

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:	44 (1925)
Artikel:	Einige Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes
Autor:	Haab, Robert
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895900

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: 08.02.2026

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

Einige Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes.

Von Dr. Robert HAAB, Privatdozent in Bern.

Zu den am meisten und am härtesten kritisierten Schöpfungen der Bundesgesetzgebung gehört ohne Zweifel das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889. Seine über zwei Jahrzehnte sich erstreckende Entstehungsgeschichte¹⁾ stand unter dem Zeichen des Kampfes verschiedenartigster Rechtsanschauungen. Nur eine vermittelnde Lösung konnte Aussicht auf Erfolg haben, und auch sie wäre beinahe den Fährlichkeiten des Referendums zum Opfer gefallen, sprachen sich doch bei der Volksabstimmung vom 17. November 1889 244,317 Stimmberchtigte für, 217,921 gegen das Gesetz aus, so dass dieses nur mit einer kleinen Mehrheit von rund 25,000 Stimmen angenommen worden ist.²⁾ Unter diesen Umständen erscheint es keineswegs als erstaunlich, dass, nachdem das Gesetz kaum in Kraft getreten war, schon wieder seiner Revision gerufen wurde, sei es, dass man die Änderung einzelner Bestimmungen postulierte, sei es, dass man eine Reform des Gesetzeswerkes an Haupt und Gliedern als notwendig bezeichnete. Diese Revisionsbestrebungen sind keineswegs etwa bloss in rechtswissenschaftlichen Arbeiten, in Fachzeitschriften oder an den Versammlungen des schweizerischen Juristenvereins zutage getreten, der sich wiederholt mit vollstreckungsrechtlichen Fragen befasste,³⁾ sondern es vergeht

¹⁾ Vergl. darüber die Botschaft zum SchKG, BBl. 1886, II, S. 3 ff.

²⁾ BBl. 1889, IV, S. 1096.

³⁾ Z.schw.R., n. F., Bd. 12, S. 652 ff.; Bd. 20, S. 649 ff.; Bd. 25, S. 512 ff.; Bd. 26, S. 666 ff.; Bd. 30, S. 705 ff.

selten ein Jahr, ohne dass in der Bundesversammlung entweder bei der Debatte über den Geschäftsbericht des Bundesrates und des Bundesgerichtes⁴⁾ oder dann bei der Beratung von Gesetzesvorlagen, die mit dem Betreibungsrechte im Zusammenhange stehen, die Revisionsfrage zur Sprache gebracht wird.⁵⁾ Trotzdem hat der Gesetzgeber sich nur zur Vornahme einiger weniger Partialrevisionen entschliessen können. Im Jahre 1896 wurde die Oberaufsicht vom Bundesrate auf das Bundesgericht übertragen; im Zusammenhange mit dem Erlass des ZGB musste eine beträchtliche Anzahl von Bestimmungen zum Zwecke der Anpassung an das neue materielle Recht abgeändert werden; das Jahr 1920 brachte die Neuordnung der öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses; die Novelle vom 3. April 1924 endlich modifizierte die Bestimmungen über die amtliche Verwahrung (Art. 97), den Aufschub der Verwertung (Art. 123), die Einleitung des Nachlassverfahrens und schuf zugleich ein neues, eine Abart des Nachlassvertrages bildendes Rechtsinstitut, die sogenannte Notstundung (Art. 317 a bis 317 n).⁶⁾ Neben diesen eigentlichen Abänderungsgesetzen hat die Spezialgesetzgebung des Bundes, namentlich die Gesetzgebung über das private und das soziale Versicherungsrecht, die eidgenössische Steuergesetzgebung, die Post-, Eisenbahn- und Schiffahrtsgesetzgebung das Betreibungsgesetz teils ergänzt, teils modifiziert.⁷⁾ Weiter müssen unter dem Titel „Revision“ auch die zahlreichen

⁴⁾ Vergl. die Berichte der Geschäftsprüfungskommissionen der eidg. Räte BBl. 1892, III, S. 199 ff.; 1894, II, S. 747 ff.; 1899, III, S. 908; 1900, III, S. 206; 1902, III, S. 525; 1903, III, S. 133; 1910, III, S. 824; 1916, III, S. 105, 143.

⁵⁾ Vergl. z. B. Voten Holenstein und Häfliger, Sten. Bull. NR, Bd. 33, S. 193, 196.

⁶⁾ Vergl. dazu Kellerhals, Die Novelle zum Betreibungsgesetz SJZ Bd. 18, S. 57 ff.; Moesch, Die Notstundung, Diss. Zürich 1923.

⁷⁾ Die meisten dieser Gesetze sind abgedruckt bei Jaeger, Taschenausgabe des SchKG 1924, S. 135 ff.

Verordnungen⁸⁾ des Bundesgerichtes erwähnt werden; denn einzelne derselben haben sich nicht nur auf die Ausführung des Gesetzes beschränkt, sondern, wenn nicht contra, so doch mindestens praeter legem, neues Recht geschaffen, so dass auch durch sie der eine und der andere Revisionswunsch erfüllt worden ist.⁹⁾ Endlich ist pro memoria auch auf die auf den ausserordentlichen Vollmachten beruhende Kriegsgesetzgebung hinzuweisen, die zwar grossen Teiles aufgehoben oder dann durch die Novelle vom 3. April 1924 rezipiert worden ist; soweit sie heute noch in Geltung steht, ist beabsichtigt, einzelne Bestimmungen derselben ebenfalls in die ordentliche Bundesgesetzgebung überzuführen,¹⁰⁾ während andere auf Ende 1925 ausser Kraft treten werden.¹¹⁾ Wenn die oft als dringend bezeichnete Totalrevision des SchKG bis heute auf sich hat warten lassen, so sind hiefür verschiedene Ursachen massgebend. In den neunziger Jahren ist die postulierte Gesamtrevision mit vollem Rechte abgelehnt worden, weil damals die hiezu erforderlichen praktischen

⁸⁾ Ebenda S. 159—355.

⁹⁾ Dies gilt namentlich für die VO über die Zwangsverwertung von Grundstücken, vom 23. April 1920, durch die einzelne der von Kellerhals, Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet- und Pachtzinsforderungen, 1919 gemachten Anregungen verwirklicht worden sind.

¹⁰⁾ So die VO über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihenobligationen, vom 20. Februar 1918. Vergl. Art. 998 ff., E. II, eines Bundesgesetzes betr. Revision der Titel XXIV—XXXIII OR; ferner der BRB betr. Arrest und Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegenüber Vermögen fremder Staaten, vom 12. Juli 1918. Vergl. dazu BBl. 1923, I, S. 419 ff., Sten. Bull. St.R Bd. 33, S. 153 ff., NR Bd. 34, S. 134 ff. Ob die Ueberführung dieses BRB in die ordentliche Bundesgesetzgebung gelingen wird, ist zur Zeit noch zweifelhaft, da der Nationalrat beschlossen hat, auf die Vorlage des Bundesrates nicht einzutreten. Der Ständerat, dem die Priorität zustand, hat den Entwurf mit wenigen Änderungen angenommen und an seinem Beschluss festgehalten.

¹¹⁾ So die VO betr. das Pfandnachlassverfahren für Hotelgrundstücke, vom 18. Dezember 1920.

Erfahrungen noch nicht zu Gebote standen. Im ersten Jahrzehnte dieses Jahrhunderts war die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers ausschliesslich der Zivilrechtskodifikation zugewendet; übrigens wäre die Revision des SchKG in jenem Zeitpunkt auch nicht opportun gewesen, da das Vollstreckungsrecht in weitgehendem Masse vom materiellen Recht abhängig ist und dieses folglich den Vortritt haben musste. Das zweite Jahrzehnt versagte dem Gesetzgeber die Musse zu umfangreichen Arbeiten, galt es doch den dringenden Bedürfnissen der Gegenwart entgegenzukommen, denen gegenüber alle Zukunftspläne in den Hintergrund zu treten hatten. Auch heute stehen die Aussichten auf eine baldige Durchführung der Reform nicht günstig; denn es befindet sich zurzeit eine so grosse Zahl umfangreicher Gesetzesvorlagen teils im Stadium der Vorbereitung, teils im Stadium der parlamentarischen Beratung, dass die Anhandnahme der Gesamtrevision des SchKG als technisch nicht möglich erscheint.¹²⁾ Dies schliesst indessen nicht aus, dass jetzt schon die auf die Dauer nicht mehr aufschiebbare Neugestaltung unseres Betreibungs- und Konkursrechtes ins Auge gefasst und untersucht wird, welche Probleme dem Gesetzgeber sich stellen werden und welche Möglichkeiten für deren Lösung in Betracht kommen.¹³⁾

Bevor jedoch an das Gesetz die Sonde der Kritik angelegt und erörtert wird, was in unserem Vollstreckungswesen anders werden sollte, dürfte doch die Feststellung

¹²⁾ Vergl. Votum von Bundesrat Häberlin, Sten. Bull. NR Bd. 33, S. 197.

¹³⁾ Dagegen könnte und sollte jetzt schon die Betreibungs- und Konkursstatistik wieder aufgenommen werden; denn nur auf Grund statistischer Angaben lassen sich die wirtschaftlichen Konsequenzen des geltenden Gesetzes einwandfrei feststellen, und es bildet daher eine zuverlässige Statistik eine notwendige Grundlage für eine erfolgreiche Revision. Vergl. Wirminghaus, s. v. Konkursstatistik, HStW⁴, Bd. V, S. 852 ff.; ferner die Vorschläge von Wyler, Die schweiz. Betreibungs- und Konkursstatistik, Ztschr. f. schw. Statistik, Bd. 55, S. 23 ff.

angebracht sein, dass das SchKG erheblich besser ist als sein Ruf. Der Kritiker setzt sich nur allzu leicht über die ausserordentlichen Schwierigkeiten hinweg, mit denen jeder Vollstreckungsgesetzgeber zu kämpfen hat und je und je zu kämpfen haben wird. Die Interessen, die der Gesetzgeber miteinander zu vereinbaren hat und deren Durchsetzung und Schutz er in eine feste Form bringen soll — es sind dies nicht etwa nur die Interessen von Gläubiger und Schuldner, sondern auch die Interessen Dritter und nicht zuletzt diejenigen der Gesamtheit —, haben einen sich derart widersprechenden Inhalt, dass eine alle befriedigende Lösung ausserhalb der Macht menschlichen Könnens liegt. „De quelque façon que le législateur s'y prenne — sagt zutreffend Lyon-Caen¹⁴⁾ — il y aura toujours des victimes qui ne manquent pas de rendre la loi responsable de leurs maux.“¹⁵⁾ Zu diesen, mit der Schöpfung jedes Exekutionsgesetzes untrennbar verbundenen Schwierigkeiten kamen für den Bundesgesetzgeber noch verschiedene andere hinzu. Einmal nämlich darf nicht übersehen werden, dass es sich beim Erlass des SchKG nicht bloss darum handelte, ein einziges, schon vorhandenes Gesetz weiterzubilden, sondern dass es galt, für ein Gebiet mit 25 zum Teil von Grund auf verschiedenen Vollstreckungsordnungen ein einheitliches Recht zu schaffen, das, wollte es vor den Rechtsgenossen Gnade finden, eine mittlere Linie einzuhalten suchen musste; man wird dem Gesetze das Zeugnis nicht versagen dürfen, dass es sich dieser Aufgabe mit Geschick entledigt hat.¹⁶⁾ Weiter ist zu erwägen, dass das SchKG sich nicht an ein einheitliches Prozessverfahren mit einheitlicher Gerichtsorganisation anlehnen konnte, sondern mit 25 verschiedenen

¹⁴⁾ *Traité de Droit commercial (des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires)*, 4^e éd. t. VII^e, p. 79.

¹⁵⁾ Vergl. auch die geistreichen Ausführungen bei Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses*, 1900, S. 17 f.

¹⁶⁾ Thaller, *Les faillites en droit comparé*, 1887, t. I^{er}, p. 104.

Gesetzen den Zusammenhang herzustellen genötigt war. Wenn auch hier einzelne Unebenheiten vorhanden sind, so hat sich doch die dem SchKG gegenüber ausgesprochene Befürchtung Thallers¹⁷⁾ nicht bewahrheitet, „qu'une loi de faillite construite en dehors d'une conception d'ensemble sur la hiérarchie judiciaire et sur le rituel processif a l'air d'un édifice bâti en l'air et sans fondations“. Endlich war das schon als kaum lösbar bezeichnete¹⁸⁾ Problem zu lösen, der Vereinheitlichung des Familien- und des Immobiliarsachenrechtes vorgängig ein einheitliches Vollstreckungsverfahren auszubilden. Vergleicht man das SchKG mit den Exekutionsgesetzen der uns umgebenden Staaten, so ergibt sich, dass es ihnen während langer Zeit zum mindesten ebenbürtig war. So hat es sich entgegen der Ende des vorigen Jahrhunderts weit verbreiteten Lehre¹⁹⁾ mit Bestimmtheit zu der heute mehr und mehr sich durchringenden Auffassung²⁰⁾ bekannt, dass die Vollstreckung ihre Quelle nicht im Privatrechte des Gläubigers, sondern in der staatlichen Macht besitzt, so dass das Postulat, das Stein²¹⁾ für eine neue deutsche Zivilprozessordnung aufstellt, es gelte vor allem, die Vollstreckung als reine Staatshandlung aufzufassen und durchzuführen und aus der Mobiliarexekution den Pandektengeist zu vertreiben, bei uns schon längst erfüllt ist. Es hat ferner, den meisten Gesetzgebungen des Kontinentes vorausseilend, den Nachlassvertrag ausser Konkurs anerkannt, der in Deutschland, Frankreich und Österreich erst in jüngster Zeit

¹⁷⁾ Ebenda p. 79.

¹⁸⁾ Nussbaum, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1916, S. 7.

¹⁹⁾ Schultze, Privatrecht und Prozess in ihren Wechselbeziehungen, 1883, S. 64 ff.

²⁰⁾ So z. B. Binding, Die Normen, 2. Aufl., Bd. I, S. 486; Schmidt, Lehrbuch 2. Aufl., S. 876; Hellwig-Oertmann, System des deutschen Zivilprozessrechtes, Bd. II, 1919, S. 139 ff. u. a.

²¹⁾ Stein, Zivilprozess (Gesetzesreform), 1922, S. 80.

Rechtens geworden ist.²²⁾ Es hat von Anfang an in der Immobiliar- und in der Mobiliarvollstreckung das Dekkungsprinzip durchgeführt, das auch heute noch dem französischen Rechte überhaupt unbekannt ist²³⁾ und in Deutschland nur für die Grundstücks vollstreckung gilt.²⁴⁾ Diese wenigen Hinweise mögen genügen, um dem Gesetze und seinen Schöpfern die Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, die ihnen gebührt.²⁵⁾ Dass in andern Richtungen unser Betreibungsrecht nicht befriedigt, soll im folgenden darzutun versucht werden, ohne dass freilich irgendwie auf Vollständigkeit Anspruch erhoben wird; denn der vorliegende Aufsatz setzt sich lediglich die Aufgabe, einzelne Fragen hervorzuheben und zur Diskussion zu stellen.

I. Äussere Gestalt des Gesetzes.

Der erste Programmpunkt für eine Reform unseres Vollstreckungsrechtes ist formeller, gesetzestehnischer Natur. Das SchKG zeichnet sich aus durch seine ausserordentliche Kürze; am rein äusseren Umfange gemessen zählt es kaum halb so viele Artikel, wie die Vollstreckungsgesetze des Auslandes. Wichtige und komplizierte Materien, wie die Immobiliarexekution und die Forderungspfändung, werden mit wenigen Bestimmungen abgetan; die keineswegs leichte Frage der Pfändung und Verwer-

²²⁾ Vergl. die deutsche VO über die Geschäftsaufsicht, vom 14. Dezember 1916, 8. Februar und 14. Juni 1924, die französische loi relative à l'institution d'un règlement transactionnel, vom 2. Juli 1919, und die österr. Ausgleichsordnung vom 15. November 1914. Vergl. dazu E. Jäger, Die Geschäftsaufsicht, 1917; Coulet und Le Pelletier, Le règlement transactionnel, 1919; Trasbot, Le règlement transactionnel, 1922; Bartsch und Pollak, Kommentar zur österreichischen Konkurs- und Ausgleichsordnung, Bd. II, 1917.

²³⁾ Art. 624, 717 C.pr.civ.

²⁴⁾ §§ 814 ff. ZPO; § 44 ZVG.

²⁵⁾ So bezeichnet z. B. E. Jäger, Der Vergleich zur Abwendung des Konkurses, DJZ Bd. 10, S. 757, das SchKG als „eines der besten und modernsten Gesetze des Auslandes“.

tung von Miteigentumsquoten und von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen wird überhaupt nicht geordnet, sondern vertrauensvoll der Entscheidung der Aufsichtsbehörde anheimgegeben (Art. 132 SchKG). Die Folge hievon ist die, dass im Betreibungs- und Konkurswesen der Rechtsprechung eine Bedeutung zukommt, wie kaum auf einem anderen Rechtsgebiete. Für denjenigen, der das Vollstreckungsrecht anzuwenden berufen ist, vermag die Gesetzeskenntnis allein nicht zu genügen; er muss, will er vor Schaden bewahrt werden, auch in der infolge der mehr denn drei Jahrzehnte währenden Geltungsdauer des Gesetzes sehr umfangreich gewordenen Praxis zu Hause sein, die zudem dem Gesetze gegenüber häufig eine sehr souveräne Stellung eingenommen hat.²⁶⁾ Die eidgenössische Oberaufsichtsbehörde hat diese Verhältnisse klar erkannt und Abhilfe zu schaffen sich bemüht. Sie hat in Ausführung von Art. 15 SchKG eine grosse Anzahl von Kreisschreiben und Verordnungen erlassen, welche sich die Abklärung der bestehenden Kontroversen und die Ausfüllung der vorhandenen Lücken zum Ziele setzen. Diese Erlasse des Bundesgerichtes beschränken sich indessen nicht auf eine blosse Kodifikation der Praxis; sie schaffen vielmehr oft neues Recht, das seine eigenen Wege geht. Obschon diese Verordnungen und Kreisschreiben inhaltlich auf einer sehr hohen Stufe stehen und vom Standpunkte des „richtigen Rechtes“ aus betrachtet zur Kritik nur wenig Anlass bieten, so hat sich doch infolge ihrer Zahl und ihres Umfanges nach und nach ein Zustand herausgebildet, der zu denken gibt. Infolge der bestehenden Hypertrophie von Rechtsquellen — zu den bereits genannten gesellen

²⁶⁾ Vergl. z. B. BGE 37, I, Nr. 95; 48, III, Nr. 14; 49, III, Nr. 25, und dazu ZR 13, Nr. 148, wo ausgeführt wird: „Die Bedenken können nicht verhehlt werden, die dagegen sprechen, eine Präklusivfrist durch blosse Praxis der Aufsichtsbehörde einzuführen; denn es ist den Privaten doch wohl zu viel zugemutet, wenn man von ihnen nicht nur die Kenntnis der Gesetze, sondern auch noch der jeweils geltenden Praxis des Bundesgerichtes verlangt.“

sich hinzu die Spezialgesetze des Bundes, die kantonalen Einführungsgesetze und womöglich noch umfangreiche kantonale Anweisungen²⁷⁾ — findet sich nicht nur derjenige, der sich bloss ab und zu mit dem Vollstreckungsrecht zu befassen hat, darin nicht mehr zurecht, vielmehr lehrt die Erfahrung, dass einzelne Verordnungen und Kreisschreiben bei manchen Betreibungsämtern toter Buchstabe geblieben sind.²⁸⁾ Abgesehen davon, dass diese, sei es bewusste, sei es auf Unkenntnis beruhende Nichtanwendung bestehenden Rechtes, mag sie auch, da die meisten Betreibungsbeamten Laien sind, menschlich oft entschuldbar sein, bedenklich ist, weil infolgedessen die Autorität der Rechtsordnung Schaden leidet, so haben die geschilderten Verhältnisse dazu geführt, dass das Vollstreckungsrecht jede Volkstümlichkeit verloren hat und auch der Jurist ihm nur mit Unbehagen entgegentritt.

Selbst wenn daher inhaltlich an unserem Vollstreckungsrechte, als Ganzes betrachtet, nichts auszusetzen wäre, so würde sich auf die Dauer aus rein gesetzestechischen Erwägungen eine Revision nicht vermeiden lassen, deren Aufgabe darin zu bestehen hätte, eine Vollstreckungsordnung aus einem Gusse zu schaffen, die erheblich ausführlicher sein müsste, als das geltende Gesetz. Mit diesem Postulate auf grössere Ausführlichkeit soll selbstverständlich nicht der überwundenen Gesetzestechnik des preussischen Allgemeinen Landrechtes, „das in übertriebener Kasuistik die Kontroversen im voraus abschneiden und in mechanischer Auffassung des Rechts-

²⁷⁾ Vergl. z. B. die Anweisung des zürcherischen Obergerichtes, vom 30. Dezember 1915, mit 272 Paragraphen.

²⁸⁾ Vergl. Rechenschaftsbericht des Obergerichtes Zürich über das Jahr 1923, S. 36: „Nicht selten sind endlich die Ämter, welche die Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken teilweise oder gänzlich ignorieren.“ Eine wesentliche Erleichterung schafft nunmehr die von Bundesrichter Jaeger herausgegebene Taschenausgabe (Zürich 1924), die durch Verweisungen den Zusammenhang zwischen dem Gesetze und den andern Quellen herstellt.

lebens der freien Bewegung von Wissenschaft und Praxis die engsten Grenzen zu ziehen suchte,²⁹⁾ das Wort geredet werden; denn mehr als je verdient in unserer gesetzesfreudigen Zeit der Ausspruch von Celsus³⁰⁾ beherzigt zu werden: „Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur, nam ad ea potius debet aptari ius quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt.“ Andererseits wäre es aber auch verfehlt, damit exemplifizieren zu wollen, dass die Kürze des Zivilgesetzbuches in der Praxis sich bewährt habe; denn was für die Formulierung des materiellen Rechtes gilt, darf nicht ohne weiteres auf das Verfahrensrecht ausgedehnt werden. So richtig es ist, dem Richter hinsichtlich der materiellen Entscheidung einen grossen Spielraum zu gewähren, so soll andererseits das Verfahren, in dem er das gefundene Recht zu vollziehen hat, um der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit willen seinem Ermessen entzogen und ihm durch das Gesetz vorgezeichnet sein. Es liegt auf der Hand, dass auch nach vollzogener Reform die Verordnungen nicht entbehrt werden können; im Gegenteil; alles was sich als blosse Dienstanweisung darstellt, gehört nicht in das Gesetz, sondern in administrative Ausführungsverlasse. Dagegen sollen diejenigen Rechtssätze, die sich ausser an das Vollstreckungsorgan auch an Gläubiger und Schuldner und an die beteiligten Dritten wenden, im Gesetze festgelegt werden. Der praktische Erfolg eines neuen Betreibungsgesetzes wird ganz wesentlich durch die Art und Weise der gesetzestehnischen Lösung bedingt sein; denn das neue Gesetz wird ebensosehr nach der *elegantia iuris*, wie nach der *aequitas rei* beurteilt werden.³¹⁾

²⁹⁾ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 74; ähnlich Eneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. I, S. 20.

³⁰⁾ L 4 und 5 D de legibus 1, 3.

³¹⁾ Über die Bedeutung der Form vergl. bes. Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung, 1904, S. 14 ff.

II. Vermehrte Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen.

In seiner materiellen Ausgestaltung beruht das Gesetz ganz auf dem Gedanken der Rechtsverfolgung durch den einzelnen Gläubiger, ohne dabei freilich, wie das alte Recht es getan hatte und „das geistvolle Aperçu vom Kampf ums Recht, das uns so lange geblendet hat,“³²⁾ es fordert, das Interesse des Gläubigers in den Vordergrund zu stellen, aber doch so, dass es die Vollstreckung im wesentlichen als eine zwischen Gläubiger und Schuldner auszutragende Angelegenheit betrachtet. Selbstverständlich wird die Durchsetzung des konkreten materiellen Rechtes stets der primäre Zweck jedes Vollstreckungsgesetzes sein und bleiben. Allein bei der Entscheidung über die Art und Weise, wie dies zu geschehen hat, darf der Gesetzgeber Gläubiger und Schuldner nicht als isolierte Individuen betrachten; er muss dessen eingedenk sein, dass beide Glieder einer Gemeinschaft sind, dass das in der Vollstreckung befangene Rechtsverhältnis nicht das einzige ist, in dem Gläubiger und Schuldner stehen, und dass auch denjenigen, die von dem Verfahren nicht unmittelbar betroffen werden, in ihrer Eigenschaft als Glieder der Volkswirtschaft, der die Verfahrensparteien angehören, nicht gleichgültig sein kann, wie und mit welchen Mitteln die Vollstreckung im einzelnen Falle geschieht. Er muss daher, ohne Gläubiger und Schuldner zu vernachlässigen, auch auf die allgemeinen wirtschaftlichen Auswirkungen des Verfahrens sein Augenmerk richten; denn „die Exekution ist niemals reine Privatsache oder Parteiangelegenheit; jedes Exekutionsverfahren — und wären seine Dimensionen noch so unscheinbar — berührt immer auch das Gesamtinteresse, und zwar ganz nahe“.³³⁾ Eine voll-

³²⁾ Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, Jahrbuch der Gehe-Stiftung, Bd. 8, S. 86.

³³⁾ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage der österr. Exekutionsordnung, abgedruckt bei Schauer, Exekutionsordnung, 1896, S. 103.

streckungsrechtliche Norm mag im einzelnen Falle als die vollkommenste Lösung des Konfliktes zwischen Gläubiger und Schuldner erscheinen, so ist sie doch verfehlt, wenn sie in ihren über den konkreten Fall hinausgehenden Konsequenzen den volkswirtschaftlichen Interessen nicht genügend Rechnung trägt, indem sie, sei es den gesunden Kredit zerstört, sei es den ungesunden Kredit fördert oder sozialpolitisch nicht haltbar ist.³⁴⁾ Der Erlass eines Vollstreckungsgesetzes ist, obschon das Betreibungs- und Konkursrecht dem formellen Rechte angehört, keine Aufgabe rein juristischer Natur, sondern ein wichtiges Stück Wirtschafts- und Sozialpolitik.

Im folgenden soll nunmehr untersucht werden, inwiefern solchen, ausserhalb des eigentlichen Vollstreckungszweckes gelegenen Erwägungen Raum zu geben ist.

1. Vollstreckungssystem.

I. Eine nach vorwiegend wirtschaftlichen Erwägungen zu beurteilende Frage ist diejenige des Vollstreckungssystems. In dieser Hinsicht sind denn auch schon verschiedene Revisionsbegehren laut geworden. Die Kritik richtet sich vor allem gegen das Gruppensystem, dem allzu grosse Kompliziertheit vorgeworfen wird. Es würde indessen ökonomischen Überlegungen direkt zuwiderlaufen, wenn man auf der Basis des geltenden Rechtes einfach die Gruppenpfändung fallen lassen und damit den Grundsatz „prior tempore, potior iure“ in seiner reinsten Form proklamieren wollte. Behält man das Vollstreckungssystem des SchKG bei, so kann nicht eine Eliminierung, sondern nur eine Reform der Gruppenpfändung in Frage kommen, dadurch beispielsweise, dass man die Verlängerung der Anschlussfrist für die privilegierten Gläubiger beseitigt, um damit die Schwierigkeiten zu beheben, die dann entstehen, wenn vor dem Ablaufe der für den privi-

³⁴⁾ Vergl. auch Schmidt, Allgemeine Staatslehre, 1901, Bd. I, S. 179.

legierten Anschluss an die erste Gruppe laufenden Frist schon eine zweite Gruppe sich gebildet hat,³⁵⁾ und auch nicht betreibenden Gläubigern die Teilnahme mit dem Rechte provisorischer Pfändung gestattet, damit der Schuldner nicht mehr, wie heute, es in der Hand hat, durch trölerischen Rechtsvorschlag einzelne Gläubiger hintanzuhalten und von der Teilnahme auszuschliessen.³⁶⁾ Unter Umständen wäre auch zu prüfen, ob sich nicht eine Verlängerung der Teilnahmefrist und damit die Annäherung an das französische System der *distribution par contribution*³⁷⁾ rechtfertigt.³⁸⁾ Dazu soll indessen nicht Stellung genommen werden; denn es fragt sich, ob überhaupt das geltende System beizubehalten ist. Der Gesetzgeber steht heute dieser Frage ganz anders gegenüber, als dies vor vierzig Jahren der Fall war; er kann sie heute nach rein objektiven Erwägungen beurteilen, während er damals mit vielen Imponderabilien zu rechnen hatte und darnach trachten musste, dass jeder Kanton in dem neuen Gesetze einige Gedanken seines alten Rechtes wiederfinde.

II. 1. Von den verschiedenen Vollstreckungssystemen fallen de lege ferenda das reine Pfändungs-³⁹⁾ und das reine

³⁵⁾ Vergl. dazu Curti, Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung, 1894, S. 90; Jaeger, N. 6 zu Art. 110; A. M. Ott, Die privilegierte Anschlusspfändung, Z.schw.R. n. F., Bd. 37, S. 323/24, und gegen Ott Jaeger, Praxis, Bd. II, N. 6 zu Art. 110.

³⁶⁾ Brüstlein, Das SchKG im Lichte der Erfahrung A Bd. 4, S. 383; Curti, S. 74/76.

³⁷⁾ Art. 656 ss. C.pr.civ. César-Bru, Théorie et pratique des voies d'exécutions, 1909, p. 514 ss.; Cuché, Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution, 1913, p. 435 ss.; Garsonnet-Josserand, Traité élémentaire des voies d'exécution, 1920, p. 412 ss.

³⁸⁾ So Curti, S. 77, 125.

³⁹⁾ Dieses war das System des alten deutschen Rechtes, vergl. Kohler, Leitfaden des Konkursrechtes, 1903, S. 29; Seuffert, Konkursprozessrecht, 1899, S. 10; Hellmann, Lehrbuch des Konkursrechtes, 1907, S. 53 ff.; v. Wyss, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, Z.schw.R., a. F., Bd. 7, S. 3 ff.

Konkurssystem⁴⁰⁾ ausser Betracht. Das erstere, welches für das auf der Naturalwirtschaft beruhende frühe Mittelalter annehmbar sein möchte, ist für die moderne Verkehrs- und Kreditwirtschaft nicht denkbar. Nicht nur verletzt es den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger, sondern es vereitelt auch die Gewährung von langfristigen, ungedeckten Krediten. Es hat zudem den weiteren Nachteil, dass es dem Schuldner, indem es ihn Einzelexekutionen ohne Ende aussetzt, die Wiederaufrichtung seiner wirtschaftlichen Existenz unmöglich macht.⁴¹⁾ Was das reine Konkurssystem anlangt, so dürfte es trotz der glänzenden Verteidigung, die es in Heuslers Motiven⁴²⁾ gefunden hat, ebenfalls abzulehnen sein. Wohl ist ihm zuzugeben, dass es zur Hebung des gesunden Kredites beiträgt. Andererseits ist jedoch zu erwägen, dass nicht jeder, der eine Forderung nicht begleicht, im *status eridae* sich befindet, der eine Generalliquidation als angezeigt erscheinen lässt. Wenn je, so gilt hier das Wort, dass allzu scharf schartig macht; denn der Konkurs ist „ein schlimmer Wertzerstörer“;⁴³⁾ er muss daher auf diejenigen Fälle eingeschränkt werden, wo die Vermögensverhältnisse des Schuldners so beschaffen sind, dass die weitere Gestattung der Einzelrechtsverfolgung mit den Interessen der Gläubigergesamtheit nicht vereinbar wäre. Solange aber die Spezialexekution ohne Nachteile für die übrigen Gläubiger durchgeführt werden kann, liegt kein Grund vor, sie auszuschliessen, sondern es ist im Gegenteil auch den nicht betreibenden Gläubigern gedient, wenn die mit dem Konkurse notwendig verbundene Werteinbusse vermieden

⁴⁰⁾ So z. B. Luzern. Vergl. dazu Jost Weber, Luzern und sein Betreibungssystem auf Konkurs; Weibel, Das Luzerner Betreibungssystem auf Konkurs, Z.schw.R., n. F., Bd. 2, S. 68 ff.

⁴¹⁾ Vergl. auch Oberer, Welches System der Schuldbetreibung hat die grösseren Vorzüge? Ztschr. Gesgebg. u. Rpfl., Bd. 5, S. 237 ff.

⁴²⁾ Erster Entwurf z. SchKG mit Motiven, 1874, S. 68 ff.

⁴³⁾ E. Jäger, Keime künftiger Rechtsentwicklung im Kriegskonkursrechte, ZZP, Bd. 48, S. 141.

wird.⁴⁴⁾ So ist denn auch in der modernen Gesetzgebung nirgends das reine Pfändungs- oder Konkurssystem anerkannt; vielmehr sucht diese durchweg die beiden Systeme miteinander zu verbinden, was allerdings in ganz verschiedener Weise möglich ist. Zunächst kann darauf abgestellt werden, ob der Schuldner Kaufmann ist oder nicht, wobei wiederum verschiedene Modalitäten denkbar sind. Das schweizerische Recht kombiniert bekanntlich die beiden Systeme in der Weise, dass die Exekution gegen den Kaufmann⁴⁵⁾ — pfandversicherte und öffentlichrechtliche Forderungen ausgenommen — zum Konkurse führt, der Nichtkaufmann dagegen grundsätzlich der Spezialexekution unterliegt, wobei freilich auch über ihn unter gewissen Voraussetzungen der Konkurs erkannt werden kann. Das französische Recht⁴⁶⁾ andererseits kennt für den Nichtkaufmann überhaupt nur die Spezialexekution; auch im Falle der „déconfiture“ findet eine konkursmässige Erledigung nicht statt und kann gar nicht stattfinden,⁴⁷⁾ während der Kaufmann, solange eine „cessation des payements“ nicht erfolgt ist, durch Einzelexekution verfolgt wird, dagegen, sobald er seine Zahlungen einstellt, in Konkurs erklärt werden kann (art. 437 C.com.). Eine

⁴⁴⁾ Vergl. gegen das Konkurssystem de Seigneux, Referat zum Juristentag, 1876, S. 29 ff.; Grivet, Das Bundesgesetz betreffend die Schuldbetreibung, 1882; Oberer, a. a. O., S. 241ff.; Grenier, Ztschr. Gesgebg. u. Rpfl., Bd. 5, S. 375; Percerou, Faillites et banqueroutes, 1907, t. I^{er}, p. 144 ss.; Thaller, l. c. t. I^{er}, p. 200.

⁴⁵⁾ Wenigstens kommt es praktisch darauf hinaus, da von der Möglichkeit der Eintragung in das Register B sozusagen kein Gebrauch gemacht wird. Die im Register B Eingetragenen sind zum grossen Teil Konkursiten, die dadurch, dass sie sich eintragen lassen und sich so der Konkursbetreibung unterstellen, die Gläubiger von der Eintreibung ihrer Verlustscheinforderungen abschrecken wollen.

⁴⁶⁾ Und die darauf beruhenden Rechte, aufgezählt bei E. Jäger, Kommentar zur KO, 1916, Bd. I, S. 31/32.

⁴⁷⁾ Percerou, t. I^{er}, p. 131 ss.; Lyon-Caen, t. VII^e, p. 31 ss.

weitere Gruppe von Rechten betrachtet die Kaufmannseigenschaft des Kridars insofern als massgebend, als zwar Kaufmann und Nichtkaufmann auf dem Wege der General- und der Spezialexekution verfolgt werden können, hinsichtlich der Konkursvoraussetzungen und des Konkursverfahrens dagegen einige Unterschiede zwischen dem kaufmännischen und dem nichtkaufmännischen Konkurse vorgesehen werden (Rechte mit sog. zwiespältigem Konkursverfahren).⁴⁸⁾ Das deutsche und das österreichische Recht endlich messen der Kaufmannsqualität überhaupt keine Bedeutung bei, sondern lassen gegen den Kaufmann und gegen den Nichtkaufmann die Spezial- und die Generalexekution zu, diese dann, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist.

Die Spezialexekution als solche ist mit Bezug auf das gegenseitige Verhältnis zwischen den Gläubigern in diesen gemischten Systemen verschieden gestaltet. Bald wird dem Grundsätze prior tempore, potior iure unbedingt gehuldigt (§ 804 RZPO, §§ 256 ff. österr. ExO), bald wird er dahin abgeschwächt, dass während einer gewissen Frist der Anschluss möglich ist (Art. 110/111 SchKG), bald werden bis zur Verteilung alle Gläubiger fälliger Forderungen als zur Teilnahme am Erlöse berechtigt erklärt (art. 656 ss. C.pr.civ.). Ebenso vielgestaltig ist das Verhältnis der zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht beendigten Einzelvollstreckung zum Konkurse geordnet. Das deutsche Recht gewährt dem Pfändungsgläubiger, wann immer für ihn gepfändet worden sein mag, im Konkurse ein Absonderungsrecht (§ 49, Ziff. 2 KO); das österreichische Recht stellt darauf ab, ob die Pfändung früher oder später als 60 Tage vor der Konkurseröffnung stattgefunden hat, indem im letzteren Falle das Absonderungsrecht erlischt (§ 12 KO). Das schweizerische und das französische Recht endlich gewähren dem

⁴⁸⁾ So Norwegen, Dänemark u. a. m.; ebenso auch das alte österreichische Recht; vergl. E. Jäger, Bd. I, S. 32 f.

Pfändungsgläubiger gar keine Vorzugsstellung (Art. 199 SchKG; art. 656 ss. C.pr.civ.; art. 2093 C.civ.).

Soll das dem SchKG zugrunde liegende Vollstreckungssystem überhaupt geändert werden, so kann jedenfalls das französische Recht als Vorbild nicht in Frage kommen. Man hat die darin vorgesehene Differenzierung zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann mit den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs, namentlich damit zu rechtfertigen versucht, dass zwischen dem „kaufmännischen“ und dem „zivilen“ Kredit ein grundsätzlicher Unterschied bestehe, der in der vollstreckungsrechtlichen Stellung des Schuldners zum Ausdrucke kommen müsse. Ein weiteres Argument geht dahin, dass der Ausschluss des nichtkaufmännischen Konkurses als geboten erscheine, um zu vermeiden, dass Personen, die nicht um ihres Berufes willen mit fremdem Geld zu arbeiten genötigt seien, der Kredit allzu leicht zugänglich gemacht werde.⁴⁹⁾ Diese Überlegungen sind nicht stichhaltig. Zunächst ist jedenfalls die Unterscheidung zwischen dem kaufmännischen und dem nichtkaufmännischen Kredit nicht begründet, und ebenso ist der Gedanke nicht zutreffend, dass kein Bedürfnis für die Anerkennung des Konkurses über einen non-commerçant bestehe; denn auch er ist unter Umständen zur Befriedigung legitimer Interessen genötigt, Kredit in Anspruch zu nehmen; auch seine Vermögensverhältnisse können sich so gestalten, dass das öffentliche Interesse die Generalliquidation verlangt.⁵⁰⁾ So sind denn auch in Frankreich schon seit längerer Zeit Bestrebungen im Gange, welche auf eine Systemänderung abzielen, sei es in der Weise, dass

⁴⁹⁾ Thomas, Etudes sur la faillite, 1880, p. 2 ss.; Thaller, t. I^{er}, p. 127 ss.; Percerou, t. I^{er}, p. 137; de Seigneux, p. 28/29; Grenier, S. 376 ff.

⁵⁰⁾ Vergl. dazu E. Jäger, Die Konkursordnung, 1879/1904, ein Rückblick und Ausblick, DJZ Bd. 9, S. 908; Bericht der vom Regierungsrate des Kantons Bern eingesetzten Kommission betr. den Entwurf eines SchKG, 1874, S. 13; Heusler, Motive, S. 54 ff.; Oberer, S. 234 f., sowie die in N. 51 zitierten Autoren.

man die Faillite, wie im deutschen und im österreichischen Rechte, auch auf den Nichtkaufmann ausdehnt, sei es derart, dass zum mindesten eine Organisation der déconfiture, d. h. ein besonderes Konkursverfahren für Nichtkaufleute geschaffen wird.⁵¹⁾ Kommt nach dem Gesagten für uns das französische System nicht in Betracht, so wird andererseits ernstlich geprüft werden müssen, ob nicht das deutsch-österreichische System oder das System des zwiespältigen Konkursverfahrens angenommen werden sollte. Dies ist im Interesse eines wirtschaftlich rationellen Vollstreckungsbetriebes zu bejahen. Das geltende schweizerische System lässt sich überhaupt nur aus den zur Zeit der Entstehung des SchKG gegebenen Verhältnissen, d. h. als Kompromisslösung erklären. Objektiv kann es wohl kaum gerechtfertigt werden.⁵²⁾ Abgesehen davon, dass die darin zum Ausdrucke kommende Differenzierung zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann den Grundgedanken des schweizerischen materiellen Rechtes nicht entspricht, indem das OR, mehr als irgend eine andere geltende Rechtsordnung, das kaufmännische Sonderrecht zugunsten des gemeinen Rechtes zurückgedrängt hat und daher die logische Fortbildung der im OR niedergelegten Gedanken auch zu einer vollstreckungsrechtlichen Gleichstellung des Kaufmannes und des Nichtkaufmannes hätte führen sollen, so sind gegen dasselbe, vom Stand-

⁵¹⁾ Percerou, t. I^{er}, p. 137 ss.; Lyon-Caen, t. VII^e, p. 36s.; Thaller, t. I^{er}, p. 130 ss., 157 ss.; Pascaud, De l'organisation de la faillite et de la liquidation judiciaire des non-commerçants, Rev. gén. dr., t. XVII^e, p. 481 ss.

⁵²⁾ Vergl. aber die überaus geschickte und geistreiche Verteidigung des Systems bei Brüstlein, Die Grundzüge des Entwurfes eines eidg. Betreibungs- und Konkursgesetzes, 1888; ebenso Leo Weber, Zur Kritik über das SchKG, 1889; dagegen jedoch Thaller, t. I^{er}, p. 180, 201, ferner auch Farbstein, Zur Reform des Konkursrechtes, Bl. f. Wirtsch. u. Soz.pol. Bd. 6, S. 363/64, dessen Vorschlag, dass die Konkurseröffnung nur stattfinden soll, wenn die in Betreibung gesetzte Forderung mehr als Fr. 2000.— beträgt, allerdings auch nicht annehmbar ist.

punkte der Vollstreckung aus betrachtet, alle Einwendungen zu erheben, die gegenüber dem reinen Pfändungs- und dem reinen Konkurssystem und gegenüber dem französischen Rechte geltend gemacht worden sind. Es lässt sich daher bloss die Frage aufwerfen, ob der Kaufmannseigenschaft des Schuldners, wie das System des zwiespältigen Konkursverfahrens es tut, insofern Rechnung zu tragen ist, als besondere Konkursgründe und besondere Verfahrensnormen für den nichtkaufmännischen Konkurs vorgesehen werden. Dies ist indessen zu verneinen. Was die Konkursgründe anlangt, so fehlt jeder innere Grund für eine Differenzierung; denn der Zeitpunkt, von dem an im Interesse der Gleichbehandlung der Gläubiger die Einzelrechtsverfolgung als nicht mehr statthaft erscheint, kann nicht verschieden sein, je nachdem der Schuldner Kaufmann ist oder nicht.⁵³⁾ Die besondere Ausgestaltung des Verfahrens je nach der Eigenschaft des Schuldners entbehrt ebenfalls der Rechtfertigung. Wohl wird es auch de lege ferenda zweckmäßig sein, nach dem Vorbilde des geltenden Rechtes ein ordentliches und ein summarisches Verfahren zu schaffen. Welches dieser beiden Verfahren im konkreten Falle einzuschlagen ist, kann sich aber nicht nach der Person des Schuldners, sondern nur nach der vorhandenen Masse beurteilen.⁵⁴⁾ Das de lege ferenda zu stellende Postulat geht demnach dahin, dass Kaufmann und Nichtkaufmann einander gleichzustellen sind. Die Folge hievon ist natürlich die, dass der im geltenden Rechte

⁵³⁾ A. M. Thaller, t. I^{er}, p. 153 f. Dagegen ist zu bemerken, dass Österreich bei der Konkursreform, weil sich das alte Recht nicht bewährt hatte, die besonderen Konkursgründe für Kaufleute hat fallen lassen; vergl. Rintelen, Handbuch des österr. Konkursrechtes, 1915, S. 32.

⁵⁴⁾ A. M. Thaller, t. II^e, p. 208. Dagegen ist auf § 169 ff. österr. KO zu verweisen, wodurch ein besonderes Verfahren für „geringfügige Konkurse“ (Masse von weniger als 5000 Kr.) geschaffen wurde; vergl. auch das italienische Gesetz vom 24. Mai 1903 über die „piccoli fallimenti“, Handelsgesetze des Erdballs, Italien, S. 175 ff.

anerkannte formelle Konkursgrund der erfolgreichen Durchführung des Einleitungsverfahrens verschwindet. Dies ist indessen nur zu begrüßen; denn es hat etwas ungemein Stossendes und erscheint auch wirtschaftlich als bedenklich, wenn über das Vermögen des Schuldners, ohne dass geprüft wird, ob der *status cridae* wirklich vorliegt, auf die blosse Vermutung der Insolvenz hin, das Konkursverfahren mit allen seinen Konsequenzen eröffnet werden muss. Richtigerweise soll dieser tiefste Eingriff in die Privatrechtssphäre des Einzelnen nur dann stattfinden können, wenn materielle Gründe es verlangen.⁵⁵⁾

2 a. Entschliesst man sich zur Annahme dieses Systems, so ist zu der weiteren Frage Stellung zu nehmen, wann der Zeitpunkt gekommen ist, wo im Interesse der Gläubigergesamtheit die Einzelrechtsverfolgung der sozialen Rechtsverfolgung weichen muss, m. a. W. welche Tatbestände materielle Konkursgründe bilden sollen. Als solche kommen in Betracht die Überschuldung,⁵⁶⁾ die Zahlungsunfähigkeit⁵⁷⁾ und die Zahlungseinstellung.⁵⁸⁾ Überschuldung (Insuffizienz) liegt vor, wenn die Passiven die Aktiven übersteigen. Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) ist gegeben, wenn der Schuldner

⁵⁵⁾ Ebenso Bachmann, Die Grundzüge des Entwurfes eines Betreibungsgesetzes, 1887, S. 15/16. Ein Vorbehalt ist höchstens für die Wechselbetreibung zu machen; denn hier wird der formelle Konkursgrund durch die Art der Forderung gerechtfertigt.

⁵⁶⁾ So das gemeine Recht. Schweppe, Das System des Concurses der Gläubiger, 1829, S. 48 ff.; Bayer, Theorie des Concurs-Processes, 1868, S. 133.

⁵⁷⁾ So das deutsche und das österreichische Recht, § 102 RKO, § 68 österr. KO, bei Verlassenschaften und juristischen Personen genügt die Überschuldung, §§ 207, 209, 215 RKO; § 63 G.m.b.H.G.; § 98 Gen.G.; § 69 österr. KO. Vergl. auch Art. 192 SchKG, Art. 657 und 704 OR.

⁵⁸⁾ So das französische Recht und die darauf beruhenden Rechte. Art. 437 Ccom. Belgien art. 437 Ccom. verlangt noch Krediterschütterung: „Tout commerçant qui cesse ses payements et dont le crédit se trouve ébranlé . . .“; vergl. auch Art. 190, Ziff. 2, SchKG.

infolge nicht bloss vorübergehendem Mangel an Zahlungsmitteln unfähig ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Zahlungseinstellung endlich stellt sich als eine Erscheinungsform der Zahlungsunfähigkeit dar; sie besteht in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Kundgabe der Zahlungsunfähigkeit durch den Schuldner selbst.⁵⁹⁾ Die Zahlungseinstellung dürfte, zumal wenn die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten fallen gelassen wird, als einziger Konkursgrund schon deswegen abzulehnen sein, weil insbesondere bei Nichtkaufleuten eine eigentliche Zahlungseinstellung, obschon natürlich auch bei ihnen möglich, oft nicht erfolgt, sondern die Zahlungsunfähigkeit sich häufig durch andere Indizien äussert (rasch aufeinander folgende Betreibungen, Aufsuchen wucherischen Kredites u. a.m.). Zudem erweist sich auch bei Kaufleuten die Zahlungseinstellung als einziger Konkursgrund als zu eng.⁶⁰⁾ Es kann sich daher nur fragen, ob die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung als Konkursgrund anzuerkennen ist oder ob die Zahlungsunfähigkeit sowohl, als die Überschuldung zum Konkurse führen sollen.⁶¹⁾ Dieser Frage kommt zwar keineswegs die Bedeutung zu, die ihr hin und wieder beigelegt wird. Mit Rücksicht darauf indessen, dass doch Fälle möglich sind, wo die beiden Tatbestände sich nicht vereinigt finden, muss der Gesetzgeber sich entscheiden.

⁵⁹⁾ Vergl. zu diesen Begriffen Blumenstein, Handbuch, 1911, S. 600 f.; Jaeger, N. 11 zu Art. 190 SchKG; Leemann, Die Konkursgründe, 1905, S. 92 ff.; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1891, S. 179 ff.; Bartsch und Pollak, Kommentar zur österr. KO, 1916, Bd. 1, Anm. 2 ff. zu § 68; ferner die deutschen Kommentare und Lehrbücher zu § 102 KO.

⁶⁰⁾ Vergl. insbes. Leemann, S. 99/100; Thomas, Etudes, p. 23.

⁶¹⁾ Im letztgenannten Sinne die Anträge Rintelen und Gen. zu § 94 RKO, Reichstagsdrucksachen 1893/94, I. Anlageband Nr. 18; ebenso Pollak, Über die Reform des Konkursrechtes, Gutachten dem XI. österr. Advokatentag erstattet, 1908, S. 48.

Auf Grund von Begriff und Wesen des Konkurses scheint die Überschuldung den Vorzug zu verdienen. Sieht man jedoch näher zu, so ergibt sich, dass die Insuffizienz, sofern der Schuldner keine juristische Person ist, sich als Konkursgrund nicht eignet, einerseits deswegen, weil sie sich nur schwer feststellen lässt, andererseits aus dem Grunde, dass der auf persönlicher Tüchtigkeit und Vertrauen beruhende Kredit, wirtschaftlich betrachtet, sich ebenfalls als Vermögen darstellt und daher, solange der Schuldner gestützt auf diesen Kredit seinen Verbindlichkeiten nachkommt, kein Anlass zur Eröffnung der Generalliquidation vorliegt.⁶²⁾ Anders verhält es sich mit Bezug auf die juristischen Personen und die Verlassenschaften, weil hier das in der Persönlichkeit des Schuldners liegende Moment, das bei physischen Personen zur Ablehnung der Überschuldung als Konkursgrund führt, nicht vorhanden ist.⁶³⁾ Sonach wird sich de lege ferenda empfehlen, hinsichtlich der physischen Personen, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften den Konkurs im Falle der Zahlungsunfähigkeit und nur dann zuzulassen, für die juristischen Personen und die Verlassenschaften dagegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung als Konkursgründe vorzusehen.

b) Endlich muss noch kurz erörtert werden, wie das Verhältnis der pendenten Spezalexekution für Kurrentforderungen zum nachfolgenden Konkurse zu gestalten ist. Diesfalls ist heute wohl unbestritten, dass ein unbeschränktes Vorrecht des Pfändungsgläubigers im Konkurse als wirtschaftlich verfehlt betrachtet werden muss, weil dadurch die Gläubiger fälliger Forderungen zu raschem und rücksichtslosem Vorgehen getrieben werden, was für die übrigen Gläubiger und für den Schuldner als

⁶²⁾ Leemann, S. 94 f.; Vorschläge des Berliner Anwaltsverbandes zur Konkursnovelle, DJZ Bd. 3, S. 135; E. Jäger, DJZ Bd. 9, S. 909.

⁶³⁾ Leemann, S. 97; E. Jäger, Anm. 4 zu § 102 KO.

gleichermassen nachteilig erscheint.⁶⁴⁾ Zweifelhaft kann nur sein, ob man überhaupt jedes Vorzugsrecht der Pfändungsgläubiger eliminieren oder aber es denjenigen gewähren soll, zu deren Gunsten innerhalb einer bestimmten Frist vor der Konkurseröffnung gepfändet worden ist.⁶⁵⁾ Diese letztgenannte Lösung trägt indessen einen derart ausgesprochenen Kompromisscharakter und macht die Stellung des Pfändungsgläubigers ausschliesslich von Zufälligkeiten abhängig, dass sie schon aus diesem Grunde nicht zu empfehlen ist. Zudem ist ein Vorzugsrecht des pfändenden Gläubigers auch theoretisch nicht gerechtfertigt; denn es beruht auf der privatrechtlichen Überlegung, dass die Pfändung ein dingliches Recht des Gläubigers begründe. Ein auf dem Gedanken der staatlichen Vollstreckung basierendes Gesetz wird sich indessen von dieser Auffassung emanzipieren und dazu bekennen müssen, dass die Pfändung als öffentlich-rechtliche Beschlagsnahme sich darstellt, die der Staat als Träger der Vollstreckungsgewalt vornimmt, um den Rechtsschutzanspruch des Gläubigers zu befriedigen, ohne dass diesem dadurch ein dingliches Recht am Vollstreckungsubstrate eingeräumt wird.⁶⁶⁾ Was die Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses mehrerer Pfändungsbetreibungen anlangt, so kann, wenn die Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund für Kaufleute und Nichtkaufleute anerkannt wird, das

⁶⁴⁾ Heusler, Über die Concursvorrechte (Sep. aus Z.schw.R. a. F., Bd. 14), S. 36 ff.; de Seigneux, S. 37; Oberer, S. 230 ff.; Grenier, S. 380; Puchelt, Drei Fragen aus dem Arrest- und Konkursrechte, ZZP Bd. 3, S. 1 ff.; Kraewel, Unsere Anfechtungsklagen und das durch die Pfändung bewirkte Pfandrecht ZZP, Bd. 5, S. 333 ff.; Makower, Zur Revision der Konkursordnung ZZP Bd. 20, S. 441 ff.; E. Jäger, Keime künftiger Rechtsentwicklung im Kriegskonkursrechte, ZZP Bd. 48, S. 149. A. M. Bachmann, S. 29 ff.

⁶⁵⁾ So Makower, a. a. O. (1—2 Monate); E. Jäger, a. a. O. (3 Monate); Pollak, Gutachten, S. 26 f. (4 Monate).

⁶⁶⁾ Vergl. dazu Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 24 ff.

Gruppensystem unbedenklich zugunsten des Prioritätsystems fallen gelassen werden; denn solange als der Schuldner zahlungsfähig ist, haben die später Betreibenden kein Interesse daran, sich früheren Pfändungen anschliessen zu können. Liegt dagegen der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit vor, so hat jeder Gläubiger es in der Hand, die Vorwegnahme der Aktiven durch andere Gläubiger dadurch abzuwenden, dass er die Konkursöffnung verlangt, wodurch alle Pfändungen dahinfallen. Diese Lösung hat den Vorzug grosser Einfachheit gegenüber dem geltenden Recht; denn sie vermeidet die für den Betriebsbeamten oft mit Schwierigkeiten verbundenen Kollokationen im Pfändungsverfahren.⁶⁷⁾

⁶⁷⁾ Diese Vereinfachung ist von grosser Tragweite für die praktische Handhabung des Gesetzes. Es ist ja bekannt, dass die unbefriedigenden Zustände, welche in unserem Vollstreckungswesen herrschen, nicht zuletzt darauf zurückzuführen sind, dass infolge der geltenden organisatorischen Bestimmungen vielenorts die Betriebsbeamten ihrer Aufgabe nicht gewachsen sind. Betrachtet man die Revisionsfrage unter rein juristischen Gesichtspunkten, so muss das Postulat aufgestellt werden, dass durch eine entsprechende Änderung der Organisation dafür Vorsorge getroffen wird, dass als Betriebsbeamte qualifizierte Personen gewonnen werden können. Dies könnte etwa in der Weise geschehen, dass hinsichtlich der Umschreibung der Betriebungskreise den Kantonen nicht mehr die heute vorhandene Freiheit zugebilligt, sondern — um die, die Quelle des Übels bildenden kleinen Kreise zu vermeiden — von Bundesrechtes wegen bestimmt wird, dass Kreise, deren Einwohnerzahl ein gewisses Minimum nicht erreicht, nicht zulässig sind; denn der Sprengel eines Betriebsbeamten sollte so beschaffen sein, dass dieser voll beschäftigt ist und angemessen besoldet werden kann; dann wird es auch gelingen, geeignetes Personal zu finden. Es erscheint indessen mehr als fraglich, ob dieses Postulat auf Verwirklichung hoffen darf; denn es ist anzunehmen, dass aus politischen Gründen einem solchen Vorschlage heftige Opposition erwachsen wird. Der Verfasser des Entwurfes zu einem neuen Betriebungsgesetze wird daher gut daran tun, wenn er bei der Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens damit rechnet, dass die geltende Organisation beibehalten werden muss. Um die damit verbundenen

2. Einzenvollstreckung.

I. Bei der künftigen Gestaltung der Spezialexekution werden wirtschaftliche Überlegungen bei der Entscheidung der Frage nach der Dauer des Verfahrens den Ausschlag geben müssen. Soll das Verfahren möglichst rasch zur Befriedigung des Gläubigers führen, oder rechtfertigt es sich umgekehrt, dem Schuldner möglichst lange Schonfristen zu gewähren? Solange als die Vollstreckung als eine bloss zwischen dem konkreten Gläubiger und Schuldner auszutragende Angelegenheit betrachtet wird, kann der Gesetzgeber zu der Frage der Verfahrensdauer niemals die richtige Einstellung gewinnen; denn der Gläubiger wird immer auf Raschheit drängen, der Schuldner dagegen einem ihn möglichst schonenden Verfahren rufen. Bei dieser Betrachtungsweise ist stets die Gefahr vorhanden, dass der moderne Gesetzgeber im Gedanken an das harte Schuldrecht der alten Zeit sich von Erwägungen der Sentimentalität und der Kommiseration gegenüber dem Schuldner als dem „wirtschaftlich Schwachen“ wird leiten lassen. Ist eine solche Überlegung schon unter dem Gesichtspunkte des isolierten Gläubigers und Schuldners betrachtet als unzutreffend abzulehnen, weil es auch „wirtschaftlich schwache“ Gläubiger und bösartige

Nachteile zu vermeiden, wird er darnach trachten müssen, die dem Betreibungsbeamten obliegende Aufgabe möglichst zu vereinfachen. Eine solche Vereinfachung bildet die oben vorgeschlagene Änderung des Vollstreckungssystems. Im weiteren wäre noch zu erwägen, ob es sich nicht empfiehlt, die Immobiliarvollstreckung entweder ganz den Konkursämtern zu übertragen, oder doch diese zu verpflichten, den Betreibungsämtern dabei an die Hand zu gehen. Der Kanton Luzern besitzt heute schon eine ähnliche Bestimmung, die allerdings mit dem SchKG im Widerspruch steht. § 4 EG z. SchKG bestimmt nämlich, dass bei der Verwertung gepfändeter und verpfändeter Sachen bis und mit der Verteilung des Erlöses der Konkursbeamte mitzuwirken hat. (Brand und Wasem, Sammlung der kantonalen Einführungsgesetze zum SchKG, 1904, S. 14.)

Schuldner gibt,⁶⁸⁾ so ist dies vollends dann der Fall, wenn die Verfahrensdauer als ein volkswirtschaftliches Problem behandelt wird; denn das Interesse der Volkswirtschaft verlangt ein rasches und energisches Vollstreckungsverfahren. Es mögen diesfalls einige Erörterungen aus der Begründung zur österreichischen Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896, dieses modernsten aller geltenden Betreibungsgesetze, wiedergegeben werden, die in schlüssiger Weise die Richtigkeit dieses Satzes dartun. „Es scheint nicht überflüssig zu sein — wird ausgeführt⁶⁹⁾ —, auch die Frage zu berücksichtigen, ob ein behendes Fortschreiten des Verfahrens überhaupt zu den legislativen Zielen gehöre, welche bei Erneuerung des Exekutionsrechtes angestrebt werden sollen. Dies dürfte schon aus der einen Erwägung zu bejahen sein, dass in der Regel keine Stundung vom Schuldner so teuer erkauf werden muss, als diejenige, welche mit der Langsamkeit des Verfahrens zusammenhängt. Das Äquivalent für diesen Aufschub muss — und das verleiht der Frage eine grosse wirtschaftliche Tragweite — nicht bloss von dem einzelnen mit der Exekution verfolgten Schuldner, sondern schlechthin von allen bezahlt werden, welche den Kredit in Anspruch zu nehmen genötigt sind. Ein schleppendes Verfahren zieht notwendig über kurz oder lang eine allgemeine Verschärfung und Erschwerung der Kreditbedingungen nach sich.“ Im weitern macht die Begründung geltend, dass die in der Exekution befangenen Gegenstände während der Dauer des Verfahrens gewissermassen ausser Verkehr gesetzt seien; es liege daher nicht nur im Interesse des Kredites, sondern des geschäftlichen Verkehrs überhaupt, die Pendenz des Verfahrens möglichst abzukürzen, um die

⁶⁸⁾ Vergl. dazu die in Deutschland gemachten Vorschläge zu einem wirksamen Schutz des Gläubigers. E. Jäger, Reichstag und Konkursreform, Leipz. Z., Bd. 1, S. 493 ff.; Riederer, Strafrechtlicher Schutz gegen böswillige Schuldner, Leipz. Z., Bd. 8, S. 1300 ff.

⁶⁹⁾ Schauer, S. 111/12.

Exekutionsgegenstände dem freien Verkehr wieder zurückzugeben.⁷⁰⁾ Betrachtet man das SchKG von diesem Standpunkte aus, so ergibt sich, dass es den Anforderungen der Volkswirtschaft nicht entspricht. Wohl trägt das vorbildliche, eine Eigenart unseres Rechtes⁷¹⁾ bildende Einleitungsverfahren zur Beschleunigung der Vollstreckung bei,⁷²⁾ dagegen nimmt das Verfahren einen schleppenden Gang an, sobald jenes zu Ende geführt ist. Es dauert de lege lata entschieden zu lange, bis die Pfändung vollzogen werden kann, gar nicht zu reden von der sechsmonatlichen Frist, die für das Verwertungsbegehren in der Immobiliarvollstreckung vorgesehen ist, und von den Weiterungen, die das Verwertungsverfahren durch die meist nutzlose erste Steigerung erfährt. Ein neues Gesetz wird daher durch Kürzung der Fristen nach einer energischeren Vollstreckung trachten müssen. Die im einzelnen Falle darin liegende Härte kann durch eine von wirklich sozialem Geiste getragene Ordnung der Vollstreckungsbeschränkungen ausgeglichen werden.

II. Volkswirtschaftliche Erwägungen sind indessen nicht nur massgebend für die Dauer der Einzelvollstreckung, sondern auch für deren Durchführung im einzelnen, namentlich in der Richtung, dass durch eine ent-

⁷⁰⁾ Vergl. in diesem Sinne auch Klein, Vorlesungen, S. 22/23; Klein, Zeit- und Geistesströmungen, S. 76/77; Neumann, Die Exekutionsordnung, 1900, S. 90; Vierhaus, Soziale und wirtschaftliche Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung, Festgabe für F. Koch, 1903, S. 71.

⁷¹⁾ v. Wyss, Z.schw.R., a. F., Bd. 7, S. 3.

⁷²⁾ Auch es ist freilich der Verbesserung bedürftig und fähig. Einmal wird es sich empfehlen, auch für auf einer notariellen Urkunde beruhende Forderungen die definitive Rechtsöffnung zu gewähren (vergl. § 794, Ziff. 5, RZPO; § 1, Ziff. 17, österr. EO; art. 545 ss. C.pr.civ.). Sodann frägt sich, ob nicht für Forderungen, die sich auf ein Urteil oder ein Urteilssurrogat stützen, das Verfahren insofern abzuändern ist, dass der Schuldner nicht nach Belieben Recht vorschlagen kann, sondern gleich wie in der Wechselbetreibung um Bewilligung des Rechtsvorschlages unter Angabe bestimmter Gründe nachsuchen muss.

sprechende Gestaltung der Verfahrensnormen der wirtschaftlichen Natur der das Exekutionssubstrat bildenden Gegenstände Rechnung getragen wird. Die Vollstreckung weist nämlich, wirtschaftlich betrachtet, ein durchaus verschiedenes Gepräge auf, je nachdem sie in eine bewegliche Sache, oder in eine Forderung, oder in einen Anteil an einem Gemeinschaftsvermögen, oder endlich in ein Grundstück geht. Diese Verschiedenheiten müssen in der Gestaltung des Verfahrens, und zwar schon bei der Pfändung und nicht erst bei der Verwertung zum Ausdrucke kommen. Im geltenden Gesetze ist, zumal wenn auf dessen äussere Form abgestellt wird, dieser Gedanke nicht genügend durchgeführt.⁷³⁾ Die Systematik des Gesetzes⁷⁴⁾ legt das Hauptgewicht darauf, ob die Forderung pfandversichert ist oder nicht, obschon es sich hiebei in der Hauptsache um eine Kollokations- und Verteilungsfrage handelt. Die Pfändung dagegen wird für alle Gegenstände in ein und demselben Abschnitte geordnet, welcher auf die wirtschaftlichen Eigenschaften des Vollstreckungssubstrates nur ungenügend Rücksicht nimmt. Ein neues Gesetz wird in dieser Hinsicht eine grundsätzliche Änderung vornehmen und die durch die wirtschaftliche Natur der Exekutionsgegenstände bedingten Unterschiede zwischen der Vollstreckung in bewegliche Sachen, Forderungen, Anteile an Gemeinschaftsvermögen und Grundstücke herausarbeiten müssen. Das Verordnungsrecht des Bundesgerichtes hat in dieser Hinsicht der Revision schon den Weg geebnet,⁷⁵⁾ doch konnte dies nur innerhalb der durch das Gesetz gezogenen Schranken geschehen. Durch

⁷³⁾ Vergl. dagegen das deutsche, französische und österreichische Recht.

⁷⁴⁾ Vergl. III. Titel (Art. 88 ff.), Betreibung auf Pfändung; IV. Titel (Art. 151 ff.), Betreibung auf Pfandverwertung.

⁷⁵⁾ Vergl. VO betr. die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen, vom 10. Mai 1910; VO betr. die Zwangsverwertung von Grundstücken, vom 23. April 1920; VO betr. die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen, vom 17. Januar 1923.

eine Weiterbildung der in diesen Verordnungen enthaltenen Grundsätze auf dem Wege der Revision des Gesetzes wird für die praktische Handhabung des Vollstreckungsrechtes viel gewonnen werden.

III. Zweifelhafter erscheint dagegen, ob die wirtschaftliche Natur der Forderung besondere Verfahrensgrundsätze notwendig macht. Diese Frage stellt sich für die Lohnforderungen einerseits, für die öffentlichrechtlichen Forderungen andererseits.

1. Im Gegensatze zum alten Rechte, in welchem die Lidlohnforderung vor andern Forderungen durch rasche Exekution ausgezeichnet war,⁷⁶⁾ räumt das SchKG den Lohnforderungen keine Sonderstellung ein, das allgemein anerkannte Lohnprivileg vorbehalten. Indessen reichte schon bald nach dem Inkrafttreten des SchKG — es geschah dies im Zusammenhange mit der Motion Favon — die Fédération des Sociétés ouvrières de Genève bei der Bundesversammlung eine Petition ein, welche verlangte, dass die Fristen der Wechselbetreibung für die Fälle eingeführt werden, wo Arbeiter ihre durch Urteil oder Vergleich vor dem gewerblichen Schiedsgericht zugesprochenen Forderungen gegen den Arbeitgeber durch Betreibung realisieren müssen.⁷⁷⁾ Der Bundesrat, zur Berichterstattung eingeladen, holte in der Folge Gutachten von E. Huber, Soldan und Brüstlein ein. Während Soldan der Petition zustimmte, lehnten E. Huber und Brüstlein dieselbe ab. E. Huber begründete seine Auffassung damit, dass die Gleichstellung von Lohn- und Wechselloforderungen deswegen nicht angängig sei, weil jene im Gegensatze zu diesen auf dem gemeinen Recht beruhten. Wenn die Betreibungsfristen für die Lohnforderungen als zu lang erschienen, so seien sie überhaupt zu lang, und es müsse daher eine

⁷⁶⁾ Heusler, Concursvorrechte, S. 24; v. Wyss, Z.schw.R., a. F., Bd. 7, S. 105.

⁷⁷⁾ Vergl. zum folgenden die Botschaft des Bundesrates betr. Ergänzung des OR über die Folgen des Verzuges bei Geldschulden (Motion Favon), vom 25. Januar 1896, BBl. 1896, I, S. 733 ff.

allgemeine Kürzung der Fristen stattfinden; jedenfalls gehe es nicht an, bloss um der Interessen einer Kategorie von Gläubigern willen kürzere Fristen zu schaffen und den Schuldner unter ein strengeres Betreibungsrecht zu stellen. Brüstlein nahm den Standpunkt ein, dass ohne zwingende Gründe das Betreibungsrecht nicht noch komplizierter gestaltet werden dürfe, als es ohnehin schon sei. Solche Gründe lägen aber nicht vor, denn eine Lohnschuld sei nicht leichter aufzubringen als irgend eine andere Schuld. Die Analogie zu den Wechselloforderungen sei durchaus verfehlt. Zudem spreche der Vorschlag, dass der Lohn-gläubiger vor andern Gläubigern die Macht haben solle, durch besonders rasche Betreibung über den Schuldner die Katastrophe heraufzubeschwören, Recht und Billigkeit Hohn. Der Bundesrat schloss sich diesen beiden Gutachten an und lehnte, indem er gleichzeitig eine Änderung der Bestimmungen des OR über die Verzugsfolgen vorschlug, eine Lösung auf dem Boden des Vollstreckungsrechtes ab. Die eidg. Räte hinwiederum traten auf die Gesetzesvorlage des Bundesrates nicht ein, stellten aber das Postulat, es möge die Frage neuerdings geprüft werden, ob nicht durch Revision des SchKG den dringendsten der von den Petenten geschilderten Übelstände abgeholfen werden könne.⁷⁸⁾ Die vom Bundesrate daraufhin veranstalteten Erhebungen⁷⁹⁾ ergaben indessen, dass eine missbräuchliche Ausnutzung der Betreibungsfristen durch die Schuldner von Lohnforderungen lange nicht so häufig ist, wie die Petition behauptet hatte, und der Bundesrat sprach sich daher in seinem Geschäftsberichte für das Jahr 1898⁸⁰⁾ dahin aus, dass den gemachten Anregungen keine Folge zu geben sei, welcher Auffassung die Bundesversammlung zustimmte.⁸¹⁾ Auch de lege ferenda wird es sich aus den angegebenen Gründen nicht empfehlen, für

⁷⁸⁾ Sten. Bull., Bd. 7, S. 927 ff., S. 1189 ff.

⁷⁹⁾ BBl. 1898, I, S. 429.

⁸⁰⁾ BBl. 1899, I, S. 353.

⁸¹⁾ BBl. 1899, III, S. 908.

die Lohnforderungen ein abgekürztes Betreibungsverfahren zu schaffen.⁸²⁾

2. Was die öffentlichrechtlichen Forderungen anlangt, so ist heute unbestritten, dass sie, mögen sie auf dem Bundesrecht oder auf dem kantonalen Rechte beruhen, in ihrer Eigenschaft als „Forderungen auf eine Geldzahlung“ (Art. 38, Abs. 1, SchKG) durch Schuldbetreibung vollstreckt werden müssen,⁸³⁾ sofern nicht die besondern Voraussetzungen von Art. 44 SchKG gegeben sind⁸⁴⁾. Nach dem Gesetze werden diese Forderungen nur insofern besondern Regeln unterworfen, als die Exekution auch gegenüber einem der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner auf dem Wege der Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung zu erfolgen hat (Art. 43 SchKG). Die Praxis hat ihnen ausserdem auch in der Richtung eine Sonderstellung zugewiesen, als sie dafür einen besondern Betreibungsort des Vermögens⁸⁵⁾ anerkannte, der indessen infolge des Abschlusses des Konkordates betreffend die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche, vom 18. Februar 1911, nahezu gegenstandslos

⁸²⁾ Gegen die in Art. 317 k SchKG vorgesehene Besserstellung der Lohnansprüche ist natürlich nichts einzuwenden.

⁸³⁾ Brüstlein, A. Bd. 5, S. 168; Blumenstein, Handbuch, S. 144; Jaeger, N. 6 zu Art. 43 und N. 3 zu Art. 271 SchKG; Kirchhofer, Soll die Rechtshilfe unter den Kantonen auf die Vollstreckung von Steueransprüchen ausgedehnt werden? Z.schw. R., n. F., Bd. 26, S. 535 f. A. M. Klöti, Die Eintreibung von Steuern nach dem eidg. Betreibungsgesetze, Verw.Zbl., Bd. 3, S. 1 ff., zum Teil auch v. Salis, Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldansprüche, A. Bd. 5, S. 215 ff. In Deutschland findet die Steuervollstreckung in einem besondern Verfahren statt; vergl. darüber Stengel - Fleischmann, W.St.V.R., Bd. 3, s. v. Verwaltungszwang.

⁸⁴⁾ Vergl. dazu Börlin, Die strafrechtliche Beschlagnahme und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Z.schw.R., n. F., Bd. 35, S. 301 ff.

⁸⁵⁾ Vergl. darüber Jaeger, N. 3 B a zu Art. 46 SchKG; Blumenstein, S. 185 f.

geworden ist.⁸⁶⁾ Die Kriegs- und Nachkriegsgesetzgebung des Bundes dagegen hat hinsichtlich der Steuervollstreckung grosse Umwälzungen im Sinne einer Begünstigung des Steuerfiskus vor den andern Gläubigern gebracht. Gemäss Art. 2, Ziff. 2 und Art. 18 VO vom 28. September 1914, fand die Rechtswohltat der Achtelsraten auf Steuern, Gebühren, Abgaben und Sporteln keine Anwendung, und es unterlagen diese auch nicht der allgemeinen Betreibungsstundung. Nach Art. 5, Abs. 2, VO vom 27. Oktober 1917 waren von der Pfandstundung ausgenommen: die Forderungen der Kantone, Gemeinden und Korporationen für periodische Steuern und Abgaben; dasselbe gilt nunmehr auch für die im Pfandnachlassverfahren bewilligte Kapitalstundung (Art. 8, Abs. 2, VO vom 18. Dezember 1920). Vor allem hat die eidg. Steuergesetzgebung in weitgehendem Umfange ein besonderes Steuervollstreckungsrecht geschaffen. Durch Art. 44 BB betr. die eidg. Kriegssteuer, vom 22. Dezember 1915 (Art. 56 VV vom 30. Dezember 1915), wurde die Gefährdung des Steueranspruches als Arrestgrund anerkannt. Dieser Steuerarrest ist durch den BRB vom 18. September 1916 (Art. 38 ff.) weiter ausgebaut worden.⁸⁷⁾ Die Erlasse über

⁸⁶⁾ Dem Konkordate gehören heute alle Kantone an, mit Ausnahme von Genf; auch dieser Kanton wird indessen, wie Zeitungsmeldungen zu entnehmen ist, dem Konkordate in nächster Zeit beitreten.

⁸⁷⁾ Vergl. vor allem BRB vom 23. Dezember 1916 und BRB vom 9. November 1917. Während nach den allgemeinen Grundsätzen unseres Arrestrechtes eine Auskunftspflicht Dritter nicht besteht, wird in den genannten Beschlüssen u. a. bestimmt, dass „Dritte, bei denen der Steuerarrest angelegt wird, ihre geschäftsführenden und verantwortlichen Organe bei Straffolge zur Auskunft verpflichtet sind über alle Tatsachen und Vorgänge, die für den Vollzug der Sicherstellungsverfügung massgebend sind, insbesondere über das Vorhandensein der im Arrestbefehle bezeichneten Gegenstände unter Angabe der Höhe der bei ihnen liegenden Gelder und Guthaben, sowie der Menge und des Wertes der bei ihnen liegenden Waren oder andern Vermögenswerte des Arrestschuldners“. Der BRB vom 23. Dezember 1916 stellte die Ver-

die neue ausserordentliche Kriegssteuer haben, unter Beibehaltung des Steuerarrestes, auch für das Steuer-eintreibungsverfahren besondere Normen vorgesehen. Nach Art. 113 BB vom 28. September 1920 kann nämlich die kantonale Steuerverwaltung für einen fälligen, rechtskräftig gewordenen Steueranspruch ohne vorgängige Betreibung den Anschluss an eine von dritter Seite gegenüber dem Steuerpflichtigen ausgewirkten Pfändung erklären. Art. 45 VV vom 6. Dezember bestimmt, dass dieser Anschluss nicht etwa bloss während der in Art. 110 oder der in Art. 111 genannten Frist, sondern sogar solange verlangt werden kann, als nicht die von dritter Seite angehobene Betreibung bis zur Verteilung oder bis zur Rechtskraft des Kollokationsplanes nach Art. 146 SchKG vorgeschritten ist.⁸⁸⁾ De lege ferenda dürfte unbestritten sein, dass die öffentlichrechtlichen Forderungen insofern eine besondere Behandlung verlangen, als die Tatsache, dass über ihren Bestand nicht der Zivilrichter, sondern die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, auch im Vollstreckungsrechte zum Ausdrucke kommen muss; dies gilt ganz besonders für die Stellung der öffentlichrechtlichen Ansprüche im Konkurs.⁸⁹⁾ Fraglich ist dagegen, ob man, wie die eidgenössische Abgabengesetzgebung es getan hat, die Steuerexekution gegenüber der gewöhnlichen Vollstreckung erleichtern soll. Wird diese Frage bejaht, so muss jedenfalls der heute bestehende Unterschied zwischen bundesrecht-

weigerung der Auskunft und die wissentlich unrichtige Auskunft der Zeugnisverweigerung und dem falschen Zeugnisse gleich. Durch den BRB vom 9. November 1917 ist alsdann eine besondere Strafsanktion getroffen worden (Gefängnis bis zu zwei Jahren verbunden mit Busse bis zu Fr 50,000!).

⁸⁸⁾ Vergl. nun auch die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung im Entwurfe vom 4. Januar 1924 zu einem Bundesgesetz über das Zollwesen, Art. 119 ff. und dazu BBl. 1924, I, S. 58 ff.

⁸⁹⁾ Vergl. z. B. über die Kollokation der Steuerforderungen BGE 42, III, Nr. 54; 48, III, Nr. 67; über die Arrestprosequierung BGE 50, III, Nr. 20; über die Behandlung bestrittener Steuerforderungen im Nachlassverfahren ZR 24 Nr. 8.

lichen und kantonalrechtlichen Abgabenforderungen fallen; denn es ist nicht einzusehen, weshalb für eine Kriegssteuerforderung eine privilegierte Anschlusspfändung statthaft sein soll, nicht dagegen für einen auf dem kantonalen Rechte beruhenden Steueranspruch. Dasselbe trifft zu für den Steuerarrest. Indessen erscheint es überhaupt als zweifelhaft, ob eine bevorzugte Stellung der Abgabenansprüche gerechtfertigt ist. So sehr das Bestreben des von allen Seiten bis zum äussersten in Anspruch genommenen Staates nach einem raschen und ergiebigen Steuervollstreckungsverfahren verständlich ist, so muss doch andererseits in Erwägung gezogen werden, dass dadurch die Stellung der übrigen Gläubiger verschlechtert wird und als fraglich erscheint, ob der Staat die Interessen der Gläubiger, deren Schutz ihm, als dem Hüter der Rechtsordnung, obliegt, seinen eigenen fiskalischen Interessen zum Opfer bringen darf.⁹⁰⁾ Jedenfalls wird das Problem der vollstreckungsrechtlichen Behandlung der Abgabenforderungen eingehend geprüft werden müssen.^{91) 91a)}

3. Konkurs.

I. Das Gesamtinteresse fordert, dass sobald der Schuldner im *status cridae* sich befindet, d. h. nach den sub Ziff. 1

⁹⁰⁾ Vergl. die Bedenken von St.R. V. E. Scherer gegen ein besonderes Zollvollstreckungsrecht, Sten. Bull. StR. Bd. 34, S. 186 f.

⁹¹⁾ Die praktische Bedeutung der Frage erhellt am besten daraus, dass z. B. im Kanton Zürich im Jahre 1923 auf 121,328 Betreibungen 34,911 Steuerbetreibungen entfielen. Rech.Ber. 1923, S. 35.

^{91a)} Zum Problem der Exekution für öffentlichrechtliche Forderungen vgl. nunmehr die umfassende Darstellung von Blumenstein, Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht in der Berner Festgabe für das Bundesgericht 1924 S. 181—283. Diese Arbeit, der auch de lege ferenda grosse Bedeutung zukommt, hat leider im vorliegenden Aufsatze nicht mehr berücksichtigt werden können, da zur Zeit ihres Erscheinens das Manuskript schon abgeschlossen war.

gemachten Vorschlägen, dass, sobald die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, der Konkurs auch wirklich eröffnet werde, damit ein Auseinanderfallen des „materiellen“ und des „formellen“ Konkurses vermieden wird. Es erhebt sich daher die Frage, ob diesem wirtschaftlichen Erfordernis im Eröffnungsverfahren in der Weise Rechnung zu tragen ist, dass der Konkurs von Amtes wegen ausgesprochen werden kann, wenn die Insolvenz vorhanden ist. Verschiedene Gesetzgebungen sehen in der Tat diese Konkurseröffnung *ex officio*⁹²⁾ vor, und auch in der Reformliteratur wird sie hin und wieder empfohlen.⁹³⁾ So folgerichtig dieser Gedanke sein mag, so stösst doch seine praktische Durchführung auf Schwierigkeiten; denn es kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass dadurch die Gefahr unnötiger oder doch verfrühter und daher wirtschaftlich nicht gerechtfertigter Konkurseröffnungen heraufbeschworen wird, ganz abgesehen davon, dass den Gläubigern die nötige Vigilanz zugemutet werden darf, da sie ja diejenigen sind, welche den Schaden einer verspäteten Eröffnung des Verfahrens tragen; es sollte daher auf allfällige Vorschläge, auch bei uns die Konkurseröffnung von Amtes wegen einzuführen, nicht eingetreten werden.⁹⁴⁾ Aus dem soeben genannten Grunde, Konkurseröffnungen über nicht zahlungsunfähige Schuldner zu vermeiden, muss auch verlangt werden, dass der Richter von Amtes wegen zu prüfen hat, ob ein Konkursgrund vorhanden ist, und zwar nicht nur dann, wenn ein Gläubiger das

⁹²⁾ Art. 440 C.com. fr., art. 440 C.com. belge; art. 684 ital. C.com. Verschiedene Rechte gewähren der Staatsanwaltschaft ein Antragsrecht. E. Jäger, Anm. 12 zu § 103 RKO.

⁹³⁾ Pollak, Gutachten S. 46/47, schlägt die Konkurseröffnung *ex officio* vor, wenn gegen den Schuldner in ganz kurzen Zwischenräumen mehrfach Exekutionen geführt werden, ohne dass er binnen einer bestimmten Notfrist zahlt.

⁹⁴⁾ In Frankreich ist die Zweckmässigkeit der Konkurs-eröffnung *ex officio* sehr umstritten; dafür Lyon-Caen, t. VII^e, p. 123 ss.; dagegen Thaller, t. I^{er}, p. 168 ss., Percerou, t. I^{er}, p. 276 ss.

Konkursbegehren stellt, sondern — entgegen dem geltenden Rechte⁹⁵⁾), — auch in dem Falle, wo der Schuldner sich selbst insolvent erklärt.⁹⁶⁾ Mehr juristisch-technischer Natur ist die weitere, das Eröffnungsverfahren beschlagende Frage, ob man sich damit begnügen will, dass der antragstellende Gläubiger seine Forderung glaubhaft macht, oder ob verlangt werden soll, dass er einen Vollstreckungstitel vorlegt.⁹⁷⁾ Das deutsche und das österreichische Recht (§ 105 RKO; § 71 österr. KO) lassen es bei der Glaubhaftmachung bewendet sein, und es bestehen wohl auch keine Bedenken hiegegen, vorausgesetzt, dass der Richter es mit dem Glaubhaftmachen wirklich ernst nimmt und sich auf blosse Behauptungen nicht einlässt.

II. Wichtige wirtschaftliche Interessen sind bei der Ausgestaltung des materiellen Konkursrechtes im Spiele. Es fehlt hier der Raum zu einer umfassenden Behandlung, und es mag daher genügen, wenn von den vielen, der Erörterung werten Fragen⁹⁸⁾ einige wenige herausgegriffen werden.

1. Als diskutabel muss zunächst die Bestimmung von Art. 197, Abs. 2, SchKG angesehen werden, wonach zur Konkursmasse auch dasjenige Vermögen gehört, das dem Schuldner bis zum Schlusse des Verfahrens an-

⁹⁵⁾ Leemann, S. 132 f.; Jaeger, N. 3 zu Art. 191; Blumenstein, S. 604; ebenso das österr. Recht Bartsch und Pollak, Anm. 14 zu § 70 KO; etwas abweichend Rintelen, S. 121.

⁹⁶⁾ So das deutsche Recht, E. Jäger, Anm. 1 zu § 104 KO; Seuffert, S. 146; a. M. Hellmann, S. 426.

⁹⁷⁾ So Pollak, Gutachten, S. 50 ff.

⁹⁸⁾ Vergl. Pollak, Gutachten, S. 27 ff. Dieser verlangt im Interesse der *par conditio creditorum* u. a. Ausschluss der Kompensation, sofern die Forderungen nicht konnex sind, Abschaffung des Verfolgungsrechtes, Beschränkung des Aussonderungsrechtes des Ehegatten, naher Verwandten und Verschwägerter des Gemeinschuldners auf die Fälle, in denen diese Personen die vindizierten Objekte nachweisbar aus eigenen Mitteln erworben haben, Verpflichtung zur Rückgewähr aller Leistungen, die der Schuldner innerhalb der letzten 14 Tage prästiert hat.

fällt.⁹⁹⁾ Die Praxis hat diese Bestimmung allerdings dahin ausgelegt, dass der Arbeitserwerb des Gemeinschuldners nicht in die Masse falle, da die Rücksicht auf die Erhaltung der Arbeitskraft des Schuldners, die ihm seine und seiner Familie Lebensbedürfnisse sichern und ihm die Schaffung einer neuen Lebensstellung ermöglichen soll, erfordere, dass ihm der Arbeitslohn belassen werde.¹⁰⁰⁾ Jedenfalls wird es de lege ferenda geboten sein, eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art in das Gesetz aufzunehmen, denn Art. 197, Abs. 2, SchKG ist seinem strikten Wortlauten nach ökonomisch betrachtet nicht haltbar. Es wird sich indessen fragen, ob ein neues Gesetz im Interesse einer möglichst raschen, auch den Konkursgläubigern zugute kommenden Wiederaufrichtung der wirtschaftlichen Existenz des Gemeinschuldners noch einen Schritt weiter gehen und, wie das deutsche Recht (§ 1, Abs. 1 KO) es getan hat, allen nach der Konkurseröffnung stattfindenden Vermögenserwerb von der Admassierung ausnehmen soll, wodurch auch das Verfahren vereinfacht würde. In Deutschland scheinen die praktischen Erfahrungen günstig zu sein, und es wird die Bestimmung von § 1, Abs. 1, KO als ein grosser Vorzug des deutschen Rechtes gegenüber andern Konkursordnungen gepriesen.¹⁰¹⁾ Ein endgültiges Urteil dürfte indessen bloss auf Grund statistischer Erhebungen gefällt werden können, die darüber Aufschluss geben, in welchem Umfange ein Vermögens-

⁹⁹⁾ So das französische Recht und seine Nachahmungen, vergl. art. 443 C.com. Im gemeinen Rechte war die Frage bestritten, vergl. Bayer, S. 76.

¹⁰⁰⁾ BGE 25, I, Nr. 75; ebenso die französische Praxis, Percerou, t. I^{er}, p. 490 ss.; aber nur, soweit die Pfändung ausgeschlossen wäre; etwas abweichend das österr. Recht, das zwar auch den unentgeltlichen Erwerb von der Masse ausnimmt, jedoch diesen sowohl als den Erwerb nur soweit als zum Unterhalte des Schuldners und seiner Familie erforderlich, § 3 KO.

¹⁰¹⁾ E. Jäger, DJZ, Bd. 9, S. 908; Anm. 53 zu § 1 KO. Gegen das deutsche Recht vergl. Thaller, t. I^{er}, p. 367; Percerou, t. I^{er}, p. 492.

erwerb pendente concursu in der Praxis überhaupt stattfindet.

2. Eine der für die wirtschaftliche Auswirkung eines Vollstreckungssystems entscheidenden Fragen ist diejenige der Vorzugsrechte.¹⁰²⁾ Mehr als irgendwo anders muss der Gesetzgeber hier allgemeine Erwägungen in den Vordergrund stellen und sich davor hüten, bei der Schöpfung der allgemein verbindlichen Norm, von einer gesonderten Betrachtung einzelner, konkreter Rechtsverhältnisse auszugehen. Obschon die geltende Ordnung der Vorrechte zur Kritik wenig Anlass bietet, so soll doch mit einigen Worten auf die für die Lösung der Frage massgebenden Gesichtspunkte eingetreten werden und zwar deswegen, weil bei der Beratung jedes Vollstreckungsgesetzes die Gefahr besteht, dass aus augenblicklichen Eingebungen heraus Vorrechte anerkannt werden, die sich von einer höheren Warte aus betrachtet als gesetzgebungsrechtlich verfehlt erweisen.

a) Hinsichtlich der vertraglichen Pfandrechte — auch sie gehören zu den Vorzugsrechten im weitesten Sinne des Wortes — hat der Gesetzgeber jedenfalls damit das Richtige getroffen, dass er sie, anders als das französische Recht es tut (art. 2095 ss. C.c.fr.)¹⁰³⁾ den Konkursprivilegien vorgehen lässt; denn eine möglichst gesicherte Stellung der Pfandgläubiger liegt im Interesse des Hypothekarkredites.¹⁰⁴⁾

b) Die Entscheidung der Frage, inwiefern die Anerkennung gesetzlicher Pfandrechte gerechtfertigt ist, die, obschon durch das materielle Recht geordnet, sich doch

¹⁰²⁾ Vergl. die rechtsvergleichende Darstellung bei Perrier, *Les droits préférentiels dans la faillite en droit international privé*, Diss. Lausanne, 1906 p. 12 ss.; über die kantonalen Rechte Heusler, *Concursvorrechte*, S. 2 ff.

¹⁰³⁾ Vergl. in diesem Sinne auch die Vorrechtsordnung im Eisenbahnvollstreckungsrecht, Art. 40 VZEG.

¹⁰⁴⁾ Heusler, *Concursvorrechte*, S. 66/67, schlägt folgende Ordnung vor: Sterbekosten, Lidlohn, Pfandrechte, Waisen-, Kinder-, Weibergut.

erst in der Exekution voll auswirken und deshalb hier behandelt werden, hängt ab von den wirtschaftlichen Funktionen, die auszuüben sie berufen sind.¹⁰⁵⁾ Es ergibt sich nämlich, dass die gesetzlichen Pfandrechte nicht auf einer einheitlichen Grundlage beruhen. Die einen, wie z. B. das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs und des Frachtführers (Art. 434, 451 OR), versehen die nämlichen Funktionen wie die vertraglichen Pfandrechte, indem sie der Kreditgewährung und Krediterhaltung dienen. Bei andern dagegen, so insbesondere beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters und beim allgemeinen Retentionsrecht trifft dies nicht zu; denn der Vermieter und der Retentionsgläubiger haben nicht, wie der Hypothekargläubiger, im Hinblick auf das zu erwerbende Pfandrecht kreditiert, sondern sie haben reinen Personalkredit gewährt. Wenn sie sich im Konkurse gleichwohl in der beneidenswerten Stellung eines dinglich Berechtigten befinden, so liegt die Ursache davon darin, dass ein glücklicher Zufall ihnen zur rechten Zeit Aktiven des Schuldners in die Hand gespielt hat. Hieraus erhellt aber, dass die Anerkennung dieser Vorzugsrechte auf schwachen Füssen steht und es richtiger wäre, die Retentionsgläubiger den übrigen Gläubigern, welche Personalkredit gewährt haben, gleichzustellen. So haben auch das deutsche und das österreichische Recht die Geltung des Vermieterpfandrechtes im Konkurse erheblich eingeengt;¹⁰⁶⁾ in der Literatur wird sogar empfohlen, es im Konkurse überhaupt nicht anzuerkennen.¹⁰⁷⁾ Hinsichtlich der übrigen gesetzlichen Pfandrechte, die nicht der Kreditgewährung und -erhaltung dienen, ist der Vorschlag gemacht worden, dass sie, sofern sie später als vier Monate vor der Konkurs-

¹⁰⁵⁾ Vergl. zum folgenden Pollak, Gutachten, S. 15 ff.

¹⁰⁶⁾ § 49, Ziff. 2, RKO, und dazu E. Jäger, Anm. 13 ff.; § 48, Abs. 4, österr. KO, und dazu Bartsch und Pollak, Anm. 45.

¹⁰⁷⁾ Heusler, Über die Konkursvorrechte, Referat zum Juristentag, 1882, S. 10; Pollak, Gutachten S. 22 ff.

eröffnung entstanden sind, wirkungslos sein sollen.¹⁰⁸⁾ Dass diese Vorschläge manches für sich haben, kann kaum verneint werden; denn die tägliche Erfahrung lehrt, dass in vielen Konkursen durch die gesetzlichen Pfandrechte ein grosser Teil der Masse zum Nachteile der Gläubiger vorwieggenommen wird, die nicht bei possidentes sind. Es wird daher geboten sein, bei der Revision des SchKG auch die gesetzlichen Pfandrechte des ZGB und des OR, mit Bezug auf ihre Wirksamkeit im Konkurse, einer genauen Durchsicht zu unterziehen.

c) Was die eigentlichen Konkursprivilegien betrifft (Art. 219 SchKG), so würde die konsequente Anwendung des Prinzipes der Gleichbehandlung der Gläubiger zu deren Beseitigung führen. Allein das Leben schafft eben Tatbestände, wo aus Erwägungen, denen keine Gesetzgebung sich hat entziehen können, die Durchbrechung des Grundsatzes der *par conditio creditorum* geboten ist. Wie Heusler¹⁰⁹⁾ treffend dargetan hat, ist die Privilegierung dann notwendig und gerechtfertigt, einerseits wenn der Gläubiger sich gegenüber dem Schuldner in einem ökonomischen Abhängigkeitsverhältnis befindet und zudem die Forderung sein wesentlichstes Aktivum bildet, andererseits in den Fällen, wo die Begründung der Forderung nicht auf freier Entschliessung des Gläubigers beruht. Daraus ergibt sich ohne weiteres die innere Begründetheit des Lohnprivilegs und des Vorzugsrechtes der Kinder und Mündel,¹¹⁰⁾ wobei allerdings hinsichtlich des Lohnprivilegs zu prüfen sein wird, ob nicht eine Einschränkung desselben, sei es in seinem zeitlichen Umfange, sei es mit Bezug auf seinen Betrag, sich als empfehlenswert erweist.¹¹¹⁾

¹⁰⁸⁾ Pollak, Gutachten S. 27.

¹⁰⁹⁾ Concursvorrechte, S. 21 ff.; Referat, S. 3 ff.

¹¹⁰⁾ Dasselbe trifft zu für das Kassenprivileg (Art. 219 II. Kl.) und das Privileg der Unfallversicherungsanstalt gemäss Art 13 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1915.

¹¹¹⁾ Vergl. in diesem Sinne § 51 österr. KO, wonach der privilegierte Betrag auf 2400 Kr. limitiert wird.

Was das Frauengutsprivileg anlangt, so treffen auf dieses die oben genannten Gründe nur teilweise zu; es bildet denn auch eine Singularität des schweizerischen Rechtes.¹¹²⁾ Eine Erörterung darüber, ob dieses Privileg beizubehalten ist, erscheint indessen als müßig; denn es ist im schweizerischen Rechte derart fest eingewurzelt, dass seine Beseitigung kaum in Frage kommen dürfte. Übrigens lassen sich zugunsten des Privilegs gute Gründe anführen.¹¹³⁾ Solche Gründe stehen aber dem Medizinalprivileg und dem Privileg der Beerdigungskosten nicht zur Seite, und es sollten daher diese Vorzugsrechte in einem neuen Gesetze eliminiert werden.¹¹⁴⁾ Jedenfalls wird mit aller Bestimmtheit allfälligen Bestrebungen auf Ausdehnung der Vorzugsrechte entgegenzutreten sein;¹¹⁵⁾ denn nicht nur werden dadurch die übrigen Gläubiger beeinträchtigt, sondern es wird durch eine unrationelle Vorrechtsordnung auch dem ungesunden Kredit Vorschub geleistet, den zu bekämpfen jedes Vollstreckungsgesetz sich zur ersten Pflicht machen muss.

¹¹²⁾ Vergl. demgegenüber §§ 55/56 österr. KO, wonach die Ehefrau unter Umständen mit ihrer Forderung allen andern Gläubigern nachgeht.

¹¹³⁾ Vergl. vor allem Heusler, Referat S. 7 ff.; Heusler, Das Weibergutsprivileg, Z.schw.R., n. F., Bd. 1, S. 17 ff.

¹¹⁴⁾ In diesem Sinne, mit Bezug auf das Medizinalprivileg, Heusler, Concursvorrechte, S. 23 f. Übrigens hatte die ständestaatliche Kommission die Abschaffung dieses Privilegs beantragt, mit der Begründung, dass „nach den ihr zugekommenen offiziösen Mitteilungen die Ärzte ihrer Mehrzahl nach das Vorrecht als ein privilegium odiosum perhorreszierten“ (BBl. 1886, III, S. 898). Gegen beide Privilegien Pollak, Gutachten S. 85.

¹¹⁵⁾ Dies dürfte auch für das Abgabenprivileg gelten, welches das SchKG nicht kennt. Vergl. gegen dasselbe Heusler, Concursvorrechte, S. 28 ff.; Referat, S. 11. Pollak, Gutachten S. 84, der sonst den Privilegien nicht günstig gesinnt ist, spricht sich zu dessen Gunsten aus, mit der Begründung, dass, falls man es beseitige, der Fiskus bei der Steuereintreibung nur um so rigorer vorgehe.

III. Wird es sich nach dem Gesagten bei der Gesetzesrevision in Ansehung des materiellen Konkursrechtes mehr um die Vornahme von Retuschen als um prinzipielle Änderungen handeln, so bedarf das Konkursverfahren einer grundlegenden Umgestaltung im Sinne eines wirksameren Schutzes der öffentlichen Interessen. Das geltende schweizerische Konkursverfahren ist bekanntlich gekennzeichnet durch den überragenden Einfluss, den es der Gläubigermehrheit gewährt;¹¹⁶⁾ das SchKG geht in dieser Beziehung weit über alle andern Gesetzgebungen hinaus, indem es alle Kautelen, welche seine Vorbilder aufstellen, beseitigt hat.¹¹⁷⁾ Ist vollends von der Möglichkeit der Bestellung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung Gebrauch gemacht und diese mit Gläubigern besetzt worden, so ist, wenigstens so, wie das Verfahren in der Praxis sich gestaltet, kein unabhängiges Organ vorhanden, das sich der Interessen der Gläubigerminderheiten und des Schuldners annimmt, von der Wahrung der öffentlichen Interessen gar nicht zu reden. Wohl besteht das Recht zur Beschwerde an die Aufsichtsbehörde — das allerdings durch die Praxis insofern verkümmert worden ist, als es gegenüber unangemessenen Verfügungen der II. Gläubigerversammlung nicht gewährt wird¹¹⁸⁾ —, und ebenso wird angenommen, dass die Aufsichtsbehörde in einem gewissen Umfange von Amtes wegen einschreiten kann.¹¹⁹⁾ Die Erfahrung zeigt jedoch, dass faktisch der Einfluss der Aufsichtsorgane auf das konkrete Verfahren,

¹¹⁶⁾ Vergl. darüber Blumenstein, S. 712 ff., und Jaeger zu Art. 253; Fiori, Die Gläubigerversammlung, Diss. Bern, 1904; Müller, Die Stellung der Konkursverwaltung, Diss. Bern, 1900.

¹¹⁷⁾ Dies namentlich gegenüber dem französischen Recht, indem das SchKG z. B. weder die Bestellung eines juge commissaire (art. 451 ss. C.com.), noch das Genehmigungsrecht des Konkursgerichtes (art. 487 C.com.) vorsieht (vergl. darüber Lyon-Caen, t. VII^e, p. 487 ss.).

¹¹⁸⁾ Vergl. in diesem Sinne Jaeger, N. 3 zu Art. 253; a. M. Blumenstein, S. 722, N. 22.

¹¹⁹⁾ Vergl. im einzelnen Blumenstein, S. 727/28.

weil die Praxis ihnen das Recht zur Intervention in Ermessensfragen soviel als möglich zu beschneiden sucht, äusserst gering ist und die Verhältnisse so liegen, dass die Gläubiger die Masse als ein ihnen gehörendes Vermögen behandeln, mit dem sie frei schalten und walten zu können glauben. Wieviel an wirtschaftlichen Werten durch diese unzweckmässige Ordnung zum Schaden der Allgemeinheit jahraus, jahrein vertan wird, lässt sich natürlich nicht einmal schätzen, geschweige denn mit einiger Zuverlässigkeit statistisch erfassen, da ein und derselbe Konkurs nur einmal durchgeführt werden kann. Dass es sich aber um grosse Summen handelt, dürfte im Ernste kaum zu bestreiten sein.¹²⁰⁾ Soll das Postulat nach einer wirtschaftlichen Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens verwirklicht werden, so muss die Gläubigerautonomie in ihrer heutigen Form fallen und das Verfahren von Grund auf neu aufgebaut werden. Dabei darf selbstverständlich die Reaktion gegen das geltende Recht nicht zu einer völligen Ausschaltung des Einflusses der Gläubiger führen; denn ihrer Mitwirkung am Verfahren kann nicht entraten werden und zwar nicht bloss deswegen, weil sie die zunächst Beteiligten sind, sondern auch aus dem weiteren Grunde, weil ihre besonderen Geschäftskenntnisse nutzbar gemacht werden müssen. Dagegen ist ihre Stellung im Verfahren insofern zu modifizieren, als an Stelle der entscheidenden eine mehr begutachtende und kontrollierende Tätigkeit zu treten hat. Zudem müssen Bestimmungen über den Schutz von Gläubigerminoritäten aufgestellt werden, etwa derart, dass die Gläubiger, deren Forderungen einen bestimmten Bruch-

¹²⁰⁾ Vergl. bes. v. Schullern-Schrattenhofen, Die Gesetzgebung über den Gläubigerkonkurs vom Standpunkte der Volkswirtschaft aus. Österr. Ztschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik u. Verwaltung, Bd. 1, S. 420 ff. Pollak, Gutachten, S. 56 ff.; Skedl, Die Grundlagen des österr. Konkursrechtes in ihrer historischen Entwicklung, Festgabe für Wach, 1914, Bd. III, S. 398 ff. Zum geltenden österr. Recht Bartsch und Pollak, Bd. I, S. 495 ff.; Rintelen, S. 54 ff.

teil (z. B. $\frac{1}{4}$) aller Forderungen betragen, ein Mitglied des Gläubigerausschusses bezeichnen können.¹²¹⁾ Die ausseramtlichen Konkursverwaltungen, deren mangelnde Kenntnis des Konkursrechtes oft zu einer unnötigen Komplizierung und Verschleppung des Verfahrens führt, sind zu beseitigen, so dass die Verwaltung in der Hand des Konkursamtes konzentriert wird.¹²²⁾ Dieser Zurückdrängung des Einflusses der Gläubiger wird eine Verstärkung des Einflusses des Staates parallel gehen müssen, in der Weise, dass jeder Konkurs auf Grund periodischer Berichterstattung des Konkursamtes einer fortwährenden Kontrolle der Aufsichtsbehörde unterliegt, diese wichtige Massnahmen (wie den Abschluss von Vergleichen und Freihandverkäufen etc., die einen gewissen Betrag übersteigen) zu genehmigen hat und ihr hinsichtlich der übrigen Massnahmen ein Vetorecht zusteht. Wie diese Befugnisse der Aufsichtsbehörde im einzelnen zu gestalten sind, und ob es sich empfiehlt, für jeden Konkurs ein Mitglied der Aufsichtsbehörde zu delegieren, dem dessen Oberleitung zukommt, kann hier dahingestellt bleiben; denn das Wesentliche ist, dass man sich dazu entschliesst, der Öffentlichkeit im Konkursverfahren vermehrte Geltung zu verschaffen. Endlich muss der Gemeinschuldner aus seiner bisherigen Stellung herausgehoben werden; es ist

¹²¹⁾ So z. B. § 88 österr. KO.

¹²²⁾ Ebenso Leemann, Die Stellung der ausseramtlichen Konkursverwaltung, SJZ, Bd. 5, S. 112 ff. Vergl. auch die in Frankreich vorhandenen Bestrebungen, die Funktionen des syndic ständigen Beamten zu übertragen. La borderie, La masse des créanciers et le contrôle de la faillite, Rev. gén. dr. 34, p. 110 ss.; Lyon-Caen, t. VII^e, p. 482 ss.; Thaller, t. II^e, p. 192 ss. Nach der österr. KO gibt es nur ausseramtliche Konkursverwaltungen, §§ 80 ff. KO. Vergl. zur Frage der Konkursverwaltung auch Pollak, Laien als Konkursverwalter, Leipz. Z., Bd. 2, S. 660 ff., der sich mit Entschiedenheit gegen die Laien ausspricht. Dazu die von E. Jäger bei 20 grossen deutschen Konkursgerichten veranstaltete Umfrage, Leipz. Z., Bd. 3, S. 1 ff., deren Ergebnis eher zugunsten der Laien ausgefallen ist.

nicht nur zum Schutze seiner Interessen geboten, ihn über wichtige Verwertungsmassnahmen anzuhören, sondern es ist auch den Gläubigern gedient, wenn er am Verfahren interessiert wird und seine Fachkenntnisse fruktifiziert werden können.¹²³⁾¹²⁴⁾

4. Verwertung.

I. Das SchKG beruht auf dem Prinzipie der sog. Naturalvollstreckung; der Gläubiger, der eine Geldforderung in Betreibung setzt, soll aus dem Vermögen des Schuldners mit Geld und nur mit Geld befriedigt werden.¹²⁵⁾ Das Gesetz geht hinsichtlich der Anerkennung dieses Prinzipes nicht nur über die alten kantonalen Rechte,¹²⁶⁾ sondern auch über die Vollstreckungsgesetzgebungen des Auslandes¹²⁷⁾ hinaus. Nichtsdestoweniger wird de lege ferenda daran grundsätzlich festzuhalten sein, dass der Gläubiger aus der Vollstreckung das ihm nach dem Inhalte seines Anspruches Gebührende in natura und nicht bloss dem Werte nach erhalten soll, der Gläubiger einer Geldforderung insbesondere sich nicht mit der Zu-

¹²³⁾ Vergl. in diesem Sinne Thaller, t. I^{er}, p. 370/72; §§ 115 ff. österr. KO, dazu Rintelen, S. 92 ff.

¹²⁴⁾ Die Frage, ob es sich empfiehlt, entsprechend dem französischen Rechte, zwei Konkursverfahren (*faillite* und *liquidation judiciaire*) zu schaffen, braucht nicht weiter erörtert zu werden, da die *liquidation judiciaire*, entgegen den grossen Hoffnungen, die in sie gesetzt worden sind (Thaller, t. I^{er}, p. 235 ss.), sich nicht bewährt hat (Lyon-Caen, t. VIII^e, p. 450 ss.).

¹²⁵⁾ Eine Ausnahme macht nur Art. 131, Abs. 1 SchKG; vergl. dazu Blumenstein, S. 442.

¹²⁶⁾ Vergl. darüber Haab, Die historische Entwicklung der Zwangsversteigerung von Grundstücken, ZBJV, Bd. 58, S. 457 ff., 521 ff., 569 ff., und dort zitierte Literatur.

¹²⁷⁾ Vergl. namentlich art. 706 C.pr.civ., wonach die Unmöglichkeit der Versilberung eines Grundstückes zur Folge hat, dass „*le poursuivant sera déclaré adjudicataire pour la mise à prix*“; dazu Garsonnet, Traité de la saisie immobilière, 1891, p. 217; Cuche, Précis, p. 261.

weisung einer Sache abfinden zu lassen braucht; denn die Naturalvollstreckung ist die modernen Anschauungen allein entsprechende Vollstreckungsart.¹²⁸⁾ Wenn diesfalls eine Änderung getroffen werden will, so kann es sich höchstens darum handeln, die sog. Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis anzuerkennen, der in Deutschland grosse Vorteile nachgerühmt werden,¹²⁹⁾ und die in der Tat den Interessen aller Beteiligten unter Umständen besser dienen kann, als die Versilberung. Dagegen wird die schon postulierte Zuweisung der beschlagnahmten Grundstücke an den Gläubiger als mit dem modernen Verkehre nicht vereinbar, abzulehnen sein.¹³⁰⁾

II. In der Spezialexekution wird das zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Geld regelmässig in der Weise beschafft, dass einzelne, dem Schuldner gehörende Vermögensstücke durch die Vollstreckungsorgane beschlagnahmt und einzeln, sei es durch Versteigerung, sei es durch Freihandverkauf, in Geld umgesetzt werden. Die strikte Durchführung dieses Grundsatzes ist indessen wirtschaftlich betrachtet oft äusserst unrationell, weil sie statt zu

¹²⁸⁾ Schmidt, Lehrbuch, S. 918 f.; Gierke, DPR, Bd. I, S. 328.

¹²⁹⁾ § 825 RZPO; vergl. insbes. Reichel, Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis, Jb. f. Dogm., Bd. 53, S. 108 ff.; Stein, Grundfragen, S. 72/74; Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, 1914, S. 724 ff.; ebenso § 280 österr. EO und dazu Neumann, S. 111; ferner art. 2087 C.civ. und dazu Planiol, t. II^e, p. 755/56.

¹³⁰⁾ Vergl. die Initiative des Kantons Tessin dahingehend, es sei Art. 142 SchKG ein weiteres Alinea des Inhaltes anzufügen, dass es den Kantonen freigestellt sein soll, eine Bestimmung aufzustellen, wonach die zu verwertende Liegenschaft dem Gläubiger unter Abzug des vierten Teiles des Schätzungs Wertes zugeschlagen werden kann, sofern das Meistgebot einen bestimmten Minimalpreis nicht erreicht, und die überzeugenden Ausführungen des Bundesrates gegen diesen Vorschlag, BBl. 1902, I, S. 732 ff. Die Initiative wurde in der Folge zurückgezogen, BBl. 1903, I, S. 550.

einer blossen Wertverschiebung zu einer eigentlichen Wertzerstörung führen kann, durch welche nicht nur der Verpflichtete, sondern mittelbar die gesamte Volkswirtschaft betroffen wird. Auf dem Boden der Naturalvollstreckung für Geldforderungen werden diese unerfreulichen ökonomischen Nebenerscheinungen der Exekution sich freilich niemals beseitigen lassen; denn sie beruhen auf der besonderen wirtschaftlichen Natur des Vollstreckungsvorganges, doch gibt es immerhin Mittel und Wege, um sie einigermassen zu mildern.

1. Eine erste Ursache, weshalb die Verwertung durch Versteigerung häufig unwirtschaftlich arbeitet, liegt darin, dass einzelne Vermögensstücke, wie Forderungen und Anteile an Gemeinschaftsvermögen, der oft vorhandenen Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit ihres Wertes wegen für diese Art der Verwertung überhaupt nicht geeignet sind; denn die Bieter werden, um sich vor Überraschungen zu schützen, ihre Angebote äusserst niedrig halten. Die moderne Gesetzgebung hat dies denn auch erkannt und lässt — im Gegensatze zum gemeinen Rechte¹³¹⁾ — die Forderungsversteigerung nur als ultima ratio zu. Es wird sich indessen fragen, ob nicht noch weiter gegangen und bestimmt werden sollte, dass unter gewissen Voraussetzungen Forderungen überhaupt nicht vergantet werden dürfen, sondern eine andere Verwertungsart, namentlich die Überweisung zur Einziehung zu wählen ist, so insbesondere dann, wenn für die Forderung ein genügende Deckung bietendes Pfand bestellt worden ist, wenn die Forderung dem Schuldner gegen den betreibenden Gläubiger zusteht und mit dem zu vollstreckenden Anspruch kompensiert werden kann, wenn die Forderung den Bezug jährlicher Renten, Unterhaltungsgelder oder anderer wiederkehrender Zahlungen zum Gegenstande hat, wenn die Forderung sich auf ein Sparkassenbuch gründet, wenn der Betrag der Forderung nicht mit Be-

¹³¹⁾ Wetzell, System des o. Zivilprozesses, 1878, S. 640 f.

stimmtheit angegeben oder ihr Bestand nicht glaubhaft gemacht werden kann.¹³²⁾

2. In zweiter Linie beruht die Unwirtschaftlichkeit unserer Spezialexekution darauf, dass sie, mehr als zur Erreichung ihres Zweckes erforderlich ist, auf die Substanz des Vermögens des Schuldners gerichtet ist, während der Gläubiger oft, ohne Antastung der Substanz, lediglich aus den Erträgnissen befriedigt werden könnte. Dies gilt namentlich für die Immobiliarvollstreckung, wo nach dem Wortlaut des Gesetzes, auch wenn nur eine Zinsenforderung in Betreibung gesetzt worden ist oder für eine noch so geringe Forderung eine Grundstückspfändung stattgefunden hat, das Grundstück als solches auf die Gant gebracht werden muss. Das Bundesgericht hat allerdings die Unwirtschaftlichkeit dieser Ordnung eingesehen und in der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, vom 23. April 1920,¹³³⁾ ein Verfahren geschaffen, das die Grundstücksvollstreckung erheblich rationeller gestaltet. Die durch die genannte Verordnung eingeführte Zwangsverwaltung bedarf indessen eines weiteren Ausbaues im Sinne der Anerkennung einer besonderen Betreibung auf Zwangsverwaltung,¹³⁴⁾ deren Anwendungsbereich zudem mit Vorteil auf Miteigentumsanteile und Anteile an Gemeinschaftsvermögen ausgedehnt werden wird.¹³⁵⁾

3. Endlich haben die wertzerstörenden Wirkungen der Vollstreckung mitunter auch darin ihren Grund, dass

¹³²⁾ Vergl. in diesem Sinne §§ 319 und 321 österr. EO, dazu die Begründung bei Schauer, S. 108; Neumann, S. 150 ff.

¹³³⁾ Vergl. darüber Haab, ZBJV, Bd. 58, S. 581 ff.

¹³⁴⁾ Vergl. dazu die Vorschläge von Kellerhals, Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet- und Pachtzinsforderungen 1919 S. 233 ff.

¹³⁵⁾ Über die Zwangsverwaltung in der ausländischen Gesetzgebung vergl. § 146 ff. D.Zw.V.G., dazu Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung, 1909, S. 404 ff.; Nussbaum, S. 208 ff.; Hellwig-Oertmann, S. 437 f. §§ 97 ff. österr. EO, dazu Neumann, S. 191 ff.

• von wirtschaftlich zusammengehörenden Gegenständen nur einzelne beschlagnahmt und verwertet werden. Für einen aus seinem wirtschaftlichen Zusammenhange herausgerissenen Gegenstand wird aber nie der Erlös erzielt werden können, der seinem wirklichen Werte entspricht, weil alle diejenigen Wertelemente verloren gehen, welche auf seiner Verbundenheit mit andern Objekten beruhen. Die Wertzerstörung beschränkt sich indessen nicht hierauf allein, sondern sie macht sich auch insofern geltend, als die dem Schuldner noch verbleibenden Gegenstände eine Werteinbusse erleiden.¹³⁶⁾ Es sollte daher in einem neuen Gesetze eine Bestimmung des Inhaltes getroffen werden, dass wirtschaftlich zusammengehörende Gegenstände wenn möglich nur zusammen gepfändet und verwertet werden sollen. Die Durchführung dieses Grundsatzes wird indessen gerade da Schwierigkeiten bieten, wo die Exekution in einzelne Gegenstände die grössten Schädigungen hervorruft, nämlich bei kaufmännischen Unternehmungen. Die österreichische Gesetzgebung hat daher für diese besonderen Tatbestände ganz neue Wege eingeschlagen, indem sie besondere Bestimmungen über die „Exekution auf gewerbliche Unternehmungen, Fabriketablissements, Handelsbetriebe und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen“ schuf (§§ 341 ff. EO).¹³⁷⁾ Diese gehen dahin, dass auf Antrag über solche Unternehmungen die Zwangsverwaltung verhängt oder deren Verpachtung zugunsten der Gläubiger angeordnet werden kann. Die Zwangsverwaltung besteht darin, dass ein der Aufsicht des Gerichtes unterliegender Verwalter eingesetzt wird, der von Gesetzes wegen zur Vornahme aller Geschäfte und Rechts-handlungen ermächtigt ist, welche der Betrieb des Unter-

¹³⁶⁾ Vergl. insbes. Schullern-Schrattenhofen, S. 431, 456 ff.

¹³⁷⁾ Vergl. hierüber insbes. die Monographie von Pollak, Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen, Sep.-Abdruck aus der österr. jur. Vierteljahrsschr. 1899. Ferner Neumann, S. 180 ff.

nehmens gewöhnlich mit sich bringt, und die Erträge periodisch den Gläubigern abzuliefern hat. Erscheint die Zwangsverwaltung nicht als zweckmässig, so soll die Verpachtung an einen Dritten versucht werden, wobei die Pacht demjenigen zugeschlagen wird, der an einer Versteigerung den höchsten Pachtzins bietet. Diese besondere Vollstreckungsform hat den doppelten Vorteil, dass sie einerseits die mit der Versteigerung verbundene Wertzerstörung vermeidet, und andererseits dem Schuldner das Unternehmen belässt, auf das seine wirtschaftliche Existenz sich gründet.¹³⁸⁾¹³⁹⁾

III. Selbstverständlich wird auch bei weitgehendster Berücksichtigung der obenstehenden Vorschläge die Exekution in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle zur vollstreckungsrechtlichen Veräußerung der einzelnen beschlagnahmten Gegenstände führen, weil eine andere Verwertungsart nur unter besonderen Umständen möglich ist. Folglich wird es sich bei der Revision nur darum handeln können, die Verwertung möglichst rationell zu gestalten und die mit ihr verbundenen Nachteile auf ein Minimum zu reduzieren. Dieses Postulat lässt sich in der Weise verwirklichen, dass man die schablonenhafte und daher unökonomische Zwangsversteigerung soviel als tunlich zurückdrängt und andererseits diejenigen Verwertungsarten fördert, welche eine mehr kaufmännische, individuelle Behandlung der Veräußerung gestatten, derart, dass die Verwertung nach aussen mehr als geschäftliche Transaktion, denn als Verfahrensakt erscheint.¹⁴⁰⁾ Soweit die Versteigerung sich nicht vermeiden lässt, müssen Massnahmen gegen die Losschlagung zu Schleuderpreisen

¹³⁸⁾ In diesem Sinne insbes. Conrad, Die Pfändungsbeschränkungen zum Schutze des schwachen Schuldners, 1906, S. 499 ff.

¹³⁹⁾ Weitere Vorschläge, die allerdings praktisch kaum durchführbar sind, bei v. Schullern-Schrattenhofen, S. 452 ff.

¹⁴⁰⁾ Vergl. bes. Klein, Vorlesungen, S. 20; Begründung zur EO, Schauer, S. 106 ff.

getroffen werden, die wirksamer sind als diejenigen, welche die *lex lata* vorsieht.

1. a) Was die Mobiliarvollstreckung betrifft, so geht das Fazit der vorstehenden Ausführungen dahin, dass das Anwendungsgebiet des freihändigen Verkaufes zu erweitern ist. Gegenstände, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, sollten überhaupt nicht auf die Gant gebracht werden dürfen, es wäre denn, dass binnen einer bestimmten Frist der Freihandverkauf sich nicht hat bewerkstelligen lassen. Hiebei soll auch darauf Bedacht genommen werden, ob die Gegenstände an einem vom Exekutionsorte verschiedenen Orte günstiger verkauft werden können; denn die Transportkosten werden dadurch oft mehr als aufgewogen. Sodann wird sich fragen, ob de lege ferenda nicht nach weiteren Surrogaten der Versteigerung gesucht werden sollte. Diesfalls könnte etwa ins Auge gefasst werden, dass demjenigen, der sich einige Zeit vor dem Versteigerungstermine unter entsprechender Sicherheitsleistung bereit erklärt, die gepfändeten Sachen zu einem Preise zu übernehmen, der den Schätzungswert um einen gewissen Betrag übersteigt, und die aufgelaufenen Kosten zu tragen, nach Anhörung des Schuldners und unter Zustimmung des betreibenden Gläubigers und der Pfandgläubiger, deren Forderungen nicht unzweifelhaft gedeckt werden, ohne weiteres der Zuschlag erteilt werden darf.¹⁴¹⁾

b) Hinsichtlich der Versteigerung ist heute wohl unbestritten, dass die Bestimmung von Art. 126 SchKG, wonach an der ersten Steigerung nicht unter dem Schätzungswerte zugeschlagen werden darf, in der Praxis als Massnahme gegen die Verschleuderung wirkungslos geblieben ist und in der Regel nur eine Verschleppung des Verfahrens und die Vermehrung der Kosten verursacht hat; es sollte daher diese nutzlose erste Gant fallen gelassen werden.¹⁴²⁾ Das Deckungsprinzip sodann, das

¹⁴¹⁾ Vergl. § 268 österr. EO.

¹⁴²⁾ Vergl. Brüstlein, A., Bd. 4, S. 383.

nicht nur die vorgehenden Gläubiger schützen, sondern auch die Verschleuderung hintanhalten soll, versagt von vorneherein seinen Dienst, sofern die zu verwertenden Gegenstände pfandfrei sind. Aber auch da, wo es sich um die Verwertung verpfändeter Mobilien handelt, hindert das Deckungsprinzip die Verschleuderung nur dann, wenn nicht ein vorgehender Pfandgläubiger betreibt und zudem die zu deckende Pfandforderung einen dem Werte des Objektes sich annähernden Betrag erreicht. Unter diesen Umständen wird man sich die Frage ernstlich vorzulegen haben, ob nicht noch mehr getan werden muss, um angemessene Verwertungsergebnisse zu erzielen, namentlich, ob nicht eine Bestimmung des Inhaltes zu treffen ist, dass der Zuschlag nicht erteilt werden darf, sofern nicht ein bestimmter Bruchteil des Schätzungswertes geboten wird. Das österreichische Recht (§ 277 EO) hat dies getan, und in Deutschland wird eine solche Bestimmung warm befürwortet, mit der Begründung, „dass das beklagenswert unwirtschaftliche Arbeiten der Mobiliarvollstreckung“ in erster Linie in dem Prinzip des Zuschlages um jeden Preis seine Ursache habe.¹⁴³⁾ Vor allem aber gilt es — dies kann schon auf Grund der lex lata geschehen —, das Versteigerungsverfahren in eine äusserlich würdigere und zugleich wirtschaftlichere Form zu bringen, dadurch, dass zweckmässig ausgestattete, gut gelegene Gantlokale geschaffen, die zu verwertenden Gegenstände ordentlich aufgestellt und vor der Gant der Besichtigung durch die Kauflustigen zugänglich gemacht werden, dass bei Gegenständen besonderer Art die Steigerungsbekanntmachung in einer Weise erfolgt, welche die besonders in Betracht fallenden Interessenten heranzieht. Es handelt sich hier im Grunde genommen um Kleinigkeiten, doch

¹⁴³⁾ Stein, Zivilprozess (Gesetzesreform), S. 88. Solche Bestimmungen waren in verschiedenen kantonalen Rechten vorgesehen; v. Wyss, Z.schw.R. a. F., Bd. 7. S. 102. Vergl. auch die jetzt in Deutschland noch geltende Notverordnung vom 8. Okt. 1914, RGBI. 1914, S. 427.

stellen diese sich als Imponderabilien dar, deren Bedeutung für die Erzielung besserer Zuschlagspreise nicht unterschätzt werden darf.¹⁴⁴⁾

2. Die nämlichen Probleme stellen sich natürlich auch in der Immobiliarexekution, allerdings in einer infolge der wirtschaftlichen Natur des Exekutionsobjektes etwas veränderten Gestalt. Zunächst wird es hier nie gelingen, die Zwangsversteigerung in dem Masse zurückzudrängen, wie dies in der Fahrnisvollstreckung möglich ist. Immerhin geht das SchKG jedenfalls zu weit, wenn es in der Spezialexekution die Vergantung als einzige zulässige Verwertungsart betrachtet; auch in der Grundstücksvollstreckung sollte die freihändige Veräußerung statthaft sein, wobei natürlich die erforderlichen Kautelen zum Schutze der dinglich Berechtigten getroffen werden müssen.¹⁴⁵⁾ Hinsichtlich des Deckungsprinzipes kommt in Betracht, dass es in der Immobiliarvollstreckung als Mittel zur Verhinderung der Verschleuderung erheblich wirksamer ist als in der Mobiliarexekution, weil die gepfändeten Grundstücke regelmässig auch verpfändet sind. Auch hier versagt es indessen, wenn der Gläubiger der I. Hypothek betreibt oder die zu deckenden Beträge

¹⁴⁴⁾ Vergl. zum Vorstehenden insbes. die interessante Schrift von Chemnitius, Der geringe Erlös beim Pfandverkauf, seine Ursache und die Mittel zur Abhilfe, 1915; ferner Stein, a. a. O.; Klein, Vorlesungen, S. 25. Man darf freilich nicht verkennen, dass eine solche Neuerung im Gewerbestande auf Opposition stossen wird. Vergl. die von verschiedenen wirtschaftlichen Verbänden im Jahre 1910 an den Reichstag gerichtete Petition, in der u. a. verlangt wurde, es solle die Veräußerung von Konkursaktiven nur im Hauptlokale des Schuldners statthaft sein und es solle der Freihandverkauf von Konkursaktiven nicht länger als drei Monate von der Konkurseröffnung an dauern dürfen. Dazu Kleinfeller, Kritik der neuesten Vorschläge betr. die Änderung der KO, Leipz. Z., Bd. 5, S. 409 ff ; Oetker, Reform der Konkursordnung, DJZ, Bd. 16, S. 445 ff.

¹⁴⁵⁾ Vergl. § 200 österr. EO; Neumann, S. 295; Lehmann, Zwangsversteigerung, S. 232 ff.

nur einen Bruchteil des Grundstückswertes ausmachen. Das österreichische Recht hat daher mit dem Deckungsprinzip im hergebrachten Sinne¹⁴⁶⁾ teilweise gebrochen; denn danach hängt der Minimalzuschlagspreis nicht von der Höhe der Forderungen ab, die derjenigen des betreibenden Gläubigers vorgehen, sondern er wird objektiv bestimmt und beträgt bei Häusern die Hälfte, bei Landgütern zwei Dritteile des Schätzungswertes der Liegenschaft mit Einschluss ihrer Zugehör, wobei im einzelnen Falle auf Antrag des Gläubigers ein höherer Betrag als geringstes Gebot festgesetzt werden darf.¹⁴⁷⁾ Daneben kann freilich das Deckungsprinzip im Sinne unseres Rechtes insofern eine Rolle spielen, als der dem Betreibenden vorgehende Gläubiger, falls seine Forderung durch den oben erwähnten Minimalzuschlagspreis nicht gedeckt würde, die „vorläufige Feststellung des Lastenstandes“ verlangen kann, wodurch er das Recht erhält, gegen einen seine Rechtsstellung beeinträchtigenden Zuschlag Widerspruch zu erheben.¹⁴⁸⁾ Auch in Deutschland ist diese Reformfrage oft erörtert worden, wobei allerdings nicht die wirtschaftliche Erwägung im Vordergrunde stand, dass die Verschleuderung von Liegenschaften als solche hintangehalten werden muss, sondern zunächst mehr nach Mitteln und Wegen gesucht wurde, die vermeiden sollen, dass ein Hypothekargläubiger, ohne seine Hypothek auszubieten, das Grundstück weit unter seinem Wert erwerben und dann noch den ganzen Ausfall als persönliche Forderung gegen den Schuldner geltend machen kann. Es wurde diesfalls empfohlen, dem Schuldner gegen den ihn belangenden Gläubiger die exceptio doli zu gewäh-

¹⁴⁶⁾ Art. 126, 127, 141, 142 SchKG; § 44 DZwVG.

¹⁴⁷⁾ § 151 EO; Lehmann, S. 112 ff.; Dresdner, Der Kredit und die Liegenschaftsexekution, Grhts. Ztschr., Bd. 28, S. 699 ff. Die Bestimmung beruht auf dem Gedanken der laesio enormis; vergl. Klein, Die österr. Zivilprozessgesetzentwürfe, in ZZP, Bd. 19, S. 226, N. 75.

¹⁴⁸⁾ §§ 164 ff. EO; Lehmann, S. 187 ff.

ren¹⁴⁹⁾), oder ihm einen Bereicherungsanspruch einzuräumen¹⁵⁰⁾), oder ihm gegenüber dem Ersteigerer das Recht zu geben, die Überlassung des ersteigerten Grundstückes gegen Erstattung eines den Versteigerungsbedingungen entsprechenden Betrages zu fordern.¹⁵¹⁾ Andere wiederum sehen das Mittel zur Abhilfe in einer scharfen Wertzuwachssteuer¹⁵²⁾ oder darin, dass Staat und Gemeinde bei allen Zwangsversteigerungen ein befristetes Vorkaufsrecht zugbilligt wird.¹⁵³⁾ Eine letzte Gruppe von Vorschlägen endlich geht dahin, einen Bruchteil des Schätzungswertes als Minimalzuschlagspreis festzusetzen.¹⁵⁴⁾ Die deutsche Kriegsgesetzgebung hat sich in einem gewissen Umfange dieser Auffassung angeschlossen und in der VO vom 8. Juni 1916 die Bestimmung getroffen, dass auf Antrag eines nachstehenden Gläubigers der Zuschlag verweigert werden kann, wenn das höchste Gebot nicht drei Viertel des Grundstückswertes erreicht.¹⁵⁵⁾ Soll für das künftige schweizerische Recht eine Lösung gesucht werden, so fallen wohl die zuerst genannten Vorschläge als zu wenig wirksam ausser Betracht, weil sie die Verschleuderung an unbeteiligte Dritte nicht zu verhindern vermögen; einzelne

¹⁴⁹⁾ Biermann, Verh. des XXX. Deutschen Juristentages, Gutachten, Bd. I, S. 20 ff.

¹⁵⁰⁾ Predari, ebenda, S. 50 ff.

¹⁵¹⁾ Oermann, Ermässigung der persönlichen Haftung des Schuldners etc., DJZ, Bd. 15, S. 929 ff.

¹⁵²⁾ Rosenbaum, Zur Frage des Schuldnerschutzes gegenüber dem Hypothekenausfallgläubiger, DJZ, Bd. 15, S. 1284 f.

¹⁵³⁾ So der Antrag Bassermann-Schiffer, der vom Reichstag mit 134 gegen 125 abgelehnt wurde; vergl. Schiffer, DJZ, Bd. 18, S. 613 ff.

¹⁵⁴⁾ Silberschlag, Das Bedürfnis einer Reform der Subhastationsordnung, ZZP, Bd. 5, S. 423 ff.; Giese, Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, DJZ, Bd. 14, S. 263 f.; Schneider, Ausbeutung der Gläubigerstellung, DJZ, Bd. 17, S. 1109 ff. Gegen das System besonders Kleemann, Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, DJZ, Bd. 14, S. 484 f.

¹⁵⁵⁾ Sog. Hypothekenverordnung (RGBl. 1916, S. 454), dazu Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 1922, S. 76.

von ihnen haben zudem mit der postulierten Lösung auf Grund des Steuerrechtes den Nachteil gemein, dass sie die Weiterveräusserung des Grundstückes durch den Ersteherrn voraussetzen. Das Vorkaufsrecht von Staat und Gemeinde dürfte namentlich an praktischen Schwierigkeiten scheitern,¹⁵⁶⁾ und es bleibt daher trotz der Bedenken, die auch hiegegen sprechen,¹⁵⁷⁾ wohl nichts anderes übrig, als einen Bruchteil des Schätzungswertes als Minimalzuschlagspreis festzusetzen;¹⁵⁸⁾ dabei wäre zum Schutze derjenigen Gläubiger, die dem betreibenden Gläubiger vorgehen, deren Ansprüche durch den Minimalzuschlagspreis nicht gedeckt werden können, das Deckungsprinzip in der bisherigen Form beizubehalten. Gleich wie in der Mobiliarvollstreckung wird auch in der Grundstücks vollstreckung die zweite Steigerung zu beseitigen sein, doch wird es sich andererseits empfehlen, das französische System der *surencière*,¹⁵⁹⁾ das verschiedenen kantonalen Rechten bekannt war,¹⁶⁰⁾ wieder aufzunehmen.¹⁶¹⁾ Wie die französische Regierung in der Begründung zu einer im Jahre 1868 dem Senate unterbreiteten Gesetzesvorlage zutreffend ausführt, ist die *surencière* deswegen sehr zweckmässig, weil durch die Bekanntmachung des erzielten Preises die Konkurrenz von neuem angefacht wird und der Wunsch, eine Sache zu besitzen, und die Reue, deren Erwerb unterlassen zu haben, in dem Momente

¹⁵⁶⁾ Vergl. diesfalls die zutreffenden Ausführungen von Gusinde, Kein Vorkaufsrecht bei Zwangsversteigerungen, DJZ, Bd. 18, S. 958 ff.

¹⁵⁷⁾ Vergl. darüber Haab, ZBJV, Bd. 58, S. 531.

¹⁵⁸⁾ Dies setzt freilich voraus, dass dem Schätzungswesen mehr Aufmerksamkeit geschenkt wird, als dies heute bei uns geschieht; vergl. dagegen die vorbildliche österreichische Realschätzungsordnung vom 25. Juli 1897, abgedruckt bei Schruttka, Österr. Zivilprozessgesetzgebung, 1898, S. 634 ff.

¹⁵⁹⁾ Art. 708 ss. C.pr.civ.; Garsonnet, Saisie immobilière, p. 291 ss. Art. 573 C.com. Lyon-Caen, t. VIII^e, p. 24 ss.

¹⁶⁰⁾ So z. B. Art. 528 bern. ZPO vom 31. Mai 1847.

¹⁶¹⁾ Ebenso §§ 195/199 österr. EO; dazu Lehmann, S. 286 ff.

rege wird, wo man die Sache in andere Hände übergehen sieht.¹⁶²⁾ ¹⁶³⁾

5. Vollstreckungsbeschränkungen.

I. Als ein Reformproblem, dessen Lösung ausschliesslich von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus an die Hand genommen werden muss, stellt sich endlich die Frage der Pfändungsbeschränkungen dar. Der Grundsatz, dass der Schuldner nicht soll kahlgepfändet werden dürfen, ist schon lange anerkannt, doch sind die Exekutionsbeschränkungen früher oft als ein ius singulare betrachtet worden, als eine Rechtswohltat, die das Grundprinzip des Schuldrechtes durchbreche, wonach das ganze Vermögen des Schuldners von den Gläubigern in Anspruch genommen werden kann.¹⁶⁴⁾ Von diesem Gedanken der „Rechtswohltat“ gilt es sich loszulösen; denn solange als dieser Gedanke den Ausgangspunkt bildet, ist die Gefahr vorhanden, dass der Gesetzgeber bei der Schöpfung der allgemeinen Norm, je nach seiner gläubiger- oder schuldnerfreundlichen Einstellung, sich von den Verhältnissen des konkreten Gläubigers oder Schuldners leiten lässt und infolgedessen das Gesamtinteresse Schaden

¹⁶²⁾ Siehe Neumann, S. 300.

¹⁶³⁾ Auf die Erörterung einzelner Verfahrensfragen kann hier nicht eingetreten werden. So wird namentlich noch zu prüfen sein, ob nicht die Abtretung des Rechtes aus dem Meistgebot zu gestatten ist (vergl. dazu bes. Nussbaum, S. 128 f.), ob nicht die Folgen des Verzuges des Ersteigerers in dem Sinne geordnet werden sollen, dass den Gläubigern unmittelbar die Forderung gegen den säumigen Ersteigerer zu überweisen ist (§ 118 DZwVG), da das geltende System der Ausfallhaftung auf der Kauftheorie beruht (vergl. Nussbaum, S. 186 ff.), ob nicht im vorbereitenden Verfahren und im Verteilungsverfahren der Mündlichkeit mehr Raum zu gewähren ist, u. a. m.

¹⁶⁴⁾ Vergl. Bauer, Das Existenzminimum in Recht und Wirtschaft, Festgabe für Klein, 1914, S. 309 ff.; Meier, Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung, Diss. Zürich 1907, S. 6 ff.; Conrad, Pfändungsbeschränkungen, S. 150 ff.

leidet. Die richtige Lösung kann nur dann gefunden werden, wenn man die Ordnung der Exekutionsbeschränkungen als eine wirtschaftliche, insbesondere als eine sozialpolitische Aufgabe betrachtet. Es ist allerdings schon behauptet worden, es sei verfehlt, wenn der Staat durch Aufstellung weitgehender Vollstreckungsbeschränkungen auf dem Rücken der Gläubiger Sozialpolitik treiben wolle; denn hiefür seien andere Mittel und Wege vorhanden, wie insbesondere die Anordnung geeigneter Fürsorgemassnahmen.¹⁶⁵⁾ Abgesehen davon, dass die diesfalls gemachten Vorschläge an ihrer praktischen Undurchführbarkeit scheitern, so ist es auch nicht richtig, der Privatrechts- und Prozessgesetzgebung die Berufung zur Lösung sozialpolitischer Aufgaben absprechen zu wollen; im Gegenteil; mehr als je muss heute die Rechtsordnung von sozialem Geiste durchdrungen sein, wenn sie wirklich eine Friedensordnung sein will.¹⁶⁶⁾ Dazu kommt die weitere Überlegung, dass die Aufhebung oder eine starke Reduktion der Pfändungsbeschränkungen auch aus wirtschaftlichen Gründen abzulehnen ist, indem sie einem ungesunden Kredite Tür und Tor öffnen würde.¹⁶⁷⁾

II. Ist demnach de lege ferenda davon auszugehen, dass prinzipiell die heutige Ordnung weiter zu gelten hat, so frägt sich andererseits, ob auch daran festgehalten werden soll, dass einzelne, bestimmte Gegenstände als schlechthin unpfändbar, andere als beschränkt pfändbar im Gesetze aufgezählt werden, oder ob es sich empfiehlt, eine sogenannte „allgemeine Kompetenzwohlthat“, d. h. eine Generalklausel des Inhaltes aufzustellen, dass dem Schuldner das zu seinem und seiner Familie Lebensunter-

¹⁶⁵⁾ Vergl. darüber Meier, S. 153 ff.

¹⁶⁶⁾ Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechtes, 1889, insbes. S. 30; Vierhaus, Soziale und wirtschaftliche Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung, Festgabe für Koch, 1903.

¹⁶⁷⁾ Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1897, S. 25.

halt Notwendige belassen werden muss.¹⁶⁸⁾ So bestechend dieser Gedanke erscheint, weil er die Berücksichtigung der Verhältnisse des konkreten Falles frei von jeder Schablone gestattet, so ist er doch aus praktischen Gründen abzulehnen; denn seine Durchführung hätte eine derartige Rechtsunsicherheit und Ungleichheit in der Anwendung zur Folge, dass die Praxis sich nicht anders als durch die Aufstellung eines Kataloges zu helfen wüsste. Lässt sich aber ohne eine solche Aufzählung nicht auskommen, so hat der Gesetzgeber die Konsequenz daraus zu ziehen und das geltende System beizubehalten.¹⁶⁹⁾

1. Was zunächst die Unpfändbarkeit anlangt, so kann es sich hier nicht darum handeln, die einzelnen Ziffern von Art. 92 SchKG zu durchgehen und zu untersuchen, inwiefern eine Abänderung als notwendig erscheint; jedenfalls wird der Kreis der unpfändbaren Gegenstände nicht zu verengern, sondern eher zu erweitern sein.¹⁷⁰⁾ Immerhin mögen hier zwei konkrete Vorschläge aufgestellt werden. Der eine geht dahin, dass kraft positiver Gesetzesbestimmungen dem Schuldner, soweit die für zwei Monate notwendigen Nahrungs- und Feuerungsmittel nicht vorhanden sind, der zu deren Beschaffung für diese Zeit erforderliche Geldbetrag als unpfändbar belassen wird.¹⁷¹⁾

¹⁶⁸⁾ Vergl. Falkmann, Empfiehlt sich eine grundsätzliche Vermehrung der bestehenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung etwa in der Richtung einer allgemeinen Kompetenzwohltat, Gutachten z. XXII. Deutschen Juristentag, Bd. I, S. 240 ff.; Bunzen, über das gleiche Thema, ebenda Bd. II, S. 29 ff.

¹⁶⁹⁾ Ebenso der Beschluss des XXII. DJT, Bd. IV, S. 85 ff.

¹⁷⁰⁾ Vergl. im einzelnen die beachtenswerten Vorschläge von Conrad, S. 509 ff. Über das deutsche, französische und österreichische Recht vergl. Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 672 ff.; Cuche, p. 31 ss., 44 ss.; Neumann, S. 61 ff.

¹⁷¹⁾ Ebenso Meier, S. 161 f.; Klein, Vorlesungen, S. 22. Vergl. auch § 811, Ziff. 2, RZPO. De lege lata ist bestritten, ob der Geldbetrag freigegeben werden kann, bejahend Blumenstein, S. 358; verneinend Jaeger, N. 12 zu Art. 92.

In zweiter Linie sodann empfiehlt sich die Rezeption der Bestimmung von § 812 RZPO, wonach Gegenstände, welche zum gewöhnlichen Hause gehörten und im Haushalte des Schuldners gebraucht werden, nicht gepfändet werden sollen, wenn ohne weiteres ersichtlich ist, dass durch deren Verwertung nur ein Erlös erzielt werden würde, welcher zu dem Werte ausser allem Verhältnis steht.¹⁷²⁾ Diese Neuerung kann um so eher getroffen werden, wenn man sich dazu entschliesst, für die Versteigerung eine Verschleuderungsgrenze aufzustellen; denn unter diesen Umständen hätte es schlechterdings keinen Sinn, die Pfändung vorzunehmen und damit die Pfändungskosten zu verursachen, wenn die Möglichkeit der Verwertung von vorneherein als ausgeschlossen erscheint.

2. Von grösster praktischer Bedeutung ist die Neugestaltung des Lohnpfändungsrechtes.¹⁷³⁾ Mag man das geltende System als solches beibehalten wollen oder nicht, so ist jedenfalls gewiss, dass die Pfändung des noch nicht verdienten Lohnes entgegen der geltenden Praxis als unzulässig erklärt werden muss;¹⁷⁴⁾ denn sie bedeutet nichts anderes als eine Schuld knechtschaft in moderner Form. Indessen wird die Revision sich hierauf nicht beschränken können. Das geltende Recht beruht bekanntlich auf dem Grundsatze, dass die Lohnansprüche nur soweit gepfändet werden dürfen, als sie nicht nach dem

¹⁷²⁾ Ebenso Meier, S. 144, 160, der allerdings noch weiter gehen möchte.

¹⁷³⁾ Dies erhellt daraus, dass z. B. im Kanton Zürich im Jahre 1922 auf 19,494 erfolgreiche Pfändungen 3094 Lohnpfändungen (16 %), im Jahre 1923 auf 19,854 erfolgreiche Pfändungen 3649 Lohnpfändungen (18,4%) entfielen. Rech. Ber. 1923, S. 27.

¹⁷⁴⁾ Ebenso Blumenstein, S. 370; Jaeger, N. 1 B zu Art. 93. Vergl. zu der Frage auch die Verhandlungen des VII. Deutschen Juristentages über das Thema „Soll die Gesetzgebung den Arrest auf künftig verdienten Lohn gestatten und in welchem Umfange?“ Gutachten Koch, Bd. I, S. 100 ff.; Gutachten Otto, Bd. I, S. 182 ff.

Ermessen des Betreibungsbeamten dem Schuldner und seiner Familie unumgänglich notwendig sind; es soll also die Festsetzung des pfändbaren Betrages von Fall zu Fall stattfinden. Für und gegen dieses System sprechen dieselben Gründe, die soeben für und gegen die Einführung einer sog. „allgemeinen Kompetenzwohltat“ angeführt worden sind. Theoretisch am vollkommensten, bietet es der praktischen Anwendung besonders in Städten und Ortschaften mit städtischen Verhältnissen nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Es wird denn auch in der Praxis nicht so gehandhabt, wie es dem Gesetzgeber vorschwebte, d. h. derart, dass jeder einzelne Fall für sich gewürdigt wird; denn verschiedene Aufsichtsbehörden haben schon vor Jahren mehr oder weniger vollkommene generelle Weisungen erlassen, in denen festgestellt wird, welcher Betrag dem Schuldner verbleiben muss, wobei gewöhnlich eine Differenzierung nach den örtlichen und den Familienverhältnissen und nach der Berufszugehörigkeit des Schuldners stattfindet.¹⁷⁵⁾ Hieraus ist aber de lege ferenda die Folgerung zu ziehen, dass das geltende System geändert und ein fester Maßstab für die Bemessung der unpfändbaren Quote geschaffen werden muss. Fraglich kann nur sein, wie dies zu geschehen hat. Von den verschiedenen, in andern Gesetzgebungen anerkannten Systemen fällt jedenfalls das früher in Deutschland geltende sog. „starre System“¹⁷⁶⁾ ausser Betracht, darin bestehend, dass generell ein bestimmter Betrag (1500 M.) festgesetzt wird, der dem Schuldner belassen werden muss; denn es nimmt weder Rücksicht auf die örtlichen Lebensbedingungen, noch auf den Familienstand, noch auf die berufliche Stellung des Schuldners, indem es „den Berliner Bankier und den ostpreussischen Pferdeknecht gleich behandelt und zudem zu dem unseligen Gedanken des 1500 Mark-Vertrages

¹⁷⁵⁾ Vergl. Jenny, Die Lohnpfändung, Diss. Zürich 1912, S. 100 ff.

¹⁷⁶⁾ Vergl. bes. Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 762 ff.

geführt hat“.¹⁷⁷⁾ Ebensowenig geeignet ist das Quotensystem,¹⁷⁸⁾ wonach zwar nicht ein bestimmter Betrag, sondern eine bestimmte Quote des Lohnes (z. B. $\frac{9}{10}$) als unpfändbar erklärt wird; denn es berücksichtigt das Existenzminimum als solches nicht, indem auch vom geringsten Lohne eine Quote gepfändet werden kann, und lässt gleich dem starren System die Familienverhältnisse ausser Betracht. Die Nachteile der beiden Systeme lassen sich indessen durch eine geeignete Kombination derselben vermeiden.¹⁷⁹⁾ Das geltende deutsche Recht sieht denn auch eine solche Kombination vor. Diese besteht darin, dass der Lohn bis zu einer bestimmten Höhe völlig und darüber zu einem Drittel unpfändbar ist, wobei dieser Bruchteil für jede Person, deren Unterhalt dem Schuldner obliegt, sich um einen Sechstel, höchstens aber um einen Drittel erhöht, so dass vom Mehrbetrag unter allen Umständen ein Drittel gepfändet werden kann.¹⁸⁰⁾ In dieser Richtung wird sich auch bei uns die Revision des Lohnpfändungsrechtes zu bewegen haben; immerhin wird eine feinere Differenzierung vorzunehmen sein, etwa derart,

¹⁷⁷⁾ So Stein, Zivilprozess (Gesetzesreform), S. 63. Zum 1500 Mark-Vertrag vor allem Becker, Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500 Mark-Vertrages. Gruchots Beiträge, Bd. 58, S. 1 ff. und die dort zitierte, umfangreiche Literatur.

¹⁷⁸⁾ Ein modifiziertes Quotensystem liegt dem französischen Rechte zugrunde. Vergl. über die ziemlich komplizierte Regelung: Gesetz vom 12. Januar 1895 (dazu Cuche, p. 179 ss.; César-Bru, La saisie-arrêt des salaires, Rev. gén. dr., t. 20^e, p. 337 ss.), ersetzt durch Gesetz vom 27. Juli 1921 (dazu Pabon, Traité sur la saisie-arrêt des salaires, 1922).

¹⁷⁹⁾ Vergl. Cohn, Über die Notwendigkeit der Reform des Lohnbeschlagnahmerechtes. Gruchots Beiträge, Bd. 54, S. 721 ff., auf dessen Vorschlägen die neue Ordnung in Deutschland beruht.

¹⁸⁰⁾ Vergl. VO vom 13. Dezember 1917, abgeändert durch R.ges. vom 25. Juni 1919, 23. Dezember 1921, 26. Oktober 1922, 13. Dezember 1923, VO vom 7. Januar 1924. Nach dieser zuletzt genannten VO beträgt die unpfändbare Summe 30 Goldmark per Woche; der 100 Goldmark per Woche übersteigende Lohn kann unbeschränkt gepfändet werden.

dass der schlechthin unpfändbare Betrag je nach den örtlichen Verhältnissen, dem Familienstande und dem Berufe, dem der Schuldner angehört, verschieden angesetzt wird.¹⁸¹⁾ Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass die Ordnung um so komplizierter wird, je mehr man differenziert, doch sollte dies nicht abschrecken, wenn sich ein materiell befriedigendes Resultat erreichen lässt.¹⁸²⁾ Fraglich ist dagegen, ob bei der Bemessung des unpfändbaren Betrages noch weitere Faktoren zu berücksichtigen sind, namentlich, ob, wie schon vorgeschlagen wurde, eine Herabsetzung desselben stattzufinden hat, wenn der Schuldner zahlungsunwillig ist, wenn die zu vollstreckende Forderung unabhängig vom Willen des Gläubigers entstanden ist oder es sich um eine Unterhaltsforderung handelt.¹⁸³⁾ Der erste dieser Vorschläge ist aus praktischen Gründen abzulehnen und zwar deswegen, weil eine zuverlässige Grenze zwischen dem Nichtzahlenkönnen und dem Nichtzahlenwollen sich kaum ziehen lässt. Was den zweiten Vorschlag betrifft, so können zu dessen Gunsten Erwägungen der Billigkeit angeführt werden, doch sind diese nicht überzeugend genug, um eine weitere Differenzierung zu rechtfertigen, zumal da ebenso stark ins Gewicht fallende Gründe der Billigkeit gegenüber dem Schuldner gegen eine Herabsetzung des Existenzminimums sprechen. Dagegen ist die besondere Behandlung der Alimentenforderungen innerlich vollauf begründet; denn das Existenzminimum wird dem Schuldner nicht zuletzt um seiner Unterhaltspflichten willen gewährt; er soll sich

¹⁸¹⁾ Ähnlich Jenny, S. 150/52, der allerdings nur den Familienverhältnissen durch Variierung der Quote Rechnung tragen will.

¹⁸²⁾ Zum Zwecke einer möglichst vollkommenen Anpassung an die jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse, sollte der unpfändbare Betrag nicht im Gesetze festgelegt, sondern dessen Bestimmung einer VO überlassen werden. Dasselbe hätte selbstverständlich mit Bezug auf eine allfällige Ortsklasseneinteilung zu geschehen.

¹⁸³⁾ Conrad, S. 473 ff.; Jenny, S. 152 ff.

daher nicht darauf berufen können, um sich der Zahlung von Alimentenforderungen zu entziehen.¹⁸⁴⁾ Endlich ist in diesem Zusammenhange noch die Frage aufzuwerfen, ob nicht das Lohnbeschlagnahmerecht, abgesehen von der ziemlich allgemein anerkannten Kompensationsbeschränkung (Art. 340 OR, § 394 BGB) einer weiteren materiell-rechtlichen Ergänzung in dem Sinne bedarf, dass auch Zession und Verpfändung, sei es ganz, sei es teilweise unwirksam erklärt werden. Das französische Recht hat dies insofern getan, als es die Abtretung von Lohnforderungen, soweit diese nicht pfändbar sind, nicht gestattet und für die Abtretung der zessiblen Quote besondere Formvorschriften aufstellt.¹⁸⁵⁾ Die Sozialgesetzgebung des Bundes ist zum Teil noch weiter gegangen und hat hinsichtlich der von ihr als unpfändbar erklärt Ansprüche die Möglichkeit der Verpfändung sowohl als der Zession ausgeschlossen,¹⁸⁶⁾ während für die in Art. 93 SchKG genannten Ansprüche ein solches Verbot nicht besteht. Man wird sich freilich keinen Täuschungen darüber hingeben dürfen, dass jeder Versuch, die Verfügungsfähigkeit des Schuldners in bezug auf seine Lohnforderungen einzuschränken, als Bevormundung des Schuldners bekämpft werden wird; indessen erscheint eine solche Anordnung, zumal wenn die Pfändung noch nicht verdienten Lohnes als nicht mehr zulässig bezeichnet wird, gleichwohl eingehender Prüfung wert und zwar im Interesse des Schuldners sowohl, als demjenigen des Gläubigers.¹⁸⁷⁾ Dabei

¹⁸⁴⁾ Vergl. die neue Praxis: BGE 44, III, Nr. 53; 45, III, Nr. 22, Nr. 29.

¹⁸⁵⁾ Vergl. Art. 62 des Code du travail in der ihm durch Gesetz vom 24. Juli 1921 gegebenen Fassung; dazu Pabon, p. 19 ss.

¹⁸⁶⁾ Z. B. Art. 96 KUG; Art. 14 Mil.Vers.Ges. vom 23. Dezember 1914; Art. 8 Bges. über die Versicherungskasse der eidg. Beamten und Angestellten, vom 30. September 1919.

¹⁸⁷⁾ Vergl. in diesem Sinne auch Jenny, S. 155; Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechtes, S. 30; Falkmann, Gutachten, S. 259 ff.; dagegen César-Bru, Rev. gén. dr., t. 20^e, p. 347 ss.

soll die Frage offen gelassen werden, in welchem Umfange gegebenenfalls eine solche Beschränkung in Aussicht zu nehmen ist.

III. Verhältnis zum Zivil- und Prozessrecht.

Ein Problem, dem die geltende Gesetzgebung zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt hat, von dessen Lösung aber für die praktische Brauchbarkeit eines Betreibungsgesetzes viel abhängt, ist die Ordnung der Beziehungen des Vollstreckungsrechtes zum materiellen Zivilrechte einerseits und zum Zivilprozessrechte andererseits. Die Aufgabe, die sich hier dem Gesetzgeber stellt, ist keineswegs leicht; denn nicht nur sind diese Zusammenhänge überaus vielfältig, sondern sie liegen oft im Verborgenen und sind daher auch für das geübte Auge nicht selten nur schwer aufzufinden. Es erscheint daher als geboten, hier wenigstens einige grundsätzliche Fragen zu erörtern, zu denen der Gesetzgeber Stellung zu nehmen haben wird.

1. Verhältnis zum Zivilrechte.

I. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Exekutions- und Zivilrecht weist die schweizerische Gesetzgebung insofern ein eigenartiges Gepräge auf, als das SchKG der Vereinheitlichung des Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrechtes vorgängig geschaffen worden ist. Der Bundesgesetzgeber musste damals die 25 kantonalen Privatrechtskodifikationen als etwas nicht Antastbares hinnehmen und sich versagen, an dem vorhandenen materiellen Rechte diejenigen Änderungen zu treffen, die im Interesse des Zusammenspielens des Zivil- und Vollstreckungsrechtes wünschbar gewesen wären, wenn die Schuldbetreibung in allen Teilen einheitlich geordnet werden wollte.¹⁸⁸⁾ Er hat sich daher bemüht, das neue

¹⁸⁸⁾ Vergl. über die Stellung des SchKG zu den kantonalen Privatrechten Heusler, Das Weibergutsprivileg, Z.schw.R., n.F., Bd. 1, S. 17 ff.; Affolter, Eheliches Güterrecht und Betreibungsrecht, ZBJV, Bd. 40, S. 129, 659 ff.

Vollstreckungsrecht so auszustalten, dass es in allen Kantonen durchführbar war und hinsichtlich derjenigen Materien, wo die betreibungsrechtliche Auswirkung eines Tatbestandes durch das konkrete materielle Recht bedingt war und eine allgemein gültige Lösung sich schlechterdings nicht auffinden liess, das kantonale Recht vorbehalten.¹⁸⁹⁾ Die Situation änderte sich natürlich von Grund auf mit dem Erlasse des ZGB. Damit fielen die Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechtes dahin, und der Bundesgesetzgeber war genötigt, die infolgedessen entstandenen Lücken auszufüllen und das SchKG mit dem ZGB in Einklang zu setzen. Dies geschah in der Hauptsache durch Art. 58 (früher Art. 60) SchlT z. ZGB.¹⁹⁰⁾ Die getroffene Ordnung ist indessen, wie heute wohl allgemein anerkannt wird, nicht sehr glücklich ausgefallen. Es sei nur an die grossen Schwierigkeiten erinnert, welche die betreibungsrechtliche Ausführung von Art. 806 ZGB verursacht hat und die erst vor wenigen Jahren durch die VO über die Zwangsverwertung von Grundstücken behoben worden sind.¹⁹¹⁾ Ebenso verworren ist heute noch die rechtliche Stellung der Ehefrau im Betreibungsverfahren; die Lösungsversuche,¹⁹²⁾ die bisher unternommen wurden, tun entweder dem ZGB oder dem SchKG Zwang an. Endlich

¹⁸⁹⁾ Vergl. z. B. Art. 65 i. f.; 94, Abs. 3; 101; 102; 111; 135; 141, Abs. 3; 153, Abs. 3; 219 SchKG.

¹⁹⁰⁾ Vergl. Blumenstein, Der Einfluss der neuen Zivilgesetzgebung auf das Schuldbetreibungsrecht, ZBJV, Bd. 48, S. 261 ff., 317 ff.; ähnlich waren die Verhältnisse in Deutschland beim Erlasse des BGB, vergl. z. B. Kleinfeller, Das BGB und die Konkursordnung, DJZ, Bd. 1, S. 475 ff.

¹⁹¹⁾ Vergl. vor allem Kellerhals, Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet- und Pachtzinsforderungen, 1919; Schultz, SJZ, Bd. 9, S. 313 ff.; Leemann, SJZ, Bd. 12, S. 1 ff.; ferner Haab, ZBJV, Bd. 58, S. 582 ff.

¹⁹²⁾ Goeschke, Die Rechtsstellung der Ehefrau im Betreibungsverfahren, ZBJV, Bd. 49, S. 601 ff., 657 ff.; Held, Die Ehefrau im Prozesse und in der Betreibung, SJZ, Bd. 14, S. 354; SJZ, Bd. 17, S. 337 ff. und neuestens Panchaud, Le régime matrimonial et la poursuite pour dettes, Diss. Lausanne 1924.

sei auch auf die Bestimmungen des OR über die Versteigerung (Art. 229 ff.)¹⁹³⁾ hingewiesen, die, soweit sie die Zwangsversteigerung beschlagen, mit dem SchKG schlechterdings nicht vereinbart werden können; denn während die durch Art. 58 SchlT z. ZGB erfolgte Änderung des SchKG die Zwangsversteigerung als einen öffentlich-rechtlichen Akt ausgestaltet hat, wird durch das OR die Kauftheorie wieder auf den Schild erhoben.¹⁹⁴⁾

II. Frägt sich nunmehr, nach welchen allgemeinen Grundsätzen das Verhältnis zwischen dem Zivilrechte und dem Exekutionsrechte auszustalten ist, so muss unterschieden werden zwischen der materiellen und der formellen Seite.

1. In materieller Beziehung ist die positivrechtliche Gestaltung des Verhältnisses des Zivilrechtes zum Exekutionsrechte bedingt durch den Zweck, dem zu dienen dieses bestimmt ist und der in der Verwirklichung des materiellen Rechtes besteht. Hieraus erhellt, dass grundsätzlich das Exekutionsrecht dem materiellen Rechte sich unterzuordnen, d. h. dieses als etwas Gegebenes zu betrachten hat, dem es sich anpassen muss. Es ist daher bei der Schaffung eines Vollstreckungsgesetzes insbesondere auch darauf Bedacht zu nehmen, dass durch den Vollstreckungszweck nicht erforderliche Eingriffe in Privatrechte vermieden werden. Diesem Postulate wird das SchKG nicht in allen Beziehungen gerecht. Es setzt sich beispielsweise über das Zivilrecht insofern hinweg, als es, obschon dieses die Ehefrau in ihrer Handlungsfähigkeit nicht beschränkt, sie als durch den Ehemann „gesetzlich vertreten“ betrachtet und verlangt, dass die Betreibung, falls sie sich nicht gegen eine Handels- und Gewerbefrau richtet, auch bei getrenntem Wohnsitze der Ehegatten (Art. 25, Abs. 2, 170 ZGB) am Wohnsitze des Ehemannes

¹⁹³⁾ Vergl. dazu Stäger, Der Steigerungskauf, 1916.

¹⁹⁴⁾ Vergl. zu der Frage v. Tuhr, Streifzüge im revidierten OR, SJZ, Bd. 18, S. 383.

zu führen ist, und dass diesem die Betreibungsurkunden zuzustellen sind. Ebensowenig nimmt das SchKG darauf Rücksicht, dass für gewisse Schulden die Ehefrau nicht mit ihrem ganzen Vermögen haftet, sondern eine beschränkte Haftung besteht.¹⁹⁵⁾ Hierin liegt die Quelle aller der Schwierigkeiten, auf die soeben sub Ziff. I hingewiesen worden ist. Ein neues Gesetz wird mit Bezug auf die Betreibung gegen die Ehefrau eine grundsätzliche Änderung in dem Sinne vorzunehmen haben, dass für die Ordnung der betreibungsrechtlichen Stellung der Ehefrau deren zivilrechtliche Stellung den Ausgangspunkt bildet. Die Folge hiervon wird die sein, dass Art. 47 SchKG in seiner heutigen Form fallen, die Ehefrau als selbständige zum Verfahren legitimiert erklärt und der Ehemann zur Wahrung seiner Rechte auf das Widerspruchsverfahren verwiesen werden muss,¹⁹⁶⁾ indem dieses so auszubauen ist, dass es überhaupt den Rechtsbehelf bildet, mit dem Dritte sich der Exekution widersetzen können, aus welchem Titel dies auch geschehen mag.¹⁹⁷⁾ Ein weiteres Beispiel bildet die Behandlung der nicht eingetragenen (altrechtlichen) Dienstbarkeiten im Zwangsverwertungsverfahren. Gemäss Art. 17 und 21 SchlT z. ZGB bleiben die vor dem Inkrafttreten des ZGB entstandenen Grunddienstbarkeiten nach der Einführung des Grundbuches auch ohne Eintragung in Kraft, können aber, solange sie nicht eingetragen sind, gegenüber gutgläubigen Dritten nicht geltend gemacht werden. Dabei bleibt Art. 44 SchlT vorbehalten, wonach die Gesetzgebung des Bundes oder der

¹⁹⁵⁾ Vergl. BGE 44, III, Nr. 38.

¹⁹⁶⁾ Vergl. Jaeger, Praxis, Bd. 2, N. 2 zu Art. 47.

¹⁹⁷⁾ Die Praxis hat zwar die Tendenz, das Widerspruchsverfahren zurückzudrängen, indem sie dasselbe in der Betreibung auf Pfandverwertung ausschliesst und den Dritteigentümer des Pfandes als Betriebenen behandelt. BGE 38, I, Nr. 97; 41, III, Nr. 53; 42, III, Nr. 1, 16, 39, 44; 43, III, Nr. 33. Bonnard, De la poursuite contre le tiers propriétaire du gage. Journ. Trib. (Poursuite) 1919, p. 138 ss.

Kantone die im Grundbuche nicht eingetragenen dinglichen Rechte auf einen bestimmten Zeitpunkt nach vorangegangener Auskündigung für aufgehoben erklären kann. Jedenfalls steht für den Zivilisten ausser Zweifel, dass gemäss dem Bundeszivilrechte bis zu dem Zeitpunkte, wo das Grundbuch eingeführt wird, die nicht eingetragenen Servituten des kantonalen Rechtes ohne jede Einschränkung zu Recht bestehen. Demgegenüber bestimmt Art. 138 SchKG, dass diese Dienstbarkeiten, falls sie im Lastenbereinigungsverfahren nicht angemeldet werden, von der Teilnahme am Verwertungsergebnis ausgeschlossen bleiben. Art. 29 ZGV hat, gestützt auf die Praxis des Bundesgerichtes,¹⁹⁸⁾ diese Androhung dahin ausgestaltet, dass die nicht angemeldeten Dienstbarkeiten gegenüber einem gutgläubigen Erwerber des belasteten Grundstückes nicht mehr geltend gemacht werden können, soweit es sich nicht um Rechte handelt, die auch nach dem ZGB ohne Eintragung dinglich wirksam sind. Es hat danach die Unterlassung der Anmeldung im vollstreckungsrechtlichen Lastenbereinigungsverfahren dieselben Wirkungen, wie die Unterlassung der Anmeldung im Grundbuchbereinigungsverfahren. Es erscheint allerdings als zweifelhaft, ob Art. 138 SchKG wirklich die Bedeutung hat, welche die Praxis ihm beilegt, oder ob nicht seine Tragweite bloss dahin geht, dass derjenige, der die Servitut nicht angemeldet hat, lediglich seinen Anspruch auf den Erlös verliert, falls das Recht gemäss Art. 812 ZGB/141 SchKG nicht mehr weiterbestehen kann, weil dadurch die vorgehenden Grundlast- und Grundpfandgläubiger geschädigt würden, während überall da, wo dies nicht zutrifft, die Unterlassung der Anmeldung unerheblich ist und der Ersteigerer gleich einem Käufer die Dienstbarkeit gegen sich gelten lassen

¹⁹⁸⁾ BGE 24, II, Nr. 61; 30, II, Nr. 19; 40, III, Nr. 73. Jaeger, N. 14 zu Art. 138; Leemann, Die Bedeutung der Lastenbereinigung, SJZ, Bd. 18, S. 37 f. A. M. ZR, II, Nr. 175, 200; Meili, Rechtsgutachten i. S. der Spinnerei Aegeri ca. Iten, 1897.

muss.¹⁹⁹⁾ Dabei ist allerdings zuzugeben, dass unter diesen Umständen die praktische Bedeutung der Bestimmung von Art. 138 SchKG äusserst gering wäre, weil die altrechtlichen Dienstbarkeiten in der Regel den Hypotheken vorgehen werden. Welche der beiden Lösungen de lege lata die richtige ist, mag hier dahingestellt bleiben; denn sollte Art. 138 SchKG im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis zu interpretieren sein, so müsste de lege ferenda seine Änderung befürwortet werden, weil er das Prinzip der Unterordnung des formellen Rechtes unter das materielle Recht verletzt. Es liegt denn auch kein Grund vor, der es rechtfertigen oder gar verlangen würde, dem Vollstreckungsrechte diesen schweren Eingriff in das materielle Recht zu gestatten. Das Interesse an der Erreichung des Vollstreckungszweckes erfordert jedenfalls diesen Eingriff nicht; denn das Argument, mit welchem die bundesgerichtliche Auslegung von Art. 138 SchKG begründet wird und das dahin geht, der Ersteigerer müsse wissen, welche Lasten er zu übernehmen habe, ist insofern unbehelflich, als jeder Erwerber mit solchen Dienstbarkeiten zu rechnen hat und nichts dazu zwingt, den Ersteigerer in dieser Beziehung besonders günstig zu behandeln. Abgesehen davon erscheint das vollstreckungsrechtliche Lastenbereinigungsverfahren zur Vornahme einer Grundbuchbereinigung — denn darauf läuft Art. 138 SchKG nach der Praxis hinaus — schlechterdings nicht als geeignet. In Deutschland, wo nach dem vor dem Inkrafttreten des BGB geltenden Landesrecht²⁰⁰⁾ ebenfalls eine grosse Anzahl von Dienstbarkeiten keines Eintrages bedurfte, hat man

¹⁹⁹⁾ Die Frage hat auch die Bundesversammlung beschäftigt, indem bei Anlass der Beratung des Geschäftsberichtes des Bundesgerichtes für das Jahr 1915 Ständerat Böhi gegen die bundesgerichtliche Praxis Stellung nahm, vergl. Prot. der Sitzung des St.R. vom 23. Juni 1916, ferner Böhi, Untergang nicht angemeldeter Grunddienstbarkeiten bei Zwangsversteigerungen. Sep.-Abdr. aus der Thurgauer Zeitung, 1916.

²⁰⁰⁾ Vergl. Art. 187 EG z. BGB.

denn auch die nötigen Massnahmen getroffen, um den Fortbestand dieser Rechte in der Exekution zu gewährleisten. Art. 9, Abs. 1, EG z. ZVG bestimmt nämlich, dass, soweit ein nach Landesgesetz begründetes Recht an einem Grundstück, das nicht in einer Hypothek besteht, zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung nicht bedarf, dieses Recht nach Massgabe des Landesgesetzes von der Zwangsversteigerung unberührt bleibt, auch wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt ist.²⁰¹⁾ Ebensowenig reimt sich mit dem Zivilrechte die Vorschrift von Art. 68 i. f. ZGV, wonach allfällig im Lastenbereinigungsverfahren festgestellte, noch nicht eingetragene Lasten, d. h. also beispielsweise Dienstbarkeiten, die geltend gemacht und nicht bestritten worden sind, zur Eintragung im Grundbuche angemeldet werden müssen; denn es lässt sich im ZGB jedenfalls keine Bestimmung auffinden, wonach die Geltendmachung einer Dienstbarkeit durch den angeblich Berechtigten im Lastenbereinigungsverfahren und die Unterlassung der Bestreitung einen Entstehungsgrund für eine Dienstbarkeit bildet, und es kann auch nicht die Aufgabe des Vollstreckungsrechtes sein, Entstehungsgründe für dingliche Rechte zu schaffen. Es wäre wohl nicht leicht, gegen die Verfügung eines Grundbuchamtes aufzukommen, das die Eintragung einer derartigen, im Exekutionsverfahren kreierten Servitut mangels Rechtsgrundausweises ablehnt.²⁰²⁾

2. Was sodann die zweite Frage anlangt, wie das Verhältnis zwischen dem Zivil- und dem Vollstreckungsrechte gesetzestechisch gestaltet werden soll,²⁰³⁾ so liegt auf der Hand, dass eine scharfe Trennung, derart, dass der Zivilrechtskodex nur materielles Recht, das Vollstreckungsgesetz dagegen nur Verfahrensnormen zu enthalten hätte,

²⁰¹⁾ Vergl. im einzelnen besonders Wolff, Kommentar z. ZwVG, S. 526 ff.; Nussbaum, S. 111 f.

²⁰²⁾ A. M. Leemann, a. a. O.

²⁰³⁾ Vergl. zum folgenden Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889, S. 7 ff.

nicht durchführbar ist; denn irgendwo muss die Verbindung auch formell hergestellt werden. Dabei sind zwei Wege gangbar. Entweder kann die Anknüpfung im Zivilgesetzbuch gesucht werden, in der Weise, dass dieses auch die betreibungsrechtliche Auswirkung der zivilrechtlichen Tatbestände ordnet, also beispielsweise vorschreibt, wo und wie die Ehefrau zu betreiben ist, welche Stellung dem Ehemanne in der Betreibung gegen die Ehefrau zukommt, welchen Einfluss der Zuschlag auf die das versteigerte Grundstück belastenden beschränkten dinglichen Rechte ausübt, usw. Oder aber es kann die Regelung getroffen werden, dass die Brücke zwischen dem materiellen und dem formellen Rechte im Vollstreckungsgesetze geschlagen wird und dieses nicht nur die Ordnung des Verfahrens umfasst, sondern zugleich auch bestimmt, welche materiellrechtlichen Wirkungen den vollstreckungsrechtlichen Vorgängen innewohnen. Das geltende schweizerische Recht hat diesfalls keine bestimmte Methode befolgt. Einerseits hat das ZGB in umfangreicher Weise betreibungsrechtliche Normen aufgestellt;²⁰⁴⁾ andererseits ordnet das SchKG — allerdings in geringerem Masse — auch materielles Recht.²⁰⁵⁾ Der Grund hievon muss in der zeitlichen Priorität des Betreibungsgesetzes, in seinem oben erörterten Verhältnisse zu den kantonalen Privatrechten und in dem Bestreben gesehen werden, trotz des Erlasses des ZGB das SchKG soweit als möglich intakt zu erhalten. Es ist nicht zu erkennen, dass auch hierin eine der Ursachen für die schon wiederholt erwähnten Schwierigkeiten in der praktischen Handhabung des SchKG liegt.²⁰⁶⁾ Daher ist de lege ferenda das Postulat aufzustellen, dass bei der Lösung

²⁰⁴⁾ So Art. 173—176, 182, 185, 186, 354, 524, 578, 806, 812, 816 ZGB u. a. m.

²⁰⁵⁾ Dies gilt namentlich für das Konkursrecht, vergl. Art. 208 ff. SchKG.

²⁰⁶⁾ Vergl. darüber Blumenstein, Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betreibungsrechtlichen und prozessualen Bedeutung, ZBJV, Bd. 50, S. 233 ff., 289 ff.

dieser gesetzestehnischen Frage nach einem bestimmten Prinzip verfahren wird, und zwar dürfte es sich hiebei empfehlen, von den beiden in Betracht fallenden Methoden die zuletzt genannte zu wählen. Einmal wird dadurch die ohnehin schon stark belastete Zivilrechtskodifikation vereinfacht, und sodann hat dieses System auch den weiteren Vorzug, dass nicht jede Modifikation des Verfahrensgesetzes zu einer Änderung des Zivilgesetzes zwingt.²⁰⁷⁾

2. Das Verhältnis zum Prozessrechte.

I. Gleich wie das Privatrecht zu seiner Verwirklichung des Vollstreckungsrechtes bedarf, so ist dieses, wenn es seinen Zweck erreichen soll, auf das Prozessrecht angewiesen.²⁰⁸⁾ Oft tauchen im Vollstreckungsverfahren Fragen auf, von deren Entscheidung der Fortgang der Exekution abhängt und die zu lösen nur die Gerichte, nicht aber die Vollstreckungsorgane berufen sind. Wie im einzelnen die Kognition des Richters und des Vollstreckungsorganes voneinander abgegrenzt werden sollen, ist natürlich Sache des positiven Rechtes; indessen lässt sich ein modernes Vollstreckungsverfahren, das ohne Inanspruchnahme des Richters auskommt, schlechterdings nicht denken. Auch hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Betreibungs- und dem Prozessrechte, in dem diese der richterlichen Überprüfung unterstellten vollstreckungsrechtlichen Inzidente zu erledigen sind, befindet sich das schweizerische Recht gegenüber andern Rechtsordnungen in einer eigentümlichen Situation. Der Bundesgesetzgeber ist wohl zum Erlasse betreibungs- und konkursrechtlicher Vorschriften zuständig; dagegen fehlt ihm die Kompetenz zur Ordnung des Prozessverfahrens, und er muss daher, soweit die prozessuale Durchführung

²⁰⁷⁾ So Fischer, a. a. O., woselbst weitere Gründe angegeben sind, die für diese Methode sprechen.

²⁰⁸⁾ Über das geltende Recht vergl. Blumenstein, Handbuch, S. 104 ff.

des eidgenössischen Vollstreckungsrechtes in Frage steht, bei den Kantonen zu Gaste gehen. Freilich hat das SchKG sich nicht darauf beschränken können, die Voraussetzungen für die Anrufung des Richters im Exekutionsverfahren zu umschreiben, sondern es hat, wie dies auch im ZGB und in einer ganzen Anzahl anderer Bundesgesetze geschehen ist,²⁰⁹⁾ in das Zivilprozessrecht der Kantone eingreifen, diese seinen Zwecken anpassen oder doch dafür sorgen müssen, dass das kantonale Recht diese Anpassung vornehme. So schreibt es für einzelne vollstreckungsrechtliche Inzidentprozesse besondere, durch das Wesen dieser Prozesse bedingte Verfahrensarten vor (Art. 25, Ziff. 1 und 2 SchKG), das summarische Verfahren für die Rechtsvorschläge und das Konkurseröffnungsverfahren, das beschleunigte Verfahren für die Anschlusstreitigkeiten, die Kollokationsprozesse, die Streitigkeiten über den Bestand neuen Vermögens, die Arrestaufhebungsklage und die Retentionsstreitigkeiten. Hinsichtlich des summarischen Verfahrens stellt das SchKG selbst einige Spezialvorschriften über die Beweismittel, die Ladung der Parteien etc. auf;²¹⁰⁾ hinsichtlich des beschleunigten Verfahrens enthält es Normativbestimmungen,²¹¹⁾ denen das kantonale Recht sich fügen soll. Im weiteren schafft es für einzelne vollstreckungsrechtliche Inzidentprozesse besondere Gerichtsstände (Art. 83, Abs. 2; 86, Abs. 2; 148, Abs. 1; 157, Abs. 4; 187; 250, Abs. 1; 273; 279 SchKG,²¹²⁾ und endlich sieht es für den Anfechtungsprozess das Prinzip der freien Beweiswürdigung vor.²¹³⁾

²⁰⁹⁾ Schurter und Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. 1, 1924, S. 475 ff.; vergl. auch Giesker-Zeller, Die Auslegung von Art. 7 ZGB, Z.schw.R., n. F., Bd. 30, S. 163 ff.

²¹⁰⁾ Im einzelnen vergl. Blumenstein, Handbuch, S. 117 ff.; Jaeger, N. 4 zu Art. 25; Schurter-Fritzsche, S. 522 f.; Brunner, Das Rechtsöffnungsverfahren, 1898, S. 102 ff.

²¹¹⁾ Blumenstein, S. 115 ff.; Jaeger, N. 1—3 zu Art. 25; Schurter-Fritzsche, S. 479.

²¹²⁾ Schurter-Fritzsche, S. 470 ff.

²¹³⁾ Jaeger, N. 1 zu Art. 289; Blumenstein, S. 865 f.

II. Diese prozessrechtlichen Bestimmungen des SchKG sind in verschiedener Hinsicht der Verbesserung und Ergänzung bedürftig und fähig.

1. Zunächst sollte einmal der Kontroverse, wie der Begriff der Klageanhebung im Sinne von Art. 83, Abs. 2, 107, Abs. 1, 148, 250, 278, Abs. 3, SchKG auszulegen ist, durch eine positive Vorschrift ein Ende gemacht werden. Während die ältere Praxis die Klage in dem Zeitpunkte als „angehoben“ betrachtete, wo nach dem im konkreten Falle anwendbaren kantonalen Prozessrechte die Rechtshängigkeit begründet war,²¹⁴⁾ hat das Bundesgericht später diesen Standpunkt aufgegeben und erklärt, unter Klageanhebung sei die erste Handlung des Klägers zu verstehen, „die den Prozess einleitet, dem richterlichen Rechtsschutz ruft und ihn in gültiger Weise vorbereitet“.²¹⁵⁾ Die Konsequenzen dieser Interpretation sind insofern interessant, als danach unter Umständen die Klage angehoben ist, obschon nach dem kantonalen Rechte die Rechtshängigkeit noch nicht besteht²¹⁶⁾ — so etwa dann, wenn der Kläger das Sühneverfahren eingeleitet hat, die Litispendenz aber nach dem anwendbaren Prozessrecht erst mit der Einreichung der Weisung beim Gerichte eintritt —, unter Umständen dagegen trotz Vorhandenseins der Streithängigkeit eine gültige Klageanhebung doch nicht vorliegt²¹⁷⁾ — dies in den Fällen, wo „die erste Handlung des Klägers“ formell mangelhaft oder vor der unzuständigen Instanz vorgenommen worden ist, das kantonale Recht aber dem Richter gestattet, mangelhafte Vorkehren zur Verbesserung innerhalb einer

²¹⁴⁾ BGE 21, Nr. 36; 22, Nr. 18; 25, II, Nr. 59.

²¹⁵⁾ BGE 33, II, Nr. 66; 35, II, Nr. 15; 42, II, Nr. 16, Nr. 50; 46, II, Nr. 18. Die zuletzt genannten Urteile beziehen sich auf Art. 308 ZGB.

²¹⁶⁾ BGE 33, II, Nr. 66.

²¹⁷⁾ BGE 38, I, Nr. 104; 44, III, Nr. 49; dazu die Kritik von Leuch, Prozessleitung nach bernischer Zivilprozessordnung, ZBJV, Bd. 59, S. 503.

peremptorischen Frist zurückzuweisen und, insofern er sachlich oder örtlich nicht zuständig ist, die Klage entweder direkt dem zuständigen Gerichte zu übermitteln oder sie dem Kläger behufs Einreichung am richtigen Orte zurückzugeben, mit der Massgabe, dass die Rechtshängigkeit mit der erstmaligen Einreichung der Klage gegeben ist (vergl. Art. 162, 163 bern. ZPO). Nichtsdestoweniger verdient von diesen beiden Auffassungen die zuletzt genannte, welche den Begriff der Klageanhebung als einen solchen des Bundesrechtes bezeichnet, den Vorzug; denn lässt man die Klageanhebung mit der Litiskontestation des konkreten kantonalen Rechtes zusammenfallen, so hat dies die stossendsten Ungleichheiten und Unbilligkeiten zur Folge, indem danach in den einen Kantonen die Frist gewahrt ist, wenn die Klageschrift innerhalb derselben zur Post gegeben wird, in andern dagegen verschiedene zeitraubende Vorkehren getroffen werden müssen, um die Rechtshängigkeit zu begründen.²¹⁸⁾ Freilich bedarf de lege ferenda auch diese Auffassung einer Korrektur, sei es derart, dass Vorschriften, wie die Art. 162 und 163 bern. ZPO, ausdrücklich vorbehalten werden, oder noch besser in der Weise, dass das neue Bundesgesetz selbst, modernen Prozessanschauungen folgend, welche das materielle Recht höher werten, als die Form, eine inhaltlich dem Art. 162/163 bern. ZPO²¹⁹⁾ entsprechende Bestimmung aufstellt.

2. In zweiter Linie wird sich fragen, ob nicht der Bundesgesetzgeber da, wo er für gewisse vollstreckungsrechtliche Inzidentstreitigkeiten ein besonderes Prozessverfahren vorsieht, weiter in das kantonale Recht eingreifen soll und kann, als dies de lege lata geschieht. Dass von vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten aus

²¹⁸⁾ Vergl. dazu im einzelnen Bachmann, Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrechte, Z.schw. R., n. F., Bd. 20, S. 568 ff.

²¹⁹⁾ Vergl. dazu Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 1922, S. 131/2.

betrachtet eine über das geltende Recht hinausgehende Vereinheitlichung der Prozessgrundsätze als wünschenswert erscheint, liegt auf der Hand; denn es ist nicht zu bestreiten, dass, sobald sich das geringste Inzident ergibt, angesichts der grossen Verschiedenheiten der kantonalen Prozessrechtsordnungen, von der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Betreibungsrechtes nicht mehr viel zu spüren ist.

a) Was zunächst das für die Streitigkeiten über Rechtsvorschläge und die Konkurseröffnung bestimmte summarische Verfahren betrifft, so stehen einer abschliessenden bundesrechtlichen Regelung desselben in der Weise, dass die Kantone nur noch die zuständigen Behörden zu bezeichnen hätten, weder praktische noch theoretische Gründe entgegen; denn es würde sich bei dieser Neuerung lediglich um eine Zusammenfassung und Ergänzung der zurzeit im Gesetze zerstreuten Bestimmungen handeln. Dies wäre ohne Mühe zu erreichen und würde dem Rechtsverkehre grosse Vorteile bieten. Verfassungsrechtliche Bedenken können einem solchen bundesrechtlichen summarischen Verfahren gegenüber nicht erhoben werden; denn damit, dass die Bundesverfassung den Bund als zur Ordnung des Betreibungs- und Konkursrechtes zuständig erklärt, überträgt sie ihm auch die Befugnis zur Schaffung prozessualer Vorschriften, soweit diese mit dem Betreibungsrechte im Zusammenhange stehen und zu einer befriedigenden Durchführung der Exekution sich als notwendig erweisen.²²⁰⁾

b) Ein schwieriges Problem bildet die Gestaltung des beschleunigten Verfahrens. Die Schwierigkeiten bestehen darin, dass einerseits das beschleunigte Verfahren angesichts der auf dem Spiele stehenden Vermögenswerte mit den nämlichen Kautelen umgeben werden muss, wie das ordentliche Verfahren, dass es aber andererseits im Interesse eines rationellen Vollstreckungsbetriebes rascher

²²⁰⁾ Vergl. Schurter und Fritzsche, S. 480, N. 693.

vonstatten gehen sollte als dieses, das letztere jedenfalls in den Kantonen, deren Zivilprozessrecht auf gemeinrechtlicher Basis beruht. Es ist heute wohl nicht bestritten, dass der Bundesgesetzgeber mit den in Art. 25, Ziff. 1, aufgestellten Normativbestimmungen die beabsichtigte „Beschleunigung“ nicht erreicht hat. Nahezu überall unterscheidet sich das beschleunigte Verfahren vom ordentlichen nur dadurch, dass auf kürzere Termine vorgeladen wird. Davon, dass der letztinstanzliche kantonale Entscheid innerhalb sechs Monaten ergeht, ist kaum je die Rede, dies jedenfalls dann nicht, wenn es sich um einen einigermassen komplizierten Prozess handelt oder ein Rechtsmittelverfahren stattfindet. So offenkundig die Unzulänglichkeit der geltenden Ordnung ist, so schwer hält es, an ihre Stelle etwas Besseres zu setzen. Eine umfassende bundesrechtliche Normierung des beschleunigten Verfahrens, wie sie oben für das summarische Verfahren vorgeschlagen worden ist, kann wohl schon deswegen nicht in Betracht kommen, weil sonst innerhalb des Betreibungsgesetzes ein ganzer Prozessrechtskodex geschaffen werden müsste. Eine Erweiterung der vorhandenen Normativbestimmungen hinwiederum erweckt praktische Bedenken; denn nicht nur erscheint es als kaum durchführbar, derartige allgemeine Prozessgrundsätze mit den einzelnen, auf durchaus verschiedenen Grundlagen beruhenden Zivilprozessordnungen zu vereinbaren, sondern es besteht auch die Gefahr, dass dadurch das kantonale Recht in Verwirrung gebracht wird. Abgesehen davon ist, wie die Erfahrung lehrt, keine Gewähr dafür vorhanden, dass diese Normativbestimmungen durchgeführt werden und überhaupt durchgeführt werden können. Die Lösung des Problems des beschleunigten Verfahrens lässt sich, solange als der Bund zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Prozessrechtes nicht zuständig ist, nur auf dem Boden des kantonalen Rechtes, und zwar in der Weise erreichen, dass diejenigen Kantone, deren Prozessgang langsam und schleppend ist, sich zu einer Revision ihres Zivilprozess-

rechtes entschliessen; denn eine moderne Prozessordnung — wie die Gesetze der Kantone Basel-Stadt, Bern und Zürich — wird allen Anforderungen gerecht, die an ein beschleunigtes Verfahren ohne Nachteil für die materielle Prozesserledigung gestellt werden können, zumal dann, wenn damit noch die Vorschrift verbunden wird, dass die im beschleunigten Verfahren zu führenden Prozesse vor den anderen den Vorzug haben sollen und, falls der ordentliche Prozess ein Sühneverfahren vor dem Friedensrichter vorsieht, die Klage direkt beim Richter anzubringen ist.²²¹⁾

3. Endlich bedarf das geltende Recht auch in der Richtung der Ergänzung, dass die Gerichtsstände der im Vollstreckungsverfahren auszutragenden Streitigkeiten bestimmt werden; denn, wie aus den nachstehenden Ausführungen hervorgehen wird, fehlt eine eidgenössische Gerichtsstandsordnung gerade in den Fällen, wo über die örtliche Zuständigkeit Zweifel vorhanden, verschiedene Auffassungen möglich sind und daher am ehesten ein Bedürfnis für eine bundesrechtliche Norm vorliegt.

a) Was die materiellrechtlichen Streitigkeiten²²²⁾ betrifft, so ist für die Forderungsklagen (Art. 79, 153, 184, 186 SchKG), insbesondere für die Arrestproseguierungs-klage (Art. 278) eine eidgenössische Gerichtsstandsnorm nicht aufgestellt worden. In den Fällen von Art. 79, 153, 184, 186 SchKG ist eine solche Vorschrift allerdings nicht nötig; denn hier ist es gegeben, dass die allgemeinen Gerichtsstandsvorschriften Anwendung finden. Dagegen hat sich das Fehlen einer bundesrechtlichen forum arresti überall da in sehr unangenehmer Weise fühlbar gemacht, wo das kantonale Recht diesen Gerichtsstand nicht vorsieht.²²³⁾ Werden vollends nach dem Rechte eines Kantons,

²²¹⁾ Vergl. § 125 zürch. ZPO. Sträuli und Hauser, Kommentar dazu, 1915, S. 95, 105 f.

²²²⁾ Blumenstein, Handbuch, S. 106.

²²³⁾ Vergl. Hagmann, Der Gerichtsstand des Arrestortes für die Klage auf Anerkennung der Arrestforderung, SJZ, Bd. 17, S. 198 f.; auch Bachmann, S. 575.

dessen Prozessrecht den Gerichtsstand des Arrestortes nicht kennt, die ausländischen Urteile nicht vollzogen,²²⁴⁾ so wird dadurch der bundesrechtlich vorgesehene Ausländerarrest illusorisch; denn wohl kann der Arrest angelegt werden; dagegen wird der Arrestgläubiger hinsichtlich der Arrestproseguierung an den ausländischen Richter gewiesen; hat er sich dort ein Urteil erstritten, so verweigert ihm derselbe Kanton, der sich zur Anhandnahme der Klage als unzuständig erklärt, die Exekution dieses Urteils. Hieraus erhellt aber, dass eine Bestimmung, wonach das Arrestforum bundesrechtlich anerkannt wird, eine notwendige Ergänzung des eidgenössischen Arrestrechtes bildet.²²⁵⁾

b) Mit Bezug auf die sogenannten betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht²²⁶⁾ ist der Gerichtsstand von Bundesrechtes wegen bestimmt für die Kollokationsklage (Betreibungsort, Art. 148, 250 SchKG) und für die Klage auf Anfechtung des Lastenverzeichnisses (res sita, Art. 39 und 102 ZGV). Dagegen bleibt die Bestimmung des Gerichtsstandes der Widerspruchsklage (Art. 107 und 109), der Aussonderungsklage (Art. 242), der Anschlussklage (Art. 111), der Retentionsklage (Art. 284) und der Anfechtungsklage (Art. 285) dem kantonalen Rechte überlassen. Die kantonale Gesetzgebung, die Praxis und die Doktrin haben hinsichtlich des Gerichtsstandes für diese Klagen — es gilt dies namentlich für die Widerspruchsklage — so ziemlich alle Möglichkeiten erschöpft, die denkbar

²²⁴⁾ So Solothurn und Uri.

²²⁵⁾ Dabei bleibt natürlich für den interkantonalen Verkehr Art. 59 BV vorbehalten, BGE 40, I, Nr. 59; ferner Leuch, N. 5 zu Art. 25 bern. ZPO; Sträuli und Hauser, N. 3 zu § 10 zürch. ZPO. Das Anwendungsgebiet dieses Artikels ist freilich beschränkt, weil der Arrestschuldner in der Regel nicht aufrechtstehend sein wird. Im Verhältnis zu Frankreich gilt der Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869.

²²⁶⁾ Vergl. Blumenstein, Handbuch, S. 107 ff.

sind.²²⁷⁾ Das praktische Bedürfnis nach einer positiven bundesrechtlichen Ordnung dürfte daher kaum von der Hand gewiesen werden.²²⁸⁾ Dagegen erhebt sich natürlich sofort die Frage, wie diese bundesrechtliche Regelung getroffen werden soll. Stellt man auf die rechtliche Natur dieser Klagen ab, so kann als Forum nur der Betreibungs-ort bzw. der Ort der Konkurseröffnung in Betracht kommen.²²⁹⁾ Hinsichtlich der Anschlussklage dürfte einer in diesem Sinne lautenden bundesrechtlichen Vorschrift kaum Widerstand entgegengesetzt werden. Mit Bezug auf die Widerspruchs- und die Anfechtungsklage hingegen ist gegen die Anerkennung des Gerichtsstandes des Betreibungs- bzw. Konkursortes der Einwand erhoben worden, die rechtliche Natur des Streites und der Gesichtspunkt der Konnexität dürften für die Bestimmung des Forums nicht entscheidend sein, zumal eben in diesen Fällen in die Rechtssphäre Dritter eingegriffen werde und die blosse rechtliche Konstruktion der Klage nicht ohne weiteres dazu führen könne, den Dritten seinem natürlichen Richter zu entziehen.²³⁰⁾ Diese Auffassung, so bestechend sie sein mag, ist abzulehnen. Erscheint es an sich schon als fraglich, ob nicht die rechtliche Natur der Klage auf den Gerichtsstand einen bestimmenden Einfluss ausüben muss, so ergibt auch eine Abwägung des vollstreckungsrechtlichen Interesses an der Konzentration aller dieser Streitigkeiten am Betreibungsorte und des Interesses des Dritt-berechtigten bzw. des mit der Anfechtungsklage Belang-

²²⁷⁾ Betr. die Widerspruchsklage vergl. Jaeger, N. 5 E zu Art. 107; Huber, Der Gerichtsstand der Widerspruchsklage, ZBJV, Bd. 44, S. 649 ff.

²²⁸⁾ Ebenso Bachmann, S. 574/75.

²²⁹⁾ So konsequent Blumenstein, S. 393, 416, 768, 858; ebenso Jaeger, mit Ausnahme der Anfechtungsklage, wo er die gewöhnlichen Gerichtsstandsvorschriften anwendbar erklären will, N. 5 E zu Art. 107; N. 17 B zu Art. 111; N. 6 zu Art. 242; N. 1 A zu Art. 285.

²³⁰⁾ So Schurter und Fritzsché, S. 473 f., ebenso schon Bachmann, S. 571 ff.

ten, vor seinem natürlichen Richter prozedieren zu können, dass das Gericht des Betreibungsortes und zwar nur es²³¹⁾ als örtlich kompetent erklärt werden sollte. Die Zusammenhänge zwischen Exekution und Widerspruchsprozess sind derart enge, dass die Zerreissung der örtlichen Zuständigkeit praktisch grosse Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten im Gefolge hat. Am Betreibungsorte wird das Fristansetzungsverfahren durchgeführt; hier hat der Dritte gegen eine allfällige unrichtige Parteirollenverteilung Beschwerde zu erheben, und es darf ihm daher auch zugemutet werden, hier den Streit auszutragen.²³²⁾ So haben denn auch die Gesetze des Auslandes nicht gezögert, dem Dritten im Interesse eines rationellen Vollstreckungsbetriebes das Opfer des Verzichtes auf den nach den allgemeinen Bestimmungen zuständigen Richter aufzuerlegen.²³³⁾ Mit Bezug auf die Anfechtungsklage nimmt freilich die ausländische Gesetzgebung einen andern Standpunkt ein, indem sie — entsprechend der ihr zugrunde liegenden Auffassung über den juristischen Charakter der Klage — auf die gewöhnlichen Gerichtsstandsvorschriften abstellt.²³⁴⁾ Hier ist indessen das praktische Bedürfnis für die Anerkennung des Konkursortes als ausschliessliches Forum womöglich noch grösser als bei der Widerspruchsklage. Nicht nur ist es äusserst stossend, wenn die aus ein und demselben Betreibungs- oder Konkursverfahren resultierenden An-

²³¹⁾ Art. 59 BV fällt hier ausser Betracht, da die erwähnten Klagen in ihrer Eigenschaft als betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht keine „persönlichen Ansprachen“ sind.

²³²⁾ So ausser Blumenstein auch Jaeger, N. 5 E zu Art. 107 SchKG; Reichel, Anm. 3 zu Art. 107 SchKG; Brand, Red. Bem. zu A Bd. 12, Nr. 40.

²³³⁾ § 771 RZPO, Art. 608 C.pr.civ.fr., §§ 37/38 österr. Ex.O. Über die Begründung dieser Regelung vergl. Falkmann, S. 440 f.; Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 1885, S. 490 f.

²³⁴⁾ Für das deutsche Recht vergl. E. Jäger, Anm. 18 zu § 29 KO; für das österr. Recht Bartsch und Pollak, Anm. 5 zu § 43 österr. KO.

fechtungsprozesse in verschiedenem Sinne entschieden werden können, indem z. B. der eine Richter in einem bestimmten Zeitpunkte die Überschuldung als vorhanden betrachtet, der andere dagegen nicht, sondern es erfordert auch das Interesse an der Entscheidung des einzelnen Prozesses, dass dasselbe Gericht alle Folgen der Insolvenz zu beurteilen hat. Nur dadurch wird eine wirksame Durchführung des in Art. 289 SchKG aufgestellten Grundsatzes gewährleistet, indem der Richter auf Grund der in dem einzelnen Prozesse gemachten Feststellung über die Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Schuldners und sein Geschäftsgebaren wertvolle Anhaltspunkte für die Entscheidung anderer Prozesse zu gewinnen vermag. Die Einrede der Anfechtbarkeit, die im Kollokations-, im Widerspruchs- oder im Anschlussprozesse erhoben werden kann, hat im erstgenannten Falle auf Grund der positiven Vorschrift von Art. 250 SchKG stets der Richter am Vollstreckungsorte zu beurteilen; hinsichtlich der beiden übrigen Fälle sollte es de lege ferenda geschehen. Um so mehr empfiehlt es sich, den Richter des Betreibungs- bzw. Konkursortes auch zur Kognition über die Anfechtungs-klage selbst zuständig zu erklären.

Bei der Erörterung dieser drei Revisionsprobleme soll es hier sein Bewenden haben. Noch vieles wäre freilich zu sagen; denn wenn einmal an das Betreibungsgesetz Hand angelegt wird, so kann sich der Gesetzgeber nicht mit der Neuordnung einzelner Materien begnügen, sondern er wird das ganze Gesetz von Grund auf neu aufbauen müssen. Die vorliegende Arbeit hat jedoch ihren Zweck erreicht, sofern sie — wenn auch einstweilen nur in der Rechtsliteratur — die Frage der Revision des SchKG in Fluss zu bringen vermag. Auf die Dauer wird mit unserem geltenden Betreibungsrechte nicht mehr auszukommen sein; denn das ZGB kann seine Wirkungen erst dann voll entfalten, wenn ihm ein ebenbürtiges Vollstreckungsgesetz zur Seite gestellt wird.