

84. **Entscheid vom 4. Oktober 1910 in Sachen Waldhorn.**

Fortsetzung einer durch Rechtsvorschlag eingestellten Betreibung auf Grund eines im ordentlichen Verfahren ergangenen ausserkantonalen Urteils: Nachträgliche Durchführung des Rechtsöffnungsverfahrens am Betreibungsort, wenn der Schuldner auf erfolgte Anzeige durch das Amt innert zehn Tagen eine der ihm durch Art. 81 Abs. 2 SchKG garantierten Einreden erhebt.

A. — Der Rekurrent M. W. Waldhorn, Versandthaus in Bern, leitete am 14. August 1909 gegen Ernst Stuber, Gypser in Lohn (Kanton Solothurn), für eine Forderung von 45 Fr. aus Warenlieferung Betreibung ein. Der Schuldner erhob Rechtsvorschlag, worauf der Gläubiger ihn auf den 3. Juni 1910 in die Audienz des Gerichtspräsidenten III von Bern laden ließ zur Verhandlung und Beurteilung des Rechtsbegehrens, der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger den bestrittenen Betrag von 45 Fr. zu bezahlen. Die Ladung trug auf der Rückseite den Vormerk, daß laut Bestellschein der Gerichtsstand Bern vereinbart worden sei und es enthält der von Stuber unterzeichnete „Bestell- und Garantieschein“ in der Tat u. a. die Klausel, daß als Gerichtsstand zur Austragung aller zwischen den Parteien entstehenden Streitigkeiten beidseitig der Gerichtsstand des Lieferanten anerkannt werde. Da der Beklagte zum Termin nicht erschien, erkannte der Richter gemäß § 301 der bernischen ZPO, daß dem Kläger sein Rechtsbegehren zugesprochen werde nebst 20 Fr. Prozeßkosten.

Auf dieses Urteil gestützt, in dem er eine definitive Rechtsöffnung erblickte, stellte Waldhorn beim Betreibungsamt Kriegstetten das Fortsetzungsbegehren. Das Amt erließ nach Art. 90 SchKG die Pfändungsankündigung an den Schuldner. Dieser erhob gegen die Pfändung Einspruch und es verfügte das Betreibungsamt daraufhin am 11. Juli 1910, es sei dem Fortsetzungsbegehren keine Folge zu geben, und sandte es dem Rekurrenten zurück, unter Hinweis auf die Entscheide der Aufsichtsbehörde des Kantons Solothurn vom 26. März und 30. Mai 1908, wonach für den Fall, daß der ordentliche Prozeß von einem ausserkantonalen Ge-

richte geführt worden sei, im Bestreitungsfall noch ein Rechtsöffnungsverfahren folgen müsse, weil der Schuldner unter allen Umständen das Recht habe, im Betreibungskanton die Kompetenz des ausserkantonalen Gerichtes anzufechten.

B. — Hiegegen führte der Gläubiger Waldhorn bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde, mit den Begehren, es sei das Amt anzuweisen, dem Fortsetzungsbegehren gesetzliche Folge zu geben und die vom Gläubiger mit Nachnahme erhobenen 70 Eis. zurückzuerstatten und es sei das Amt für alle Folgen seiner Rechtsverweigerung verantwortlich zu erklären. Zur Begründung machte er geltend, das Gesetz mache in Art. 88 ff. keinen Unterschied zwischen Urteilen des Kantons, in dem die Betreibung fortgesetzt werde und den Urteilen eines andern Kantons. Der Rechtsvorschlag sei durch den Zivilrichter von Bern beseitigt worden. Diese Beseitigung gelte auch für den Kanton Solothurn, welcher nicht berechtigt sei, noch ein besonderes Verfahren für die Beseitigung des Rechtsvorschlages einzuführen.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde mit Entscheid vom 25. Juli 1910 aus folgenden Erwägungen abgewiesen: sie halte an der in ihrem frühern Entscheid vom 30. Mai 1908 niedergelegten Auffassung fest, welche mit derjenigen mehrerer Kommentatoren, so namentlich Blumensteins, übereinstimme. Das Urteil des bernischen Richters gehe übrigens nicht auf Rechtsöffnung, sondern auf Zuspruch des bestrittenen Betrages. Der bernische Richter wäre hiezu auch gar nicht kompetent gewesen, da im Rechtsöffnungsverfahren laut bundesgerichtlicher Praxis der Richter des Betreibungsortes allein zuständig sei. Was die Kosten der Pfändungsankündigung betreffe, so müsse der Gläubiger sie bezahlen, da das Amt die Ankündigung vornehmen mußte, um weiter zu entscheiden.

C. — Diesen Entscheid hat der Rekurrent nunmehr unter Erneuerung seines Hauptbegehrens innert Frist ans Bundesgericht weitergezogen. Er hält daran fest, daß das gemäß Art. 79 SchKG im ordentlichen Prozeß erwirkte obfstiegliche Urteil stets die Rechtsöffnung involviere und beruft sich für die Richtigkeit seiner Auffassung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, sowie auf die Kommentare Jaeger und Reichel.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — In Frage steht, ob gegenüber einem außerkantonalen Endurteil, welches nach erfolgtem Rechtsvorschlag die in Betreibung liegende Forderung anerkennt, der Gläubiger vom Betreibungsamt noch angehalten werden könne, am Betreibungsort das Rechtsöffnungsverfahren gegen den Schuldner durchzuführen, bevor dem Fortsetzungsbegehren Folge gegeben wird. Diese Frage ist in der Doktrin freilich kontrovers. Wenn auch alle Autoren darin einig sind, daß es eines besondern, den Rechtsvorschlag beseitigenden Entscheides des Rechtsöffnungsrichters nicht mehr bedürfe, wenn das Urteil im nämlichen Kanton ergangen ist, in welchem die Betreibung angehoben wurde, so gehen die Meinungen auseinander, sobald es sich um ein außerkantonales Urteil handelt. Während Brüstlein (Anm. zu Archiv 5 Nr. 18), Weber und Brüstlein (Komm. Anm. 2 zu Art. 79), Jaeger (Komm. Anm. 3 zu Art. 78) und Blumenstein (Handbuch S. 258 und 288) in diesem Fall noch ein Rechtsöffnungsverfahren verlangen, um den Schuldner in den Stand zu setzen, im Betreibungskanton die Kompetenz des außerkantonalen Richters anzufechten, halten Reichel (Komm. Anm. 2 zu Art. 78) und Brand (Anm. zu Archiv 9 Nr. 3) dafür, daß der Gläubiger nach erfolgreicher Durchführung des ordentlichen Prozesses stets ohne weiteres und ohne Rücksicht darauf, ob der Betreibungs- und der ordentliche Gerichtsstand zusammenfallen, die Fortsetzung der Betreibung verlangen könne. Soweit bundesrechtliche Normen der Vollziehbarkeit des außerkantonalen Urteils wegen mangelnder Zuständigkeit des urteilenden Gerichts entgegenstehen sollten, möge der Gläubiger den staatsrechtlichen Refurs an das Bundesgericht ergreifen (vergl. in diesem Sinn auch Archiv 12 Nr. 13).

2. — Das Bundesgericht hat zu dieser Streitfrage bereits in seinem Entscheid vom 21. September 1904 in Sachen Möller (MS Sep.-Ausg. 7 Nr. 59)* Stellung genommen, indem es festgestellt hat, daß eine Verweisung des Gläubigers, welcher nach Art. 79 SchRG den ordentlichen Prozeßweg betreten habe, auf das Rechtsöffnungsverfahren sich dann rechtfertige, wenn der

Schuldner gegenüber dem Urteil eine der in Art. 81 log. cit. aufgeführten Einreden geltend mache. Wo solche Einwendungen aber nicht erhoben werden, es sich also lediglich darum handle, zu untersuchen, ob die in Betreibung liegende Forderung vollstreckbar und mit der Zubikatsforderung identisch sei, dürfe füglich die Zuständigkeit der Betreibungsbehörden vindiziert werden.

An dieser Auffassung ist festzuhalten, soweit wenigstens die in Abs. 2 von Art. 81 aufgeführten Einreden in Betracht kommen. Das Bundesgericht hält nach wie vor dafür, daß das dem Schuldner eingeräumte Recht, die Kompetenz des außerkantonalen Gerichtes zu bestreiten, sowie die Einwendung zu erheben, daß er nicht regelrecht vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen sei, nur dann in wirksamer Weise gewahrt wird, wenn ihm Gelegenheit gegeben wird, diese Einwendungen auch noch zu erheben, wenn das außerkantonale Urteil erst auf Grund des Rechtsvorschlages gemäß Art. 79 SchRG im ordentlichen Prozeßweg ergangen ist. Die Stellung des Schuldners darf keine schlechtere sein, als wenn der Gläubiger auf Grund des die Forderung anerkennenden außerkantonalen Urteils die Betreibung angehoben hat, und es kann auch nicht damit argumentiert werden, daß im ersten Fall der Rechtsvorschlag durch das Urteil ohne weiteres beseitigt worden sei, so daß für ein Rechtsöffnungsverfahren die Grundvoraussetzung fehle (Archiv 9 S. 16). Freilich werden durch den Zuspruch der Klage Bestand und Vollstreckbarkeit der Forderung anerkannt und damit der Rechtsvorschlag implizite aufgehoben. Durch das Urteil über den materiell-rechtlichen Anspruch wird aber eine neue Rechtslage geschaffen, welche dem Schuldner gestattet, nunmehr die ihm durch Art. 81 Abs. 2 garantierten Einreden zu erheben. Diese Einreden waren im ursprünglichen Rechtsvorschlag unmöglich inbegriffen, da ja der Richter damals noch gar nicht angegangen worden war, und sind somit durch das Urteil auch nicht beseitigt worden.

Wenn nun geltend gemacht wird, daß dem Schuldner in einem solchen Falle der staatsrechtliche Refurs an das Bundesgericht offen stehe, so ist zu sagen, daß man damit der Sachlage nicht gerecht wird. Es ist umsoweniger Anlaß vorhanden, zu diesem ausnahmsweisen und schon der langen Fristen wegen nicht wohl

* Ges.-Ausg. 30 I Nr. 99 S. 579 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

in das Betreibungsverfahren hineinpassenden Rechtsmittel zu greifen, als das Gesetz hierfür selber ein einfacheres, kürzeres und dem ganzen Betreibungsverfahren weit besser angepasstes Mittel an die Hand gibt, nämlich die Anwendung des Rechtsöffnungsverfahrens. Auch liegt kein Grund vor, den Schuldner dadurch, daß man ihn so aus der Stellung des Beklagten in diejenige des Klägers drängt, schlechter zu stellen, als er es wäre, wenn das betreffende Urteil vor Anhebung der Betreibung ergangen wäre: im letztern Falle hätte er die gleiche Einrede ja auch als Beklagter im Rechtsöffnungsverfahren erheben können. Doch hat offenbar ein solches Verfahren nachträglich nur dann noch Platz zu greifen, wenn der Schuldner dem Urteil gegenüber die erwähnten speziellen Einwendungen wirklich und ausdrücklich erhebt, da es natürlich in seinem Belieben steht, von diesem Recht Gebrauch zu machen oder nicht. Ferner ist diese Möglichkeit dem Schuldner nur hinsichtlich der Einreden des Art. 81 Abs. 2 SchRG zu garantieren, da die in Abs. 1 aufgeführten auch für den Fall gelten, wo die Forderung auf einem innerkantonalen Urteil beruht. Wie bereits festgestellt, ist aber der Schuldner einem nach Art. 79 SchRG gefällten innerkantonalen Urteil gegenüber überhaupt nicht mehr in der Lage, Einwendungen zu erheben; er kann sich daher auch gegenüber einem außerkantonalen auf die Einreden des Art. 81 Abs. 1 SchRG nicht mehr berufen.

3. — Ist dem aber so, so fragt sich weiter, wie das Verfahren im einzelnen zu gestalten sei, um den Schuldner in den Stand zu setzen, die Einrede der Unzuständigkeit des außerkantonalen Gerichtes bzw. der unregelmäßigen Vorladung oder Vertretung aufzuwerfen, ohne den Fortgang der Betreibung ungebührlich zu verzögern. Da der Fall im Gesetz nicht geregelt ist, ist die vorhandene Lücke in Vollziehung des gesetzgeberischen Gedankens und Willens und unter möglichster Anpassung an den Rahmen und das System des Gesetzes auf dem Weg der analogen Gesetzesanwendung auszufüllen.

Das geschieht am besten dadurch, daß, wenn die Fortsetzung der Betreibung auf Grund eines die Forderung aner kennenden außerkantonalen Urteils verlangt wird, das Betreibungsamt den Schuldner anlässlich der Pfändungsankündigung bzw. vor der

Konkursandrohung darauf aufmerksam macht, daß es ihm freistehe, binnen zehn Tagen eine der in Art. 81 Abs. 2 SchRG aufgeführten Einreden (gleichsam als nachträglichen Rechtsvorschlag) mündlich oder schriftlich beim Betreibungsamt zu erheben, worauf der Gläubiger jeder weiteren Maßnahme seitens des Amtes vorgängig zur Beseitigung der Einrede das Rechtsöffnungsverfahren gegen den Schuldner am Betreibungsort einzuleiten habe. An die Anzeige ist ferner die Androhung zu knüpfen, daß im Fall der Unterlassung einer Einrede die Betreibung ihren Fortgang nehmen würde. Die Interessen sämtlicher Beteiligten werden in der Tat am besten gewahrt, wenn bis nach Ablauf der zehntägigen Frist mit der Pfändung oder der Konkursandrohung zugewartet wird. Es werden dadurch für den Fall der gerichtlichen Begründeterklärung der Einrede die bezüglichlichen Kosten und die nachträgliche Wiederaufhebung der Pfändung oder der Konkursandrohung vermieden. Die Betreibung ist somit von vornherein während der zehntägigen Frist als eingestellt zu betrachten.

4. — Da dieses Verfahren in casu noch nicht durchgeführt worden ist, sondern der Schuldner auf die gewöhnliche Pfändungsankündigung hin kurzerhand gegen die Pfändung Einsprache zu erheben erklärt hat (ohne zu erklären weshalb), ist es nachzuholen und das Betreibungsamt demnach anzuhalten, dem Schuldner eine neue Pfändungsankündigung zuzustellen, worin es ihm unter Angabe der Folgen mitteilt, daß es ihm freistehe, binnen zehn Tagen eine der in Art. 81 Abs. 2 SchRG aufgeführten Einreden zu erheben.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Motive begründet erklärt.