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: 16 (1897)

Artikel: Zum Art. 217 des eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes

Autor: Götzinger, F.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896638

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: 07.01.2026

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

Zum Art. 217 des eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes.

Von Dr. Friedr. Götzinger, Civilgerichtsschreiber in Basel.

Während Art. 215 des B. G. über Schuldbetreibung und Konkurs die Fälligkeit der Verpflichtungen im Konkurse des Gemeinschuldners auf die Bürgschaftsverpflichtungen ausdehnt, im Gegensatz zu Art. 493 und 500 O. R., und Art. 216 die Vorschriften des O. R. (Art. 810) über den gleichzeitigen Konkurs von wechselmässig Regresspflichtigen zu einem allgemein konkursrechtlichen Grundsatz erhebt, ist in dem dritten, die Stellung der Mitverpflichteten im Konkurse ordnenden Artikel 217, das Verhältnis mehrerer Mitverpflichteten, von denen nur der eine im Konkurse liegt, in durchaus origineller Weise näher bestimmt. Der Art. 217 lautet:

„Ist ein Gläubiger von einem Mitverpflichteten des „Gemeinschuldners für seine Forderung teilweise befriedigt „worden, so wird gleichwohl im Konkurse des letzteren die „Forderung in ihrem vollen ursprünglichen Betrage aufge„nommen, gleichviel, ob der Mitverpflichtete gegen den „Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht.

„Das Recht zur Eingabe der Forderung im Konkurse „steht dem Gläubiger und dem Mitverpflichteten zu.

„Der auf die Forderung entfallende Anteil an der „Konkursmasse kommt dem Gläubiger bis zu seiner voll„ständigen Befriedigung zu. Aus dem Ueberschusse erhält „ein rückgriffsberechtigter Mitverpflichteter den Betrag, den „er bei selbständiger Geltendmachung des Rückgriffsrechtes „erhalten würde. Der Rest verbleibt der Masse.“

I. Welches ist zunächst der Thatbestand, den der Artikel zur Voraussetzung macht? Die teilweise Befriedigung des Gläubigers durch einen Mitverpflichteten des Gemeinschuldners. Die Beschaffenheit der Forderung wird durch den weiten Begriff der „Mitverpflichtung“ ausgedrückt. Dass damit ein weiterer Kreis als der der Solidarschuldverhältnisse im Sinne von Art. 162 O. R. und der Wechselverpflichtungen ins Auge gefasst war, ergiebt nicht allein schon der Wortlaut, sondern auch Art. 215, Abs. 2, wo für den Fall gleichzeitigen Konkurses des Hauptschuldners und der Bürgen oder zweier Mitbürgen ausdrücklich auf die Art. 216 und 217 verwiesen wird. Mitverpflichtet sind alle Personen, welche „für dieselbe Forderung auf das Ganze haften,“ wie sich die deutsche Konkursordnung präziser ausdrückt (§ 61). Und zwar bedarf es nicht, wie im deutschen Konkursrecht, einer Haftung „nebeneinander,“ es genügt eine Haftung nacheinander.

Im Kommentar zum B. G. von Weber und Brüstlein wird dies zwar bestritten. Auf Seite 278 (Anm. 3) wird zu Art. 216, welcher von denselben „Mitverpflichteten“ handelt, bemerkt, dass die Verpflichtung des Hauptschuldners und des Bürgen (oder der mehreren Bürgen) nur dann als Mitverpflichtung im Sinne dieses Artikels könne aufgefasst werden, wenn „der Gläubiger die ganze Forderung gleichzeitig gegen Hauptschuldner wie gegen Bürgen geltend zu machen berechtigt ist.“ Als Beispiele werden aufgeführt die Fälle des Art. 495 O. R. (Solidarbürgschaft des Selbstzahlers), des Wegfalls der Einrede der Vorausklagung und der Teilung.

Nun besteht in allen Fällen, wo Hauptschuldner und Bürge in Konkurs geraten sind, kein Zweifel für die Anwendbarkeit des Art. 216. Die Bürgschaft ist fällig und kann angemeldet werden, selbst wenn die Hauptschuld ohne den Eintritt des Schuldnerkonkurses noch nicht fällig wäre. Bedenken entstehen erst, wenn noch ein weiterer, aufrechtstehender Bürge da ist, oder wenn mehrere Bürgen, alle oder nur einzelne derselben, fallit sind. Können hier nur die Anteile an der Hauptschuld, die auf den einzelnen Bürgen entfallen, angemeldet werden, oder in jedem Konkurs die

ganze Schuld? Doch wohl letzteres, nach folgenden Erwägungen. Mitbürgen (ohne Solidarhaft) haften dem Gläubiger für ihre Anteile als einfache Bürgen, für die Anteile der Uebrigen als Nachbürgen. Der Nachbürge haftet neben dem Vorbürgen, wie der einfache Bürge neben dem Hauptschuldner (Art. 496, 497 O. R.). Gerät also ein Mitbürge in Konkurs, so wird die Nachbürgschaft der übrigen für den Anteil des falliten Bürgen fällig. Sind alle Bürgen im Konkurs, so sind auch alle Nachbürgschaften fällig geworden, d. h. jeder kann für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden.

Es müssen aber überhaupt alle Nachbürgschaften, auch nicht fällige, gemäss dem allgemeinen Grundsatz des Art. 215 angemeldet werden können; der Zweck dieser Bestimmung wie des Art. 210 geht dahin, möglichst alle bestehenden Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, auch bedingte, festzustellen und zu liquidieren. Besonders deutlich geht dies aus Abs. 2 des Art. 215 hervor, wonach die Masse des einen Mitbürgen für den bezahlten Betrag „in die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner und den Mitbürgen“ eintritt. Es wurde also vorgesehen, dass die Masse mehr als den auf den Gemeinschuldner entfallenden Bürgschaftsanteil bezahle. Es entspricht dies auch der Billigkeit. Denn der Gläubiger, welchem mehrere Bürgen haften, soll auch mehrfache Sicherheit haben. Er hat sie aber nicht im ganzen Umfang, wenn er im Konkurse des einen Bürgen nicht auch dessen subsidiäre Verpflichtung für die anderen liquidieren kann. Er würde sich unter Umständen, wenn z. B. die Masse des Gemeinschuldner-Bürgen eine stattliche Dividende abwirft, während vom aufrechtstehenden Bürgen nichts zu erhoffen ist, besser stellen, wenn er nur jenen einen Bürgen hätte.

Wir kommen also zu dem Resultat: Der Gläubiger kann in jedem Falle von Konkurs eines Bürgen die Hauptforderung im vollen Betrage geltend machen. Der Kreis der „Mitverpflichteten“ des Art. 216 muss sich auf alle Bürgen erstrecken, gleichviel ob sie einfache oder Solidarbürgen sind, und ob die Bürgschaft im ganzen Betrag der Hauptforderung im Moment

des Konkursausbruchs schon fällig sei oder nicht. Dies gilt dann auch in gleicher Weise für den Art. 217, wobei wiederum noch der Abs. 2 des Art. 215 angerufen werden kann, welcher auf Art. 217 für das Verhältnis von Hauptschuldner und Bürge und von Bürgen untereinander ausdrücklich verweist. — Nicht hieher gehört aber der Rückbürge. Er ist wohl für dieselbe Forderung, welche vom Gläubiger auf den zahlenden Bürgen übergeht, aber nicht dem Gläubiger, sondern dem Bürgen verpflichtet. Dem Gläubiger steht niemals ein Griff auf ihn zu.

Ebenfalls nicht hieher gehört die Mitverpflichtung für eine unteilbare Leistung, wie auch der Kommentar richtig bemerkt. Denn jede unteilbare Leistung verwandelt sich im Konkurs in eine Leistung zu Schadenersatz in Geld, und für diesen Fall kann jeder Schuldner nur für seinen Anteil belangt werden (Art. 80 O. R.).

Die Mitverpflichtung muss vor Konkursausbruch bestanden haben; dagegen verlangt das Gesetz nicht, dass im Zeitpunkt des Konkursausbruches eine Mitverpflichtung noch bestehe, sofern sie nur bestanden und eine teilweise Befriedigung stattgefunden hat. Es liegt auch kein innerer Grund vor, den Fall, wo der Bürge die Hälfte der Schuld bezahlt hat und dann aus der Bürgschaft entlassen worden ist, anders zu behandeln, als den, wo die Bürgschaft noch weiter besteht. Im einen wie im andern Falle ist die Wirkung, die einen der Zwecke des Gesetzes erfüllt, gerechtfertigt, dass nämlich Regressberechtigte in keinem Falle etwas aus der Masse sollen erhalten können, bevor der Gläubiger ganz befriedigt ist.

II. Seitens des Mitverpflichteten muss eine teilweise Befriedigung stattgefunden haben, also eine Zahlung, Verrechnung, oder Novation im Sinne von Art. 142, Ziff. 2 O. R., so dass durch die Uebernahme der Schuld durch den einen der andere Mitverpflichtete dem Gläubiger gegenüber befreit wird.

Ob die Teilzahlung freiwillig oder infolge von Zwangsvollstreckung geleistet wurde, bleibt gleichgültig. — Andere Gründe des Untergangs einer Forderung werden nicht

nach diesem Artikel beurteilt. Bei Erlass, Verjährung, Unmöglichkeit der Erfüllung etc. bezüglich des einen Mitverpflichteten, wird daher stets nach civilrechtlichen Grundsätzen zu untersuchen sein, ob auch der andere Mitverpflichtete von der Obligation befreit sei oder nicht.

Ist vor Konkurs die Schuld für den einen Mitverpflichteten auf einem dieser Wege, ohne Befriedigung, nur teilweise erloschen, so besteht die Mitverpflichtung für den Rest weiter und kann nur für diesen der Artikel Anwendung finden. Ein Nachlassvertrag gilt gemäss positiver Vorschrift dem Mitverpflichteten gegenüber nicht als Tilgung der ganzen Schuld; nach Art. 303 geht der Gläubiger seiner Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen nicht verlustig, d. h. die Erfüllung des Nachlassvertrages befreit nur den Schuldner des Nachlassvertrages vollständig, die anderen nur teilweise; Art. 217 findet daher Anwendung, wenn nachträglich einer der übrigen Verpflichteten in Konkurs gerät. — Die Zahlung muss von seiten eines Mitverpflichteten erfolgt sein. Zahlung des Gemeinschuldners selbst reduziert die Forderung, ebenso Befriedigung durch einen dritten Nichtverpflichteten, selbst dann, wenn er sich für den Rest der Schuld mitverpflichtet hat, denn er hat nicht als Mitverpflichteter bezahlt.

III. Treffen die sub I und II erörterten Voraussetzungen zu, so soll der Gläubiger im Konkurse des nichtzahlenden Schuldners oder Bürgen die Forderung „in ihrem vollen, ursprünglichen Betrag“ anmelden können. Also eine konkursrechtliche Modifikation der Art. 166, 501 und 504 O. R., welche civilrechtlich bestimmen, dass Befriedigung des Gläubigers durch einen Solidarschuldner oder durch den Hauptschuldner einer verbürgten Schuld die anderen Solidarschuldner oder den Bürgen befreit, und dass an Stelle des Gläubigers der zahlende Bürge für den bezahlten Betrag tritt. Die erste Ausnahme von diesem Satz hatte schon das O. R. in Art. 167 geschaffen, wonach „im Konkurse jedes Solidarschuldners“ die ganze Forderung geltend gemacht werden kann. Wird also in einem von mehreren gleichzeitig laufenden Konkursen eine Dividende ausbezahlt, so bleibt dennoch die Anmeldung

in den anderen im ursprünglichen Betrag in Kraft. Dasselbe findet statt bei der wechselmässigen Haftung, gemäss Art. 810. Ob diese Bestimmungen auch bei nicht gleichzeitig ausbrechenden Konkursen Geltung haben, scheint zweifelhaft, würde sich aber jedenfalls aus dem Zwecke derselben rechtfertigen. Denn ohne diese Möglichkeit würde der Gläubiger, wenn seine Solidarschuldner nach einander in Konkurs geraten, niemals vollständig befriedigt werden können, weil er in jedem nachfolgenden Konkurse nur mit dem im vorhergehenden erlittenen Verlust partizipieren könnte, — selbst dann nicht, wenn die Summe der Dividenden, auf die ganze Forderung berechnet, diese vollständig decken würde. Dieses aus dem französischen Recht hergenommene Prinzip (Code comm. 542—544) hat sich auch das deutsche Konkursrecht (§ 61 der K. O.) angeeignet, und zwar in folgender Umschreibung. Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte. Damit wird gesagt, dass der Moment der Konkurseröffnung für die Höhe der Forderung, in der sie an der Ausschüttung der Masse partizipiert, ausschliesslich massgebend sein solle. Also einerseits fallen alle Veränderungen, welche die Forderung nach diesem Zeitpunkt infolge von Zahlung seitens eines Mitschuldners, freiwillige oder Konkursdividenden, erleidet, nicht in Betracht und vermögen die Höhe der Forderung, so wie sie angemeldet wurde, nicht mehr zu alterieren. Andererseits verringert jede vor jenem Zeitpunkt erfolgte Befriedigung die Forderung auch dem Gemeinschuldner gegenüber. Dies gilt nicht nur, wenn über Mehrere gleichzeitig das Konkursverfahren schwebt, sondern auch wenn nur Einer im Konkurse liegt.

Die letztere Ausdehnung wurde von der Reichstagskommission auf Anregung von Goldschmidt in das Gesetz aufgenommen. Sie lässt sich durch jene Erwägung, dass nur die gleichzeitige Partizipierung im vollen Betrage dem Gläu-

biger ganze Befriedigung zu schaffen vermöge, nicht mehr begründen. Vielmehr scheint ein anderes Motiv hiebei mitgewirkt zu haben, nämlich die Erwägung, der Gläubiger dürfe nicht deswegen im Konkurse schlechter gestellt werden, weil er von einem anderen Mitschuldner eine Teilzahlung erhalten, die anzunehmen er nicht verpflichtet war und damit diesem die Zahlung erleichtert hat, und wohl auch die Rücksicht auf die aufrechtstehenden Mitschuldner, welche durch eine möglichst hohe Quote aus dem Konkurse ihres insolventen Kollegen entlastet werden sollen. Diese ratio würde aber auch dann zutreffen, wenn die Teilzahlung vor der Konkurseröffnung geleistet worden ist, umsomehr als die Teilzahlung geleistet und angenommen wurde, vielleicht ohne dass dabei der Konkurs des anderen vorausgesehen wurde und in der sicheren Annahme, dieser werde seinen Anteil ganz tilgen können. Besonders störend wirkt das Abstellen auf den Konkurstag, wenn mehrere Mitschuldner nacheinander in Konkurs fallen. Wickeln sich die Konkursverfahren so ab, dass die nachfolgende Konkurseröffnung erst nach der Verteilung im vorhergehenden Konkurse erfolgt, so kann der Gläubiger immer nur den jeweiligen, ungedeckten Rest anmelden; er wird also nie volle Befriedigung erlangen, wenn über alle Schuldner der Konkurs eröffnet wird, oder es hängt von der zufälligen Aufeinanderfolge der Konkurseröffnungen und Verteilungen ab, wie viel er im ganzen erhält.

Diese Inkonsequenz besteht im französischen Recht insofern nicht, als dieses Teilzahlungen aus successive sich folgenden Konkursen unberücksichtigt lässt (Code de comm. 542). Das schweizerische Gesetz ist dann noch einen Schritt weiter gegangen, indem es jede vor Konkurs erfolgte Befriedigung des Gläubigers im Konkurse gleich behandelt. Bei der Fassung des Art. 217 ist man in den ersten Entwürfen vom Code de commerce (Fallimentsgesetz von 1838) Art. 542—544 ausgegangen. Sie lautete: „Hat jemand, welchem mehrere Personen für die gleiche Schuld verpflichtet sind, eine Teilzahlung erhalten, so kann er im Konkurse seines Schuldners nur für den Rest seiner Forderung als Gläubiger auftreten.

Dagegen wird ein Mitschuldner oder Bürge, welcher die Teilzahlung geleistet hat, für den Betrag derselben unter die Konkursgläubiger aufgenommen.“ Bis dahin bildet der Text die fast wörtliche Uebersetzung des Code. Er fährt dann fort: „Es hat jedoch der Gläubiger das Recht, Anweisung auf den dem Mitschuldner oder Bürgen zukommenden Anteil an der Verteilungsmasse bis zu vollständiger Deckung der Forderung für sich zu verlangen. Der Mitschuldner oder Bürge wird bei der Verteilung erst nach dem Gläubiger und nur insoweit berücksichtigt, als die von ihm geleistete Zahlung seinen Anteil an der Schuld übersteigt.“

An Stelle dieser umständlichen ist dann die klarere Fassung des endgültigen Entwurfes erst in der zweiten Lesung gesetzt worden. Aber auch materiell wurde damit einiges geändert. Zunächst ist im ersten Entwurf durch den zweiten Absatz der Fall, wo nach einer Teilzahlung des Hauptschuldners der Bürge in Konkurs gerät, ausgeschlossen; nur Zahlungen des Mitschuldners oder Bürgen werden mitaufgenommen. Das Gesetz hat später dadurch, dass es nur gemeinhin von Mitverpflichteten spricht, diesen Fall in gleicher Weise geordnet. Ferner giebt es dem Mitverpflichteten ein selbständiges Eingaberecht. Endlich wird der Anspruch der regressberechtigten Mitverpflichteten dahin präzisiert, dass er von dem nach vollständiger Deckung des Gläubigers verbleibenden Ueberschuss nur die seiner Regressforderung entsprechende Dividende erhält.

Vergleicht man die Abstufungen in der Behandlung des Gläubigers einer Solidar- oder einer verbürgten Forderung, so ergiebt sich folgendes:

1. Bei gleichzeitigem Konkurs der Mitverpflichteten wird die Forderung in jeder Masse zum vollen Betrage abzüglich bereits geleisteter Zahlungen admittiert, aber die jeweiligen Dividendenzahlungen sowie anderweitige Befriedigung nach Konkursausbruch bei der nächsten Verteilung von der Forderung abgezogen. Dies wäre das Prinzip des Civilrechts.

2. Bei gleichzeitigem Konkurs wird die Forderung überall ganz, abzüglich vor Konkurs geleisteter Zahlungen, angemeldet,

und zwar ohne Berücksichtigung der in den einzelnen Massen erfolgenden Dividendenzahlungen: Prinzip des Art. 216 und der deutschen K. O., letztere mit der Modifikation, dass wenn auch nur einer der Mitverpflichteten im Konkurs ist, die nach der Konkurseröffnung erfolgenden Zahlungen anderer Mitverpflichteter die Anmeldung nicht alterieren.

3. Bei successive ausbrechenden Konkursen kann jeweils die ganze noch nicht getilgte Forderung angemeldet werden. Die Dividendenzahlungen haben auf die Höhe der anzumeldenden Forderungen keinen Einfluss. Prinzip des französischen Rechts, in Art. 217 inbegriffen.

4. Alle Teilzahlungen vor und nach Konkurs, ohne Rücksicht auf Gleichzeitigkeit der Konkurse, bleiben ohne Einfluss auf die konkursrechtliche Behandlung. Prinzip des Art. 217.

IV. Was hat der Gesetzgeber mit dieser weitgehenden Bevorzugung solidarischer und verbürgter Forderungen im Konkurse bezweckt? Kohler,[1]) welcher sich energisch zu dem Prinzip des schweizerischen Gesetzes bekennt, giebt das eine, schon vorhin erwähnte Motiv an, dass der Gläubiger, welcher, ohne dazu verpflichtet zu sein, eine Teilzahlung angenommen hat, um dem einen Schuldner die Zahlung zu erleichtern, im Konkurse des andern nicht dafür solle büssen müssen. Ist diese Billigkeitserwägung stichhaltig und stark genug, um einen so einschneidenden Eingriff in den Grundsatz der Gleichberechtigung aller Konkursgläubiger zu rechtfertigen?

Was zuerst die Wirkungen des Art. 217 betrifft, so ist hierüber folgendes zu sagen. Ueberall da, wo dem Mitverpflichteten für den ganzen bezahlten Betrag der Regress gegen den Gemeinschuldner zusteht, hat die Bestimmung nichts Auffallendes. Die Masse wird mit demselben Betrage belastet, welcher vor Konkurs gegen den Gemeinschuldner eingeklagt werden konnte. Dabei soll aber die Regressforderung erst liquidiert werden, nachdem der Gläubiger voll ausgewiesen ist. Bis dahin darf der Gläubiger auch die auf die Regressforderung entfallende Quote der Verteilung für sich beanspruchen. Er treibt also den Regressberechtigten zurück bis

[1]) Lehrbuch des Konkursrechts, S. 354.

zu seiner eigenen vollständigen Befriedigung. Es soll vermieden werden, dass der Regressberechtigte aus der Masse einen Betrag beziehe, für den er seinerseits wieder dem Gläubiger haftet. Dieser Grundsatz erklärt sich schon aus dem Wesen der Subrogation, wenigstens soweit der Regressberechtigte nach der Teilzahlung noch Schuldner bleibt, was im Konkursfalle ja als Regel angenommen werden darf. (Vgl. Vischer, der Rückgriff des Bürgen, Zeitschr. f. Schw. R. N. F. VII, S. 40 ff.) Das Vorrecht des Gläubigers greift aber kraft positiver Bestimmung auch dann Platz, wenn für den Rest der Hauptforderung dem Gläubiger kein Griff auf den noch aufrechtstehenden Mitverpflichteten mehr zusteht, z. B. wenn der Rest diesem persönlich erlassen, für ihn persönlich verjährt ist. Hier wird also der Gläubiger direkt auf Kosten des Bürgen oder Mitschuldners befriedigt.

Ganz anders gestaltet sich die Wirkung, sobald man annimmt, dass dem Teilzahler nur für eine Quote der Teilzahlung oder überhaupt nicht ein Rückgriff zusteht, sei es, dass er nur seinen Anteil bezahlt hat, sei es, dass die Gestaltung des Schuldverhältnisses nach innen einen Regress nicht zulässt, kraft besonderer Vereinbarung oder, nach Gesetz, für den Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen. Dann steht es dem Gläubiger gleichwohl zu, die ursprüngliche Forderung einzugeben. Der Gemeinschuldner wird also mit mehr belastet, als vor dem Konkurs von ihm hätte verlangt werden können. Gegenüber den übrigen Konkursgläubigern ist dieser Gläubiger bevorzugt. Je grösser die Teilzahlung war, umso besser stellt sich der Gläubiger, da ihm die Dividende auch auf der Teilzahlung gewährt wird. Der Mitverpflichtete besitzt also ein erhebliches Interesse daran, nicht die ganze Forderung zu zahlen. Beide, Mitverpflichteter und Gläubiger, haben ein Interesse daran, die Teilzahlung im Konkurse nicht zu nennen, um einen möglichst grossen Betrag aus der Konkursmasse zu ziehen. In diesen Fällen profitiert also der Mitverpflichtete aus Art. 217, wenn er, ohne Regress zu haben, für die Restschuld noch haftet und nun durch die Zahlung der Konkursdividende umsomehr entlastet wird, je

höher die Dividende und je kleiner die Teilzahlung. Ist die ganze Forderung bezahlt, so trifft der Artikel nicht mehr zu, der Zahlende kann nur seine Regressforderung geltend machen.

Diese Wirkungen nun werden billig oder unbillig ausfallen, je nachdem das Schuldverhältnis nach innen d. h. unter den Mitverpflichteten gestaltet ist. Ist der Gemeinschuldner nach innen einziger Schuldner, d. h. hat er seinerseits keinen Regress gegen den Mitverpflichteten, nur dieser gegen ihn, so bringt dem Mitverpflichteten Art. 217 keine günstigere Stellung, als er nach Civilrecht hätte. Im Gegenteil, seine Regressdividende muss, wie wir gesehen haben, bis zur gänzlichen Befriedigung des Gläubigers herhalten. Im übrigen werden am rationellsten diejenigen Fälle durch Art. 217 geregelt, in denen der Gemeinschuldner nach innen teilweise Schuldner ist. Hier wird die Entlastung, welche der Artikel durch die stärkere Belastung der Masse dem Mitverpflichteten gewährt, dem inneren ökonomischen Verhältnisse entsprechen und die gemeinsame Last möglichst gleichmässig auf die Schuldner verteilen. Hat also z. B. einer von zwei Solidarschuldnern seine Hälfte an der Schuld bezahlt, so ist es billig, dass aus der Masse des anderen womöglich der diesen treffende Hälfteanteil herausgezogen werde, da dann das Verhältnis gleichmässig und ohne dass Regressansprüche entstehen, erledigt wird. Dagegen kann die Endwirkung sehr unbillig sein, wenn der Gemeinschuldner gegen den zahlenden Mitverpflichteten vollen Regress hat, z. B. als Bürge. Ist in diesem Falle der Hauptschuldner solvent, so wird zwar der Gläubiger gar keine Eingabe im Konkurse des Bürgen machen. Im andern Falle aber, wo der Hauptschuldner nicht oder nicht genügend solvent ist und die Bestimmungen des Art. 217 ihre Anwendung finden, wird die Masse des Bürgen ungebührlich stark belastet, und der ihr nach Art. 215 gegebene Regress erweist sich als illusorisch. Sie wird noch stärker belastet, als die Masse des Hauptschuldners, falls dieser vorher in Konkurs gefallen ist, denn die Teilzahlung, welche dieser früher geleistet hat, kann bei ihm nicht mehr eingegeben werden, während beim Bürgen die volle anfängliche Schuld angemeldet werden darf.

Fragen wir nun nochmals nach der ratio des weitgehenden Grundsatzes des Art. 217, so sind die Fälle mit und ohne Regress des Mitverpflichteten weit auseinander zu halten. Für die erstern soll einfach die Subrogationsforderung hinter die Hauptforderung zurückgestellt werden; die übrigen Konkursgläubiger können sich hierüber nicht beklagen, denn eine ungleiche Behandlung wird dadurch nicht eingeführt. Für die Fälle ohne Regress nun trifft die von Kohler angegegebene Erwägung offenbar nicht zu. Denn einmal kann die Forderung ratenweise fällig, der Gläubiger also zur Annahme einer Teilzahlung verpflichtet sein. Dann aber war es, ausser wo die Teilzahlung in Form einer Konkursdividende erscheint, des Gläubigers freier Wille, einen Teil einer ganzen fälligen Schuld anzunehmen, und wenn er es gethan hat, so wird der Grund in der Regel in der zweifelhaften Solvenz der Mitverpflichteten zu suchen sein; er wird also in vielen Fällen immer noch günstiger wegkommen, als wenn er mit der Dividende vorlieb nehmen müsste.

Es ist aber überhaupt unrichtig, dass der Gläubiger darunter zu büssen habe, dass er dem einen Schuldner durch eine Teilzahlung das Zahlen erleichterte. Ihm bleibt ja für den unbezahlten Betrag jederzeit der Griff auf den aufrechtstehenden Mitverpflichteten, und sollte sich dieser gleichfalls insolvent erweisen, so kann der Gläubiger schon nach dem Grundsatz des französischen Rechts (Stufe 3, oben) in seinem Konkurse die ganze, ursprüngliche Forderung anmelden. Dadurch wird er aber immer eine grössere Summe erhalten, als wenn er die Teilzahlung zurückgewiesen hätte und dafür mit der ganzen ursprünglichen Forderung in beiden Konkursen partizipieren würde.

Auch die Erwägung würde nicht zutreffen, dass der Gläubiger, der von einem aufrechtstehenden Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhält, ohne die Vergünstigung des Art. 217 schlechter gestellt wäre als der Gläubiger, welcher im Konkurs eines Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhält. Denn das unbillige Resultat, dass der Gläubiger niemals volle Befriedigung erlangen würde, wenn er nicht in

jedem der gleichzeitigen Konkurse mit dem ganzen Betrag seiner Forderung partizipieren dürfte, eine Gefahr, welche zur Einführung des Art. 216 veranlasst hat, besteht für den Fall der Teilzahlung seitens eines aufrecht stehenden Mitverpflichteten nicht. Und auch das von Kohler (l. c. S. 355 ff.) aus der Bestimmung des Art. 216 (entsprechend § 61 der deutschen Konkursordnung) richtig herausgefühlte prozessuale Prinzip, dass gegen mehrere sammtverbindlich haftende Personen die Exekution gleichzeitig in vollem Umfang der Schuld gehen kann, rechtfertigt die gleiche Behandlung freiwilliger Teilzahlungen nicht. Diese beiden Argumente könnten nur dazu führen, das — vom Zufall abhängende — Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Konkurse aufzugeben.

Thatsächlich würde aber auch keineswegs eine Schlechterstellung im oben angedeuteten Sinne stattfinden. Denn der Gläubiger, welcher vom Schuldner A eine Teilzahlung von 50 (ausser Konkurs) an seine Forderung von 100 empfangen hat, wird zusammen mit den Dividenden aus dem späteren Konkurse aller drei Schuldner A, B und C, auf den Rest von 50 berechnet, immer mehr erhalten, als wenn er jene Teilzahlung nicht bekommen hätte und nun in jedem Konkurs mit 100 partizipieren würde. Beträgt die Teilzahlung des A 30, die Dividende im Konkurse A 10, B 30, C 40 Prozent, so erhält der Gläubiger (ohne Art. 217) 30 + 7 (10 % von 70) + 21 + 28, zusammen 86. Ohne Teilzahlung wird er nur für 10 (10 % von 100) + 30 + 40 = 80 befriedigt.

Viel eher könnte es die fatale Stellung des Mitverpflichteten gewesen sein, welche den Gesetzgeber zu einer so einseitigen Bevorzugung des Gläubigers verleitet hat. Hätte der Mitverpflichtete nicht bezahlt, so würde der Gläubiger die Dividende auf der ganzen Forderung erhalten, und der Mitverpflichtete hätte nur noch für den Rest aufzukommen. Der Mitverpflichtete müsste also dafür büssen, dass er eine Teilzahlung geleistet hat, wenn der Gläubiger nur die Restforderung eingeben dürfte. Man wollte ihn in billiger Rücksichtnahme entlasten, indem man annahm, dadurch eine gleichmässigere Verteilung der Schuld bewirken zu können.

Wie aber, wenn der Mitverpflichtete selbst nach innen der Schuldner ist, wenn er weniger als seinen Anteil an der Schuld geleistet hat? In allen diesen Fällen schlägt jener vermeinte Zweck fehl. Denn warum soll der Mitverpflichtete, auf dem die ganze Schuld lastet, auf Kosten der Konkursmasse des anderen und der übrigen Konkursgläubiger geschont werden? Wohl erhält die Masse ein Regressrecht für alles, was sie über ihren Anteil an der Schuld bezahlt hat, aber bei gleichzeitigem Konkurse Beider erst, wenn die Hauptforderung ganz getilgt ist, gegen solvente Mitverpflichtete allerdings sofort, aber dann hätte dasselbe Endresultat einfacher und ohne den Art. 217 erreicht werden können. Vor allem trifft also der Zweck einer Entlastung des zahlenden Mitverpflichteten nicht zu, wenn dieser Mitverpflichtete der Hauptschuldner einer verbürgten Forderung ist. Diesen Fall hatte denn auch der frühere Entwurf gar nicht in den Art. 217 hinein bezogen. Hier wird man sich an der Privilegierung der Bürgschaftsforderung am meisten stossen, und es ist in der That kein innerer Grund einzusehen, weshalb der Gläubiger, der seinen Kredit an zwei Kreditunwürdige erteilt hat, in der Masse des Bürgen mit dem vollen Forderungsbetrage aufrücken soll, nachdem ihn der Schuldner vorher teilweise befriedigt hat.

Soviel darf deshalb wohl gesagt werden, dass der Art. 217 in seiner generalisierenden Fassung über das Ziel hinaus schiesst, auch wenn man, was hier nicht weiter zu erörtern ist, die Richtigkeit des Satzes annimmt, dass die Entlastung des einen Mitverpflichteten durch eine über das Civilrecht hinausgehende, stärkere Heranziehung der Konkursmasse des andern zu geschehen habe.

Es ist denn auch wohl kein Zufall, dass der Art. 217 nirgends von einem Regress der Masse gegen die übrigen Solidarschuldner spricht. Dass der Masse ein solcher erwächst, falls sie mehr als ihren Anteil an der gemeinsamen Schuld entrichtet hat, versteht sich nach Civilrecht von selbst und bedürfte keiner Erwähnung. Und doch ist das ebenso selbstverständliche Rückgriffsrecht des Bürgen in Art. 215

ausdrücklich bestätigt worden. Auch die Erteilung eines selbständigen Eingaberechts des Mitverpflichteten spricht dafür, dass es hauptsächlich sein Interesse war, das man schützen wollte.

V. Nun ergeben sich aber für die Praxis noch eine Reihe weiterer Fragen über die Tragweite des Art. 217. Zunächst aus dem eben erwähnten, im 2. Absatz dem Mitverpflichteten erteilten, selbständigen Eingaberecht. Steht dieses Recht auch dem Mitverpflichteten zu, welcher nichts bezahlt hat? Nach der äusseren Konstruktion des Artikels nicht. Denn sowohl Abs. 1 wie Abs. 3 setzen ausdrücklich eine Teilzahlung voraus. Innere Gründe für eine solche Beschränkung lassen sich indessen nicht auffinden. Es ist nicht einzusehen, warum man die minimste Teilzahlung mit dem Eingaberecht belohnen, ohne diese dasselbe verweigern sollte. Dasselbe Interesse, das der Zahlende an der Eingabe hat, trifft auch beim Nichtzahlenden zu. Auch darf das Eingaberecht nicht vom Willen des Gläubigers, der ja eine Teilzahlung bei Fälligkeit der ganzen Schuld zurückweisen kann, abhängig gemacht werden.

Durch dieses Recht kann nun die Teilnahme des Gläubigers am Konkurse auch ohne dessen Willen herbeigeführt werden. Der Bürge, welcher schon nach O. R. vom Gläubiger diese Teilnahme verlangen konnte, braucht nun nicht mehr den unter Umständen recht schwierigen Beweis des Schadens nach Art. 510^3 zu führen; er vermag sich jetzt selbst zu helfen. Für den Solidarschuldner bringt das Eingaberecht neue Vorteile, da ihm bisher der Gläubiger für die Unterlassung der Eingabe nur dann verantwortlich war, wenn dadurch nicht nur eine faktische, sondern eine rechtliche Veränderung der Stellung der übrigen Schuldner (Verlust der Regresse) verursacht wurde (Art. 168^4 O. R.).

Dieses Eingaberecht ist ein stellvertretendes. Und zwar will Art. 217, wie schon die entsprechende Bestimmung im früheren Entwurf, dass die stellvertretende Funktion von Amtes wegen berücksichtigt werde; er erteilt, im Gegensatz zu allen anderen Aeusserungen über die Wirkung des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger, eine förmliche Weisung

an den Konkursverwalter, wie er zu verfahren habe, wenn nur die Restforderung angemeldet worden ist. Der ursprüngliche Betrag der Forderung wird in den Kollokationsplan eingesetzt, sobald entweder vom Gläubiger die Restforderung oder vom Mitverpflichteten diese oder die Regressforderung eingegeben worden ist. Es soll also von Amtes wegen verhütet werden, dass der Gläubiger den vom Konkurs nicht benachrichtigten Mitverpflichteten dadurch zu Schaden bringt, dass er nur seine Restforderung geltend macht, und ebenso, dass der Mitverpflichtete auf seine Regressforderung vor dem Gläubiger etwas aus der Masse erhalte. Dabei wird sich der Gemeinschuldner sowohl über den Bestand der Hauptforderung wie über den eines allfälligen Regressanspruches zu äussern haben, und es wird dann im Kollokationsplan einmal die ganze Hauptforderung und dann eventuell, d. h. falls die Dividende einen Ueberschuss über diese gewährt, auch die Regressforderung kolloziert werden.

Versäumt der Gläubiger die Eingabe, so wird er einem Solidarschuldner nur unter der angedeuteten Voraussetzung schadenersatzpflichtig, da er im übrigen die Wahl hat, auf welchen seiner Schuldner er greifen will, — anders dem Bürgen gegenüber. Denn das Eingaberecht des Bürgen entbindet den Gläubiger, welcher allein vom Konkurs benachrichtigt wird und im Besitze der Beweismittel ist, weder von der Pflicht, den Bürgen vom Konkurse in Kenntnis zu setzen, noch von der Anmeldepflicht. Die Schadenersatzpflicht des Art. 510 O. R. bleibt vielmehr bestehen. Nur soweit dem Bürgen bereits ein Regressrecht erwachsen ist, wird der Gläubiger der Anmeldung enthoben, nicht aber der Benachrichtigung, da diese gerade den Bürgen in den Stand setzen soll, alle seine Interessen im Konkurse zu wahren.

Soll das Eingaberecht des Mitverpflichteten ein wirksames sein, so muss er auch die Admittierung der Eingabe im Konkurse mit allen gesetzlichen Mitteln erzwingen können. Vor allem wird er also, wenn sein Recht nicht Illusion bleiben soll, vom Gläubiger verlangen können, dass dieser die Beweismittel der Konkursverwaltung zur Verfügung stelle.

Ihm wird auch die Abweisung der Forderung anzuzeigen sein, und er wird als zur Anhebung des Kollokationsstreites legitimiert gelten müssen. Die Kosten eines verlorenen Prozesses werden an ihm hängen bleiben, wenn sich nicht aus den Grundsätzen der negotiorum gestio etwas anderes im konkreten Fall ergeben sollte.

VI. Besondere Konsequenzen werden sich ferner ergeben, wenn entweder die Hauptforderung oder die Regressforderung pfandgesichert ist. Hat der Gemeinschuldner für seine Schuld ein Pfand bestellt, so wird man in Anwendung des Art. 217 das Pfand verwerten, den Erlös dem Gläubiger zuweisen und in die V. Klasse einen allfälligen Verlust, nicht im thatsächlichen Restbetrag, sondern in der Höhe der ursprünglichen Forderung, abzüglich des Pfanderlöses, aufnehmen. Der regressberechtigte Mitverpflichtete wird in den Erlös des Pfandes, welcher zum „Anteil" der Forderung im Konkurse gehört, nicht neben, sondern nach dem Gläubiger subrogiert.

Ist die Regressforderung vom Gemeinschuldner durch Pfand gesichert worden, so lässt sich fragen, ob nicht der Regress einfacher gleichzeitig mit der Hauptforderung dadurch zu liquidieren sei, dass man den Pfanderlös direkt dem Gläubiger zuweist, selbst für den Betrag, für welchen der Mitverpflichtete den Gläubiger noch nicht befriedigt hat. Damit wäre der Umweg vermieden, auf dem der Gläubiger zuerst den Mitverpflichteten und dieser den Gemeinschuldner fassen müsste. Dies erscheint jedoch nicht als zulässig. Ob in der Person des Mitverpflichteten eine Regressforderung entstehen wird, hängt von den Beziehungen sowohl zwischen ihm und dem Gläubiger, als zwischen ihm und dem Gemeinschuldner ab, welche sich oft erst nach der Feststellung der Forderungen im Kollokationsplan definitiv gestalten werden. Ausser den jeweiligen, aus besonderen persönlichen Verhältnissen herrührenden Einwendungen wegen Verrechnung, Verjährung etc. stehen dem Mitverpflichteten auch alle Einreden aus dem Solidar- oder Bürgschaftsverhältnis selbst zu, aus O. R. Art. 168[4], aus Art. 508 oder 510, wegen Verminderung

der Sicherheiten oder Entäusserung der Beweismittel oder wegen Unterlassung der Anzeige oder Anmeldung. In allen diesen Fällen würde der Gläubiger auf Kosten der übrigen eine Sicherheit erlangen, auf die er keinen Anspruch hat. Oder aber es kann der Regress in Wegfall kommen, vor allem dadurch, dass der Mitverpflichtete überhaupt gar nicht zahlen kann, oder dass er Einreden des Hauptschuldners unterlassen hat. Auch hier würde der Gläubiger auf Kosten der Masse in ungerechtfertigter Weise lukrieren. Vielmehr werden solche Pfänder separat zu liquidieren und, soweit ein Regressanspruch besteht, dem Mitverpflichteten deren Erlös auszuweisen sein, in welchem Falle nun freilich der Mitverpflichtete neben dem Gläubiger befriedigt wird. Ein Ueberschuss wird bis zur Höhe eines allfälligen späteren Regresses zu deponieren sein, bis die Bedingung erfüllt, d. h. der Gläubiger durch den Mitverpflichteten befriedigt sein wird.

In diesem Falle ist es also denkbar, dass das Schuldverhältnis in dreierlei Gestalt im Kollokationsplan figuriert. Erstens wird die volle Forderung des Gläubigers aufgenommen, zweitens für den Fall, dass die auf jene entfallende Dividende (inkl. Pfanderlös) einen Ueberschuss ergiebt, die schon bestehende Regressforderung, drittens, aber nur für den Fall, dass ein Pfandrecht hiefür bestellt wurde, die allfällig später entstehende Regressforderung des Mitverpflichteten. Im Effekt wird aber nur die ganze Forderung einmal berücksichtigt. War der Regress nicht pfandgesichert, so kann er nicht etwa für den noch unbezahlten Teil der Hauptforderung als bedingte Forderung im Sinne von Art. 210 kolloziert werden, denn er ist in der Eingabe des Gläubigers inbegriffen; der Regressberechtigte übt nur die Rechte des Gläubigers aus; dieselbe Forderung darf nur einmal im Konkurse auftreten; nur soweit ein selbständig in der Person des Regressberechtigten begründetes Recht auf abgesonderte Befriedigung besteht, ist sie bedingt zuzulassen.

VII. Schliesslich noch eine Frage, welche vom Kommentar von Brüstlein und Weber aufgeworfen und kurzer

Hand bejaht worden ist, nämlich: Findet der Art. 217 im Pfändungsverfahren Anwendung? Ein durchschlagendes Motiv für eine bejahende Antwort wäre doch wohl schwer zu finden. Einmal sind nach der ganzen Anlage des Gesetzes das Pfändungs- und das Konkursverfahren gesondert, jedes für sich abgeschlossen, behandelt. Nur eine einzige Bestimmung des Konkursrechtes, der Art. 219 über die Rangklassen, ist auf die Pfändung anwendbar erklärt worden. Dann aber, in welcher Weise soll die Anwendung gedacht werden? Dem Betreibungsbeamten steht keine Kognition über geleistete Teilzahlungen zu, er hat nur die einzelnen unbestrittenen Betreibungen vor sich und darf nicht von Amtes wegen besondere Schuldverhältnisse in der Verteilung der Erlöse berücksichtigen. Aber auch rein materiell kann von einer Anwendung der Grundsätze des Art. 217 ausserhalb des Konkursverfahrens keine Rede sein; denn wie alle übrigen Bestimmungen über die Wirkungen des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger hat er seinem ganzen Zwecke nach eben die allgemeine Liquidation, den Konkurs zur Voraussetzung. Nur die Generalexekution des Konkurses, bei welcher eine allgemeine Abrechnung über Aktiven und Passiven stattfindet, kann eine eigenartige Behandlung besonders gearteter Rechtsverhältnisse erfordern, nicht die Pfändung, bei welcher eine Insuffizienz des Vermögens oft gar nicht vorhanden sein wird, und wo der Zeitpunkt der Exekution und die Zusammengehörigkeit einzelner Gläubiger zu Gruppen zufällig ist und auch alle anderen Rechtsverhältnisse durchgängig vom Civilrecht beherrscht werden.