ergehende gerichtliche Urteil nichts weiteres als die Feststellung der streitigen Tatsache enthalten, und von diesem Gesichtspunkt aus wird die Weiterziehung des kantonalgerichtlichen Urteils an das Bundesgericht als unzulässig erscheinen, vgl. Organisationsgesetz 1874, Art. 30, Abs. 4, Satz 1¹⁾ und 1893, Art. 57²⁾. Denkbar ist jedoch die Berufung an das Bundesgericht auf Grund des Art. 265 des B. G. immerhin: so z. B. wenn das kantonale Gericht die Beweislast nicht im Sinne des Bundesrechtes verteilt hat, der betreibende Gläubiger ist beweispflichtig; oder wenn das kantonale Gericht den Begriff des zu neuem Vermögen Gelangens verkennt. Auch die Frage ist eine gerichtliche, ob ein Gläubiger auf Grund der Vorschrift des Art. 267 des B. G. der Beschränkung des Art. 265, Abs. 2, Satz 2 unterworfen ist, weil er als Konkursgläubiger hätte auftreten können; sie ist demnach eine der Berufung an das Bundesgericht fähige, insbesondere da nach dem B. G. selbst, also nach Bundesrecht, zu entscheiden ist, welche Forderungen gegen den Gemeinschuldner als Konkursforderungen in dem über ihn ausgebrochenen Konkurse anzumelden sind. Endlich ist die Tragweite der in Art. 328 des B. G. ausgesprochenen Gleichstellung der zur Zeit der Herrschaft des kantonalen Konkursrechtes zu Verlust gekommenen Forderungen mit den unter dem neuen eidgenössischen Konkursrecht zu Verlust kommenden Forderungen durch die Gerichte eventuell durch das Bundesgericht festzustellen; und nur die Frage, ob nach altem Recht der Gläubiger überhaupt noch forderungsberechtigt blieb für seinen im Konkurse erlittenen Verlust, entzieht sich, als rein kantonalrechtliche Frage, der Nachprüfung durch das Bundesgericht.

¹⁾ Das Bundesgericht hat seinem Urteile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Tatbestand zu Grunde zu legen.

²⁾ Die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichts auf einer Verletzung des Bundesrechtes beruhe... Jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache ist als Rechtsverletzung anzusehen.

7. B. G., Art. 273: Die gerichtlich zu entscheidende Frage der Schadenersatzpflicht des Arrestnehmers wegen ungerechtfertigten Arrestes, wobei gleichgiltig ist, ob den Arrestnehmer bei der Arrestnahme ein Verschulden trifft oder nicht, kann auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden, vgl. Urteil des Zürcher-Bezirksgerichtes vom 7. September 1892, Archiv I Nr. 64¹⁾.

8. B. G., Titel X, Art. 285—292, 331: Die Fragen des eidgenössischen Anfechtungsrechtes sind materiellrechtliche Fragen, die im Streitfalle von den kantonalen Gerichten und nicht von den Aufsichtsbehörden der Betreibungs- und Konkursämter zu beurteilen sind; dass prinzipiell die Weiterziehung diesbezüglicher kantonalen Urteile an das Bundesgericht mit dem Rechtsmittel der Berufung zulässig ist, kann nicht zweifelhaft sein, Archiv II Nr. 8, 40.

9. B. G., Art. 284: Die Berufung an das Bundesgericht ist im Prinzip nicht ausgeschlossen, wenn der Richter im beschleunigten Verfahren über die Anwendung der Vorschrift des Art. 284 des B. G. zu entscheiden hat. Gemäs der Vorschrift dieses Artikels können Gegenstände, die heimlich oder gewaltsam aus den vermieteten oder verpachteten Räumlichkeiten fortgeschafft worden sind, mit Hilfe der Polizeigewalt in die genannten Räumlichkeiten, unter Vorbehalt der Rechte gutgläubiger Dritter, zurückgebracht werden. Diese Vorschrift ist nichts anderes als eine durch das Bedürfnis der Praxis²⁾ notwendig gewordene Ergänzung, oder richtiger

¹⁾ Vgl. Reichel in Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Art. 273, Anmerkung 2.

²⁾ Die unmittelbare Veranlassung zur Aufnahme des in Frage stehenden Satzes in das B. G. ist vielleicht in dem Urteil des Bundesgerichts vom 28. April 1888, in Sachen Richard gegen Dépraz (Waadtländer-Sache), zu suchen. Hier wird als Rechtssatz des eidg. O. R. der gewis richtige Satz gelehrt: Das Retentionsrecht des Vermieters einer unbeweglichen Sache an den eingebrachten beweglichen Sachen des Mieters ist von dem Verbleiben derselben auf dem Grundstücke abhängig und erlischt daher mit der Entfernung dieser Sachen von dem Grundstücke, auch wenn dieselbe heimlich geschieht, Bundesgerichtliche Entscheidungen XIV S. 296 ff., Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts VI Nr. 68;

gesagt: Abänderung der Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes über das Retentionsrecht des Verpächters und des Vermieters. Sie ist erst während der zweiten Beratung des B. G. im Jahre 1888 von der Bundesversammlung in das Bundesgesetz aufgenommen worden. Die Vorlage des Bundesrates vom 27. Januar 1888 enthält die Vorschrift noch nicht; vgl. Vorlage des Bundesrates vom 27. Januar 1888, ausgearbeitet auf Grund des in erster Lesung von der Bundesversammlung gefassten Beschlusses, Art. 206, 207; Beschluss der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888, zweite Beratung, Art. 206, 207.

10. B. G., Titel XI, Art. 310, 314: Durch den von der kantonalen Nachlassbehörde bestätigten Nachlassvertrag wird die Art und Weise rechtsgiltiger Tilgung der gegen einen Schuldner bestehenden Ansprüche festgesetzt. Durch die Entscheidung der Nachlassbehörde über Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung eines Nachlassvertrages wird demnach nicht ein Civilprozess über Bestand oder Nichtbestand eines streitigen Privatrechtsanspruches oder Privatrechtsverhältnisses beurteilt¹⁾. Die Entscheidung ist kein kantonales Haupturteil im Sinne des Organisationsgesetzes. Die Frage der Rechtsbeständigkeit der Ansprüche bleibt zunächst ausser Frage. Über diese kann nur im ordentlichen civilprozessualischen Verfahren entschieden werden, und je nach der Natur der Ansprüche ergiebt sich dann, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht gegenüber einem kantonalen Urteil. An diesem Rechtszustand wird nichts geändert durch den Umstand, dass ein Gläubiger, dessen For-

vgl. dieselbe Revue III Nr. 47 (Zürcher Entscheid des Obergerichts vom 11. Juni 1884), IV Nr. 59 (Urteil des Waadtländer Kantonsgerichts vom 15. Dezember 1885), VI Nr. 6 (Entscheidung des Bundesgerichtes vom 11. November 1887), Nr. 19 (baselstädtische Entscheidung vom 16. September 1887), VIII Nr. 9 (Entscheidung der Luzerner Justizkommission vom 13. Juli 1888).

¹⁾ Entscheidung des Bundesgerichtes vom 25. Juni 1892, Rekurs Berner Handelsbank, Archiv I Nr. 60, vgl. auch Archiv II S. 127.

derung vom Nachlassschuldner bestritten wird (eine Bestreitung seitens der Nachlassbehörde oder der übrigen Gläubiger kommt hiebei nicht in Betracht)¹⁾, durch peremptorische Fristansetzung seitens der Nachlassbehörde zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches aufgefordert wird. Kommt der Gläubiger dieser Aufforderung nicht rechtzeitig nach, so geht er deshalb seiner Forderung nicht verlustig, dagegen erhält der Schuldner das von ihm auf eine an sich zulässige Anordnung der Nachlassbehörde hin deponirte Betreffnis der bestrittenen Forderung ungeschmälert heraus.²⁾ Würde übrigens die Frage der Rechtswirkung des Versäumens der erwähnten peremptorischen Frist streitig, so wäre ihre Entscheidung nicht Sache der kantonalen Nachlassbehörde, sondern Sache des Richters, in letzter Instanz, als Berufungsinstanz, Sache des Bundesgerichtes; denn es handelt sich um die Auslegung einer Vorschrift eidgenössischen Rechtes, und zwar handelt es sich um die Frage der Verwirkung privatrechtlicher Ansprüche wegen versäumter Rechtsvorkehr, also um eine Frage, die mangels ausdrücklicher entgegenstehender Gesetzesvorschrift als Gerichtssache aufzufassen ist.

Sodann kann das Bundesgericht als Berufungsinstanz angegangen werden, wenn die Anwendung der Vorschrift des Art. 314 in Betracht fällt, d. h. wenn die Ungiltigkeit eines Versprechens behauptet wird, durch das der Nachlassschuldner einem Gläubiger mehr zugesichert hat, als was diesem Gläubiger auf Grund des bestätigten Nachlassvertrages gebührt. Wird zwar infolge eines solchen Versprechens der Widerruf des bestätigten Nachlassvertrages von einem Gläubiger beantragt, mit der Motivirung, dass der Nachlass auf unredliche Weise zu Stande gekommen sei, so entscheiden über diesen Antrag die kantonalen Nachlassbehörden und nur sie,

¹⁾ Anderer Ansicht ist Heuberger a. O. Art. 310, Anmerkung; vgl. G. Keller, Das Nachlassvertrags ausser Konkurs, 1892, S. 95.

²⁾ Gleicher Ansicht ist G. Keller a. O. S. 106; anders Heuberger a. O.: „Wird die Klage innert der peremptorischen Frist nicht eingereicht, so geht die Forderung unter“. Unentschieden bleibt Reichel im Kommentar von Weber und Brüstlein, Art. 310, Anmerkung 2.

also weder kantonale Gerichte, noch irgend eine Bundesinstanz. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Nachlassbehörden auch die civilrechtliche Bedeutung oder Bedeutungslosigkeit eines solchen Versprechens zu beurteilen hätten. Es wird vielmehr zunächst Sache des Schuldners selbst sein, die civilrechtliche Unwirksamkeit des fraglichen Versprechens vor den ordentlichen Civilgerichten klageweise oder einredeweise feststellen zu lassen.

B. Die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht. Die staatsrechtliche Beschwerde kann beim Bundesgericht wegen Verletzung der Vorschriften des B.G. durch Verfügungen und Anordnungen der kantonalen Behörden und Beamten nicht erhoben werden. Dieser Satz gilt sowol nach, wie vor der Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege. Der Satz ist auch durch die Spruchpraxis des Bundesgerichtes wiederholt bestätigt worden, vgl. bundesgerichtliche Entscheidungen vom 21. Januar 1893, Rekurs Meschenmoser, vom 27. Januar 1893, Rekurs Steiner, und die weitem unten folgenden Nachweisungen aus dem Archiv.

Es ist bekannt, in welch weitem Umfange nach der Praxis des Bundesgerichtes wegen Nichtbeobachtung bundesrechtlicher Bestimmungen die staatsrechtliche Beschwerde gegen Verfügungen kantonalen Behörden zugelassen ist. Die staatsrechtliche Beschwerde ist nicht beschränkt auf Fälle behaupteter Verletzung der Verfassungsgrundsätze des Bundes oder der Kantone. Sie ist „regelmässig überall da statthaft, wo durch eine Verfügung einer kantonalen Behörde ein bundesrechtlicher, speziell bundesgesetzlicher Grundsatz zum rechtlichen Nachteil eines Bürgers verletzt wird“, und „als selbstverständlich“ sind hievon nur „diejenigen Fälle ausgenommen, wo es sich entweder um eine, in die Kompetenz der politischen Bundesbehörden fallende, Administrativsache¹⁾ handelt, oder wo durch das Bundesrecht selbst das gedachte Rechts-

¹⁾ Vgl. Organisationsgesetz 1874, Art. 59, Abs. 2, hiezu die bedeutenden Abweichungen im Organisationsgesetz 1893, Art. 189.

mittel ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen wird. Letzteres gilt in denjenigen Fällen, wo wegen Verletzung von Bundesgesetzen ein anderes besonderes Rechtsmittel an das Bundesgericht (oder, wie wir mit Rücksicht auf das B. G. beifügen dürfen: ein besonderes Rechtsmittel an den Bundesrat) gegeben oder wo die Handhabung von bundesgesetzlichen Vorschriften nach dem besondern Inhalte des betreffenden Bundesgesetzes ausschliesslich den kantonalen Behörden übertragen ist.“ Diese vom Bundesgericht beispielsweise in einer Entscheidung vom 26. Oktober 1883 ausgesprochenen wichtigen Grundsätze, vgl. bundesgerichtliche Entscheidungen, IX S. 476,¹⁾ haben durch das revidierte Organisationsgesetz vom 22. März 1893 keine prinzipiellen Änderungen erfahren; dagegen sind in das revidierte Organisationsgesetz zwei ausdrückliche Bestimmungen aufgenommen worden, durch die die bisherige bundesgerichtliche Praxis etwas modifiziert wird, vgl. Organisationsgesetz 1893, Art. 182, Abs. 1, 189, Abs. 2. Wir treten an dieser Stelle auf diese Modifikationen nicht näher ein; dieselben hängen nicht zusammen mit den Fragen, mit denen wir uns hier zu beschäftigen haben.

Die hervorgehobenen Grundsätze, angewandt auf das Gebiet des B. G., ergeben das Resultat, dass, soweit gegenüber den Verfügungen und Amtshandlungen der kantonalen Betreibungs- und Konkursämter und der von den Gläubigern gewählten Konkursverwaltungen die Beschwerde an die kantonalen Aufsichtsorgane und von diesen an den Bundesrat zulässig ist, eine hiermit konkurrierende Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, und dass da, wo gemäss unsern frühern Ausführungen eine Beschwerde an den Bundesrat wegen Verletzung der Vorschriften des B. G. ausgeschlossen ist, auch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht nicht Platz greifen kann. Denn es ist anzunehmen, dass, soweit der Bundesgesetzgeber im B. G. den

²⁾ Vgl. Ch. Soldan, Du recours de droit public au Tribunal fédéral in Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. V S. 211 ff.

Instanzenzug selbst normirt hat, er diesen Instanzenzug erschöpfend normiren wollte. Den Instanzenzug in rein civilrechtlichen Fragen berührt das B. G. gar nicht; es verbleibt daher, wie oben ausgeführt, bei den allgemeinen Regeln des Bundesrechtes. Der Instanzenzug dagegen im betreibungsrechtlichen und konkursrechtlichen Verfahren ist im B. G. selbst ausdrücklich, also auch erschöpfend, festgestellt, und weil die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht hiebei nicht besonders vorgesehen worden ist, so fehlt es bezüglich der der Nachprüfung des Bundesrates entzogenen Partien des B. G. an einer eidgenössischen Instanz überhaupt; der Bundesgesetzgeber hat die Handhabung des Gesetzes den Kantonen überlassen.

Die in Betracht fallenden Partien des B. G. sind namentlich diejenigen, in denen die Tätigkeit der kantonalen Gerichte entweder ausdrücklich verlangt wird oder stillschweigend vorbehalten ist: Es sind zunächst die Fragen des nachträglichen Rechtsvorschlages, des Rechtsvorschlages bei der Wechselbetreibung und die Fragen der provisorischen, wie der definitiven Rechtsöffnungen, vgl. B. G., Art. 77, 80 ff., 153, 178, Ziff. 3, 181 ff., Entscheidung des Bundesgerichtes vom 13. Januar 1893, Rekurs Gemeinde Mathon, Archiv II Nr. 68; ferner die Fragen der Aufhebung und Einstellung einer Betreibung auf Grund der Bestimmung des Art. 85 oder des Art. 107 des B. G., vgl. Archiv I Nr. 84, II Nr. 37, 61, 68; sodann die Fragen der Konkurseröffnung, der Kurseinstellung, des Konkurschlusses und des Konkurswiderufes, vgl. B. G., Art. 168 ff., 188, 189, 190 ff., 195, 196, 230, 268 ff. Es gehören aber auch hieher die Fragen betreffend die Arrestbefehle und die Miet- und Pachtausweisungsbefehle, vgl. B. G., Art. 282, 279, Archiv I Nr. 37, 54; endlich die Fragen des Nachlassvertrages, vgl. B. G., Titel XI; Mitteilungen des Bundesgerichts in seinem Geschäftsbericht über das Jahr 1892, Archiv II S. 127.

Für die Feststellung dieses Rechtszustandes waren im wesentlichen folgende Erwägungen massgebend: Man hielt vor allem eine durch den Bundesrat stattfindende Überprüfung

der Entscheidungen kantonaler Gerichte für untunlich. Vom Standpunkt der Gewaltentrennung ausgehend — ein Prinzip, das in der Schweiz allerdings nicht konsequent durchgeführt ist — wurde die Unabhängigkeit der kantonalen gerichtlichen Behörden für gefährdet erachtet, wenn eine ihrem Wesen nach politische Behörde, als solche ist der Bundesrat anzusehen, berechtigt erklärt würde, eine Nachprüfung gefällter gerichtlicher Entscheidungen vorzunehmen. Sodann wurde aber auch die Einführung der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht abgelehnt, weil die Vermehrung der Instanzen der Trölerei Vorschub leistet; in den mit Betreibungen und Konkursen zusammenhängenden gerichtlichen Verfahren ist eine möglichst rasche Erledigung der Prozesse ganz besonders erwünscht.¹⁾ Endlich war die Einführung eines besonderen bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens neben dem bundesrätlichen gewis nicht im Interesse des rechtsuchenden Publikums. Die Fragen der Arrestbefehle und der Miet- und Pachtausweisungsbefehle und die Fragen des Nachlassvertrages wurden mit Bezug auf den Instanzenzug an eine Bundesbehörde gleichbehandelt wie die vom B. G. vorgesehenen gerichtlichen Fragen. Man ging von der Voraussetzung aus, dass wenn auch nicht alle Kantone, so doch die grosse Mehrheit derselben gerichtliche Behörden als kantonale Arrestbehörden, Mietausweisungsbehörden und Nachlassbehörden bestellen werde.²⁾ Damit wurde auch auf diesen Gebieten die eidgenössische Beschwerdeinstanz nicht eingeführt.

Den Ausschluss der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht in Fragen des Betreibungs- und Konkursverfahrens hat das Bundesgericht in seiner Praxis beschränkt auf Fälle, in denen es sich lediglich um die Gesetzesanwendung handelt; sobald dagegen V e r f a s s u n g s v e r -

¹⁾ Vgl. wie das B. G. gerade für solche Prozesse das beschleunigte Verfahren vorschreibt, B. G. Art. 111, Abs. 3, 148, 250, 265, 279, Abs. 2, 284.

²⁾ Vgl. die betreffenden kantonalen Behörden bei Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Art. 272, Anmerkung 1, Art. 282, Anm. 3, Art. 293, Anm. 4.

letzungen oder Verletzungen von Staatsverträgen in Frage kommen, hat das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde ausdrücklich als zulässig erklärt. Das Bundesgericht lässt sich hierbei von der Erwägung leiten, dass der Bundesgesetzgeber bei Erlass des B. G. die Kompetenzen des Gerichtes mit Beziehung auf Verfassungsverletzungen und Verletzungen von Staatsverträgen weder modifizieren wollte, noch modifizieren konnte. Diese Ansicht stützt sich so wenig wie diejenige über den Ausschluss der Beschwerde bei Gesetzesverletzungen auf eine direkte Feststellung im Bundesgesetze selbst; beidemal leitet das Bundesgericht seine Argumente aus dem nicht zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers her. Gegenüber einer solchen Argumentation hat die Kritik allerdings keinen allzu schweren Stand, wird sie doch durch dieselbe geradezu herausgefordert! An dieser Stelle wollen wir uns jedoch auf eine solche kritische Erörterung nicht einlassen; erwägen wir vielmehr sowol diejenigen betreibungs- und konkursrechtlichen Fälle, in denen wegen Verfassungsverletzung oder Verletzung eines Staatsvertrages die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht in Betracht kommen kann, wie auch diejenigen Fälle, in denen diese staatsrechtliche Beschwerde trotz Verfassungsverletzung oder Verletzung eines Staatsvertrages, infolge der Beschwerdekompetenz des Bundesrats, als ausgeschlossen erscheint. Mit Bezug auf die letzt-erwähnte Kategorie von Fällen ist darauf hinzuweisen, wie der Umstand, dass der Bundesrat und nicht das Bundesgericht Beschwerdeinstanz ist, insofern eine Verschiedenheit des Verfahrens mit sich bringt, als beim Beschwerdeverfahren auf Grund des B. G. an den Bundesrat, selbst wenn verfassungsrechtliche Grundsätze in Frage stehen, ein Überspringen der kantonalen Instanzen unzulässig ist¹⁾, während ein Durchlaufen sämtlicher kantonalen Instanzen bei einer staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht nicht unter

¹⁾ Vgl. oben S. 536.

allen Umständen verlangt wird.¹⁾ Und mit Bezug auf die erstgenannte Kategorie von Fällen ist daran zu erinnern, dass auch das Bundesgericht an die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse, sowie an die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge gebunden ist, selbst wenn in denselben Verfassungsverletzungen enthalten wären; denn eine Prüfung der Verfassungsmässigkeit dieser Erlasse der Bundesversammlung steht dem Bundesgericht nicht zu, vgl. Bundesverfassung, Art. 113, Abs. 3.

a. Verletzung von Vorschriften der Bundesverfassung.

1. Nach konstanter Praxis ist wegen Rechtsverweigerung (*déni de justice*), besonders mit Rücksicht auf die Art. 4 und 5 der Bundesverfassung, die staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht zulässig²⁾. Gegenüber den von den kantonalen Betreibungs- und Konkursämtern und ihren kantonalen Aufsichtsbehörden begangenen Rechtsverweigerungen ist jedoch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen, weil in solchen Fällen gemäs der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 19 des B. G. beim Bundesrat Beschwerde geführt werden kann, vgl. Entscheidungen des Bundesrates vom 29. November 1892, Rekurs Gl., vom 14. Februar 1893, vom 17. Februar 1893, vom 28. Februar 1893, Rekurs Wegmüller, Archiv I Nr. 90, II Nr. 15, 32, 47. Dagegen kann wegen Rechtsverweigerung im Rechtsöffnungsverfahren oder im Betreibungseinstellungsverfahren oder im Konkurseröffnungsverfahren oder im Nachlassvertragsverfahren u. s. w. die Beschwerde beim Bundesrat auf Grund der Vorschrift des Art. 19 des B. G. nicht anhängig gemacht werden;

¹⁾ Vgl. Ch. Soldan in der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. V S. 243 ff.; Mitteilung des Bundesgerichtes in seinem Geschäftsberichte über das Jahr 1892, Archiv II S. 127.

²⁾ Vgl. Ch. Soldan im Journal des tribunaux 1884 S. 465 f., ferner in der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. V S. 208; Schoch in derselben Zeitschrift n. F. V S. 562 ff.

nirgends ist dem Bundesrat eine diesbezügliche Kompetenz eingeräumt. Es ist daher in diesen Fällen das Bundesgericht zur Beurteilung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde kompetent; denn nur soweit die Kompetenz des Bundesrates reicht, ist für eine konkurrierende Kompetenz des Bundesgerichtes kein Raum, vgl. Entscheidung des Bundesrates vom 7. Juni 1892, Rekurs Wunderli, Entscheidung des Bundesgerichtes vom 13. Januar 1893, Rekurs der Gemeinde Mathon, Archiv I Nr. 4, II Nr. 68.

2. Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden. Dieser Satz des Art. 59, Abs. 1 der Bundesverfassung gilt nicht als Individualrecht der aufrechtstehenden Schuldner, sondern nur als Satz des interkantonalen Verkehrs¹⁾. Das B. G. hat in seinen Art. 46 ff. den Ort der Betreibung festgesetzt, und in letzter Instanz, namentlich auf Grund ordnungsgemäss eingereichter Beschwerden, ist die Interpretation dieser Bestimmungen Sache des Bundesrates, vgl. z. B. Entscheidungen des Bundesrates vom 13. Januar 1892, Rekurs Bernhard, vom 16. März 1893, Rekurs Gorgerat, Archiv II Nr. 1, 48. Im Betreibungsverfahren handelt es sich um Geltendmachung persönlicher Ansprüche bestimmter Art, vgl. B. G., Art. 38, und wenn wir auch den Betreibungsbeamten nicht als Betreibungsrichter zu bezeichnen gewohnt sind, so ändert dies an dem Umstande nichts, dass es sich im Betreibungsverfahren um ein prozessualisches Verfahren handelt, auf das in Ermangelung der in den erwähnten Art. 46 ff. des B. G. aufgestellten Sondervorschriften das Prinzip des Art. 59 der Bundesverfassung anwendbar wäre. Gar wol lassen sich diese Vorschriften des Art. 46 ff. des B. G. als Bestätigung und Ausführung des verfassungsrechtlichen Wohnsitzprinzipes auffassen. Trotzdem wäre wegen behaupteter Verletzung dieses verfassungsrechtlichen Prinzips anlässlich des Betreibungsverfahrens die staatsrechtliche Beschwerde an das

¹⁾ Vgl. Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht I³ S. 523 ff.

Bundesgericht, und zwar infolge der festgestellten Kompetenz des Bundesrates, ausgeschlossen.

3. Durch die Bundesverfassung ist der aufrechtstehende Schuldner, der in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, gegen ungerechtfertigte Arrestnahme in dem Sinne geschützt, dass für Forderungen auf das Vermögen eines solchen Schuldners ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden darf, vgl. Bundesverfassung, Art. 59, Abs. 1, Satz 2. Wegen Verletzung dieses Prinzips steht sowol nach wie vor dem Inkrafttreten des B. G. dem Betroffenen die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zu ¹⁾. Der Bundesrat hat auf diesem Gebiet keine die staatsrechtliche Beschwerde des Bundesgerichts ausschliessende Kompetenz. Allerdings hat, wie bereits angedeutet, das Bundesgericht in der Beurteilung der bei ihm anhängigen staatsrechtlichen Beschwerden davon auszugehen, dass Art. 271 des B. G. keine dem Verfassungsprinzip widersprechenden Bestimmungen enthalte.

Das Arrestverfahren ist im Titel VIII des B. G. (Art. 271—279) vollständig geregelt, unter Aufhebung der verschiedenen kantonalen Arrestverfahren. Folgende Fragen sind im eidgenössischen Arrestverfahren scharf auseinander zu halten:

1. die Frage der Auswirkung des Arrestbefehles, vgl. B. G., Art. 272 ff., 279;
2. die Frage der Vollziehung des Arrestes, vgl. B. G. Art. 274 ff.;
3. die Frage der Verantwortlichkeit des Arrestnehmers, vgl. B. G., Art. 273; und
4. die Frage der sog. Arrestprosequirung.

Die Erledigung der dritten und vierten Frage erfolgt auf dem ordentlichen Prozessweg oder auf dem Betreibungsweg. Das im ordentlichen Prozess ergangene Urteil kann nach unsern Ausführungen auf S. 54, 53 möglicherweise an das Bundesgericht, als civilgerichtliche Berufungsinstanz, weiter-

¹⁾ Vgl. Blumer-Morel, a. O. I³ S. 563 ff.

gezogen werden. Bezüglich der auf Grund eines Arrestes eingeleiteten oder bezüglich der mit einem Arrest begleiteten Betreibung kommen hinsichtlich der Beschwerdeführung keine Besonderheiten in Betracht; als letzte Beschwerdeinstanz ist also ordnungsgemäs der Bundesrat, nicht etwa das Bundesgericht zuständig.

Zur zweiten Frage ist auf Art. 275 des B. G. zu verweisen. Darnach gelten für die Vollziehung des Arrestes die Bestimmungen über den Pfändungsvollzug; es ist also auch in dieser Richtung der Bundesrat oberste Beschwerdeinstanz, vgl. Entscheidung des Bundesrates vom 17. Februar 1893, Rekurs Birkhäuser, Archiv II Nr. 67.

Was dagegen die erste Frage, die Frage der Arrestauswirkung betrifft, so bestimmt Art. 279 des B. G.: Gegen den Arrestbefehl findet weder Berufung noch Beschwerde statt. Bestreitet der Schuldner das Vorliegen eines Arrestgrundes, so hat er beim Gerichte des Arrestortes in kürzester Frist auf Aufhebung des Arrestes zu klagen. Verweigert die Arrestbehörde die Ausstellung des Arrestbefehles, so ist vielleicht kraft kantonalen Rechtes eine Berufung oder Beschwerde gegen eine solche Abweisung zulässig, vgl. die kantonale Entscheidung im Archiv I Nr. 37; bei einer Bundesinstanz kann hiegegen nicht Beschwerde geführt werden; weder der Bundesrat noch das Bundesgericht ist Beschwerdeinstanz gegenüber den kantonalen Arrestbehörden, und bei der Verweigerung eines verlangten Arrestes handelt es sich jedenfalls nicht um eine Verletzung des Verfassungsprinzips des Art. 59 der Bundesverfassung. Wird dagegen der Arrest bewilligt und kommt es zum Prozess über den Arrestgrund,¹⁾ so ist eine Weiterziehung des Urteils an das Bundesgericht, als Berufungsinstanz, ausgeschlossen, weil kein Haupturteil in einer civilrechtlichen Streitigkeit vorliegt;²⁾ im übrigen schliesst Art. 279 ausdrücklich jede Berufung und jede Beschwerde gegen den bewilligten Arrestbefehl aus, was jedoch,

¹⁾ Vgl. Zürcherentscheidung im Archiv I Nr. 41.

²⁾ Vgl. oben S. 51.

wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 4. November 1892, Rekurs de Villermont, *Revue der Gerichtspraxis* XI Nr. 46 ausführt, die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht im Falle der Verletzung des hier in Frage stehenden verfassungsrechtlichen Grundsatzes nicht hindert: „Art. 279 des B. G. hat den Art. 113, Ziff. 3 der Bundesverfassung weder derogiren wollen noch können.“ Die staatsrechtliche Beschwerde kann sowol gegen den Arrestbefehl (also mit Überspringen jeder weitem kantonalen Instanz), wie gegen das die Arrestaufhebungsklage abweisende Urteil gerichtet werden.

4. Die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht wegen Verletzung des in Art. 61 der Bundesverfassung festgesetzten Satzes, dass rechtskräftige Civilurteile, die in einem Kanton gefällt sind, in der ganzen Schweiz sollen vollzogen werden können, ist durch das Inkrafttreten des B. G. in keiner Weise beschränkt worden. Das Vorhandensein eines vollstreckbaren Civilurteils ist im Betreibungsverfahren zunächst hinsichtlich der Rechtsöffnung von rechtlicher Bedeutung. Das vollstreckbare Urteil giebt dem Gläubiger gegenüber dem Rechtsvorschlag des Betriebenen einen Anspruch auf Aufhebung des Rechtsvorschlages, d. h. einen Anspruch auf definitive Rechtsöffnung. Die Gewährung der Rechtsöffnung ist ausschliesslich Sache des Richters, also nicht Sache der Betreibungsämter und ihrer Aufsichtsbehörden, vgl. B. G. Art. 80. Das Urteil des Kantons, in dem die Betreibung geführt wird, und das Urteil eines andern Kantons sind einander nicht vollständig gleichgestellt; denn auf Grund des erstern Urteils hat der Richter die Rechtsöffnung auszusprechen, es wäre denn, dass der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt¹⁾ oder gestundet worden ist, oder dass der Betriebene mit Erfolg sich auf Verjährung berufen kann. Gegenüber dem in einem andern Kanton ergangenen Urteil

¹⁾ Auch die Cession des Anspruches wirkt befreiend gegenüber dem Cedenten, vgl. B. G. Art. 85 und Archiv I Nr. 84.

kann der Betriebene überdies die Kompetenz des Gerichtes, welches das Urteil erlassen hat, bestreiten oder die Einwendung erheben, dass er nicht regelrecht vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen sei, B. G. Art. 81, Abs. 1 und 2. Bewilligt der Richter unter Misskennung dieser Bestimmungen auf Grund eines Urteils aus einem andern Kanton die Rechtsöffnung, so steht der benachteiligten Partei keine Beschwerde an eine Bundesbehörde zu, und zwar an den Bundesrat nicht, weil dieser in Rechtsöffnungssachen, die Gerichtssachen sind, keine Befugnis zur Überprüfung des kantonalen Urteils hat, an das Bundesgericht dagegen nicht, weil wegen Verletzung der Bestimmungen des B. G. die staatsrechtliche Beschwerde nicht statthaft ist, und weil von einer Verletzung der Vorschrift des Art. 61 der Bundesverfassung keine Rede sein kann in Fällen, wo die Vollziehung der Urteile des einen Kantons in einem andern Kanton eingeräumt wird. Verweigert der kantonale Richter die Rechtsöffnung auf Grund des Urteils aus einem andern Kanton, so steht der benachteiligten Partei die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offen, sofern sie ihre Beschwerde zwar nicht mit Berufung auf eine Verletzung der Vorschriften des Art. 81 des B. G., wol aber mit Berufung auf eine Verletzung der Vorschrift des Art. 61 der Bundesverfassung rechtlich zu begründen im Stande ist; eine Beschwerde an den Bundesrat giebt es in diesem Falle aus dem oben angeführten Grunde nicht.

Sodann ist hervorzuheben, wie namentlich anlässlich der verschiedenen andern an das Betreibungs- und Konkursverfahren sich anreihenden, in dasselbe sich möglicherweise hineinschiebenden gerichtlichen Verfahren die Frage nach der Bedeutung eines über dieselbe Sache bereits ergangenen Civilurteils zu erörtern sein wird. Handelt es sich hiebei um das rechtskräftige Civilurteil eines andern Kanton, so wird bei Verletzung der Verfassungsvorschrift der Art. 61 Anlass zur staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gegeben sein.

b. Verletzung der Vorschriften von Staatsverträgen.

Die Verletzung der Bestimmungen eines Staatsvertrages giebt Veranlassung zur Inanspruchnahme des Bundesschutzes seitens der Beteiligten. Dieser Bundesschutz wird in der Regel gewährt in der Form der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht, seltener in der Form der Beschwerde an die politischen Bundesbehörden, vgl. Organisationsgesetz 1874, Art. 59, Abs. 2, Ziff. 10, 1893, Art. 182, Abs. 2, 189, Abs. 4. Soweit Staatsverträge einen betriebsrechtlichen oder konkursrechtlichen Inhalt haben, war bis zum Inkrafttreten des B. G. ohne Zweifel das Bundesgericht die kompetente Behörde zur Entscheidung von Beschwerden über diesbezügliche Verletzungen dieser Staatsverträge. Die Frage, ob dieser Rechtszustand durch das B. G. geändert worden ist, lässt sich nicht im allgemeinen, sondern nur an Hand der einzelnen Beschwerdekategorien entscheiden.

Soweit es sich um die Vollstreckung auswärtiger Urteile in der Schweiz handelt, verbleibt es auch seit dem Inkrafttreten des B. G. bei der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht in gleicher Weise, wie dies bezüglich der Vollstreckung der Urteile anderer Kantone festgestellt worden ist. In Betracht fallen hiebei die Bestimmungen des Staatsvertrages mit Frankreich betreffend Gerichtsstand und Urteilsvollziehung vom 15. Juli 1869, sowie diejenigen des Staatsvertrages des Kantons Aargau mit dem Grossherzogtum Baden und die Erklärung des Bundesrates und Österreich über das gegenseitige Verhältnis der Waadt und Österreich betreffend Vollziehung der Civilurteile.¹⁾ Und da gemäs den Vorschriften des B. G. die Konkurseröffnung Gerichtssache ist, so ist auch die Frage der Anerkennung eines auswärtigen Konkurserkenntnisses und die Frage der Durchführung des Prinzips der Konkurseinheit auf Grund staatsvertraglicher Bestimmungen Sache der Gerichte. Diese Fragen sind demnach in letzter Linie infolge staatsrechtlicher Be-

¹⁾ Vgl. Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., S. 69, 70.

schwerde der Entscheidung des Bundesgerichtes unterstellt. Hier kommen in Betracht die Bestimmungen des bereits erwähnten schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869, sowie die Bestimmungen der ältern, zur Zeit noch in Kraft stehenden Verträge mit Baden, Württemberg und Baiern.¹⁾ Den andern Staaten gegenüber gilt der Grundsatz der Einheit und Allgemeinheit des Konkurses nicht; dieser Grundsatz ist durch Art. 197 des B. G. nur für das Gebiet der Schweiz aufgestellt, vgl. Entscheidung des Bundesrates vom 6. September 1892, Rekurs Waibl, Archiv I Nr. 34.

Auch die Frage der Aufhebung oder Beschränkung des sog. Ausländerarrestes infolge Bestimmungen von Staatsverträgen, vgl. B. G. Art. 271, Abs. 1, Ziff. 4, Abs. 3, kann nach wie vor dem Inkrafttreten des B. G. auf dem Wege der staatsrechtlichen Beschwerde vor das Bundesgericht zur Entscheidung gebracht werden. Die Arrestauswirkung ist in keiner Weise der Überprüfung des Bundesrates unterstellt. Mit der bereits oben²⁾ angedeuteten Begründung ist das Bundesgericht wiederholt seit dem 1. Januar 1892 auf staatsrechtliche Beschwerden eingetreten, deren Gegenstand ein auf Grund der Vorschriften des schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages angefochtener Ausländerarrest war, vgl. auch Mitteilung des Bundesgerichtes in seinem Geschäftsbericht über das Jahr 1892, Archiv II S. 127. Das Bundesgericht hat hierbei seine bisherige m. E. zutreffende Praxis bestätigt; darnach schliesst Art. 1 des Vertrages nicht nur den Gerichtsstand des Arrestes im Geltungsbereiche desselben, sondern auch die Arrestnahme an sich aus, und zwar

¹⁾ Vgl. Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., S. 224; die selbst gleichfalls aufgeführten Verträge mit Sachsen und Italien sprechen weder die Anerkennung des auswärtigen Konkurses an, noch setzen sie den Grundsatz der Einheit des Konkurses fest; sie verlangen nur die gleiche Behandlung der auswärtigen und inländischen Gläubiger, sie sanktionieren ein Prinzip, das in der Schweiz kraft Bundesrechtes sowie so gilt, unabhängig von seiner staatsvertraglichen Fixierung, vgl. v. Salis bei Weber und Brüstlein, Kommentar a. O. S. 232, Anmerkung 16.

²⁾ Vgl. S. 70.

jedenfalls insofern, als es sich um den eigentlichen Ausländerarrest handelt; der Arrestschlag dagegen zum Zweck der Vollstreckung rechtskräftiger Urteile ist durch den Staatsvertrag nicht ausgeschlossen, vgl. z. B. bundesgerichtliche Entscheidungen vom 7. Juni 1889, Rekurs Michaud, vom 28. Oktober 1892, Rekurs Geissberger, vom 4. November 1892, Rekurs de Villermont, Amtliche Sammlung der Entscheidungen XV S. 240 ff., *Revue a. O.* XI Nr. 46.¹⁾

Die Bestimmungen des schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages sind endlich von Einfluss mit Bezug auf die Feststellung des Betreibungsortes, B. G., Art. 46 ff., insofern Art. 1 ff. des Vertrages nicht beschränkt wird auf das ordentliche gerichtliche Verfahren, sondern auch für das Betreibungsverfahren als massgebend erachtet wird²⁾, und von Einfluss auf die Frage der Zustellung der Betreibungsurkunden, B. G., Art. 64 ff., insofern Art. 20 des Vertrages für derartige Zustellungen in Frankreich gilt. Die Bestimmungen des Staatsvertrages sind demnach von Einfluss auf Fragen, deren Beantwortung im Rahmen des eidgenössischen Rechtes auf Grund erhobener Beschwerde in die Kompetenz des Bundesrates und nicht in die Kompetenz des Bundesgerichtes fällt. Deshalb fragt es sich zunächst, ob eine Partei, die Beschwerde zu führen gedenkt wegen einer am unrichtigen Orte gegen sie erhobenen Betreibung oder wegen gesetz-

¹⁾ Unzutreffend ist allerdings, wenn das Bundesgericht in den zitierten Entscheidungen den Satz vertritt, dass nach allgemeinen Grundsätzen die Vollstreckung in das Vermögen eines Schuldners da gesucht werden kann, wo dieses Vermögen sich befindet. Für das Gebiet des eidgenössischen Rechtes gilt dieses Prinzip bezüglich Zwangsvollstreckungen, die auf eine nicht durch Pfandrecht gesicherte Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet sind, nicht. Nicht weil an einem bestimmten Orte schuldnerisches Vermögen liegt, kann daselbst Betreibung angehoben werden, sondern weil ein Arrestgrund gegen den Schuldner vorliegt und die Arrestnahme erfolgt ist. Der Arrest begründet das Betreibungsform; vgl. auch Alex. Reichel im Archiv II S. 180 ff.

²⁾ Vgl. hierüber Alex. Reichel, Der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich und dessen Verhältnis zur Schuldbetreibung im Archiv II Nr. 75; Weber und Brüstlein, Kommentar a. o., Anmerkung zu Art. 50. Roguin, *Conflicts des lois Suisses*, 1891, S. 757 ff.

widriger Zustellung der für sie bestimmten Betreuungsurkunden, solche Beschwerde sowol beim Bundesrat wie beim Bundesgericht einzureichen hat, und zwar bei jenem, soweit sie sich zur Beschwerdebegründung auf Bestimmungen des B. G. beruft, bei diesem, soweit sie sich auf Bestimmungen des mehrgenannten Staatsvertrages beruft. Oder genügt nicht vielmehr die Beschwerdeführung beim Bundesrate allein, in dem Sinne, dass der Bundesrat sowol über Verletzung der Vorschriften des B. G., wie über Verletzung der Bestimmungen des Staatsvertrages zu erkennen hätte? Als unzulässig muss von vorneherein die dritte Möglichkeit erklärt werden, die darin bestände, die Gesetzesverletzung wie die Vertragsverletzung durch das Bundesgericht entscheiden zu lassen; denn zur Beurteilung der hier in Erörterung liegenden Verletzungen des B. G. ist nur der Bundesrat, nicht das Bundesgericht befugt. Durch die Zuweisung der Entscheidung über Gesetzesverletzung wie über Vertragsverletzung an den Bundesrat würde offensichtlich eine mit dem Inkrafttreten des B. G. eingetretene Aenderung des bisherigen Rechtszustandes angenommen und nur die Teilung der Beschwerdekompetenz zwischen Bundesrat und Bundesgericht lässt die bisherigen Kompetenzen des Bundesgerichtes unberührt. Der eidgenössische Rat für Schuldbetreibung und Konkurs hat sich in seiner Sitzung vom 30. März 1893 mit Mehrheitsbeschluss in dem zuletzt angedeuteten Sinne ausgesprochen, also dahin, dass der Bundesrat keine Befugnis habe darüber zu erkennen, ob eine Beschwerde wegen Verletzung einer Bestimmung des Staatsvertrages mit Frankreich als begründet zu erklären sei; der Bundesrat müsste dieser Auffassung entsprechend seine Kognition auf Gesetzesverletzungen beschränken und im übrigen die Kompetenz des Bundesgerichtes wegen Vertragsverletzung vorbehalten. Meines Ermessens lässt sich, ganz abgesehen von der gewis nicht empfehlenswerten Zerspaltung von, dem Gegenstande nach, einheitlichen Beschwerden und Verteilung zur Kognition unter verschiedene, zu einander koordinirte Behörden, eine wirklich befriedigende Begründung dieser Auf-

fassung nicht finden. Denn unstichhaltig ist der Hinweis auf die im Organisationsgesetz bestimmt ausgeschiedenen Kompetenzen zwischen Bundesrat und Bundesgericht; der Umfang des Beschwerderechtes im Betreibungs- und Konkursverfahren ist doch vorab aus dem B. G. zu gewinnen. Kaum beweiskräftig ist die Betonung des Umstandes, dass das Bundesgesetz selbst nur für den Fall der „Gesetzesverletzung“, der „Gesetzwidrigkeit“, d. h. der Verletzung der Normen des B. G., die Beschwerdeführung an den Bundesrat gewähre; die Vertreter dieser Beweisführung nehmen keinen Anstoss daran, dass die kantonalen Aufsichtsbehörden die Vertragsverletzungen in den Bereich ihrer Prüfung hineinziehen, und sie haben nichts dagegen einzuwenden, dass der Begriff „Gesetzesverletzung“ die Verletzung der Bestimmungen des vom Bundesrat erlassenen Gebührentarifes und der bundesrätlichen Vollziehungsverordnungen mitumfassen soll. Kaum ins Gewicht fällt die Behauptung, dass gemäs Art. 113, Abs. 1, Ziff. 3 der Bundesverfassung der Bundesgesetzgeber gar nicht daran denken konnte, die fragliche Entscheidungsbefugnis vom Bundesgericht auf den Bundesrat zu übertragen; Abs. 2 des zitierten Verfassungsartikels überlässt es der Bundesgesetzgebung, die dem Bundesgericht zu entziehenden Administrativstreitigkeiten festzustellen. Beschwerden im Betreibungs- und Konkursverfahren werden nach einer weitverbreiteten Auffassung in der Schweiz — ob mit Recht oder mit Unrecht, untersuchen wir hier nicht — in die Kategorie der Administrativbeschwerden eingereiht; warum sollte der Bundesgesetzgeber dieser Auffassung nicht beigetreten sein, indem er den Bundesrat als Beschwerdeinstanz im Betreibungs- und Konkursverfahren bezeichnete? Das Argument eines angeblichen nicht ausgesprochenen Willens des Gesetzgebers, der gewesen wäre: die Kompetenzen des Bundesgerichtes intakt zu lassen, hält nicht Stand gegenüber dem meines Erachtens massgebenden Umstand, dass Gesetzesverletzung Rechtsverletzung heisst, dass auch das Vertragsrecht für das Inland ein vom inländischen Gesetzgeber gesetztes Recht ist. Auch bei Rechtsverletzung und Rechtsverzögerung seitens der Be-

treibungs- und Konkursbeamten und ihrer kantonalen Aufsichtsbehörden entscheidet der Bundesrat. Ist etwa hierin nicht eine mit Inkrafttreten des B. G. erfolgte Kompetenzübertragung von Bundesgericht auf Bundesrat zu erblicken? Und so ist in der Einführung der bundesrätlichen Beschwerdeinstanz gegenüber den Amtshandlungen der Betreibungs- und Konkursbeamten, der Konkursverwaltungen und ihrer kantonalen Aufsichtsbehörden der nicht zu misskennende Wille des Gesetzgebers ausgesprochen: wegen der verschiedenen für die Amtshandlungen massgebenden Arten eidgenössischer Rechtsquellen keine Unterscheidung hinsichtlich des Instanzenzuges zu machen, sondern als alleinige Bundesbeschwerdeinstanz den Bundesrat einzusetzen, unter Vorbehalt der zur gerichtlichen Erledigung überwiesenen Fälle.

Wir unterlassen es an dieser Stelle, auf die einzelnen Formen einer Verletzung des Staatsvertrages der Schweiz mit Frankreich mit Rücksicht auf die Vorschriften über den Ort der Betreibung und über die Zustellung der Betreibungsurkunden einzutreten. Immerhin bemerken wir, dass eine Beschwerde wegen Verletzung des Staatsvertrages kaum Erfolg haben sollte, wenn die Zustellung der Betreibungsurkunden an den in Frankreich wohnenden Schuldner der Bestimmung des Art. 66, Abs. 3 des B. G. entspricht, nicht dagegen derjenigen des Art. 20 des Vertrages. Der Art. 20 des Staatsvertrages hat zunächst nur die Bedeutung, dass für die beiderseitigen Behörden eine Regel für den Weg der sich gegenseitig zu leistenden Rechtshilfe festgestellt wird. Bei Beobachtung dieses Weges darf vom angegangenen Staate die Rechtshilfe nicht verweigert werden, unter Vorbehalt der aus einer Prüfung des Inhalts des Rechtshilfe-suches abzuleitenden Ablehnung¹⁾. Art. 20 des Vertrages hat also nicht die Bedeutung, dass den Bewohnern jedes der beiden Ländern zugesichert wird, dass dieser und kein anderer Weg für die Zustellung amtlicher Aktenstücke betreten wird; die interne Landesgesetzgebung bleibt vielmehr vorbehalten,

¹⁾ Vgl. auch v. Salis, Bundesrecht, I Nr. 116.

vgl. jedoch Entscheidung des Bundesgerichtes vom 17. Dezember 1881, Rekurs Piquerez, Amtliche Sammlung der Entscheidungen, VII S. 755 ff¹⁾).

IV. Abgrenzung der Kompetenzen der Aufsichtsbehörden über das Betreibungs- und Konkurswesen gegenüber den Kompetenzen der Gerichte. Das bisher entrollte Bild des Systems der Rechtsmittel auf Grund der Vorschriften des Bundesrechtes, des Organisationsgesetzes sowol, wie des B. G., wäre ein unvollständiges, wenn wir nicht versuchen würden, uns an einigen Beispielen das Ineinandergreifen der Kompetenzen der Gerichte und derjenigen der Aufsichtsbehörden über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen zu vergegenwärtigen:

1. Amtshandlungen in eigener Sache. Der Betreibungs- und Konkursbeamte, ebenso ihre Angestellten dürfen in „eigener Sache“ keine Amtshandlungen vornehmen; in Art. 10 des B. G. ist der Begriff der eigenen Sache, welche die Ausstandspflicht der Beamten begründet, näher umschrieben. Ob ein Ausstandsfall vorliegt, hat in letzter Instanz der Bundesrat zu entscheiden; ein gerichtlicher Entscheid hierüber ist im Bundesgesetz nicht vorgesehen. Ebenso haben die kantonalen Aufsichtsbehörden und der Bundesrat, also nicht die Gerichte, über die rechtliche Bedeutung der von einem ausstandspflichtigen Beamten vorgenommenen Amtshandlung zu erkennen; und nicht mit Unrecht ist von diesen Beschwerdeinstanzen entschieden worden, dass die von einem ausstandspflichtigen Beamten vollzogenen Betreibungshandlungen in Kraft bleiben, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig Beschwerde erhoben hat, und dass solche Betreibungshandlungen nicht von Amteswegen abgeändert werden können, dass dagegen der Beamte zu verhalten sei, die weitere Durchführung der Betreibung seinem Stellvertreter zu übergeben, vgl. Entscheidungen der thurgauischen Aufsichtsbehörde vom 24. November 1892 und des Bundesrates vom 23. Mai 1893, Rekurs Moser, Archiv I Nr. 73, II Nr. 70. Die gerichtlich geltend zu machende civilrecht-

¹⁾ Vgl. anch Roguin, Conflicts a. O., S. 849, 850.

liche Verantwortlichkeit des ausstandspflichtigen Beamten kann demnach erst zur Sprache gebracht werden, nachdem infolge rechtzeitiger Beschwerde die widerrechtlich vorgenommene Amtshandlung durch die Aufsichtsbehörden aufgehoben worden ist. Der Disciplinargewalt der kantonalen Behörde dagegen unterliegt der Beamte auch dann noch, wenn die Amtshandlung selbst, wegen Verspätung der Beschwerde, nicht mehr aufgehoben werden kann.

2. **Verbotene Rechtsgeschäfte.** Den Beamten und Angestellten des Betreibungs- und Konkursamtes ist untersagt, für ihre Rechnung bezüglich einer vom Amte einzutreibenden Forderung oder bezüglich eines von ihm zu verwertenden Gegenstandes Rechtsgeschäfte abzuschliessen; das entsprechende Verbot gilt für die von den Gläubigern gewählten Konkursverwaltungen, B. G., Art. 11, 241. Rechtshandlungen, die dieser Vorschrift zuwiderlaufen, sind ungiltig, B. G., Art. 11, Satz 2. Der Beamte, der solch verbotene Rechtsgeschäfte abschliesst, verletzt seine Amtspflicht; es ist daher zunächst Sache der kantonalen Aufsichtsbehörden und des Bundesrates, und zwar entweder infolge erhobener Beschwerde oder auf blosser Anzeige hin, festzustellen, ob das Verbot des Art. 11 des B. G. übertreten worden ist. Ist diese Feststellung erfolgt, so wird die kantonale Behörde Anlass nehmen zur disciplinarischen Ahndung des fehlbaren Beamten; und den Civilgerichten bleibt die Entscheidung der rein privatrechtlichen Frage der Ungiltigkeit des abgeschlossenen, jedoch verbotenen Rechtsgeschäftes vorbehalten. Es lässt sich kaum die Ansicht vertreten, dass die Gerichte unabhängig vom Entscheide der Aufsichtsbehörden, die civilrechtliche Ungiltigkeit der verbotenen Rechtsgeschäfte zu beurteilen befugt wären, und dass alsdann das civilgerichtliche Urteil auch für die Aufsichtsbehörden bindend wäre. Die Berufung auf Art. 5 des B. G. trifft nicht zu, in Art. 5 des B. G. handelt es sich um die Schadenersatzpflicht aus vorgenommener oder unterlassener Amtshandlung; in Art. 11 des B. G. dagegen handelt es sich um die Beobachtung einer besonderen Amtspflicht.

3. **Zahlungen an das Betreibungsamt.** Das Betreibungsamt hat Zahlungen für Rechnung des betreibenden Gläubigers entgegenzunehmen. Die Schuld erlischt durch die Zahlung an das Betreibungsamt, Art. 12 des B. G. Das empfangene Geld muss der Betreibungsbeamte ordnungsgemäs verwenden, vgl. Art. 9 des B. G.¹⁾ Weigert sich der Betreibungsbeamte, Zahlungen des Schuldners entgegenzunehmen — er weist beispielsweise den Schuldner an, direkt dem Gläubiger oder dessen Vertreter zu zahlen —, so kann er zwar nicht durch gerichtliches Urteil hiezu verhalten werden, dagegen steht dem Schuldner der Beschwerdeweg an die kantonalen Aufsichtsbehörden und an den Bundesrat offen. Weitere Beispiele, die hieher gehören, sind etwa: der Betreibungsbeamte lehnt die Empfangnahme einer Teilzahlung ab,²⁾ oder er misskennt die Bedeutung der Vorschrift des Art. 123 des B. G. Die Weigerung der Zahlungsannahme seitens des Betreibungsbeamten berechtigt den Schuldner nicht zur Hinterlegung im Sinne des Art. 107 ff. des eidg. O. R. Weigerung der Annahme einer unter Vorbehalt oder in fremder Münzsorte angebotenen Zahlung ist nicht ungerechtfertigt.³⁾ Verlangt der Gläubiger die auf seine Rechnung vom Schuldner bezahlten Summen vom Betreibungsbeamten heraus, und weigert sich der letztere zur Ablieferung, so hat der Gläubiger die Wahl, entweder auf dem Beschwerdeweg den Betreibungsbeamten zu zwingen, über seine Amtsführung Rechenschaft zu leisten, oder auf dem Wege gerichtlicher Klage den Beamten zur Zahlung des dem Gläubiger zukommenden Betreff-

¹⁾ Vgl. ferner Art. 27, Abs 2, 68 des B. G.; Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Anmerkung zu Art. 9.

²⁾ Vgl. Art. 78 des eidg. O. R. Im bürgerlichen Verkehr ist der Gläubiger in der Regel nicht zur Annahme einer Teilzahlung verpflichtet; vgl. jedoch auch Art. 757 des eidg. O. R.

³⁾ Vgl. Archiv I Nr. 92. Der Vorbehalt der Quittung ist dagegen nicht gesetzwidrig, vgl. Art. 102 des eidg. O. R. und Art. 150 des B. G. Jedoch kann der Schuldner nicht die Herausgabe des Schuldscheines, den der Beamte selbst nicht besitzt, verlangen; dagegen ist es Pflicht des Beamten, das Geld an den Gläubiger nur gegen Herausgabe des Schuldscheines abzuliefern, vgl. Art. 150 B. G., Art. 102 des eidg. O. R.

nisses verurteilen zu lassen (wobei jedoch das Gericht nicht auf eine Prüfung der vom Betreibungsbeamten angeblich auf Grund des Gebührentarifes berechneten Gebühren eintreten kann).¹⁾ Wählt der Gläubiger den Weg gerichtlicher Klage, so macht er nichts anderes wie die Schadenersatzklage des Art. 5 des B. G. geltend und nicht etwa einen privatrechtlichen Anspruch auf Ablieferung der für seine Rechnung bezahlten Summen; führt der Gläubiger dagegen bei den kantonalen Aufsichtsbehörden und beim Bundesrat Beschwerde, so ist es Sache des Betreibungsbeamten, vor diesen Instanzen den Nachweis zu führen, dass er die für Rechnung des Beschwerdeführers empfangenen Gelder ordnungsgemäss verwendet hat, so dass seine Ablieferungsweigerung gerechtfertigt ist, sei es, weil er alles, was der Gläubiger zu fordern hat, an diesen oder dessen Vertreter abgeliefert hat, sei es, weil der Gläubiger zur Zeit noch nichts zu verlangen berechtigt ist.²⁾ Würde endlich die Frage der Tilgung der Schuld durch Zahlung an den Betreibungsbeamten zwischen Gläubiger und Schuldner streitig, so wäre dieser Streit ausschliesslich durch die ordentlichen Gerichte und nicht durch die Aufsichtsbehörden des Betreibungsamtes zu entscheiden. Die vom Betreibungsbeamten dem Schuldner eingehändigte, nicht widerrufen Quittung über vollständige Tilgung muss hierbei der Gläubiger gegen sich gelten lassen, wie wenn er dieselbe selbst ausgestellt hätte, vgl. Archiv II Nr. 76.

4. **Rechtsvorschlag im Verhältnis zur Beschwerdeführung.** Nur in den Fällen, wo der Betriebene die Forderung selbst oder einen Teil derselben oder das Recht, die Forderung auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will, kann er in rechtswirksamer Weise einen Rechtsvorschlag erheben. Alle andern Einwendungen gegen die Betreibung hat er auf dem Beschwerdeweg vorzubringen, vgl. B. G., Art. 69, Ziff. 3. Diese Unterscheidung sämtlicher gegen eine Betreibung zu erhebender Einwen-

¹⁾ Vgl. auch Archiv I Nr. 26.

²⁾ Der Gläubiger weigert sich z. B. die Forderungsurkunde dem Betreibungsbeamten zu Händen der Schuldner herauszugeben.

dungen hat für eine Reihe von Kantonen neues Recht geschaffen. Der Rechtsvorschlag diene nämlich nach dem Recht dieser Kantone für jede Einwendung gegen eine Betreibung. So bemerken wir denn, wie die genannte Unterscheidung in der Praxis nur allmählich richtig gehandhabt wird, und wie namentlich in der ersten Zeit der Geltung des B. G. nicht nur die Parteien, sondern auch die verschiedensten Behörden Missgriffe begiengen hinsichtlich der Abgrenzung des Geltungsbereiches der Beschwerde gegenüber dem Rechtsvorschlag, vgl. besonders Entscheidung der Basler Aufsichtsbehörde vom 7. November 1892, Archiv II Nr. 1. In Zukunft wird allerdings der gewandte und betreibungskundige Schuldner gegenüber einer Betreibung Beschwerde einlegen und von der Aufsichtsbehörde für seine Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erlangen suchen, zugleich schlägt er Recht vor, wolle wissend, dass der Rechtsvorschlag seine besondere Funktion auch für den Fall beibehält, wo es ihm nicht gelingt, die Betreibung auf dem Beschwerdeweg sich vom Halse zu schaffen, vgl. Archiv I S. 160.

Der Rechtsvorschlag ist auch ohne Begründung vom Betreibungsamt anzunehmen. Verweigert dieses die Entgegennahme eines ohne Grundangabe versehenen Rechtsvorschlages, so steht dem Betriebenen hiergegen der Beschwerdeweg an die kantonalen Aufsichtsbehörden und an den Bundesrat offen. Nur im Falle der Bestreitung eines Teiles des Betrages der Forderung ist der bestrittene Betrag genau anzugeben, widrigenfalls der Rechtsvorschlag als nicht erfolgt betrachtet wird; dieser Fall liegt jedoch nicht da vor, wo die Parteien in einem zur Zeit nicht erledigten Rechtsverhältnis stehen, oder wo die Höhe des zu bestreitenden Betrages noch nicht festgestellt ist, vgl. B. G., Art. 74, 75. Begründet der Betriebene seinen Rechtsvorschlag mit alleinigem Hinweis auf einen im Beschwerdeverfahren zu entscheidenden Umstand, so hat der Betreibungsbeamte die Annahme des Rechtsvorschlages abzulehnen, denn die Erklärung ist eine widerspruchsvolle; ihre Begründung hebt den Rechtsvorschlag geradezu auf. Sie steht der ebenfalls nicht als Rechtsvorschlag an-

nehmbaren Erklärung gleich: ich bestreite, weil ich anerkenne.

Folgende Einwendungen gegen eine Betreibung sind nun beispielsweise auf dem Beschwerdeweg anzubringen:

Der Gläubiger wählt die unrichtige Betreibungsart, z. B. die Konkursbetreibung statt der Pfändungsbetreibung, die Pfändungsbetreibung statt der Pfandbetreibung, die Wechselbetreibung statt der Konkursbetreibung u. s. w., vgl. Entscheidungen des Bundesrates vom 22. Juli 1892, Rekurs Fischer-Gloor, vom 11. Oktober 1892, Rekurs Meyer & Cie, vom 18. Februar 1893, Rekurs Reis, vom 14. April 1893, Ersparniskasse Olten und Konsorten, vom 18. April 1893, Rekurs M. Müller, Archiv I Nr. 22, 52, II Nr. 18, 64, 65, vgl. auch Archiv I Nr. 16, 17, 20, 44. Durch Beschwerdeführung, nicht durch Rechtsvorschlag wird dieses Versehen gerügt. Ist nun schon durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung ausgesprochen, dass, wer die Wechselbetreibung anzuhoben berechtigt ist, hiezu nicht verpflichtet sein soll, vgl. B. G., Art. 177, und giebt das B. G. dem Gläubiger grundpfändlich versicherter Zinse oder Annuitäten¹⁾ das Wahlrecht zwischen Pfandbetreibung oder ordentlicher Betreibung, vgl. B. G., Art. 41, Abs. 2, so ist der Bundesrat m. E. nicht mit Unrecht in dieser Richtung noch weiter gegangen; er erklärte die von einem Pfandgläubiger für das pfandversicherte Kapital auf Pfändung geführte Betreibung für giltig, es wäre denn, dass der Schuldner selbst gegen diese Betreibungsart rechtzeitig Beschwerde erheben würde. Der Bundesrat lässt sich hiebei von der Erwägung leiten, dass wol die Unterscheidung zwischen der Konkursbetreibung und der Betreibung auf Pfändung öffentlich rechtlicher Natur ist und deshalb von Amteswegen beobachtet werden muss, dass dagegen die Betreibung auf Pfandverwertung nicht gleicher Art ist. Diese besondere Betreibungsform ist vielmehr ausschliesslich im Interesse des Schuldners eingeführt worden; sie ist eine Vergünstigung für den Pfandschuldner, auf die derselbe ver-

¹⁾ Über den Begriff der Annuität vgl. Archiv I Nr. 16, 22.

zichten kann; ein solcher Verzicht liegt in der Unterlassung rechtzeitiger Beschwerdeführung.¹⁾ Der Standpunkt des Bundesrates wird auch aus dem Grunde gebilligt werden müssen, weil nun im Falle des Streites über die Giltigkeit eines Pfandrechtes der Gläubiger die unbestrittene Forderung auf dem gewöhnlichen Betreibungsweg geltend machen wird, wobei dann der Schuldner sich nicht veranlasst sieht, Rechtsvorschlag zu erheben. Die Frage der Giltigkeit des Pfandrechtes ist nicht auf dem Beschwerdeweg zu erledigen; diese Frage ist, als rein privatrechtliche, richterlicher Kognition überlassen. Bei der Beschwerdeführung wegen unrichtiger Betreibungsart wird also vorausgesetzt, dass die Giltigkeit des behaupteten Pfandrechtes nicht bestritten ist.

Der Einspruch gegen die örtliche Zuständigkeit des Betreibungsamtes, B. G., Art. 46—55, ebenso der Einspruch gegen gesetzwidrige Zustellung der Betreibungsurkunden, B. G., Art. 64—66, ist durch Beschwerde, nicht durch Rechtsvorschlag zu erheben, vgl. Entscheidungen des Bundesrates vom 13. Januar 1893, Rekurs Bernhard, vom 24. Dezember 1892, Rekurs Frissiani, vom 16. März 1892, Rekurs Gorgerat, Rekurs Sauvage-Hory, vom 13. März 1893, Rekurs Somazzi, Archiv II Nr. 1, 2, 48, 62, 63; vgl. auch Archiv I Nr. 31.²⁾ Der gesetzliche Betreibungsort kann, abgesehen von dem in Art. 50, Abs. 2 des B. G. vorgesehenen Fall, nicht durch Parteivereinbarung geändert werden. Wenn daher die Einreichung der rechtzeitigen Beschwerde der Unzuständigkeit beispielsweise bei der Betreibungsanhebung versäumt worden ist, so kann dieselbe trotzdem bei jeder später folgenden Amtshandlung des Betreibungsamtes noch vorgebracht werden; die erstmalige Versäumung macht das örtlich unzuständige Betreibungsamt nicht zum zuständigen.

Wer als Bevollmächtigter eines Dritten die Betreibung gegen einen Schuldner einleiten oder die bereits eingeleitete

¹⁾ Damit ist auch der Satz gewonnen, dass nicht angenommen werden darf, der Pfandgläubiger, der nicht auf Pfandverwertung betreibt, verzichte auf sein Pfandrecht.

²⁾ Vgl. Alex. Reichel im Archiv II S. 178 ff.

Betreibung fortsetzen will, kann vom Betreibungsamte zum Ausweis über seine Bevollmächtigung angehalten werden; wird er vom Betreibungsamt wegen ungenügender Vollmacht abgewiesen, so steht ihm der Beschwerdeweg offen, vgl. Entscheidungen des Bundesrates vom 16. Februar 1892, Rekurs Petite & Cie, vom 7. Februar 1893, Rekurs Lüscher, Archiv I Nr. 1, II Nr. 31. Will dagegen der Betriebene die Vollmacht bemängeln, so hat er dies durch Rechtsvorschlag zu tun. Ein in der Sache vielleicht vorangegangener Entscheid der Aufsichtsbehörde ist dem Betriebenen gegenüber, der bei Ausfällung jenes Entscheides nicht beteiligt war, nicht massgebend. Ob aber Jemand zum Inkasso einer Forderung bevollmächtigt ist, ist eine materiellrechtliche Frage, die nur durch die Gerichte entschieden werden kann; der Betriebene bestreitet zwar nicht die der Betreibung zu Grunde liegende Forderung, dagegen bestreitet er den gleichfalls durch die Betreibung geltend gemachten Anspruch des Vertreters; seine Bestreitung passt in den Rahmen der Ziffer 3 des Art. 69 des B. G.

Wenn jemand namens des Betriebenen Rechtsvorschlag erhebt, so kann der Betreibungsbeamte gleichfalls den Nachweis der Bevollmächtigung verlangen; vorbehalten bleibt gegen die Verfügung des Betreibungsbeamten die Beschwerde an die Aufsichtsbehörden. Aber auch der Gläubiger kann auf dem Beschwerdeweg die Vertretungsbefugnis desjenigen, der für den Betriebenen Rechtsvorschlag erhoben hat, bemängeln; denn die Art und Weise der Erhebung des Rechtsvorschlages berührt die Forderung nicht, ist also nicht im civilprozessualischen Verfahren zu erledigen. Immerhin möchte ich die Ansicht vertreten, dass jemand auch als Geschäftsführer ohne Auftrag, als negotiorum gestor, Rechtsvorschlag für den Betriebenen erheben kann. Kommt es zum Rechtsöffnungsverfahren, so ist es alsdann Sache des Richters an Hand der kantonalen Prozessgesetzgebung zu prüfen, ob Personen, die für die Parteien vor Gericht auftreten, zu dieser Vertretung befugt sind; hierbei ist nicht weiter zu untersuchen, ob der Betreibungsbeamte mit Recht oder mit Un-

recht den namens des Betriebenen eingereichten Rechtsvorschlag angenommen hat oder nicht.

Dem als Cessionar betreibenden Gläubiger gegenüber muss der Betriebene Rechtsvorschlag erheben für den Fall, dass er die rechtsgiltige Abtretung der Forderung bestreitet, gleichwie für den Fall, wo er aus einem andern Grunde die Existenz der Forderung anfecht, vgl. Archiv II Nr. 77. Der Betreibungsbeamte kann vom Gläubiger, der als Cessionar die Betreibung anhebt, nicht den Nachweis der Abtretung der Forderung verlangen; auch wer als ursprünglicher Gläubiger auftritt, ist keineswegs verpflichtet, dem Betreibungsbeamten Rechenschaft über seine Forderung und deren Rechtsbeständigkeit zu geben. Das Interesse, das der Betreibungsbeamte an der Prüfung des Vollmachtsverhältnisses hat, fehlt, sobald jemand in eigenem Namen betreibt. Und wenn nun jemand durch Cession eine Forderung erwirbt, für die eine Betreibung im Gange ist, so muss der Cessionar die Betreibung nicht von neuem anheben, sondern kann dieselbe fortsetzen, vgl. die hievon abweichende Entscheidung der Basler Aufsichtsbehörde vom 18. Oktober 1892, Rekurs V., Archiv I Nr. 76. Gleiches gilt für die Erben des betreibenden Gläubigers. Wer aber in dieser Weise in eine laufende Betreibung einzutreten wünscht,¹⁾ muss auf Verlangen des Betreibungsamtes seine Rechtsnachfolgerschaft nachweisen. Die Rechtslage ist ja mit Beginn der Betreibung eine andere geworden. Durch die Betreibung ist der Betreibende mit Bezug auf die betreffende Forderung in ein Rechtsverhältnis zum Betreibungsbeamten getreten. Von sich aus darf der Betreibungsbeamte keine Handlungen vornehmen, die von Einfluss auf das rechtliche Schicksal der Forderung wären; er ist vielmehr verpflichtet, den ordnungsgemässen Anträgen des Betreibenden entsprechend zu handeln. Anträge unbeteiligter Dritter fallen ausser Betracht.²⁾ So

¹⁾ Verpflichtet zur Fortsetzung der laufenden Betreibung ist der Cessionar nicht; er kann, wenn ihm dies vorteilhafter erscheint, eine neue Betreibung anheben.

²⁾ Vgl. z. B. Art. 88, 116, 154, 159. Die Bestimmungen der Art. 117,

ist klar, dass ein Dritter nur auf vorausgegangenen Nachweis seiner Rechtsnachfolgerschaft hin in die Stellung des Betreibenden einrücken kann. Die Rechtsstellung des Betriebenen wird durch das Eintreten eines Cessionars nicht verschlechtert: Bestreitet der Betriebene die Giltigkeit der Cession, oder will er namentlich auch Einreden aus der Person des Cessionars gegen die Forderung vorbringen, so ist ihm auf Grund des Art. 77 des B. G. zweifellos der nachträgliche Rechtsvorschlag zu bewilligen. Hat der Cessionar die Betreibung fortgesetzt, so ist damit der ursprüngliche Gläubiger aus der Betreibung als Betreibender vollständig ausgeschieden, und es fällt alsdann auch die Anwendbarkeit der Vorschrift des Art. 85 des B. G. gegen ihn, der jetzt unbeteiligter Dritter geworden ist, dahin, vgl. Archiv I Nr. 84.¹⁾

Der auf die Art. 265 und 267 des B. G. sich stützende Einwand des Betriebenen der Unzulässigkeit der Betreibung erfolgt auf dem Weg des Rechtsvorschlages und nicht auf dem der Beschwerde; die Beurteilung der Frage, ob der Gemeinschuldner zu neuem Vermögen gekommen sei, ist nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift der Beurteilung durch die Gerichte unterstellt²⁾. Nimmt dagegen der Betriebene einen der Rechtsstillstandsfälle der Art. 57 ff. des B. G. für sich in Anspruch, oder wird während der Dauer des Konkursverfahrens eine Betreibung gegen den Gemeinschuldner angehoben, vgl. B. G., Art. 206,³⁾ oder wird während der Stundung gegen den Nachlassschuldner eine Betreibung angehoben, vgl. B. G., Art. 297,⁴⁾ so hat der Betriebene nicht Recht vorzuschlagen, sondern Beschwerde zu führen. Der Betriebene erhebt in diesen Fällen nicht Einspruch gegen die

127, 145 u. a. stehen selbstverständlich nicht dem im Texte Gesagten entgegen; übrigens kann es sich hier nicht um eine vollständige Darstellung des Rechtsverhältnisses handeln, das zwischen dem Betreibungsbeamten und dem betreibenden Gläubiger besteht.

¹⁾ Vgl. Brüstlein im Archiv I S. 148. ²⁾ Vgl. oben S. 56.

³⁾ Vgl. hiezv v. Salis bei Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Anmerkungen zu Art. 296 des B. G.

⁴⁾ Vgl. hiezv Reichel bei Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Anmerkung zu Art. 297 des B. G.

Forderung als solche, sondern er erhebt Einspruch gegen die Amtshandlung des Betreibungsbeamten. Der Betriebene ist persönlich gegen Amtshandlungen des Betreibungsbeamten geschützt; die Forderung des Gläubigers bleibt intakt. Auch in dem Fall, wo der Betreibungsbeamte, dem Antrag des Gläubigers entsprechend, der im Besitze eines im Pfändungsverfahren erlangten Verlustscheines ist, die Fortsetzung der Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl anordnen würde, und zwar dies trotz des Verflusses der in Art. 149 des B. G. vorgesehenen sechs Monate, so wäre solches Verfahren durch Beschwerde und nicht durch nachträglichen Rechtsvorschlag zu rügen, gleich wie der Fall der gesetzwidrigen zu frühen oder zu späten Vornahme einer Betreibungshandlung, vgl. z. B. B. G., Art. 116, 122, 124, 154, 159, oder der Fall der weitem Vornahme von Betreibungshandlungen mit Bezug auf eingestellte oder aufgehobene Betreibungen, vgl. z. B. B. G., Art. 78, 85, 107, 153, 172, 206, 297. Die Analogie dieser Fälle lässt mich endlich auch für die Einwendung der Litispendenz die Beschwerde und nicht den Rechtsvorschlag als die richtige Massregel bezeichnen.

Gegen die Betreibungskosten¹⁾ ist ein Rechtsvorschlag nicht zulässig; der Betriebene kann dieselben nur auf dem Wege der Beschwerde bestreiten, vgl. Entscheidung der Zürcher Aufsichtsbehörde vom 16. Mai 1892, Rekurs Holliger, Archiv I Nr. 26. Auch der Gläubiger, der z. B. die Höhe eines von ihm verlangten Kostenvorschusses bemängeln will, hat diese Bemängelung auf dem Beschwerdeweg vorzubringen, vgl. B. G., Art. 68. Stellt sich dagegen der Betriebene auf den Standpunkt, dass er die Tragung der Betreibungskosten wegen ungerechtfertigter Betreibungsanhebung abzulehnen gedenkt, so hat er Rechtsvorschlag gegen die Forderung zu erheben; denn er bestreitet damit dem Gläubiger das Recht, die Forderung auf dem Betreibungswege geltend zu machen. Versäumt der Betriebene den Rechtsvorschlag, so bleibt ihm der in Art. 86 des B. G. vorgesehene Ausweg offen.

¹⁾ Vgl. über den Begriff der Betreibungskosten die Antwort auf die Rechtsfrage im Archiv I. Nr. 83.

5. **U n p f ä n d b a r k e i t.** Die Festsetzung der unpfändbaren Vermögensobjekte eines Schuldners ist nicht Sache der Gerichte. Der Gläubiger sowol wie der Schuldner können Beschwerde bei den kantonalen Aufsichtsbehörden und beim Bundesrat darüber führen, dass der pfändende Beamte pfändbare Objekte nicht gepfändet hat, oder dass er unpfändbare Objekte gepfändet hat, vgl. B. G., Art. 92 ff. Und dass bei Festsetzung des Umfanges der unpfändbaren Objekte nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Würdigung der Verhältnisse zu geschehen hat, zeigen die mannigfachen Entscheidungen des Bundesrates auf diesem Gebiete, vgl. z. B. Archiv I Nr. 9—12, 24, 35, 69, 70, II Nr. 19, 20, 50, 71; ferner Archiv I S. 187,¹⁾ II Nr. 26.

Dasselbe Prinzip kommt im Konkurs zur Anwendung in dem Sinne, dass es hier zunächst Sache des Konkursamtes ist, bei Anlass der Inventaraufnahme über das dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen, die in Art. 92 (nicht dagegen die in Art. 93) bezeichneten Vermögensteile als nicht zur Konkursmasse gehörig vorzumerken und dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zu überlassen, vgl. B. G., Art. 197, 224.²⁾ Wäre der Gemeinschuldner oder die Konkursverwaltung mit der getroffenen Ausscheidung nicht einverstanden, so haben sie auf dem Weg der Beschwerde ihre abweichenden Anschauungen zu vertreten. Würden später einzelne Konkursgläubiger, etwa mit Berufung auf Art. 260 des B. G., die Abtretung eines angeblichen Anspruches an zur Masse gehörigen Gegenständen von der Konkursverwaltung verlangen, so wäre eine solche Abtretung zu verweigern und auch auf dem Beschwerdeweg nicht zu erlangen. Würde dagegen die Abtretung erfolgen, so könnte trotzdem der Richter nicht auf die Frage eintreten, ob die fraglichen Gegenstände mit Recht oder Unrecht als sog. Kompetenz dem Gemeinschuldner überlassen worden sind.

6. **G l ä u b i g e r g r u p p e n i m B e t r e i b u n g s v e r -**

¹⁾ Vgl. Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., 4. Anm. zu Art. 92, 93.

²⁾ Vgl. v. Salis bei Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., S. 235, Anmerkung 5a.

f a h r e n. Die Gruppenbildung im Pfändungsverfahren ist Sache der „Betreibungsbeamten und ihrer Aufsichtsbehörden, nicht Sache der Gerichte. Die Frage also, ob jemand mit Recht oder Unrecht vom Betreibungsbeamten in eine Gläubigergruppe eingewiesen wurde, kann wol auf dem Weg der Beschwerde, nicht aber auf dem Weg des gerichtlichen Verfahrens erledigt werden. In letzter Instanz ist es der Bundesrat, der festsetzt, aus wem eine bestimmte Gläubigergruppe gebildet wird. Die Bestimmungen des Art. 111 des B. G. bilden hievon keine Ausnahme. In diesem Art. wird vorgeschrieben, dass im Fall der Ausübung des Rechtes der Anschlusspfändung durch die Ehefrau, durch die Mündel oder durch die Verbeiständeten des Schuldners das Betreibungsamt dem Schuldner und den andern Gläubigern der betreffenden Gruppe von einem solchen Anspruche Kenntnis giebt, unter Ansetzung einer Frist von zehn Tagen, innerhalb der der Schuldner und diese Gläubiger jene Anschlusspfändung bestreiten können. Erfolgt die Bestreitung,¹⁾ so hat der Ansprecher (die Ehefrau u. s. w.) binnen zehn Tagen Klage zu erheben, widrigenfalls seine Teilnahme dahinfällt. Das Gericht hat, abgesehen von der Frage der rechtzeitigen Klagerhebung,²⁾ nur über die Frage der Rechtsbeständigkeit und der Höhe des Anspruches zu erkennen, also namentlich darüber, ob die geltend gemachte Forderung aus dem ehelichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnisse herrührt. Die gleich-

¹⁾ Ob diese Bestreitung rechtzeitig erfolgt ist, haben das Betreibungsamt und, im Fall der Beschwerde, die Aufsichtsbehörden zu entscheiden, ebenso z. B. bezüglich der Frage rechtzeitigen Rechtsvorschlages oder rechtzeitiger Bestreitung auf Grund der Vorschrift des Art. 106, Abs. 2.

²⁾ In seiner Entscheidung vom 18. April 1893, Rekurs R. Stutz & Cie, Archiv II. Nr. 72, 3, sagt der Bundesrat: Das Gericht ist es, das zu bestimmen hat, ob der Dritte Vindikant der Aufforderung des Betreibungsamtes „binnen zehn Tagen Klage zu führen“ nachgekommen sei. Was hier der Bundesrat hinsichtlich der in Art. 106—109 des B. G. vorgesehenen gerichtlichen Fälle ausspricht, gilt auch bezüglich des Falles des Art. 111, Abs. 3, sowie der übrigen Fälle des B. G., wo innert bestimmter Frist die Sache „gerichtlich“ anhängig zu machen ist, vgl. z. B. B. G., Art. 83, 140, 148, 242, 250, 251, 278, 279, ferner Archiv I Nr. 72, Erwägung 2.

falls gerichtliche Frage des mit dem Anspruch möglicherweise verbundenen Vorzugsrechtes bleibt in diesem Verfahren ebenso ausgeschlossen, wie die der gerichtlichen Kognition entzogene Frage der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gläubigergruppe. Infolge der besondern Verhältnisse, die bei den genannten Ansprüchen der Ehefrau u. s. w. des häufigsten vorkommen mögen, sah sich der Gesetzgeber veranlasst, die Frage der Rechtsbeständigkeit dieser Ansprüche, nicht des Schuldners wegen, sondern der konkurrierenden Gläubiger wegen, in einem frühern Moment der gerichtlichen Erörterung und Feststellung zu unterwerfen, als dies der allgemeinen Regel nach zu geschehen hätte. Denn dieser gemäs tritt die gerichtliche Erörterung erst bei Anlass der Aufstellung des Kollokationsplanes ein, vgl. B. G. Art. 146, 148; 247, 250, 251. Dass aus dieser vorzeitigen gerichtlichen Entscheidung über den Frauengutsanspruch etc. *res iudicata* entsteht, dürfte angenommen werden. Die Frage aber, ob aus der unterlassenen Bestreitung des Anspruches der Ehefrau u. s. w. seitens der konkurrierenden Gläubiger ein bei Aufstellung des Kollokationsplanes nicht mehr anfechtbarer Anspruch erwächst (abgesehen von der Frage des Ranges), dürfte als eine nicht leichthin zu beantwortende Kontroverse bezeichnet werden.

7. K o l l o k a t i o n s p l a n. Wer sich von den Prinzipien, die das eine oder das andere kantonale Recht beherrschten, leiten lässt, gerät leicht in Widerspruch mit den Vorschriften des Bundesrechtes, wenn die Abgrenzung der gerichtlichen Kompetenzen von denjenigen der Aufsichtsbehörden hinsichtlich der Aufstellung des Kollokationsplanes, der Abänderung desselben und der Wirkung einer Abänderung zu geschehen hat.

Gemäs den Vorschriften des B. G. erfolgt die Anfertigung des Kollokationsplanes im Betreibungsverfahren durch das Betreibungsamt, im Konkursverfahren durch die Konkursverwaltung oder durch das Konkursamt. Die Anfertigung muss ordnungsgemäs geschehen. Die ordnungsgemässe Anfertigung fehlt beispielsweise in folgenden Fällen: die Kon-

kursverwaltung versäumt die Erklärung des anwesenden Gemeinschuldners über die Konkurseingaben einzuholen, vgl. B. G., Art. 244, Archiv II Nr. 21; oder die aus den Grund- und Hypothekenbüchern ersichtlichen Forderungen werden im Kollokationsplane weder aufgenommen, noch als abgewiesen vorgemerkt, vgl. B. G., Art. 246; oder andere angemeldete, jedoch von der Konkursverwaltung nicht zugelassene Forderungen werden im Kollokationsplan nicht mit Angabe des Abweisungsgrundes vorgemerkt, vgl. B. G., Art. 248; oder der Entwurf zum Kollokationsplan ist nicht dem Gläubigerausschuss zur Genehmigung vorgelegt worden, vgl. B. G., Art. 247; oder der Kollokationsplan wird nicht im Sinne des Art. 147 oder des Art. 249 des B. G. ausgelegt und öffentlich bekannt gemacht. Liegen derartige Mängel vor, so ist die Beschwerde, nicht die Anfechtung, die richtige Massregel zur Wahrung der Interessen der Beteiligten; zu diesen Beteiligten gehört auch der Gemeinschuldner.

Ein ordnungsgemäs¹⁾ angefertigter Kollokationsplan kann

¹⁾ In seiner Entscheidung vom 24. Januar 1893, Rekurs Neuhaus, Archiv II Nr. 21, wirft der Bundesrat die Frage auf: ob nicht der Gemeinschuldner wenn er vorher durch die Verhältnisse verhindert war, sich, wie ihm Art. 244 das Recht dazu giebt, über die angemeldeten Konkursforderungen vernehmen zu lassen, seinen Standpunkt auf dem Beschwerdeweg zur Geltung bringen könne? Der Bundesrat lässt die Frage unbeantwortet, fügt aber bei: Jedenfalls hätte eine solche Abänderung des Kollokationsplanes auf administrativem Wege zur Voraussetzung, dass eine neue Tatsache vorläge, die der Konkursverwaltung nicht bekannt war. Nach dem im Text Bemerkten glaube ich die aufgeworfene Frage in dem Sinne richtig zu beantworten, dass zunächst festgestellt wird, ob eine ordnungsgemässe Anfertigung des Kollokationsplanes stattgefunden hat oder nicht. Zur ordnungsgemässen Anfertigung gehört die Erklärung des Gemeinschuldners über jede Konkurseingabe. Hat sich der Gemeinschuldner trotz Aufforderung nicht über die Konkurseingaben erklärt, so geht er damit seines Anspruches gehört zu werden verlustig. Es ist eventuell Sache der Aufsichtsbehörde festzustellen, ob der Gemeinschuldner in entschuldbarer Weise sich nicht erklärt hat. Wäre er entschuldigt, so könnte der Kollokationsplan, weil nicht ordnungsgemäs angefertigt, auf dem Beschwerdeweg abgeändert werden. Es wird sich daher empfehlen, im Kollokationsplan je zu vermerken, ob der Gemeinschuldner sich erklärt hat über die Konkurseingaben oder nicht, vgl. B. G., Art. 265 Abs. 1. Von einer analogen Anwendung

nicht mehr geändert werden, es geschehe denn durch gerichtliches Urteil. Der Kollokationsplan ist nämlich der gerichtlichen Anfechtung ausgesetzt von Seiten der aufgenommenen sowol wie abgewiesenen Gläubiger, die sich im Konkurse angemeldet haben, der im Betreibungsverfahren angefertigte von Seiten der Gruppengläubiger. „Gegenstand aber der im B. G., Art. 250, Abs. 1 und 2 vorgesehenen und der gerichtlichen Beurteilung unterstellten Kollokationsstreitigkeiten können nur sein:

1. Die Forderung selbst nach ihrer Rechtsbeständigkeit und nach ihrem Betrage,
2. der Rang der Forderung.

Mit der Feststellung des Betrages und des Ranges der angefochtenen Forderung hat das Gericht seine Aufgabe erschöpft. Das weitere, nämlich die Anbringung der durch das Urteil (möglicherweise) bedingten Abänderungen am Kollokationsplane ist eine Rechenoperation, die von der Konkursbehörde (oder im Betreibungsverfahren vom Betreibungsamt) besorgt wird. Diese Konkursbehörde hat sich hiebei an die Vorschrift von B. G., Art. 250, Abs. 3 zu halten.“ Entsteht über Sinn und Tragweite der Bestimmung dieses Abs. 3 des Art. 250 ein Meinungsstreit, so ist derselbe nicht durch einen abermaligen Prozess, sondern durch die kantonalen Aufsichtsbehörden und den Bundesrat auf dem Beschwerdeweg zu entscheiden. Aus dieser vom Bundesrat mit Entscheidung vom 3. Februar 1893, Rekurs Frei und Konsorten, Archiv II Nr. 66, in zutreffender Weise gezogenen Abgrenzung der Befugnisse zwischen Richter und Aufsichtsbehörde ergiebt sich, dass eine wiederholte Auflegung des Kollokationsplanes, verbunden mit Wiederholung der Einspruchsberechtigung, nach Bundesrecht unzulässig ist. Der Kollokationsplan ist, soweit er nicht angefochten wurde, mit Ablauf der Einsprachefrist rechtskräftig geworden und das rechtskräftige, auf erfolgte

des Art. 251 des B. G., wie der Bundesrat a. a. O. meint, kann also keine Rede sein; im Fall des Art. 251 handelt es sich überdies gar nicht um eine Änderung des Kollokationsplanes im Beschwerdeverfahren.

Anfechtung hin ergangene Urteil¹⁾ tritt dann zu dem Kollokationsplan, als Bestandteil desselben, in der Art hinzu, dass, soweit ein Widerspruch zwischen ursprünglichem Kollokationsplan und Urteil besteht, derselbe von der Konkursbehörde oder vom Betreibungsbeamten auszumerzen ist, selbstverständlich unter Vorgang des Urteils und unter Vorbehalt des Beschwerderechtes an die Aufsichtsbehörden. Die Ausführung des Urteils ist nicht mehr Sache des Gerichtes. So wenig als gegen die von der Behörde auf Grund des Kollokationsplanes unter die beteiligten Gläubiger beabsichtigte Verteilung des Liquidationsergebnisses, insbesondere gegen die Verteilungsliste, vgl. z. B. B. G. Art. 260, Abs. 2, 261, 266, 269, eine gerichtliche Klage als zulässig erscheint, ebenso wenig ist eine solche zulässig gegen die Art der Handhabung der Vorschrift des Art. 250, Abs. 3 durch die Konkursbehörde. Dieselben Gesichtspunkte sind schliesslich massgebend hinsichtlich der Liquidationskosten. Wer mit der Berechnung derselben durch die Liquidationsinstanz nicht einverstanden ist, namentlich nicht mit der Höhe oder der Verteilung derselben, hat Beschwerde, nicht gerichtliche Klage zu führen, vgl. B. G., Art. 144, Abs. 3, 251, Abs. 2, 262, 281, Abs. 2, Entscheidung des Bundesrates vom 17. Februar 1893, Rekurs Vonarx, Archiv II Nr. 36.

Mehr eine Ergänzung zum Kollokationsplan als eine Abänderung desselben ist es, wenn verspätete Konkurseingaben einzelner Gläubiger durch die Konkursbehörde im Plane nachzutragen sind, sei es in ablehnendem, sei es in zustimmendem Sinne. Das diesbezügliche Verfahren ist übrigens in Art. 251 des B. G. genau vorgezeichnet, es entspricht vollständig demjenigen der Hauptanfertigung des Kollokationsplanes. Eine Modifikation der bereits rechtskräftig gewordenen Teile des Planes kann durch eine solche Ergänzung nicht erfolgen. Eine analoge Anwendung der Vorschrift des Art. 251 des B. G. auf andere Fälle ist meines Erachtens ausgeschlossen.²⁾

¹⁾ Vgl. auch Archiv II Nr. 10.

²⁾ Vgl. oben S. 92 Anm.

8. **Aussonderungsanspruch.** Wer eine in der Konkursmasse befindliche Sache als sein Eigentum beansprucht, ist nicht Konkursgläubiger, vgl. B. G. Art. 197, 225, 232, Ziff. 2.¹⁾ Sein Anspruch wird nicht in den Kollokationsplan aufgenommen. Wird der Anspruch bestritten, so muss er gerichtlich geltend gemacht werden, vgl. B. G. Art. 242, Abs. 2. Gegenüber der Weigerung der Herausgabe kann der Ansprecher nicht Beschwerde führen. Hat die Konkursverwaltung oder das Konkursamt vorbehaltlos einen solchen Eigentumsanspruch anerkannt und demgemäs die Sache herausgegeben, so kann der einzelne Konkursgläubiger nicht mehr auf Grund der Vorschrift des Art. 260 des B. G. die Abtretung eines Rechtsanspruches verlangen; die Eigentumsanerkennung der Konkursverwaltung gilt auch gegenüber dem einzelnen Konkursgläubiger, vgl. B. G., Art. 240. Die in Art. 260 des B. G. vorgesehene Abtretung wird also nur da Platz greifen, wo die Konkursverwaltung ihrerseits das beanspruchte Eigentum anerkennen möchte, wo jedoch ein Gläubiger hiergegen Einsprache erhebt und den Prozess auf eigenes Risiko zu übernehmen Willens ist. Anlass zu einer Beschwerde wird in solchen Fällen kaum vorhanden sein. Denn ist das Eigentumsrecht des Ansprechers von der Konkursverwaltung anerkannt worden, so nützt dem einzelnen Konkursgläubiger die Beschwerde nichts; die geschehene Anerkennung kann er auf dem Beschwerdeweg nicht anfechten. Vorbehalten bleibt dem geschädigten Konkursgläubiger die Schadenersatzklage gegen die Konkursverwaltung.²⁾

9. **Verwirkung des Vorzugsrechtes.** Eine der sonderbarsten Bestimmungen des eidgenössischen Konkursrechtes findet sich in der Ziffer 4 des Art. 232 des B. G.³⁾ Die Konkursbekanntmachung enthält unter anderm die Auf-

¹⁾ Vgl. v. Salis bei Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Anmerkung 11 zu Art. 197.

²⁾ Anderer Ansicht ist Heuberg er a. O., Anmerkung 2 zu Art. 242, vgl. Zeerleder, a. O., S. 83.

³⁾ Vgl. über diese lex Brunner Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Anmerkung 5 zu Art. 232.

forderung an diejenigen, die Sachen des Gemeinschuldners als Pfandgläubiger oder aus andern Gründen, beispielsweise als Retentionsberechtigte, besitzen, diese Sachen ohne Nachteil für ihr Vorzugsrecht binnen der Eingabefrist dem Konkursamte zur Verfügung zu stellen,¹⁾ mit Strafandrohung für den Unterlassungsfall und mit der Beifügung, dass im Falle ungerechtfertigter Unterlassung das Vorzugsrecht erlösche. Verwundert fragt man sich, wie kommt der Gesetzgeber dazu, jemandem zur Strafe ein wolerworbenes Privatrecht zu entziehen. Gegenüber Pfandgläubigern, die im Ausland wohnen, kann diese Strafbestimmung des Entzugs des Pfandrechtes tatsächlich kaum zur Anwendung gebracht werden. Würde nämlich von einem solchen Pfandgläubiger die Herausgabe der Pfandsache verlangt, so gäbe er dieselbe freiwillig doch nur heraus, sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Verwirkung des Pfandrechtes verzichtet. Würde er aber auf unbeschwerte Herausgabe an seinem Wohnsitze belangt, so könnte der ausländische Richter die Verwirkung, sie ist ja Strafe, nicht als zu Recht bestehend anerkennen! An dieser Stelle interessirt uns hauptsächlich die Frage, ob der Richter im Civilprozess oder die Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren über die von der Konkursverwaltung auf Grund des Art. 232, Ziff. 4 des B. G. ausgesprochene Verwirkung eines Pfandrechtes oder eines Retentionsrechtes zu entscheiden habe. L. Weber hat in seinem Kommentar mit sehr beachtenswerten Gründen die richterliche Entscheidungsbefugnis verteidigt. „Wird ein Pfandgläubiger, sagt er, auf Grund des Art. 232, Ziff. 4 des B. G. nicht als solcher gemäs Art. 219, Abs. 1 auf den Erlös aus der Pfandsache angewiesen, so steht ihm zufolge Art. 250 des B. G. das Recht der Klage gegen die Masse zu.“ Ich möchte meinerseits die Ansicht vertreten, dass im Beschwerdeweg über den hier in Frage stehenden Pfandrechtsverlust zu erkennen sei. Hiebei lasse ich vorab nicht ausser Acht, dass es sich bei

¹⁾ Zur Verfügung stellen darf nicht interpretirt werden: mit der Konkursverwaltung einsenden; diese möge die Sache abholen oder abholen lassen.

diesem Pfandrechtsverlust um eine zur gewöhnlichen Ordnungsstrafe hinzutretende weitere Ordnungsstrafe handelt. Sodann überlege ich, dass im Moment der Anfertigung und Auflegung des Kollokationsplanes die Konkursverwaltung vielleicht noch gar nicht in der Lage ist, zu wissen, ob eine ungerechtfertigte Weigerung seitens des Pfandgläubigers vorliegt. Wird sie dies erst später inne, so ist sie zur Änderung des Kollokationsplanes nicht mehr befugt; sie könnte also die Verwirkung des Pfandrechts nicht mehr verfügen. Mir erscheint daher das richtige Vorgehen das zu sein, dass im Kollokationsplan das Pfandrecht seines Ortes einzureihen ist, und dass durch besondere nicht im Kollokationsplan, sondern erst in der Verteilungsliste allgemein bekannt zu gebende Verfügung der Verlust des Pfandrechtes festgestellt wird. Damit steht dann für die Anfechtung der Verfügung ohne weiteres Bedenken der Beschwerdeweg offen. Würde eine Konkursverwaltung den betroffenen Pfandgläubiger im Kollokationsplan nicht als aufzunehmenden Pfandgläubiger, sondern unter Angabe des Abweisungsgrundes als abzuweisenden Ansprecher vormerken, so müsste zwar der Betroffene den Kollokationsplan gerichtlich anfechten. Das Urteil würde jedoch alsbald zu seinen Gunsten lauten, sobald die Konkursverwaltung gegen sein Pfandrecht nichts weiteres als die Verlusttatsache der Ziff. 4 des Art. 232 des B. G. vorbringen würde. Der Richter könnte nämlich auf diese Frage, weil sie nicht in seinen Kompetenzbereich, sondern in denjenigen der Aufsichtsbehörde fällt, gar nicht eintreten; im übrigen hätte er dem Klaganspruch gemäs, weil derselbe aus andern Gründen nicht bestritten ist, zu erkennen.

10. *Retentionsrecht*, insbesondere die *Retentionsurkunde*. Die Bestimmung des Bundesrechtes, dass das Retentionsrecht im Betreibungsverfahren wie ein Faustpfandrecht zu behandeln sei, — eine Bestimmung, die, bereits durch die Vorschrift des Art. 228 des eidg. O. R. bedingt, durch Art. 37, Abs. 2 des B. G. ausdrücklich festgesetzt worden ist — bereitet der Praxis grosse Schwierigkeiten hinsichtlich der gleichfalls mit dem Namen

Retentionsrecht getauften Befugnis des Vermieters und des Verpächters einer unbeweglichen Sache, auf die in die Miet- und Pachträume gebrachten beweglichen Sachen des Mieters oder Pächters in bevorrechteter Stellung zu greifen.¹⁾ Die Schwierigkeiten treten am deutlichsten hervor, wenn die Durchführung des sog. Deckungsprinzips, das in Art. 126 des B. G. für Mobiliarpfänder in gleicher Weise wie in Art. 141 des B. G. für Immobiliarpfänder sanktionirt ist,²⁾ im Verhältnis des retentionsberechtigten Vermieters oder Verpächters zu sonstigen Gläubigern des Mieters oder Pächters in Frage steht. Die zur Zeit noch ausstehende Lösung dieser Schwierigkeiten liegt den Betreibungsämtern und ihren Aufsichtsbehörden, in letzter Linie dem Bundesrate ob. Denn zur gerichtlichen Verhandlung kommt es nur dann, wenn etwa auf Grund der Vorschriften des Art. 106 ff. des B. G. die Existenz oder der Umfang des Retentionsrechtes des Vermieters oder des Verpächters bestritten wird, oder wenn behauptet wird, das an und für sich unbestrittene Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters erstrecke sich nicht auf die von einem andern Gläubiger gepfändeten Gegenstände. Vgl. Rechtsfrage im Archiv I Nr. 46, das Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 2. November 1892, Archiv I Nr. 67, und die Akten des Eidg. Amtes für Schuldbetreibung und Konkurs zu diesem Kreisschreiben.

Soll das Retentionsrecht des Vermieters oder des Verpächters dem Mieter oder Pächter gegenüber geschützt werden, entsprechend der Vorschrift des Art. 283, Abs. 3 des B. G., so besteht dieser Schutz zunächst in der vom Betreibungsamt zu verfügenden Aufnahme einer Retentionsurkunde, d. h. in der Aufnahme eines Verzeichnisses der dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenstände. Wiederum ist es nicht

¹⁾ Vgl. Art. 294, 295, 297 des eidg. O. R.; Revue der Gerichtspraxis a. O. I Nr. 27, II Nr. 31, 33, III Nr. 72 (bundesgerichtliches Urteil vom 14. Februar 1885, Käsereigesellschaft Rinderbach), 156.

²⁾ Vgl. aber auch Art. 127, 142 des B. G.; hiezu Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., zu diesen Artikeln.

Sache der Gerichte, sondern der kantonalen und eidgenössischen Aufsichtsbehörde, auf Grund eingereichter Beschwerde, darüber zu entscheiden, ob die besondern gesetzlichen Voraussetzungen für diesen dem Vermieter oder Verpächter zu gewährenden Schutz vorhanden waren. Ist allerdings die Existenz oder der Umfang des Retentionsrechts streitig, oder wird das Vorhandensein von dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenständen geläugnet, oder wird gar das Bestehen eines Miet- oder Pachtvertrages in Frage gezogen, so sind dies Fragen gerichtlicher Kognition; es sind Fragen rein privatrechtlicher, nicht prozessrechtlicher Natur. Das B. G. dagegen, die prozessuale Massregel der Aufnahme einer Retentionsurkunde gewährend, setzt die rein privatrechtlichen Fragen als gelöst voraus; das B. G. berührt diese letztern Fragen nicht und lässt es beim bisherigen Rechtszustand bewenden. Wollte man aber die Ansicht vertreten, dass auch die Frage des Vorliegens der besondern gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufnahme der Retentionsurkunde dem richterlichen Entscheide überlassen sei, so könnte diese Ansicht nur dann Anspruch auf Richtigkeit erheben, wenn sie sich auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung stützen könnte. Eine solche ermangelt jedoch, demnach verbleibt es bei der allgemeinen Regel der Art. 15 ff. des B. G. Es darf zur Unterstützung der hier vertretenen Auffassung darauf verwiesen werden, wie im Arrestverfahren ein gerichtliches Verfahren ausdrücklich vorgesehen ist für den Fall einer Bestreitung des Vorliegens der besondern gesetzlichen Voraussetzungen für die Arrestnahme, das ist das in Art. 279, Abs. 2 des B. G. normirte Verfahren über den Arrestgrund.

Die Feststellung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufnahme einer Retentionsurkunde ist, wie die Praxis des Bundesrates zeigt, recht schwierig.¹⁾ In seiner Entscheidung vom 22. November 1892, Rekurs Schadegg, Archiv I Nr. 72,

¹⁾ Vgl. auch die mit den folgenden Ausführungen nicht ganz übereinstimmenden Ausführungen Reichel's bei Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., Anmerkung zu Art. 283.

spricht sich der Bundesrat dahin aus: „Die Aufnahme der Retentionsurkunde ist eine vorsorgliche Massregel, die der richterlichen Beurteilung des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses nicht vorgreift. Der Betreibungsbeamte hat sie anzuordnen, sobald die allgemeine Voraussetzung, unter der ein Retentionsrecht überhaupt möglich ist, vorliegt: die Tatsache, dass der Schuldner ein Grundstück bewirtschaftet oder bewohnt, woran der Gläubiger das Eigentum oder den Besitz hat. Ob zwischen den Parteien ein Miet- oder Pachtverhältnis und eine Forderung daraus wirklich bestehen, kann und soll der Betreibungsbeamte, als Exekutivbeamter, nicht untersuchen.“ Diese Motive werden, nach den obigen Ausführungen, gebilligt werden müssen, insoweit in denselben der Satz ausgesprochen ist, dass die zwischen zwei Personen bestehenden rein privatrechtlichen Streitigkeiten durch den Betreibungsbeamten und seine Aufsichtsbehörden nicht zu untersuchen sind. Aus eben diesen Motiven ist man des weitern versucht folgendes als Ansicht des Bundesrates herauszulesen: Für die Zulässigkeit der Aufnahme einer Retentionsurkunde bestehen keine besondern Voraussetzungen; der Vermieter ist vielmehr jeder Zeit befugt, zur Sicherung seines Retentionsrechtes beim Betreibungsamte die Aufnahme einer Retentionsurkunde zu beantragen. Die Bedeutung der Retentionsurkunde liegt hauptsächlich darin, dass sie die Grundlage für ein an den Mieter zu erlassendes Verfügungsverbot sein wird, und dass sie die Bezeichnung der Pfandgegenstände enthält, welche Bezeichnung notwendig ist für die der Aufnahme der Retentionsurkunde nachfolgenden Betreibung auf Pfandverwertung; vgl. B. G., Art. 151. Abgesehen hievon ist die Retentionsurkunde mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 284 des B. G. von nicht zu unterschätzendem praktischem Werte. Niemals darf jedoch übersehen werden, dass die Aufnahme einer Retentionsurkunde sich zum mindesten als eine recht unangenehme Belästigung des Mieters oder Pächters darstellt. Wird sie als eine dem Vermieter oder Verpächter jeder Zeit zulässige Massregel aufgefasst, so fällt sozusagen jede Verant-

wortlichkeit des von ihr Gebrauch machenden Vermieters oder Verpächters dahin, und es besteht keine Gewähr dafür, dass Vermieter oder Verpächter nicht in chikanösester Weise diese Massregel zur Anwendung bringen. Dass aber aus den mitgeteilten Erwägungen die unbeschränkte Zulässigkeit der Aufnahme der Retentionsurkunde nicht gefolgert werden darf, ergibt eine spätere Entscheidung des Bundesrates vom 10. März 1893, Rekurs Schinz, Archiv II Nr. 55. Ganz mit Recht geht hier der Bundesrat davon aus, dass Art. 283 des B. G. der von der Wahrung des Retentionsrechtes des Vermieters und Verpächters handelt, nicht den Begriff und den Inhalt dieses Retentionsrechtes neu umgrenzt, sondern nur die Art und Weise, wie die öffentliche Gewalt zum Schutze des Retentionsrechtes mitzuwirken hat, mit andern Worten: das Verfahren zur Geltendmachung des Retentionsrechtes regelt. Deshalb erscheint die Aufnahme der Retentionsurkunde nur in zwei Fällen zulässig: nämlich:

1. wenn der Vermieter die vom Mieter beabsichtigte Fortschaffung der Retentionsgegenstände aus den gemieteten Räumen verhindern will, und

2. wenn der Vermieter im Falle der Nichtzahlung des Mietzinses die Retentionsgegenstände gleich einem Faustpfande zwangsweise versteigern will.

Voraussetzung der Erwirkung der Retentionsurkunde ist also: entweder die Gefahr einer Fortschaffung der Retentionsgegenstände oder die beabsichtigte zwangsweise Eintreibung fälligen Mietzinses. Der Vermieter oder Verpächter, der in ungerechtfertigter Weise, d. h. ohne dass eine dieser beiden Voraussetzungen vorliegt, die Aufnahme einer Retentionsurkunde beim Betreibungsamte nachsucht und erwirkt, setzt sich einem gerichtlich festzusetzenden Schadenersatzanspruche seitens des Mieters oder Pächters aus. Ob hierbei unter Hinweis auf die Analogie des Arrestverfahrens¹⁾ nicht nur die aus böser Absicht oder aus Fahrlässigkeit begangene Hand-

¹⁾ Vgl. Archiv I Nr. 64, bundesgerichtliches Urteil vom 21. Januar 1893 in Sachen Bareis gegen Rooschütz, Revue a. O. XI Nr. 85.

lung des Vermieters oder Verpächters, sondern jede objektiv ungerechtfertigte Auswirkung der Retentionsurkunde zu Schadenersatz verpflichtet, ist eine subtile Frage, deren Beantwortung ich vorläufig dem weisen Ermessen eines verständigen Richters, in letzter Linie dem Bundesgericht anheimstelle.

Wenn vom Betreibungsbeamten die Aufnahme einer Retentionsurkunde verlangt wird, so fragt es sich, ob dieser sich ohne weitere Prüfung an die Angaben des Vermieters oder Verpächters — der vielleicht ohne irgend einen Nachweis das Vorhandensein der fraglichen Voraussetzungen behauptet — zu halten habe, oder ob das Vorhandensein der einen oder der andern die Aufnahme der Retentionsurkunde rechtfertigenden Tatsache vom Betreibungsbeamten selbständig zu prüfen ist? Der Bundesrat macht in der erwähnten Entscheidung vom 10. März 1893 in zutreffender Weise auf die Analogie des Arrestverfahrens aufmerksam und spricht dem Betreibungsbeamten eine Prüfungsberechtigung und Prüfungspflicht in gleicher Weise zu, wie eine solche gemäs Art. 272 des B. G. die um Erlass eines Arrestbefehles angegangene Arrestbehörde besitzt. Sodann darf auf die Rechtsstellung des Betreibungsbeamten überhaupt hingewiesen werden. Der Betreibungsbeamte ist nichts weniger als eine gedankenlose und entscheidungslose Maschine. Er hat die verlangte Betreibung nicht in Gang zu setzen, wenn er sich als unzuständigen Betreibungsbeamten ansehen muss; er darf die Betreibung nicht fortsetzen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Fortsetzung noch nicht vorliegen oder wieder dahin gefallen sind, u. s. w., u. s. w. Allerdings erfolgen eine Reihe von Amtshandlungen, ja die meisten Amtshandlungen der Betreibungsbeamten auf einseitiges Begehren des Antragstellers und nicht nach erfolgtem kontradiktorischem Verfahren. Was daher auf den ersten Schein hin als gerechtfertigt erscheinen mag, kann sich leicht bei eingehenderer Prüfung, die auf Beschwerde der betroffenen Gegenpartei erfolgt, als ungerechtfertigt herausstellen. Deshalb sind die Verfügungen des Betreibungsbeamten wegen Unzweckmässigkeit

keit oder Gesetzwidrigkeit in viel grösserm Umfang der Aufhebung durch die Aufsichtsbehörden ausgesetzt, als die Verfügungen einer Amtsstelle, die erst nach beidseitigem Gehör ihre Befehle und Bescheide erlässt. Irgend ein Vorwurf kann in solchen Fällen den Betreibungsbeamten nicht gemacht werden.¹⁾ All das Gesagte trifft nun auch zu hinsichtlich der Auswirkung der Retentionsurkunde, und ich möchte der Ausführung des Bundesrates in seiner Entscheidung vom 10. März 1893 beipflichten, wenn er in dieser Richtung die Kognition des Betreibungsbeamten, wie folgt, umschreibt, indem er die beiden oben festgestellten Anwendungsfälle der Retentionsurkunde auseinander hält: „Ob ein Mietzins wirklich fällig und unbezahlt geblieben sei, kann der Betreibungsbeamte im Rahmen seiner Stellung nicht ermitteln; es ist dies auch gar nicht nötig. Dem Vermieter, der unter dieser Angabe das Retentionsbegehren zum Zweck der Betreibung stellt, wird der Beamte ohne weiteres willfahren; indem er in diesem Falle für die Anhebung der Betreibung eine möglichst kurze Frist (von etwa 10 Tagen) ansetzt, sorgt er dafür, dass eine unberechtigter Weise erwirkte Retentionsurkunde bald wieder dahin fällt. Wird dagegen die Mitwirkung des Betreibungsamtes angesucht, um einer Fortschaffung der Retentionsgegenstände vorzubeugen, so hat der Betreibungsbeamte zu prüfen, ob eine solche Fortschaffung wirklich zu befürchten ist. . . Die Prüfung dieser Vorfrage ist unerlässlich; (denn) . . sonst könnte der Vermieter dem Mieter ohne jeglichen Grund ein Verfügungsverbot anlegen, während doch das Obligationenrecht diese Rechtshilfe nur eintreten lässt, wenn der Mieter wegziehen oder die in den gemieteten Räumen befindlichen Sachen fortschaffen will.“

11. Anwendungsbereich des neuen Betreibungs- und Konkursrechtes. Ohne nähere Erläuterung hatte der Bundesrat seiner Zeit unter den Übergangsbestimmungen des B. G., die jetzt in Art. 334 des Gesetzes

¹⁾ Vgl. auch oben S. 539.

stehende Vorschrift vorgeschlagen: „Alle Streitigkeiten, welche über die Frage entstehen, ob in einem einzelnen Falle das bisherige kantonale Recht oder das Bundesgesetz anwendbar sei, können auf dem Wege des Rekurses in den durch die Art. 17 bis 19 dieses Gesetzes bestimmten Fristen dem Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden und des Bundesrates unterbreitet werden.“¹⁾ Der Vorschlag des Bundesrates wurde anstandslos in das Bundesgesetz aufgenommen; auch die Kommentatoren zum B. G. wissen nichts zur Erklärung der Bestimmung beizufügen. Übrigens dürfte die Bestimmung auch ohne ausdrückliche Aufnahme in das Bundesgesetz gelten. Die Fassung des Artikels giebt jedoch zu Bedenken Anlass über das Ausdehnungsgebiet der hier vorgesehenen Beschwerde. Kommt nämlich diese Beschwerde nur da zur Anwendung, wo sonst im Bereiche des B. G. eine Beschwerde an die kantonalen Aufsichtsbehörden und an den Bundesrat zulässig ist, oder ist ihr Anwendungsgebiet ein umfassenderes? Letztere Ansicht wäre im Anschluss an den Wortlaut des Art. 334 zu vertreten; erstere Ansicht ist trotzdem als die richtige zu bezeichnen mit Rücksicht darauf, dass der Wille des Gesetzgebers kein anderer sein konnte, als festzustellen, dass auf dem Wege der Beschwerdeführung ausser den Fragen richtiger und zweckmässiger Auslegung der Normen des B. G. auch die Vorfrage der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des B. G. überhaupt entschieden werden soll.²⁾ Der Bundesrat hat sich bis jetzt, soviel ich

¹⁾ Vgl. Entscheidungen des Bundesrates vom 12. Januar 1892, Rekurs Wyler, vom 23. Februar 1892, Rekurs Huber, vom 18. März 1892, Rekurs Rempfler, 15. März 1892, Rekurs Pachoud, Bundesblatt 1892 I S. 358, 788, 1052, 1054.

²⁾ Kann auf dem Wege der staatsrechtlichen Beschwerde das Bundesgericht zur Entscheidung darüber angerufen werden, ob das neue eidgenössische Recht oder das alte kantonale zur Anwendung zu kommen habe auf den der Überprüfung durch den Bundesrat entzogenen Teilen des B. G.? Soweit nicht die Bestimmung des Art. 181 des revidirten Organisationsgesetzes vom 22. März 1893 entgegensteht (und sie steht hinsichtlich derjenigen Vorschriften des B. G., die nicht materiellrechtlichen Inhaltes sind, nicht entgegen) wird die Frage auf Grund des in der bun-

sehe, nicht deutlich über diese Frage ausgesprochen, vgl. die Entscheidung des Bundesrats vom 24. Januar 1893, Rekurs Neuhaus, Archiv II Nr. 21, Erwägung 2. Dagegen scheint mir richtig zu sein, was das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 25. Januar 1893, Rekurs Steiner feststellt: Gegen richterliche Entscheidungen giebt es eine Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde oder an den Bundesrat nicht; Art. 334 des B. G. bezieht sich nur auf Handlungen, welche in die Kompetenz der Betreibungs- und Konkursämter fallen, nicht auf Streitigkeiten, deren Beurteilung den Gerichten zugewiesen ist, Revue a. O. XI Nr. 87. Und ebenso richtig hatte schon das Basler Appellationsgericht in einer Anfechtungssache wegen anfechtbarer Pfandbestellung mit Urteil vom 14. November 1892¹⁾ bemerkt: „Die auf Art. 334 des B. G. gegründete Behauptung, dass das Gericht gar nicht entscheiden könne, welches Recht (ob altes oder neues Betreibungs- und Konkursrecht) zur Anwendung zu kommen habe, ist belanglos, da sich dieser Art. 334 nicht auf Sachen beziehen kann, die richterlicher Entscheidung unterliegen, und dem Richter nicht eine seiner Hauptaufgaben entziehen kann.“

V. Bedürfnis der Erweiterung der Kompetenzen der Bundesinstanzen in Betreibungs- und Konkursachen. Seit dem Inkrafttreten des B. G. sind wiederholt Entscheidungen und Verfügungen kantonaler Behörden, die auf Grund des B. G. erlassen worden waren an die Bundesinstanzen, sei es an den Bundesrat, sei es an das Bundesgericht, weitergezogen worden, obgleich die Bundesinstanz kein Recht zur Nachprüfung dieser angefochtenen Entscheidungen oder Verfügungen besass. Die Bundesinstanz musste stets das Eintreten in solche Be-

desgerichtlichen Entscheidung vom 22. Oktober 1886 ausgesprochenen Prinzips zu bejahen sein. Vgl. Beschwerde Gerig, Amtliche Sammlung der Entscheidungen XII S. 547, 549, Erwägungen 2 und 3.

¹⁾ Ein Teil des Urteil ist mitgeteilt im Archiv II Nr. 20, ein anderer in der Revue a. O. XI Nr. 26, der im Text mitgeteilte Passus ist einer Kopie des Urteils entnommen.

schwerden ablehnen, vgl. Archiv I Nr. 4, 34, 54, 60, II Nr. 14, 68; ferner die Bemerkungen der Redaktion des Archivs I S. 5, 78. Damit ist allerdings der Nachweis des vorhandenen Bedürfnisses und der Zweckmässigkeit einer Ausdehnung der Kompetenzen der Bundesinstanzen auf den betreffenden Gebieten des B. G. noch nicht erbracht. Halten wir nämlich unbedingt daran fest, dass eine Ausdehnung der Kompetenzen der Bundesinstanzen nur zum Zweck der Wahrung der Rechtseinheit erfolgen kann, und dass mithin der Bundesinstanz niemals die Aufgabe der Nachprüfung gegenüber den Entscheidungen kantonaler Behörden in dem Sinne zugeteilt werden darf, dass sie die angefochtene Entscheidung auf ihre Angemessenheit hin zu prüfen hätte, so müssen wir uns zunächst darüber Klarheit verschaffen, ob bei Anordnung und Erlass der zur Zeit der Weiterziehung an eine Bundesinstanz entrückten Verfügungen und Entscheidungen kantonaler Behörden solche Bestimmungen des Betreibungs- und Konkursrechtes zur Anwendung kommen, die verschiedener Interpretation fähig sind, und die infolge dessen nicht nur Anlass zu schwierigen Kontroversen geben, sondern auch einen recht bald als unerträglich empfundenen Zustand ungleicher Rechtsanwendung bedingen würden.

Tritt neues eidgenössisches Recht an Stelle kantonalen Rechtes, so lässt sich die bei Beginn der Wirksamkeit des eidgenössischen Rechtes zu beobachtende ungleiche Rechtsanwendung in den verschiedenen Kantonen häufig darauf zurückführen, dass der kantonale Richter, der kantonale Beamte, sozusagen ein jeder, der das neue Gesetz handhaben soll, dieses nicht als einheitliches Gesamtwerk auffasst, sondern unbewusst die ihm geläufigen Gedanken seines bisherigen kantonalen Rechtes in das eidgenössische Recht hineinverlegt und letzteres von diesem Standpunkt aus interpretirt. Diese Erscheinung hat sich beim Inkrafttreten des eidgenössischen Obligationenrechtes gezeigt, dieselbe Erscheinung hat sich beim Inkrafttreten des eidgenössischen Betreibungs- und Konkursrechtes in noch intensiverem Masse wiederholt. Allmählich, oft ungern genug, wird man sich der unrichtigen

Auffassung des eidgenössischen Rechtes bewusst und macht sich dann nach und nach eine zutreffendere Auffassung zu eigen. Die verschiedene Rechtsanwendung hört damit von selbst auf. Mit Rücksicht auf diesen Umstand möchte ich der im Jahre 1892 hin und wieder konstatirten verschiedenartigsten Interpretation des B. G. nicht allzu grosse Bedeutung beimessen. Sobald aber die Bestimmungen des Bundesrechtes auch dem, der ohne Voreingenommenheit an dieselbe herantritt, grosse Schwierigkeiten bereiten, und sobald Kontroversen aller Art entstehen, dann fällt meines Erachtens die ungleiche Rechtsanwendung sehr schwer ins Gewicht, und das Ermangeln einer die Rechtseinheit wahrenenden Bundesinstanz ist lebhaft zu bedauern.

Wie verhalten sich nun hiezu die ausschliesslich den Kantonen zur Rechtsanwendung überlassenen Teile des B. G.?

1. **Rechtsöffnungsverfahren.** Im Rechtsöffnungsverfahren hat der Richter am häufigsten, ja fast ausschliesslich darüber zu entscheiden, ob der Gläubiger seine Forderung auf eine „durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung“ stützen kann; ist dies der Fall, so kann er sich gegenüber einem Rechtsvorschlag die provisorische Rechtsöffnung verschaffen, Art. 82, Abs. 2 des B. G. Ich übertreibe sicherlich nicht, wenn ich behaupte, dass kaum ein Tag vergeht, an dem nicht irgend ein Richter in der Schweiz darüber zu erkennen hat, ob eine solche Schuldanerkennung vorliegt oder nicht. Die Entscheidung dieser Frage halte ich für so wichtig, dass sie allein schon das Bestehen einer Bundesinstanz im Rechtsöffnungsverfahren rechtfertigen würde. Ohne Bundesinstanz dürfte der Begriff der durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung schwerlich in allen Kantonen auch nur annähernd gleichmässig interpretirt werden. In dem einen Kanton wird die Praxis den Begriff ausdehnend interpretiren, in dem andern schränkt man den Begriff möglichst ein. Wo das Rechtsöffnungsverfahren schon vor Inkrafttreten des B. G. einen Bestandteil des kantonalen Betreibungsrechtes bildete, vgl. Botschaft des Bundesrates zum B. G. vom 6. April 1886, S. 64, wird man zwar in diesem

Verfahren ziemlich rasch orientirt sein; aber die Gefahr, dass man sich bezüglich der Grundlagen der Zulässigkeit dieses Verfahrens, also auch bezüglich des Begriffs der Schuldanerkennung, an das bisherige kantonale Recht halten wird, wird hier grösser sein, als in einem Kanton, dem das Institut der Rechtsöffnung bis anhin vollständig unbekannt war. An dieser Stelle aber zu versuchen, näher festzustellen, wann im Sinne des B. G. eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung anzunehmen sei und wann nicht, wage ich nicht; ich möchte nur darauf hingewiesen haben, dass die jetzige Fassung des Gesetzes erst aus der redaktionellen Bereinigung des Gesetzestextes nach der zweiten Beratung der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 hervorgegangen ist, vgl. B. G., zweite Beratung Art. 91, 94, hiezv Vorlage des Bundesrates vom Dezember 1888, Art. 94; die sämtlichen früheren Beschlüsse der Bundesversammlung und Entwürfe gehen zurück auf den Entwurf Heusler, nach dessen § 64 die Rechtsöffnung zu bewilligen war u. a. auf Grund „einer beweiskräftigen Schuldurkunde“ (vgl. hiezv Heusler's Motive zum Entwurf 1874, S. 97, 98.¹⁾) Im Entwurfe des Bundesrates lautete der Passus in § 82: „eine . . . beweiskräftige Urkunde wie z. B. eine schriftliche Schuldanerkennung“; bei dieser Formulierung verblieb es bis zum Dezember 1888, und es kam nur noch der folgende, bei der redaktionellen Bereinigung des Gesetzestextes wieder fallen gelassene Zusatz hinzu: Geschäftsbücher und Hausbücher sind nicht als beweiskräftige Urkunden im Sinne dieses Artikels anzusehen; vgl. Beschluss der Bundesversammlung vom 30. Juni 1887, erste Beratung, Art. 82, Abs. 2; vom 29. Juni 1888, zweite Beratung, Art. 94, Abs. 2. Bedeutet nun die Fassung des Gesetzes nur eine redaktionelle Verbesserung gegenüber den früheren Beschlüssen der Bundesversammlung, so ergibt sich hieraus eine möglichst weite, ausdehnende Interpretation der „Schuld-

¹⁾ Es heisst hier: Beweiskräftige Schuldurkunden, also öffentliche, die überhaupt nicht mehr rekognoscirt zu werden brauchen, und solche private, welche hinsichtlich ihrer Echtheit nicht angefochten sind.

anerkennung“, so dass eine solche nicht etwa nur beim Wechselaccept, sondern auch beim Wechselregress, und vielleicht bei einer einfachen, ein Zahlungsverprechen begleitenden Bürgschaftsverpflichtung angenommen werden darf. Ist dagegen die Fassung des Gesetzes als eine Änderung der früheren Beschlüsse der Bundesversammlung aufzufassen, so wäre einer eng an den Wortlaut sich anschliessenden Interpretation der Vorzug zu geben; alsdann wird sofort streitig, ob die Erlaubnis zur Ziehung eines Wechsels für einen bestimmten Betrag oder ein einfaches Zahlungsverprechen noch als Schuldanerkennung zu betrachten sei. Wird die Fassung des Gesetzes berücksichtigt, die nicht dahin geht, dass eine dem betreibenden Gläubiger ausgestellte, ihm ausgehändigte Schuldanerkennung vorliegen muss, so sollte meines Erachtens die Ansicht nicht bestritten werden, dass nicht nur der ursprüngliche Empfänger einer Schuldanerkennung, sondern auch sein Rechtsnachfolger, der Universal-successor (Erbe z. B.) sowol wie der Singularsuccessor (Cessionar z. B.), die Rechtsöffnung mit Erfolg beantragen kann; vgl. im übrigen Archiv I Nr. 21, 29, 62, 77, 79, 80, II Nr. 24; Berner-Zeitschrift, XXVIII S. 506 ff.; Revue XI Nr. 24.

2. **Rechtsvorschlag bei der Wechselbetreibung.** Bei der Wechselbetreibung bedarf der Rechtsvorschlag zu seiner Wirksamkeit der Bewilligung durch den Richter, vgl. B. G., Art. 178, Ziff. 3, 181 ff. Nur der vom Betriebenen begründete Rechtsvorschlag gegen eine Wechselbetreibung ist Rechtsvorschlag, und zur Begründung steht dem Betriebenen keine unbeschränkte, sondern blos eine sehr beschränkte Zahl vom Einreden zur Verfügung, B. G., Art. 182. Die Stellung des Betriebenen, der eine aus dem Wechselrecht selbst hervorgehende Einrede zu begründen im Stande ist, ist eine bessere, als die Stellung desjenigen, der nur eine ihm unmittelbar gegen den Betreibenden zustehende Einrede glaubhaft macht. Die Interpretation dieser Vorschrift bereitet keine weitere Schwierigkeit, sobald festgestellt ist, ob die vorgeschützte Einrede zu dieser oder jener Kategorie zulässiger Einreden gehört. Aber gerade

diese Feststellung, d. h. die Feststellung des Umfanges der dem Wechselschuldner zustehenden Einreden, ist, was als bekannt vorausgesetzt werden darf, eine ausserordentlich schwierige. Dasselbe Interesse, das den Gesetzgeber veranlasst hat durch das Institut einer Bundesinstanz Sorge zu tragen für eine gleichmässige und richtige Handhabung des Wechselrechtes im ordentlichen Prozessverfahren, ist gewiss auch dann vorhanden, wenn zum Teil dieselben Fragen im wechselrechtlichen Betreibungsverfahren zur richterlichen Entscheidung gelangen. Die Entscheidung im Verfahren über den Rechtsvorschlag ist zwar keine definitive; was nützt aber dem Betriebenen das Rückforderungsrecht des Art. 187 des B. G., wenn ihm die Mittel zu der ihm obliegenden vorläufigen Befriedigung des Gläubigers fehlen. Kaum wird er die ihm drohende Konkurseröffnung abwenden können. Vgl. Archiv I Nr. 82, ferner H. Hafner in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. III S. 488 f. Es bedarf daher meines Erachtens keines weitem Nachweises dafür, dass eine Bundesinstanz für Bewilligung oder Verweigerung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung als notwendig erscheint.

3. Konkurseröffnungserkenntnis. Dass ein auf Grund des Bundesgesetzes gefälltes Erkenntnis, durch welches die Konkurseröffnung ausgesprochen oder das Konkursbegehren abgewiesen wird, nicht an eine Bundesinstanz weiter gezogen werden kann, muss als eine höchst eigenartige Erscheinung bezeichnet werden, besonders wenn man im Auge behält, dass im Prinzip jede im Lauf einer Betreibung vorgenommene Handlung der Betreibungsbeamten und ebenso jede während des Konkursverfahrens erfolgte Anordnung des Konkursamtes und der Konkursverwaltung der Nachprüfung durch die Bundesinstanz unterliegt. Keine einzige Betreibungshandlung und keine einzige Konkursverwaltungshandlung schneidet so tief in die wirtschaftliche, ja sogar in die sociale Stellung des Schuldners ein, wie das Konkurserkennntnis, die Anordnung der Generalliquidation der gesamten Vermögensverhältnisse eines Schuldners. Und dieser Ausschluss der Nachprüfung durch eine Bundesinstanz ist

nur aus dem Grunde erfolgt, weil die Eröffnung eines Konkurses von einer gerichtlichen Behörde ausgesprochen wird. Es erscheint beinahe selbstverständlich, dass der Versuch unternommen wurde, allerdings ohne Erfolg, dem Bundesgerichte, als der Berufungsinstanz in Civilsachen, die Befugnis zuzusprechen, über die Zulässigkeit eines Konkurses zu entscheiden, und zwar mit der Begründung, dass die Fragen der Zulässigkeit des Konkurses anzusehen seien als einer Schätzung nicht unterliegende Streitgegenstände; vgl. oben S. 545.¹⁾

Das B. G. ist kaum ein und ein halbes Jahr in Kraft, und bereits liegen einige gerichtliche Entscheidungen vor, durch die meines Erachtens in unwiderlegbarer Weise das Bedürfnis einer Bundesinstanz in Konkurseröffnungssachen dargetan wird, vgl. diese Entscheidungen im Archiv II 2, 17, 74. Der Umstand, dass in den betreffenden Fällen der Bundesrat die Vollziehung der ausgesprochenen Konkurseröffnungen verhindern konnte, indem dieselben sozusagen als absolut nichtig behandelt werden durften, ändert die durch das B. G. geschaffene Lage nicht; denn es ist ja eine nicht einmal über jeden Zweifel erhabene Ausnahme, dass man sich ohne weiteres über ein solches gerichtliches Konkurserkenntnis hinwegsetzen kann. Und wenn wir auch die Versehen der betreffenden Gerichtsbehörden angesichts der kurzen Geltungsdauer des B. G. nicht zu hart beurteilen dürfen, so kann der durch die erwähnten Beispiele erbrachte und durch andere Beispiele zu bestätigende Nachweis des Vorhandenseins sehr schwieriger Rechtsfragen, die anlässlich einer Konkurseröffnung zu entscheiden sind, nicht widerlegt werden, vgl. Archiv I Nr. 34, II Nr. 4, 28, 38; Revue a. O. XI Nr. 65; Eidg. Rat, Sitzung vom 27. April 1892.

4. N a c h l a s s v e r t r a g. „Da der Nachlassvertrag, und zwar unter Umständen sehr empfindlich, in die Rechte der Gläubiger eingreift, so haben dieselben ein Recht darauf,

¹⁾ Vgl. übrigens den Standpunkt des Minderheitsentwurfes 1875, Motive S. 78: Der Richter, und diese Frage wird vor das Bundesgericht als oberster Instanz gebracht werden können, soll den Konkurs erkennen. . .

dass ihnen hinreichende Garantie für die richtige Auffassung und Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über denselben geboten werde.“ Stimmt man dieser Ausführung des Bundesrichters Hafner (Zusatzanträge zur Revision des Organisationsgesetzes, 1890, S. 16) bei, so wird man von der Notwendigkeit einer Bundesinstanz für Fragen des Nachlassvertrages überzeugt sein; und es bedarf nicht einmal eines besondern Misstrauens gegenüber einzelnen oder allen Kantonen, von denen nicht zu erwarten sei, dass sie jene verlangte Garantie zu bieten im Stande seien. Denn es genügt der Hinweis auf die Tatsache, dass beim Nachlassvertrag eine Reihe hochwichtiger Rechtsfragen auftaucht, deren Beantwortung im Sinn und Geist des B. G. nur von einer Bundesinstanz in einer in der ganzen Schweiz Beachtung und Anerkennung findenden Weise zu erwarten steht.

Durch kantonale Behörden sind beispielsweise folgende Grundsätze auf Grund der Bestimmungen des B. G. festgestellt worden:

Ein Nachlassvertrag kann nur genehmigt werden, wenn darin den Gläubigern gleicher Klasse gleiches Recht zugesichert ist. Dabei sind Pfandgläubiger für den ungedeckten Teil ihrer Forderungen gleich zu behandeln, wie die nicht privilegierten Gläubiger. Pfandgläubiger gleichen Ranges (Partialeninhaber) können nicht eine besondere Gruppe bilden und durch Mehrheit beschliessen, dass sie sich für den ungedeckten Teil ihrer Forderung eine schlechtere Behandlung gefallen lassen müssen, als die den nicht privilegierten Gläubigern gewährte; Entscheidung der Luzerner Justizkommission des Obergerichts vom 11. Juni 1892, Fall Segesser & Cie, Archiv I Nr. 14, 60.

Sodann: Obgleich die Ehefrau und ihre Forderung bei Berechnung der Nachlassvertragsmehrheit nicht mitzählen, ist der bestätigte Nachlassvertrag doch auch für die Ehefrau rechtsverbindlich; diese kann sich daher der Bestätigung des Nachlassvertrages widersetzen, wenn dessen Vollziehung für das auf sie fallende Betreffnis nicht sichergestellt ist; Entscheidung des Basler Civilgerichtes vom 16. August 1892,

Fall Buser, Archiv I Nr. 42; vgl. auch Archiv I Nr. 48, 65, II Nr. 11.

Gerade das erste Präjudiz ist von so weittragender Bedeutung, dass die Nachlassbehörde eines andern Kantons dasselbe nicht ohne einlässliche genaue Erwägung acceptiren dürfte; und wenn nun diese andere Behörde zu einer gegenteiligen Auffassung gelangt, was hilft uns da das angeblich einheitliche Recht?

5. Bei den übrigen der ausschliesslichen Entscheidungsbefugnis der kantonalen Organe anheimgestellten Gebieten des B. G., vgl. z. B. B. G., Art. 85 (Archiv I Nr. 45, 76, 84; S. 186, II Nr. 37, 61, 68), Art. 271 ff. (Archiv I Nr. 37, 41, II Nr. 56), Art. 283 (Archiv I Nr. 54), hat sich, soviel ich sehe, bis jetzt das Bedürfnis einer Bundesrekursinstanz nicht in gleich starker Weise fühlbar gemacht, wie bezüglich der soeben besprochenen Partien des Betreibungs- und Konkursrechtes. Daraus darf jedoch keineswegs der Schluss gezogen werden, dass diese Gebiete bei Anlass einer Neu-Normirung des Umfanges der Kompetenzen der Bundesinstanzen ohne weiteres ausser Diskussion zu fallen hätten. Aus unserer früheren Darstellung ergibt sich, wie namentlich die Beschwerdeführung im Arrestverfahren einer einheitlichen gesetzlichen Regelung unterstellt werden sollte.

VI. Erweiterung der Kompetenzen des Bundesrates oder der Kompetenzen des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen? Den Nachweis des bestehenden Bedürfnisses einer Erweiterung der Kompetenzen der Bundesinstanzen auf dem Gebiete des Betreibungs- und Konkursrechtes glaube ich mit den bisherigen Erörterungen erbracht zu haben. Und ganz abgesehen von diesem Nachweise wird derjenige für eine solche Erweiterung eintreten, der, wie der Referent beispielsweise, vom Gesichtspunkt der Wahrung der Rechtseinheit in der Praxis ausgehend, die Überprüfung der Entscheidungen und Verfügungen kantonalen Instanzen durch eine Bundesinstanz in möglichst vielen Fällen für zulässig zu erklären bereit ist, vorausgesetzt dass durch diese Weiterziehung der Trölerei

und Verschleppung kein Vorschub geleistet wird, und dass nur die Frage der Rechts- und Gesetzesverletzung von der Bundesinstanz zu untersuchen ist.

1. Es ist nun zu erwägen, ob eine Erweiterung der Kompetenzen des Bundesrates oder eine Erweiterung der Kompetenzen des Bundesgerichtes richtiger sein dürfte.

Gegen die Zuweisung der Rechtsöffnungsentscheide, der Konkurserkennnisse, der Nachlassachen etc. an den Bundesrat wird zunächst der Umstand geltend gemacht, dass es im Zuge der Zeit liege, die richterliche Kompetenz des Bundesrates möglichst einzuschränken, wenn nicht ganz aufzuheben; demnach könne an eine Ausdehnung der bundesrätlichen Kompetenzen niemals gedacht werden. Zur Unterstützung dieser Anschauung beruft man sich auf das revidirte Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 und stellt dasselbe in Vergleich zu dem jetzt aufgehobenen Bundesgesetz vom 27. Juni 1874. Hiebei dürfte man jedoch meines Erachtens die Bedeutung des Art. 189, Abs. 2 des neuen Organisationsgesetzes übersehen haben. Sodann wird betont, dass es sich bei den in Frage kommenden kantonalen Entscheidungen, um Entscheidungen kantonalen Gerichtsbehörden handle, und dass es daher nicht wol angehe, dem Bundesrat, einer politischen Behörde, die Funktionen einer Beschwerdeinstanz gegenüber kantonalen Gerichten zu übertragen. Man vergisst jedoch, dass der Bundesrat schon jetzt Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheidungen und Verfügungen kantonalen Gerichte da ist, wo die Gerichte vom kantonalen Gesetzgeber zu Aufsichtsbehörden im Betreibungs- und Konkurswesen bestellt worden sind; in vielen Kantonen ist dies der Fall, vgl. Weber und Brüstlein, Kommentar a. O., S. 459, 460.

Gegen die Zuweisung der in Frage stehenden kantonalen Entscheidungen an das Bundesgericht zur Überprüfung spricht vorab die Tatsache, dass es sich nicht um die Ausdehnung eines der bestehenden Rechtsmittel auf diese Fragen handeln kann; keines dieser Rechtsmittel eignet sich hiezu. Es wäre daher die Einführung eines neuen Rechtsmittels er-

förderlich, ja vielleicht die Einführung mehrerer. Zum Beweise hiefür darf auf die mehrerwähnten von Bundesrichter Hafner ausgearbeiteten Zusatzanträge zum Entwurf eines revidirten Organisationsgesetzes verwiesen werden; Bundesrichter Hafner regte daselbst an: einerseits ein Rechtsmittel gegen Entscheidungen über Rechtsöffnungen, über Rechtsvorschlge bei der Wechselbetreibung und über Aufhebung oder Einstellung der Betreibung oder Abweisung des Konkursbegehrens wegen Tilgung oder Stundung der Schuld, andererseits ein Rechtsmittel gegen bestimmte Konkurserffnungserkenntnisse und gegen Entscheidungen in Nachlasssachen. Die Zuweisung der Kompetenz in diesen und andern betreibungs- und konkursrechtlichen Fragen an das Bundesgericht erscheint hauptsächlich aus dem Grunde als untnlich, weil dadurch die sog. Zweispurigkeit des Beschwerdeverfahrens im Betreibungs- und Konkursrecht in einer durchaus ungerechtfertigten Weise ausgedehnt würde. Ungerechtfertigt müsste ich eine solche Zweispurigkeit bezeichnen, nicht nur weil keine innern Gründe sie erheischen, sondern auch weil das rechtssuchende Publikum sich kaum mit ihr befreunden könnte, ganz abgesehen davon, dass das Einreichen der Beschwerde beim Bundesrat statt beim Bundesgericht und umgekehrt die Verwirkung der Beschwerdebefugnis zur Folge hätte. Es darf eben auch hier die kantonale Organisation der Betreibungs- und Konkursämter auf Grund der Bestimmungen des B. G. nicht ausser Acht gelassen werden. Das B. G. trennt zwar genau die Funktionen der Betreibungs- und Konkursämter und ihrer Aufsichtsbehörden von denjenigen anderer Behörden. Fast kein einziger Kanton hat diese Trennung in der Weise durchgeführt, dass er je besondere Amtsstellen mit diesen oder mit jenen Funktionen betraut hätte. Die Kantone haben vielmehr die verschiedensten Funktionen einer und derselben Amtsstelle übertragen, und es bliebe daher, die Kompetenzerweiterung des Bundesgerichtes vorausgesetzt, notwendigerweise dem rechtssuchenden Publikum im grossen und ganzen unverständlich, warum gegen die eine Entscheidung der kantonalen Behörde beim Bundes-

rat, gegen die andere Entscheidung derselben Behörde beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden soll. Man ziehe ferner die bisherigen Erfahrungen seit dem Inkrafttreten des B. G. in Betracht. Haben die Beteiligten nicht wiederholt versucht, Entscheidungen kantonaler Behörden an den Bundesrat weiterzuziehen, und dies nur aus dem Grunde, weil die Entscheidungen in Anwendung der Bestimmungen des B. G. getroffen worden sind? Sie achteten nicht darauf, ob die entscheidende Behörde als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs entschieden hatte oder in anderer Stellung. Wie sollten sie übrigens darauf achten, wenn die entscheidende kantonale Behörde dies nicht einmal tat? Mit Recht waren die Parteien nicht wenig erstaunt, vernehmen zu müssen, dass die Beschwerdeführung beim Bundesrat nur dann zulässig sei, wenn die kantonale Behörde als Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs entschieden hatte, nicht dagegen in den andern Fällen, trotz Anwendung der Bestimmungen des B. G. Vgl. Archiv I S. 5, Anmerkung; II Nr. 13, Verordnung des Bundesrates Nr. 2, Art. 1.

2. Vom Standpunkt des geltenden Bundesrechtes erscheint mir eine Erweiterung der Kompetenzen der Bundesinstanzen in Fragen des Betreibungs- und Konkursrechtes nur dann zweckentsprechend zu sein, wenn die Kompetenz des Bundesrates ausgedehnt wird. Wie aber der Bundesrat bei Inkrafttreten des B. G. die ihm gesetzlich übertragene Stellung einer obersten Beschwerdeinstanz in Betreibungs- und Konkursachen zu versehen gedachte, ist ersichtlich aus dem provisorischen Bundesratsbeschluss betreffend die Schaffung einer Abteilung für Schuldbetreibung und Konkurs auf dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement vom 9. Oktober 1891, vgl. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze, n. F. XII S. 361. Durch diesen Beschluss des Bundesrates ist ein „Eidgenössischer Rat für Schuldbetreibung und Konkurs“ geschaffen worden; dieser Rat hat über die beim Bundesrat eingereichten Beschwerden¹⁾ „motivirte Gutachten“ abzugeben,

¹⁾ Vgl. jedoch Art. 5, litt. a, Satz 2 des zitierten Beschlusses des Bun-

die dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zugestellt werden, um von diesem in Verbindung mit den gleichlautenden oder abweichenden Departementsanträgen dem Bundesrat übermittelt zu werden. Tatsächlich entscheidet der genannte eidgenössische Rat über die Beschwerden in Betreibungs- und Konkursachen¹⁾, die Verantwortlichkeit trägt dagegen der Bundesrat. Gewiss lässt sich manches gegen diese Organisation der Bundesbehörde einwenden. Vorläufig wird man jedoch zugestehen müssen, dass sie keine ungeschickte Lösung der Frage war: wie soll der Bundesrat die ihm obliegenden Rekursentscheidungen treffen; denn sie bedeutet eine nicht geringe Garantie für sorgfältige Prüfung der eingelaufenen Beschwerden und für eine konstante, von augenblicklichen Einflüssen unabhängige Rekurspraxis des Bundesrates. Auf die Dauer kann diese Organisation nicht beibehalten werden; sie trägt jedoch den Keim weiterer Entwicklung in sich. Der eidgenössische Rat könnte nämlich als erster Ansatz eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes aufgefasst werden. Er liesse sich geradezu zu einem solchen Gerichtshof entwickeln und umgestalten. Alsdann fiel ihm die gesamte bisher dem Bundesrat zukommende Rechtssprechung zu. Die Rechtsbeschwerden gegenüber den kantonalen Verfügungen wären nicht mehr bei einer politischen Behörde, d. h. beim Bundesrat, sondern bei einem unabhängigen Gerichte anhängig zu machen. Im Zusammenhang damit würde unzweifelhaft auch die Frage der Einführung einer richterlichen Beschwerdestelle gegenüber den Verfügungen der Bundesverwaltung aufgeworfen werden, und ich möchte meinerseits nicht anstehen, diese Frage jetzt schon in dem Sinne zu

desrates vom 9. Oktober 1891: Diejenige Fälle indessen, deren Entscheidung, sei es nach der Natur der Sache, sei es nach Massgabe der Vorentscheide, nicht zweifelhaft sein kann, können vom Eidg. Amte begutachtet werden.

¹⁾ Vgl. Mitteilung des Bundesrates in seinem Geschäftsbericht über das Jahr 1892; In allen Fällen stimmte der Entscheid des Bundesrates mit dem Antrage des Departementes und dieser hinwiederum mit dem Gutachten des Amtes oder des Rates überein, Archiv II S. 125.

beantworten, dass auch gegenüber der Bundesverwaltung die Rechtsbeschwerde an einen unabhängigen eidgenössischen Verwaltungsgerichtshof als zulässig erklärt werden sollte. Soviel ich sehe, hat Professor Dr. Fr. Meili, als der erste, die Frage eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes auf der Jahresversammlung des Juristenvereins zu Schaffhausen im Jahre 1885 angeregt; ich stimme ihm vollständig bei, wenn er sagt, dass diese Frage einlässlicher Erörterung wert wäre, vgl. Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. V S. 639.¹⁾

Unter allen Umständen scheint mir die auf Grund des erwähnten Beschlusses des Bundesrates vom 9. Oktober 1891 beobachtete Art und Weise der Behandlung der Beschwerden aus dem Gebiet des Betreibungs- und Konkursrechtes durch den Bundesrat kein Grund zu sein für die Ablehnung einer Erweiterung der bundesrätlichen Beschwerdekompetenz auf diesem Gebiete.

3. Handelt es sich um eine grundsätzliche Neugestaltung des Beschwerderechtes in Betreibungs- und Konkursachen, so muss man sich zunächst klare Rechenschaft über die rechtliche Stellung der Betreibungsbeamten und der Vorsteher der Konkursämter geben.²⁾ Die Untersuchung ergibt das Resultat, dass namentlich der Betreibungsbeamte trotz mancher ihm obliegenden Verwaltungsfunktionen kaum zutreffend als Administrativbeamter charakterisirt wird. Seine Hauptfunktionen sind richterliche Funktionen; nach diesen soll er seine Bezeichnung erhalten, und so erschiene es mir nur korrekt, wenn der bisherige Betreibungsbeamte bei einer Revision des B. G. geradezu den Titel eines Betreibungsrichters erhielte. Hievon ausgehend lässt sich dann auch

¹⁾ Vgl. auch Bernatzik, Zur Litteratur des schweizerischen Staatsrechtes, in der Kritischen Vierteljahresschrift, n. F. XVI S. 284 ff.

²⁾ Vgl. Reichel, Das Betreibungsamt im schweizerischen Rechte, Referat für die Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins zu Bellinzona im Jahr 1887, Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. VI S. 567—607; Zeerleder a. O. S. 6 ff., L. Weber, Zur Kritik a. O. S. 7 ff.

sein Verhältnis zum Konkursrichter (Konkursgericht) richtiger gestalten, als dies im geltenden Rechte der Fall ist. Werden die richterlichen Funktionen des Betreibungsbeamten nicht ausgeschieden von der ihm obliegenden reinen administrativen Tätigkeit, so ist nicht recht ersichtlich, warum eine solche Ausscheidung zwischen Konkursgericht und Konkursamt zu erfolgen habe, oder richtiger gesagt: bei einer Revision des B. G. beizubehalten sei. Überhaupt wird die Lösung zu erwägen sein, die dahinzielt, alle diese Funktionen einer einheitlichen gerichtlichen Amtsstelle zu übertragen. Würde aber in der angedeuteten Weise eine neue Organisation der Betreibungs- und Konkursämter vorgenommen, so wäre die, sozusagen sich von selbst darbietende Gestaltung des Instanzenzuges für Beschwerden die, dass über den kantonalen Instanzen als einzige oberste Bundesinstanz das Bundesgericht und nicht der Bundesrat zu funktionieren hätte, es wäre denn, dass man eine besondere selbständige Bundesinstanz zu schaffen geneigt wäre.

Die Prüfung des vom Vorstand des schweizerischen Juristenvereines für die Jahresversammlung 1893 in Aussicht genommenen Beratungsgegenstandes veranlasst mich zur Aufstellung folgender

T h e s e n :

1. Die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Schuldbtreibungs- 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 Schuldbtreibungs- und Konkursrechtes notwendig.

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

Geschrieben zu Basel, im Juli 1893.
