

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:	7 (1858)
Heft:	1
Artikel:	Die Bildung des Concursprocesses nach schweizerischen Rechten
Autor:	Heussler, Andreas
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896762

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: 22.02.2026

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

Die Bildung des Concursproesses nach schweizerischen Rechten.

(Von Dr. Andreas Heusler in Basel.)

Die Entstehung und die Ausbildung des heut zu Tage geltenden Concursverfahrens gehört noch zu den dunkeln Theilen der Geschichte des Procesrechts. Die Lehrbücher des gemeinen deutschen Proesses und selbst die Monographien über Concursproceß begnügen sich meist mit den kurzen Bemerkungen, das ältere deutsche Recht habe kein eigentliches Concursverfahren gekannt, sondern bloß strenge, vorzüglich gegen die Person des Schuldners gerichtete Executionsmittel, und erst seit dem 17. Jahrhundert habe sich durch Praxis, Doctrin und Gesetzgebung das Concursverfahren gebildet, das somit weder römisches, noch canonisches, noch rein deutsches Recht sei. Entgegen dieser herrschenden Ansicht hat Fr. v. Wyss in seiner Schrift über die Geschichte des Zürcher Concursproesses für Zürich eine Entwicklung aus dem alten deutschen Rechte ohne Einwirkung von fremden Rechten und das Bestehen eines Concursverfahrens schon im Aufange des 16. Jahrhunderts nachgewiesen und die Meinung geäußert, daß sich für das ganze Gebiet des süddeutschen Rechts eine ähnliche Entwicklung würde erweisen lassen. Anfangs war es nun meine Absicht, dieß in Bezug auf Basel näher zu begründen, indessen erweiterten sich während der Arbeit die Gränzen derselben, ich gieng über Basel hinaus und zog noch andere Cantonalrechte in den Kreis der Untersuchung. Als Resultat ergab sich, daß das Concursverfahren aller dieser Cantone auf eine gemeinsame Grundlage zurückzuführen sei, welche im alten deutschen Rechte wurzelt. Indem ich dieß aus-

zuführen versuchen werde, bin ich mir der Lückenhaftigkeit dieser Abhandlung sehr wohl bewußt. Ich beschränke mich auf wenige Cantone, welche die Eigenthümlichkeiten ihres Rechts besonders scharf und consequent ausgebildet haben und so den Grundtypus am deutlichsten zur Erscheinung bringen, der die Rechte ganzer Cantonsklassen im Großen und Ganzen charakterisirt, wenn auch hie und da die Ausbildung des Rechts in den einzelnen Cantonen nicht denselben Gang genommen hat, sondern in ihren Spitzen aus einander geht. Eine systematische Darstellung der jetzt geltenden Rechte liegt dem Zwecke dieser Abhandlung fern und bleibt daher hier ausgeschlossen.

Das alte deutsche Recht kennt keinen Concursproceß, die Befriedigung des Creditors wird durch einfachere, wenn auch härtere Mittel gesucht. Die Ursache liegt in der von der jetzigen Anschauung ganz abweichenden Ansicht über Haftpflicht der Person und Haftung des Vermögens. Der Schuldner gilt persönlich als haftbar, gegen seine Person wird daher die Execution gerichtet, nicht gegen sein Vermögen. Eine Ausnahme hiervon bewirken aber die Grund- und Bodenzustände, und zwar eine um so weiter greifende Ausnahme, als sie fast alle Lebens- und Verkehrsverhältnisse beherrschen, nämlich die, daß für grundversicherte Forderungen bloß das Grundstück, aber auch kein Vermögenstheil mehr, haften könne. Also dort bloße Haftung der Person, hier bloße Haftung der Liegenschaft, in beiden Fällen noch keine des ganzen Vermögens und bloß des Vermögens. Erst allmählig bricht sich die Ansicht Bahn, daß der Gläubiger durch Pfändung einzelner Vermögensstücke sich für seine Forderung Sicherheit verschaffen könne, und durch immer weitere Ausdehnung dieses Gedankens ist man endlich zum Concurse gelangt. Die Schuldbetreibung des 14. Jahrhunderts enthält die Keime, aus denen später das Concursverfahren herausgewachsen ist. Nach der Darstellung, welche dieselbe im letzterschienenen Heft dieser Zeitschrift gefunden hat, scheint ein näheres Eingehen darauf doppelt zwecklos, dennoch muß mir eine Seite des alten Schuldbetriebs noch genau erörtert werden, nämlich die, wo eine Mehrheit von Gläubigern auf ei-

gemeinschaftliches Unterpfand concurrirt oder sonstige Execution auf Vermögensstücke ihres Schuldners erhält. Freilich ruft dies noch keinerlei Concursverfahren hervor, es hat aber die Formen geliefert und ausgebildet, in die sich später der Concursproceß eingekleidet und durch deren Erweiterung und Ausdehnung er seine heutige Gestalt erhalten hat. Ein näheres Eingehen auf diesen Punkt ist daher wohl gerechtfertigt.

1. Concurrenz von grundversicherten Creditoren.

Grundbesitz bildet im ganzen altdeutschen Rechtsleben den Hauptfactor eines Vermögens, und daher hat auch kein Zweig des deutschen Rechts eine so feine Ausbildung erhalten als die Grund- und Bodenverhältnisse. An sie schließt sich großenteils der tägliche Verkehr an; er bewegt sich in dem Zins- und Güstsysteem auf eine Weise und in einem Umfange, wovon unsere Zeit keinen Begriff mehr hat. Auf das Institut der Rente, des Bodenzinses, kann hier natürlich nicht näher eingetreten werden; bekanntlich wurde es dem schon bestehenden Erbzinsrecht, der Erbleihe, nachgebildet, und begründete im Wesentlichen dieselben Verpflichtungen. Zumal das, worauf es hier ankommt, ist bei den gemeinsam: der Gläubiger, resp. Eigenthümer des verhafteten Gutes hat das Recht, dasselbe bei Mißbau oder wegen versessener Zinsen an sich zu ziehen. Dieser Heimfall des Guts an den Herrn machte sich bei der alten Erbleihe sehr einfach, der Grundherr zog das Gut ipso jure an sich und verlieh es weiter. Mit der Abschwächung des Grundeigenthums zu bloßer Zinsberechtigung gegenüber dem zum dominium utile gewordenen Rechte des Zinsmannes tritt ein gerichtliches Verfahren ein, das unter dem Namen der Frönung bekannt ist, und noch später im Concursprocesse eine bedeutende Rolle spielt. Fronen, vronen, wird von frô, froho (dominus), adj. frôn (heilig, hehr, herrschaftlich)¹⁾ abgeleitet und bezeichnet demnach den Act, wo durch sich der Gutsherr zu seinem ihm ledig gefallenen Gute zieht. Obschon also in dem Worte an sich nicht nothwendig die

¹⁾ Grimm, Rechtsalterthümer, S. 230.

Bedeutung liegt, daß richterliche Mitwirkung eintreten müsse, so wird der Ausdruck doch immer nur da angewendet, wo der Zinsberechtigte die Hilfe des Gerichts in Anspruch nimmt. Und zwar äußert sich die Fronung als ein Verbot: fronen ist dasselbe was verbieten, also ein Arrest angewendet auf Immobilien mit eigenthümlichen Folgen. Bei Fahrniß wird das Wort selten gebraucht: ich habe es bloß einmal in dieser Anwendung gefunden, und zwar in dem (späteren) Zusatz zu der Dienstordnung der Basler Beamten aus dem Ende des 14. Jahrhunderts; ¹⁾ diese Stelle im Vergleich mit andern, die immer den Ausdruck brauchen: das Liegende fronen und das Fahrende verbieten, zeigt, daß die Fronung in einem Arrest bestand, den der Creditor für versessene Zinse oder Mißbau auf das Gut legte. Auch das sächsische Weichbildrecht beweist dies, indem es fronen durch consignare übersetzt. Es sagt im Art. 53: So abir ehnem manne sine gewere gevronet wirt, alz ofte er uz und yn get, alz uffte mus er dem richtere wetten d̄y fronunge, sie sh̄ deun mit rechte benomen. Si proprium alicuius consignatum iudiciliter sit, quotiens exira vel intra vadit aut ingreditur, totiens iudici mulctam demeretur, nisi consignatio illa iudiciliter amota sit. Während nun, wie wir unten sehen werden, arrestierte Fahrniß hinter den Richter gelegt wurde, bedurfte es bei Immobilien, wo dies natürlich nicht geschehen konnte, eines äußerlichen Kennzeichnens, um die Fronung zu bezeichnen. Nach Ssp. II, 41. §. 1 und Schwsp. (Wackern.) 175 bestand dasselbe in einem Kreuze, das der Fronbote auf das Thor steckte; nach andern Rechten in Ausschneiden eines Spans, nach dem Solothurner Stadtrecht von 1604 (tit. X, §. 6.) z. B. noch in Span- und Wasenschnitt. Auch in der französischen Schweiz finden wir diesen Act: der französische Schwabenspiegel, der nach Matile in jenen Gegenden wirklich gegolten hat, übersetzt den Art. 175 seines deutschen Musters (dā sol der vrōnebote ein kriuce uf daz tor steken unde sol ez dā mit vrōnen) im Art. CCI so: ses messages (sc. du iuge) doit metre une croit sor la porte de lostel ou sor la freste, cest signes de sansine.

¹⁾ Rechtsquellen von Basel, Nr. 64, Ann. 3.

Fröning ist also hienach dasselbe wie die saisie, welche noch jetzt die Basis der Schuldbetreibung und der Execution in den französischen Landen ist und eben in einem Verbot oder Arrest besteht; die Thätigkeit des heutigen Huissier, der sich auf das Grundstück begibt, pour en faire la désignation et en déclarer la saisie, ist im Grunde bloß das moderne Kleid für das Aufstecken des Kreuzes am Thore des gefrönten Hoses durch den Fronboten, und die Wirkung beider Akte ist ganz dieselbe.

Das weitere Verfahren war nun überall ziemlich übereinstimmend folgendes: der Zins herr trat vor Gericht und erklärte, warum er das Gut gefrönt und in Gericht gezogen habe, d. h. er rechtfertigte das Verbot, die saisie, und wartete der Frönde aus drei vierzehn Nächten, also sechs Wochen. Während dieser Zeit konnte der Schuldner das Gut verstehen und entschlagen, mit andern Worten, er konnte seine Rechte wahren durch Bestreiten der gegnerischen Forderung oder das Gut befreien durch Bezahlung des versessenen Zinses. War aber jene Frist ohne Einwendung oder Zahlung des Schuldners verflossen, so setzte das Gericht den Frönenden in den Besitz des Gutes ein.

In dem alten Erbzinsverhältnisse mag diese Einweisung sofort jedes Wiederlösungsrecht des säumigen Zinsmannes abgeschnitten haben, nicht so in dem neuen Renten- und Bodengütlensystem: hier war der Schuldner eben doch der Eigenthümer, und die Einweisung gab dem Gläubiger noch keine Eigengewere; er mußte sich diese erst erwerben durch unangefochtenen Besitz innert Jahr und Tag; jene Einweisung war also der alten Satzung näher verwandt als der Eigentumsübertragung. Auch hierin zeigt sich die Natur der Fröning als eines Arrestes, als einer bloß provisorischen Maßregel zur vorläufigen Sicherung des Creditors. Dem Schuldner stand also innert Jahr und Tag die Lösung offen, und erst nach Verfluss dieser Frist ohne Befriedigung des Immittirten setzte ihn das Gericht in volle Gewalt und Gewer des Guts. Dass der Schuldner, der keine Möglichkeit der Lösung vorsah, dem Gläubiger die Liegenschaft sofort auflassen konnte, um weitere Kosten zu verhindern oder noch einen Ueberschuss herauszuerhalten, mag nicht auffallend erscheinen; ich finde dieß in einer Basler Urkunde von 1394: Hügli

von Louffen lagte zu Greden Joh. Suntags sel. wilent Ehefrau, sie hätte ihm eine Hoffstatt gefrönt, daß sie ihm die ent- schlüge, da er ihr des Rechten gehorsam sin wolle. Da er aber die Gred doch nicht befriedigen konnte, so erkannte das Gericht, die Gred solle bei ihrem Brief bleiben, worauf ihr Hügli die Hoffstatt vor Gericht fertigte. Nach andern Rechten konnte der Schuldner Verkauf des Hauses verlangen, wenn er auf einen Mehrerlös über die Schuld, wegen der gefrönt war, hoffte. Ganz deutlich erscheint das Lösungsrecht in den Ländern innert einer Zeit von 3 Monaten nach der Einweisung,¹⁾ ähnliches mag früher in Zürich gegolten haben,²⁾ ebenso in der französischen Schweiz, wo der Schuldner, dem in Folge von gagement oder subhastation sein Gut genommen ist, innert einer bestimmten Zeit (gewöhnlich 3 Monaten) die réhemption hat. Ich erwähne diese Uebereinstimmung jetzt schon, weil durch verschiedene Fortbildung derselben im späteren Concursproesse sich bedeutende Abweichungen gebildet haben, welche sich aber auf dieselbe Grundlage zurückführen lassen.

Verwickelter wurde nun aber die Sache, wo mehrere Gültgläubiger oder Gült- und Pfandgläubiger concurrirten. Hier konnte nicht der Frönende ohne Weiteres in den Besitz eingewiesen werden, weil noch Andere außer ihm Rechte auf das Gut hatten, und also auszumitteln war, wer von diesen das beste Recht habe. Man schlug hiefür den Weg der Vergantung ein; aber das war bloß die äußerliche Form für ein Verfahren, das den damaligen Verhältnissen besser, ja einzig entsprach. Denn wer hätte im Grund Versteigerung fordern, wer den Erlös ansprechen können? Die Gülen waren ja unablöslich, der Gläubiger hatte bloß einen Anspruch auf den Zins oder das Gut selbst; es konnte demnach nicht von Anfang an das Begehren des Gläubigers auf Subhastation und in Folge derselben auf Bezahlung seines geliehenen Capitals gehen, sondern bloß auf Einweisung in den Besitz; bloß darum konnte es sich also

¹⁾ Blumer, St. und RG. der schweizerischen Demokr. Bd. I. S. 460.

²⁾ Fr. v. Wyss in dieser Zeitschrift, Bd. VII. Abhandlung S. 18, Ann. 1.

bei mehreren Creditoren handeln, welcher von ihnen das Gut übernehmen wolle. Daß man dieses Verfahren in die Form der gerichtlichen Gant einkleidete, geschah wohl weniger, um dem Schuldner einen etwanigen Ueberschuß noch zu Gut kommen zu lassen, denn darum bekümmerte sich der Richter nicht, als vielmehr um das Verfahren möglichst abzufürzen, und dennoch den sämmtlichen Gültgläubigern das möglichst sichere Mittel an die Hand zu geben, ihre Rechte zu wahren. Wenn man nun bedenkt, daß es ein Schuldner wohl nie zur Fröning kommen ließ, so lange er noch Geld auf seine Liegenschaften aufnehmen konnte, so begreift sich leicht, wie selten ein anderer als die Gültgläubiger auf ein Gut bot, das er mit Belastung sämmtlicher Zinse und wohl gar in verwahrlostem Zustande hätte übernehmen müssen. Gewöhnlich also der Form nach eine Gant, dem Wesen nach ein Zugverfahren, wo der jüngere Zinsgläubiger den ältern überschlagen und ausslösen muß, wenn er nicht seine Forderung ganz verlieren soll. Dieses Verfahren ist der ganzen Schweiz eigen und kann wohl als gemeines Recht bezeichnet werden. Eigenthümlich ist das Basler Recht in dieser Hinsicht: der frönende Gläubiger bietet zuerst, und zwar 1 Pfund 3 S. Daß diese Summe ein bloß imaginärer Kaufpreis ist, ergibt sich aus ihrer Stabilität bei allen Ganten. Wahrscheinlich ist sie die Buße und die Betreibungskosten, die eigentlich der Schuldner zahlen sollte; die Gerichtskosten sind es darum nicht, weil sie in den Stock, d. h. in das Stadtgut verfallen sind. Dem Wesen nach begeht also der Vietende bloß Immision in das Gut gegen Bezahlung der Gebühren, unter Uebernahme des auf dem Hause haftenden Eigenthumszinses und der älteren Gültten. Den ihm nachgehenden Creditoren muß aber freistehen, die Immision des Frönenden zu verhindern durch die Erklärung, daß sie sich zu dem Gute ziehen wollen und die Gült des Frönenden damit übernehmen. Die Form für diese Erklärung ist das Ueberbieten mit 1 Pf. 4 S., spätere Creditoren überbieten dann wohl noch mit 1 Pf. 5 S. und 1 Pf. 6 S. Oft sagen daher die Urkunden geradezu, der Gläubiger habe das Gut gekauft um seine Schuld, oder um die Zinse, die auf dem Hause ausstanden, oder um 1 Pf. 3 S. an die Schuld. Diese

1 Pfld. 3 $\frac{1}{2}$ waren so constant, daß Anno 1406¹⁾ eingeschärft wurde, der Käufer habe sie sofort in den Stock zu legen. Die Veranlassung zu diesem Erlass war wahrscheinlich, daß der Gläubiger, der noch innert Jahr und Tag Lösung des Guts durch den Schuldner zu erwarten hatte, gegen Zahlung von Capital, Zins und Kosten, gewöhnlich die Kosten nicht sofort zahlte, sondern abwarten wollte, ob der Schuldner nicht löse und dann auch die 1 Pfld. 3 $\frac{1}{2}$ entrichte.

Man muß sich übrigens nicht vorstellen, daß dieses überall übliche Zugverfahren sich ganz selbstständig gebildet habe, vielmehr übte die beim freiwilligen Verkaufe von Eigenschaften herrschend gewordene Idee große Einwirkung. Bei dem Kaufe eines Guts ließ sich der Käufer angeben, was für Zinse auf dem Haus haften, und erklärte dann, er zahle für die Besserung über diese Zuse, die er ohne des Verkäufers Vergeltñß auf sich nehme, noch so und so viel; oder bei einem Tausch von zwei Grundstücken wurde erklärt, dieweil des A Gut an dem Werth sein des B Gut übertreffe, habe B dem A für solche Besserung noch 10 Pfund baar herausbezahlt. Besserung ist also der Mehrwerth des Gutes über das darauf lastende Capital, und nach ihm allein bestimmt sich der Kaufpreis, ja da die Gültien unabköstlich sind und also ohne Frage mit dem Haus auf den neuen Erwerber übergehen, so kommt von Anfang an bloß der Werth in Betracht, den das Haus noch trotz seiner Zinsenlast hat, und wenn es sich darum handelt, eine neue Gült darauf zu legen, so wird die Besserung damit belastet; der Zins ist eine Ueberbesserung. So spricht man noch heut zu Tage in Basel von einem Capital auf erster Ueberbesserung, in Waadt von prévaillance, in den innern Cantonen von Ueberzins,²⁾ in Bern von Ueberzins.³⁾ Diese das Rentenverhältniß beherrschende Anschauung machte sich natürlich auch bei dem Verkauf in Folge Frönung geltend; der Kauflustige nahm das Haus wie

¹⁾ Rechtsquellen von Basel, Nr. 82.

²⁾ Blumer, St. u. R. G. der schw. Demokr. Bd. I. S. 460.

³⁾ Ges. von 1488: Wer dem Andern sin Eigenschaft mit überzins an sin wizen beladen wurde, der sol von demselben gut stan.

es war mit allen Lasten, und berechnete die Besserung. Und da in den Fällen, wo ein Gut seine Zinsen nicht mehr ertragen konnte und deshalb gefrönt wurde, von einer Besserung gewöhnlich keine Rede mehr war, so konnte es sich bloß noch unter den Zinsgläubigern darum handeln, wer von ihnen das Gut übernehmen wolle „um seine Schuld“. Spätere Creditoren als der Züger gingen eben deshalb ihres Zinses verlustig, weil sie ihn auf eine Besserung gelegt hatten, die sich nun als illusorisch erwies.¹⁾

Zwei Uebelstände besonders kleben diesem alten Frönnungsprocesse an: ungenügende Adcition der Gültgläubiger und der Verwandten des Schuldners. Die Anzeige der Frönnung an die nächsten Verwandten und Erben des Schuldners war damals wichtig wegen ihres Einspruchsrechts, das sie bei freiwilliger Veräußerung hatten; ihnen mußte deshalb die Möglichkeit geboten werden, das Gut zu vertreten und zu lösen. In Basel mußte zwar von jeher der Gläubiger die Frönnung dem Schuldner kund thun, und von Amtswegen wurde diese Rücksicht noch so weit ausgedehnt, daß nach geschehener Frönnung durch einen geschworenen Amtmann des Gerichts die Verwandten und Erben des Schuldners zu der Vergantung vorgeladen wurden. Nichterscheinen galt für Anerkennung der Schuld. War aber die Citation des Schuldners wegen seiner Flucht unmöglich, so genügte einfache Anzeige des Frönnenden, daß er seinen Schuldner nicht habe finden können, und selten mußte er dann seine Forderung noch eidlich erhärten. Oft mag aber ein Gläubiger bei beliebiger Abwesenheit des Schuldners auf dessen Gut gefahren sein in der Meinung, er sei flüchtig geworden. Daher die

¹⁾ Ein interessantes Beispiel hat Böhmer in seinem Codex Mönofranc. S. 451. Wir . . . schultheize und scheffin von Frankenvord bekennen, daß vor uns quamen die ersamen lude . . . und baten in ein urteil werden wo si irs zinses zu solden wa n, den Albrecht von Drembach versezzen hette in dem huse Ueber daz so verbote man Albrechten und machte ime einen kunktlichen tag . . . daz er queme und daz veranlwurte . . . des enquam er oder veranlwurte iz auch nicht. da bot man die bezzerunge des huses finen erben, ob ir kein dabei wolte bliben und gulde den versezzen zins. da enwolde ir kein bi di bezzerunge des huses. Do holten die elegere ir hus uf mit urteile an gerichte. Anno 1320.

Verordnung von 1366,¹⁾ daß die Fröning den nächsten Verwandten kund gethan werden, und bloß wenn diese das Gut nicht verstanden, der Verkauf in Kraft bleiben solle, daß aber für den Fall, wo der Schuldner keine Verwandten habe, er die Fröning nach seiner Rückkehr durch Befriedigung des Gläubigers rückgängig machen könne. Etwas Ähnliches findet sich im Lucerner Stadtrecht, Art. 66, wonach ein Gläubiger eines Landesabwesenden diesen wohl pfänden, das Pfand aber nicht verkaufen darf, bis der Schuldner wieder zu Land kommt. Aus manchen Urkunden ergiebt sich, daß in Basel hie und da ein Gut nach der gerichtlichen Zuschlagung durch einen nicht gehörig in Kenntniß gesetzten Verwandten wieder entschlagen wurde.

Noch mißlicher stand es mit der Citation der Gläubiger, zumal wenn der Schuldner flüchtig und also von ihm nichts darüber zu erfahren war. Die Frist von 6 Wochen, während welcher das Gut in Verbot lag, hatte wohl hauptsächlich den Sinn, allen Gläubigern die Kenntniß der Fröning zu verschaffen, eher als den, dem Schuldner noch die Lösung zu ermöglichen. Aber das genügte nicht; so lange keine öffentliche Auskündigung statt fand, konnten die sechs Wochen kein Präclusionstermin für die Gläubiger sein, und der Züger des Guts mußte nachher noch Einsprache anderer Creditoren gewärtigen.

2. Concurrenz von Chirographargläubigern.

Nicht so früh als die Execution für grundversicherte Forverungen in Liegenschaften entwickelte sich die für Handschulden. Die Anschanung, daß der Schuldner mit seiner Person für solche hafte, ließ lange die Leibhaft oder doch wenigstens die Verweisung, Leistung, als einzige rechtliche Executionsmittel bestehen. In Basel ist sogar erst am Ende des 14. Jahrhunderts gestattet worden, statt der Leistung auf des Schuldners Gut zu greifen: eine Rathserkanntniß von 1387²⁾ gestattet dem Gläu-

¹⁾ Rechtsquellen von Basel, Nr. 23.

²⁾ Rechtsquellen von Basel, Nr. 44.

biger, anstatt den Schuldner in die Leistung zu treiben, mit Gericht auf seine Liegenschaften zu fahren und sie mit Recht zu ziehen. Schon ein Jahrhundert früher war dies in Freiburg im Breisgau Rechtes; der Gläubiger konnte für jede Schuld das Haus seines Debtors frönen, nach 6 Wochen zu "anegült" nehmen, und wenn keine Befriedigung erfolgte, es verkaufen.¹⁾ Dies ist wohl auch für Bern und Freiburg im Uechtland maßgebend geworden.²⁾ Für den Gläubiger mag diese Hilfe ziemlich illusorisch gewesen sein, da das Gut des Schuldners wohl in den meisten Fällen schon überlastet war und keine Besserung mehr bot. Erfolgreicher möchte die Execution in Fahrniß sein. Sie geschah auf dem Wege des Verbots, das fahrende Gut wurde in Verbot gelegt und blieb dann hinter dem Gericht in stiller Gewer liegen eine bestimmte Zeit lang, in Basel einen Monat, in den Ländern bald 8, bald 14 Tage, in Bern 8 Tage u. s. f.; innerhalb dieser Frist konnte es der Schuldner durch Bezahlung der Schuld ledigen; geschah das nicht, so wurde es öffentlich versteigert. Verbot ist in der ältesten Zeit identisch mit der Art der gerichtlichen Pfändung, wo das Pfand nicht dem Creditor ausgeantwortet wird, sondern hinter dem Gericht liegen bleibt behufs nachfolgenden Verkaufs. Die Pfändung des altdeutschen Rechts bezeichnet bloß den Act, wo der Gläubiger den weggenommenen Gegenstand in seine Geware bekommt, also hauptsächlich den Act der außergerichtlichen Wegnahme zur Sicherung für Schaden. Verbot oder Arrest ist also in jener Zeit das ordentliche Executionsmittel, wie wir dies bei der Frönung nachgewiesen haben und wie auch aus den Basler Rechtsquellen erhellst, und erst später hat der Ausdruck Arrest eine beschränktere Bedeutung angenommen. Das Verfahren nun in dem Falle, wo mehrere Creditoren die Fahrniß des Schuldners verboten hatten, war kein anderes, als das jetzt noch gebräuchliche in den Fällen, wo Fahrhabe eines Schuldners zu Gunsten eines Creditors mit Arrest belegt wird und nachträglich noch andere Gläubiger an diesem Arrest Theil zu neh-

¹⁾ Schreiber, Urkundenbuch von Freiburg i. Br. Bd. I. S. 85, 137.

²⁾ Wyß, in dieser Zeitschrift, Bd. 7, Abhandlung S. 34.

men wünschen, mit kurzen Worten: ein Arrestprozeß, dem sich andere Gläubiger anschließen. Hatte ein Gläubiger das fahrende Gut seines Schuldners verboten (und verbieten ist ja nichts anders als mit Arrest belegen), so war dadurch oft für andere Creditoren der Anstoß gegeben, dasselbe zu thun, besonders da, wo der Schuldner den Verdacht der Entfernung oder betrüglichen Veräußerung seiner Habe erregte. Kam es aber dann zur Versteigerung, so wurde der zuerst verbietende Creditor auch zuerst aus dem Erlös befriedigt und ebenso die übrigen nach der Zeitfolge ihres Anschlusses an den Arrest, wie denn auch einem noch unentwickelten Rechtszustande der Gedanke eigen ist, daß der zuerst für seine Sache Sorgende auch zuerst zu befriedigen sei, während ein feineres und ausgebildeteres Rechtsgefühl mehr die schweren Folgen, welche eine solche Maßregel für den Schuldner und mittelbar für die Gläubiger selbst und das ganze Creditwesen herbeiführt, erblickt und dieses Prioritätssystem daher verwirft. Für Basel liegt der Beweis dieses Verfahrens in der Gerichtsordnung von 1457, §. 108, welcher statt der bisher geltenden Rangordnung der Creditoren nach der Zeit ihrer Arrestnahme Befriedigung nach Markzahl einföhrt; für Zürich in dem Richtebrief (v. Wbz., Geschichte des Concursprozesses, S. 19 ff.); für Luzern in dem Stadtrecht Art. 85. Auch in den französischen Gebieten galt der Grundsatz: *le premier saisiissant est le premier payé.*

Besonders in zwei Fällen findet sich dieses Zusammentreffen mehrerer Gläubiger: bei Erblosigkeit und bei Flüchtigkeit des Schuldners.

Bei der Erblosigkeit, also einer insolventen Erbschaft, läßt sich schon früh der eben geschilderte Arrestprozeß nachweisen; zugleich aber zeigt sich hier besonders grell die Härte, welche aus dem Grundsätze, daß der zuerst Verbietende der zuerst Bezahlte sei, entspringt. „*Si le désordre inventait une loi sur cet objet, il ne la créerait pas autrement,*“ sagt Naville in seinem *Etat civil de Genève*. Es trifft dies namentlich hier zu. Bei schwerer Krankheit eines unsicheren Schuldners beeilten sich die Creditoren, sein Gut zu verbieten, um auf die nach seinem Tode voraussichtlich insolvent werdende Erbschaf das erste Recht zu

erwerben. So wurde der Schuldner oft noch in seiner Todesstunde durch das Drängen der Creditoren geängstigt. In Basel trat eine Rathserkanntniß von 1406¹⁾ dem entgegen, sie hielt zwar die Prioritätsordnung unter den Gläubigern nach der Zeit der Verbote aufrecht, erklärte aber, ich möchte sagen aus Menschlichkeit für den Schuldner, daß erst mit dessen Tode die Zeit beginne, von der an die Verbote sollten berücksichtigt werden, daß also der Erste am Gebot nach des Schuldners Tod zuerst befriedigt werden und folglich denen vorgehen solle, die schon während seiner Krankheit Gebote gelegt hatten. — Daselbe was in Basel durch diese Rathserkanntniß eingeführt wurde, galt zu derselben Zeit in Luzern, und wurde im Stadtrecht, Art. 91 dahin geändert, daß die Gläubiger nach Markzahl zu befriedigen seien.

Eine Hauptfrage ist die, welche Stellung die Erben des gestorbenen Schuldners eingenommen haben, ob also nach dem altgermanischen Grundsätze, daß der Todte den Lebendigen erbe, d. h. daß es keiner besondern Uebertragung der Erbschaft auf den Erben bedürfe, im Falle der Insolvenz des Erblässers ein Verzicht durch den Erben nöthig gewesen sei oder ob einfach die Nichteinmischung in die Verlassenschaft genügt habe, um die Erben von jeglicher Haftbarkeit zu befreien. Wir finden nun entschieden das erstere, die Nothwendigkeit eines Verzichts, und zwar diesen meist nach vorangegangener Deliberation. In der französischen Schweiz, wo sich überhaupt das römische Recht früher und in weiterm Umfang Eingang verschafft hat als in den deutschen Cantonen, ist das römische *beneficium inventarii* mit seinen Folgen aufgenommen worden, so namentlich in Waadt und Genf, während allerdings Neuenburg sich diesem Institute verschlossen hat. In manchen deutschen Cantonen findet sich nun aber ein Recht, das auf den ersten Blick auch nichts anderes als das römische *beneficium inventarii* zu sein scheint, in der That aber deutschen Ursprungs ist. Schon das deutsche Recht hat eine Art *beneficium inventarii* gekannt: manche Particularrechte haben Deliberationsfristen ganz unabhängig vom

¹⁾ Rechtsquellen von Basel, Nr. 83.

römischen Rechte eingeführt, um Zweifel über Erbschaftsschulden ins Klare zu bringen; in den sächsischen Herzogthümern z. B., wo sich der Grundsatz: der Todte erbt den Lebendigen, erhalten hat, und überhaupt jetzt noch das alte sächsische Recht die Grundlage bildet, kann der Erbe ein Inventar errichten, ohne daß dies auf besonderm *beneficium* beruht. Einfacher, weil den einfacheren Verhältnissen genügend, findet sich dasselbe in den inneren Cantonen: in Schwyz wird den Gläubigern dreimal zu Anmeldung ihrer Forderungen gerufen und der Erbe hat nur die angemeldeten Forderungen zu übernehmen.¹⁾ Ziemlich übereinstimmend hat sich in Basel und Luzern ein ähnliches Vorgehen gebildet. In Basel erklärt eine Rathserkanntniß von 1402,²⁾ daß die Erben in Gewalt und Gewer der Verlassenschaft gesetzt werden müßten, sowohl nach gemeinem als unserer Stadt Recht. Also, könnte man folgern, hat das gemeine Recht schon den Einfluß geübt, daß ein förmlicher Erbsantritt erforderlich ist. Indessen so allgemein auch diese Verordnung gefaßt ist, so ist sie doch nur auf den speciellen Fall anwendbar, wo die Erben Deliberationsfrist verlangt hatten. Denn vorerst wird in den Basler Gesetzen Einsetzung des Erben in Gewalt und Gewer hauptsächlich da für nothwendig erklärt, wo Erbschaften an Fremde fallen. Bekanntlich unterlagen aber solche der *gabella hereditaria*, welche in Basel noch anno 1542 (Nr. 271) im zehnten Pfennig bestand. Ebenso waren laut Erkanntniß von 1373 (Nr. 27.) vor Allein die Schulden abzuziehen, bevor man die Erbschaft außer Landes ließ. Zur Ausmittlung beider, der Schulden wie des gesetzlichen Abzugs, war daher die Errichtung eines Inventars nothwendig, und zwar von Amts wegen; der Erbe mußte dann auf dieses Inventar antreten, er mußte sich für die Bezahlung der Schulden und des zehnten Pfennings verbürgen, und wurde erst darauf in Gewalt und Gewer eingesetzt. Diese amtliche Inventur von Erbschaften, die an Fremde fallen, hat sich denn auch bis auf den heutigen Tag erhalten; warum aber jetzt keine förmliche An-

¹⁾ Blumer, a. a. D. I, S. 531.

²⁾ Rechtsquellen Nr. 74.

tretung, keine Einweisung in Gewalt und Gewer mehr erforderlich ist, erklärt sich aus dem Wegfallen des zehnten Pfennings, was die Verbürgung und also auch die förmliche Einweisung auf Grund dieser Verbürgung überflüssig machte. Die Einsetzung in Gewalt und Gewer ist also hier Folge des Inventars. In jener Erkanntniß von 1402 ist nun freilich von keinem Inventar die Rede, jedoch spricht sie bloß von dem Fall, wo der Verstorbene ohne seiner Erben Wissen und Willen Vermächtnisse an Geistliche angeordnet hat und die Bedachten sich sofort nach des Erblassers Tod in deren Besitz gesetzt haben. In solchem Falle, heißt es, seien die Erben zuerst in Gewalt und Gewer zu setzen. Ich deute dies so, daß die Erben vor Austritt der Erbschaft ins Reine kommen wollten über die Größe der ohne ihr Wissen errichteten letztwilligen Verfügungen und daher eine Deliberationsfrist begehrten, um ein Inventar zu machen, in welcher Frist sich die ungeduldigen geistlichen Legatäre in Besitz ihres Legats setzen. Da, sagt das Gesetz, sollen sie die Erklärung der Erben abwarten, und eine Verordnung von 1407 (Rq. 86) fügt bei, wenn dennoch ein solcher eigenmächtiger Bezug der Vermächtnisse stattfinde, so habe der Betreffende für sämtliche Schulden zu haften, was sich offenbar auf den Fall bezieht, wo der Erbe nach gemachtem Inventar verzichtete. In Luzern hat sich wahrscheinlich auch im Anschluß an die Inventarisirung der Erbschaften, die an Fremde fielen, die Uebung gebildet, daß auf Befehl des Rathes Erbschaften, die nicht außer Lands gingen, sondern in der Stadt an Bürger kamen, und auf denen Pfändungen und Verbote von Schulden wegen erlangt waren, inventirt wurden. Also auch hier Inventur mit möglicherweise nachfolgendem Erbsverzicht.¹⁾

Nach dem Bisherigen braucht man kaum noch die Frage aufzuwerfen, ob der Erbe bloß mit der Fahrniß des Erblassers für dessen Schulden gehaftet habe. Denn wo der Erbe Deliberationsfrist begehrt, ist von vornehmerein anzunehmen, daß er für sämtliche Schulden nicht bloß mit dem ganzen Vermögen

¹⁾ Luzerner Stadtrecht, Art. 27. Segesser, R.G. von Luzern. Bd. II. S. 546—548.

des Erblassers, sondern auch mit seinem eigenen haften müsse. Schon das kleine Kaiserrecht 2, 49 scheint jenen altgermanischen Grundsatz nicht mehr anzuerkennen. Dass das römische Recht hierin großen Einfluss geübt habe, glaube ich nicht, vielmehr ging der erste Stoß gegen die ausschließliche Haftung der Fahrniß vom deutschen Recht selber aus, und zwar dadurch, dass die Liegenschaften durch das Rentenwesen die hauptsächlichsten Träger der Schulden wurden. Die Erben gaben dazu Anfangs ihren Consens und die Grundstücke hafteten dann unbedingt ihren Creditoren.

Dieselben Folgen wie die Erblosigkeit hatte die Flucht des Schuldners, die damals um so häufiger vorkam, als der insolvente Debitor persönlich Härteres zu gewärtigen hatte denn heut zu Tage.

Vor Allem nun bei Erblosigkeit und Flucht des Schuldners musste der Arrestproceß ungenügend erscheinen und der Mangel einer durchgreifenden Leitung des Verfahrens durch die richterliche Behörde doppelt fühlbar werden. Meistens schritt das Gericht gar nicht ex officio ein, sondern ließ die Gläubiger frönen und verbieten, und befriedigte dann einfach die, welche zufällig Kenntniß von der Sache gehabt und sich also dem Verbot angeschlossen hatten. Es ist freilich zu beachten, dass die Verhältnisse damals der Art waren, dass ein Schuldner keine weitverbreitete Creditorschafft hatte. Bloß hie und da finden sich Spuren einer sofortigen amtlichen Einmischung, so namentlich bei Erbschaften, auf die schon vorher Verbote gelegt oder bei denen bedeutende Schulden vorhanden waren.¹⁾ Es fehlt eben in dieser Zeit noch der Begriff einer Masse, welche sämtliche Vermögensstücke des Schuldners umfasst und aus der die Gläubiger zu befriedigen sind. Es herrscht der Gedanke vor, dass es sich um einen oder mehrere Arreste auf einzelne Vermögensstücke handle, die aber ganz ohne Verbindung unter einander sind. Frönung der Liegenschaft und Verbot der Fahrniß gehen selbstständig neben einander her. Die Verbindung beider,

¹⁾ Segeffer, AG. von Luzern, S. 548. v. Wyß, Gesch. des Zürch. Concurspr. S. 28.

die daraus entstehende Masserverwaltung, kurz alle daraus fließenden Consequenzen bilden den Anfang des Concursprocesses, wie er sich zum Theil schon im 15. Jahrhundert gebildet hat.

3. Bildung eines Concursverfahrens im Allgemeinen.

Die zwei Arten der Execution für grundversicherte Forde rungen und für bloße Hand Schulden haben, je nachdem die eine oder die andere vorherrschend in Anwendung kam, auf die Bildung eines Concursverfahrens in verschiedener Weise eingewirkt. In den Gebieten, wo das Vermögen hauptsächlich aus Grundbesitz bestand, lehnte sich das neue Verfahren an die Execution in die Liegenschaften an, während da, wo Capital und Fahrniß einen beträchtlichen Theil des Vermögens bildete, der Concurs sich aus der Execution für Hand Schulden herausbildete. Jenes war also hauptsächlich auf dem Lande, dieses in den Städten der Fall.

In den Cantonen, wo Grundbesitz den Hauptbestandtheil des Vermögens ausmachte, und das Schuldbriefwesen eine bedeutende Ausdehnung erlangte, übte die Entwicklung der Rentenverhältnisse den bedeutendsten Einfluß und ist daher hier vor Allem zu berücksichtigen.

Das Eigenthum des Grundherrn an dem von ihm zu Erbzinsrecht ausgeliehenen Gute war allmählig zu einem bloßen Rechte auf Zinsbezug herabgesunken, und hatte sich der einfachen Gültberechtigung sehr genähert, obschon es der Form nach noch immer anerkannt wurde, und der Zinsmann bei Veräußerung des Guts oder Belastung mit neuen Zinsen den Consens des Herrn nachsuchte. Grundherrliche und Erblehenzinse wurden oft als Gültten übertragen, und beide Rechtsverhältnisse gingen ihrer äußern Ähnlichkeit wegen vielfach in einander über.¹⁾ Während so das Recht des Grundherrn an seinem ursprünglichen Eigenthum geschwächt wurde, ging das Bestreben der Länder

¹⁾ Blumer, a. a. D. Bd. I. S. 455.

auch auf Beschränkung der Gültten. Früher war es bei der Seltenheit des Geldes ein großer Vorzug der Gült für die Schuldner gewesen, daß sie der Gläubiger nicht willkürlich aufkünden konnte, wie hinniederum in unserer Zeit, da die Eisenbahngesellschaften so viel Capital anziehen, dieses Institut dem Bauernstand zu Statten käme. Später, als mehr Geld in Umlauf kam, wurde das Bedürfniß nach einem unaufkündbaren Capital weniger gefühlt, und so kam mit dem Ende des 14. Jahrhunderts der Gedanke auf, man könne auch ablösbare Renten auf sein Gut legen. Zuerst wurde dies als Vergünstigung des Schuldners aufgefaßt; die Urkunden sagen, der Käufer habe dem Verkäufer die Gnade des Wiederverkaufs gethan. Im 15. Jahrhundert wurden so die ewigen Gültten abgeschafft. Der wichtigste Schritt zur Aufhebung des bisherigen Gültwesens geschah indeß seit der Mitte des 15. Jahrhunderts durch Verbindung der Gült mit dem Pfandrechte. Es ist in der That höchst bemerkenswerth, wie das Institut der Bodengült zuerst aus dem noch nicht so entwickelten Pfandrechte die Elemente nahm, welche es befähigten, auf dieses selber wieder mit Erfolg zurückzuwirken, so daß sich beide Institute ergänzten und zuletzt in Eins verschmolzen: Schuldbrief mit Immobilienverpfändung, woraus in letzter Entwicklung unser Hypothekarwesen hervorgegangen ist. Früher hatte sich wohl ein Gütläubiger für den Fall der Insuffizienz des belasteten Grundstücks noch speziell ein anderes zu Pfand geben lassen, wo dann die Folge war, daß er bei Verlust auf dem ersten auf das zweite greifen konnte; verlor er aber auch auf diesem, so blieb ihm der Griff auf das weitere Gut des Schuldners nicht offen. Ein solches Regressrecht auf das ganze übrige Vermögen des Debtors wurde daher dadurch zu erreichen gesucht, daß man, anknüpfend an das schon vorhandene Pfandrecht, aber weiter gehend als dieses, sich bei Constituirung eines Zinses versprechen ließ, daß er eventuell auf allen andern Vermögensstücken des Schuldners gesucht werden könne; die gewöhnliche Formel der Urkunden ward nun: wir versprechen den Zins zu zahlen ab dem Unterpfande (das speciell namhaft gemacht und mit dem Zinse belastet wird), und ob daran abginge, darnach ab allen andern unsern Gütern, liegenden und fahren-

ben, Zinsen, Nützen und Güsten, die mag dann der Gläubiger angreifen, verheften, verbieten u. s. f. Der Creditor erhielt dadurch an dem ganzen Vermögen des Schuldners ein Generalpfandrecht, das zwar speciellen Pfandrechten nachstand, aber den gewöhnlichen Handschulden vorging. Es bildet dieses System also den Übergang von der alten Anschauung, welche bloß das belastete Grundstück für die Güsten haftete ließ, zu dem neuen, in viel späterer Zeit erst zur Ausbildung gekommenen Systeme, wonach der Empfänger des Capitals der eigentliche Schuldner, das Grundstück bloß Unterpfand ist, und der Gläubiger also für Verlust auf diesem seinem Unterpfande in die Reihe der Chirographargläubiger tritt.

Die Brücke war nun gebildet, auf der man durch Fröning des Grundstücks zu einem Generalconcurse gelangen konnte. Die liegenden Güter bildeten überwiegend das Hauptvermögen des Landmanns; ein Schuldner, der es zur Vergantung seines Hofs kommen ließ, mußte daher keine Hoffnung mehr haben, wieder aufzukommen, denn ein solcher Hof war meistens schon überlastet. In diesem Falle aber konnte der zu Verlust kommende Pfandgläubiger Kraft seines Schuldbriefs auf die übrige Habe des Schuldners greifen, und die laufenden Gläubiger andererseits mochten auch nicht ruhig zusehen, wie das Hauptgut des Schuldners vergantet und unter die Pfandgläubiger vertheilt wurde. So war durch das Schuldbriefwesen eine einheitliche Leitung der Liquidation in Bezug auf das sämmtliche Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners möglich gemacht und der Satz drang allmälig durch, daß die Realisirung eines Immobilienpfandrechts bloß durch Auffall geschehen könne.

Anders in den Städten. Hier lief die Separatexecution in Liegenschaften und in Fahrniß ruhig neben einander her und ist meistens bis auf den heutigen Tag so geblieben, so daß hier der Grundsatz, ein Pfandrecht an Grundstücken könne bloß im Concurs realisiert werden, nicht durchgedrungen ist, mit Ausnahme der Städte, welche hierin den Rechtsgebrauch der Landschaft annahmen, wie z. B. Zürich. Gerade aber Zürich hatte Anfangs den ganz gleichen Weg eingeschlagen wie z. B. Basel, von dessen Verfahren das seinige jetzt ganz verschieden ist, indem

es sich erst im 17. Jahrhundert nach dem Recht der Landschaft modifizierte.

Die Form, in der sich ein städtisches Concursverfahren zuerst äußerte, war die alte des Arrestes, nun aber von Amts wegen ausgedehnt auf alle Habe des Schuldners, wo solche zu finden war. Ein solcher allgemeiner Arrest aber erfolgte gerade am allerwenigsten bei Fröning eines Hauses, weil hier die Voraussetzungen fehlten, welche bei einem Bauernhofe vorhanden waren. In der Stadt konnte ein Handelsmann, dem ein Capital gekündigt wurde, nicht gerade in den Verhältnissen sein, es zurückzahlen zu können, ohne daß deshalb seine Lage ganzrettungslos war, sein sonstiges Vermögen konnte den übrigen Gläubigern dennoch genügende Garantie bieten, warum also hier den Mann umwerfen? Auf dem Lande dagegen konnte schwerlich ein Schuldner, der seinen Hof nicht mehr zu halten vermochte, mit dem übrigen Vermögen noch Zutrauen finden, es war also hier kein Grund vorhanden, ihn noch zu schonen. So finden wir denn, daß in den Städten gewöhnlich die laufenden Creditoren durch ihre Betreibung und endliche Beschließung den Auffall bewirken. Genau läßt sich nun freilich nirgends der Zeitpunkt angeben, in welchem der entschiedene Übergang von dem alten Arrestproesse in das neue Concursverfahren eintrat. Je nach den Lebens- und Verkehrsverhältnissen erfolgte er rascher oder langsamer, durch schnelle Aenderung oder allmäßige Entwicklung. Wo der Handel blühte und kaufmännische Verbindungen mit andern Städten bestanden, mußte sich früher das Bedürfniß nach einer förmlichen Auskündigung des Schuldners geltend machen als an Orten, wo jeder mehr nur sich einen Wirkungskreis innerhalb seiner Mauern schuf. Ebenso mußte sich die Forderung nach geregelter Inventur früher da einstellen, wo Waarenniederlagen in den Concurs fielen, als da, wo jeder in seinen vier Wänden sein Handwerk trieb. Die Rechtsquellen geben uns darüber nicht genügende Auskunft, weil sie damals meistens in der Form von Satzungen, Gerichtsordnungen, Coutumes u. s. f. aufgezeichnet haben, was schon längst bestanden hatte.

Man muß sich überhaupt nicht vorstellen, als wäre der heutige Concursprozeß rasch ins Leben getreten. Er war noch

Lange Zeit ein bloßer Arrestprozeß, freilich in ausgedehnterem Maßstabe, als wir ihn jetzt noch kennen. Arrest- und Concursprozeß haben mit einander gekämpft, und allen Boden, den der letztere für sich gewann, ging gerade dadurch jenem verloren. Man möchte glauben, der Arrest, auch auf das ganze Vermögen des Schuldnerns ausgedehnt, sei doch nur eine sehr nothdürftige Aushilfe gewesen für den Concurs, und habe keine genügende Sicherheit gewährt in Ausmittlung der sämmtlichen Gläubiger. Es ist das zum Theil richtig; wir haben schon gesehen, wie noch nach der Liquidation in Folge Arrestes Creditoren, die aus Unkenntniß sich nicht angeschlossen hatten, auftreten konnten. Andererseits aber ist auch nicht zu vergessen, daß noch heut zu Tage unter unsren Augen sich der Arrestprozeß in der gleichen Form wie damals bewegt, freilich auf viel beschränkterem Gebiete; daß auch nicht nach den Interessen sämmtlicher Gläubiger gefragt wird, sondern bloß diejenigen berücksichtigt werden, welche gerade in der günstigen Lage waren, von dem Rechte des Anschlusses an den Arrest Gebrauch zu machen. So wenig dieß gegenwärtig von Nachtheil für den Verkehr und das Creditwesen ist, so wenig mag man vor 500 und 400 Jahren bei einfacheren Verkehrsverhältnissen darunter gelitten haben, daß bei vollständiger Insolvenz auf dem Wege des Arrestes verfahren wurde.

Am frühesten mag sich in Basel ein ganz entschiedener Concursprozeß ausgebildet haben, und zwar in Bezug auf erblosen und flüchtiger Leute Gut. Die Gerichtsordnung von 1457 enthält einen Anhang, betitelt: neue Ordnung bei Gantmassen, welche schon alle Erfordernisse des Concursverfahrens bei Erblosigkeit und Flucht kennt. Dieser Anhang ist datirt vom 28. Febr. 1459. Es ist nun aber auffallend, daß in Frönnungs-Urkunden von 1449 an etwa 10 Jahre lang immer Bezug genommen wird auf eine „nüwe ordnung“ und stehende Formel ist: es sei alles geschehen nach der nüwen ordnung lut und sage. Da nun das in diesen Urkunden geschilderte Verfahren ganz mit dem durch den fraglichen Anhang sanctionirten übereinstimmt, so müssen wir annehmen, daß schon früher eine dießfällige Verordnung gemacht und Anno 1459 erneuert worden sei, wenn man nicht ein Versehen des Schreibers annehmen und anstatt

MCCCCCL und nün MCCCCXL und nün lesen will. Diese Gantordnung ging fast unverändert in die Gerichtsordnungen von 1539 und 1557 über; die von 1648 erneuerte auch bloß der Stadt Basel unveränderlichen Gebrauch, wobei sie freilich die Collocation weitläufiger behandelte, und noch die Gerichtsordnung von 1719, welche einen Concursproceß-Entwurf des Dr. Sebastian Fäsch fast wörtlich in sich aufgenommen hat, fußt merklich auf der Gantordnung des 15. Jahrhunderts.

Der Zeit nach am nächsten steht Luzern, das in seinem Stadtrecht, welches um 1480 aufgezeichnet wurde, auch schon eine, freilich dürftige, Auffallsordnung besitzt, die sich in den Municipalia von 1588 und 1706 weiter ausgebildet hat. Ihm folgt Zürich, über dessen Gesetzgebung bei v. Wyss (Concursproceß, S. 37 ff.) Näheres zu finden ist. Bern ist hinter diesen Städten zurückgeblieben; die Stadtsatzung von Hans von Rütte aus dem Jahr 1539 enthält spärliche Nachrichten und erst in der Gerichtssatzung von 1615 erscheint das Geldstagsverfahren, hier aber schon so ausgebildet, daß man seine Entstehung weit hinauf rücken muß. Das Solothurner Verfahren, wie es in dem Stadtrecht von 1604 niedergelegt ist, schließt sich eng an das Berner Recht an. Für Waadt sind von besonderm Werthe der Coutumier de Moudon von 1577, der Plaid général de Lausanne von 1613, und der Coutumier du Pays de Vaud von 1616, Quellen, welche schon durch ihren Namen andeuten, daß sie altes Recht enthalten. Das Concursrecht Neuenburgs ist in den mit dem 16. Jahrhundert beginnenden déclarations ou points de coutume zu finden; für Genf konnte ich bloß die édits civils de la république de Genève von 1713 benutzen.

Wie gruppiren sich nun diese Rechte? Gleich beim ersten Blick ergibt sich eine große Verschiedenheit in Bezug auf die Ausdehnung, in welcher der alte Schuldentrieb beibehalten worden ist, und zwar äußert sich diese Verschiedenheit vor Allem nach derjenigen der Sprachen. Die Cantone französischer Zunge haben die alte Separatexecution in ihrem ganzen Umfang beibehalten, und dem eigentlichen Concursprocesse eine verhältnismäßig unbedeutende Anwendung eingeräumt; die alte saisie ist vollständig in Kraft geblieben; der Concurs tritt mehr als Aus-

nahmsfall ein. In den deutschen Cantonen dagegen hat sich ein förmliches Concursverfahren eine ausgedehntere Stellung erworben und die alte Einzelexecution zum Theil verdrängt. Am weitesten ist in dieser Hinsicht das Recht der Stadt Basel gegangen, das in der Praxis eine Separatexecution kaum noch kennt, sondern jede Betreibung bloß noch als Weg zum Concuse ansieht. So können die Rechte der welschen Kantone und das der Stadt Basel als die Extreme betrachtet werden: dort bildet Separatexecution, hier förmlicher Concurs die Regel. Die andern Cantone vermitteln den Uebergang; den französischen Gebieten am nächsten kommt, wie schon der natürlichen Lage so auch der betreffenden Rechtsbildung nach, Bern, vermittelt durch Freiburg, überhaupt also die alten zäringischen Orte, sowie Solothurn, das sein Stadtrecht großentheils aus Berns Mutterrecht, aus dem von Freiburg im Breisgau geschöpft hat. Zwischen Bern und Basel aber vermitteln hauptsächlich Zürich und Luzern, die ihre alte Separatexecution auf die in Mobilien beschränkt haben, die Execution in Grundstücke aber bloß noch auf dem Wege des Auffalls zulassen. An diese zwei Rechte schließen sich mit mehr und weniger Abweichungen die der Vänder, der innern Cantone an. Diese Gruppierung ist indessen bloß dann richtig, wenn man einzige und allein darauf sieht, in welchem Umfange die Separatexecution im Allgemeinen beschränkt worden ist; sie hört auf, sobald man in der Separatexecution selber wieder die in Mobilien und die in Immobilien unterscheidet, denn dann haben Basel und Zürich z. B. die entgegengesetzten Rechte: Basel hat die Einzelexecution in Eigenschaften vollständig, die in Fahrniß aber in ganz engen Gränzen beibehalten; Zürich hat jene ganz ausgeschlossen, diese dagegen fortzubauen lassen. So zeigt sich recht die Mannigfaltigkeit der Rechtsentwicklung auf dem kleinen Fleck Landes, der die Schweiz bildet, eine Mannigfaltigkeit, welche uns kaum zwei übereinstimmende Rechte finden läßt.

Leichter durchzuführen wäre eine andere Gruppierung, die nach der Art und Weise der Liquidation und der Befriedigung der Gläubiger. Auch hier steht das Basler Recht auf der äußersten Spitze, indem es das System der vollständigen Ver-

silberung der Masse und Bezahlung der Gläubiger aus dem Ganterlss rein durchgeführt hat. Es entspricht dieser Weg ohne Zweifel am besten der Auffassung, welche die jetzige Zeit und der jetzige Verkehr von dem Rechte der Gläubiger hat: der Gläubiger hat nach heutigen Begriffen bloß Geld gegeben, und kann also nicht gezwungen werden, etwas Anderes dafür anzunehmen. Diese Auffassung dringt aber nicht durch, wo sich z. B. noch das Gültewesen erhalten hat; die Gültberechtigung ist kein Recht auf Abzahlung des Capitals, das Grundstück muß haften. Am weitesten sind die Cantone gegangen, welche auch auf die Fahrniß die Gläubiger anweisen, wie z. B. Neuenburg, während diejenigen den Übergang zwischen den beiden Prinzipien bilden, welche Versilberung da eintreten lassen, wo das Angebot den SchätzungsWerth übersteigt, den Gegenstand selber dagegen zum Schätzungspreise den Gläubigern überlassen, wo dieser auf der Gant nicht erreicht wird, wie Waadt und Bern.

Immerhin erscheint es als der einfachste und klarste Weg, an die Darstellung der verschiedenen Stadien des Concursverfahrens die Abweichungen der Cantonalrechte anzuknüpfen, nicht aber diese Rechte einzeln oder nach Gruppen gesondert neben einander zu stellen und die Vergleichung dem Leser zu überlassen. Auf diese Weise wird manche unnütze Wiederholung wegfallen und die einheitliche Darstellung erleichtert.

4. Größnung des Concurses.

Am meisten war das Bedürfniß nach einer Änderung des bisherigen Verfahrens im 14. und 15. Jahrhundert fühlbar bei erbloßer und flüchtiger Leute Gut. War der Schuldner noch anwesend, so konnte man eher geneigt sein, durch die alte Execution gegen ihn zu verfahren und jedem Gläubiger zu überlassen, selber für sich zu sorgen, sobald es ihm gut scheine. In jenem Falle aber lag es offen zu Tage, daß jetzt das ganze Vermögen des Debtors liquidirt werden müsse. Während nun früher diese Liquidation auf mangelhafte Weise vor sich gegangen war, indem eben bloß die Execution in die verschiedenen Vermögensstücke zu Gunsten verschiedener Creditoren zugleich effec-

tuirt, eine einheitliche Leitung der Liquidation aber dadurch nicht erreicht wurde, so erkannte man nun allmälig das Ungenügende dieses Vorgehens, und es ergab sich als Nothwendigkeit die gerichtliche Beschlagnahme des ganzen Vermögens des Debtors, die Präclusivauskündung des Schuldners behufs Constatirung der Gläubiger, und die Vertheilung des Guts unter diese nach bestimmten Grundsätzen. Zwar die äußere Form blieb noch dieselbe: wie früher die Creditoren bei Tod oder Flucht ihres Schuldners sich beeilt hatten, einen Arrest auf dessen Verlassenschaft zu erlangen und so wo möglich ihre Befriedigung zu finden, so bezeichnet auch jetzt noch der Arrest, das Verbot, den Anfang des Concurses. Für Zürich und Luzern ist dies bei v. Wyß, Concursproceß, S. 42 ff. und v. Segesser, RG. von Luzern, Bd. II, S. 586 f. nachgewiesen. Für Basel bezeugt es uns eine große Anzahl Urkunden, welche erzählen, vor den Schultheißen seien viel ehrbare Leute gekommen und hätten ihrer Schulden halb des N. N. Gut als eines erblosen oder flüchtigen Mannes Gut das liegende gefrönt und das fahrende verboten, und begehrte, daß hierüber der Stadt Recht vollgehe. Das Berner Stadtrecht von Hans v. Rütte sagt: Wann einer von schulden wegen hinwegzücht und vil gelitten an das gut ansprechig sind, so mag jeder derselbigen das gut uffrecht mit erlouptnus verpieten. Ebenso klar sprechen sich andere Rechte aus, z. B. das Unterwaldner,¹⁾ das Solothurner.²⁾ Weniger bestimmt sind in dieser Hinsicht die französischen Rechte: hier hat die Entwicklung wahrscheinlich einen andern Gang genommen, auf den wir erst nachher zurückkommen können.

In Folge dieser Rechtsbildung hat nun auch der Ausdruck Verbot seine alte umfassende Bedeutung verloren. Er bezeichnet nun bloß noch diesen Act, wodurch das Gut eines unsichern, flüchtigen, erblosen, fremden Schuldners in Verwahrung genommen wird, und für die Wegnahme von Gegenständen auf

¹⁾ von Moos, Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Unterwalden ob dem Wald, S. 216 ff.

²⁾ Solothurner Stadtrecht von 1604, tit. 11, § 1. Ausgabe von 1817. S. 72.

dem Wege der ordentlichen Separatexecution kommt der Ausdruck Pfändung ausschließlich auf. Später hat das römische Recht mitgeholfen, dem Arrest seine heutige Gestalt zu geben. Vom alten Rechte wurde auch hie und da noch einige Zeit beibehalten, daß der zuerst Verbietende den ersten Anspruch auf Befriedigung habe. Allmälig ist diese Unbilligkeit, die bei erblosen und flüchtiger Leute Gut, wo das Zuvorkommen in der Arrestnahme mehr von zufälligen Umständen abhing, doppelt groß war, verschwunden.

Wo mußte nun der Arrest gefordert, von wem angelegt werden? Natürlich von der Behörde, in deren Hand die Execution lag, also meist von dem Gerichte; in Zürich dagegen eben deshalb von dem Rath als der mit der Execution betrauten Autorität. Vor Gericht mußte dann der Arrest gerechtfertigt werden. Auf Aehnliches möchte man nun für Basel schließen, wo die Execution auch dem Gerichte entzogen und den Unzüchtern, einer allmälig aus dem Rath ausgeschiedenen Behörde, zugewiesen war. Dies ist aber nicht der Fall: die Unzüchterordnung von 1515¹⁾ sagt: der Kläger solle solche Fahrtung auf des Schuldners Güter an dem Stadtgericht vornehmen, dahin ihn auch die Unzüchter wiesen. Daß das Stadtgericht in pleno diesen Arrest bewilligte, beweist deutlich ein höchst interessantes noch ungedrucktes Document aus dem 16. Jahrhundert, das vielleicht eine Art Commentar zu der Gerichtsordnung von 1457, wahrscheinlicher aber ein Entwurf zu einer neuen Gerichtsordnung ist und auch weiterhin unter dieser Bezeichnung citirt werden wird; er sagt: Will jemand ligende Güter frönen, das soll vor dem schultheissen und stattgericht also beschehen. Der fröner sol die frönung tun zu ziten so man gericht hält u. s. f., sodann: erbloser und flüchtiger lüte gut sol durch den schultheissen von gericht wegen verbotten werden, so die schultforderer um bezalung in recht clagen. Demgemäß sind hier wie überhaupt wo gleich das Gericht angegangen wird, Arrestgesuch und Arrestrechtfertigung in Einer Handlung vereinigt. Der Arrest wird nicht bewilligt, wenn nicht der Gläu-

¹⁾ Rechtsquellen von Basel, Nr. 232. §. 20.

biger einen Rechtsgrund dafür, also hier Erblosigkeit und Flüchtigkeit des Schuldners anführen und beweisen kann. Die dem Gesuche entsprechende Erkanntniß bildet dann das decretum de aperiundo concursu. Es ist auffallend, daß auch bei erbloser Leute Gut der Concurs durch Arrestnahme von Seiten der Gläubiger eröffnet werden mußte. In der That wäre man versucht, hier ein Concursdecret des Gerichts ex officio anzunehmen, wenn nicht die Quellen keinen Zweifel ließen, daß auch hier die Creditoren die Initiative ergreifen müßten. Es kommt diese nicht sowohl daher, daß eben noch ganz die alte Anschauung vorherrscht, wonach der Gläubiger selber „seines Guts sorgend sein“ muß, und die starre Form des Arrestes, worin sich diese Sorge äußert, sich mit jener Anschauung bis in das 17. Jahrhundert erhalten hat, sondern vielmehr daher, daß gewöhnlich die Gläubiger schon vor dem förmlichen Erbsverzichte zu der Arrestnahme schritten, wodurch sich die Fortdauer dieses Verfahrens sehr leicht erklärt; so sagt z. B. das Luzerner Stadtrecht von 1588: wo jemandt biderlügen schuldig wirt, da man besorget sines gutes nit so vil vorhanden seye, daß die gläubiger bezalt werden, er sche glich aberstorben oder noch im leben, auch in landt oder nit, dem mögen sine ansprecher mit dem gerichtsweibel die gebotte thun. Hier ist offenbar der Fall vorausgesetzt, wo Erbsantritt oder Verzicht noch zweifelhaft ist.¹⁾ Wo also Erbsverzicht vor den Verboten erfolgte, waren diese sicherlich nicht mehr nothwendig.²⁾ Erst im 17. Jahrhundert kam die förmliche Arrestanlegung durch die Gläubiger außer Gebrauch; man begnügte sich mit dem einfachen Ansuchen der Creditoren um gerichtliche Beschlagnahme und Inventur des Guts eines erblosen oder flüchtigen Schuldners, wie z. B. aus dem „Notariat und Formularbuch . . . durch J. N. Sattler, wehland gewesenen Gerichtschreibern und des Rahts der Stadt Basel (Basel 1636)“ Theil IV, S. 52 erhellt:

Citatio edictalis an eines deszen Gut beschrieben worden

Schuldgläubiger.

Zu wissen, daß wir auff Anrüffen etlicher wehland N. N.

¹⁾ Vergl. die bald folgende citatio edictalis aus Sattler.

²⁾ v. Wyss, Zürch. Concursproceß, S. 45.

seligen Schuldgläubigern dessen verlassen Haab und Gut inventiren lassen und darauff so vil befunden, daß zu vermuten, es werden sein Schulden desselben Verlassenschaft übertreffen.

Es entspricht dem Wesen des Verbots, daß der Gläubiger, der es gelegt hat, es auch durchsetzen muß, und nicht ruhig die Hände in den Schoß legen und abwarten kann, bis das Gericht liquidirt hat und ihn aus dem Erlös befriedigt. Es geht dies durch alle Rechte hindurch; besonders klar sind in dieser Hinsicht die der französischen Schweiz, die sehr consequent den Satz durchführen: *saisie doit être poursuivie par le saisisseant;*¹⁾ *notification de la vendition subhastations et venditions de gage non poursuivies par autre acte sécutif de subhastations dans six semaines après la notification sont expirées.*²⁾ Der einfache Grund davon ist der, daß das Gericht nicht wissen kann, ob der Schuldner nicht etwa seit der Arrestnahme den Gläubiger befriedigt hat, oder ob dieser nicht vielleicht doch noch zuwarten will. Denn der Arrest wie jegliche Betreibung ist in der Hand des Gläubigers und auf sein Verlangen wird er sofort aufgehoben. Anders beim Concurs: da haben die Gläubiger bloß ein Recht auf Befriedigung aus der Concursmasse, das Gericht ist amtlich verpflichtet, diese zu liquidieren, es verlangt daher nicht durch alle Stadien des Verfahrens hindurch neue Requisitionen der Gläubiger. Diese Ansicht scheint sich schon im 15. Jahrhundert in Basel geltend gemacht zu haben; darauf wenigstens beziehe ich den etwas dunkeln §. 97 der GD. von 1457 (Rq. 148), der diese sich geltend machende Idee verwirft und vorschreibt, daß diejenigen welche erblosser oder flüchtiger Leute Gut in Haft und Verbot gelegt haben, dem Recht mit Anschreiben zu den drei vierzehn

¹⁾ Bellot, *Loi sur la procédure civile du canton de Genève*, (II. Ausg.) S. 415. 513. 520. 525.

²⁾ Coutumier de Moudon von 1577. Porta, *principes sur la formalité civile-judiciaire du Pays de Vaud*, S. 390. Osterwald, *les loix, us et coutumes de la souveraineté de Neuchâtel et Valangin*, S. 313.

Tagen auch das Recht zu erfordern und anderm Herkommen des Gerichts nachkommen sollten, widrigenfalls ihr Verbot nicht aufrecht gehalten würde. Noch in den EO. von 1539. und 1557 ist diese Bestimmung aufgenommen und erst das 17. Jahrhundert, das schon auf bloßes Anrufen der Creditoren bei Flüchtigkeit des Schuldners die Concurseröffnung zuließ, hat auch hier das alte Recht aufgehoben.

Längere Zeit hat es gedauert, bis bei Ausklagung eines anwesenden Schuldners ein wirkliches Concursverfahren durchbrang. Hier war ein anderer Gedanke maßgebend, als bei Erblosigkeit oder Flucht, wo das Vermögen des Schuldners herrenlos geworden und also den Gläubigern verfallen war. Der anwesende Schuldner war in der Gewere seines Guts, er hatte es nicht durch Flucht aufgegeben, und mußte also bloß dem Gläubiger weichen, der ihn auf dem Rechtswege ausklagte. Der ältern Zeit lag die Ansicht fern, daß durch die Ausklagung Eines Creditors ein Fälliment von Amts wegen eröffnet werden könne, das erschien einerseits als ein unzulässiges Vorgreifen des Gerichts gegenüber den andern Creditoren, die vielleicht allen Grund hatten noch zu warten zu wollen, andererseits als eine zu rücksichtlose Strenge gegen den Schuldner, indem die übrigen Creditoren, die ihn noch geschont hatten, nun auch bei Strafe der Ausschließung ihre Forderungen geltend machen mußten. Die heutige Idee dagegen ist mehr die, daß bei einem Schuldner, der Einen Creditor nicht befriedigen kann, Nachsicht gewöhnlich und mit ganz seltenen Ausnahmen von außerordentlichen Umständen nicht am Platze ist und bloß dazu dient, die Verschleppung der Execution und einen noch größern Verlust zu befürdern, der nothwendig eintreten muß, wo der Schuldner neue Löcher öffnet, um die alten zu verstopfen. Das alte Verfahren hat sich daher hier meistens noch länger erhalten und ist auch in den einzelnen Cantonalrechten in ganz verschiedenem Umfange beschränkt worden. Manche Rechte kennen gar keinen Concurs in Folge einfacher Betreibung, so vor Allem die der französischen Schweiz, welche im Anschluß an die erste saisie die saisirten Gegenstände liquidiren und dann auf den Erlös die Gläubiger, welche nachträglich durch Opposition ihre Rechte ge-

wahrt haben, collociren, ihnen überlassend, durch weitere saisie ihren etwanigen Verlust zu decken. Ebenso das Berner Recht. S. L. Schnell in seinem "Handbuch des Civilprocesses mit besonderer Hinsicht auf die positiven Gesetze des Cantons Bern (Bern 1810)" S. 374 sagt, so lang der Schuldner sein Vermögen selber verwalte, habe keine Behörde die Befugniß, über sein Vermögen zu Gunsten der Gläubiger zu verfügen; ein Geldstag könne bloß bei heimlicher Entfernung, Erblosigkeit oder Güterabtretung entstehen. An Orten, wo schon Ein Gläubiger den Concurs hervorrufen kann, hat man wirklich Mühe, diesem französischen Saifieverfahren eine gute Seite abzugewinnen, das wohl schwerlich eine große Stütze des Credits ist, indem es dem zahlungsunfähigen Schuldner noch zu viel Spielraum läßt.¹⁾ Andere Cantone nun haben im Gegensatz dazu bei notorischer Insolvenz des Schuldners schon früh ein Concursverfahren im Anschluß an das bei Flucht oder Erblosigkeit eingeführt, so Zürich und Luzern. Ein Luzerner Statut von 1453²⁾ dehnt das Verfahren, das bei einer insolventen Erbschaft stattfand, auf den Schuldner aus, "der in leben ist und auch me gelten sol, denn er uffbringen und gehaben mag, und der mit gepotten überfallen oder verzweifelt wirdet." In Zürich war schon vor Ausbildung des Concurses Beschließung möglich, wenn der Gläubiger durch Eid, daß er in Gefahr sei seine Forderung zu verlieren, oder durch gerichtlichen Nachweis der Insolvenz des Schuldners ein Verbot verlangte, und daraus hat sich später die Concurseröffnung gebildet.³⁾ Aehnlich hat sich das Basler Recht entwickelt. Schon im alten Recht wurde dem flüchtigen Schuldner derjenige, der das Seinige "gefährlich veränderte" oder strafrichterlich in die Leistung geschickt, verwiesen wurde, in der Weise gleich gestellt, daß ohne förmliche Ausklagung auch in diesen Fällen durch Anlegung eines Verbots zu Gunsten der

¹⁾ Nach Neuenburger und Waadtländer Recht kann zwar der Richter ex officio das décret erkennen, wenn mehrere Creditoren fast alle Habe des Debtors saisieren, es mag dies aber selten vorkommen und gewährt keine genügende Aushilfe.

²⁾ v. Segeffer, RG. von Luzern, Bd. II. S. 586.

³⁾ v. Wyß, Zürch. Concursproces, S. 22 und 45.

nachsuchenden Creditoren eingeschritten werden konnte.¹⁾ In derselben Art konnten Gläubiger nach durchgeföhrter Ausklage das Gut des Schuldners verbieten. Nur unterschied sich das Verfahren bei Anwesenheit des Schuldners von dem Verbote bei Flucht und Erblosigkeit dadurch, daß die Beschliefung nicht nothwendig und sofort den Concurs nach sich zog. Die Gläubiger mochten nun, da sie vorläufig gegen nachtheilige Veräußerungen des Schuldners gesichert waren, dem in solchen Fällen fast unerträglichen Bestürmen desselben noch nachgeben und mit der Publikation und Auskündigung zuwarten, und erst dann dazu schreiten, wenn der Schuldner seine neuen Versprechungen nicht halten konnte. Auf diese Weise hat sich offenbar in Basel die völlige Ausbildung des Concursverfahrens in Folge Ausklagung unendlich lange verzögert, und zwar nicht durch Unthätigkeit der Gesetzgebung, welche sich oft deutlich genug gegen das Verschleppen der Frönungen, die „Auffschläge“, ausspricht, sondern durch die üble Gewohnheit, welche die Gläubiger selber aus falscher Nachsicht übten und der das Gericht nachgab.²⁾ Stupanus in seinem „lehrrichtigen Entwurf der Stadt Basel Gerichtsübung“ (Basel 1771) läßt hierüber keinen Zweifel, wenn er S. 207 sagt: Ein Falliment entsteht: 1. Wenn der Schuldner austritt, dann dieses wird vor ein Abtritt der Gütern gegen die sämtliche Gläubiger gehalten. 2. Wann er verstirbt und seine Erben und sein Eheweib einen Verzug thun. 3. Wann bei oder gleich nach der Gant sich noch andere Gläubiger anmelden, welches einen Concurs verursacht. Darnach war also mit dem Verbote nicht die Concurseröffnung verbunden. Dies führt uns noch auf einen andern Punkt: daß die alte Separat-

¹⁾ Rechtsquellen von Basel, Nr. 122, S. 120, wiederholt in der Unzüchterordnung von 1515. ibid. Nr. 232, §. 14.

²⁾ Einem ähnlichen Unfug bei Verböten steuerte Anno 1822 Unterwalden ob dem Wald: „da vielfältig der Fall eintritt, daß einem Schuldner sein sämtliches Vermögen mit Arrest belegt wird, desselbe aber dessen ungeachtet über seine Sache zu schalten und zu walten fortfährt gut befunden, daß derlei Verböte für nicht länger als sechs Wochen ertheilt werden, und nachher nicht erneuert werden sollen. v. Moos, Sammlung der Gesetze, S. 218.

execution in Basel noch lange fortgedauert hat, ist keinem Zweifel unterworfen, die Unzüchterordnung von 1515 (Rq. 232) und noch die Gerichtsordnung von 1719, Tit. 48, haben sie bestätigt, und die alten Gantordnungen wie die Concursordnung von 1648 reden bloß von den Fällen der Erblosigkeit und der Flucht. Diese Quellen, sowie das eben citirte Zeugniß von Stupanus zeigen nun, daß die in Folge der Ausklagung verfügte Beschließung nicht de jure den Concurs in sich faßte, wenn dieser schon de facto wohl meistens die Folge davon war. Denn eine natürliche Consequenz des Verbots oder der Beschließung, die ein Gläubiger ausgewirkt hatte, mußte sein, daß dadurch die andern Creditoren aufmerksam und veranlaßt wurden, sich anzuschließen, sei es sofort, sei es bei Publication der Gant. Dann mußte nothwendig das Verfahren sich dem bei Erblosigkeit und Flucht gebräuchlichen nachbilden. Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß einer oder mehrere Gläubiger, die ein Verbot genommen hatten, sofort auf Concurseröffnung dringen konnten,¹⁾ als wäre der Fall von Flucht vorhanden, aber ex officiothat es das Gericht nicht. Erst die Proceßordnung von 1848, §. 207 hat hierin abgeschlossen und die Beschließungsverkanntniß als den Act der Concurseröffnung auch gesetzlich sanctionirt, sowie sie anderseits die Separatexecution für laufende Schulden auf das Minimum reducirt hat, daß bei kleinen Forderungen Pfänder genommen werden können, wenn deren vorhanden sind und sich mehr böser Wille als Zahlungsunvermögen beim Schuldner fund gibt. Immerhin aber hat die neue Proceßordnung von 1848 die Regel, daß Beschließung nothwendig den Concurs begründet, nicht auf den Fall ausgedehnt, wo der Schuldner das Seinige "gefährlich verändert", d. h. durch Fortschaffung von Habeseligkeiten Verdacht erregt, offenbar darum, weil auf bloßen Verdacht hin Concurseröffnung ungerechtfertigt wäre, und so hat sich für diesen Fall noch das Verbot als merkwürdiger Rest des alten ausge-

¹⁾ Die GO. von 1457, §. 27 stellt denn auch als Veranlassung gerichtlicher Inventur von verlassene m Gut die drei Fälle neben einander, wo der Schuldner aberstorben oder flüchtig oder sein Gut mit Gericht gebrönt und bezogen worden sei.

dehnten Verbotrechts erhalten, das in allen seinen übrigen Anwendungen ganz im neuen Concursproceß aufgegangen ist.

Es gibt nun aber noch einen sehr oft eingeschlagenen Weg zum Concurre, den wir zu betrachten haben: die Insolvenzerklärung des Schuldners und deren Verhältniß zur römischen cessio bonorum. Daß das deutsche Recht die letztere und ihre beneficia für den Schuldner nicht gekannt hat, versteht sich von selbst; es hat aber auch von einer gewöhnlichen Güterabtretung, von einer Insolvenzerklärung, wie sie jetzt oft genug vorkommt, ohne den Schuldner von den Strafen und sonstigen Nachtheilen des Concurses zu befreien, sehr wenig gewußt, schon darum, weil der Schuldner lieber durch Flucht der Leibhaft entging, als daß er durch Insolvenzerklärung diese risquirt hätte, sodann darum, weil nach der Natur der alten Rentenverpflichtung der Schuldner nicht einseitig von dem Gültvertrag abweichen und auf die Gefahr seiner Contrahenten Subhaftstation des Guts fordern konnte.¹⁾ Zuerst ist die Insolvenzerklärung in sehr beschränktem Umfange dem Schuldner gestattet worden, der auf's Neuerste betrieben sich nicht mehr zu helfen wußte. Schon das älteste Zürcher Recht erkennt dem Schuldner die Besugniß zu, eidlich zu bezeugen, daß er weder Pfand noch Pfennung habe, und dadurch dem Gefängniß zu entgehen.²⁾ Mit diesem eidlichen Erhärten, weder Pfand noch Pfennung zu haben, hat es nun wohl die Bewandtniß: es bezweckte ursprünglich nichts Anderes als Einstellung der Betreibung bis zum Gefängniß und war eine Gunst, die bloß dem Schuldner, welchem kein Betrug zur Last fiel, gewährt wurde. Wenigstens konnte der Gläubiger bei dem Rath Klage erheben, wenn er fand, der Schuldner gehe mit Betrug dabei um. Es hatte dann diese eidliche Erklärung des Schuldners, wenn sie angenommen wurde, die Beschließung zur Folge, falls sie der Kläger verlangte, und der Zweck war wohl der, auf ehrenhafte Weise und auf eine für Gläubiger und Schuldner möglichst vortheilhafte Art zu liquidiren, wie wir dieß

¹⁾ Möser, patriot. Phantasieen, Bd. IV. 56.

²⁾ v. Wyß, Conc.-Proc. S. 24, und in dieser Zeitschrift, Bd. VII. Abhandlung S. 11 und 16.

in Genf finden werden. Dieses Verfahren kennt das Zürcher Recht schon lange vor Ausbildung des Concurses; es hat aber wahrscheinlich die Grundlage abgegeben, auf der sich später die Insolvenzerklärung als Concursberöffnung entwickelt hat. Den Übergang zeigt das Schwäizer Gesetz über den Schuldentrieb von 1828, Tit. 3, §. 24, wonach der Schuldner einen solchen Eid vor den Schäzern ablegt, der Gläubiger sich dieß von gestern bescheinigen läßt, und auf Grund dieses Scheines sich vor dem Bezirksrath um den Geldruf oder das Falliment meldet. Auch in Luzern findet sich eine ähnliche Einrichtung. Nach dem ältesten Rathsbüchlein (aus dem Anfange des 14. Jahrhunderts) kann ein Schuldner "fürbringen uf dien heiligen, daß er mit dien lüten vergelten muge," und die Folge davon ist, daß wer ihm hinsür etwas leiht und anvertraut, den Schaden tragen muß.¹⁾ Dieß ist wörtlich in das Stadtrecht des 15. Jahrhunderts übergegangen. Offenbar kann nun auch hier von einer eigentlichen Insolvenzerklärung nicht die Rede sein, welche sofort den Concurs herbeiführt, denn sonst hätte die Bestimmung keinen Sinn, daß der, welcher dem Schuldner etwas anvertraue, es auf seine Gefahr thue, und der Richter darab richten solle als ab des Schuldners Gut, indem ja solche anvertraute Gegenstände schon nicht mehr in die Inventur gefallen wären. Es scheint vielmehr auch hier diese Handlung bloß Innehalten im Rechtstreit und Liquidation unter gerichtlicher Aufsicht ähnlich wie zu Zürich bezweckt zu haben. Das Solothurner Stadtrecht von 1604, Tit. 10, §. 10 stimmt insofern mit dem Zürcher Recht überein, daß auch ihm zufolge der Schuldner durch einen solchen Eid das Gefängniß vermeidet. Es stellt aber dem Gläubiger die Wahl zwischen beiden anheim: "würde der Gläubiger den Schuldner in Gefängniß zu legen nicht begehrn, . . . so soll auf sein Anrufen dem Schuldner auferlegt werden einen Eid zu schwören . . . daß er außerhalb der Kleider, die er anhat, nichts vermöge, auch weder liegende, fahrende noch andere Hab' und Güter habe, davon der Gläubiger bezahlt werden möchte." Vergleichen wir hiemit noch folgende Stelle des Land-

¹⁾ Kopp, Geschichtsblätter, Bd. I. S. 345.

buchs von Oberhäuser von 1583: "welcher alles sy gut muß synen Geltten geben und verzeigen um Ir schult, dem wird vor-gelassen zehn schilling im Seckel und sine claider, die einer an dem gericht anhat, und sin gürtel und gewer. Das Ander soll er offnen, daß einer dörff zu Gott schweren, daß er weder pfand noch pfening hab, und ob einer pfand versetzt hett, die beszer sind dann sy versez waren, das sol er auch offnen bi sime eyd," so könnte man vermuthen, aus diesem Eid sei bei der Ausbildung des Concursverfahrens der sog. Weisungseid geworden, der vom Schuldner verlangt wird, wo Verdacht der Entfremdung von Gegenständen herrscht. — Mit der Ausbreitung des Grund-satzes nun, daß das Gut den Leib schirme, d. h. daß der Schuldner durch Vermögensabtretung von der Leibhaft befreit werde, ist die Insolvenzerklärung als Mittel, den Concurs zu eröffnen, immer mehr aufgekommen, ohne deshalb von der römischen cessio bonorum influenzirt zu sein: sie hat sich vielmehr ganz unabhängig von dieser gebildet.

Anders nun allerdings in der französischen Schweiz: Hier hat ohne Zweifel das römische Recht mit seiner cessio bonorum Einfluß geübt, obwohl auch nicht so großen als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Denn betrachtet man die Coutumes von Waadt und Neuenburg, so müssen Eigenthümlichkeiten auffallen, welche auch wieder auf das deutsche Recht als Quelle zurückführen, wenn schon der römische Name cession de biens angenommen worden ist. Vor Allem ist es doch gewiß bemerkenswerth, daß sehr stark betont wird,¹⁾ der Schuldner brauche nicht nothwendig überschuldet zu sein, die cession solle angenommen werden, wenn die Schulden zwei Drittel des Vermögens absorbiren; der Mehrerlös über die Forderungen müsse dem Debitor herausgegeben werden; er könne sogar innert Jahr und Tag la réhemption des collocations machen, wie bei der einfachen délivrance de taxe, und überhaupt sei die cession mehr ein Mittel, um die frais de poursuites und die Schuldhaft zu vermeiden, oder nach Genfer Recht der Weg zur Liquidation und Bezahlung der Schulden. Es erinnert dies an den

¹⁾ Hauptsächlich im Neuenburger Recht.

Eid, weder Pfand noch Pfennig zu haben: wie dieser, so mag auch die cession de biens des Neuenburger Rechts ihren Ursprung in dem alten Schuldentriebe haben; ihre erste Bedeutung war vielleicht auch bloß die, die poursuite, die zum Gefängniß führte, aufzuhalten durch gewissenhafte Angabe des Vermögensstandes, welche den Verdacht von betrügerischen Absichten entfernte, und so gerade die Insolvenz und den Concurs durch eine noch anständige Liquidation zu vermeiden.¹⁾ Wie zu Zürich der Rath auf Verlangen des Creditors noch in Folge jener eidlichen Erklärung eine Untersuchung über die Zulässigkeit der Güterabtretung auf diesem Wege vornehmen konnte, so gewährt nach Neuenburger Recht die Seigneurie erst dann das décret, wenn die Untersuchung des Vermögensstatus, den der officier dressirt hat, dessen Nothwendigkeit ergibt. Später hat dann das römische Recht in dieses Verfahren hineingespielt, die Gewährung des décret in Folge Cession wurde als privilège, als faveur aufgefaßt, welche nur Ausfluß der souveränen Gewalt sein könne, wohl nach Analogie der römischen Moratorien. Namentlich die cession des Waadtländer Rechts stimmt bedeutend mit der römischen überein, obschon sie als altes Gewohnheitsrecht angesehen wird; den römischen Einfluß haben vielleicht schon früh die geistlichen Gerichte vermittelt, so sagen z. B. die ordinationes et statuta Curie officialatus Lausannensis (von 1453)²⁾: *ut creditoribus in quorum fraudem cessiones bonorum fiunt, debite succurratur, statuimus quod officialis noster constituat ydoneum commissarium qui bona cedentium ad manus suas reducat ad opus creditorum, ut per dictum officiale distribuantur gradatim creditoribus.* Reiner und vom römischen

¹⁾ Osterwald gibt als Grund der Einführung des décret an, afin que le débiteur ne soit pas tourmenté par rigueur et prison avec quelque infamie, puisque s'il ne pouvait pas jouir de ce bénéfice, son bien se consumerait par des frais de poursuites, d'où s'en ensuivroit sa misère et déconfiture totale, qui le réduiroit dans peu dans un état d'insolvenabilité, qui donneroit le droit à ses créanciers de le faire mettre en prison jusqu'à ce qu'il les eût entièrement satisfaits.

²⁾ In den mémoires et documents publiés par la société d'histoire de la Suisse Romande, Tom. VII, livr. 2, p. 579.

Recht weniger modifizirt erscheint das Genfer Recht; der titre XXXIV. der Edits civils, des discussions générales et volontaires, behandelt die Güterabtretung des Schuldners mehr als eine Liquidationsweise, die unter Umständen ganz günstig für Gläubiger und Schuldner ausfallen kann, und die bloß der größern Autorität wegen unter Leitung des Gerichts vorgenommen wird, wie denn überhaupt in diesem Genfer Gesetze freiwillige Veräußerung und gerichtlich verhängte Execution oft schwer zu unterscheiden sind und z. B. der Verkauf einer Liegenschaft in den Formen der gerichtlichen Subhastation mit Auskündigung und einer stugirten Steigerung sich bewegt.

Es scheint nun fast, als hätte sich in den Rechten der französischen Schweiz ein Verfahren durch discussion oder décret zuerst in dem Falle der cession gebildet, und erst an den dabei beobachteten Proceß hätte sich das Verfahren bei Erblosigkeit und Flucht angeschlossen. So wenigstens lassen es die édits civils von Genf und der coutumier von Waadt erscheinen, welche mehr nur im Anschlusse an das durch cession verursachte décret den Fall der Erblosigkeit behandeln. Es ist dies schwerlich zufällig, die cession wird vorangestellt, weil sie zuerst das gerichtliche Verfahren in dieser Hinsicht ausgebildet hat. Ist dies der Fall, so hätte sich bei Erblosigkeit und Flucht noch längere Zeit das Einschreiten der Gläubiger durch saisie erhalten, ohne jedoch selber der Ausbildung zum Concursproceß theilhaftig zu werden, wie es in den deutschen Cantonen der Fall war, indem das Verfahren durch richterliches Decret an seine Stelle getreten ist. Bei der Unzulänglichkeit der mir zugänglichen Quellen über diesen Punkt wage ich kaum eine Vermuthung auszusprechen.

5. Verwaltung der Masse.

Das alte Arrestrecht hat den Begriff der Masse nicht gehabt; an die Ausbildung dieses Begriffs knüpft sich die des Concursprocesses überhaupt. Früher hatte man bloß einzelne Verbote neben einander zu Gunsten mehrerer Gläubiger gekannt; die Versteigerung der verbotenen Gegenstände war wie bei ge-

wöhnlicher Separatexecution nach Ablauf der bestimmten Frist erfolgt; eine besondere Verwaltung war nicht nöthig gewesen. Jetzt aber wurde das sämmtliche Gut des Schuldnerns angegriffen, die Liquidation konnte nicht mehr so schnell effectuirt werden, es konnten sich Anstände über das Eigenthum des Schuldnerns an einzelnen Gegenständen, die in seiner Gewere lagen, erheben u. s. f. Alles dies machte eine sorgfältige Verwaltung nothwendig. Besonders aber beförderte die Auffassung des Guts des Schuldnerns als einer Masse der Umstand, daß die Gläubiger nun hier allein ihre Befriedigung suchen konnten und es also als das gemeinschaftliche Object dafür betrachteten. Die natürlichste Entwicklung des alten Arrestrechts wäre nun die gewesen, daß die bisher mit der Versilberung der gepfändeten Gegenstände für einzelne Forderungen competenten Behörde jetzt auch die Verwaltung und Liquidation der Masse in die Hand genommen hätte. Dies geschah aber selten, so z. B. in Luzern, wo der Gerichtsweibel, in Basel, wo Vogt, Schultheiß, Amtleute und Gerichtsschreiber die Verwaltung besorgten. In andern Cantonen wurden besondere Vögte des Guts ernannt, meist aus den Gläubigern, wohl in Folge Einflusses des gemeinen Rechts, so in Zürich, Bern, Genf, oder es wurde auch, wie in den französischen Cantonen, der Gerichtspräsident mit einem Ausschuß von zwei oder drei Richtern dazu bestellt. Die erste Pflicht dieser Concursbehörde ist nun die Inventur des verlassenen Guts, „wie das in den gerichten in beden stetten Basel funden werden mag hinder geistlichen und weltlichen Im kouffhuse In clostern hinder priestern und Edellüten und hinter mengklichem“ (Entwurf des 16. Jahrhunderts), also eine ganz allgemeine, die nothwendig auf Generalconcurs hinweist. In Basel mußten zwei Rathsglieder dabei sein und eine Abschrift des Inventars mußte dem Rath zur Controle bei der Liquidation zugestellt werden, ohne Zweifel darum, weil ein etwaniger Ueberschuss des Erlöses über die Schulden bei Erblosigkeit und Flucht als erbloses Gut dem Staate, also dem Rath als dem Verwalter des Staatsguts zufiel (Rq. 148, §. 27; 286, §. 205). Die Inventur von Erbschaften war, wie wir oben gesehen haben, schon alter Gebrauch und daher nichts erst durch das neue Con-

cursverfahren Eingeführtes; so wenig sie bei diesem fehlen darf, so wenig ist sie etwas ihm Eigenthümliches. Dass dabei schon früh der sog. Weisungseid vorkam, d. h. der Eid des ausgeklagten Schuldners selbst, seiner Hausgenossen, der verzichtenden Erben u. s. w., nichts zu hinterhalten, sondern Alles getreulich angeben zu wollen, ist der Natur der Sache nach wahrscheinlich und wird z. B. in der Concursordnung von Basel von 1648 (Rq. 371, B. §. 4) als alter Gebrauch erwähnt.

Was nun die öffentliche Bekanntmachung des Concurses betrifft, so scheint nichts einzuwenden zu sein gegen die heutigen Lehrbücher, welche eine Edictalcitation der Gläubiger als wesentliches Erforderniß des Concursprocesses aufstellen; man kann aber doch fragen, ob nicht ein anderer Weg als förmliche Edictalcitation zu demselben Ziele führe. Und dies ist bei noch einfachen Verkehrsverhältnissen ohne Zweifel der Fall. Es kann hier dasselbe erreicht werden durch Auskündigung der Güter des Schuldners und Anzeige der Ganttage. Dadurch wird ein jeder Gläubiger von selbst erinnert, daß er sich mit seiner Forderung anzumelden, resp. am Ganttag sich zum Zuge einzufinden habe. Eine solche Auskündigung vertrat die Stelle der heutigen Edictalcitation, so lange der alte Concursproceß nichts anderes war als ein ausgedehntes Arrestverfahren, bei dem noch der Grundsatz maßgebend war, daß bloß der Gläubiger, der sich selber nach seiner Sache umsehe, auf Befriedigung Anspruch habe. Eine Edictalcitation im eigentlichen Sinne des Worts, in dem Umfange und mit den Folgen, welche das heutige Recht ihr besiegt, ist in manchen Cantonen erst sehr spät erfolgt, und bildet dort den Schlüsse Stein des ganzen Gebäudes des Concursprocesses, ohne daß man deshalb berechtigt wäre, ein Concursverfahren bis zu dieser Zeit in Abrede zu stellen, eben aus dem Grunde, weil einfache Auskündigung bei den noch ursprünglichen und unentwickelten Lebens- und Verkehrsverhältnissen den gleichen Dienst that. In den Landcantonen, wo diese Auskündigung meist von der Kanzel geschah, hat sie gewiß lange genügt; es wurde aber vielleicht auch bald eine förmliche Edictalcitation der Auskündigung der Liegenschaften angehängt. Eine förmliche Citation der Gläubiger durch Placards ist in den Rechten der französi-

schen Schweiz im 17. Jahrhundert schon sehr ausgebildet und also wohl älter als die Aufzeichnungen selbst. Am frühesten scheint Basel eine wirkliche Auskündung sub poena præclusi eingeführt zu haben. Die GD. von 1457 §. 103 führt offenbar etwas Neues ein, wenn sie sagt, bisher sei es gebräuchlich gewesen, daß die Creditoren die Liegenschaften Erbloser und Flüchtiger gefrönt und nach der Stadt alten Ordnung (also zu drei vierzehn Tagen) gekauft hätten um 1 Pfd. 3 s., obschon diese Güter oft mehr wert gewesen seien als des Gläubigers Forderung; andere Creditoren seien dadurch zu Verlust gekommen, und dem vorzubeugen sei nun erkannt worden, "wer föllich gütere hinsfür in haft leit, frönt oder verbütet, das man dann die selben gütere dry vierzehen tag anschreiben sol." Darnach sind also die Liegenschaften des Schuldnern auszuschreiben, und zwar, wie der Grund dieser Verordnung lautet, zu dem Zwecke, daß sämmtliche Gläubiger von dem Concurs in Kenntniß gesetzt werden, bis zur Gant sich anmelden, resp. dem Arrest sich anschließen können und als Arrestnehmer bei der Gant selbst ihre Rechte wahren. Daß am Schlusse noch eine Aufforderung an die Creditoren beigelegt wurde, unter Strafe der Ausschließung sich anzumelden, ist kaum zu bezweifeln und wird für das 17. Jahrhundert durch Formulare bestätigt. Erst nach dieser sechswöchentlichen Ausschreibung folgten die drei Aufrüse der Liegenschaft von vierzehn zu vierzehn Tagen. Man könnte nun glauben, dies sei keine neue Frist, sondern identisch mit der ersten Auskündigung zum Zweck der Citation der Gläubiger, indem die Urkunden oft diese gar nicht erwähnen. In der That ist es möglich, daß factisch beide Auskündigungen hie und da zusammenfielen, besonders in den Fällen, wo das Haus so überlastet war, daß bei der Gant doch nur ein Zugverfahren unter den Zinsgläubigern stattfand, und also die Chirographarcreditoren nichts verloren, wenn sie nicht dabei waren. Daß es aber rechtlich zwei verschiedene Fristen waren, beweist nicht bloß der Wortlaut des §. 103 der GD. von 1457, und die verschiedene Bedeutung, die er beiden gibt, nämlich der ersten Ermittlung der Gläubiger der zweiten Erfundigung über die Liegenschaft, sondern auch der mancher Urkunden:

Form. a*i*. 1462: und wiewol er mit anschriben sinen rechtlichen tagen vßgewartet, darnach zu zweyen malen kostt, begert Im zem dritten mal uffzerrüffen.

Urf. v. 1495: wie sie iren gebotten mit anschriben und rechtlichen tagen nachkommen werent, darnach drie tag und sechs wuchen in geschrisft uffgeschlagen, begertent, bz ich die güter us hüt ufrüfen möchte.

Die Präclusion in Folge versäumter Anmeldung trat nicht ein gegen Gültberechtigte und Immobiliarpfandgläubiger. Schon nach altem Frönnungsrechte wurde diesen von Gerichtswegen noch speciell die Frönnung angezeigt mit der Aufforderung, an den Ganttagen ihre Rechte zu wahren. Erschienen sie dann bei der Versteigerung nicht, so hatten sie die Gefahr zu tragen. So schreibt denn auch die GD. von 1457 von Basel vor, daß man der eignen Hand und sonst Allen, die man wissen möge, denen vormals solche Güter verhaftet seien, dazu verkünden solle. Hatten sich also derartige Gläubiger innert der Auskündigungsfrist auch nicht gemeldet, so gingen sie doch dadurch ihres Rechts nicht verlustig. Die neuere Zeit hat durch Einführung der Hypothekenbücher die Hypothekargläubiger vollständig von der Anmeldung entbunden, außer für rückständige Zinse. Ueberhaupt aber ließ man die Präclusion nicht zu, wenn später noch Creditoren sich anmeldeten, welche Nichtkenntniß wegen nicht gehöriger Bekanntmachung darthun konnten. Für Zürich ist zu vergleichen v. Wbz, Concurspr. S. 166. In Basel gestattete man sogar allen, welche zur Zeit der Vergantung außer Landes oder minderjährig gewesen waren, noch innert 10 Jahren ihr Recht geltend zu machen, und zwar mußten zu diesem Behufe die Gläubiger, die bezahlt wurden, Caution leisten, solchen später noch aufstretenden bessern Creditoren gerecht zu werden. Von den Schuldbriefcreditoren, deren geliehenes Capital aus dem Erlös abbezahlt wurde, konnte eine solche Caution zu Gunsten etwaniger anderer vorgehender grundversicherter Creditoren noch verlangt werden; daß dies aber auf sämmtliche laufende Gläubiger ausgedehnt wurde (GD. von 1457, §. 106) ist auffallend und war jedesfalls schwierig durchzuführen, wie überhaupt diese ganze Maßregel unpraktisch und bloß ein Nothbehelf war. Die GD.

von 1719, Tit. 51. forderte daher bei Falliment von Kaufleuten, so kundbar mit auswärtigen gehandlet, daß die Auskündungszeitel an die Orte, so mit uns das Concordat halten, überschickt werden. Das heutige Recht ist auch hievon wieder abgegangen, und begnügt sich damit, den aus den Büchern des Falliten kundlichen fremden Creditoren den Concurs anzuzeigen. In der Waadt wurde auf ähnliche Weise zur Verhütung von nachherigen Anmeldungen, wodurch die Rangordnung gestört würde, gefordert, daß die Gläubiger, welche der Schuldner nenne, falls sie außer Lands oder Wittwen, Waisen und Minderjährige seien, speciell durch Anschläge des Concurses an ihrem Wohnorte oder durch Sendschreiben zur Angabe ihrer Forderungen gemahnt werden sollten (Porta p. 435).

Die Masseverwaltung bildet in der Praxis die wichtigste Seite des ganzen Concursproesses und gibt diesem oft einen ganz eigenthümlichen Charakter. Dennoch müssen wir in der theoretischen Darstellung uns auf Weniges beschränken, weil unsere Quellen uns hierüber ganz im Dunkel lassen¹⁾ und mehr nur den recht in die Offentlichkeit heraustretenden Theil des Verfahrens, die endliche Liquidation der Masse durch Versilberung auf dem Wege der Gant oder durch Zutheilung der Gegenstände in natura an die Gläubiger ausgebildet, die weniger bemerkbare und doch nicht minder wichtige Thätigkeit der Concursbehörde aber bis zu der Gant fast unberührt gelassen haben. Wir dürfen aber um so eher hier kurz sein, als das schweizerische Verfahren sich durchgängig durch große Einfachheit auszeichnet und den Formen des gemeinen Proesses fern geblieben ist, und ein näheres Eingehen mehr bei systematischer Darstellung als bei Aufführung der Grundlage des Concursproesses im alten deutschen Rechte am Platze ist.

Mit der Concurseröffnung verliert der Schuldner jede Befugniß, über sein Gut zu disponiren und dasselbe zu genießen. Doch lassen ihm die meisten Rechte während der Dauer der Concursverhandlungen das Nothwendigste zu-

¹⁾ Sie behandeln meistens bloß die Rangordnung der Gläubiger und das Gantverfahren.

kommen, wenn er es durchaus bedarf; am weitesten gehen darin die französischen Cantone, deren Bestimmungen in Bezug auf der Frage, welche Gegenstände nicht saisirt werden dürfen, wirklich großartig sind. Aber nicht nur seit der Concurs-eröffnung ist jede Disposition des Schuldners über Vermögensstücke, die nun einen Theil der Masse bilden, ungültig: es geht vielmehr durch alle Rechte der Zug, auch die Verfügungen, die unmittelbar vor dem Auftaile und in der Voraussicht desselben offenbar in fraudem creditorum zu Gunsten eines Bevorzugten geschehen sind, als ungültig aufzuheben. Als solche jedesfalls nichtige Verfügungen gelten hauptsächlich die Verpfändungen, die innert einer kurzen Zeit vor Ausbruch des Fallments errichtet worden sind.¹⁾ Gewöhnlich ist diese Zeit ein Monat bei Immobiliarverpfändung, noch weniger bei Fahrnißverschreibung. Die französischen Rechte aber haben eine solche Ungültigkeit in weit ausgedehnterem Maßstabe angenommen: nach Neuenburger Recht fallen die Liegenschaften, auf welche ein Gläubiger den Rechtestrieb durchgeführt hat, wieder in die Masse, wenn innerhalb Jahr und Tag seit der délivrance de taxe das décret eintritt, (Point de Coutume du 4 avril 1718.) Dasselbe gilt bei betrüglichem Tausch. Dagegen fallen Mobilien nach 8 Tagen schon nicht mehr in die Masse zurück. Es wird dies durch das Rechtsprichwort ausgedrückt: bien meuble n'a point de suite (sequelle.) Eine schärfere Begrenzung erleidet dieses Sprichwort in der Waadt, wo es bloß das sagt, daß ein Pfandrecht an einem Mobile, das der Schuldner im Besitz hat, durch Veräußerung dieses Gegenstandes erlischt. So wenigstens Porta, a. a. O., S. 410 und Boyve, Remarques sur les loix et statuts du Pays de Vaud. p. 478. Der Coutumier de Moudon von 1577 scheint sich eher dem Neuenburger Recht zu nähern: „biens meubles n'ont point de suite pour pouvoir le créditeur de précédante date agir sur le bien meuble, qui fut du debteur du temps du debte et obligation, qui serait déjà subasté par un autre créditeur de sécutive date, ou soit par acquis

¹⁾ v. Wyß, Concursproceß, S. 161. Rechtsquellen von Basel 371. C. 2.

fait du debiteur soit par autre légitime moyen parvenu en main d'un autre.“

Obwohl der Schuldner mit der Concurseröffnung jede Dispositionsbefugniß über sein Vermögen verliert und dieses den Creditoren, resp. den von ihnen gesetzten curatores oder der Gerichtsbehörde zur Verwaltung zufällt, so hat er doch ein Recht auf möglichst richtige und gewissenhafte Liquidation, weil sein etwaniger späterer Erwerb wieder für den Verlust angegriffen werden kann. Er selber aber kann nicht bei der Liquidation mitwirken, er muß also einen Vertreter haben, der die Richtigkeit der einzelnen Ansprüche prüft und die, welche er ungegrünhet findet, bestreitet, sodann auch Verwahrlosung der Masse entgegenzuwirken hat. Nach gemeinem Rechte ist dies die Aufgabe des contradictor. Der contradictor ist den Rechten der deutschen Cantone unbekannt, es scheint sogar, daß in der hier in Frage stehenden Hinsicht der Schuldner und das Interesse, das er an der Liquidation hat, nicht genügend berücksichtigt wurde. Die Hauptfälle waren freilich die, wo der Debitor gestorben oder ausgetreten war, und da, konnte man sagen, hörte sein Interesse auf und hätte auch meist ein contradictor nichts genutzt, da er mit dem Falliten keine Rücksprache mehr nehmen konnte und doch seine Verhältnisse nicht genug kannte. Aber auch wo der Schuldner noch anwesend war, wurde er als ein zu verdächtiger und unzuverlässiger Mensch behandelt, als daß seiner Behauptung viel Glauben zu schenken sei.¹⁾ Der Debitor war also rechtlich ohne Vertheidigung. Aber man mag nun auch bedenken, wie sich in der Praxis trotzdem die Sache nicht so schroff stellt als in der Theorie. Sind curatores aus den Gläubigern zur Liquidation der Masse bestellt, so haben sie selber schon ein Interesse, den Cridar gegen unrechtmäßige Forderungen zu vertreten und diese zu dem Zwecke genau zu prüfen; ist die Gerichtsbehörde mit der Regulirung betraut, so hat sie als unparteiische und über allen Beteiligten stehende Beamtung die Pflicht, genau zu untersuchen. Am weitesten in der Bevollmächtigung der Concursbehörde zur Liquidation ist wohl Basel ge-

¹⁾ Ein Beispiel bei v. Wyß, Concursprozeß, S. 160.

gangen, dessen Recht in dieser Beziehung merkwürdig ist. Die Gerichtsämter, bestehend aus dem Gerichtspräsidenten (an der Stelle des alten Schultheißen) und dem Gerichtsschreiber, bilden die Liquidationsbehörde, und prüfen die angemeldeten Forderungen. Laut dem Entwurf des 16. Jahrhunderts läßt der Schultheiß alle angeschriebenen Gläubiger vor sich kommen und sich die Beweise für ihre Forderungen vorlegen. Wo schriftliche Beweise fehlen, muß sie der Eid ersetzen,¹⁾ insofern die Forderung 10 f. übersteigt. Die Gerichtsämter führen sodann die Liquidationsprocesse, sie klagen Forderungen des Schuldners ein, sie erscheinen als Beklagte gegenüber einem von ihnen nicht anerkannten Vindicanten. Ja, was das Merkwürdigste ist, die Mitglieder der Gerichtsämter treten in einem solchen Processe nicht aus dem Gerichte ab, der Präsident hat sogar wie in jedem andern Processe Stimmrecht, und gibt also sein Votum, das er schon als Partei durch den Anwalt hat vortragen lassen. Und dennoch hört man nie von Nachtheilen, die aus diesem Verfahren entstanden wären. Dasselbe ist offenbar noch in seiner heutigen Gestalt das alte Recht, das nicht für nöthig fand, curatores und contradictores zu ernennen, wo bloß "der Ganterlös und die Schulden gegen einander zu legen" waren. Aber auch jetzt noch ist diese Art der Liquidation genugsam gerechtfertigt durch die Vortheile einer einheitlichen Leitung und der sichern Erforschung der Wahrheit, sowie durch eine Wohlfelheit, welche die Concurskosten im Verhältniß zum Werth der Masse als unbedeutend erscheinen lassen. Bei kaufmännischen Vermögensmassen hat die neuere Zeit ohnehin die Möglichkeit der Ernennung von curatores bonorum gegeben.

Die französischen Cantone dagegen kennen, wenn auch nicht den gemeinrechtlichen contradictor, so doch einen mit der gleichen Thätigkeit Beauftragten, den défenseur; beide haben vielleicht

¹⁾ Dieses einfache Verfahren ist allgemein in der Schweiz, vergl. z. B. v. Wyß, Concurspr. S. 55. Naville, Etat civil de Genève, p. 235. suiv. In Waadt hatte sich der Mißbrauch gebildet, daß der Eid erst nach der Collocation nur denen abgenommen wurde, die keinen acte de défaut erhalten hatten. Porta, S. 439.

den gleichen Ursprung und den gleichen Entwicklungsgang genommen, und so könnte der défenseur zur Aufklärung beitragen über die eigentliche Bedeutung des theoretisch schon so viel gemarterten und zerlegten contradictor. Zuerst ist der défenseur aufgestellt worden, wo eine Erbschäft an Pupillen oder an Schwachsinnige fiel, die noch keinen Vormund hatten; es war ein Curator, der die Aufgabe hatte, de défendre les pupilles et s'opposer aux demandes des intervenants et opposants. Zu letzterem Zwecke (dem der Opposition), wurde nun auch ein solcher Curator aufgestellt bei erblosen Massen, und erhielt auch hier den Namen défenseur, ebenso bei Gut, dessen Eigenthümer flüchtig geworden war. Ursprünglich scheint dieß nichts als eine provisorische Maßregel gewesen zu sein, um das verlassene Gut zusammenzuhalten, bis förmliche Curatoren ernannt seien: so ganz gewiß in Genf, dessen Edits civils tit. XXXV, Art. 1 sagen: les juges établiront par provision un curateur ou procureur défenseur aux biens vacans . . . ce procureur sera obligé de faire appeler . . . les parens du dit propriétaire et les prétendants sur les dits biens vacans pour les sommer d'y pourvoir. Dabei ist es auch in Genf geblieben: die Creditoren können diesen procureur bestätigen oder nicht; geschieht ersteres, so wird er eine Art curator bonorum, Güterpfleger; geschieht letzteres, so tritt er ganz zurück. Anders hat sich im Waadtland dieses Institut des défenseur ausgebildet: da ist er recht eigentlich geworden, was der gemeinrechtliche contradictor ist. Seine Thätigkeit war hier von Anfang an neben dem Schutz der Pupillen die, sich den Forderungen der opposants (der Ansprüche erhebenden Creditoren) entgegenzustellen, falls sie zweifelhaft waren. Daraus hat sich nun der Gebrauch entwickelt, daß er einerseits als Vogt des Cridars angesehen wurde, (vu que le discutant est toujours en minorité) und andererseits die Aufgabe erhielt, darüber zu wachen, daß keine Forderungen im Einverständniß mit dem Cridar zum Schaden anderer Creditoren eingegeben würden. Letzteres war Anfangs auch bloß ein Ausfluß des Gedankens, daß Handlungen des Cridars ohne seinen Vogt ungültig und daher durch diesen zu rescindiren seien; es trug aber dazu bei, seine ursprüngliche Stellung, wonach er

bloß Vertreter des Schuldners war, zu verrücken, indem er nun bei Processen gegen angegebene Forderungen die Ermächtigung der interessirten Gläubiger einholen müste. Daß er aber nicht curator bonorum geworden ist, beweist seine Nichtbeteiligung bei der Collocation: er hat mit den Prioritätsuntersuchungen nichts zu schaffen, er hat bloß die Forderungen der Gläubiger zu untersuchen und sie gutschneinenfalls zu bestreiten, sowie üble Besorgung der Masse zu verhüten, ganz wie der Contradictor.¹⁾

Wir haben hier noch die Frage zu berühren, inwiefern das Prioritätsverhältniß unter den angemeldeten Forderungen schon im Liquidationsverfahren zur Sprache komme. Jedes Concursverfahren muß nothwendig mit einer Collocirung der Creditoren nach dem Rang ihrer Forderungen endigen; insofern also hat die mit der Liquidation betraute Concursbehörde ex officio schon eine Rangordnung aufzustellen, und zwar zuerst den Vindicanten, deren Ansprüche anerkannt worden sind, ihr Eigenthum zuzustellen, dann die Creditoren der Reihe nach zufolge ihrem Vorrange zu collociren. Eine andere Frage aber ist die, ob schon in diesem Zeitpunkt der Liquidation und vor der Errichtung der Collocation die Streitigkeiten zu entscheiden seien, welche unter den Creditoren selber über ihr Prioritätsverhältniß entstehen. Je nach dem Grad der Ausbildung, welche der Concursprozeß erhalten hat, ist das Verfahren hierin verschieden. Dem ausgebildeteren Concursprozeßrechte gehört die Anschauung an, daß der Concursbehörde nicht bloß die Verwaltung des Vermögens, sondern auch die definitive Entscheidung über die Ansprüche aller Gläubiger und das Verhältniß unter denselben obliege, daß sie also jedem Gläubiger Gelegenheit geben müsse, die Forderungen seiner Mitcreditoren entweder ganz zu bestreiten oder doch, falls

¹⁾ Boyve, Remarques sur les loix et Statuts du Pays de Vaud. p. 502. Porta, formalité du Pays de Vaud, p. 437 f. Der défenseur kann u. A. auch Grundstücke, welche Gläubiger des nunmehrigen décretable innert den letzten 3 Jahren gefrönt haben, in die Masse zurückkaufen, und zwar im Namen und anstatt des Debtors, und es wird ausdrücklich bemerkt, die Gläubiger selber seien dazu nicht befugt, weil sie nicht Eigentümer der Massengegenstände geworden seien.

er durch eine Collocation derselben in einer höhern Classe seine eigene Forderung gefährdet glaubt, diese Collocirung zum Voraus zu vereiteln. Dies ist das gemeine Recht, welches die Geltendmachung der Priorität nach dem Rechte der Intervention schon in dem Streite des Creditors mit dem anzufechtenden Liquidanten zuläßt. Anders da, wo noch die alte Anschauung geblieben ist, daß es sich bloß um Liquidation in Folge allgemeinen Arrestes handle, wobei der Hauptzweck im Interesse der gesamten Creditorschaft auf Sicherstellung und richtige Verwaltung der Masse gehe, Streitigkeiten unter den Creditoren demnach als diesen Zweck nicht betreffend auf den ordentlichen Rechtsweg zu weisen seien. Das gemeine Recht findet sich in der Schweiz wohl nirgends ganz rein, dagegen die zweite Anschauung hauptsächlich in dem Rechte von Genf und von Basel. In Genf wurden, nach dem Edits civils die Creditoren erst nach der ordonnance exécutoire, welche nach der Revision der Collocation durch das Tribunal erlassen wurde, zur Klage wegen Benachtheiligung in der Rangordnung zugelassen. Während der Liquidation wurde keinerlei Bestreitung einer andern Eingabe gestattet. Ähnlich in Basel: hier haben die Gerichtsämter, denen die Besorgung der Masse übertragen ist, von jeher ganz den Charakter der curatores bonorum. Wie diese nun die Prioritätsprocesse der Gläubiger unter einander nichts angehen, so haben sich auch die Gerichtsämter nie darum bekümmert; sie errichten die Collocation und überlassen es den Creditoren, die sich mit Unrecht ganz ausgeschlossen oder zu weit zurückgesetzt glauben, auf dem ordentlichen Rechtswege nach Publication der Collocation gegen sie, die Gerichtsämter, Klage zu führen. Ganz richtig ist, was Naville in seinem Etat civil de Genève über dieses Verfahren sagt: es werden auf diese Weise eine Menge Processe vermie- den, die sich unter den Creditoren vor der Liquidation erheben würden, die aber jetzt wegfallen, wo das Ergebniß der Masse bekannt ist und zeigt, daß schon der Creditor nichts mehr bekommt, an dessen Stelle man zu gehören glaubt. Unrichtig in hohem Grade ist es aber, wenn Naville dieses Verfahren als der Stadt Genf allein in ganz Europa eigen erklärt. Eine Mittelstellung zwischen diesem Verfahren und dem gemeinen

Recht nahmen z. B. Zürich und Waadt ein, wo Streit unter den Creditoren bei der Liquidation sofort an das Gericht zu summarischer Behandlung kam. Es war diese Annäherung an das gemeine Recht natürlich, da die Creditoren über den Zug sich zu erklären hatten und bei dieser Gelegenheit sich oft Anstände erheben mussten, deren sofortige Vereinigung nothwendig war (Loix et Statuts du Pays de Vaud, loi XI, fol. 569, nebst den Remarques dazu von Bohve).¹⁾

6. Art der Besiedigung der Gläubiger.

Schon oben ist angedeutet worden, welche Manigfaltigkeit in der Art und Weise der definitiven Liquidation der Masse durch die Rechte der einzelnen Cantone geht; dieselbe röhrt her von der verschiedenen Ausbildung der Separatexecution; denn wie der ganze Concursproceß sich anfänglich die äußern Formen derselben angeeignet hat, so ist besonders die Liquidation der Massagegenstände ganz auf denselben Wege vor sich gegangen wie die der gepfändeten Mobilien und gefrönten Eigenschaften. Dieser Umstand macht es auch möglich, die oft heftig discutirte und sehr bestrittene Frage über die Rechte der Gläubiger im Verhältniß zur Masse auf historischem Wege einfach zu lösen.

Dass ein Gläubiger bloß ein Recht auf Bezahlung haben und also nicht gezwungen werden könne, etwas Anderes als Geld anzunehmen, ist erst ein Satz der neuern Zeit. Das Mittelalter hat ihn nicht anerkannt. Vor Allem der Gültgläubiger hatte durch die Anlegung seines Capitals auf Grund und Boden die Verpflichtung eingegangen, sein dargeliehenes Geld nie mehr zurückzufordern, sondern bloß im Nothfall das Grundstück, worauf es radicirt war, an sich zu ziehen. Die Chirographargläubiger sodann hatten zwar ein Recht, ihr Geld zurückzuverlangen, konnten aber auch nach manchen Rechten nicht direct dazu kommen, wenn es der Schuldner nicht zahlte oder nicht zahlen konnte, indem sie mit Durchführung des Rechtstreibs bloß ein Pfand

¹⁾ v. Wyß, Concursproceß, S. 55, 58.

in ihre Gewalt brachten, das ihnen das Gericht an Zahlungsstatt zuerkannte. Also hier wie dort gewissermaßen ein Pfandrecht, das der Gläubiger erst durch Veräußerung des so in seine Hand gekommenen Gegenstandes in das ursprünglich von ihm aus hingegebene Geld verwandeln konnte. Ganz ebenso im Concurs: derselbe wurde eröffnet durch die Verbote der Gläubiger; diese Verbote aber sind nichts anderes als ein Stadium der alten Schuld betreibung, nur in größerer Ausdehnung und mit der Zeit eigenthümlich und von der Separatexecution verschieden ausgebildet. Während dort also der Gläubiger eine Art Pfandrecht an einem einzelnen Gegenstande erwarb, geschah hier dasselbe in Bezug auf die ganze Masse; die Gläubiger konnten aus dem von ihnen gelegten Verbote Realisirung ihrer „verlangten Rechte“ (wenn es erlaubt ist, diesen technischen Ausdruck hier analog anzuwenden) durch Verkauf oder Zuschlag der verhafteten Gegenstände fordern. Daher erklärt sich nun die Verschiedenheit der Liquidation der Concursmasse in den einzelnen Rechten: die Mannigfaltigkeit der Realisirung der Forde rung durch Schuld betreibung ist auch in dem neu sich bildenden Concursprozeß übergegangen; je nachdem im alten Schulden trieb der Gläubiger Vergantung oder Zuschlag des gepfändeten Gegenstandes zu einem geschätzten Werth fordern konnte, je nachdem erfolgt im neuen Concursverfahren die Liquidation durch Versilberung sämmtlicher Massagegenstände oder durch Zutheilung an die Gläubiger an Zahlungs Statt. Indem wir diez nun näher ausführen, beginnen wir mit dem Rechte, das die vollständige Versilberung der Masse und Vertheilung des erlösten Geldes unter die Gläubiger am reinsten durchgeführt hat, mit dem Rechte der Stadt Basel und der Stadt Genf.

Gleichwie in Basel nach altem Betreibungsrechte der Gläubiger, der seinen Schuldner nicht in die Leistung treiben wollte, auf sein Gut fahren und die so arrestirte Fahrniß nach einem Monat durch den Stadtkäufler vergantnen lassen konnte, ebenso erscheint im neuen Concursproesse die Versteigerung der Fahrniß als einziger Weg der Liquidation: sämmtliche Fahr habe wird dem Stadtkäufler überantwortet, der dann das daraus erlöste Geld dem Schultheissen zur Vertheilung unter die Ere-

bitoren einsiefert. Auch die Vergantung der Liegenschaften schloß sich vollständig an das uralte Verfahren an, welches durch die Fröning hervorgerufen war. Obwohl jetzt die Auskündigung während sechs Wochen das nochmalige Aufrufen der Liegenschaft an drei Gerichtstagen von je 14 zu 14 Tagen überflüssig gemacht hatte, da die Creditoren durch jene erste Auskündigung schon genügend in Kenntniß gesetzt sein konnten, so wurde doch diese triana subhastatio beibehalten: die Ersteigerungsfrist blieb in drei Termine getheilt, wovon der letzte peremptorisch war und mit dem Zuschlag des Gutes schloß. Der Aufruf geschah von 14 zu 14 Tagen und nach jedem wurde die Liegenschaft und die darauf gebotene Summe an den öffentlichen Orten angegeschlagen. Die Formel eines solchen Anschlags veranschaulicht die Sache am deutlichsten:

A°. xc. ist Magne des krempers hus und hofstat von anrufung wegen hern A. als er die um sin schuld gefrönt und in gericht gezogen, zu den ersten vierzehnen tagen usgeruft und hat um dieselben her A. 20 gl. gebotten. werdent uf Donnerstag nach suntag letare zem andern mol usgeruft und darnach uf Dunstag nechst nach suntag quasimodo zum dritten und letzten mol verkouft und denen so allermeist darum geben, werden die kauf nach harkommen recht und gewonheit der stat Basel. Hienach wiße sich menglich ze richten.

Diese Art der Subhastation hatte ihren guten Grund im alten Rechte, indem der Mangel der Auskündigung und der Citation durch dreimalige Veranfaltung der Gant weniger fühlbar wurde. Später aber entsprach sie ihrem Zwecke nicht mehr und diente bloß zur Vermehrung der Kosten. Auch kenne ich kein Beispiel aus den Urkunden, wo schon an den zwei ersten Ganttagen von Andern als dem Frönen den geboten worden wäre, aus ganz natürlichen Gründen. Die Versteigerung selber bewegte sich ganz in der alten Form. Gewöhnlich war die Liegenschaft so belastet, daß Chirographargläubiger oder gar Unbetheiligte nicht bieten wollten. Denn obwohl die Güsten ablösbar waren, so nahm doch das Gericht bei der Vergantung keine Rücksicht darauf, sondern bot das liegende Gut auf "umb

ein sum gelz und höher dann es wert ist,"¹⁾) was der Entwurf des 16. Jahrhunderts dahin erläutert: "höher denn es über beladung der eigenschaft und ewigen zinsen wert sye, namlisch die besserung daruff." Also bloß die Besserung wurde aufgerufen und wirklich versteigert; wo eine solche nicht vorhanden war, fand sich kein Käufer und es mußte unter den Zinsgläubigern das früher geschilderte Zugverfahren eintreten. Bei dieser Sachlage mag man sich wundern, daß das Zugverfahren nicht auch bei uns wie anderwärts gesetzlich sanctionirte Rechtsregel geworden ist, um so mehr, als sich schon früh Spuren finden, daß dasselbe nicht bloß unter den Gütläubigern stattfand, sondern auch von bloßen Pfand- und Chirographargläubigern angewendet wurde. So z. B.

Urk. v. 1406: Cunrat von Rüttlingen frönt zwei brief über den kouf eines huses durch Claranne Stürmin, welche brief Claranne in einer laden dem Cunrat mit anderm huzrat und varendem gut ze phand ingeben hatte, von der gelt schuld wegen so si im schuldig war. und also wartete Cunrat den gerichten uz, und bot 1 Pfd. 3 ſ. an die schuld, so ime Claranne schuldig were, und behub by ſinem eid acht gl., so ime Claranne schuldig were uf rechnung.

Urk. v. 1396: Bürgermeister Arnolt von Berenvels frönt alle dü recht, so Lütolt zer Sunnen fel. hatte an der erbeschafft des huses zem burge so da ist Peter Siglins des kürseners, namlisch 1 Pfd. phenn. von schulden wegen so er im schuldig was . . . do bot ich die recht Lütolts an dem 1 Pfd. gelz veil und gab sie dem Berenvels ze kousen umb 1 Pfd. 3 ſ. an ſin schulde.

Die Gesetzgebung wirkte zwar dieser aufkommenden Uebung entgegen durch die Anno 1449 (Rq. Nr. 140) erlassene Verordnung, daß liegende Güter, die zu Pfand gegeben worden, gleich der Fahrniß zu vergantten, "schlechtlich ze verkoufen" seien. Falsch verstanden hat aber diese Verordnung der, welcher an den Rand schrieb, solche liegende Güter seien gleich der Fahr-

¹⁾ Gerichtsordn. von 1457, §. 103:

niß durch den Stadtkäufler zu verkaufen. Vielmehr ging die Versteigerung auch hier vor Schultheißengericht vor, wie der Entwurf des 16. Jahrhunderts zeigt:

„Ob Demand umb sin varend geltschuld dem schuldner uff ligende pfand oder gütter faren will, der soll dieselben auch fronen . . . und wann die dr̄ XIII tag verschinen sind, so soll dazelb ligend gut mit beladung aller ewigen und widerkouffigen zinsen nämlich die besserung daruff als ein varend gut zu einem zum andern und zum dritten mol uffgerufft und verkouft werden“ u. s. f.

Der Sinn jener Verordnung war darnach offenbar der, daß wo eine Besserung vorhanden sei, Pfand- oder Chirographargläubiger nicht bloß den imaginären Kaufpreis von 1 Pfd. 3 ſ. bieten, also das gut für ihre Forderung an sich ziehen könnten, sondern daß wie bei der Fahrniß förmliche Versteigerung des Mehrwerths über die Gültten stattfinden müsse. Trotz dieser Verordnung war die entgegengesetzte, zum Zugverfahren neigende Uebung so stark, daß sich selbst das Gericht ihr nicht entziehen konnte und nun den Ausweg einschlug, den uns folgende Urkunde schildert:

Bor schultheis ofnet der schafner von S. Peter, daz dem Hanß Seger von den fünf ein bu an sinem hus uferlegt worden. als dieser nun geclagt habe, daz er zu arm dazu sye, da als der buw nötig gewesen, hetten die fünf erkennt, daz er (der Schaffner) den coſten darſihen solte, und solle im dafür des Hans Seger hus als varend gut haſt sin. Das habe er getan und 20 Pfd. minder 10 ſ. dargelihen, der buw sye gemacht worden, doch könne in Hans Seger nit uſrichten, fo habe er das gericht angeruft, im das hus als für varende gut uſzerufen und geben ze koufen. Do wart vom Gerichte erteilt, daz man dem schafner das hus für die 20 Pfd. minder 10 ſ. als varend gut und doch um 1 Pfd. 3 ſ. ze koufen geben möchte. Und als ich (der Schultheiß) es uſrief und er 1 Pfd. 3 ſ. darumb gab, so bat der spitalmeiſter ein frag in gericht ze tun, ob er des clegers rechtung im namen des spitals nit koufen

möchte; als nu erkennt wart, daß er es wol tun möchte,
bot er 1 Pfld. 4 fl. Da so ließ ich im den kouf.

Daß bessernungeachtet das Zugverfahren sich nicht Bahn brach, hat neben der Seltenheit von Fällen wie dem eben angeführten seinen Grund darin, daß es eben für diese Fälle doch nicht sehr praktisch war, sobald mehrere Pfandgläubiger concurrirten. Das damalige Pfandrecht unterschied sich von der Gült gerade dadurch, daß es mit der Versteigerung des verhafteten Grundstücks unterging und der Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt wurde, daß also das ältere Pfandrecht nicht durch bloßen Zug eines späteren Pfandgläubigers übernommen werden konnte. In der That liefert uns die oben angeführte Urkunde von 1406, wo Conrad von Rüttlingen das Haus der Clarianne Sturm frönte, einen schlagenden Beweis dafür. Dieses Haus war noch der Clara Götz für 15 gl. zu Pfand eingesetzt. Als nun Conrad 1 Pfld. 3 fl. geboten hatte, was am Ende noch zulässig war, weil er als erster Pfandgläubiger das Haus dadurch zu übernehmen erklärte, bot Clara Götz als zweite Pfandgläubigerin nicht etwa 1 Pfld. 4 fl., sondern zwei gl., die der Schaffner der Barfüßer mit 3 gl. überbot. Aber Clara Götz überbot ihn so lange, bis der Kauf gesteigert ward auf 6 gl., die Clara bot und wodurch sie das Haus erhielt. Soweit war man also damals noch nicht gekommen, daß man ein Zugverfahren unter Pfandgläubigern zuließ. Mit dem gleichen Rechte, wie ein Pfandgläubiger, hätte übrigens damals jeder Chirographargläubiger verlangen können, daß er ziehen dürfe, und hier war dann ein Prioritätsprincip nicht vorhanden, jeder hatte gleiches Recht, und so war ein Resultat nicht zu erzielen.

Gleich dem alten Pfandrecht galten die neuen "verbrieften Zinse," d. h. die Schuldbriefcapitalien, die nie unablöslich gewesen waren, als in der Besserung begriffen; alles was über die alten Bodengültten hinaus auf dem Gut lastete, galt durch den gerichtlichen Verkauf als getilgt und durch den Erlösersetzt. Ein Schuldbriefinhaber konnte so wenig als ein Pfandgläubiger ziehen, sondern mußte sein Capital bieten. Ein formliches Zugverfahren blieb also auf den Fall beschränkt, wo das Grundstück bloß mit alten Gültten beladen war und zwar in so

hohem Grade, daß eine Besserung nicht mehr auszubieten war. Sogar da jedoch kam die Gewohnheit auf, nicht mehr bloß um 1 Pf. 3 fl. zu ziehen, sondern den Vorgänger mit seinem Capital zu überkaufen. Es geht in dieser Lehre ein merkwürdiges Schwanken durch das 15. Jahrhundert hindurch; bald versucht man Ausdehnung des Zugverfahrens auf die Pfandrechte, bald Beschränkung desselben in seinem bisherigen Umfange. Zu letztem bot den ersten Anlaß der Fall, wo Zinse im Rückstand waren. Nach dem alten Bodengütsystem lasteten auch sie wie das Capital auf der Eigenschaft und mußten von dem Erwerber nachbezahlt werden. Mit der Aenderung der Gültverhältnisse fiel dies weg, die Zinsen wurden in erster Classe collocirt und der neue Erwerber hatte sich nicht darum zu kümmern. Unter den 1 Pf. 3 fl. waren daher jetzt die Zinse nicht mehr wie bisher begriffen; der Creditor, dem Zinse ausstanden, mußte also, um nicht zu Verlust zu kommen, die Gebote so hoch zu treiben suchen, als der Betrag dieser Zinse war.

Urf. von 1455: der schafner zu sant Peter frönt ein hus wegen verfeßener zinsen namlisch sechs Pfund, als sine herren jerlich daruff hatten 31 fl. neiggeltz, deßen eigenschaft dem rate gehört. Die schafner der Augustiner und von S. Claren, nachdem inen harzu vor gericht ze komen verkündet war, sagten, ire briefe seien die elteren, man solte das hus dem schafner von sant Peter nit ze koufen geben, er wolte inen denne um ire zinse nach inhalt irer briefe genug tun. Der schafner von S. Peter aber getruwete sich, siner hern zins weren die eltern und die nechsten nach miner hern eigenschaften, und er hette mit den andern nüt ze schaffen, denn hetten sie etwas uf daz hus geliehen, so möchten sie ihn überkoufen oder sust gedenken wie sie des bezalt wurdent. Das Gericht erkannte, S. Peter habe die ältesten Briefe und die bezere Rechtung nach der eigenschaft. Bei der aufbietung da so bot der schafner der hern ze sant Peter 6 Pf., wond um nieman mer bieten wolt, ließ ich im den kouf.

Hier bot also St. Peter den Betrag der rückständigen Zinse; hätten dann die andern gezogen, so hätten sie diese 6 Pf. zäh-

len müssen; und in der Collocation wären sie zu Gunsten St. Peters aufgeführt worden. Hätte dagegen St. Peter bloß 1 Pfd. 3 fl. geboten und wäre dann überboten worden, so hätte er seine 6 Pfd. verloren.

Es ist klar, daß schon in einem solchen Falle das Zugverfahren Schwierigkeiten hatte; noch mehr aber geschah dieß, wenn ein Gütläubiger, von dem Recht der Ablössbarkeit der Güsten Gebrauch machend, das Capital seines Vorgängers bot in der Absicht, durch Zahlung desselben diese Last von dem Hause zu nehmen. Es kam dieß in Gebrauch, obschon sich die Gesetzgebung heftig dagegen sträubte, wie anderseits gegen das Gelüste, das Zugverfahren auf Pfandrechte auszudehnen. Die Ewigzinsen waren längst durch Uebung und Gesetz wiederhäufig und ablösbar geworden, Errichtung neuer sogar streng verboten. Es konnte daher leicht die Ansicht entstehen, daß jetzt nicht mehr bloß die Besserung über die Ewigzinsen in Betracht komme, sondern der wirkliche Werth des Hauses, daß man also diesen bei der Gant bieten könne und aus dem Erlös dann zuerst die Zinsherren befriedigen solle. Der Trieb, auch bei den Ewigzinsen so zu verfahren wie bei den Schuldbriefen, und von den Gerichtsämtern bei der Liquidation auch die Abzahlung dieser Ewigzinsen zu verlangen, war so groß, daß wirklich Schultheiß und Amtleute im 16. Jahrhundert bei dem Rath einen Bescheid begehrten, wie sie sich mit den ewigen Zinsen, so auf erblosen und flüchtiger Leute Gut standen, bei Bertheilung und Verrechnung derselben Güter halten, ob sie dieselben kraft der Freiheit, (Privilegium Friedrichs III. von 1488, Nr. 181) ablösen sollten oder nicht? Der Rath erkannte, sie sollten die Ewigzinsen auf den Gütern stehen lassen wie bisher, und es dem Erwerber anheimstellen, ob er sie ablösen wolle.¹⁾ Die GO. von 1557 §. 97 bestätigte diesen Bescheid, der insofern ganz angemessen war, als das Wesen der Ewigzinsen von dem der Schuldbriefe eben immer noch sehr verschieden war. Daz übrigens das Gericht selbst sich früher jener durch den Rath verworfenen

¹⁾ Gerichtsordnung von 1539, §. 47.

Uebung nicht hatte entziehen können, zeigt eine interessante Urkunde von 1488:

Der schafner von sant Peter frönt das hus zer schwarzen kannen wegen versezzenen zinsen, als sine herren von eigneschafft und jarzyten wegen daruff hetten hat daz ich den dritten louf geben möcht. Dawider her Johan Büchsenmeister caplan der hohen Stifft antwurt, wie sich vor eim jar oder me gemacht, daz der schafner von sant Peter das hus als eins erblosen manns gut nach abgang des zinsmanns umb versezen zins gefront und zum dritten louf 20 gl. für die gerechtigkeit der eygenshaft oder jarzyten daruff geboten, den er überlouft und 53 gl. geben und baar usgericht, davon dem schafner von sant Peter die 20 gl. für siner hern anforderung worden.

Durch die Rathserkanntniß war nun freilich diese Frage entschieden und indirect dadurch das Zugverfahren zwischen Gültinhabern erhalten. Man sollte nun glauben, solche Fälle, wo eine Liegenschaft keine Besserung mehr hatte und mit Ewigzinsen überlastet war, seien selten mehr vorgekommen, theils wegen des großen Sinkens des Geldwertes, welches Anfangs des 16. Jahrhunderts aus bekannten Gründen eintrat und den Werth der Häuser im Gegensätze zu den darauf ruhenden, nicht zu erhöhenden Gültten hob, theils weil nun die Schuldbriefe die Bedeutung erhielten, welche die Bodengült im 14. Jahrhundert gehabt hatte, und diese doch allmälig abkam. Dies ist aber nicht der Fall: noch durch das ganze 16. Jahrhundert geht in Verbindung mit dem Verbote der Errichtung von Ewigzinsen die Klage, daß so viele Häuser baufällig verlassen würden wegen übermäßiger Last von Ewigzinsen (Nr. 209, 264, §. 165). Die Geistlichkeit und nach der Reformation die Verwalter der Kirchengüter hielten besonders fest an den alten Gültten, wegen des ihnen daraus zustehenden Rechts, bei Mißbau das Haus zu frönen,¹⁾ was bei den Schuldbriefen nicht mehr stattfand, daher sich die Geistlichkeit im Jahr 1515 über die erneuerte Erlaubniß

¹⁾ Rechtsq. v. Basel, 264, §. 165.

der Ablösung der Ewigenzinsen beschwerte.¹⁾ Noch das Formularienbuch von Sattler (vom Jahr 1636) Theil II, S. 180 enthält unter der Überschrift Zug- oder Chinsatzungsbrieff ein Formular, worin die Liegenschaft um 1 Pfld. 3 fl. dem Frönen den zugeschlagen wird, ein Zeichen, daß es damals noch nicht selten war. Erst die Revolutionszeit ist für die Ablösung der Bodenzinsen von fühlbarem Erfolg gewesen.

Die besprochene Rathserkanntniß (Rq. 264, §. 47), wodurch das Gericht angewiesen wird, die Zinsen von Eigenschaft, von Jahrzeiten u. s. f. auf dem versteigerten Hause stehen zu lassen, mit andern Worten bloß die Besserung aufzubieten und zu verkaufen, hat sich bis auf den heutigen Tag praktisch erhalten. Sonderbar nimmt es sich freilich aus, wie in der im Jahr 1830 neu abgedruckten Gerichtsordnung von 1719 noch stehen geblieben ist, der Schultheiß solle die Liegenschaft aufrufen mit ausdrücklichem Vorbehalt der Beladenschaft oder der eigenen Hand, da doch das Eigenthum des Zinsberechtigten längst verschwunden war. Gegenwärtig wird die Uebernahme der Bodenzinsen dem Käufer in den Gantbedingnissen überbunden, also auch bloß die Besserung aufgerufen. Nur ist jetzt nicht mehr zu befürchten, daß keine Besserung vorhanden sei und es unter den Bodenzinsberechtigten zum Zuge kommen müsse.

Am reinsten kam das Zugverfahren vor bei der Separat-execution für grundversicherte Forderungen in das haftende Grundstück, die in ihrem ganzen Umfange stehen geblieben ist und noch jetzt nach dem nicht mehr üblichen Gebrauche des Anschlagens der gefrönten Liegenschaft an öffentlichen Orten mit dem Wort „Anschläge“ bezeichnet wird. Es ist bei uns nie die Ansicht durchgedrungen, daß die Realisirung eines Pfandrechts an Liegenschaften bloß durch Concurs geschehen könne. Der Gedanke der ältern Zeit war, daß ein Gültgläubiger wegen versessener Zinsen und Mißbaues bloß auf dem Grundstück seine Befriedigung suchen könne, und zwar in der Art, daß der Käufer die Liegenschaft mit der unablöslichen Gült übernehmen müsse. Die Einführung des Schuldbriefwesens hob dieß zwar rechtlich

¹⁾ Ebenda 264, §. 117.

auf, hier sollte das Capital abgelöst werden, factisch aber mag es meist beim Alten geblieben sein, denn in der Praxis können Kauf und Zug nicht scharf getrennt sein. Wie oft kommt es nicht heut zu Tage noch vor, daß der letzte Hypothekargläubiger die Liegenschaft ersteigert in der Hoffnung, bei günstiger Zeit und Gelegenheit durch neuen Verkauf sein Capital doch noch retten zu können, wie oft, daß er den Kaufpreis nicht bezahlt, sondern seine vorgehenden Creditoren durch neue Obligationen sichert. Es blieb daher die Ansicht bestehen, daß es sich vor Allem bloß um Execution in ein verfallenes Grundstück handle und weniger um Execution für eine Capitalschuld, und daß erst, wenn sich auf jenem ein Verlust ergebe, das übrige Vermögen des Schuldners bürfe angegriffen werden. Dieß zeigen deutlich die Bestimmungen hierüber, welche sämmtlich das Recht des Creditors auf das Grundstück selbst in den Vordergrund stellen und das auf die eigentliche Schuld gar nicht erwähnen.¹⁾ Man betrachtete daher diese Execution analog der Einweisung in eine dem Kläger zuerkannte Liegenschaft, und da bei Forderungen bestimmter beweglicher oder unbeweglicher Sachen, die im Vermögen des Schuldners vorhanden sind, kein Concurs eintritt, sondern dieselben von Amts wegen dem Gläubiger zugestellt werden, so ließ man auch die Fröning von Liegenschaften für grundversicherte Forderungen ohne Concurs fernerhin zu. Die Prozeßordnung von 1848, §. 211 hat diesen Gedanken festgehalten, indem sie die Execution für hypothekarisch versicherte Geldschulden an die Execution auf Uebergabe einer Liegenschaft anschließt, hat aber insofern der veränderten Natur der Hypothekarschulden Rechnung getragen, als sie dem Gläubiger die Wahl zwischen den Anschlägen und der Beschlüssung läßt, während früher der Concurs erst bei Verlust auf dem Pfand konnte eröffnet werden. Gemäß jener Auffassung der Anschläge als einer Einweisung in eine dem Gläubiger gehörende Liegenschaft wurden bloß die Zinsgläubiger adscitirt, auf die chirographarischen nahm das Gericht natürlich keine

1) So Rq. 197, §. 230. GD. von 1539, §. 118. GD. von 1557, §. 106. Rq. 371, C. 3. a.

Rücksicht, bloß jene waren interessirt. Meistens war ohnehin die Liegenschaft so überlastet, daß sie wegen zu großer Belastung nicht mehr zinsen konnte und darum gefrönt wurde, wo dann eine Citation der laufenden Creditoren ohnehin nichts genügt hatte. Es scheint aber sogar, als hätte das Gericht bloß die Gültgläubiger zum Bieten, resp. Ziehen zugelassen; darauf deutet wenigstens die ganze Art und Weise, wie der Hergang bei solchen Anschlägen in dem Entwurfe des 16. Jahrhunderts geschildert wird. Es heißt da, wennemand den Fröner mit Pfandschaft auf dem Gut nachgehe, so könne er ihn mit 1 § überkaufen, von andern Gläubigern ist nicht die Rede, während bei Frönung für "varend geltschuld" jedermann bieten kann und wirklicher Verkauf erfolgt, nicht bloß gezogen wird. Besonders zeigt sich das reine Zugverfahren bei den Anschlägen darin, daß der Schuldner noch innert Jahr und Tag die Lösung hat. Ganz wie bei der uralten Frönung ist also noch im 16. Jahrhundert der Zuschlag des Guts an den Gläubiger in Folge der Anschläge bloß eine ihn sichernde Immision, der Schuldner kann im Besitz der Liegenschaft bleiben, wenn er innert 14 Tagen nach dem Zuschlag an den Creditor diesem für den nächsten fünfzigen Jahreszins Bürgschaft oder andere Sicherheit giebt, und kann "in Jar und tag dem' nechsten nach der beziehung das gut von dem fröner mit abtrag der sach darum gefront ist zusampt dem gerichtscosten und den zinsen in mitler zeit verfallen lösen, und sol alsdann die fröning ab sin." Erst die Concursordnung von 1648 (Nr. 371, c, 3, a) hat dies aufgehoben, aber auf eine Weise, der man ansieht, daß sie den Zusammenhang mit dem alten Recht nicht mehr erkannt hat. Sie sagt, die bei ausgestandenen Grund- und Bodenzinsen vor Zeiten gebräuchlich gewesene "lange Fröning, so Jahr und Tag gewehret", solle hiemit gänzlich abgeschafft sein. Dagegen kennt der Entwurf des 16. Jahrhunderts bei der Fröning um "varend geltschuld" diese Frist von Jahr und Tag für den Schuldner schon nicht mehr, sondern erwähnt sie bloß als antiquiertes Recht: "vor alten ziten hat der dem das sin also vergantet ist die losung auch in der Jaresfrist gehüpft zu dem finen, und daz mit zins, buw und costen". Dies mußte natürlich aufhören mit

der Bildung des Concursproesses, welcher nach förmlicher Versteigerung sämmtlicher Vermögensstücke des Erbärs eine solche Lösung nicht mehr zulassen konnte. Daher ist auch nur auf die damals noch zulässige Separatexecution in Grundstücken für laufende Forderungen zu beziehen, wenn der Entwurf noch vorschreibt, der welcher um fahrende Geldschuld gefrönt habe, müsse sich nach Jahresfrist noch in Gewalt und Gewer des Guts setzen lassen, widrigenfalls er von Neuem zu fronen schuldig sei, was im Concurs keinen Sinn mehr hat, und noch ein Ueberrest aus dem alten Schuldentrieb ist, wo der Vorzug der "erlangten Rechte" der Verjährung von einem Jahre ausgesetzt war.¹⁾ Bei Erblosigkeit und Flucht kennt auch der Entwurf das Recht der nächsten Verwandten auf Lösung innert Jahresfrist nicht mehr.

In Genf erfolgte die Liquidation der biens vacans durch criées et subhastations ganz im Anschlusse an das saisier-Berfahren. Der Tit. XXV der Edits civils beschreibt dieses Berfahren bei biens immeubles: auch hier wie im alten deutschen Recht Ausruf der gefrönten Liegenschaft dreimal von je sechs zu sechs Wochen, innert welcher Zeit sich die Gläubiger, welche Rechte an dem Grundstück haben, melden müssen. Nach der dritten criée wird die Liegenschaft an den Meistbietenden verkauft und mit diesem Acte ist jeder, der nicht bis dahin interveniert hat, mit seiner Forderung ausgeschlossen, selbst minderjährige, Wittwen &c., sogar der Fiscus. Ist das Grundstück zu hoch geschätzt worden, so daß sich kein Käufer gefunden hat, so wird es zurückgeschätzt und acht Tage nachher wieder auf die Gant gebracht. Wird es auch da nicht verkauft, so muß es der betreibende Gläubiger unter dem heruntergeschätzten Werth übernehmen. Die Herrschaftsrechte und Renten bleiben auf dem Gute liegen, die Rentengläubiger haben sich bloß für rückständige Zinsen zu melden (s'opposer), der Herr für rückständigen

¹⁾ v. Wyß, Concursproceß, S. 127. — Merkwürdiger Weise erhielt sich dieses alte Recht noch in der Uebung des Gerichts der kleinen Stadt, während es in der großen Stadt schon aufgehört hatte, wie dies ein Gutachten der jurid. Facultät in Sachen Wtw. Brenner gegen H. R. Beck d. d. 4. Dec. 1704 zeigt.

Ehrschätz und Aehnliches. Innerhalb acht Tagen muß der Kaufpreis bezahlt werden, außer wenn der Käufer selber ein grundversicherter Creditor ist, wo er bloß den Ueberschuß zahlt. Kurz, es ist das altdutsche Frönungsverfahren, das hier in der französischen Form der saisis zu Tage tritt, und in der discussion auch behufs Liquidation der Masse angewendet wird. Selbst freiwillige Liegenschaftsverkäufe und sogar die Constituirung einer Hypothek auf einem Grundstück wurden auf dem Wege der criées et subhastations vorgenommen, wodurch der Käufer oder Hypothekargläubiger vollständige Kenntniß der darauf ruhenden Lasten und Sicherheit gegen alle nicht angegebenen Rechte gewann. Naville beeindruckt dieses Verfahren mit dem Namen, den Montesquieu dem Genfer Gesetz über die Fallitenstrafen gegeben hatte: belle loi de Genève, und zwar darum, weil auf diese Weise jeder Proceß über das Eigenthum an Immobilien unmöglich gemacht sei, indem mit dem Zuschlag nach dem dritten Ausrufe der Käufer gegen alle späteren Ansprachen sicher sei.

Es ist nun wohl zu beachten, daß in Basel und Genf, den zwei einzigen Städten, wo sich das Stadtrecht ganz rein und ohne Einfluß des Rechts der Landschaft ausgebildet hat, das Prinzip der vollständigen Versilberung der Masse und Bezahlung der Gläubiger, soweit der Erlös reicht, angenommen worden ist. Dies führt uns auf folgende Bemerkung.

Wir haben gesehen, daß zu Basel das Schuldbriefwesen hauptsächlich die gesetzliche Einführung des Zugverfahrens gehindert hat; es muß diese Behauptung auffallen, wenn man sieht, wie in Zürich, dem Lande der Schuldbriefe, dieses Verfahren durchgedrungen ist. Es erklärt sich dies aber einfach aus dem Umstände, daß sich dort das Zugverfahren zuerst auf der Landschaft gebildet hat, wie es denn auch in den demokratischen Cantonen durchgedrungen ist. Wo Grund und Boden den Hauptum nicht zu sagen den einzigen Bestandtheil des Vermögens bilden, und die Fahrniß großenteils bloß Pertinenz des Grundstücks ist, kann eigentlich von Concurs kaum die Rede sein. Möser sagt in seiner treffenden Weise: "ich wünsche, daß man endlich den ganzen verderblichen Concursproces (NB. bei Bauern-

gütern) völlig abschaffen und dafür den alten ehrlichen Neußerprozeß, worin das Gut in banco liegt, und jeder Gläubiger sein Folio hat, wieder einführen möge. Diesen hat die Natur Landbesitzern angewiesen, und die Hypothekenbücher, welche die banco vertreten, schicken sich nicht einmal für den Concursprozeß, sondern sind für den Neußerprozeß gemacht. Dieser allein kann die Landbesitzer erhalten, und die Verschreibungen zur lebhaften Circulation bringen. Über der Concursprozeß ist für Krämer.“ Und in der That, bei Landbauern werden die Handschulden jederzeit unbedeutend sein, die Hauptsache bilden die Verschreibungen, in welchen die Liegenschaften verpfändet sind, warum also hier die Creditoren in die Gefahren und Kosten eines Concurses hereinziehen? warum Concurs, warum gerichtlicher Verkauf, bloß dem Unvorsichtigen zu Gefallen, der zuletzt auf das Unterpfand geborgt hat? Die weitere Ausführung gehört nicht hieher, zumal da Mössers Apologie des Neußerprozesses, „worin Natur und Kunst auf das Schärfste vereinigt ist,“ unübertrefflich bleibt. Auf dem Lande also zog die Behandlung der Güsten bald auch ein gleiches Verfahren in Betreff der Schuldbriefe nach sich, die den überwiegenden Theil der Schulden ausmachten, und zwar im Interesse der Schuldner wie der Gläubiger. Anders bei städtischen Concursen. Auch abgesehen von den Handelsleuten, den Krämern Mössers, sind bei einem Stadtbewohner die Handschulden nie so unbedeutend, daß ihnen kein Einfluß auf die Bestimmung des Verfahrens einzuräumen wäre. Sodann bildet aber auch die Fahrniß einen wichtigeren Bestandtheil des Vermögens. Ein Zugverfahren bei Fahrniß aber hat immer etwas Mißliches und mag für die Creditoren selbst in den meisten Fällen Unbilligkeiten erzeugen. Aus diesen Ursachen hat sich auf dem Lande das Zugverfahren auch auf die Fahrniß ausgedehnt: sie bildete gewöhnlich einen ganz kleinen Theil des Vermögens und war kaum die Kosten einer öffentlichen Vergantung wert. Bei dem Hauptvermögen, dem Hofe, fand ein Zugverfahren statt, man dehnte dieses also auf die Fahrniß aus und schloß die Zutheilung derselben unter die Gläubiger gleich an den Zug von Haus und Hof an, woraus denn auch die Ansicht sich entwickelte, daß die Separation

execution in Grundstücke nicht mehr möglich sei, sondern ein Pfandrecht an denselben bloß im Concuse realisirt werden könne. Auch hiefür waren die Grundlagen schon im alten Schuldentriebe vorhanden: die Vergantung der Pfänder, die dem Schuldner abgenommen waren, wurde schon damals zuweilen unterlassen, wohl auch aus dem Gesichtspuncte der Wohlfeilheit und Schnelligkeit des Verfahrens; der Gläubiger mußte sie aber dann auf offenem Markte verkaufen und den Mehrerlös über seine Forderung dem Schuldner herausgeben. Aus dieser Restitution des Mehrwerths an den Debitor ist dann im Concurs auf einfache Weise das Recht des minderberechtigten Gläubigers geworden, einen bessern Creditor zu bezahlen und dafür das diesem zugeschlagene Stück zu übernehmen. So hat sich das Verfahren hauptsächlich in Zürich ausgebildet: wie bei der alten Execution für Zinse und Gültten der letzte Zinsberechtigte das Gut übernahm, so muß jetzt im Concurs der jüngste darauf versicherte Creditor das Gut ziehen, wenn er nicht seiner Forderung verlustig gehen will; wie die Fahrniß von dem pfändenden Creditor an sich gezogen wurde, so übernimmt sie nun gewöhnlich die Gesamtheit der laufenden Gläubiger, wenn nicht die Ehefrau ihnen vorgeht, und wie im alten Schuldentriebe das Pfand dann doch noch verkauft wurde, so können auch im Concurs die Gläubiger dann nachträglich zur Auseinandersetzung ihrer Ansprüchen die Fahrniß zum Verkaufe bringen. Nach Umständen konnte auch das Zugverfahren bloß auf einen Theil der Masse beschränkt werden, so namentlich in der Stadt Zürich, wo oft Versteigerung passender erscheinen möchte, als Zutheilung der Fahrniß in natura, denn diese ist, wie bemerkt, bloß practisch bei geringem Vorhandensein der Fahrhabe und mehr als Anhängsel an die Zutheilung der Eigenschaften. In letzterer Art erscheint sie besonders in den demokratischen Cantonen: das Landbuch des Cantons Appenzell A. Rh. von 1747 spricht unter der Überschrift von Fallimenten und Auffählen bloß von der Liquidation der Grundstücke: "wenn es sich begäbe, daß einer oder eine mehr verhäten dann sie bezahlen möchten, und hette gelegen Gutt, wer dann Brief und Bedel auf denselbigen Gütern hat, der sol am Haubtgutt samt

zwehen Zinsen nicht hinder sich stehen“, u. s. f. Ähnlich das Landbuch von Uri, das seine „Ordnung über Fallimentsfälle und Liquidationen“ damit beginnt: „wann einer ein Haus oder Liegenschaft aufwerfen und den Creditoren zustellen will“, u. s. f. und im §. 2 fortfäbt: „wann einer den Creditoren nicht mehr entsprechen kann, und das Unterpfand abtreten muß, soll nebst dem Gut auch ihm der Ruf erlassen werden. In solchem Fall ist der Capitalist, so zur Annahme des Guts sich erklärt, den Letzverfallenen und den laufenden Zins aller ihm vorgehenden Capitalien zu bezahlen schuldig.“ Uebrigens kommt in Uri wie in Schwyz noch das uralte Recht des Schuldners vor, auch ohne Concurs das Gut dem jüngsten darauf versicherten Creditor zuzustellen; noch die Fallimentsordnung von Uri von 1854 läßt dieses Aufwerfen einer Liegenschaft durch den Schuldner, „der übrigens seinen Gläubigern gehörig entspricht“, zu, obschon im umgekehrten Fall, wenn die Gläubiger auf die Liegenschaft fallen, das Falliment folgt. In Schwyz trägt jenes Aufwerfen des Guts den technischen Namen des Schlüsselschickens, und erscheint in dem Gesetze über den Schuldentrieb von 1828 neben dem durch das Greifen der Gläubiger auf die Liegenschaft verursachten Concuse. In Luzern ist zwar auch die Ansicht durchgedrungen, daß Execution auf eine Liegenschaft nothwendig zum Auffall führe¹⁾, jedoch wurde doch nicht das ganze Concursverfahren dann so eng an diese Execution angeschlossen, daß auch die Fahrniß dem Zuge ohne Vergantung unterworfen worden wäre, sondern die Versteigerung der Fahrhabe ist in Kraft geblieben. (Segesser, II. S. 589.)

Die Ausführung des reinen Zugverfahrens, wie es hauptsächlich in Zürich ausgebildet worden ist, darf ich hier billig unterlassen, da es von kundiger Feder trefflich erörtert ist.²⁾ Obige Andeutungen genügen, um den Gegensatz klar zu machen, in welchem das Recht der Länder zu dem der Stadt Basel steht. Zwischen beiden in der Mitte steht nun das der west-

¹⁾ Municipale v. 1706, tit. XXXIV. §. 4.

²⁾ v. Wyß, Gesch. d. Zürch. C. P. §. 7.

lichen Schweiz: in Basel vollständige Ver Silberung der Masse, in Zürich vollständige Zutheilung in natura, in der Westschweiz Schätzung des Massagutes und Ver Silberung, im Falle diese Schätzung bei der Gant erreicht wird. Auch hier kann also vollständige Zutheilung der Gegenstände in natura eintreten, es erfolgt dieß aber bloß dann, wenn die versuchte Versteigerung den Schätzungs werth nicht ergeben hat, während in Zürich die Vertheilung unter die Einzelnen sofort und nicht auf Grund einer gerichtlichen Schätzung der Gegenstände erfolgt.

Was zuerst Bern betrifft, so enthält die Gerichtssatzung von 1614 in dem Titel XXX von den Gelttagen noch keine näheren Bestimmungen hierüber, sie fordert bloß, daß das Gut von Schätzern geschätzt werden solle und daß sich Gläubiger wie Vergeltstager dieser Schätzung unterwerfen sollen. Ausführlicher aber ist sie über die Art und Weise der Vergantung von Pfändern, die in Folge einfacher Schuldbetreibung gewonnen sind, und die Bestimmungen, die sie hiefür aufstellt und übrigens schon altes Recht sind, finden wir dann in der Gerichtssatzung von 1762 auch theilweise auf die Vergantung im Gelttag übertragen. Gemeinsam ist beiden hauptsächlich das, daß Bodenzinse, Gültbriefe, Gold, Silber und Edelsteine nicht geschätzt werden; die Zinsen müssen um den capitalisirten Marktpreis der zu zinsenden Frucht (z. B. ein Mütt Kernen um 120 Pf.), die Gültbriefe um ihren Curs ersteigert werden, das Lot Silber nm 9 Batzen, u. s. w. Dagegen hat sich ein Unterschied gebildet in Beziehung auf die andern Vermögensstücke. Bei einfacher Schuldbetreibung und Vergantung in Folge derselben muß das auf die Gant gebrachte Stück losgeschlagen und dem Meistbietenden überlassen werden, auch wenn der gebotene Preis den Schätzungs werth nicht erreicht; beim Gelttag dagegen wird in letzterem Falle das Stück bei Seite gelegt, um nachher den Gläubigern um die Schätzungs summe bezahlungsweise übergeben zu werden. In dem alten Schuldentriebe hat der Schuldner das Recht, sein auf die Gant gebrachtes Grundstück noch innert drei Monaten ab der Gant zu lösen. Es ist dieß ohne Zweifel noch ein Rest des ältern Rechts, das ihm hiefür Jahr und Tag gestattete, wie wir oben gesehen haben.

Im Concurse kann natürlich von einer solchen Befugniß des Cridars nicht mehr die Rede sein, sie wird aber jetzt von den Gläubigern selber ausgeübt und zwar in folgender Weise: den Gläubigern als den in die Rechte des Schuldners eingetretenen Personen steht gegenüber den Subjecten, die nicht Geltagsgläubiger sind, aber an der Versteigerung einer Liegenschaft des Cridars gekauft haben, in Bezug auf dieses Grundstück das Geltagszugrecht zu, d. h. sie können innert Jahr und Tag dieses Gut von dem Käufer, der nicht Geltagsgläubiger ist, an sich ziehen gegen Uebernahme aller seiner Verbindlichkeiten aus diesem Kaufe (Ger. Satz. von 1762, tit. XVIII, Satz 20.) Unter sich selbst aber stehen die Geltagsgläubiger in einem ähnlichen Verhältnisse: die Faustpfandgläubiger werden auf den Erlös ihrer Faustpfänder, oder falls die Schätzung nicht erreicht ist, auf diese selbst angewiesen je nach dem Alter ihres Pfandrechts, die übrigen Creditoren werden je nach ihrer besseren oder geringeren Berechtigung auf das andere liquide oder illiquide Vermögen des Schuldners collociert. Denn die Forderungen, die der Cridar noch hat, werden nicht beigetrieben, sondern je nach ihrer Sicherheit den bessern oder schlechtern Gläubigern überlassen. Ist das Activvermögen erschöpft, so werden die noch übrig bleibenden Gläubiger zwar noch collociert, aber zur Geduld verwiesen. Der nachgehende Gläubiger kann nun von seinem Vormanne verlangen, daß er ihm gegen Bezahlung seiner Forderung sein zugewiesenes Theil abtrete, es tritt also hier das Zugverfahren, aber erst subsidiär ein, das in Zürich sofort stattfindet. Dies kann besonders leicht bei einem Unterpfand oder Faustpfand vorkommen, auf das einer oder mehrere Gläubiger angewiesen sind; ein verlustiger Creditor, der es zu niedrig geschätzt glaubt und noch einen Mehrwerth auf demselben zu finden hofft, kann innert Fahresfrist von Beendigung des Geltags an gerechnet, seine Anforderung darauf schlagen und durch Bezahlung der darauf angewiesenen Gläubiger das Pfand an sich ziehen, wodurch dann natürlich seine Forderung oder der Theil derselben, den er selbst darauf angewiesen hat, getilgt wird. Diese Befugniß des Creditors heißt das Nachschlagungsrecht. Ist ein minder berechtigter Gläubiger einem bessern darin

zuvorgekommen, so kann es der letztere dennoch geltend machen, und der andere muß dann auch dessen Ansprache an sich lösen, wenn er bei dem an sich gezogenen Gegenstande bleiben will.— Ueber den practischen Werth dieses Verfahrens läßt sich streiten: die Unsicherheit, die für die Gläubiger dadurch entsteht, daß sie ein Jahr lang des ihnen angewiesenen Gutes nicht genießen können, ist schwerlich dem Nachtheile vorzuziehen, den ein nicht ganz schätzungsmäßiger Verkauf der Masse hervorbringt. Die Differenz zwischen der Schätzung und dem Angebote wird selten so bedeutend sein, daß nicht die Gläubiger lieber sofort eine bestimmte Geldsumme erhalten würden, als einen Gegenstand, der vielleicht ihre ganze Schuld deckt, vielleicht aber auch, wenn sie ihn ein Jahr lang aufbewahrt haben, viel weniger gilt, als bei der Gant. Passend hat daher das Solothurner Recht die Frist, innerhalb welcher Geltstagsgläubiger, die mit ihren Ansprüchen verlustig gehen, das Gut von andern lösen können, auf drei Tage beschränkt, in der Weise, daß sie, falls ihre Forderungen durch das letzte Angebot nicht gedeckt sind, noch innert drei Tagen ihre Ansprüche, sie seien verbrieft oder laufend, zu der Summe des auf die verganteten Stücke gebotenen Geldes bieten und dieselben zu ihren Händen nehmen können. Will ein Gläubiger dies thun, so muß er den andern Creditoren dazu verkünden, damit ein älterer, der ihm vorangeht, sich erklären kann, ob er es thun wolle. (Solothurner Stadtrecht, tit. X, Zusatz 1.)

Besser als beim Berner Recht läßt sich der Zusammenhang der Liquidation der Masse im Concuse mit der Liquidation einzelner Vermögensstücke in Folge Betreibung bei den Rechten der französischen Schweiz nachweisen, weil hier die alte saisie in ausgedehntestem Maß stehen geblieben ist und die Regeln über Befriedigung mehrerer concurrirender Gläubiger ausgebildet hat, wonach man sich dann auch bei décret und discussion richten konnte.¹⁾ Zuerst betrachten wir das Waadtländer Recht.

¹⁾ La marche qu'on suit dans les décrets pour vendre les effets du discutant a été empruntée des subhastations particulières et l'on doit dans les deux cas suivre la même route.“ Porta, a. a. O. S. 389.

Der Coûtumier du Pays de Vaud fordert bei gagement und subhastation von Fahrniß Schätzung der gepfändeten Gegenstände, Ausbietung derselben zum Verkauf um drei Viertel der Schätzung und Zuschlag an den Meistbietenden auf dieses Ausgebot hin. Wird auf die drei Viertel nicht geboten, so werden die Gegenstände dem betreibenden Creditor um dieselben zugeschlagen (Lois et Statuts du Pays de Vaud, Part. III. tit. XXV, loi V. fol. 531).¹⁾ Während drei Tagen nach dem Verkauf ist dem Schuldnern réhemption gestattet. (Coût. loi VI. fol. 533.) Für allfälligen Ueberschuß seiner Forderung über die drei Viertel kann der Creditor von Neuem durch gagement gegen den Schuldnern verfahren. Auch hier wie in Bern werden Getreide und Wein, sowie Gold nicht taxirt, sondern jene bloß zum Marktpreis, dieses nach dem Gewicht ohne Rücksicht auf die Arbeit verkauft, weshalb hier auch die réhemption wegfällt. Diese Art des Verkaufs ist in das décret übergegangen: die Fahrniß des Cridars wird sofort beim Inventar taxirt, um drei Viertel der Schätzung (au quart de rabais) ausgeboten und entweder verkauft oder einem Gläubiger zugeschlagen. Dass aber im décret die réhemption des Schuldnerns wegfällt, ist natürlich. — Aehnlich ist die levation de gage einer Liegenschaft, woran der Betreibende keine Hypothek hat: sie wird geschätzt, dreimal von je zwei zu zwei Monaten aufgerufen und um drei Viertel des Schätzungsverthes verkauft, oder, falls kein Käufer sich findet, dem Gläubiger zuerkannt. Eine réhemption des Schuldnerns kommt hier nicht vor, er hat bloß innert 30 Tagen nach der levation das Recht auf Zurückziehen des Guts, répit. Ganz dasselbe außer diesem répit gilt beim décret. Vor Allem verdient nun aber unsere Berücksichtigung das Verfahren bei hypothecirten Liegenschaften: hier zeigt sich recht die gleiche Wurzel, welche die deutschen und die französischen Cantone in ihren Rechten haben, hier namentlich zeigt sich die Gleichheit der deutschen Frönung und der französischen saisie

¹⁾ Abweichend hiervon bestimmt der Coûtumier de Moudon, daß das Pfand um die dem Betreibenden schuldige Summe ausgetragen werden und Mangels Käufer jenem um solchen Preis bleiben solle.

und ihre Ausbildung im Concursproesse. Das älteste Recht der Waadt kannte keine Subhastation des rentenpflichtigen Grundstücks: der anonyme Commentar zu dem *Plaids-général de Lausanne von 1368*¹⁾ sagt: *Pignora immobilia vendi non possunt nec preconizari neque subastari de consuetudine Lausannensi . . . quando levatur pignus immobile, creditor tenere potest etc.* Es entspricht dies ganz dem germanischen Rechte der Fröning: der Gültgläubiger, im Waadtland also der Inhaber einer *lettre de rente*, hat ursprünglich gar kein Recht auf Verkauf des Guts und Zurückzahlung seines Capitals, sondern bloß auf Einweisung in den Besitz und nach einem Jahr auf gerichtliche Eigenthumszuerkennung. Der technische Ausdruck für diese Art der Fröning wurde in der Waadt die Bezeichnung *hotage*, und *Porta* definiert sie als *exploit sous le sceau du Juge du fonds*, par lequel le créancier annonce qu'il saisit les spéciales hypothèques contenues dans sa lettre de rente. Die hotage hat dann den ganz gleichen Entwicklungsgang genommen wie die Fröning: in dem Maße als sich die ursprüngliche Bedeutung der Renten verwischte, und das neuere Hypothekenwesen sich Bahn brach, drang die Ansicht von der Nothwendigkeit der gerichtlichen Subhastation durch. Der Kaufpreis der Liegenschaften wurde oft auf diese als Hypothek geschlagen; es waren das nicht mehr Renten, die nicht abgelöst werden konnten, der Gläubiger konnte hier Bezahlung des Capitals fordern. Das bei den *lettres de rente* übliche Zugverfahren dehnte sich nicht auf die Kaufschuldbriefe und neuern Hypotheken aus wie in Zürich, die Entwicklung entspricht eher der im Basler Recht vor sich gegangen. Sogar das drang durch, daß ein Hypothekargläubiger auf das übrige Gut des Schuldners anstatt auf seine Hypothek greifen könne, weil in den neuen Schuldbriefen immer das ganze Vermögen neben dem speciellen Grundstück eingesetzt war. Daher hat sich im *Coutumier du Pays de Vaud* schon die Ansicht Geltung verschafft, der Pfandgläubiger könne sich Zahlung auf seine Hypothek ver-

¹⁾ Mémoires et documents publiés par la société d'histoire de la Suisse Romande. Tom VII, Livr. 1.

schaffen durch Betreibung auf dem Wege der levation de gage, gleich als wäre ihm das Grundstück nicht hypothecirt. Er konnte das ohne Gefahr thun, weil er auch bei dem Verfahren durch Schätzung und Versteigerung doch den Vorzug vor einem späteren Hypothekargläubiger hatte. Er mußte sogar dem Verfahren durch levation de gage und subhastation den Vorzug vor der hotage geben, wenn er nicht sicher war, durch die angegriffene Hypothek vollständig gedeckt zu werden, denn dann blieb ihm immer noch der Griff auf das weitere Vermögen des Schuldners offen. Bei der hotage nun fand ganz wie bei der alten Fröning keine Schätzung statt, die Ajudication erfolgte an den Gläubiger nach dem Edit du 29 Nov. 1644 so, daß der Gläubiger durch sie völlig befriedigt erschien, weil er gar nicht mehr fordern konnte als Einweisung in die Liegenschaft, und ein Protest desselben bei der Investitur, dahin gehend, daß er sich den Regress für die Insufficienz des Grundstücks wahre, vom Gerichte nicht berücksichtigt wurde. Ganz dieser rechtlichen Bedeutung der Investitur entsprechend steht dem Schuldner die Lösung frei, aber nicht bloß innert Jahr und Tag wie bei der alten Fröning, sondern während drei Jahren, und vollkommen dem gemäß fällt sie weg, wo die Liegenschaft geschätzt und versteigert worden ist, selbst wenn sie dem Gläubiger aus Mangel an Käufern um drei Viertel des Schätzungsverths zugeschlagen worden ist. Ganz ebenso haben wir oben im Basler Rechte bei den Anschlägen, wo sich die alte Fröning und das alte Zugverfahren länger rein erhalten hat, die Lösung noch nach dem Entwurf des 16. Jahrhunderts zulässig gefunden, nicht aber bei förmlicher Versteigerung um fahrende Geldschuld. Löst der Schuldner innert drei Jahren nicht, so erfolgt revestiture des Gläubigers, wodurch der Schuldner unwiderruflich ausgeschlossen ist. Auf den Fall der Lösung (réhemption) hin muß übrigens der Gläubiger genaue Rechnung über die Ernten und Früchte des hotagirten Guts führen, welche dann mit seiner Zinsforderung verrechnet werden müssen. Was endlich in dem deutschen Frönings- und Verbotrechte der Anschluß anderer Creditoren an den Arrest, das ist in den französischen Gebieten die opposition au gagement, à l'hotage, dem Wortlaute nach das Ge-

gentheil, der Sache nach dasselbe. So kann denn bei der hotage der spätere Hypothekargläubiger, der opponirt hat, den vorangehenden auslösen, nicht aber dieser jenen, weil er dadurch des Strebens nach unrechtmäßigen Gewinn verdächtig würde. — So rein sich nun dieses alte Frönungsverfahren der hotage außerhalb dem Concuse in der Separateexecution erhalten hatte, so sehr ist es im décret verschwunden. Auch hier ist uns die Analogie mit dem Basler Rechte auffallend geworden: wir haben gesehen, daß bei den sogenannten Anschlägen bloß die Zins- und Hypothekargläubiger citirt, wahrscheinlich sogar auch sie allein zum Bieten zugelassen wurden, daß aber im Concuse Federmann, nicht bloß ein Concursgläubiger, sondern auch ein Unbetheiligter die Liegenschaft ersteigern konnte. Es ist dieß noch ein Ueberrest von der alten Execution, welche für Handschulden keinen Griff auf das Vermögen gestattete und die Grundstücke den Zinsgläubigern ganz überließ. Das spätere Schuldbetreibungsrecht und hauptsächlich die Bildung des Concurses hat dieß aufgehoben; jeder Gläubiger kann hier auf das liegende Gut des Schuldners Verbote nehmen, es muß förmliche Versteigerung zu Gunsten aller Creditoren eintreten, die grundversicherten Gläubiger können nicht, wie noch eine zeitlang bei den Anschlägen, ausschließlich Einweisung in das Pfandobject verlangen. Ganz so in der Waadt: die investiture der Hypothekargläubiger in ihre Hypothek fiel im décret weg, die Liegenschaft wurde taxirt, auf die Gant gebracht und losgeschlagen, wenn sich ein Käufer fand, der über die drei Viertel der Schätzung hinausbots, weil alle Gläubiger ein Recht auf den Mehrwerth hatten. Wurde das Gebot nicht auf diese Höhe gebracht, so war das weitere Verfahren streitig und Gegenstand einer Controverse. Boyve in seinen Remarques sur les lois et statuts du Pays de Vaud p. 505 erklärte es als alte Uebung, daß die Hypothekargläubiger das Recht hätten, in diesem Falle ihre Hypotheken zu bewahren und es jedem derselben frei stehe, durch Zahlung seines Bormannes sich zu dem Grundstücke zu ziehen, während Billichodh, Carrard und Porta diese Uebung als abusiv erklärten und die Ansicht vertraten, daß die Hypothekargläubiger nicht auf die ganzen Liegenschaften ohne

Schätzung angewiesen werden könnten, sondern sich damit begnügen müßten, mit Abzug des Viertels der Schätzung auf ihre Hypothek collocirt zu werden, so daß der Rest einem sonst verlustigen Creditor zu gut komme. Die erste Ansicht beruht offenbar noch auf dem alten Recht, es ist das förmliche Zugverfahren; die zweite ist hervorgegangen aus der neuern Idee, daß die Hypothek im Concurrence liquidirt werden müsse, daß also das Grundstück auch bei Nichtlosschlagung doch als für drei Viertel der Schätzung verkauft gelten müsse und daher die Hypothekargläubiger nach Maßgabe dieses Betrags zu bezahlen, mithin bloß soweit als ihre Forderungen durch die drei Viertel der Schätzung gedeckt würden, auf das Grundstück zu collociren und mit dem Rest ihrer Forderung unter die andern Gläubiger zu setzen seien. Diese Ansicht scheint aber nie durchgedrungen zu sein. Die neueste Prozeßordnung für Waadt vom Jahr 1856 erkennt in dem Falle, wo das Angebot die Summe aller auf der Liegenschaft stehenden Capitalien sammt Zinsen und Kosten nicht erreicht, das Grundstück dem Hypothekargläubiger zu, der gleich bei der Anmeldung (intervention) auf diesen Fall hin den Vorbehalt gemacht hat, daß ihm dasselbe für seine Forderung cedirt werde, gegen die Verpflichtung, die vorgehenden Hypothekargläubiger zu bezahlen, worin wir deutlich das alte Zugverfahren erkennen. Hat sich nun aber ein Käufer über drei Viertel der Schätzung gefunden, so erhält er das Gut frei von allen Hypotheken, jedoch hat ein zu Verlust kommender Creditor gegen ihn das Recht der retraction, wie wir dies schon im Berner Recht gesehen haben, und zwar wie auch dort an der Stelle des Schuldnerns, denn dieser verliert natürlich durch das décret das Recht der réhemption während drei Jahren, wie ja auch zu Basel die Lösung des Schuldnerns innert Jahr und Tag mit Einführung des Concurses untergegangen ist.

Unter den Gläubigern selbst tritt nun nach beendigter Collocation erst das Zugverfahren ein, das in Zürich sofort von der Concursbehörde angeordnet wird; ganz so wie wir es bei Bern dargestellt haben und wie es überall da vorkommen muß, wo eigentlich Versteigerung beabsichtigt wird, aber die Massagegenstände nicht unter einem Schätzungspreise losgeschlagen werden.

Der Gläubiger, der einen *acte de défaut* erhält, d. h. mit seiner Forderung in der Collocation zu Verlust kommt, kann innert Jahr und Tag das Gut, das einem bessern Creditor an Zahlungsstatt übergeben ist, gegen Befriedigung desselben an sich ziehen. Der Coutumier scheint dieß bloß in Bezug auf Immobilien zuzulassen.¹⁾ Der ziehende Gläubiger muß erklären, wie viel von seiner Forderung er daran wenden, also auf das Gut schlagen wolle, mit andern Worten, um wie viel höher er es taxiere, als dieß bei der Collocation geschehen sei, und dieser Betrag wird ihm dann in seinem *acte de défaut* abgezogen. Der Inhaber des betreffenden Guts kann sich übrigens der retraction durch Bezahlung dieses Betrags an den verlustigen Creditor entziehen. Wer zuerst zieht, erhält dadurch den Vorrang vor den andern verlustigen Gläubigern, wenn ihm diese auch in der Collocation vorgegangen sind, weil man annimmt, daß die Rechte jedes Gläubigers mit beendigtem Concurse seiner Acht samkeit überlassen sind und die nun durch das Ziehen eintretende neue Reihenfolge der Creditoren von der schon abgeschlossenen Concursliquidation unabhängig sei.²⁾ Daher kommt es, daß ein Creditor, der für einen Theil seiner Forderung ein Grundstück, für den andern einen *acte de défaut* erhalten hat, sofort selbst einen Theil seines Verlusts auf das Grundstück schlagen kann, wodurch er den Vortheil gewinnt, daß ein Creditor, der dann ziehen will, jenen Theil des *acte de défaut* auch zahlen muß. Der technische Ausdruck für diesen Zug ist im Plaid général de Lausanne: *jouir de la préveillance*, worin wir die „Besserung“ der deutschen Cantone erkennen. Daz sich übrigens dieses droit de retraite schon im alten Schuldentriebe gebildet hatte und von dorther in den Concurs herübergemommen worden war, zeigt der Coutumier de Moudon von 1577, der das décret der Lois et Statuts du Pays de Vaud noch nicht kennt: *Si un crééditeur précédent en date a fait sub-*

¹⁾ Lois et Statuts du Pays de Vaud, loi X, fol. 77. loi XIII, fol. 571. loi XV, fol. 573.

²⁾ Porta, a. a. O. S. 473. Darin zeigt sich deutlich der principielle Unterschied von dem Zürcher Recht, nach welchem die Liquidation der Masse eben gerade in der Anordnung des definitiven Zugverfahrens besteht. Das Berner und Solothurner Recht bildet den Übergang.

haster tout le bien d'un debteur redevable à d'autres créateurs de sécutive date, et que les dits créateurs ne puissent trouver aucun autre bien du debteur que le bien comme dessus subhasté, le créateur de sécutive date dans le terme de deux ans peut agir sur le bien subhasté soit par subhastation de la prévaillance soit en dirigeant son action par clamme contre tel créateur précédent, pour devoir sur la prévaillance du bien subhasté payer le debt sécutif ou recevoir les deniers qu'il a sur le dit bien avec missions légitimes et abandonner tel bien au créateur sécutif Telles prévaillances peuvent être poursuivies tant qu'il se trouvera créateur dans le terme et à forme que dessus, lequel pour obtenir son payement voudra payer tous debts précédants.

Auch in Neuenburg ist die Liquidation der Concursmasse aus derjenigen in Folge der Betreibung hervorgegangen. Die ursprünglich bei der levation de gage vielleicht vorgekommene Versteigerung ist in den Points de coutume bloßer Name geworden; levation und vendition sind bloß zwei Mahnungen an den Schuldner, die darauf folgende taxe besteht in dem Aufschreiben von Pfändern, und die schließliche délivrance de taxe hat die Bedeutung, daß die Pfänder geschätzt und dem Gläubiger bis zum Betrage seiner Forderung zu Eigenthum übergeben werden.¹⁾ Ganz dasselbe ist nun im décret der Fall, die Liquidation erfolgt nicht durch Ver Silberung, sondern man weist den Creditoren die Massagegenstände an Zahlungsstatt an.²⁾ Der zuerst Collocirte hat die Wahl aus allen Gütern des décretable, und so der Reihe nach. Dieses Verfahren wird dadurch ungemein erleichtert, daß durch die Decretseröffnung alle Hypotheken aufgehoben werden, welche der Crédit oder seine Eltern auf den Grundstücken, die nun zur Masse gehören, errichtet haben. (P. de C. du 4 mars 1720.) Es ist dies wohl eine sehr weite Ausdehnung des schon oben besprochenen Grund-

¹⁾ v. Wyss, in dieser Zeitschrift, Band VII, Abhds. S. 66.

²⁾ „On assigne aux créanciers ce qui doit leur faire paiement.“ Osterwald, lois us et coutumes de Neuchâtel, pag. 347.

saßes, daß wichtige Verfügungen des Schuldners über sein Vermögen oder bedeutende Theile desselben, auch wenn sie vor dem Concuse geschehen sind, annullirt werden. — Die Hypotheken wenigstens, die schon auf einer Liegenschaft standen, bevor sie der nunmehrige Creditor erwarb, bleiben in Kraft, der Hypothekargläubiger muß aber das Gut sofort aus der Masse herausziehen, seine Forderung so schnell als möglich liquidiren und den Ueberschuß in die Masse zurückstellen. In jenem ersten Falle verlieren übrigens die Hypothekargläubiger nichts, da sie doch noch vermöge ihrer Obligationen als titres publics den andern Creditoren vorgehen, und sogar den Vortheil gewinnen, aus dem gesammten Vermögen die Auswahl zu haben. Dieses einfache Verfahren wird indessen durch verschiedene Umstände verwickelt: vorerst durch das droit de retrait der verlustigen Gläubiger, das ganz gleicher Natur ist wie das der Waadt, sodann durch das merkwürdiger Weise auch in das décret eingedrungene Recht des discutable, innert Jahr und Tag die réhemption des collocations vorzunehmen, ganz wie bei der délivrance de taxe, was einen neuen¹⁾ Beweis dafür liefert, daß das Neuenburgische décret weniger ein Concurs ist, als vielmehr eine Zwischenstellung zwischen diesem und der Schuldbetreibung einnimmt und eher eine sehr weit ausgedehnte auf das ganze Vermögen sich erstreckende délivrance de taxe ist. Ebenso haben die Verwandten des discutable das droit de réhemption, und bloß dann fällt es weg, wenn nach Verabredung der Creditoren und des Schuldners dessen Güter öffentlich versteigert worden sind. Was aber besonders das Neuenburger Verfahren weitläufig macht, ist das Recht der Gläubiger auf die remonte. Jedem Creditor nämlich, der nicht bei der Collocation erklärte hat, er gebe sich damit zufrieden, steht innert Jahr und Tag das Recht zu, den ihm an Zahlungsstatt zugewiesenen Gegenstand auf öffentliche Gant zu bringen. (P. de C. du 4 Avril 1718.) Grundstücke sind an drei Sonntagen nach einander aufzurufen und dann zu

¹⁾ Schon oben wurde darauf aufmerksam gemacht, daß ein décret in Neuenburg ohne Ueberschuldung des Debtors eintreten könne, wodurch es sich vom Concuse unterscheidet.

verkaufen. Wird nun auf der Gant weniger erlöst als die Forderung des Gläubigers beträgt, so bleibt diese für den nicht gedeckten Rest gegen den Schuldner und seine Erben in Kraft. — So steht das Neuenburger Recht in merkwürdiger Singularität da, ohne Zusammenhang mit dem römischen Recht, in mancher Hinsicht auch von der Entwicklung der Nachbarcantone abweichend.

7. Prioritätsordnung.

Obwohl eine Darstellung der Grundsätze, nach denen die Gläubiger collocirt werden, also der Regeln über die Prioritätsordnung weniger in eine Untersuchung über den Concursproceß gehört, als vielmehr einen Theil der Lehre des Civilrechts bildet, so glaube ich sie hier doch nicht unterlassen zu sollen, weil factisch die Collocation der Creditoren einen wichtigen Bestandtheil des Concursverfahrens bildet und die alten Gantordnungen sie zuerst und am ausführlichsten ausgebildet haben.

Es lassen sich drei Gruppen unterscheiden, die in allen Rechten ziemlich übereinstimmend die Prioritätsordnung aussmachen, und an welche sich singuläre Abweichungen der einzelnen Rechte anschließen lassen. Es sind die der absolut privilegierten Forderungen, der Pfandrechte und der laufenden Forderungen.

Was die erste betrifft, so setzen alle Rechte hieher die Bodenzinse, die Beerdigungskosten, den Widlohn, meist auch den Hauszins. Der Grund dieser Privilegien ist uralt. Alle diese Forderungen hatten schon in der alten Schuldbetreibung eine vorzüglichere Stellung, als die gewöhnlichen Forderungen. Für Bodenzins konnte auf außergerichtlichem Wege gepfändet werden, ebenso für Hauszins. Die Betreibung für Widlohn war an sehr kurze Fristen gebunden und konnte so viel rascher zur Execution führen. Natürlich, daß nun auch die neuen Gantordnungen diesen Vorzug aufnahmen, freilich ihn nach ihrer Weise und nach dem im Concurse entstehenden Bedürfnisse modifizirend und umgestaltend.

Was die Bodenzinse betrifft, so ist schon mehrfach gezeigt

worden, daß das Hauptgut auf der Liegenschaft stehen blieb und dem Erwerber überbunden wurde. Es bezieht sich also dieses Vorrecht bloß auf die rückständigen Jahreszinsen. Indessen wurde immer eine Grenze gezogen und das Vorrecht auf drei Zinsen beschränkt, die älteren also unter die gemeinen Handsschulden verwiesen. Es gründet sich diese Zahl von drei Jahren auf den alten Gebrauch, wonach der Gläubiger nicht gleich bei bloß einem rückständigen Zins frönte, sondern bis zum dritten Jahr Geduld hatte. Die Urkunden wären in großer Zahl aufzuführen, worin gefrönt wird „versessener Zinsen wegen so dry jar sint blichen usston.“ Das Berner Stadtrecht von Hans v. Rütti sagt geradezu: „dem Lehenherrn sol der widerzug erlaupt sin, wenn der lechenmann in drhen Jaren dheinen zins usgericht hette.“ Dieser zu Gunsten des Schuldners aufgekommenen Uebung, die an einigen Orten gesetzlich sanctionirt war, kam man auch in den Collocationsordnungen entgegen, indem man diesen drei Zinsen ein Vorrecht vor andern Forderungen sicherte. Ein Zuwarten über drei Jahre hinaus kann meistens dem Schuldner selbst nichts mehr nützen, weshalb kein Grund war, auch diese Zins zu privilegiren. Die Basler Concursordnung von 1648 ließ in Abweichung von den in früheren Gerichtsordnungen festgesetzten drei Jahreszinsen vier zu, wahrscheinlich im Anschluß an die Verordnung über die Verjährung von Bodenzinsen, wonach dem Gläubiger bei den Anschlägen bloß die vier letzten Zins angerechnet, mit den übrigen dagegen unter zehn Jahren er an den Schuldner gewiesen wurde.

An die Bodenzins schließt sich der Hauszins, dessen Privileg, wie mir scheint, im Zusammenhange mit der Entstehung des Miethsverhältnisses überhaupt und der Annäherung steht, die sich zwischen ihm, dem Erbzinsrecht und der Gültberechtigung bildete. Erst im 14. Jahrhundert scheint das Miethsverhältniß in den Städten recht in Aufschwung gekommen zu sein. Uebung und Gewohnheit gaben dem Miethzins bald dieselben Rechte, wie dem Erbzins oder der Bodengült, namentlich in Beziehung auf die Execution. Wurde der Miethzins nicht bezahlt, so konnte der Vermiether den Säumigen auf seiner Fahrniß in dem gemieteten Hause pfänden, oder falls nichts zu finden war, den

Astermiether, wenn dieser seinem Vermiether Zins schuldig war.¹⁾ Ganz dieselbe Execution war längst gemeines Recht für Erbzins und Rente, und also nur von diesen auf das Miethsverhältniß übertragen. Das Gleiche ist in deutschen Stadtrechten bemerkbar, namentlich lassen die Goslarer Statuten c. 8 van hustinse oft zweifelhaft, ob Miethe oder Rente gemeint sei, da beide Institute ganz durch einander besprochen werden. Der Grund dieser Gleichstellung beider in Bezug auf die Execution liegt nicht bloß in der äußern Ähnlichkeit beider, sondern wohl auch darin, daß in jedem Rechte der Zug dahin geht, dem Vermiether durchgreifende Maßregeln an die Hand zu geben und so im Interesse des Miethers selber den Hausbesitzer bereitwilliger zu machen, dieses Verhältniß einzugehen. Nach dem Vorgange des Bodenzinses wurde denn auch der Hauszins in der Collocation privilegiert, er aber ganz naturgemäß bloß für das letzte Jahr. Der Bodenzins nämlich hat seinen Ursprung und seine hauptsächliche Bedeutung bei ländlichen Grundstücken; hier kann für ein oder zwei Jahre der Zins wegen Miszwachses, Hagels u. dgl. im Rückstand bleiben, ohne daß deshalb der Schuldner wirklich insolvent wäre; Zuwarten ist also im Interesse des Gläubigers wie des Schuldners. Anders bei der Miethe: auch den Miether können zwar unvorhergesehene Zufälle treffen, sie stehen aber nicht in so engem Zusammenhange mit dem Miethsverhältniß wie jene Unglücksfälle mit dem Gültverhältniß, weil hier das dingliche, dort das persönliche Recht vorherrscht, bei der Rente mehr das Gut selber aus seinem Ertrag den Zins leistet, und der Schuldner daher, wenn dieser Ertrag ohne seine Schuld zerstört ist, Anspruch auf Geduld hat, bei der Miethe dagegen der Miether selbst für ein persönliches Recht zahlen muß, und nicht bloß als Inhaber des Grundstücks Repräsentant desselben bei der Zinsentrichtung ist.

Erst die neuere Zeit hat den römischen Satz, daß der Vermiether ein Pfandrecht an den inecta und illata des Miethers habe, aufgenommen. Darnach erhält jener in zweiter Classe als Faustpfandgläubiger ein Recht auf Befriedigung für alle seine

¹⁾ Rechtsquellen von Basel, 52. 148 §. 65 f.

Zeitschrift f. schweiz. Recht VII. 2.

rückständigen Zinse, soweit die Fahrniß des Falliten reicht (vergl. G. D. v. 1719 v. Basel, §. 370.). Immerhin ist im Basler Recht für den Fall, wo die Fahrniß nicht mehr im Hause des Vermiethers sich befand, der letzjährige Haus- und Lehenzins in erster Classe geblieben und erst das Gesetz von 1830 hat ihn in die dritte hinuntergesetzt, da der Zusammenhang des Hauszinses mit dem Bodenzins längst nicht mehr im Bewußtsein lebte. Auch das Lucerner Recht hat in seinen Municipalien von 1588 und 1706 schon das römische Recht, obschon es sich dessen selbst nicht recht bewußt ist, indem es bestimmt: "der Haus-Zinz hat kein gewüsse Stell, sonder wird mit der Lehenleüthen Haub-Rhatt bezahlt, so will sich im Haub befindet." Sehr klar ist dagegen das römische Recht in der Waadt. Aus was für einem Grund aber die Berner Gerichtssatzung von 1615 festsetzt, Hauszins solle für Vidlohn gehalten werden, ist mir nicht klar.

Der Vidlohn, der den Gesindlohn, Brustlohn, Ammenlohn, Taglohn umfaßte, erscheint schon im alten Schuldentriebe privilegiert in Bezug auf Kürze der Executionsfrist und Höhe der Buße, und zwar in demselben Umfang wie später in der Collocation, nämlich Ammen- und Brustlohn meist unbegränzt, vom Gesindlohn bloß der letzjährige, vom Taglohn bloß der für den letzten Monat. Der Grund dieses Privilegs liegt auf der Hand: das Gesinde und in den ganz alten deutschen Verhältnissen auch der Taglöhner bilden einen Theil der Hausgemeinschaft, der Familie; das zutrauensvolle Verhältniß zum Herrn soll nicht gestört und in seiner Reinheit nicht angetastet werden durch die Sorge der Dienstboten um ihren Lohn und durch Misstrauen, das in ihnen zu leicht bei nicht sofortiger Bezahlung entstehen könnte. Gleich den Kindern des Hauses sollen sie dem Hausvater vertrauen, daß er sie nicht beeinträchtigen werde. Dieß wird am besten erreicht, wenn das Gesetz ihnen den Lohn bestmöglich sichert. Dabei genügt denn auch ein Vorrecht bloß für das letzte Jahr, denn ist der Lohn ein Jahr lang rückständig, so wird immer Misstrauen eintreten. Die Beschränkung auf einen Monat für Tagelöhne erklärt sich eben daher: die Tagelöhner sind zu dieser Zeit nicht mehr in dem engen Hausver-

hande wie in alten Zeiten die dagewardi auf den Herrenhöfen oder wie noch jetzt die Dienstboten, sondern haben einen eignen Haushalt und gehen bloß behufs ihrer Arbeit im Hause der Herrschaft aus und ein. Nach Analogie dieses bevorrechteten Tagelohnes scheinen daher später die Handwerker für ihre dem Falliten gelieferte Arbeit das Privileg des Eidlohns beansprucht zu haben. Das Zürcher Recht hat so den Schmied-, Wagner-, Schreiber- und Weberlohn privilegiert, später aber diese Ausdehnung wieder beschränkt. Das Luzerner Recht gewährte den Handwerkern das Privileg des Eidlohns, wenn sie bloß Arbeit, nicht auch das Material geliefert hatten, das Berner Recht stellte die Forderung der Aerzte, Schärer u. s. f. dem Eidlohn gleich; in Basel dagegen wies die Concursordnung von 1648 die Handwerker in ihre gebührenden Schranken zurück, von der richtigen Ansicht ausgehend, daß ein Tagelöhner, der unbewacht und unbeaufsichtigt tagtäglich im Hause aus- und eingeht und wohl auch dann neben dem Gesinde am Tische sitzt, eben immer noch, wenn auch in sehr beschränktem Maß, ein Glied der Hausgemeinschaft bleibt.

Die zweite Gruppe bilden die Pfandrechte, seien sie auf Eigenschaften errichtet oder conventionelle Mobilien- oder Faustpfandrechte, oder generelle, oder durch Rechtstreit erlangt. Dem Range nach stehen sie aber nicht gleich: den ersten Platz nehmen natürlicher Weise die Specialpfandgläubiger ein, welche zuerst aus ihrem speciellen Unterpfand zu befriedigen sind, die Immobilienpfandcrediteure für Capital und gewöhnlich drei Jahreszinse, nach Analogie der Bodenzinse, weshalb auch die Basler Concursordnung von 1648 vier Zinse zugelassen hat. In zweiter Linie kommen die Generalpfandrechte, und zwar in folgender Weise: die an die Stelle der alten Gültverschreibungen getretenen Schuldbriefe halten im Gegensatz zu denselben das Eigenthümliche, daß subsidiär das ganze Vermögen des Schuldners dem Creditor durch Bestellung eines Generalpfandrechts haftbar gemacht wurde. Wurde also aus dem speciellen Unterpfand der Gläubiger nicht vollständig bezahlt, so hatte er für den Rest doch noch den Vorzug auf das übrige Vermögen vor den Handschulden. Dieser Vorzug hatte indeß bloß einen

Sinn, so lang eben wirklich das generelle Pfandrecht am ganzen Vermögen nicht nur notarialische Formel war, sondern wirklich dem Willen der Contrahenten entsprach. Dieß war aber schon im 18. Jahrhundert an manchen Orten nicht mehr der Fall, und da, wo sich in dieser Zeit das Hypothekensystem anbahnte, wurde das Generalpfandrecht althergebrachte Form ohne Werth. In Basel wurde sein Vorrang erst aufgehoben i. J. 1826 durch eine Verordnung, deren ganze Redaction deutlich zeigt, wie wenig man damals den ursprünglichen Grund des Vorrechts noch kannte.

Was die durch Rechtstrieb erlangten Pfänder betrifft, so gehören nicht bloß diejenigen hieher, welche wirklich in die Hand des Creditors gekommen sind, sondern wir können auch die sog. erlangten Rechte hieher zählen. Es wird mit dieser Benennung das Stadium des Rechtstriebes bezeichnet, wo die Pfändbewilligung ertheilt und Pfänder vorgeschlagen sind, der Gläubiger aber dieselben noch nicht in seine Hand gebracht hat. Ein förmliches Pfandrecht hat er also dadurch noch nicht erworben, und darum geht ihm ein Gläubiger auf den betreffenden Gegenständen vor, der sie an den Nagel, d. h. zu seinen Händen genommen hat, wenn auch die Betreibung von seiner Seite später begonnen hat. Die erlangten Rechte geben daher gewöhnlich nur einen Vorzug vor den laufenden Forderungen, und reihen sich nicht nach ihrem Alter unter die Pfandrechte ein. Das ganze Institut gehört dem Schuldtriebrechte an und ist deshalb nicht näher hier zu erörtern. Sein Privileg im Concurs erklärt sich aus der ganzen Art und Weise, wie sich dieser gebildet hat: wo mehrere Gläubiger Verbote auf das Gut des Schuldners legten, wurde der zuerst Verbietende auch zuerst bezahlt. Ebenso wurde dann dem, der schon bis zum Stadium des Pfandvorschlags betrieben hatte, ein Vorrecht eingeräumt vor den laufenden Creditoren, wenn der Concurs vor Realisirung des dadurch erworbenen Rechts ausbrach. Dieses Privileg findet sich hauptsächlich in der innern und der Ostschweiz, Basel hat es in keiner Gerichtsordnung, sondern bloß im Entwurf,¹⁾ deut-

1) „Darnach nach den verbrieften Zinsen und Güten sammt dem

licher hat es wieder Bern; in der französischen Schweiz finden sich nur Spuren davon, z. B. in Neuenburg erhalten Hand-schriften, auf welchen angemerkt ist, daß die Taxe erfolgt und notificirt sei, den Werth von titres publics und werden also in zweiter Classe mit den Obligationen collociert.¹

Sehr verschieden ist nun freilich nach den einzelnen Cantonalrechten das Verhältniß, worin die einzelnen Posten dieser zwei Gruppen zu einander stehen. Die Forderungen, welche ich kurzweg als privilegierte bezeichnet habe, gehen nicht alle den Pfandrechten vor. Ziemlich allgemein freilich nehmen die Beerdigungskosten und die Bodenzins, welch letztern das Luzerner Recht Kirchengut und Zehnten, das Berner Recht die Herrschaftsrechte, ebenso die welschen Cantone die droits Seigneuriaux gleichstellen, den ersten Rang ein, desto verschiedener ist aber die Behandlung des Vidlohnus und des Hauszinses. "Der Haß-Zins hat keine gewisse Stelle", sagt das Luzerner Recht selbst. Je nachdem das Privileg des Hauszinses noch auf der alten Gleichstellung desselben mit den Renten oder auf der neuen Ansicht von der Haftung der in vecta et illata dafür beruht, wird er aus dem Eigenschaftserlöse oder aus der Fahrniß bezahlt, jenes war z. B. in Basel, dieses in Luzern der Fall. Der Vidlohn dagegen wird fast immer auf die unverpfändete Fahrniß gewiesen, den Pfandrechten also hintangesetzt. Ich denke, man ging dabei von dem Grundsätze aus, daß für eine kleine Forderung, wie der Vidlohn wohl immer ist, die Fahrniß genügende Sicherheit biete, und man daher die Pfänder, hauptsächlich die Immobilarpfänder, den betreffenden Creditoren so viel als möglich frei lassen und nicht ohne Noth manche kleinen Forderungen darauf schlagen solle. Daher erscheint der Vidlohn in den Gantordnungen meist nach den speciellen Pfandrechten, seltener, wie z. B. in der Berner Gerichts-Satzung von 1615, vor oder nach den Gültverschreibungen, je nachdem er verdient ist.

Unter den Pfandrechten entscheidet natürlich einerseits die Specialität, anderseits das Alter. Die speciellen Pfandrechte

Hauptgut) der oder die so vor Andern um ir bezallung ir recht genöglich erfolgt hetten."

gehen den generellen vor, auch wenn sie jünger sind als diese; die Berner Gerichts-Satzung von 1762 bezeichnet geradezu als die nach Geldtags-, Begräbnisskosten und Bodenzins zu collo-cirenden Forderungen „die Specialität“, d. h. die Forderungen, welche specielle Unterpfänder haben, dann folgt das Faustpfand und hierauf „die Generalität.“

Die dritte Gruppe ist die der laufenden Forderungen, der Handschulden, die kein Unterpfand haben und nicht privilegiert sind. Hier, sollte man glauben, wäre die größte Uebereinstimmung unter den verschiedenen Rechten zu finden, aber gerade hier herrscht die größte Abweichung. Bevor wir diese ins Auge fassen, ist auf eine den alten Rechten gemeinsame Trennung der Gläubiger dieser Gruppe hinzuweisen: auf die der Einheimischen und der Fremden. Jene sollen vor diesen befriedigt werden. Dieser Vorzug bezieht sich auf die einfachen Handschulden, grundversicherte Forderungen oder Faustpfandrechte von Fremden gelten denen von Einheimischen gleich. Im Mittelalter war der Vorrang der Einheimischen auf der ganzen Rechtsanschauung begründet, wonach der Fremde rechtlos und bloß Schützgenosse war; das 16. und 17. Jahrhundert, welche die Abschließung der verschiedenen Stände in socialer Hinsicht sehr befördert und auf kleinliche Weise sogar gesucht haben, dehnten diesen Vorrang aus auf die einzelnen Classen der Cantonseinwohner, in Zürich z. B. wurden die Inburger vor den Ausburgern, diese vor den Hintersässen, u. s. f. befriedigt. Das 18. Jahrhundert hat Fremde und Einheimische einander gleich gestellt, Schaffhausen ist am längsten zurückgeblieben, noch 1784 mußte ihm Ludwig XVI. von Frankreich eine Lehre geben durch das Gesetz, daß bei Fallimenten in Frankreich die Schaffhauser erst nach den Franzosen befriedigt würden, die übrigen Schweizer dagegen mit letztern concurriren sollten. Vor der völligen Abschaffung des Vorrangs der Einheimischen hatten übrigens schon meist Concordate die Anwendung desselben zu zerstören gesucht.

Was nun aber die Handschulden ohne Rücksicht auf diese Trennung der Einheimischen und Fremden anlangt, so erscheint gewiß die Anschauung als die am meisten gerechtfertigte, welche allen ohne Ausnahme gleiches Recht und gleiche Befriedigung

gewährt. Diese Anschauung ist aber vielen Rechten ganz fremd. Manche Cantone behielten noch lange Zeit den Vorzug des ersten Verbotes bei, wir haben uns über das Ungerechte und staatswirthschaftlich Unkluge dieses Vorrechts schon am Anfange der Abhandlung ausgesprochen, es ist in den Städten zuerst abgeschafft worden, Zürich, Basel, Luzern haben gleich mit Einführung eines ordentlichen Concursverfahrens dasselbe aufgehoben und Befriedigung nach Markzahl, d. h. nach dem Verhältniß der Größe ihrer Forderungen, an dessen Stelle gesetzt. Bern hat es noch in der Gerichts-Satzung von 1762 so, daß laufende Schulden je nach dem Vorrang in der Betreibung bezahlt werden sollen. Solothurn stellt zwar die, welche sich innerst zwei Monaten dem Arrest oder Verbot angeschlossen haben, einander gleich, setzt sie aber denen vor, welche erst nachher sich gemeldet haben. Die französische Schweiz endlich hat zwei neue Principien in Befriedigung der Gläubiger für Handschulden ausgebildet, und zwar beide in Verbindung mit einander. Das erste besteht darin, daß Handschriften des Schuldners den bloßen Rechnungen vorgehen sollen, es hat dieß noch einen Sinn, da die ersten allerdings in den meisten Fällen bessern Beweis geben und also gewissermaßen als liquide Forderungen gelten können. So setzt das Waadtländer Recht nach den actes publics (also besonders den lettres de rente) die cédules, d. h. die Handschriften, dann die comptes des marchands articulés en forme sur des livres réguliers, also die Contocorrente, und endlich die comptes non réglés avant le décret. Ähnlich das Neuenburger Recht.¹⁾ Dasselbe kennt 4 Classen, die erste enthält die deniers privilégiés, welche aus den Zinsen und Herrschaftsrechten, den Decretskosten, dem Eidlohn und dem letztenjährigen Hauszins bestehen, die zweite die titres publics mit Einschluß der cédules qui portent taxe faite, signifiée et notifiée, die dritte die cédules et reconnaissances de main privée, wozu auch die vor dem Decret anerkannten und unterschriebenen Rechnungen gezählt werden, die vierte endlich die dettes illuides comme sont les comptes etc. Weniger läßt

¹⁾ P. de C. du 4 mars 1720. du 4 avril 1718.

sich das zweite Princip, das in den französischen Cantonen Eingang gefunden hat, juristisch rechtfertigen: es besteht darin, daß in allen Classen die Forderungen nach ihrem Datum collocirt werden, und also der ältere Gläubiger in jeder Classe einen Vorrang vor dem hat, dessen Datum später ist. Bei den Pfandrechten hauptsächlich an Immobilien hat dies einen Sinn, wegen der Differenzlichkeit, die jederzeit mehr oder weniger der Constitution eines Pfandrechts angeklebt hat, bei gewöhnlichen Handschriften und Rechnungen aber ist dies unbillig, weil kein Gläubiger Kenntniß haben kann von den bisher contrahirten Schulden seines Debtors und also auch nicht darnach bemessen kann, inwiefern sein Zutrauen gesichert ist oder nicht. — Auch das Berner Recht hat übrigens dieses letztere Princip angenommen, indem es den durch Betreibung in eine günstigere Stellung gekommenen laufenden Forderungen die übrigen Handsschulden nachsetzt und diese nach dem Datum ihrer Entstehung collocirt.

Die besprochenen Classen sind im Allgemeinen überall die ältesten Ansätze zu den später oft sehr umfangreich gewordenen Collocationsordnungen. Was die einzelnen Cantonalrechte noch besondere Privilegien theils schon im alten Rechte gekannt, theils erst im Laufe der Zeit noch hinzugehauen haben, darf hier mit wenigen noch zu besprechenden Ausnahmen billig übergangen werden, da es den Zweck dieser Abhandlung nicht fördert. Unter diese Ausnahmen gehört nun vor Allem das Privileg der Ehefrau, das Vorrecht des in die Ehe gebrachten Weiberguts. Es darf dieser Punct um so mehr etwas weitläufiger erörtert werden, als er nicht bloß für die Stellung dieser Forderung in der Collocation von Wichtigkeit ist, sondern auch für das ganze Concursrecht eine weitgehende Bedeutung hat. Ich beginne mit dem Rechte der Stadt Basel, das gerade in dieser Hinsicht noch am wenigsten aufgeklärt ist, und eine der interessantesten Erscheinungen darbietet.

Dass nach altem Rechte unter den Ehegatten völlige Gütergemeinschaft herrschte und bei dem Tode des einen Theils Dreiteilung des ganzen Vermögens eintrat, wovon zwei Drittel dem Manne oder dessen Erben, ein Drittel der Frau oder ihren

Erben zufiel, darüber läßt uns keinen Zweifel eine Urkunde von 1293 :

Nos officialis curie archidiaconi Basil. notum facimus
 quod constituti coram nobis Rudolfus dictus de
 Muelhusen et Agnesa uxor sua legitima cives Bas. as-
 seruerunt, se velle tres filias legitimas ipsorum in mo-
 nasterio Clingendal minoris Bas. collocare et iam recep-
 tas esse per priorissam et conventum . . . et propter hoc,
 ut monasterium conservetur indempne, dederunt ei VIII
 librarum redditus in quatuor domibus ad hec con-
 iuges omnia bona sua mobilia et immobilia que iam
 habent et possident et habituri sunt, pro tempore vite
 sue in remedium anime sue et ob spem retributionis
 eterne in monasterium tum cum nihil de ipsis bonis
 specialiter duxerint disponendum, vel etiam legitimos
 heredes procreaverint, libere transtulerunt, ita videlicet
 ut si Rudolfus moriatur et nihil disponendum duxerit de
 bonis suis, ut est dictum, nec heredes legitimos pro-
 creaverit, due partes omnium bonorum ipsorum, que sibi
 iure matrimonii secundum ius civitalis Basil. cedunt et
 cedere debent, ad monasterium prenotatum libere devolve-
 ventur. Et eodem casu bona ipsius Agnese uxorius sue
 legitime videlicet tertia pars quam ipsa debet capere et
 habere iure quo supra, ad ipsum monasterium devolve-
 tur. In cuius rei testimonium etc. Datum Bas. anno
 dni m^o cc^o nonages.^o tertio XIII Kal. Febr.

Wenn hier mit klaren Worten die Dreiteilung des ganzen Vermögens als Stadtrecht bezeichnet wird, so ist der Schluß nicht zu gewagt, daß auch das ganze Vermögen zuerst und vor der Erbtheilung für die Schulden des verstorbenen Ehemannes gehaftet habe, ja daß überhaupt bei Insolvenz desselben die Ehefrau den Gläubigern habe nachstehen müssen. Es entspricht dies auch der altdutschen Idee, wonach die Ehefrau, die mit ihrem Manne Lieb und Leid gelitten, und zu deren Nutz und Nothdurft so gut wie zu der des Ehemannes die Schulden großenteils entstanden sind, auch dafür haften soll, und der

alten Gütergemeinschaft ganz gemäß ist es, daß die Frau unbedingt mitverpflichtet ist für alle Schulden des Mannes.¹⁾

Die hinwiederum daraus entspringende Härte gegen die Frau ward gemildert durch die Möglichkeit eines Sonderguts für dieselbe. Die in die Ehe tretende Tochter erhielt eine Ehesteuer, estur, dos, welche bei den Rittern und Patriciern gewöhnlich in Grundeigenthum bestand, bei den wohlhabenden Handwerkern und später auch bei jenen in Güsten. Diese Ehesteuer fiel zwar unter die Verwaltung des Mannes, er durfte sie aber nicht veräußern, sie war verfangenes Gut und fiel nach dem Tode der Ehefrau an ihre Erben zurück mit Ausschluß des Mannes:

Dipl. ai. 1286: Coram officiali curie archyd. Bas. Berchta uxor Heinrici dicti zem Angen civis Basil. vendidit possessiones et territoria in monte Nadelberg presente heinrico marito suo et consentiente, Berchtoldo dicto ad lapideum cellarium civi Basil., que possessiones in dotem et dotis nomine fuerant tradite Berchte . . . Et quia dicebatur, quod possessiones ad heredes legitimos Berchte, si forte sine liberis procedentibus ex ipsis Berchta et Heinrico ipsa Berchta decederet, evolvi deberent, Ulricus plebanus in Grenzingen heres ipsius Berchte legitimus pro se et tutor a nobis datus heinrico et Gute liberis Heinrici quondam villici de Bartenheim nomine tutorio nec non mater predictorum liberorum venditioni consensuerunt etc.

Diese Eigenschaft der Ehesteuer als eines verfangenen Gutes bewirkte oft, daß sie nicht sofort bei Eingehung der Ehe ausgerichtet, sondern von dem Vater der Ehefrau noch zurück behalten wurde bis zum Tode des Mannes und dann erst der Wittwe übergeben wurde:

Urk. v. 1363: Iohan Schilling, burger zu Basel, gibt seiner Tochter Anna Fridrich Halspergers sel. Witwe einer steten vesten gabe von ir estur wegen, die er Ir nit usgerichtet hatte, als den andern finden, 3 Pf. Zins uf Feclin Zollers hus.

¹⁾ Blumer, St. und M. G. der schw. Dem. I, S. 494.

Gleich der Ehesteuer erscheint schon im ältesten Recht die Morgengabe. Schon anno 1267¹⁾) finde ich sie urkundlich, und zwar besteht auch sie in Liegenschaften oder Gütern, je nach dem Stande der Eheleute. Die Regel nun beim Verkauf eines die Morgengabe bildenden Vermögenstheils war, daß die Ehefrau als Verkäuferin kraft ihres Sonderrechts an der Morgengabe einen besondern Vogt zu diesem Geschäft nahm, „diwil morgengabe sorglicher ze verkoufende ist denn ander gut,” und der Mann bloß in Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen als Ehevogt galt und consentiren mußte.

Dipl. ai. 1393 : Coram officiali Fritschmannus dominus ze Rine de Hesingen tutele uxoris sue Ursule quo ad infra scripta duntaxat expresse renuntiavit Ursula petitivit sibi dari in tutorem quoad subscripta tantum dominum Arnoldum de Berenvels militem Basil., et nos (officialis) ad eius petitionem eum tun presentem et onus tutele in se suscipientem in tutorem dedimus. Quibus factis Ursula bona immobilia ad se de suo morganatico et ratione sui morganatici jure proprietatis pertinentia ad maiorem cautelam annue solutionis reddituum annuorum X florenorum emtorum pro CXL fl. consensu tutoris sui oneravit, ac etiam dictis bonis et iuri morganatico expresse renuntiavit in hac parte tantum.

Der Mann hatte nicht mehr das geringste Verfügungrecht über die Morgengabe. Eine Menge Urkunden lassen darüber keinen Zweifel. Wollte er demnach das auf diese Weise verschenkte Gut veräußern, so mußte er die Morgengabe auf ein anderes schlagen oder sonst ersetzen:

Urk. v. 1400 : Hartman Scherer und seine eßrow Anna verkoufen dem S. Peters Stift ein phunt zinß so sie ab dem hus zer blume hatten, namlisch ab dem mittlern teil, und so sie (Anna) besonders haben solte und ir der man zer morgengab geben hatte. Anna swur aber einen liplichen eid an das genant phunt das ire morgengab gewesen,

¹⁾ Trouillat, monuments de l'histoire de l'ancien évêché de Bâle, II, 130.

kein vorderung noch ansprache ze haben, wand ir um die morgengab gnug beschehen ist.

Ehesteuere wie Morgengabe waren eigentlich in Liegenschaften oder Gültten zu geben. Wo beides fehlte, erhielt die Ehefrau eine Geldsumme, um sie „in estur wis oder in morgengab wis“ anzulegen:

Urk. v. 1352: Heinrich Howenstein verkost dem Claus Berner an vro Margrethen stat Hans Stamlers des jungern elichü wirtin den halben teil von den 4 fl. und 2½ Pfd. phenngelts, 4 ring wisung und 10 fl. erschätz und die halbe eigenschaft uf dem hus ze Hegenheim in der gaßen da man gat ab den Swellen wider den barfüßen, umb 32 Pfd., so dem Claus Berner bevolen waren von vro Margrethe morgentgabe und ir anzelegen in morgentgabe wis.

Dahin gehört auch die schon citirte Urkunde von 1267 bei Trouillat, wo die Frau 30 Mark zur Morgengabe erhalten hat und dafür Güter kaufst de bona voluntate mariti, cum et ipse dederit pecuniam; der Mann mußte also als Geber des Gelds in die Art der Anlage einwilligen, wie bei der Ehesteuere wohl auch der Vater.

Unser altes Stadtrecht bietet somit ein Gemisch von Gütergemeinschaft und Sondergut. Jene gilt zwar als Regel, ist aber in ihrer Hauptwirkung gebrochen durch das Sondereigenthum der Frau an Ehesteuere und Morgengabe. Die Ausscheidung der letztern aus dem gemeinschaftlichen Vermögen hatte indeß im Grunde nichts Auffallendes: wie hätte anders der Mann seiner Ehegattin effectiv etwas schenken können als auf dem Wege der Ausscheidung aus dem Gemeingut. Anders die Ehesteuere: sie ward von der Frau in die Ehe gebracht und hätte, wie man glauben möchte, recht eigentlich zur Bestreitung der Ehekosten dienen sollen. Aber in dieser Bedeutung finden wir sie schon früh nicht mehr, sie ist vielmehr auf alle Weise geschützt, um der Frau ungeschmälert zu verbleiben. Ja noch mehr, sie ist die Veranlassung geworden, daß sich allmählig der alte Grundsatz der Dreitheilung änderte. Wie dies geschah, ist näher zu betrachten.

Gleichwie der Vater seiner Tochter zum Eintritt in die

Ehe bloß eine verhältnismäßig geringe Aussteuer geben konnte, so stand es ihm auch frei, sie sofort mit ihrem ganzen Erbtheile anzuswiesen, ja es mag dieß sogar Regel geworden sein: denn die Ehesteuern, von denen die Urkunden reden, sind für die damalige Zeit ganz bedeutende Vermögenstheile, die unter Consens der Brüder der Braut dieser vom Vater zugewiesen wurden. Auch mag auf eine vollständige Ausweisung der Tochter bei dieser Gelegenheit folgende Urkunde deuten, welche sehr speciell und eher als Ausnahme ein fernerer Erbrecht der Tochter anerkennt:

Urk. v. 1342. Ich Herterich ze Rin ein ritter tun kund, daz vro Berchte min muter hat gegeben Claren miner swester vorus 32 viertel korn gelts und vier hüner gelts die sie hat ze Dietwilr, 4 Pf und zwei hüner gelts aber ze Dietwilr, 3 Pf. gelts ze Sulz, 20 schätz reben ze Sulzmatte, also daz Clare dieß sol vorus haben und ir das nützit schaden sol noch ir darum sol nütes abe gan an keinen gütern deren wir von unsrer muter mögent zu erbe kommen, an allein an den seßelehenen ze Ensisheim, wan die alleine min sind. Was aber die andern güter sind, da wir ze erbe komen sollent von unsrer muter, da sol ich sie lassen ane wiederrede glich mit mir ze erbe gan.

Also in der Regel mag die Ehesteuern aus dem ganzen Erbtheil der Ehefrau bestanden haben, was den großen Vortheil darbot, daß das ganze in die Ehe gebrachte Weibergut bei Insolvenz des Mannes als Sondergut der Frau von dieser zurückgezogen wurde. Wie war dieser Vortheil auch dem Vermögen der Ehefrau, das nicht unter den Begriff der Ehesteuern fiel, sondern das sie theils erworben, theils früher ererbt hatte, zuzuwenden? Diese Frage mußte sich aufdrängen und fand früh ihre Lösung: man brauchte bloß durch eine Cheabrede festzusezen, daß das zugebrachte Gut der Frau „in estur wîse“ liegen solle. Dies hieß nichts Anderes, als es solle gleich der Ehesteuern und in ihrer Art und Weise ein verfangen Gut sein und heißen. Darnach erklärt sich nun auch auf die einfachste Weise die Rathserkanntniß von 1390 (Nr. 48), die uns zeigt, wie ein solches Anlegen des Weiberguts in estur wîse damals schon etwas

Gewöhnliches sein mußte, so daß selbst die Verwandten ohne Zuthun der noch minderjährigen Ehefrau es in den Eheaccord aufnahmen. Dieser Act hatte also die Wirkung, daß alles Eingebrachte der Frau, Immobilien wie Mobilien, gleich der zur Ehesteuер gegebenen Liegenschaft oder Gült den Erben der Frau mit Ausschluß des Mannes verfangen war und die Frau selbst nicht mehr zu Gunsten ihres Ehegatten nachher darüber (durch Mechnis oder Widem) verfügen konnte. Wurde das Weibergut nicht in estur wise angelegt, so fiel es in die Gemeinschaft und haftete nun als gemeinschaftliches Gut auch für die Schulden des Mannes.

Je häufiger nun jene das gesetzliche Erbrecht abändernden Eheabreden wurden, desto entschiedener mußten sie auf die allgemeine Rechtsansicht zurückwirken. Zwar soweit kam es nicht, daß man annahm, die Folgen dieses Anlegens in Ehesteuier-Weise träten schon ipso jure bei jeder Ehe ein, aber doch naherte man sich dieser Ansicht bedeutend, indem man auch ohne Eheabrede das beim Tod oder Concurs des Mannes noch in natura vorhandene Weibergut als Sondergut ansah und es der Ehefrau als solches verabfolgen ließ. Offenbar hat dazu die älteste Gestalt des Anlegens in Ehesteuier Weise den Anstoß gegeben; es ist ein großer Sprung von der einfachen Ehesteuier zur Anlage des ganzen Vermögens in Ehesteuier Weise; das Mittelglied bildet ohne Zweifel der Fall, wo specielle Gegenstände irgend welcher Art, die nicht zur Aussteuer gehörten, dadurch zu Sondergut gemacht wurden, und daraus hat sich denn das mehrere Jahrhunderte hindurch unbestritten fort dauernde Erbrecht der Ehegatten in folgender Gestalt gebildet: jeder Ehegatte, resp. seine Erben, nehmen das von ihm eingebrachte, noch in natura Vorhandene zurück, die Dreitheilung bleibt bloß noch in Bezug auf die Errungenschaft und das in der Ehe veränderte Zugebrachte bestehen.

Ein merkwürdiges Beispiel für diesen Entwicklungsgang bietet eine Urkunde von 1379, also aus der Uebergangszeit. Darin vermacht Johann Stamler einer Caplanei zu St. Peter 8 Pfds. Zins ab einem Hause, sine prejudicio iuris uxori sue Margarete debiti in eadem domo, cui quidem uxori pro iure

suo debentur redditus annui IV libr. vigore contractus matrimonii inter coniuges eosdem celebrati, theutonice dicendo von ihs erechtes wegen. Eherecht heißt nun aber eigentlich die sog. portio statularia, das gesetzliche Erbrecht unter Ehegatten. Daß es hier mit dem Recht aus dem Ehecontract identifizirt wird, beweist also, wie damals diese Eheabreden schon als das wirklich geltende Recht enthaltend angesehen wurden. Der Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Recht zeigt sich auch sofort in den Urkunden: früher, als die Ehefrau auf einen Drittel des gesamten Vermögens Erbrecht hatte, konnte ihr der Mann bloß zwei Drittel eines Hauses zur Morgen-gabe schenken oder verwidmen, weil sie den dritten ohnehin erbte:

Urf. v. 1375: Ich schultheiß . . . tun kunt . . . daz Janni Blende hase der murer gab siner efrow Anna die zwei teile des huses an den Steinen ze rechter morgengab des morgens und der stunde, da er die erste nacht bei ir geslossen hatte und do ers billig und dur recht tun solste.

Heute wird immer unterschieden zwischen zugebrachter oder ererbter und errungener Liegenschaft, und in jenen Fällen das Ganze, in diesen bloß zwei, resp. ein Drittel verwidmet. So widmete im Jahr 1458 eine Ehefrau ihrem Manne "iren Dritteil und genzlich alle ire recht so sy hett an dem hūß, so sy vormals mit einander kost habend, sodann einen rebacker und genzlich alle ire recht, so sy daran hatt und sy in erbswÿse ankommen ist von irem Vater seligen. Ja schon in der eben erwähnten Urkunde von 1379 schenkt Johann Stamer ferner der Caplanei redditus annuos unius libre de domo zer fleschen, etiam sine preiudicio iuris in ea debiti uxori sue, quam habere dicebat tertiam partem in eadem domo *tanquam re per eam et legantem constante inter eos matrimonio acquisita*, sowie auch jene obigen 12 Pfd. während der Ehe gekauft waren. Daß an errungenen Liegenschaften bloß die zwei, resp. ein Drittel verwidmet werden können, sagt schon die Rathserkanntniß von 1424 (Nr. 113), wohl veranlaßt durch Errungen, die sich in Folge der veränderten Rechtsübung ergeben hatten. Die folgenden Jahrhunderte haben den neuen Grund-

sat festgehalten, und der Entwurf des 16. Jahrhunderts sagt unter der Überschrift „Erbfaltehllung ut in antiquis: nachdem der Statt von Basel alt harkommen und gewonheit als von eelichen lüten wegen die In die ee unverdingt zesamen komen, Irs guz halb so sh einander In die ee zubracht oder das sh by einander ererbt oder sust eroberet und gewonen hatten, daruff stat: daz der man den zweiteil in der frowen gut und die frow den Dritteil In des mans güt haben sol, ußgenomen liegende güter, ewig güste, silbergeschir und huzrat, der von heyllichem teil darkomen und unz uss die zyt der teyssung unverändert blichen wer, auch cleider, cleinoter, reissige pferd, harnesch und gewer so zu Ir heyluchs lyb gehörent, daz die dem teil von dem sh darkomen sint und zu des lyb sh gehoren, voruz blichen solleut.“

Nun begreifen wir auch erst die große Bedeutung, welche die Rechtsquellen dieser Zeit der „Veränderung“ beilegen. Verwert, verwertet, später verändert hieß Alles was nicht mehr in derselben Gestalt vorhanden war, in welcher es in die Ehe war eingebbracht worden. Seine rechtliche Stellung war die, daß es Gemeinschaftsgut wurde. Ursprünglich war daher alles in die Ehe Gebrachte rechtlich gleich dem veränderten Gut. Jetzt aber, da sich die Anschauung geändert hatte, machte sich das Bedürfnis fühlbar nach einer Bestimmung, wie lang und bis zu welchem Grade Zugebrachtes unverändert heißen könne. Die Antwort erfolgte a^o. 1427 (Rq. 116) in Bezug auf Silbergeschirr und Bettzeug. Darnach ist alles das verändert, was auf dem Wege der Specification verarbeitet ist, und wird bei dem Tode des einen Ehegatten zu drei Theilen getheilt, während das Unveränderte dem folgt, der es in die Ehe gebracht hat. Indem die Rathserkanntniß von 1408 (Rq. 87) dies letztere klar ausspricht, läßt sie schließen, daß das in der Ehe veränderte von der Frau Zugebrachte im Concurre des Mannes für dessen Schulden gehaftet habe, während das Unveränderte von ihr zurückgezogen worden sei.

Es ergiebt sich nun auch leicht der große Vortheil, welcher der Frau aus dem Anlegen „in estur wize“ erwuchs. Es wurde dadurch verhütet, daß das zugebrachte Weibergut je die recht-

lichen Folgen der Veränderung erleiden konnte; auch wenn es faktisch verändert, wenn z. B. ein Grundstück, das dazu gehörte, verkauft wurde, so blieb der Erlös doch rechtlich Sondergut und fiel nicht in die Gemeinschaft. Ein besonders wichtiger Unterschied war aber der, daß bei Anlage in estur wize das baare Geld auch Sondergut blieb, während dasselbe ohne jene Sicherung nothwendig ins Gemeinschaftsvermögen fiel, da nie auszumitteln war, ob es bei Tod oder Concurs des Mannes noch in natura vorhanden sei, und eine Praxis, welche auch für Baarschaft ohne Eheabrede die Möglichkeit einer Sonderung annehmen wollte, nicht durchdrang (Rq. 87).

Für das bisher Gesagte mögen hier zwei Beispiele folgen:

Urk. v. 1401: Ich schultheiß tun kunt, daz für mich kamen Hans von Fricke und Wernher sin sun edelknechte ze eim teil und Gred Chelingerin Wernhers esrow zem andern teil, und entzech sich do Wernher der vogtie so er hette zu frow Greden siner elichen frowen und gab ir die in dirre nachgeschriben sache uf von siner hand und gewalt in ire hand und gewalt, und gonde ir sich ze bevogtende mit Cunrat Stamler in dirre sache, der do in gericht zegegen was und die vogtie an sich nam u. s. f. Hierauf verkaufen Hans und Wernher der Gred für 165 gl. ein Haus auf St. Peters Berg für frei ledig eigen. Dann fährt die Urkunde fort: Ez ist ze wißende, daz her Wernher und frow Gred zesamen komen sint ze der heilgen Ge mit gedinge, daz ir beider gut so sy zu einander bracht hant ligen solle in estur wize unverferwet och wie digk es verferwerwt widerkouft und andreſt angeleit wirt, nach des Esturs briefes sage, so sy darumb hant, das also frow Gred offnete und ir man ir gichtig waz, und sich bekant daz die 165 gulden der frow Greden waren und von Ir und irem gut so sy zu ime bracht het darkomen sint, und daz auch Ir das verkouft hus in estur wize ligen und bliiben sol als ander ir gut, so sy zu ime bracht hett nach des esturs briefs lute und sage, wand auch die 165 gulden von ihrem gut komen sind.

Urk. von 1391: Vor Schultheiß verkaufen die Gebrüder

Zeitschrift f. schweiz. Recht VII. 2.

(1) 14

Herrn von Ratperg dem Wernher Segwar Bürger zu Basel ein Haus in der neuen Vorstadt um 75 fl. Segwar tat disen loß in namen seiner vogtfröwen der srow Elsin Thomans von Walpach eins burgers von Basel elicher husfröwen, also daz das hus ir ligen sol in estur wise unverwert nach der überkommenize zwüschen ir und Thoman von Walpach bereit vor der heiligen E, des auch derselbe Thomas gichtig waz vor gericht.

Wer ist nicht bei der Darstellung dieser Verhältnisse an die Entwicklung erinnert worden, welche das eheliche Güterrecht in andern Schweizercantonen genommen hat? Wer hat nicht bei dem Anlegen in Ehesteuer Weise des Liegens an Eigen und Erb gedacht, daß in den Rechten der östlichen und der innern Schweiz eine so wichtige Rolle spielt? In der That zeigt die überraschende Aehnlichkeit unseres Basler Rechts mit diesen angeführten, daß das Legen in estur wise nichts Anderes ist als das Setzen an Eigen und Erb. Was für Folgen jenes hatte, haben wir schon gesehen, nicht aber, worin es eigentlich bestand. Hierüber giebt uns bloß die Analogie jener andern Rechte Aufschluß. Das Luzerner Recht¹⁾ hat wie das Basler den Begriff des veränderten und unveränderten Gutes und knüpft ganz dieselben Folgen daran; um nun die Veränderung zu verhindern, wird das sämmtliche zugebrachte Gut zu Eigen und Erbe gelegt, d. h. auf liegendes Gut oder das ganze Vermögen des Mannes versichert, daß es weder wachsen noch schwinden kann. Ebenso muß nun auch die Anlegung in estur wise darin bestanden haben, daß das Zugebrachte auf dem Vermögen des Mannes versichert wurde. Zwar wo die Ehesteuer schon in Grund und Boden oder Gültien bestand, war eine solche Versicherung nicht nöthig, weil der Mann diese Vermögenstheile nicht veräußern und dadurch verändern konnte. Solang daher dieselben den gewöhnlichen Gegenstand des Zugebrachten bildeten, war Setzen in Ehesteuer Weise etwas Undenkbares. Später erst, als das baare Geld häufiger wurde und oft bloß solches in die Ehe gebracht ward, kam, wie wir gesehen haben, das Anlegen

¹⁾ v. Segeßer, St. und R. G. v. Lucern, Bd. II, S. 443.

in estur wize auf, das hieß ursprünglich bloß soviel als: der Mann müsse dafür sorgen, daß das eingebrachte Weibergut in Gültten oder Liegenschaften angelegt werde,¹⁾ da ihm dieß aber oft schwer werden mußte, so begrüßte man sich einfach, das Vermögen des Mannes als verhaftet anzusehen. Auf letzteres deutet die oben angeführte Urkunde von 1401, wonach das zugebrachte Geld in Ehesteuer Weise angelegt war, ohne auf eine Liegenschaft geschlagen zu sein. Dadurch, daß hier die Ehefrau für einen Theil dieses Geldes ein Haus kaufte, das auch in Estur wize liegen sollte und also der Veräußerung des Mannes entzogen wurde, verringerte sich die Haftung des Vermögens des Ehemannes entsprechend, wie ja auch bei dem Liegen an Eigen und Erb der Pfandschätz entsezt, d. h. die Pfandschaft durch Bezahlung der Summe oder Constituierung einer Rente gelöst werden konnte.²⁾ Die weitern Analogien zwischen beiden Instituten hier auszuführen, muß ich mir versagen, da die bisherigen Umrisse genügen, um uns die Frage beantworten zu lassen, wie nun bei Insolvenz des Ehemannes verfahren worden sei.

Es kann kein Zweifel sein, daß die Frau ihr sämmtliches Eingebrachte zurückzog. Bestand dasselbe in Grundstücken oder Gültten, die entweder von ihr selbst schon zugebracht oder erst von dem Manne aus ihrem Geld auf fremden Gütern zur Sicherung constituiert worden waren, so war die Sache einfach: die Creditoren des Mannes konnten gar nicht darauf greifen. War das zugebrachte Geld der Frau in einer Gült auf der Liegenschaft des Mannes angelegt worden, so trat sie dagegen als grundversicherte Creditorin unter den übrigen Zinsgläubigern auf, und zwar in der Reihe, welche durch das Datum der Gülterrichtungen bestimmt wurde. So war es auch bei der

¹⁾ Urk. v. 1390: Erkanntniß des Gerichts, daß Gred zum Rosen frei sein solle von der Ansprache eines Gläubigers ihres Mannes, der auf 10 Schätz Neben angeleitet hatte wider ihren Mann. Sie entschlug diese Neben, da sie bewies, daß ihr Mann ihr dieselben, als sie zur h. Ehe gekommen seien, in estur wize zu liegen gegeben habe, d. h. daß er ihr diese Neben gegen ihr Eingebrachtes in estur wize zugewiesen habe. — Urkunden dieser Art sind nicht ganz selten.

²⁾ v. Wyß, Zürch. Concursproceß, S. 66 ff.

Morgengabe, die ja meistens in späterer Zeit aus einer Gült auf dem Hause des Mannes bestand:

Urk. um 1460: Ich lienhart Herliberg schultheiß . . . tun kund daz . . . Hans von Eschenberg schafner der Closterfrowen zu Clingendal, Andres Bischoff der koffman, auch Wyblin Heinrich David des mezzgers seligen ze Basel verlaßene witwe und vil ander erber lüte denen der selb Heinrich David selig schuldig verblichen was, begerten daz ich . . . finen fleischbank ufrufen . . . anschlahen wolte . . . und verlossen dem so allermeist darum bieten wurde . . . und sy von dem gest so daruß erlöst wurde um ire verbriefsten schulden . . . und sunderlich die Wyblin um ir morgengab ußrichten und bezalen solt.

Daz die Frau nicht allen Gütläubigern, auch den ältern, vorging, sondern bloß denen, vor welchen sie durch die Zeit der Errichtung ihrer Gült einen Vorrang hatte, ist natürlich. Wer hätte noch eine Gült kaufen wollen, wenn er hätte fürchten müssen, der Schuldner könne durch eine ansehnliche Morgengabe oder durch Anlage des Weiberguts in Ehesteuer Weise auf sein Grundstück seiner Frau das Gut sichern und ihn, den ältern Creditor, um sein Recht bringen.

Schwieriger stellt sich nun aber die Hauptfrage: welches Recht die Ehefrau genossen habe, wo ihr Zugebrachtes nicht ganz oder gar nicht in Gült angelegt, sondern bloß in estur wize auf des Mannes Vermögen im Allgemeinen gesetzt wurde. Bei der unverpfändeten Fahrniß kann man wohl annehmen, daß sie zuerst zur Befriedigung der Ehefrau habe dienen müssen. Was aber galt in Betreff der Viegenschaften, die in solchem Falle wohl immer schwer belastet waren, und der verpfändeten Fahrniß? Ich vermuthe, daß hier die Zeit der Eheabrede, welche auch die Verabredung des Auslegens in Ehesteuer Weise enthielt, die entscheidende Gränze gebildet habe, so daß Verpfändungen vor diesem Zeitpunkt der Weibergutsforderung vorgegangen seien, spätere dagegen ihr nachgestanden hätten. Es entspricht dies der großen Bedeutung, welche immer darauf gelegt wird, ob das Sezen in estur wize vor der Ehe geschehen sei oder nicht. Der Schuldner sollte verhindert werden, bei

drohendem Concurse noch schnell sein Vermögen der Ehefrau haftbar zu machen und so die Chirographargläubiger zu verfüren. Durch die Bestimmung also, daß das Anlegen in Ehesteuер Weise vor der Heirath geschehen müsse, war allen Gläubigern genügt: die vor der Ehe entstandenen Schulden wurden dadurch um nichts unsicherer, da die betreffenden Gläubiger bloß dem Vermögen des Mannes getraut hatten, welches, so lang dieser das Weibergut nicht vergebude, die gleiche Garantie bot wie früher; spätere Creditoren aber konnten wissen, daß das Weibergut in estur wise liege, und sich darnach richten. Wäre aber diese Sicherung des Weiberguts auch während der Ehe möglich gewesen, so wären alle die Creditoren betrogen worden, welche dem Schuldner creditirt hatten zu einer Zeit, da er noch nach Stadtrecht zwei Drittels des gemeinschaftlichen Vermögens anzusprechen hatte. Die Creditoren, sagte ich, konnten wissen, daß das Weibergut in estur wise liege. Denn dieses Rechtsgeschäft war ohne Zweifel vor Gericht vorzunehmen, zumal bei Uebergabe von Grundstücken und Constituirung von Zinsen, und also aus dem Protocoll zu erfahren. Da nun das Anlegen in estur wise eine Art Verpfändung ist, so nehme ich an, die vor der Ehe schon bestehenden Pfandrechte seien dadurch nicht alterirt worden, jüngere aber hätten sich dem so gesicherten Weibergut gegenüber nicht geltend machen können.

Diese ganze Erklärung wird unterstützt durch folgende Urkunde:

A° 1389. Vor Schultheiß klagt Frau Grede, Heinrichs von Mörsperg, eines Edelknechts, Ehefrau, mit Gunrat zem Rosen als ihrem Vogt, zu Gunrat Hüller, "gut hette er ir gefrönnet über das daz sie nüt mit ihm wüste ze schaffen han, und daz er ir das entslüge; hette er dann an sie ze sprechen, so wolte sie im des rechten gehorsam sin." Hüller antwortete, "er hette ir nüt gefrönt, sondern nur ires mannes recht gefrönt an den X gl. gelts so inen jersichs geben sollte Peterman Stralenberg der wechseler, von des huses wegen zem arme, so si vormols mit irem mann verkofft hat, darin derselb ir mann den zweyteil hatt als es ein ververwert gut were worden, und getrüwete auch, daz er

mit den gerichten vollefaren sollte unz uf die zht daz im gnug beschehe um die schulde so im ir mann schuldig s̄he.“ Gred replicirte: sie getruwete Gott, daz man Ir die frönung und das gut entslage, wand ir mann nit daran hette nach der maße und nach den gedingen als sh und ir mann überkommen werent Emales si zesamen mit der GG griffen, also daz alle ire güter ligende oder varende, die si dozemal hatten oder si darnach ankomen und wie dicke die auch verendert abgelöst und wieder angeleit würden, und auch die nüze die davon kement, daz die Ir allewegen liegen solten in Estur wise unverwert, des och ir mann gesworn hette ir darin nit ze griffen ze irren noch ze bekümmern.“ Hüller duplicirte: „das s̄he Im kein schaden, denn diese übereinkomniß s̄he geschehen indem do sie zu der GG griffen hettent und sie och nemelichen stunde in dem brieff als sia elich wip.“ Gred triplicirte: „sie hetten die überkomniße getan Emales sie zur GG griffen, und het och der schriber darin geirret der den brieff geschrieben.“ Erkannt: „köinne Gred kund machen, daz die überkomniße vor der GG geschehen s̄he, eh daz sie Ja sprechet, das da ein GG macht, das solte sie bislich helfen. Und also nam Grede ir selber ir tage us mit ir kundschaft zu vollfarende zum nechsten gericht und darnach von eime gericht an das ander unz an das dritte, und do das erste gericht waz, kamen bede teil vor mich und zeigte Gred einen andern brieff der lutet nach der maße als sie vor erzält hatte. Dann griff si an ir kundschaft und machte diß kuntlich.“ Erkannt: „der nachgande brieff solle in kreften bliben.“

Gleich dem in Ehesteuер Weise angelegten Weibergut konnte auch die Morgengabe bloß am Morgen nach der Hochzeit, nicht noch während der Ehe gegeben werden, offenbar auch dieß, um unzeitige Morgengaben in fraudem creditorum zu verhüten (Rq. 106, R.E. v. 1419):

Urk. v. 1406: Vor Schultheiß bat Walther Fuß ein frage ze tun, es hette sich vor ziten gefügt, daz er seiner frow Emelin, als sie zer heilgen Ge zesamen komen, ein morgen-gab verhieß und die aber Ir damals uf keiner hand gut

slug, wie aber dem sige, so wolte er sie ir morgengab sicher machen, und fragte mich (den Schultheiß), ob ich sie ir morgengab ersezen möchte uf dem zweiteil s̄ins huses genant Ochsenstein. Erkannt: daz er sū ir morgengab wol ersezen möchte. Also ersaſte er s̄inr frow XII gl., die er ir gab zu den ziten do er es wol getun mochte, daz si dieselben haben nutzen und nieſen sol uf dem zweiteil sines huses..

Der Zweck, den man bei der Verabredung des Legens in Chestener Weise im Auge hatte, war wie bei den Cheabreden überhaupt die Regelung des Erbrechts nach dem Tode eines Ehegatten. An den Concurs denkt man gewöhnlich bei einer Heirath nicht. Als daher die Aenderung, daß das nicht veränderte Zugebrachte de iure an den Einbringenden zurückfalle, durchgedrungen war, und die Wittwe damit genügend geschützt schien, kam auch das Anlegen in Estur wise ab, obschon es in dem Concurse des Mannes der Ehefrau großen Vortheil gewährte. War das Weibergut nicht auf jene Weise gesichert worden, so verlor eben die Frau das in der Ehe veränderte Zugebrachte, und zog bloß das unveränderte zurück. Sie hatte demnach in der Prioritätsordnung kein Privileg, denn der Rückbezug des noch in natura vorhandenen Eingebrachten war jetzt überhaupt geltendes Recht und geschah auf dem Wege der Vindication, so daß die Ehefrau an der Collocation gar keinen Anteil nahm. So deutlich nun auch dieses Recht noch in dem Entwurfe des 16. Jahrhunderts ausgesprochen ist, später wurde es wieder vollständig unsicher und zweifelhaft, was eigentlich Stadtrecht sei. Am Ende des 17. Jahrhunderts stritten sich zwei in dem Privatrechte Basels wohlbewanderte Juristen, Dr. R. Fäsch und Gerichtsschreiber Seb. Fäsch darüber, indem jener behauptete, nur das Errungene sei gemeines Gut und falle beim Tod eines Ehegatten unter die Quotentheilung, und das Zugebrachte werde von jeder Seite zurück genommen, dieser dagegen die Dreitheilung des Gesamtvermögens versucht. Es kann nicht meine Absicht sein, näher zu untersuchen, wie sich dieses Dunkel über unser eheliches Güterrecht verbreitet hatte, da es für den Concurs von keinem Belang ist und auf ihn nicht eingewirkt hat. Letzteres schließe ich aus Folgendem: Die Ge-

richtsordnung von 1719, welche den Zweifel zu Gunsten der Dreitheilung des Gesamtvermögens entschied, behält dennoch in der Collocationsordnung den Satz bei, daß die Frau außer ihrem Sondergut ihr noch in natura vorhandenes, obwohl in die Gemeinschaft gefallenes Zugebrachte vorweg aus der Masse ziehen könne. Dadurch entsteht nun der Widerspruch, daß den Gläubigern etwas entzogen wird, das bei dem Tode der Frau vor dem Manne zu zwei Dritteln an diesen fällt, also gewissermaßen sein verfangenes Gut ist. Im früheren Recht lag dieser Widerspruch nicht vor, weil da der Mann gar kein Erbrecht an dem noch vorhandenen Zugebrachten der Frau hatte, dieses also seinen Creditoren nie zu gut kommen konnte. Es scheint mir nun, die G. O. von 1719 habe eben den Satz, daß die Ehefrau in dem Concurse des Mannes ihr unverändertes Zugebrachte zurückziehe, schon als althergebrachtes Recht vorgefunden und daher ohne weiteres Bedenken adoptirt, wie sich denn auch dieses Recht bis heute erhalten hat.

Während in Hinsicht des in natura vorhandenen Weiber-
guts das Recht des 15. Jahrhunderts stehen geblieben ist, hat
sich die Ansicht geändert in Betreff des veränderten, namentlich
also der eingebrachten Brdarschaft. Ich glaube nicht zu irren,
wenn ich die Gerichtsordnung von 1719 als die Urheberin des
Privilegs für das Weiber-
gut ansehe. Solang das alte Recht
bestand, haftete ohne Zweifel das veränderte Weiber-
gut für die Schulden des Mannes. Jenes Recht nun, wonach jeder Theil
sein unverändertes Eingebrachte zurückzog, hoh die G. O. von
1719 auf und führte wieder die uralte Dreitheilung des ganzen
beiderseitigen Vermögens ein. Da mochte es nun gerechtfertigt
erscheinen, der Frau ein Privileg zu geben, damit sie nicht auch
mit dem Manne ganz ins Elend komme, weil Alles Gemein-
schaftsvermögen war. Die Inconsequenz war nur die, daß man
dabei, wie oben bemerkt, für den Fall des Concurses noch das
alte Recht des Rückbezugs von dem in natura Vorhandenen
beibehielt. Im alten Recht hatte dieß seinen guten Grund, weil
beim Tode des Mannes das gleiche eintrat; jetzt wo letzteres
aufgehoben war, wurde es zu einem Widerspruch mit dem Erb-

recht und zwar zum Nachtheil der Gläubiger, und ist es bis heute geblieben.

Nach der G. O. v. 1719 tit. 50 fordert die Frau ihr nicht mehr in natura vorhandenes Weibergut "als ein hypothecirtes" zurück. Es ist das wie ein Nachklang von dem Anlegen in Ehesteuер Weise der alten Zeit; was damals durch dieses Sicherungsmittel auch gegenüber dem Rechte der Dreitheilung des Gesamtvermögens erreicht ward, das soll jetzt bei demselben gesetzlichen Erbrecht im Concurs ipso iure eintreten.

Es mußte sich noch fragen, welchen Rang das so privilegierte Weibergut erhalten sollte. Die kleinern Forderungen der ersten Classe konnten ihm nicht nachgesetzt werden, da es gewöhnlich das vorhandene Vermögen verschlingt und die Vorrechte jener Forderungen also illusorisch geworden wären. Auch die Pfandrechte ließ man vorgehen und zwar die Faustpfänder darum, weil der Gläubiger durch den Besitz das beste Recht an dem Pfande hat, die Hypotheken und die notarialischen Fahrnißverschreibungen darum, weil hier die Frau doch immer mit unterschreibt und also ohnehin auch mit ihrem Vermögen haftet. So ward dem Weibergut der Platz nach der zweiten Classe angewiesen.

Während das neuere Recht von der Ansicht ausgeht, daß die Ehefrau bloß für die Schulden haftete, für welche sie sich selbst verschrieben, waren unsre Vorfahren hierin strenger, obwohl gerade diese Strenge einem bewundernswerten Bartgefühl und einer innigen Auffassung von der Würde der Ehe entsprungen ist. Der leitende Gedanke war, daß Eheleute nicht nur verbunden seien zum gemeinsamen Genusse des Glücks, sondern auch zur gegenseitigen Stärkung im Unglücke und zum Trost und zur Erleichterung der Leiden, daß also die Würde der Ehe verletzt werde, wenn die Ehefrau bloß das Gute genieße, das Schwere der Ehe aber nicht mit tragen helfe. Das alte Recht ließ darum auch das Vermögen der Frau für des Mannes Schulden haften. Später, als die Frau ihr Zugebrachtes zurückzog, mußte ihre Haftbarkeit für Eheschulden im Sinne jener Auffassung gesetzlich bestimmt werden. Zuerst machte sich dieses Bedürfniß geltend bei Frauen, die mit ihrem Manne einen Va-

den hielten und in dieser Eigenschaft selbst in den Fall kamen, Einkäufe zu machen: darüber wurde a^o. 1396 (Rq. 54) verordnet, daß die Ehefrau, wenn sie ihren Drittel erbsweise beziehen wolle, auch den Drittel der Schulden auf sich nehmen müsse. Dadurch kann unmöglich gesagt sein, daß nach früherm Rechte die Frau gar nicht, nicht einmal mit ihrem Drittel, gehaftet habe, sondern es soll dadurch bestimmt werden, daß die Frau nöthigenfalls auch mit ihrem Zugebrachten für solche Schulden haften müsse; die Haftbarkeit mit dem gesetzlichen Drittel verstand sich jetzt wie früher von selbst, aber der Drittel war ein anderer geworden: aus dem des ganzen Gesamtvermögens bloß der des Veränderten und Errungenen. Da aber jetzt oft die Frau durch Erbsverzicht dieser Haftpflicht zu entgehen suchte und sich mit dem Zurückbezug ihres Zugebrachten begnügen möchte, so mußte die Consequenz jener Auffassung der Eheschulden als durchaus gemeinschaftlicher dahin führen, daß man die Kaufmannswitwe trotz Erbverzicht für den Drittel aller Schulden aus dem Geschäfte haftbar erklärte. Dieß geschah durch die Rathserkanntniß von 1419 (Rq. 105). Die G. O. v. 1457 §. 29 führte dieses Princip für alle Eheschulden ohne Rücksicht auf Betreibung eines Geschäfts ein, sofern dieselben direct zum Unterhalt der Ehe gedient haben. Sehr schön führt sie es aus, warum die Frau, selbst wenn sie verzichte, für solche Schulden haften müsse; nicht minder schön zeigt sich die zarte Auffassung der Ehe in der Bestimmung der Schulden, die unter den Begriff gemeinsamer fallen: es sind nicht bloß Schulden für „eßige Dinge“, oder „Gewand“, die unumgänglich nothwendig sind, sondern auch solche für „kleinotter, Ringe, Gürtel (nach eines jeden stand und gebeur, wie die Coll. O. v. 1648 beifügt),“ eine Bestimmung, welche der Eleganz jenes römischen Juristen gleichkommt, der die Braut bloß für dolus haften läßt, wenn ihr der Bräutigam Schmuck geliehen hat sua duntaxat causa, quo honestius culta ad se deduceretur (l. 5, §. 10, commodati, XIII, 6). Hier wie dort herrschte die Auffassung, daß ein nicht übertriebener Schmuck nicht bloß den damit bekleideten Ehegatten zierte, sondern gerade dadurch auch dem andern zur Freude gereiche, und so die Schuld recht eigentlich Eheschuld werde. Die

Coll. O. v. 1648 beschränkte die Haftpflicht der Ehefrau auf die während der letzten drei Jahre contrahirten Eheschulden und wies die ältern unter die gemeinen Handschulden des Ehemanns, ohne innern Grund. Seit der G. O. v. 1719 ist diese Haftung der Frau ganz aufgehoben, weil der Gedanke, daß die Frau sich gar nicht verpflichten könne ohne einen Beistand, zu sehr hervorgetreten ist und jene alte Auffassung zurückgedrängt hat. So haben wir jetzt die Unbilligkeit, daß der Bäcker, dessen Brot die Frau mit dem Manne getheilt hat, zusehen muß, wie die Ehefrau ihr Weibergut zurücknimmt, er selbst aber mit seiner Forverdung zu Verlust kommt.

Wenn ich mich vielleicht zu lang aufgehalten habe bei dem ehelichen Güterrecht der Stadt Basel, insoweit es im Concurs zur Sprache kommt, so darf ich es füglich unterlassen, auf die Rechte der innern und der Ostschweiz noch einzutreten. Daß hier die Frau als Vindicantin auftrat für ihr an Eigen und Erb gelegtes Gut, ähnlich wie zu Basel, ist schon berührt worden; die ausführlichere Darstellung der dortigen Rechtsverhältnisse ist aber in einer Weise geschehen, die eine nochmalige Ausführung von meiner Seite überflüssig macht. Vergl. v. Wyß, Gesch. des Zürch. Concursproc. S. 61 ff. v. Segesser, R. G. von Lucern, an den angef. Orten, Blumer, St. und R. G. der schweiz. Demokr. Bd. I., S. 179, 483. v. Drelli, das eheliche Güterrecht, im 3. und 6. Band dieser Zeitschrift.

Aber auch die Rechte der Westschweiz zeigen eine ganz ähnliche Entwicklung. Was Bern betrifft, so hat hier das streng durchgeführte Princip vollständiger Gütergemeinschaft im alten Recht auch eine Haftung des Gesamtvermögens für sämmtliche Schulden hervorgerufen, die Wittwe und die Erben participiren zu gleichen Quoten an den Passiven wie an den Aktiven. Noch die Stadtsatzung von Hans v. Rütte kennt keinerlei Privileg für die Ehefrau; diese muß den Creditoren Alles überlassen und sogar mit ihrem zukünftigen Vermögen für die Schulden haften, wenn sie nicht von der "Freiheit" Gebrauch macht, sofort nach des Mannes Tode das Haus zu verlassen, zum Zeichen, daß sie sich jeder Ehepflicht entschlage:

Wenn das überblieben eementsch des todten gut nit erben

welste, das soll dhein ander gesslen ze bezalen schuldig syn dann die sy beide by und mit einander gemacht, auch die so uffglüffen werent diewyl sy mit einandren huzghalsten hand. Doch den frowen dese fröhigkeit vorthalsten, wenn ein frow Tre kleider sowyl sy für einmal anzeleggen gwonnet, an Tren lyb anlegt, und vor und ee die lych uß dem hus getragen wirt uß dem hus hinweg gat und sonst nützt weder Tres Emannes noch Tres guz mit Tro nimpt und behalstet, all dann sol sy von allen gesslen fröh und dhei nem nützt ze antworten pflichtig syn unangesechen wenn sy schon die gessltschulden by und mit einandern gemacht hettint.

Wenn einer sinen gesslen sin gut fürschlacht, so mag sin ewyb ein gewondte anlegge cleidern nit die bösten noch die besten an Tren lyb anlegen und Tren gmachel ring bhallten und darmit vor allen gesslen ledig ußgan und niemants ze antworten haben. Aber sonst sol sy gedachten gesslen alles annder gut under sich ze teilen blyben und pfollgen lassen.

Durch eine Satzung von 1596 nun erscheint dieses Princip plötzlich vollständig umgestoßen: die Hälfte des eingebrachten und ererbten Weiberguts ist darnach der Frau "gefreit," und darf vom Manne bloß unter ausdrücklicher Einwilligung der Frau veräußert werden, während er früher kraft seiner Chevogtei ein unbegrenztes Verfügungsrrecht über sämmtliches Vermögen gehabt hatte. Woher diese Änderung? woher diese plötzliche Sicherung des halben Weiberguts? Ich vermuthe hier einen ähnlichen Bildungsgang wie in den andern Cantonen der deutschen Schweiz. Gewiß hat sich das Statut von 1596 auf das Herkommen gestützt. Ob nun dieses Herkommen gerade schon immer die Hälfte des Weiberguts gesichert habe, oder ob diese Theilung erst jetzt eingeführt worden sei, mag unentschieden bleiben, aber ohne Zweifel hatte sich schon vor dem Statut und wohl schon vor der Gerichtssatzung von 1539 die Uebung gebildet, das eingebrachte Weibergut gegen die unumschränkte Verfügung des Mannes und die gänzliche Haftpflicht bei dessen Concurs sicher zu stellen, und man hatte das zu erreichen ge-

sucht auf dem Wege einer Verpfändung des Vermögens des Mannes, ganz in der Art und Weise, wie das Setzen an Erb und Eigen und das Anlegen in Ehestreuer Weise geschah. Dieses halbe gefreite Weibergut kam dann in der Reihe der Pfandrechte dem Alter nach zur Collocation. Die Gerichts Satzung von 1761 ist hierüber sehr klar: „Für diesen halben Theil soll ihr des Ehemannes ganzes Vermögen verhaftet sein, also, daß falls es zu einem Geltstag käme, sie um den Verlauf dieses halben Theils nicht nur den Generalitätschulden, dafür der Ehemann vor oder nach der Ehe sich verpflichtet haben möchte, sondern auch ihrem Rang nach allen jüngern Specialitätsansprüchen in der Bezahlung vorgehen soll.“ Wo der Mann Eigenschaften hatte, wurde also gewöhnlich dieser halbe Theil auf sie gelegt, trat dadurch in die Reihe der Pfandrechte und mußte deshalb bei Errichtung neuer Gültbrieße gleich den andern Lasten dem neuen Gläubiger gehörig angezeigt werden (G. S. von 1761, Thl. I., tit. XXV, S. 4). War aber keine Eigenschaft vorhanden, so begnügte man sich eben meistens mit der generellen Sicherung auf dem Vermögen ohne förmliche Pfanderrichtung, und hatte nichts zu besorgen, solang der Mann wohl haushielte. Wurde er liederlich, oder trat sonst Gefahr für das Weibergut ein, so konnte man von ihm Herausgabe desselben fordern (G. S. von 1615, tit. III, S. 4). Kurz, es wiederholt sich hier im Ganzen dasselbe, was schon oben weitläufiger geschildert ist, und ebenso führt uns das Solothurner Stadtrecht von 1604 im Tit. 22 ganz denselben Entwicklungsgang vor Augen wie wir ihn im Berner Recht finden; das Privileg des Weiberguts hat in allen deutschen Cantonalrechten dieselbe Grundlage, denselben Beweggrund.

Und nicht nur in den deutschen: auch die Rechte der französischen Schweiz zeigen eine auffallende Ähnlichkeit, und vor Allem ist es auch hier wieder die Waadt, in deren Costumes wir schon oft reines altdeutsches Recht erkannt haben.

Das älteste mir bekannte Zeugniß über die Sicherung des Weiberguts enthält der Coutumier de Moudon von 1577:

Ayant le père constitué dolte de mariage pécuniaire à sa fille, laquelle le mary assignera et acceptera sur des

biens et pièces immeubles soient les dits assignaux et hypothèques generallement ou particullièrement spécifiées, et la femme est contrainte en cas et au lieu de restitution de ses deniers dotaux de prendre et se payer des dits biens immeubles et hypothèque à elle donnéz pour assurance d'icelle dotte pécuniaire, lors elle devra lodz etc.

Hienach wurde also die dos, welche die Frau in die Ehe brachte, auf Liegenschaften des Mannes gelegt, angewiesen, es wurde ein assignal de mariage errichtet. Der ursprüngliche Zweck dieser Sicherung war aber wie in den deutschen Kantoneen so auch hier nicht die Vorsorge für den Fall des Concurses, sondern bloß Regelung der Güterverhältnisse auf den Fall des Todes eines Ehegatten, namentlich des Mannes. Das assignal war nach dem Coûtumier de Moudon nichts anderes als das Erbrecht der Frau. Bezwedt wurde dadurch, daß die Wittwe auf den Liegenschaften des verstorbenen Ehemannes ihren Unterhalt finde, was wünschenswerth erscheinen möchte, um die Abtheilung der Mutter mit den Kindern möglichst zu vermeiden und diese bis zu ihrer Selbstständigkeit unter der mütterlichen Obhut zu belassen. Für den Fall nun, daß sich die Wittwe mit den Kindern oder den sonstigen Erben des Mannes nicht vertragen könnte, schrieb der Coûtumier de Moudon vor, die Wittwe könne einen besondern Haushalt errichten und von den Erben des Mannes eine jährliche Rente dafür beziehen, welche ihrer eingebrachten dos entspreche; finde sie aber diese Rente nicht genügend und ziehe sie vor, die ihr assignirten Liegenschaften fernerhin in Nutznutzung zu behalten, so hätten die Erben das Recht, die dos zu jeder beliebigen Stunde abzulösen und so die Grundstücke von ihrer Haftbarkeit zu befreien (les enfants ou héritiers du mari ont réachept perpétuel pour en pouvoir faire réhemption en quelle saison que ce soit de l'année). Dieß zeigt uns nun deutlich den juristischen Charakter des assignal. Es bestand einfach in der Errichtung einer Rente, die auf Liegenschaften des Mannes geschlagen wurde. Die Frau als Rentenzügerin hatte kein Recht auf Zurückzahlung des Capitals, der dos, sie konnte bloß die jährliche Rente fordern wie

jeder Rentberechtigte, und nur die Schuldner waren befugt, die Last von ihrem Grundstück abzulösen, und zwar in diesem Falle, wo sich die Wittwe mit einer jährlichen Pension nicht hatte begnügen wollen, zu jeder Jahreszeit, also nicht bloß wie bei der gewöhnlichen Rente zu der Zeit, wo der Zins verfallen war. — Das assignal in dieser Anwendung wurde aber durch die *Loix et statuts du Pays de Vaud v. 1616* aufgehoben. Der *Coutumier de Moudon* nämlich war nicht bloßes Stadtrecht von Milden, sondern von den quatre bonnes villes (Moudon, Overydon, Morges und Nyon), welche die Landstände beschickten, als Gewohnheitsrecht des Waadtlandes aufgezeichnet worden und hatte seinen Namen bloß daher erhalten, weil Milden der Sitz der Landstände war und dort also der Coutumier angenommen wurde. Dieselben Städte nun ordneten eine neue Aufzeichnung im Jahr 1616 an, und dieß ist der Coutumier (oder *Loix et Statuts*) du Pays de Vaud, der also für dasselbe Gebiet galt wie der Coutumier de Moudon, nämlich für das ganze Waadtland außer den besondern Vogteien und Herrschaften, wie z. B. Lausanne im Jahr 1613 seinen besondern Plaid général aufgezeichnet hatte. Der neue Coutumier von 1616 nun derogirte dem alten von 1577 in Bezug auf das assignal, indem er ein förmliches Erbrecht der Wittwe constituirte, das in dem Nießbrauch an den Gütern des Mannes und bei Wiederverheirathung in einem Kindestheil bestand, und in Folge dessen erklärte er es als unnöthig, solche assignations de mariage zu errichten, „considéré qu'il y a d'autres règles et statuts établis pour ce sujet“ (d. h. in Betracht daß die Frau ohnehin schon den Nießbrauch erhält).¹⁾ Dennoch blieb das assignal bestehen, nun aber bloß als Sicherung des Weiberguts für den Fall des Concurses. Der Coutumier de Moudon kennt noch keinen Concurs, kein décret, er hat bloß, wie wir oben (S. 190) gezeigt haben, bei der Separatexecution eine Art Zugverfahren durch subhastation de la prévaillance zugelassen, das dann in dem décret später auch seine Stelle gefunden hat. Die *loix et statuts* haben also dem assignal eine ganz neue Bedeutung und rechtliche Stellung gegeben, es bestimmt jetzt nicht mehr das

¹⁾ *Loix et Statuts*, loi III, fol. 35; loi III, fol. 315.

Erbrecht der Ehefrau, sondern ihren Rang im Concurse. Da-
gegen blieb die rechtliche Natur desselben die gleiche wie bisher,
es gewährte nach wie vor das Recht, das aus einem Renten-
briefe entsteht: die Ehefrau trat also im décret ihres Mannes
in dem Range unter den Rentberechtigten auf, den ihr das Da-
tum des assignal anwies. Insoweit ist von einem Privileg des
Weiberguts noch keine Spur, ein solches wurde erst dadurch an-
erkannt, daß die loi IX fol. 585 auch da, wo kein assignal vor-
genommen, also keine Hypothek errichtet war, der Ehefrau das
Recht gab, im décret ihres Mannes unter den Obligationen
nach dem Datum ihres Ehevertrags collocirt zu werden, sobald
dieser Ehevertrag von den Parteien unterzeichnet war und die
Stipulation einer dos enthielt. Der Ehevertrag galt also in
dieser Beziehung als generelle Hypothek, die speciellen Hypo-
theken gingen alle dem Weibergut vor und bloß durch assignal
konnte das Recht dieser letztern erreicht werden. Es wurde nun
aber häufig sowohl mit dem assignal als mit dem Ehevertrag
in fraudem creditorum Missbrauch getrieben, besonders durch
ungenaue Angabe der dos in den Ehecontracten und nachträg-
liche Errichtung von assignaux für größere Summen. Daher
bestimmte ein Mandat von 1666, pour éviter toute fraude et
tromperie, que les assignaux pour l'asseurance des biens des
femmes soient judicialement passés, et là par les hommes
en bonne foi et par serment accusé et déclaré, combien leurs
femmes leur auront apporté et mis en leur ménage, et ce
dans un mois après la réception des dits biens sous peine
de nullité des dits assignaux qui par autre voie pourroient
être passés etc. — Liegenschaften, welche die Frau in die Ehe
brachte, zog sie im Concurs als vindicantin zurück. Für ihre
Paraphernalgüter hatte sie kein Privileg, sondern trat mit dieser
Forderung in die Classe der Obligationen oder der cédules oder
der comptes, je nachdem sie eine notarialische Urkunde oder eine
Handschrift oder ein bloßes Recepisse von ihrem Ehemann em-
pfangen hatte.

Ich muß mich mit diesen wenigen Andeutungen über das
höchst interessante Recht des assignal begnügen, um nicht zu
weitläufig zu werden. Von einer Haftung der Frau für die

Eheschulden, um dieß schließlich noch zu berühren, wissen die loix et statuts bloß etwas, wenn die Frau ihren Mann unter gehöriger Verbeiständigung dazu autorisirt hat oder in Gütergemeinschaft zu Gewinn und Verlust mit ihm getreten ist (Bohye, Remarques, p. 477).

Zum Schluß noch wenige Bemerkungen über das Neuenburg er Recht. Dasselbe schließt sich insoweit an das der Waadt an, daß das in den Checontracten, seien sie notarialisch abgefaßt oder von den Cheleuten geschrieben, stipulirte Frauengut als titre public gilt und demnach in zweiter Classe collocirt wird. Das assignat jedoch ist in Neuenburg unbekannt. Das noch vorhandene von der Frau Zugebrachte fällt nicht in das décret, sie zieht es zurück, muß aber nöthigenfalls, d. h. wenn das Gut des Mannes nicht hinreicht, für alle während der Ehe contra-hirten Schulden haften, außer für Bürgschaften ihres Mannes, zu denen sie ihren Consens nicht gegeben hat, für Criminalstrafen und für Kriegsschulden, wenn der Mann gegen ihren Willen zu Felde zog (P. de C. du 20 juin 1591 et 21 avril 1711).

Während sich für das Privileg des Weiberguts überall die gleiche Grundlage und das gleiche Princip nachweisen läßt, tragen andere privilegierte Forderungen in den einzelnen Kantoneen einen ganz singulären Charakter, so das Kindergut, der Fiscus und das Vermögen der Waisen, die unter der Vormundschaft des Falliten gestanden haben. Zwar bei dem Kindergut stellt sich die Sache einfach, wenn dasselbe bloß in der Verlassenschaft der Mutter bestand und der Vater in unzertiteltem Gut mit den Kindern und ihr Vormund blieb: da traten die Kinder ganz in die Rechte ihrer Mutter ein. Sehr verschieden war aber die Behandlung des Gutes, das den Kindern von andrer Seite durch Geschenk oder Vermächtniß zugesunken war. Dieses erhielt bald das Privileg des Weiberguts, bald das des Waisenvermögens, wenn es nicht gar bloß unter die laufenden Forderungen gestellt wurde. Zürich z. B. hat ihm den Rang des Vogtsguts gegeben, Basel hat es nach Analogie des Weiberguts ausgebildet, Bern stellt die Taufpfenninge der Kinder und andere Gelder, sowie die ihnen versprochenen, aber noch

Die Bildung des Concursproesses

nicht ausgerichteten Ehesteuern neben der Morgengabe, die der Frau durch Ehetage versprochen war, in die Classe der Generosität, und collocirt sie dem Datum nach unter einander. Das Privileg wurzelt offenbar nicht in dem alten Recht, sondern ist späteren Ursprungs und deshalb für unsere Untersuchung von keinem Interesse. Aehnlich verhält es sich mit den beiden andern: der Vorzug des gemeinen Guts, des Fiscus, ist schon darum eine neuere Idee, weil sich der Begriff der Staatsgewalt und der Ausflüsse derselben erst mit der neuern Zeit ausgebildet hat. Das alte Recht kannte bloß die grundherrlichen und Herrschaftsrechte, die, soweit sie privatrechtlicher Natur waren, allerdings einen Vorzug genossen und ihn auch zum Theil bis in die neueste Zeit bewahrt haben. Ein Privileg des Staates und des Staatsgutes bildete sich erst, als dieser Begriff feste Wurzel gesetzt hatte. Zuerst und hauptsächlich geschah dies in den Städten in Folge der Reformation. Die protestantische Kirche hat zuerst wieder das göttliche Recht der Obrigkeit zum klaren Bewußtsein gebracht, ja der Begriff Obrigkeit selbst ist erst von ihr wieder gepflanzt und bis in die äußersten Spiken ausgebildet worden. Dies mag an manchen Orten die Hauptquelle für das Privileg des Fiscus gewesen sein, so sagt z. B. der Basler Entwurf des 16. Jahrhunderts, nach den Pfandgläubigern seien zu collocieren "min gnedig herrn als die oberkeit." Das römische Recht mag dann auch noch das Seinige zur weitern Entwicklung beigetragen haben. — Auch auf das Vormundschaftswesen hat die Reformation bedeutenden Einfluß geübt. Eine von der Obrigkeit geübte Aufsicht über dasselbe war der neuen Idee angemessen, welche die Regierung nicht bloß als mit dem Schwert in der Hand, sondern auch als die Eltern ihrer Untergebenen, zumal der Waisen, ansah.¹⁾ So rief in Basel die Reformation die Waisenordnung von Basilius Amerbach hervor, und in Folge derselben mag das Privileg des Waisenguts im Concurre des Vormunds entstanden sein.

Was zum Schlusse noch die Concurskosten anlangt, so hat sich die Behandlung derselben überall ziemlich gleichmäßig ge-

¹⁾ vergl. Basler Reformationsordnung von 1637, Nr. 350, S. 510, u. 37.

stellt. In dem alten Verbotprozeß, aus dem der Concursprozeß erwachsen ist, zahlte der Gläubiger, der das Verbot verlangte oder die Frönnung vornahm, die Gerichtskosten, der Schuldner war aber verpflichtet, sie bei etwaniger Lösung seines Guts dem Creditor zu ersezzen, er mußte ihm genug thun für "Hauptgut, Zins und Kosten," sonst wurde das Verbot nicht nachgelassen. Die Kosten waren also nicht zu Lasten des Gläubigers, wie dieß hie und da bei der Betreibung für einen gewissen Theil derselben der Fall ist, sondern er mußte sie bloß bezahlen, weil dem Gericht nicht zugemuthet werden kann, daß es selber seinen Kosten bei schlechten Schuldern nachgehe, und er schlug sie zu seiner übrigen Forderung. Löstet dann der Schuldner, so kam der Creditor auch wieder zu seinen ausgelegten Kosten. Im Concurse fiel nun aber dieses Lösungsrecht des Schuldners weg. Dennoch mag noch ganz im Anfange jeder Gläubiger verpflichtet gewesen sein, sofort bei seiner Erklärung, daß er sich dem Verbot anschließe, also bei der Annmeldung seiner Forderung, die Gebühr zu entrichten, die noch aus dem alten Verfahren herübergenommen war für "die frönnunge inzeschriben." Ebenso mußten ohne Zweifel noch die, welche etwas aus dem Erlös bezogen, dem Gerichtsschreiber eine Depositionsgebühr bezahlen. Practisch genommen war aber nun dieses letztere nichts anderes als Vorausbezug der Kosten aus dem erlösten Gelde. Anstatt daß der ganze Erlös vertheilt und dafür von jedem Creditor eine Gebühr erhoben wurde, zog man gleich vor der Vertheilung die Kosten aus dem Erlöse weg und so erhielten dieselben ein Privileg vor sämtlichen Forderungen. In der französischen Schweiz gingen bloß die droits Seigneuriaux vor, sie folgten aber dann gleich auf diese, ja sie wurden wohl sogar wie in der Waadt als unter diesen inbegriffen aufgefaßt, indem man den Schluß zog, zu den droits Seigneuriaux gehöre auch das droit de jurisdiction, in Folge dessen die Concurscommission handle.

Hiemit sei denn geschlossen. Eine Darstellung des heut zu Tage geltenden Concursverfahrens in den Schweizercantonen wäre nun allerdings geeignet, den Anfangs aufgestellten Satz,

daß sich diese Proceßart unabhängig vom gemeinen Rechte bei uns entwickelt habe, noch vollständiger zu beweisen. Hier wäre dann der Ort, ausführlich und sorgfältig einzugehen in die Art und Weise der Massaverwaltung, des Rechtsverhältnisses der Gläubiger und des Schuldners, u. s. f. Gerade dann aber würde sich recht die Formlosigkeit und Einfachheit unseres Verfahrens zeigen gegenüber dem gemeinrechtlichen mit seinem Professions-, Liquidations-, Prioritäts- und Deductionsverfahren, welche alle der Sache nach natürlich auch da sind, aber sich bei uns in viel einfacherem Gewande bewegen und namentlich viel rascher zum Ziele führen. Zu einer solchen Darstellung gehört aber eine praktische Anschauung des Rechtsganges in den einzelnen Cantonen, die mir nicht eigen ist. Ich begnüge mich versucht zu haben, die Entwicklung unsers Concursprocesses aus dem alten Schuldentriebe nachzuweisen. Die Quellen zwangen mich dabei, hauptsächlich auf das äußerlich in die Augen springende, auf die Eröffnung des Concurses und die Art und Weise der Befriedigung der Gläubiger, meine Aufmerksamkeit zu lenken, und die Thätigkeit der Concursbehörde in Bezug auf Verwaltung und Liquidation bloß kurz zu berühren. Wenn man aber liest, wie in manchen Gerichtsordnungen vorgeschrieben ist, binnen höchstens drei Monaten die ganze Sache zu Ende zu bringen, so kann man sich leicht vorstellen, warum die alten Quellen über diesen letztern Punkt so kurz sind und so wenig, um nicht zu sagen gar keine Bestimmungen über Administration der Masse u. s. f. enthalten. Daß auf diesem Wege manche Willkür mit unterläuft und nicht Alles so genau erwogen wird als in dem strengeren gemeinrechtlichen Processe, wer will es läugnen? Daß aber wohl den Gläubigern wie dem Gemeinschuldner durch die Schnelligkeit und Wohlfeilheit des Verfahrens schließlich doch besser gedient ist, das ist ein Satz, der zwar vor dem strengen Rechte nicht bestehen kann, aber für die engen Verhältnisse der meisten Schweizercantone praktisch seine volle Wahrheit und hohe Bedeutung hat.

*LA. INSE 250 SCHWEITZERISCHE RECHTSBÜCHER UND JOURNAL 1871 1872
GEMEINRECHTSCANTONALE UND KANTONALE RECHTSBÜCHER UND JOURNAL*