

scheidung vertretenen Auffassung durchaus festzuhalten. Daß Art. 334 die Kompetenz der kantonalen Aufsichtsbehörden und des Bundesrates (der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes) mit Bezug auf die Handhabung der transitorischen Bestimmungen des Betreibungsgesetzes gegenüber den in Art. 17 bis 20 *ibid.* enthaltenen Kompetenzvorschriften ausdehnen und alle Entscheidungen über solche Streitigkeiten, also auch richterliche Entscheidungen, dem Rekurse an die genannten Aufsichtsbehörden unterwerfen wolle, erscheint in der That als ausgeschlossen, wenn die Konsequenzen eines derartigen Instanzenzuges ins Auge gefaßt werden. In dieser Richtung kann einfach auf die Ausführungen in der citierten bundesgerichtlichen Entscheidung in Sachen Steiner verwiesen werden, wo hervorgehoben wird, daß alsdann in denjenigen Kantonen, wo die oberste Gerichtsbehörde gleichzeitig als Aufsichtsbehörde bezeichnet ist, gegen richterliche Entscheidungen des obersten Gerichtshofes Beschwerde an diesen nämlichen Gerichtshof statthaft wäre; daß ferner da, wo eine Abteilung des obersten Gerichtshofes als Aufsichtsbehörde bestellt ist, gegen richterliche Entscheidungen dieses Gerichtshofes bei einer bloßen Abteilung derselben Beschwerde geführt werden könnte, und daß endlich in denjenigen Kantonen, wo die Regierung als Aufsichtsbehörde funktioniert, die Abnormität sich ergäbe, daß richterliche Entscheidungen des obersten Gerichtshofes der Überprüfung der obersten Verwaltungsbehörde unterstellt wären. Artikel 334 ist vielmehr dahin aufzufassen, daß derselbe ein Beschwerderecht hinsichtlich der Anwendung der transitorischen Bestimmungen des Betreibungsgesetzes nur in denjenigen Fällen statuiert, die gemäß Art. 17 in die Kompetenz der kantonalen Aufsichtsbehörden und des Bundesrates (der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes) fallen. Dieser Interpretation kann auch nicht etwa entgegengehalten werden, daß damit die ganze Bestimmung des Art. 334 als überflüssig erscheine; auch wenn dieselbe sich bloß auf Streitigkeiten über Amtshandlungen von Betreibungs- und Konkursämtern bezieht, enthält sie doch bezüglich der zeitlichen Anwendung des Betreibungsgesetzes die Besonderheit, daß die hier einschlagenden Rechtsfragen selbst dann zur Entscheidung der genannten Aufsichtsbehörden gebracht

werden können, wenn im übrigen, nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, weil eben der Weg gerichtlicher Klage vorgeesehen ist (vergl. z. B. Art. 148 des Betreibungsgesetzes), ein Weiterzug an dieselben ausgeschlossen wäre.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Auf die Beschwerde wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten.

130. Entscheidung vom 4. Mai 1897 in Sachen Lehmann.

I. Kurt Lehmann ließ den Wilhelm Göpper durch das Betreibungsamt Bern für eine Forderung von 444 Fr. 60 Cts. nebst Zins betreiben. Der Schuldner schlug Recht vor. Unter Berufung auf Art. 80 des Betreibungsgesetzes verlangte jedoch der Gläubiger beim Gerichtspräsidenten von Bern (definitive) Rechtsöffnung und es wurde ihm diese unterm 17. Dezember 1896 bewilligt. Göpper erklärte gegen diesen Entscheid die Appellation an den Appellationshof des Kantons Bern.

II. Am 22. Januar 1897 erhielt der Schuldner vom Betreibungsamt Bern für die fragliche Forderung eine Konkursandrohung. Der Vertreter des Gläubigers hatte nämlich, gestützt auf eine Bescheinigung der bernischen Obergerichtskanzlei, daß der Appellationshof unterm 20. Januar den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid bestätigt habe, die Fortsetzung der Betreibung angebetrt, und diesem Begehren hatte das Betreibungsamt Bern durch Erlaß einer Konkursandrohung an den Schuldner Folge gegeben. Nun beschwerte sich letzterer bei der bernischen kantonalen Aufsichtsbehörde gegen die Fortsetzung der Betreibung deshalb, weil diese nicht habe bewilligt werden dürfen, bevor der Rechtsvorschlag beseitigt worden sei, und weil ein Entscheid des Appellationshofes, wonach die Appellation des Schuldners gegen den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid abgewiesen worden wäre, demselben nicht eröffnet worden sei. Unter Berufung auf Art. 78 ff. und 159 ff. des Betreibungsgesetzes, sowie §§ 387 ff. des berni-

sehen Civilprozeßes — wo die Vollstreckung rechtskräftiger Urteile normiert ist — wurde beantragt, es sei die Konkursandrohung vom 21. Januar 1897 als unstatthaft und ungesetzlich aufzuheben und dem Beschwerdeführer das Recht auf Schadenersatz vorzubehalten. Die angerufene Behörde hieß durch Entscheid vom 19. Februar 1897 die Beschwerde insofern gut, als sie die fragliche Konkursandrohung aufhob, im wesentlichen mit der Begründung, daß nach allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts ein Entscheid erst Rechtskraft erlange, wenn er den Parteien eröffnet worden sei, daß deshalb auch der Gläubiger Lehmann vorliegend, gestützt auf eine bloße Bescheinigung der Obergerichtskanzlei, daß ihm Rechtsöffnung bewilligt wurde, die Fortsetzung der Betreibung nicht habe verlangen können, bevor eine mündliche oder schriftliche Eröffnung des Entscheides durch den Präsidenten des Gerichts stattgefunden habe, und daß bei Erlaß der Konkursandrohung eine solche Eröffnung noch nicht erfolgt gewesen sei. Eines Vorbehalts betreffend einen allfälligen Schadenersatzanspruch des Schuldners an den Gläubiger Lehmann oder dessen Vertreter, wurde beigefügt, bedürfe es nicht.

III. Gegen diesen Entscheid hat namens des Kurt Lehmann Fürsprech Zahn in Bern rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Die Vorweisung des richterlichen Entscheides, durch den Rechtsöffnung erteilt wurde, führt Rekurrent aus, müsse dem Gläubiger die Berechtigung erteilen, die Fortsetzung der Betreibung zu verlangen, und die gegenteilige Auffassung, daß die Erfüllung der Eröffnungsformalitäten abzuwarten sei, würde dem Zwecke des Rechtsöffnungsverfahrens, wie dasselbe im Betreibungsgesetze geordnet sei, widersprechen, wie denn auch nirgends vorgeschrieben sei, daß ein Gläubiger sich auf ein Rechtsöffnungs-erkenntnis erst berufen könne, wenn dasselbe den beiden Parteien eröffnet worden sei. Demgemäß wird beantragt, es sei der Beschwerdeführer Göpper in Abänderung des Entscheides vom 19. Februar 1897 mit den Anträgen seiner Beschwerde abzuweisen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Das Rechtsöffnungsverfahren, das dazu dienen soll, für Forderungen, die sich auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil

oder auf eine andere beweiskräftige Urkunde gründen, die Fortsetzung der Betreibung, trotz erhobenen Rechtsvorschlages, zu ermöglichen, hat in dem letzten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, vom Dezember 1888, und im Gesetze eine von der frühern abweichende Gestaltung erfahren. Während nach der bundesrätlichen Vorlage vom 23. Februar 1886 und den aus den beiden ersten Beratungen der Bundesversammlung hervorgegangenen Entwürfen der Rechtsöffnungsrichter, falls die Begründetheit oder Nichtbegründetheit des klägerischen Anspruchs liquid vorlag, über letztern selbst zu urteilen hatte (siehe Art. 85 des bundesrätlichen Entwurfes vom 23. Februar 1886 und Art. 95 des Ergebnisses der zweiten Beratung), hat nach der Vorlage vom Dezember 1888 (vergl. Art. 94 bis 96) und nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen das Rechtsöffnungs-erkenntnis stets nur den Charakter eines Vorentscheides über das Recht der Betreibung bezw. zur Fortsetzung derselben und das Urteil über den Anspruch selbst wird dabei vorbehalten (Art. 83, Abs. 2, und 86 des Betreibungsgesetzes). Mit dieser Änderung bezüglich des Gegenstandes und der Tragweite des Rechtsöffnungsprozesses hängt es zusammen, daß auch die bundesrechtlichen Vorschriften über das Rechtsöffnungs-Verfahren eine Wandlung durchgemacht haben. Während nämlich bis zu der letzten Vorlage vom Dezember 1888 bundesrechtlich lediglich vorgeschrieben war, daß der Rechtsöffnungsstreit im beschleunigten Verfahren zu erledigen sei (Art. 82, Absatz 2 und 3 des bundesrätlichen Entwurfes vom 23. Februar 1886 und Art. 91, Absatz 2 und 92 des Ergebnisses der zweiten Beratung) und daß die Kantone dieses Verfahren so zu gestalten haben, daß die Prozesse mit Einschluß des Haupturteils der letzten kantonalen Instanz binnen drei bezw. sechs Monaten erledigt sein sollen (Art. 280 des bundesrätlichen Entwurfes vom 23. Februar 1886 und Art. 304 des Ergebnisses der zweiten Beratung), findet sich in der letzten Vorlage vom Dezember 1888 (Art. 94ter) und im Gesetze (Art. 84) die kategorische Bestimmung: „Im Rechtsöffnungsverfahren entscheidet der Richter nach Einvernahme der Parteien „binnen fünf Tagen seit Anbringung des Begehrens.“ Eine solche Anordnung war nur möglich, wenn dem Rechtsöffnungsentscheid-

jeder definitive Charakter genommen und ihm bloß derjenige eines vorläufigen Ausspruches über die Befeitigung des Rechtsvorschlages gegeben, wenn er also der Urteilsnatur entkleidet und zu einer bloß das Betreibungsverfahren betreffenden richterlichen Verfügung gemacht wurde. Denn naturgemäß kann in den meisten Fällen eine Prüfung des Anspruches auf seine materielle Begründetheit innert so kurzer Frist nicht in einer Weise vorgenommen werden, daß darauf gestützt ein Urteil in der Sache selbst ausgefällt werden könnte. Sobald aber der materielle Entscheid über die bestrittene Forderung einem besondern Verfahren vorbehalten wurde, und sich der Rechtsöffnungsrichter nur mit den gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Rechtsöffnung und den bestimmten, gegen ein solches Begehren zulässigen Einreden zu befassen hatte, durfte ohne erhebliche Bedenken verlangt werden, daß hierüber in der kurzen Frist von fünf Tagen entschieden werde. Es bot dies dann — und hierin ist der ausschlaggebende Grund für die Bestimmung des Art. 84 des Betreibungsgesetzes zu suchen — den Vorteil, daß für eine Forderung, die sich auf eine in bestimmter Weise qualifizierte Urkunde stützt, der vielleicht tröblerische Rechtsvorschlag des Schuldners noch so zeitig aus dem Wege geräumt werden kann, daß es dem Gläubiger möglich ist, Anschluß an eine Pfändung zu erlangen, die ausgeführt wurde, bevor er die Betreibung eingeleitet hat, und es wurde so dem Schuldner die Möglichkeit verschlossen, den Gläubiger einer, auf einen liquiden Titel sich stützenden Forderung durch bloßen Rechtsvorschlag gegenüber andern, deren Forderungen vielleicht weniger liquid bewiesen werden können, zu benachteiligen. Daß dies die ratio des Rechtsöffnungsverfahrens, wie es in dem Gesetz Aufnahme gefunden hat, und speziell der Bestimmung in Art. 84 des Betreibungsgesetzes ist, geht mit aller Klarheit aus der dem definitiven Entwurfe vom Dezember 1888 beigegebenen Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 1888 hervor, worin unter anderm gesagt ist: „Diesen Schutz (d. h. den Schutz des Gläubigers gegen böswillige, auf den Ausschluß desselben von der Teilnahme an einer Pfändung abzielende Rechtsvorschläge) zu gewähren, ist der Zweck des von der Kommission eingeführten summarischen Rechtsöffnungsverfahrens. Summarisch muß dieses Verfahren sein, um

„in fünf Tagen sich abwickeln zu können und dem Gläubiger zu ermöglichen, in der dreißigtägigen Frist einer andern Pfändung sich anzuschließen; ist es aber summarisch, d. h. sind gewisse Beweismittel ausgeschlossen, so kann es unmöglich endgültig sein, da sonst der Betreibene in seinem Verteidigungsrechte ungebührlich geschmälert wäre; dem Betriebenen muß vielmehr unbedingt vorbehalten bleiben, die Rechtsöffnung dadurch unwirksam zu machen, daß er seinerseits als Kläger auftritt.“ Nun kann selbstverständlich innert fünf Tagen über ein Rechtsöffnungsbegehren nur eine Instanz sprechen, und ein Rechtsmittelverfahren läßt sich in dieser Frist unmöglich durchführen. Es könnte sich daher fragen, ob nicht implicite durch die Bestimmungen des Art. 84 des Betreibungsgesetzes ein Instanzenzug im Rechtsöffnungsverfahren ausgeschlossen sei, wie dies das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement auch in seinem Kreis Schreiben vom 17. Februar 1891 (Bundesblatt 1891, I, 372) ausgesprochen hat. Sei dem aber wie ihm wolle, so muß jedenfalls bei der gegenwärtigen Ordnung des Verfahrens und im Hinblick namentlich auf dessen Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Anschlußpfändung den innert fünf Tagen auszufällenden Rechtsöffnungsentscheiden insofern ein definitiver Charakter beigelegt werden, als gestützt auf dieselben die Fortsetzung der Betreibung muß verlangt werden können, ohne Rücksicht darauf, ob gegen dieselben ein Rechtsmittel ergriffen worden sei oder nicht, d. h. es kann letzteren, auch wenn sie als zulässig betrachtet werden, unmöglich Suspensiv-Effekt zuerkannt werden; vielmehr ist zunächst wenigstens der innert fünf Tagen auszufällende, erstinstanzliche Entscheid, mag dagegen ein Rechtsmittel ergriffen worden sein oder nicht, maßgebend für die Frage, ob der Rechtsvorschlag als befeitigt zu betrachten sei und die Betreibung trotz desselben fortgesetzt werden könne.

2. Danach kam es aber vorliegend darauf, daß der Schuldner gegen den erstinstanzlichen, die Rechtsöffnung gewährenden Entscheid die Appellation erklärt hatte, und auf das Schicksal dieser Appellation für die Frage, ob dem Begehren des Gläubigers auf Fortsetzung der Betreibung Folge zu geben sei, überhaupt nicht an. Vielmehr mußte der Betreibungsbeamte schon gestützt auf den erstinstanzlichen Entscheid, von dem in gehöriger Form Kenntnis

erhalten zu haben der Schuldner nicht bestritten, den Rechtsvorschlag, vorläufig wenigstens, als aus dem Wege geräumt betrachten, und die Betreibung auf Begehren des Gläubigers fortgesetzt werden.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und demgemäß, unter Aufhebung des Vorentscheides, die Beschwerde des Wilhelm Göpper abgewiesen und die an letztern am 22. Januar 1897 erlassene Konkursandrohung aufrecht erhalten.

131. Entscheid vom 18. Mai 1897 in Sachen Würtchner.

I. Würtchner-Gally in Genf ließ Frau Morger-Müller in Basel für eine Forderung von 447 Fr. 65 Cts. betreiben. Der Zahlungsbefehl blieb unwidersprochen. Auf sein Fortsetzungsbegehren erhielt der Gläubiger den Bescheid, die Schuldnerin lebe mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft und könne nicht betrieben werden (§ 10 des ehelichen Güterrechtes von Baselstadt). Hierüber beschwerte sich Würtchner-Gally gegen das Betreibungsamt Basel bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, indem er in thatsächlicher Beziehung geltend machte, Frau Morger. betreibe mit Zustimmung ihres Ehemannes ein Handelsgeschäft und es rühre die in Betreibung gesetzte Forderung aus Lieferung von Berufsartikeln her; in rechtlicher Beziehung wurde namentlich auf den bundesgerichtlichen Entscheid in Sachen Neuburger & Cie. verwiesen (Archiv V, Nr. 65). Die baslerische Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab. In ihrem Entscheide wird ausgeführt: Es sei nicht bestritten, daß Frau Morger mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebe. Nach § 10 des baselstädtischen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1884 nun könne die Ehefrau während der Dauer der Gütergemeinschaft aus Verpflichtungen, für welche sie persönlich haftbar sei, wozu auch die Handelschulden einer Handels-

frau gehörten, nicht direkt belangt, sondern es müsse dafür zuerst der Ehemann betrieben werden. Diese Bestimmung stehe mit Art. 35 des Obligationenrechtes nicht im Widerspruch. Die persönliche Haftung bedinge nicht notwendigerweise auch die Betreibbarkeit der Ehefrau. Und ebenso wenig erfordere der Zweck der Bestimmung, daß man ihr eine so große Tragweite beimesse. Durch dieselbe habe lediglich dafür gesorgt werden wollen, daß die Ehefrau ihr Vermögen nicht dem Zugriff der Gläubiger, die ihr für ihren Handel oder ihr Gewerbe kreditiert haben, auf Grund ihrer Weibergutsvorrechte entziehen könne. Zur Erwirkung dieses Zweckes bedürfe es aber nicht einer Vorschrift, daß die betreffenden Gläubiger unter allen Umständen gerade aus dem Frauenvermögen gedeckt werden müssen; vielmehr müsse es genügen, wenn sie dann daraus Deckung erhalten, wenn sie sonst keine Befriedigung finden, d. h. wenn beim Manne nichts mehr zu holen ist. In letzterem Falle aber ließen die Güterrechte durchwegs eine direkte Betreibung der Ehefrau für Schulden, für die sie persönlich haftet, zu. Endlich sei auch in Berücksichtigung zu ziehen, daß eine direkte Betreibung der Ehefrau vor Inanspruchnahme des Mannes in einer Reihe von Kantonen in Folge der güterrechtlichen Eigentumsverhältnisse nicht zur Befriedigung des Kreditors führen würde; es sei aber nicht anzunehmen, daß das Obligationenrecht mit Art. 35 eine in den meisten Fällen aussichtslose Betreibungsmöglichkeit habe schaffen wollen. Überhaupt sei die Frage, ob gegen eine Ehefrau die Exekution durchgeführt werden könne, naturgemäß eine solche des ehelichen Güterrechtes, das bestimme, welche Rechte der Ehefrau mit Bezug auf das eheliche Vermögen zustehen. Diese Rechte seien nun aber während des Bestandes des ehelichen Güterstandes nicht immer bestimmbar; sie würden dies erst bei Auflösung des Güterverhältnisses und in diesem Falle änderten sie sich dann oft sowohl hinsichtlich Qualität als Umfang. Es könnten somit auch während der Dauer des ordentlichen Güterstandes jene Vermögensrechte einen bestimmbaren und damit erequierbaren Vermögenswert nicht bilden, um so weniger, als bei Verwertung solcher Ansprüche auch die Pflichtteilsrechte der Erben geschmälert oder ganz vernichtet würden. Nun unterstehe die Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht nicht