**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 Konkurssachen

**Autor:** Brüstlein, Alfred

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-896689

**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:** 21.08.2025

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

# Correferat

von

Dr. Alfred Brüstlein.

---

## Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkurssachen.

1.

Das Betreibungsgesez vom 11. April 1889, in Kraft seit 1. Januar 1892, hat einen eigentümlichen Rechtszustand geschaffen: das Vollstreckungsverfahren und das gerichtliche Verfahren zur Festsstellung streitiger Rechtsverhältnisse, im Nachstehenden kurzweg als Civilprozess bezeichnet, sind, im Gegensaz zur gemeinrechtlichen Lehre und zur Gesezgebung anderer Staaten, auseinandergerissen worden und beruhen nun auf zwei verschiedenen Souveränetäten; jenes auf der Bundeshoheit, dieses auf der Kantonalhoheit. Überdies ist die Leitung dieser beiden Funktionen der Rechtspflege, zum Teile wenigstens, verschiedenen Behörden übertragen. Das Verfahren endlich ist von wesentlich verschiedenen Grundsätzen beherrscht: in der Betreibung von der Inquisitionsmaxime, im Civilprozess von der Verhandlungsmaxime. Diese drei Umstände zusammen machen es zur Notwendigkeit, die Grenze zwischen den genannten beiden Funktionen, Civilprozess und Vollstreckung, viel sorgfältiger zu ziehen, als es sonst der Fall zu sein brauchte; das Gebiet der Vollstreckung und der Wirkungskreis der Vollstreckungsbehörden müssen, im Gegensaze zum Civilprozesse und zum Wirkungskreis der Gerichte, umgrenzt, und, wo ein Ineinandergreifen der beidseitigen Kompetenzen nicht zu vermeiden ist, muss auch dieses geregelt werden.

2.

Das B. G. hat als Vollstreckungsbehörden eingesezt: als erste Instanz: die Betreibungs- und die Konkursämter,

vereinigt oder getrennt; an die Stelle des Konkursamtes tritt unter Umständen eine besondere Konkursverwaltung; als zweite und dritte Instanz: die kantonalen Aufsichtsbehörden in einer oder 2 Stufen; als lezte Instanz, nur für Fragen der Gesezesauslegung sowie für Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung: die Eidg. Aufsichtsbehörde.

Als kantonale Aufsichtsbehörde fungiren in 12 Kantonen Gerichte oder Gerichtsausschüsse; in 10 Kantonen die Regierung; in 3 Kantonen besondere, ausschliesslich mit diesem Dienste betraute Behörden.

Als eidg. Aufsichtsbehörde amtet laut Gesez der Bundesrat; hiebei stehen ihm als instruirende und vorberatende Organe, durch provisorischen Bundesratsbeschluss vom 9. Oktober 1891 geschaffen, das „Eidg. Amt“ und der „Eidg. Rat für Schuldbetreibung und Konkurs“ zur Verfügung.

3.

Das B. G. hat diesen von ihm geschaffenen Vollstreckungsbehörden auch einen besondern Wirkungskreis zugeschieden; die Ausscheidung ist aber einmal unsicher, und sodann namentlich insofern unbefriedigend, als sie diesen Behörden nur einen Teil des Gebietes zuweist, das ihnen folgerichtig zukommt.

4.

Bei der Bestimmung des Wirkungskreises der Vollstreckungsbehörden hat sich der Bundesgesezgeber augenscheinlich von dem Bestreben leiten lassen, diesen Wirkungskreis auf rein administrative oder executorische Verfügungen und Verrichtungen zu beschränken, für die es nur einer Würdigung von Tatfragen und von Formalrequisiten, nicht von Fragen des materiellen Rechts bedarf. In der Tat reichen in der Hauptsache die Befugnisse der Zwangsvollstreckungsbehörden nicht über diesen Rahmen hinaus.

Sie umfassen im wesentlichen folgende Verrichtungen: Zustellung von Urkunden, — Aufsuchen von Vermögens-

stücken, — Vorkehren gegen Verschleppung von Pfändungsobjekten und von Retentionsgegenständen (Retentionsurkunde), — Ausscheidung der Kompetenzstücke, — Verwaltung und Verwertung der Pfändungs- und Pfandobjekte sowie der Konkursmassen, — Bestimmung des Zeitpunktes der Verwertung (Aufschub), — Einzug des Erlöses und Annahme freiwilliger Zahlungen, — Auszahlung resp. Verteilung, mit oder ohne Gruppenbildung, mit oder ohne Entwerfung eines Kollokationsplans.

Indessen genügt ein Blick auf die bisherige Rechtsprechung der Vollstreckungsbehörden, um sich zu überzeugen, dass die richtige Erfüllung auch dieser beschränkten Aufgabe, namentlich bei den höhern Instanzen, Rechtskenntnisse, Verständnis für Gesezesauslegung voraussezt, von juristischen Gesichtspunkten geleitet sein will und überdies geradezu zur Lösung einer Reihe wichtiger Rechtsfragen nötigt.

Als solche Rechts- oder Interpretationsfragen mögen hier namhaft gemacht werden:

1. Fragen der Ausstandspflicht und der Berechtigung des Vollstreckungsbeamten[1]) zum Abschluss gewisser Rechtsgeschäfte (B. G. 10 und 11); — Gültigkeit der durch B. G. 10 und 11 verbotenen Betreibungshandlungen (Archiv I, 73; II, 70 und Fall Tanner).

2. Legitimation des Betreibenden: Ausweis des Bevollmächtigten (diese Frage ist namentlich wichtig für die Geldablieferungen, Archiv I, 1; II, 31); — Ausweis des Cessionars oder Rechtsnachfolgers, sofern man, entgegen dem Basler Entscheid in Archiv I, 76, die Cession einer Betreibung oder die Rechtsnachfolge in eine solche als zulässig erachten will.

3. Betreibungsort: Bestimmung des Wohnsitzes des Schuldners (B. G. 46; Archiv II, 1, 62); Feststellung, dass der Schuldner ohne festen Wohnsiz ist (B. G. 48), dass die Bedingungen der Ediktalzitation gegeben sind (B. G. 66, Archiv II, 48); — die Frage, ob eine Forderung aus einem

---

[1]) Die Betreibungs- und die Konkursbeamten werden hier der kürze halber unter der Bezeichnung „Vollstreckungsbeamte“ zusammengefasst.

Geschäftsbetrieb nach O. R. 34 und 35 herrührt (B. G. 47, Abs. 3); — die Frage, ob der Schuldner durch Willenserklärung oder konkludente Handlungen ein Spezialdomizil gewählt hat, und ob diese Willenserklärung nicht etwa wegen (wesentlichen) Irrtums, Betrugs, Furcht und dgl. unwirksam ist (B. G. 50; O. R. 18—28, Fall Patek).

4. Betreibungsart: Was sind Annuitäten? (B. G. 41, Abs. 3; Archiv I, 22); — ist die nicht eingetragene Kollektivgesellschaft ein Rechtssubjekt, kann sie betrieben werden, und wie? (Archiv I, 52); — Begriffsbestimmung von Steuern und andern im öffentlichen Recht begründeten Leistungen (B. G. 43).

5. Rechtsvorschlag: Ist die vom Schuldner abgegebene Willenserklärung ein gültiger Rechtsvorschlag? Bestreitet sie die Forderung, ganz oder teilweise, oder nur das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen? (B. G. 69, Ziff. 3; 74. Rekurs Streiff).

6. Bestimmung des Vermögens: Was ist ein Vermögensstück, was als höchst persönliches Recht kein solches? (z. B. Autorrecht, Gebrauchsrecht, Erfindung, nuda proprietas, Archiv I, 39).

7. Ansprüche Dritter: Wer hat den Gewahrsam? (z. B. Vermieter oder Mieter, Ehefrau, Drittinhaber; B. G. 106, 107, 109; — Archiv I, 13, 28; II, 82).

8. Wechselbetreibung: Feststellung der Wechselqualität des Papiers und der wechselmässigen Verpflichtung des Betriebenen (B. G. 178).

9. Bestimmung der Voraussezungen, unter denen ein Gläubiger die Abtretung von gepfändeten oder Masse-Ansprüchen verlangen kann (B. G. 131, 260).

10. Berechnung des Prozessgewinns bei Anfechtung des Kollokationsplans (B. G. 250, Abs. 3; Archiv II, 66).

Es ist zwar versucht worden, den Vollstreckungsbehörden das Recht der Cognition über mehrere dieser Fragen abzuerkennen; ich erinnere an die Basler Entscheide in Archiv I, 76; II, 1. Der Bundesrat hat diese Versuche mit dem Hinweis darauf zurückgewiesen, es sei ein Grundgedanke des B. G.,

die Incidenzprozesse, die bisher im Laufe einer Betreibung auftauchen konnten, möglichst zu verhüten. Die Verfolgung dieses Grundsazes wird wol dahin führen, dass den eben aufgezählten Rechtsfragen, die in einer verhältnissmässig kurzen Zeit aufgetaucht sind, sich noch manche andere anreihen werden, deren Lösung ebenfalls den Vollstreckungsbehörden obliegen wird.

5.

Die zulezt erwähnte Seite der Tätigkeit der Vollstreckungsbehörden qualificirt sie als Behörden mit richterlichem Charakter. Daraus ziehe ich zwei Folgerungen: erstens, dass sie dieser Aufgabe entsprechend organisirt sein sollen: doch darüber später (siehe unten Nr. 10); zweitens, dass ihnen unbedenklich noch weitere Funktionen richterlicher Art übertragen werden können, wenn Gründe hiefür sprechen.

Solche Gründe bestehen. Zum ersten sollte der Teil des Prozessrechts, der nunmehr bundesrechtlich normirt ist, nicht zweierlei Behörden unterstellt sein. Wäre der Civilprozess i. e. S. ebenfalls eidgenössischen Rechtes, so möchte es angehen, einen — den vorwiegend juristischen — Teil des Vollstreckungsrechts den Prozessbehörden (Gerichten) zuzuweisen, und die Vollstreckungsbehörden auf die vorwiegend administrativen Gebiete zu beschränken. Solange aber das Vollstreckungsrecht ein sogar der Rechtsquelle nach vom Civilprozess geschiedenes Gebiet bildet, muss es als ein Missgriff bezeichnet werden, wenn die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens unter zwei — oder, wenn man die Nachlass-, Arrest-, Mietexecutionsbehörden besonders rechnet, sogar unter fünf — verschiedene Organisationen verteilt wird, wovon nur die eine in eine Bundesinstanz ausmündet, die übrigen, obschon es sich um Bundesrecht handelt, im Kanton ihren Abschluss finden und dem differenzirenden Einflusse kantonaler Anschauungen unbeschränkt preisgegeben sind. Wir besitzen infolge dessen in der Schweiz nicht weniger als dreierlei Arten mit der Rechtspflege betrauter Behörden:

solche, die ganz unabhängig von der Bundesgewalt dem kantonalen Prozessverfahren vorstehen; — solche, die eidgenössisches Prozessrecht souverän auslegen und kantonal entwickeln; — solche endlich, die unter Bundesägide einheitliches Bundesrecht anwenden.

Dass diese Behörden in den meisten Kantonen in dieser oder jener Instanz dem Personalbestand nach die nämlichen sind, indem die gleiche Person oder Körperschaft bald als Prozessbehörde, bald z. B. als Rechtsöffnungs- oder Nachlassbehörde, bald als „Aufsichtsbehörde" amtet, macht, wie die Erfahrung gelehrt hat, die Verwirrung nur grösser, indem die Behörde oft Mühe hat, sich selbst darüber Rechenschaft zu geben, in welcher Eigenschaft sie amtet und, auch wo sie diess thut, leicht der Versuchung unterliegt, ihre Entscheidungsgründe aus dem Wirkungskreis zu entlehnen, den sie im gegebenen Falle ignoriren sollte. (Vgl. Archiv I, 87; II, 13, Anm. 1). Die nächste Abhülfe hätte darin zu bestehen, dass auch für die zur Zeit den Kantonen überlassenen Gebiete des Bundesprozessrechts eine oberste Instanz geschaffen würde. Doch wäre damit nur halbwegs geholfen, wenn diese Instanz nicht die nämliche sein sollte, die auch demjenigen Teil des Verfahrens vorsteht, wofür schon dermalen eine Bundesinstanz eingesezt ist. Die verschiedenen Institute, die das Bundesprozessrecht bilden, sind nicht rein zufällig im gemeinsamen Rahmen „des Betreibungs- und Konkursgesetzes" zusammengefasst worden. Sie haben alle, samt und sonders, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen zum Gegenstande; sie hängen vielfach organisch zusammen, und nur die Behörde wird sie richtig weiter bilden, die das Zwangsvollstreckungsrecht in seiner Gesamtheit berufsmässig zu überblicken hat und dessen sämtliche Teile von dem Gesichtspunkte aus beurteilt, dass sie ineinandergreifend den Zwecken der Zwangsvollstreckung zu dienen haben.

Die Konnexität einzelner dieser Teile ist so enge, dass die gegenwärtige Zweispurigkeit geradezu Konflikte hervorruft, die bis jezt nur durch heroische Mittel gelöst werden konnten; so in einem Falle durch die Androhung des Kom-

petenzkonflikts (Archiv I, 87), andere Male, gegenüber einem Konkurserkenntnisse, durch die etwas gewagte Theorie, dass die Vollstreckungsbehörden rechtskräftige gerichtliche Erkenntnisse unter Umständen nicht zu vollziehen brauchen (Archiv II, 2, 17, 74), von den zahlreichen Übergriffen der Behörden aus einem Gebiete in das andere nicht zu reden (vgl. z. B. Archiv I, 37 und Anm. 2).

In andern Fällen ist es weniger die Konnexität als die Gleichartigkeit der Materie und die Gleichheit der zu ihrer Beherrschung erforderlichen Fähigkeiten und der zur Feststellung des Tatbestandes anzuwendenden Mittel, die eine Behandlung durch die nämlichen Behörden erheischen: So ist z. B. die dermalen den Vollstreckungsbehörden anvertraute Kognition über die Absicht der Verschleppung von Retentionsgegenständen (Archiv II, 55) auf eine Linie zu stellen mit der zur Zeit noch den Arrestbehörden und Gerichten zugewiesenen Kognition über die Absicht der Flucht oder Verschleppung, die den Grund zur Verfügung eines Arrests (B. G. 271, Ziff. 2) oder zur Erkennung eines Konkurses ohne vorgängige Betreibung (B. G. 190) bildet. Ebenso ist nicht abzusehen, warum der Civilrichter besser im Stande sein sollte, das Vorhandensein neuen Vermögens zu konstatiren (B. G. 256, Abs. 2), als die Vollstreckungsbeamten, deren Beruf es ist, nach Vermögen zu fahnden und Vermögensinventare zu errichten. Warum vollends rein formale Feststellungen, wie die Voraussezungen eines freiwilligen Konkurses (B. G. 191), eines Konkurswiderrufs (B. G. 195), einer Konkurseinstellung Mangels Aktiven (B. G. 230) und der Beendigung des Konkursverfahrens (B. G. 268) dem Richter und nicht den Vollstreckungsbehörden anvertraut worden sind, ist wissenschaftlich nicht zu rechtfertigen.

Andere Gebiete freilich, wie namentlich die Rechtsöffnung, der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung, oder gar die Anfechtungsklage sezen ein bedeutend höheres Mass juristischen Könnens voraus, als die blosse Fertigkeit, über das Vorhandensein von Formalrequisiten zu erkennen. Doch das gerade bietet eine Garantie für richtige Besezung und ge-

hörige Schulung der Vollstreckungsbehörden, wenn sie nicht nur mit leichteren juristischen Aufgaben, sondern auch mit der Lösung schwierigerer Rechtsfragen betraut werden. Haben doch schon jezt, in richtiger Erkenntnis hievon, die meisten Kantone, wenigstens die obern Instanzen der Vollstreckungsbehörden (Aufsichtsbehörden) aus bestehenden Gerichtskollegien oder aus Juristen gebildet.

6.

Den bisherigen Ausführungen liegt die Voraussezung zu Grunde, dass zur Zeit — die Anfechtungsklage ausgenommen — für die nicht an den Bundesrat weiterziehbaren Fragen des Vollstreckungsrechtes eine eidgenössische Oberinstanz nicht besteht, soweit nicht die Bundesverfassung oder Staatsverträge dabei angerufen werden können.

Also hat in der Tat das Bundesgericht entschieden. Dass freilich diese Entscheidung, wie sie begründet wurde, „die Kritik geradezu herausfordere," hat schon Hr. Prof. von Salis in seinem Referate hervorgehoben. Ich kann ihm hierin nur beistimmen:

Erstens haben mich die im Falle Segesser & Cie (Archiv I, Nr. 60) vom Bundesgericht entwickelten Gründe davon keineswegs überzeugt, dass eine civilrechtliche Berufung an das Bundesgericht in Nachlasssachen nach gegenwärtigem Rechte ausgeschlossen sei. Es ist m. E. falsch oder zum mindesten unvollständig, wenn das Bundesgericht in Ziff. 3 seiner Erwägungen die Rolle der Nachlassbehörde dahin definirt, dass sie „die zur Perfektion (des Nachlassvertrags) „gesezlich erforderliche behördliche Genehmigung erteilt oder „verweigert." Die Aufgabe der Nachlassbehörde besteht vielmehr in erster Linie darin, dass sie urteilt, ob überhaupt ein Nachlassvertrag in gesezmässiger Weise zu Stande gekommen sei oder nicht, aus dem für beide vertragschliessenden Parteien, und zwar auf Seite der Gläubigerpartei auch für die nicht zustimmenden Glieder derselben, privatrechtliche Verbindlichkeiten und Ansprüche entstehen. Diese Frage, ob die gesezlichen Voraussezungen des Nachlassvertrages ge-

geben seien, ist nicht bloss, wie das Bundesgericht sich ausdrückt, eine Frage, „bei deren Prüfung Rechtsfragen zu lösen sind,“ sondern sie ist selbst eine Rechtsfrage. Und da die Entscheidung dieser Rechtsfrage jeweilen eine privatrechtliche Tragweite hat, indem je nach ihrer Lösung Forderungen, beispielsweise um 70 %, reduzirt werden oder ganz bleiben, so betrachte ich den Streit um die Gültigkeit eines Nachlassvertrages als eine Privatrechtsstreitigkeit, zu deren Nachprüfung somit das Bundesgericht auf dem Berufungswege angegangen werden kann, dann wenigstens, wenn es sich nicht um die Angemessenheit der Bestätigung (B. G. 306, Ziff. 1—3), sondern um die Rechtmässigkeit des Nachlassvertrags und seines Inhaltes handelt. Gerade im Falle Segesser stand nicht die Angemessenheit der Bestätigung, sondern die Rechtmässigkeit in Frage.

Der staatsrechtliche Rekurs anderseits ist nach dem Zugeständnis des Bundesgerichtes selbst „nur stillschweigend“ ausgeschlossen worden. Über die verschwiegenen Absichten eines Gesezgebers rechten zu wollen, ist unfruchtbar; doch will ich die Einwendungen, die gegen den bundesgerichtlichen Standpunkt geltend gemacht werden können, wenigstens anführen. Es war natürlich, dass das B. G. die Kompetenz des Bundesrates als Rekursinstanz auf das Gebiet beschränkt hat, in dem er auch als Aufsichtsbehörde amtet, nämlich auf den Wirkungskreis der Betreibungs- und Konkursämter. Dass hiemit für den den gerichtlichen Vollstreckungsbehörden zugewiesenen Wirkungskreis eine Bundesinstanz ausgeschlossen sein sollte, kann logisch nicht gefolgert werden. Viel näher läge die Folgerung, dass der vom Bundesrat als einer Administrativbehörde zu gewährende Rechtsschuz gerichtlichen Urteilen gegenüber als ungenügend oder doch unpassend befunden wurde; dass man das den Gerichten überwiesene Gebiet eines besser qualificirten Rechtsschuzes würdig hielt. Diesem Gedanken ist am allerwenigsten dadurch Rechnung getragen, dass man nun dieses Gebiet als stillschweigend überhaupt ausserhalb des eidg. Rechtsschuzes gestellt erklärt. Während der ganzen Bera-

tung des Gesezes ist eine solche Absicht nicht ein einziges Mal ausgesprochen worden. Vielmehr war es die allgemeine Auffassung, dass die gerichtlichen Rekursinstanzen nicht durch das B. G., sondern durch die allgemeinen Grundsäze des eidg. Staatsrechtes bestimmt werden, wobei man allerdings annahm, die damals noch bevorstehende Revision des Org. Ges. werde Anlass bieten, allenfalls durch Spezialbestimmungen nachzuhelfen. Nachdem inzwischen das neue Org. Ges. ausgearbeitet worden ist, ohne dass man es für nötig gehalten hätte, solche Spezialbestimmungen zu erlassen, hat es beim gemeinen Recht des staatsrechtlichen Rekurses sein Bewenden: der Praxis des Bundesgerichtes zufolge (vgl. namentlich E. d. B. G. IX. 473 ff.) sollte der staatsrechtliche Rekurs gegen Entscheide betr. Konkurserkenntnis, Rechtsöffnung, Arrest, und Nachlassvertrag (wenn man das Rechtsmittel der Berufung nicht zulassen will), unbedenklich statthaft sein. Und wenn gar, speziell mit Bezug auf die Rechtsöffnung, das Bundesgericht sich dahin äussert (Rekurs Mathon, Arch. II, 68), das B. G. normire den Instanzenzug in Rechtsöffnungssachen erschöpfend, so ist diese Behauptung durch die Tatsachen widerlegt: nicht weniger als 8 Kantone haben mit Zustimmung des Bundesrates Appellationsinstanzen in Rechtsöffnungssachen geschaffen, obschon das B. G. mit keiner Silbe solcher erwähnt hat (vgl. Arch. I, 66).

Selbst auf dem Boden der bundesgerichtlichen Anschauung wäre zu erwarten gewesen, das Bundesgericht werde wenigstens dann sich in Rechtsöffnungsfällen kompetent erklären, wenn der kantonale Entscheid, der die Rechtsöffnung verweigerte, sich dabei auf kantonale Gesezesbestimmungen berief und damit „die derogatorische Kraft der Bundesgeseze gegenüber dem kantonalen Recht“ verneinte (E. d. B. G. XII, 548). Der Fall Steiner[1]) zeigt, dass das Bundesgericht in seinem Bestreben, alle Rechtsöffnungssachen von der Hand zu weisen, nicht einmal diese von ihm selbst aufgestellte und ihm sonst geläufige Unterscheidung beachtet hat, indem es auf den Re-

[1]) Archiv 1893, Heft 8.

kurs gegen das in Archiv I, 81 mitgeteilte Urteil des Bernischen Appelhofs vom 17. Sept. 1892 wegen Unzuständigkeit nicht eintrat, während doch gewiss die Frage der derogatischen Wirkungen der eidg. Gesezgebung in Rechtsöffnungssachen auf das kantonale Prozessrecht in seinen Kompetenzkreis gehörte.

Wie dem auch sei, die Frage ist nunmehr entschieden, und zwar im Sinne des Ausschlusses des staatsrechtlichen Rekurses. Eine Rekursinstanz wird wol nicht mehr auf dem Wege der Praxis, sondern nur noch auf dem Wege der Gesezgebung geschaffen werden können. Nicht, dass ich es bedauerte: der staatsrechliche Rekurs mit seinen allzu langen Fristen — von der Frage des Streitminimums nicht zu sprechen — war doch nur ein Notbehelf; er ist kein Rechtsmittel, wie wir es in Vollstreckungssachen gestalten sollen.

Die Möglichkeit der Einführung einer Eidg. Rekursintanz auf dem Wege der Praxis ist immerhin nicht ganz ausgeschlossen: der Bundesrat wird nämlich in allernächster Zeit vor die Frage gestellt sein, ob er die Rechtsprechung des Bundesgerichts in diesem Punkte zu der seinigen machen will. Denn nach Art. 189, Abs. 2 des neuen Org. Ges., das am nächsten 1. Oktober in Kraft tritt, gehen die staatsrechtlichen Beschwerden, die sich nicht auf Verfassungs-, sondern auf Gesezesfragen beziehen, nicht mehr an das Bundesgericht, sondern an den Bundesrat, — soweit wenigstens die betreffenden Geseze nicht „abweichende Bestimmungen enthalten.“ Diese Neuerung, deren Tragweite noch gar nicht abzusehen ist, nötigt den Bundesrat neuerdings zu prüfen, ob im B. G. eine die staatsrechtliche Beschwerde ausschliessende „abweichende Bestimmung“ enthalten sei. Ob auch er im Stillschweigen des Gesezes dieses Abweichen erblicken werde, bleibt zu gewärtigen.

## 7.

Nach diesem der Auslegung des bestehenden Rechts gewidmeten Excurse wende ich mich wieder der Gesetzgebungspolitik zu, um nun im Einzelnen zu erörtern, wie die Kompetenzen der Vollstreckungsbehörden ausgestaltet werden sollten.

a. Den Vollstreckungsbehörden sollten zunächst unbedenklich alle jene Punkte zugeschieden werden, deren Erledigung entweder nur von der Constatirung formaler Requisite oder von der Beurteilung von Tatsachen abhängt, für deren Würdigung das arbitrium boni viri, das billige Ermessen eines gewiegten Praktikers hineinreicht. Mit dieser ersten Gebietsabrundung werden die Vollstreckungsbehörden in den Stand gesezt, ihre besondern Fähigkeiten und Fertigkeiten in vollem Masse auszunützen und damit den Gerichten viele Prozesse, den Parteien bedeutende Prozesskosten zu ersparen.

Ich rechne hiezu: die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags (B. G. 77); — die Anordnung des Güterverzeichnisses (B. G. 162) und vorsorglicher Massnahmen (B. G. 170, 183); — die Entgegennahme von Zahlungsunfähigkeitserklärungen (B. G. 191, 192); — die Anordnung der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft (B. G. 193); — den Konkurswiderruf (B. G. 195); — die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (B. G. 230); — die Anordnung des summarischen Verfahrens (B. G. 231); — die Kassirung eines Pfandrechts wegen Verweigerung der Pfandablieferung (B. G. 232); — die Ermittlung, ob der Schuldner neues Vermögen erworben hat (B. G. 265); — die Schliessung des Konkursverfahrens nebst der damit verbundenen Kritik der Geschäftsführung der Konkursverwaltung (B. G. 268); — die Anordnung des Zurückbringens fortgeschaffter Mietretentionsgegenstände und die Ausweisung von Mietern und Pächtern (B. G. 284).

b. Ebensowenig Bedenken verursacht mir die Zuweisung der Konkurserkenntnisse an die Vollstreckungsbehörden. Mit einer Bundesinstanz an der Spize werden sie für eine mit den übrigen Vorschriften des B. G. übereinstimmende Praxis eine viel bessere Gewähr bieten, als von den Vollstreckungsbehörden unabhängige Gerichte. Die Konkurseröffnung ist, nicht mehr und nicht weniger als die Pfändung, ein einzelnes Glied des Betreibungsverfahrens, das sich an die vorhergehenden Glieder anschliesst und deren Existenz

zur Voraussezung hat, und dem weitere Betreibungsstadien (das Konkursverfahren) folgen (vgl. Archiv II, 2, Erw. 3). Dieses einzelne Glied aus der Kette zu brechen und der Obhut einer andern Behörde anzuvertrauen, kann, wie die Erfahrung gelehrt hat, nur die schlimme Folge haben, Konflikte zu erzeugen, für deren Lösung man zu zweifelhaften Notbehelfen seine Zuflucht nehmen musste. Auch sind es die Konkursbehörden, die es in der Hand haben müssen, zu verhindern, dass ein einmal gültig gefälltes Konkurserkenntnis nicht auf irgend welchen Umwegen wiederum rückgängig gemacht werde. An Versuchen dieser Art hat es nicht gefehlt und jedesmal musste das Konkursamt, dem vom Gericht zuerst die Publikation des Konkurses anbefohlen, dann wieder abbestellt wurde, auf Befehl seiner Aufsichtsbehörde den Gegenbefehl des Konkursgerichtes missachten: ein keineswegs idealer Zustand. Freilich ist das Konkurserkenntnis im ganzen Lauf der Betreibung der wichtigste Akt; allein dafür, dass dieser Akt nur beim Vorhandensein der gesezmässigen Voraussezungen verfügt werde, sorgt der Instanzenzug und die Disziplinargewalt der obern Instanzen über die untern, die bei den Vollstreckungsbehörden viel intensiver gestaltet werden kann als bei den Gerichten. Damit fällt auch die, für das unzweckmässige der jezigen Doppelspurigkeit bezeichnende schwerfällige Einrichtung weg, wonach das Gericht bei gewissen Wahrnehmungen laut B. G. 173 sein eigenes Erkenntnis auszusezen und den Fall der Aufsichtsbehörde zu überweisen hat.

Das bisher Gesagte bezieht sich zunächt auf das Konkurserkenntnis im Betreibungsverfahren; die der Vollstreckungsbehörde damit zugemutete Cognition ist äusserst einfach und geht in den meisten Fällen über die Prüfung von Formalrequisiten nicht hinaus: Vorhandensein einer gültigen Betreibung gegen einen im Handelsregister eingetragenen Schuldner; kein Rechtsvorschlag; kein urkundlicher Tilgungs- oder Stundungsbeweis; keine von Amtes wegen zu berücksichtigenden Mängel, falls der Schuldner nicht handlungsfähig ist (B. G. 171—173; 188). Bei Konkurseröffnungen

ohne vorgängige Betreibung (B. G. 190) ist die Cognition schon etwas verwickelter; doch betrifft sie auch hier Tatsachen, über die eine tüchtige Vollstreckungsbehörde sich mindestens ebenso gut — ja, dank ihrer Inquisitionsmethode sogar besser — zu orientiren vermag, als ein Gericht: unbekannter Aufenthalt; Flucht; betrügerische Handlungen; Vermögensverheimlichung; Zahlungseinstellung; Verwerfung und Widerruf des Nachlassvertrags.

c. Rechtsöffnung und Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Bundes-Instanz für diese Institute ist durch die bisherigen Erfahrungen nachgewiesen. Namentlich ist es der wichtige Begriff der „Schuldanerkennung", der dringend der einheitlichen Auslegung bedarf. Gegenwärtig waltet hinsichtlich dieses Begriffes die weitgehendste Meinungsverschiedenheit; so haben z. B. die bernischen Gerichte das Requisit der Schuldanerkennung, nach meinem Dafürhalten mit Unrecht, troz vorhandener unterschriftlicher Verpflichtung für eine bestimmte Summe in folgenden Fällen bestritten: 1) gegenüber dem Aussteller eines protestirten Wechsels oder Checks; — 2) gegenüber der Verpflichtung des Käufers, bei der Unterzeichnung des Vertrags (vor Empfang der Kaufsache) eine bestimmte Anzahlung zu leisten; — 3) gegenüber der Ermächtigung des Schuldners für eine bestimmte Summe auf ihn zu trassiren; — 4) gegenüber dem Bürgen für den nach dem vom Kaufschuldner abgeschlossenen Nachlassvertrag noch geschuldeten Ausfall; — 5) gegenüber dem Universalsuccessor des ursprünglichen Schuldners.

Noch bedenklicher ist es, wenn die Walliser Gerichte die Rechtsöffnung für alle Urkunden verweigern, die nicht vorher amtlich registrirt wurden. Und auch darüber z. B. wäre eine allgemein massgebende Entscheidung wünschbar, ob, wie das Genfer Gericht annimmt, im Rechtsöffnungsverfahren nur solche Urkunden beweiskräftig sind, die auf dem Zahlungsbefehl erwähnt waren; desgleichen ob, wie das Basler Civilgericht, wohl mit Recht, entschieden hat, auch der Cessionar einer Forderung die Rechtsöffnung erwirken kann.

Weniger abgeklärt ist die Frage, ob die Entscheidung in Rechtsöffnungssachen den Gerichten oder den Vollstreckungsbehörden gebühre. Beide Ansichten lassen sich verteidigen. Ich gebe den Vollstreckungsbehörden darum den Vorzug, weil sie für die praktische Ausbildung des Institutes, in der Form durch möglichste Vereinfachung des Verfahrens, in der Sache selbst durch angemessene Abgrenzung der Begriffe, besser veranlagt sind als die Gerichte, denen dieses summarische Verfahren stets als eine Versündigung gegen die Pflicht des Richters zu allseitiger Ergründung und Erdauerung des Rechtsverhältnisses und peinlicher Wahrung aller Verteidigungsmittel der Parteien erscheinen wird, so dass sie zu dessen möglichster Eindämmung stets allzu geneigt sein werden. Voraussezung bleibt allerdings, hier wie überall, dass die Vollstreckungsbehörden, wenigstens in den höheren Instanzen, so zusammengesezt seien, um die — nicht immer ganz einfachen — Fragen, die bei der summarischen Cognition des Rechtsöffnungsverfahrens in Betracht fallen, beurteilen zu können: Vollstreckbarkeit des Urteils (B. G. 80), Urteilsqualität anderer Urkunden (B. G. 80), unkundlicher Tilgungs- oder Stundungsbeweis (B. G. 81), Verjährung (B. G. 81), Zuständigkeit des urteilenden ausserkantonalen Gerichts (B. G. 81), regelrechte Vorladung und Vertretung des Schuldners (B. G. 81), entgegenstehende Staatsvertragsbestimmungen (B. G. 81, Abs. 3), Begriff der Schuldanerkennung und der öffentlichen Urkunde (B. G. 82, Abs. 2), die Schuldanerkennung entkräftende Einreden (B. G. 82, Abs. 2, z. B. Zulässigkeit der Einrede des Spiels, Archiv I, 29).

Noch heikler können sich die Fragen gestalten beim Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung (B. G. 182): urkundlicher Beweis der Zahlung und Stundung, Fälschung, wechselrechtliche Einreden, sonstige Einreden nach O. R. 811. Die leztern Einreden namentlich würden gewiss, auch im summarischen Verfahren, besser von den Gerichten beurteilt; bedenkt man aber, dass die Fälle, in denen gegen Wechsel stichhaltige Einreden angebracht werden können, äusserst selten sind, so wird man die Bestimmung der zu-

ständigen Behörde nicht von diesen Ausnahmsfällen abhängig machen; Verstösse der untern Instanzen können ja von den höhern Instanzen jederzeit berichtigt werden, und diese höhern Instanzen werden selbstverständlich die von den Gerichten im Wechselprozesse geschaffene Praxis zur Richtschnur nehmen, da es keinen Sinn hätte, einem Gläubiger das Recht zu öffnen, der voraussichtlich nachher im Rückforderungsprozess das Erhaltene wieder herausgeben müsste. In den allermeisten Fällen ist aber die Beurteilung der Frage, ob gegen einen Wechsel ein Rechtsvorschlag zulässig sei, nicht schwieriger als die schon jezt den Betreibungsämtern obliegende Constatirung der wechselmässigen Verpflichtung des Betriebenen.

d. Dass die Aufhebung der Betreibung auf Grund von Art. 85 B. G. im Falle des urkundlichen Tilgungs- oder Stundungsbeweises von der in Rechtsöffnungssachen zuständigen Behörde soll ausgesprochen werden können, bedarf keines nähern Nachweises. Auch hier handelt es sich, wie bei der Rechtsöffnung, um eine summarische, nur für den Betreibungsprozess Recht schaffende Cognition, durch die dem gerichtlichen Entscheid über den Bestand der Forderung nicht vorgegriffen wird.

e. Der Arrest ist eine reine Vollstreckungsmassregel, dazu noch von provisorischem Charakter. Seine Voraussetzungen bewegen sich samt und sonders auf einem Boden, auf dem die Vollstreckungsbehörden zu Hause sind; es braucht keinen Richter, um zu erkennen, dass die und die vorgebrachten Tatsachen auf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Bestehens einer Forderung schliessen lassen (B. G. 272): auch der Richter würde ja im Zweifelsfalle den Arrest bewilligen, indem die Garantie gegen einen Missbrauch des Arrestrechtes nicht in der minutiösen Vorprüfung, sondern in der strengen Schadenshaftung des Arrestnehmers liegt. Die übrigen Punkte (Arrestgründe) sind rein tatsächlicher Natur (B. G. 271): Mangel eines festen Wohnsizes oder eines Wohnsizes in der Schweiz, Vermögensbeseitigung, Flucht oder Vorbereitung dazu; Durchreise; Messe- und Marktbesuch; Taxirung der Forderung als eine ihrer Natur nach sofort zu erfüllende;

Besiz eines Verlustscheins. Keine Tatfrage freilich, sondern eine Rechtsfrage feinster Art ist die Frage der Vereinbarkeit von B. G. 271, Ziff. 2 und 3 mit Bundesverfassung Art. 59 und von Ziff. 1—5 mit dem Schweiz.-französ. Gerichtstandsvertrag. Doch diese Frage zu lösen wird stets vornehmlich der obersten Instanz obliegen, und dass diese, welches auch immer die Körperschaft sei, aus der sie gebildet wird, der Entscheidung jeder Rechtsfrage gewachsen sein muss, wird selbstverständlich postulirt.

Noch sei bemerkt, dass das gegenwärtige komplizirte Verfahren einer Anfechtung des Arrestgrundes durch Arrestklage zu ersezen wäre durch eine einfache Beschwerdeführung des Arrestschuldners bei der nächst höhern Vollstrekungsinstanz.

f. Nachlassvertrag. Der inquisitorische Charakter des Nachlassverfahrens und seine Verwandtschaft mit dem Konkursverfahren, von dem es eigentlich nur eine Abart bildet, fordern dessen Überweisung an die Vollstreckungsbehörden. Die Aufzählung der einzelnen dabei zu treffenden Verfügungen kann diese Ansicht nur erhärten: 1) für die Beurteilung des Nachlassgesuchs (B. G. 293, 294): Prüfung, ob die Mehrheit der Gläubiger zustimmt, ob sie mehr als die Hälfte der Forderungen vertritt, Ausscheidung der pfandversicherten und privilegirten Gläubiger, Prüfung der Nachlasswürdigkeit des Schuldners; — 2) nach Erteilung der Stundung: Ernennung eines Sachwalters oder Übernahme dieser Funktion durch die Behörde selbst (B. G. 295), Beaufsichtigung des Schuldners (B. G. 295), Stundungswiderruf im Falle von Widerhandlungen (B. G. 298), Verlängerung der Stundung (B. G. 295), Inventar, Schäzung, Schuldenruf (B. G. 299, 300), Leitung der Gläubigerversammlung (B. G. 302), schliesslich Urteil über Annahme und Bestätigung des Nachlassvertrags, wobei die untere Vollstreckungsbehörde (Konkursamt), weil zu sehr beteiligt, nur als begutachtend aufzutreten hätte, die Entscheidung stets von der obern Instanz getroffen würde. Diese hat zu prüfen: ob der Nachlassvertrag zu Stande gekommen, ob dessen Inhalt rechtsmässig ist, und

ob er bestätigt werden darf, was wiederum voraussezt: Würdigkeit des Schuldners, Angemessenheit des Vertrags, Sicherung des Vollzugs (B. G. 305, 306).

Consequenter Weise gebührt dann auch der nämlichen Behörde: die Feststellung des Umfanges der Rechtsverbindlichkeit des Nachlassvertrags (B. G. 311, z. B. Rechtstellung der nicht angemeldeten privilegirten Gläubiger), — die Aufhebung des Nachlassvertrags wegen Nichterfüllung (B. G. 315) und dessen Widerruf wegen Unredlichkeit (B. G. 316). Sogar die Frage der Ungültigkeit von Spezialzusicherungen an einzelne Gläubiger (B. G. 314) kann, wenn man sich die richterliche Qualität der Vollstreckungsbehörden recht vergegenwärtigt, diesen überlassen werden, indem sie mit der Beurteilung des Inhalts des Nachlassvertrags in unleugbarem Zusammenhange steht.

g. Kollokation. Von einer Zuteilung der Kollokationsprozesse, soweit sie den Bestand der Forderung oder den Rang eines Pfandrechts betreffen, an die Vollstreckungsbehörden kann natürlich keine Rede sein. Dagegen ist der Gedanke der Prüfung wert, ob nicht die Bestimmung des Ranges der Kurrentforderungen, als auf rein öffentlichrechtlichen Vorschriften des Verfahrens beruhend, den Vollstreckungsbehörden eingeräumt werden sollte. Das Konkursprivileg ist kein subjektives Recht, um das die Parteien sich streiten müssen, sondern eine Vorschrift an die Behörden, wie sie bei der Verteilung verfahren sollen; keine Prozesskosten sind mir peinlicher, als die Kosten, die ein Konkursgläubiger zu riskiren hat, um die Anerkennung seines Privilegs zu erstreiten. Wer kennt nicht Fälle, wo Personen im Vertrauen auf die Rechtskenntnis der Konkursverwaltung, die ihnen das Privileg zuerkannt hatte, ihr vermeintliches Recht gegen Dritteinsprecher durch alle Instanzen verteidigten und statt der erhofften Dividende bedeutende Unkosten davontrugen. Das Privileg wird unter solchen Umständen zum Danaergeschenk.

8.

Nicht den Vollstreckungsbehörden zuzuweisen, sondern der gerichtlichen Entscheidung vorzubehalten sind — ihrer rein civilrechtlichen Natur wegen — folgende Gebiete, wobei das Bundesgericht im Rahmen des Organisationsgesezes als Berufungsinstanz angegangen werden kann:

a) die Verantwortlichkeitsklage gegen Beamte nach B. G. 5 und 6;

b) die Nichtigerklärung von Rechtshandlungen nach B. G. 11, soweit es keine Amtshandlungen des Betreibungsamts (Betreibungshandlungen) sind; also z. B. die Kassirung der auf Grund eines ungültigen Zuschlags erfolgten Liegenschaftsfertigung;

c) die normale Beseitigung des Rechtsvorschlags im ordentlichen Prozesse (B. G. 79);

d) die Aberkennungsklage nach B. G. 83 und die Rückforderungsklage nach B. G. 86. Mit Bezug auf die leztere werden die Gerichte (als Berufungsinstanz das Bundesgericht) namentlich zu entscheiden haben, welche Zahlungen als „infolge“ einer Betreibung geleistet gelten; ferner, ob die einjährige Verjährung der Rückforderungsklage nach B. G. 86 auch die Anbringung der Klage aus O. R. 72, troz geleistetem Irrtumsbeweise, ausschliesst; endlich, ob für die Klage nach B. G. 86 die Bestimmung von O. R. 73, wonach der gutgläubige Empfänger nur bis zur Bereicherung haftet, ebenfalls gilt;

e) die Entscheidung über dingliche Ansprüche Dritter (B. G. 107, 109);

f) die Bestimmung des Ausfalls und des Schadens bei Nichthaltung einer Liegenschaftssteigerung (B. G. 127, Abs. 4, 143, Abs. 2, Archiv II, 69);

g) Feststellung des Kollokationsplans, soweit es sich um den Rechtsbestand der Forderung, den vom materiellen Konkursrecht auf sie geübten Einfluss und den Rang einer Hypothekarforderung handelt;

h) Schadenersazklage wegen ungerechtfertigten Arrests (B. G. 273);

i) Beurteilung der Einsprüche Dritter gegen das vom Vermieter geltend gemachte *droit de suite* (B. G. 284);

k) das ganze Gebiet der Anfechtungsklage.

9.

Nach der hiemit getroffenen Ausscheidung der Wirkungskreise der Vollstreckungsbehörden und der Gerichte, erübrigt noch, einige Grundsäze aufzustellen, wodurch, um Konflikte vollends zu vermeiden, das Verhältnis der beiden Behörden da, wo ihre Befugnisse zusammentreffen, geregelt werden soll.

a) Die Gerichte sind gehalten, die von den Vollstreckungsbehörden im Rahmen ihrer Befugnisse getroffenen Entscheidungen anzuerkennen; eine Nachprüfung derselben durch die Gerichte ist unzulässig.

So soll namentlich die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde über Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Betreibungshandlung, z. B. bei einer Verantwortlichkeitsklage nach B. G. 5 oder bei einer Nichtigkeitsklage nach B. G. 11, für die Gerichte bindend sein; desgleichen eine von der Konkursbehörde durch Neuauflegung des Kollokationsplans eröffnete neue Anfechtungsfrist. Auch das Bestehen eines Arrestgrundes sollte, wenn von der Vollstreckungsbehörde bejaht, vom Gerichte, das über die Schadensersazklage des Arrestschuldners zu urteilen hat, nicht mehr in Frage gestellt werden dürfen. Zu bemängeln ist in dieser Beziehung eine Entscheidung des Bundesgerichts vom 2. Januar 1893 in Sachen Bareis contra Rooschütz (Revue der Gerichtspraxis XI, Nr. 85). Obgleich nämlich das Bundesgericht sich schon dermalen in Arrestsachen für unzuständig hält, ist es dennoch anlässlich einer Schadensersazklage aus ungerechtfertigtem Arrest auf die Nachprüfung der Frage eingetreten, ob die Übersiedelung in das Ausland mit dem Wegzug des Vermögens einen Arrestgrund bilde; consequenter Weise hätte das Bundesgericht die Frage des Arrestgrundes als von den Arrestbehörden endgültig entschieden betrachten und sich auf die Prüfung der Frage beschränken sollen, ob die Forderung, für die der Arrest bewirkt wurde, zu Recht bestand.

b) Die Vollstreckungsbehörden ihrerseits sind gehalten, den Verfügungen der Gerichte, wodurch zur Erhaltung des status quo in einem hängigen Prozesse eine Betreibung eingestellt wird, unbesehen Folge zu geben. Dass solche Einstellungen durch die Umstände geboten sein können, leuchtet ohne Weiteres ein; es kann sich nur fragen, wer befugt sein soll, sie zu verfügen. Die Natur der Sache gebietet, den Gerichten hier den Vortritt zu lassen. „Einzig eine Gerichtsbehörde" — sagt der Bundesrat in dem in Archiv II, 61, veröffentlichten Entscheide — „kann ermessen, ob das prozessuale Interesse an der Unantastbarkeit des Prozessgegenstandes nach den im einzelnen Fall gegebenen Verhältnissen schwer genug wiegt, um den Eingriff in die regelmässige Abwickelung des Betreibungsverfahrens zu rechtfertigen." In gleichem Sinne hat sich das Bundesgericht ausgesprochen (Rekurs der Gemeinde Mathon, Archiv II, 68.) Eine richterliche Betreibungseinstellung dagegen, die nicht gestüzt auf einen bestimmten schwebenden Prozess verfügt würde, müsste von den Vollstreckungsbehörden als ein unberechtigter Eingriff unbeachtet gelassen werden (Archiv I, 92).

Einen einzelnen Anwendungsfall der Einstellungsbefugnis der Gerichte bietet das in Art. 106, 107, 109 B. G. normirte Verhältnis des Drittansprechers. Es ist daher nicht zu billigen, dass das B. G. hier, abweichend von der eben getroffenen Kompetenzausscheidung, dem Betreibungsamt die Befugnis zuschreibt, eine peremtorische Frist zur Anstellung der Vindikationsklage zu bestimmen. Die Erfahrung hat denn auch gezeigt, dass diese Bestimmung eine Quelle von Konflikten bildet. Angenommen, das Gericht sezt sich über die vom Beamten anberaumte Frist hinweg und stellt auf Grund einer nach abgelaufener Frist erhobenen Vindikationsklage, etwa Kraft erteilter Restitution, die Betreibung ein, hat das Betreibungsamt dennoch zu gehorchen? Der Bundesrat hat die Frage bejaht und so dem Konflikte vorgebeugt, womit jedoch das gesezliche Recht des Betreibungsbeamten, die Frist anzusezen, tatsächlich negirt wird. Zu bedauern ist dies keineswegs, indem es vollständig genügte, wenn im Falle

eines Vindikationsanspruches der Beamte die Parteirollen festsezte und es den Parteien überliesse, durch Erhebung der Vindikationsklage die Einstellung der Betreibung beim Gerichte zu erwirken; der Beamte würde ihnen hiefür keine Frist sezen, sondern einfach erklären, wie lange er, der gerichtlichen Verfügurg gewärtig, einstweilen von sich aus die Betreibung einstellen werde.

Von Nuzen wäre ausserdem die Schaffung eines vor dem Betreibungsamte anzuordnenden, der Klage vorausgehenden Sühneverfahrens zur Orientirung der Parteien über die beidseitigen Beweismittel. Der pfändende Gläubiger befindet sich dermalen oft in der peinlichsten Lage: die Pfändungsurkunde meldet ihm, dass Drittansprüche erhoben sind, und er muss sich zur gerichtlichen Bestreitung dieser Ansprüche entschliessen, ohne im Stande gewesen zu sein, sich zuvor über deren Begründetheit Gewissheit zu verschaffen. Natürlich müssten im spätern Prozessverfahren alle Beweismittel ausgeschlossen sein, die im Sühneverfahren hätten vorgebracht werden können; das gerichtliche Sühneverfahren, wo ein solches besteht, würde dann, als überflüssig, wegzufallen haben.

## 10.

Die bisherigen Ausführungen waren der Frage gewidmet, wie bei einer Revision des B. G. der Wirkungskreis der Vollstreckungsbehörden umgrenzt werden sollte. Es mag zum Schlusse in Kürze erörtert werden, ob und inwiefern diese Neubegrenzung eine Umgestaltung der Organisation dieser Vollstreckungsbehörden zur Voraussezung hat. Ich knüpfe dabei in zustimmendem Sinne an die Bemerkungen von Prof. von Salis an, wonach die Vollstreckungsbehörden erster Instanz (Betreibungs- und Konkursämter) infolge ihrer Stellung, die sie zu raschem Handeln auf Grund einseitiger Kognition verpflichtet, viel häufiger Irrtümern ausgesezt sind als die Gerichte. Es wird von ihnen gar nicht verlangt, dass sie in allen Fällen das Richtige treffen, vielmehr bildet die unentgeltliche Beschwerde an die höhern Instanzen und deren intensives Aufsichts- und Disziplinarrecht das gegebene

Korrektiv für die den Betreibungsämtern und ihrer Rechtsprechung notwendiger Weise anhaftenden Unvollkommenheit. Ein ferneres Korrektiv kann darin gesucht werden, dass wichtigere Entscheidungen, z. B. Konkurserkenntnisse, Bestätigung des Nachlassvertrags, vielleicht auch Rechtsöffnung, direkt von der obern Instanz auszugehen haben. Ich verzichte darum von vorneherein auf die Forderung, es sollen die Betreibungsämter der Entscheidung aller in die Zuständigkeit der Vollstreckungsbehörden fallenden Fragen gewachsen sein. Eines immerhin hat die Erfahrung bereits erwiesen, nämlich dass Betreibungsämter grösserer Kreise mit einem geschulten, die Vollstreckung berufsmässig betreibenden Personal weit leistungsfähiger sind, als die Betreibungsämter kleiner, aus einer einzigen Gemeinde gebildeter Kreise. Grössere Ämter können ohne Schwierigkeit so besezt werden, dass sie auch die richterlichen Aufgaben beherrschen, ohne dass man ihnen als sog. „untere Aufsichtsbehörde" eine Art Vormund zu sezen brauchte; es genügt mit ihnen an einer einzigen kantonalen Aufsichts- und Beschwerdeinstanz. Bei kleinen Ämtern dagegen ist jenes schwerfällige Zwischenglied kaum zu entbehren.

Ueber die Organisation der kantonalen Beschwerdeinstanz wüsste ich zur Zeit nichts zu bemerken. Die bisherige Erfahrung reicht nicht aus, um zu ermessen, ob ein Gerichtskollegium oder die oberste Executivbehörde oder eine besondere Kommission sich als Aufsichts- und Beschwerdeinstanz besser eignen.

Als eidgenössische Beschwerdeinstanz endlich den Bundesrat einzusezen wird umso bedenklicher, je mehr Kompetenzen richterlichen Charakters dieser Instanz zugewiesen werden. Für eine kollegialische Beratung, wie sie für solche Fragen geboten ist, ist der Bundesrat, so wie er zusammengesezt ist, und bei der verhältnissmässig geringen Zeit, die ihm für solche Nebengeschäfte zur Verfügung steht, nicht geeignet. Die kollegialische Beratung konnte schon jezt nur dadurch gerettet werden, dass sie in ein begutachtendes Kollegium verlegt wurde. Damit ist des Guten

zu viel getan; die Fälle, in denen die Entscheidung vom Gutachten abweichen wird, werden bei der technischen Natur der Materie so selten sein, dass die mit diesem schwerfälligen Apparat für eine wohlerwogene und abgeklärte Rechtsprechung gewonnene weitere Garantie in keinem richtigen Verhältnis mehr steht zu dem damit verbundenen Zeit- und Kräfteverlust.

Über kurz oder lang wird daher die Frage sich auf die Alternative zuspizen müssen, entweder Schaffung einer besondern eidg. Vollstreckungsbehörde oder Zuweisung des Vollstreckungsverfahrens an eine Kammer des Bundesgerichts. Für die Wahl zwischen diesen beiden Lösungen werden, wie Herr von Salis schon angedeutet hat, noch andere, ausserhalb des Vollstreckungsrechts liegende Erwägungen massgebend sein. Es ist daher müssig, jezt schon hierüber dissertiren zu wollen.

---

Die vorstehenden Erörterungen decken sich in ihren Ergebnissen vollkommen mit den Thesen des Referenten. Sie könnten höchstens nahe legen, jene Thesen um eine weitere zu vermehren, worin gefordert würde, dass die Rechtsprechung in Betreibungs- und Konkurssachen dem Bundesrate abgenommen werde. Doch bedarf es dieses Postulates nicht; ich begnüge mich, mit dem Referenten die Vermehrung der Kompetenzen der Eidg. Aufsichtsbehörde zu verlangen; das Weitere wird die Logik der Tatsachen von selbst verrichten. —