

wäre hiebei in Ansehung der Schuldpflicht auf die Frage beschränkt, ob ein vollstreckbarer, d. h. rechtskräftiger Verwaltungsakt vorlag; er hätte also bei unterlassenem Rechtsvorschlag die dem Rechtsöffnungsrichter nach Art. 80 Abs. 2 obliegende Prüfung nachzuholen und bei erfolgter Rechtsöffnung den Entscheid des Rechtsöffnungsrichters zu überprüfen. Eine Rückforderungsklage im solch begrenztem Sinn ließe sich mit Rücksicht auf den Zusammenhang mit dem Vollstreckungsverfahren bei weiter Auslegung vielleicht unter die Kompetenznorm des Art. 64 BB bringen. Aber ein wirkliches Bedürfnis nach einer derartigen Komplikation des Verfahrens kann nicht als vorhanden anerkannt werden. Da, wie bereits bemerkt, die Betreibung der öffentlichen Forderungen, zumal der Steuern, aller Regel nach auf Grund von rechtskräftigen Verwaltungsakten geschieht und bei Zweifeln über die Rechtskraft der die Schuldpflicht bestreitende Betriebene fast immer Rechtsvorschlag erheben wird, würde die Rückforderungsklage nur in den seltensten Fällen Erfolg haben. Sie würde kaum eine irgendwie wirksame Garantie gegen unbegründete öffentlichrechtliche Ansprüche und deren Vollzug bilden, sondern lediglich zu unnötigen Weiterungen und Kosten Anlaß geben. Und da nun nichts in Art. 86, der, wie hervorgehoben, offenbar nur die Rückforderung privatrechtlicher Zahlungen im Auge hat, darauf hinweist, daß bei öffentlichrechtlichen Ansprüchen eine Restitutionsklage unter besonderer beschränkter Kognition des Richters zulässig sein soll, rechtfertigt es sich, die Geltung dieser Bestimmung für die Rückforderung publizistischer Leistungen (wegen behaupteter Nichtschuld) überhaupt abzulehnen. (Vergl. auch Entscheide des Obergerichts und des Regierungsrates Bern, Monatsblatt für bern. Rechtspr. 1894 S. 301, 1897 S. 398; 36JB 1904 S. 356.)

Aus dem gesagten ergibt sich, daß der angefochtene Entscheid, der die Kompetenz der zugerischen Gerichte für die Klage der Rekurrentin verneint, mit Art. 86 SchKG nicht in Widerspruch steht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

**11. Urteil vom 5. Februar 1908 in Sachen
E. Eisenhut-Nigassi gegen Regierungsrat Appenzell A.-Rh.**

Art. 86 SchKG: Das Erfordernis einer der Klage vorgängigen Betreibung verstößt gegen Bundesrecht.

A. Durch Entscheid des Gerichtspräsidenten des Hinterlandes, Appenzell A.-Rh., vom 8. Dezember 1906, wurde dem J. J. Möller in Necker auf Grund eines Verlustscheines gegen den Rekurrenten definitive Rechtsöffnung erteilt für den Betrag von 4042 Fr. 80 Cts. nebst Zins. Der Rekurrent bezahlte dem Möller diesen Betrag am 26. Mai und 3. Oktober 1907. Am 16. Oktober 1907 richtete der Rekurrent folgende Eingabe an das Vermittleramt Herisau: „Da ich gegen J. J. Möller in St. Gallen „eine Rückforderungsklage nach Maßgabe des Art. 86 SchKG „zu erheben habe, so ersuche ich Sie, auf Montag, den 28. Oktober vormittags einen Vermittlungsvorstand anzuordnen.“ Das Vermittleramt sandte ihm die Eingabe mit der Bemerkung zurück: „Wie Ihnen schon früher mitgeteilt, muß in Forderungssachen der „betreffende Zahlungsbefehl die Grundlage zur Vermittlungsver- „handlung bilden.“ Über diesen Entscheid beschwerte sich der Rekurrent beim Regierungsrat von Appenzell A.-Rh., der die Beschwerde am 26. November 1907 mit folgender Begründung abwies: Sowohl die Zivilprozessordnung wie auch eine konstante Gerichtspraxis verlangten für das ordentliche Verfahren in Zivilsachen ein für den Rechtsanspruch grundlegendes Aktenstück, einen Zahlungsbefehl oder ein Rechtsbot mit erfolgtem Rechtsvorschlag. Ausgenommen hievon seien lediglich die Genugtuungs- und Ehescheidungsbegehren. Es werde in dieser Hinsicht speziell auf die Art. 1, 2, 38, 39 und 41 ZPD verwiesen, die nur insoweit durch das Betreibungsgesetz ersetzt seien, als sie damit im Widerspruch stünden. Art. 41 sage deutlich, daß der Vermittler die Parteien erst nach erfolgtem Rechtsvorschlag zur Vermittlung laden solle. Ein Rechtsvorschlag aber setze einen Zahlungsbefehl oder ein Rechtsbot voraus. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung sei

einleuchtend. Der Vermittler solle erst dann seines Amtes walten, wenn feststehe, daß der Rechtsanspruch vom Angesprochenen nicht anerkannt werde und zudem solle der Vermittler für seine Vermittlung eine schriftliche Formulierung des Klagenspruches haben. Der Umstand, daß es sich um eine Rückforderungsklage im Sinne von Art. 86 SchKG handle, ändere an der Sache nichts, denn für diese Rückforderungsklage sei weder das beschleunigte noch das summarische, sondern das ordentliche Prozeßverfahren maßgebend. Zum ordentlichen Prozeßweg in Forderungsklagen gehöre aber nach der ZPD auch der Vermittlungsvorstand. Wenn das Bundesgesetz vom „Gericht des Betreibungsortes“ spreche, so solle damit zweifellos nur gesagt werden, daß dieses Gericht örtlich zuständig sei, nicht aber, daß der gerichtlichen Verhandlung kein Vermittlungsvorstand vorauszugehen habe.

B. Gegen den Entscheid des Regierungsrates hat Eisenhut den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht mit dem Antrag auf Aufhebung ergriffen. Es wird ausgeführt: Betreibungsverfahren und Prozeßverfahren seien zwei grundverschiedene Verfahren, die nicht miteinander verknüpelt werden dürften. Es gehe daher nicht an, die vorgängige Betreibung zu einer Prozeßvoraussetzung nach kantonalem Recht zu machen und zwar speziell nicht bei Rückforderungsklagen nach Art. 86 SchKG.

C. Der Regierungsrat von Appenzell A.-Rh. hat auf Abweisung des Rekurses angetragen. Die Ausführungen der Bernehmlassung decken sich wesentlich mit der Begründung des angefochtenen Entscheides.

Das Vermittleramt Herisau hat keinen Antrag gestellt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach der ZPD von Appenzell A.-Rh. (§ 41) bilden das sogenannte Rechtsbot und der auf das Rechtsbot erklärte Rechtsvorschlag des Betriebenen die Grundlage für das Verfahren vor dem Vermittler, nach dessen fruchtlosem Verlauf der Prozeß innert bestimmter Frist vor Gericht anhängig zu machen ist (§ 49). Bei Ansprüchen, die nach dem eidgenössischen SchKG vollzogen werden, ist an Stelle des Rechtsbots die Betreibung getreten (vergl. § 24 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes). Hier muß also, bevor die Anordnung des Vermittlungsvorstandes stattfinden kann,

der Angesprochene betrieben sein und den Rechtsvorschlag erklärt haben (S. auch US 26 I S. 304 Erw. 1).

2. Trägt es sich, ob dieses Erfordernis eines vorgängigen Zahlungsbefehls und Rechtsvorschlages bei einer Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG, um welche es sich hier allein handelt, wie der Rekurrent behauptet, gegen das Bundesgesetz verstößt, so fällt in Betracht: Nach Art. 86 kann derjenige, der in Folge Betreibung eine Nichtschuld bezahlt hat, den bezahlten Betrag innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem ordentlichen Prozeßweg zurückfordern. Wenn auch das Bundesgesetz darnach für das Verfahren auf das kantonale Prozeßrecht verweist, so stellt sich doch die Klagfrist von einem Jahr seit der Zahlung als eine durch das eidgenössische Recht bestimmte Frist dar. Und deshalb erscheint auch die Frage, was innerhalb der Frist geschehen muß, um das Klagerecht zu wahren, als eine solche des eidgenössischen Rechts, die mangels einer ausdrücklichen Vorschrift im Bundesgesetz nach dem Sinn und Zweck des letztern zu lösen ist. Nun kann unter dem Zurückfordern im ordentlichen Prozeßweg nicht wohl die Betreibung, sondern nur die Erhebung des Anspruchs vor einer richterlichen Behörde, dem Vermittler oder dem ordentlichen Richter, verstanden werden; denn die Betreibung ist kein Akt des ordentlichen Prozesses, sondern der Zwangsvollstreckung, sie bezweckt nicht die materielle Feststellung eines bestrittenen Anspruchs durch den Richter, sondern bildet ein eigenartiges Verfahren zur Feststellung lediglich der Grequierbarkeit eines Anspruches. Man könnte daher keinesfalls annehmen, daß schon mit dem Erlaß des Zahlungsbefehls die Frist des Art. 86 gewahrt wäre, weil damit der ordentliche Prozeßweg noch nicht beschritten ist. Und ebenso würde sich die Auffassung verbieten, daß der Kläger, vorgängig dem vor Ablauf der Frist zu beschreitenden ordentlichen Prozeßweg, zu einer weiteren Handlung, nämlich der Betreibung, verpflichtet sein soll, weil eine solche Verkürzung der nach Art. 86 für den Entschluß zur Rückforderungsklage offenstehenden Frist nach dem Sinn und Zweck des Bundesgesetzes durchaus unzulässig wäre. Dazu kommt, daß eine vorgängige Betreibung bei der Rückforderungsklage des Art. 86 eine gänzlich überflüssige Weiterung bilden würde; die Klage schließt ja bereits an eine Betreibung als ihre Grundlage an, und der Standpunkt

des Beklagten steht dadurch genügend fest, daß er den Kläger betrieben und von ihm die Zahlung entgegengenommen hat. Endlich ist zu bemerken, daß das Erfordernis der vorgängigen Betreibung zu Verwirrung führen würde und wohl gar nicht durchführbar wäre in den Fällen, wo das Forum der Betreibung und der Ort der Rückforderungsklage (Art. 86 Abs. 2) auseinanderfallen. Das Bundesgericht hat denn auch aus ähnlichen Erwägungen im Urteil Dorn vom 26. September 1900 (US 26 I Nr. 56) ausgesprochen, daß die Vorschrift des Appenzell A.-Rh. Prozesses, wonach die Klage durch ein „Rechtsbot“ oder einen Zahlungsbefehl einzuleiten ist, in Ansehung der Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 3 SchRG gegen Bundesrecht verstößt (vergl. auch US 25 I Nr. 31; 33 I S. 106 Erw. 2; ferner zwei Urteile i. S. Kopp vom 16. Juli und 21. September 1907, abgedruckt in der SchwZ 4 S. 116 und 221*).

3. Aus dem Gesagten folgt, daß der angefochtene Entscheid, insofern er bei Rückforderungsklagen nach Art. 86 leg. cit. an dem Erfordernis einer vorgängigen Betreibung festhält, auf einer Verkennung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht beruht (Art. 2 der Übergangsbestimmungen der BB, s. auch US 32 I S. 657 Erw. 2). Trotzdem kann der Rekurs nicht gutgeheißen werden; denn die weitere Erwägung des Regierungsrates, daß der Vermittler für seine Vermittlung eine schriftliche Formulierung des Klageanspruches haben müsse (wobei zu ergänzen ist, daß der Rekurrent es jedenfalls auch an einer solchen Formulierung habe fehlen lassen) erweist sich als unanfechtbar. Wenn das Klagebegehren nicht aus einer vorgängigen Betreibung ersichtlich ist, muß es jedenfalls vom Kläger in der Eingabe an den Vermittler genau formuliert werden. Nach Art. 41 Abs. 2 der ZPO erwächst nämlich die Forderung in Kraft, wenn der Beklagte auf eine zweite, peremptorische Vorladung nicht zum Vermittlungsvorstand erscheint. Das setzt natürlich voraus, daß dem Beklagten mit der Vorladung das formulierte Klagebegehren mitgeteilt wird, was nur geschehen kann, wenn die klägerische

Eingabe an den Vermittler hierüber bestimmte Angaben enthält. Nun hat der Rekurrent in seiner Eingabe an den Vermittler keinerlei Begehren gestellt. Aus diesem Grunde konnte, ohne Verletzung von Bundesrecht, sein Gesuch um Anordnung des Vermittlungsvorstandes von der Hand gewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

* AS 33 I Nr. 96 S. 623 ff. und II Nr. 66 S. 452 ff.

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