

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:	51 (1932)
Artikel:	Vereinfachung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes
Autor:	Haab, R.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896438

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.01.2026

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

Vereinfachungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes.

Referat von Prof. Dr. R. Haab, Basel.

Der Schweizerische Juristenverein hat sich schon wiederholt mit Problemen der Zwangsvollstreckung befasst. Als Führer im Kampfe um die Rechtseinheit trat er bereits in den sechziger Jahren für die bundesrechtliche Ordnung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts ein und trug in der Folge, indem er verschiedene Jahresversammlungen der gesetzgebungspolitischen Erörterung des Gegenstands widmete, das Seine zum Zustandekommen des BGes vom 11. April 1889 bei¹⁾). Nach dem Inkrafttreten des SchKG war er bestrebt, dessen Anwendung in der Praxis zu erleichtern und setzte zu diesem Zwecke mehrmals kontroverse Auslegungsfragen auf die Tagesordnung²⁾). Dem diesjährigen Schweizerischen Juristen-

¹⁾ 1865: Die Konkursprivilegien in der Schweiz (Ref. Andr. Heusler und Jeanneret), ZschwR a. F. Bd. 14 S. 4 ff. — 1868: Die Centralisation der Civilrechtsgesetzgebung in der Schweiz (Simon Kaiser und Friedrich), wobei auch das Konkursrecht behandelt wurde, ZschwR a. F. Bd. 16 S. 79 ff. — 1876: Das Bges. über Schuldbetreibung u. Konkurs (de Seigneux), separat publiziert. — 1879: Die Verpfändung u. Zwangsliquidation von Eisenbahnen (Bärlocher und de Seigneux), ZBJV Bd. 15 S. 117 ff. — 1881: Das System der Schuldbetreibung (Oberer und Grenier), ZtschrGesRpfl. Bd. 5 S. 221 ff., 364 ff. — 1882: Konkursrechtliche Fragen mit Bezug auf den Erlass eines eidg. Konkursgesetzes (Heusler und Jaccottet), separat erschienen. — 1883: Die Folgen des Konkurses in zivil- und strafrechtlicher Beziehung (Zürcher und Hoffmann), ZschwR n. F. Bd. 2 S. 559, 626. — 1887: Über das Betreibungsamt im schweizerischen Rechte (Reichel und Martin), ZschwR n. F. 6 S. 567, 607.

²⁾ 1893: Die Kompetenz des Bger. in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (v. Salis und Brüstlein), ZschwR n. F.

tage kommt in der Geschichte unseres Exekutionsrechts insofern eine besondere Bedeutung zu, als der Verein, seinen Traditionen getreu, sich nunmehr in den Dienst der Reform des geltenden Rechtes stellt. Daher erscheint es als angemessen, die Revision des SchKG als solche ins Auge zu fassen, bevor auf die Erörterung einzelner Vorschläge eingetreten wird.

I. Die Revision des SchKG überhaupt.

I. Die Wünsche nach einer Reform unseres Betriebs- und Konkurswesens sind nicht neu. Kaum war das SchKG erlassen, wurde auch schon seiner Revision gerufen³⁾). Seither ist wohl kaum ein Jahr ins Land gegangen, ohne dass, sei es in den eidg. Räten⁴⁾ oder im Schosse parlamentarischer Kommissionen⁵⁾, sei es an Versammlungen des Juristenvereins⁶⁾, sei es in der Literatur,

Bd. 12 S. 531, 617. — 1901: Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Bachmann und Berthoni), ZschwR n. F. Bd. 20 S. 542, 584. — 1906: Art. 260 SchKG und seine Anwendung in der Praxis (Goetzinger und Borella), ZschwR n. F. Bd. 25 S. 497, 712. — 1907: Soll die Rechtshilfe unter den Kantonen bundesrechtlich auf die Vollstreckung von Steueransprüchen ausgedehnt werden (Kirchhofer und Carrard), ZschwR n. F. Bd. 26 S. 531, 676. — 1911: Die Grundlagen einer internationalen Regelung des Konkurrechts vom Standpunkte der Schweiz aus (Meili und Grenier), ZschwR n. F. Bd. 30 S. 477, 705.

³⁾ Anlässlich der Verhandlungen des Jur.Tages 1893, vgl. insbes. Votum Brüstlein, ZschwR n. F. 12 S. 666.

⁴⁾ So z. B. bei der Beratung der Motion Favon, StenBull. Bd. 7 S. 927 ff., 1185 ff. (vgl. darüber auch unter N. 162); ferner bei der Beratung der Novelle vom 3. April 1924: StenBull. NR Bd. 33 S. 193, 196; vgl. neuerdings das Postulat Schmutz vom 6. Juli 1932.

⁵⁾ Vgl. die Berichte der Geschäftsprüfungskommissionen: BBl 1892 III S. 199; 1894 II S. 747; 1899 III S. 908; 1900 III S. 206; 1903 III S. 133; 1910 III S. 824; 1916 III S. 105, 143.

⁶⁾ Vgl. die Protokolle über die 31., 39. und 44. Jahresversammlung des Juristenvereins, ZschwR n. F. Bd. 12 S. 652 ff.; Bd. 20 S. 649 ff.; Bd. 25 S. 719 ff.

die Revisionsfrage zur Sprache gebracht worden ist. So ging denn wohl auch der Vorstand des Juristenvereins, als er die Verhandlungsgegenstände für den kommenden Juristentag feststellte, davon aus, dass die Revisionsfrage als solche unbestritten sei. Dies entspricht gewiss der Auffassung der überwiegenden Mehrzahl der schweizerischen Juristen. Andererseits soll nicht unerwähnt bleiben, dass im Gegensatze zu andern Ländern (insbesondere Deutschland und Österreich) die führenden Verbände des Handels und der Industrie sich, von der Behandlung einzelner Fragen abgesehen, mit dem Probleme noch nicht befasst haben⁷⁾⁸⁾. Das mag freilich damit zusammenhängen, dass bei uns die Wirtschaftslage bis vor einigen Monaten noch verhältnismässig günstig war und daher die Mängel der bestehenden Ordnung noch nicht in so schroffer Weise zutage getreten sind, wie es anderswo geschehen ist. Jedenfalls wird in der Schweiz niemand von einem „Konkurse des Konkurses“, von einem „Bankrotte des Vollstreckungsverfahrens“⁹⁾, einer „hoffnungslosen Apathie der Gläubiger“¹⁰⁾ und dergleichen reden können.

⁷⁾ So ist z. B. von verschiedenen Sektionen des Handels- und Industrievereins eine Partialrevision i. S. der Wiederherstellung der durch die Novelle vom 3. April 1924 aufgehobenen Absätze 2 und 3 von Art. 293 angeregt worden (vgl. 61. Jahresbericht des Handels- und Industrievereins S. 98 ff.). Aus den Ausführungen des Berichts ergibt sich aber zugleich, dass in den Kreisen des Handels und der Industrie auf absehbare Zeit hinaus mit einer Revision des SchKG nicht gerechnet wird.

⁸⁾ Bezeichnend für die Stimmung der beteiligten Kreise in Deutschland und in Österreich sind die Verhandlungen des Wiener Gläubigerschutzkongresses vom Herbst 1930. Vgl. Protokolle des I. Int. Kongresses für Gläubigerschutz, ersch. im Selbstverlage des Creditorenvereins von 1870, Wien 1930. Eine Übersicht über die Ergebnisse gibt Kuhn, Die Resolutionen des I. Int. Gläubigerschutzkongresses, SJZ Bd. 27 S. 257 ff.

⁹⁾ Jahresbericht des Verbandes der Vereine Kreditreform Leipzig über das Geschäftsjahr 1930/31, S. 23, 29.

¹⁰⁾ Oppenheim, Rationelle Verwertung der Masse, in der Festschrift des Creditorenvereins von 1870, dem Int. Kongress für

Nichtsdestoweniger darf man sich keinen Täuschungen darüber hingeben, dass das schweizerische Vollstreckungsrecht nicht nur nach der juristischen, sondern auch nach der wirtschaftlichen Seite¹¹⁾ vielfach nicht befriedigt, und dass eine Reform nach beiden Richtungen ganz erhebliche Verbesserungen zu bringen vermag.

Unmögliches kann und darf natürlich auch von der Revision nicht erwartet werden. Nicht nur wird es (aus sogleich zu erörternden Gründen) niemals gelingen, ein „vollkommenes“ Betreibungsgesetz zu schaffen, vielmehr muss man sich auch darüber klar sein, dass die Ursache vieler Unzuträglichkeiten, mit denen die Praxis zu kämpfen hat, ausserhalb des Bereiches der eidg. Vollstreckungsgesetzgebung liegt. Von den Personenfragen ganz zu schweigen, denen gegenüber die Macht des Gesetzgebers versagt, bildet die Tatsache, dass das Prozessrecht nicht vereinheitlicht ist (und in absehbarer Zeit auch nicht vereinheitlicht werden wird) eine Quelle erheblicher Schwierigkeiten. Zudem wirkt da und dort die Rückständigkeit der kantonalen Prozessgesetzgebung, insofern sie die Verschleppung ermöglicht, ungünstig auf den Gang der Exekution zurück. Desgleichen muss es auf das Konto nicht des SchKG, sondern der vielenorts noch sehr mangelhaften sachenrechtlichen Publizitätseinrichtungen gesetzt werden, dass über Grundstücksbelastungen häufig Lastenbereinigungs- und Kollationsprozesse geführt werden müssen, welche die Betreibung endlos in die Länge ziehen, weshalb ein rascheres Tempo in der Einführung des eidg. Grundbuches auch im Interesse des Vollstreckungsrechts dringend wünschbar ist. Endlich darf auch nicht verkannt werden, dass einzelne Missstände durch eine Änderung der Rechtsprechung behoben werden könnten. Dies gilt z.B. für das Nachlassvertrags-

Gläubigerschutz gewidmet (im folgenden zit. Wiener-Festschrift), 1930, S. 90.

¹¹⁾ Vgl. darüber Haab, Probleme der Reform des SchKG, ZschwR n. F. Bd. 44 S. 243 ff., insbes. S. 253 ff.

recht. Auch dieses ist zwar revisionsbedürftig¹²⁾. Wenn jedoch Industrielle und Kaufleute¹³⁾ heute darüber Klage führen, dass Schuldern die Rechtswohltat des Nachlassvertrags gewährt wird, die derselben nicht würdig sind, dass die Gläubiger sich mit geradezu lächerlich zu nennenden Quoten abfinden lassen müssen, die zudem oft auf längere Zeit gestundet werden, und dass der Nachlassvertrag häufig zur Schuldenabschüttelung missbraucht wird, so darf das Gesetz hiefür nicht verantwortlich gemacht werden. Die Ursache des Übels liegt vielmehr in der an Schwäche grenzenden Milde mancher Nachlassbehörden, indem da und dort die Meinung obwaltet, der Konkurs müsse um jeden Preis vermieden werden (in Deutschland spricht man von einer „Vergleichspsychose“)¹⁴⁾. Dabei wird ob des unangebrachten Mitleids gegenüber dem Schuldner verkannt, dass diese Praxis für die Allgemeinheit sehr schädliche Folgen hat, insofern derart Existenzen, die als selbständige Unternehmer verschwinden sollten, in die Möglichkeit versetzt werden, zum Schaden des redlichen Handels und Gewerbes fortzuvegetieren. Eine scharfe Handhabung des geltenden Rechtes (Art. 294, 306) würde diese Missstände sofort beseitigen. Auch die Schwierigkeiten, die sich im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung ergeben, sind eine Folge nicht des Gesetzes, sondern der Praxis, die, indem sie ein Konkursverfahren schuf, das doch kein Konkurs ist, sich in einen circulus vitiosus begeben hat¹⁵⁾¹⁶⁾.

¹²⁾ Vgl. Haab, Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechts, ZschwR n. F. Bd. 47 S. 155 ff.

¹³⁾ Vgl. Bulletin des Schweiz. Kreditoren-Verbands, 31. Jahrg. Nr. 1—3, 4—9.

¹⁴⁾ Vgl. Jahresbericht des Verbands der Vereine Kreditreform 1930/31 S. 90.

¹⁵⁾ Vgl. Haab, ZschwR n. F. Bd. 47 S. 168 ff. Auch in Deutschland scheint die Begeisterung für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im Schwinden begriffen zu sein, vgl. insbes. Klien, Treuhand-Liquidations-Zwangsvergleich, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 3 S. 99 f., der ausführt, das concordat par

Wird die Revision des SchKG an die Hand genommen, so kann es sich nicht nur darum handeln, vorhandene Lücken auszufüllen, das praeter legem entstandene Gewohnheitsrecht zu kodifizieren und bisher ungelöste Kontroversen abzuschneiden, vielmehr wird eine vollständige Neuordnung nicht zu umgehen sein. Das vorliegende Referat kann selbstverständlich die Revision nicht in ihrer Totalität erörtern; es muss sich notwendigerweise Beschränkungen auferlegen. Dies ist übrigens auch im Interesse der zu erwartenden Diskussion geboten; denn diese kann nur fruchtbar sein, wenn sie sich auf einzelne Fragen konzentriert. Mit Rücksicht darauf, dass ganz allgemein über die Kompliziertheit unserer geltenden

abandon habe sich in der Praxis nicht bewährt, weshalb sich auch gewichtige Stimmen aus den Kreisen von Handel, Industrie und Verkehr gegen die Zulassung dieser Vergleiche erhoben hätten; vgl. ferner Neesse, Bedenkliche Auswirkungen der Vergleiche, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 4 S. 105, sowie Goldman, Wirtschaftsrechtliche Grundlagen eines Ausgleichsverfahrens und die Neugestaltung der Vergleichsordnung, ZHR Bd. 97 S. 216 ff., der ebenfalls Bedenken äussert; über die deutsche Praxis vgl. Kiesow, Kommentar zur Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927, 3. Aufl. 1930 S. 160 ff., 180 ff.

¹⁶⁾ Das im Text Gesagte trifft auch für die Verhältnisse in Deutschland und Österreich zu. In beiden Ländern wird über die Missstände im Vollstreckungs- und Konkurswesen Klage geführt (vgl. N. 9 u. 10). Für diese Missstände kann aber die Vollstreckungs- und Konkursgesetzgebung nur zu einem geringen Teil verantwortlich gemacht werden. Die wahre Ursache liegt u. a. in der Gestaltung des Eigentumsvorbehalts, insbes. darin, dass dieser bei Rohstoffen und Halbfabrikaten versagt (E. Jäger, Prot. des Gläubigerschutzkongresses S. 190), in der Sicherungsübereignung, in einer übertriebenen Sozialgesetzgebung (E. Jäger, l. c.; Wunderlich, Mangelnde Wirtschaftlichkeit in der Konkursabwicklung, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 2 S. 41), in den ungemessenen Steueransprüchen, für welche dem Fiskus ein Privileg zusteht, das gewöhnlich die ganze Masse aufzehrt (E. Jäger, Wiener-Festschrift S. 74; Cahn, Umgestaltung der KO, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 4 S. 121; Jahresbericht des Verbands der Vereine Kreditreform 1928/30 S. 20; 1930/31 S. 90) usw.

Ordnung geklagt wird, soll zunächst untersucht werden, in welcher Weise sich eine Vereinfachung des Betreibungs- und Konkursverfahrens erzielen lässt. Dies empfiehlt sich auch aus dem Grunde, weil die Erörterung dieses Problems zur Stellungnahme zu den Grundprinzipien der Völlstreckung zwingt, über die man sich klar sein muss, bevor an die Ausarbeitung von Entwürfen gedacht werden kann. Zugleich lässt die Frage nach den Möglichkeiten einer Vereinfachung auch die ganze Problematik der Betreibungs- und Konkursgesetzgebung offenbar werden.

II. Die Aufgabe der Völlstreckungsgesetzgebung geht dahin, dem Gläubiger für den vom Schuldner nicht freiwillig erfüllten Anspruch mit Mitteln staatlicher Zwangsgewalt Befriedigung zu verschaffen. Die Lösung dieser Aufgabe ist schwer, und zwar nicht nur deswegen, weil die verschiedenartigsten Interessen Berücksichtigung erheischen, sondern auch aus dem Grunde, weil das Völlstreckungsrecht von Zweckmässigkeitserwägungen beherrscht wird und die Ansichten darüber, was zweckmässig ist, nach Zeit und Ort sehr verschieden sind¹⁷⁾. Daraus erklärt sich auch das fortwährende Schwanken der Gesetzgebung hinsichtlich der prinzipiellen Fragen der Völlstreckung. So wird, was das Verfahren als solches betrifft, bald dem reinen Parteibetriebe der Vorzug gegeben, bald das Offizialprinzip als zweckmässig erkannt¹⁸⁾.

¹⁷⁾ Vgl. auch Volkmar, Grundprobleme der Zivilprozessreform, *Judicium* Bd. 2 S. 323 ff., insbes. S. 325.

¹⁸⁾ In der Stellungnahme zu dieser Frage spielen natürlich die allgemeinen Zeit- und Geistesströmungen eine bedeutende Rolle. Daraus erklärt es sich, dass man in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts dem Offizialprinzip abgeneigt war. So bezeichnet Andreas Heusler (Motive zum Entwurf eines SchKG 1874 S. 77) „die möglichste Befreiung der Betreibung von der Tätigkeit des Beamten“ als einen „Hauptgrundsatz des Verfahrens“. Auch die deutsche ZPO von 1877 steht, „von der allgemeinen Geisteshaltung der Zeit beeinflusst“, im Zeichen der Reaktion gegen den bisherigen preussischen Amtsbetrieb und überträgt daher die Leitung des Verfahrens dem Gläubiger (vgl. Sauerländer, *Der deutsche Gerichtsvollzieher*, *Judicium* Bd. 1 S. 88 ff.,

Derselbe Zwiespalt zeigt sich in der Wahl der Mittel zur Erreichung des Vollstreckungszwecks. Die ältern Gesetze glaubten mit scharfem Zugreifen gegen den Schuldner ans Ziel zu gelangen, wobei sie auch Mittel des indirekten Zwanges nicht verschmähten¹⁹⁾). Die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstandenen Vollstreckungsgesetzgebungen dagegen lassen sich von dem Bestreben leiten, der „Schuldnernot“ zu steuern, und erblicken daher die Lösung in der möglichsten Schonung des Betriebenen, indem sie lange Fristen gewähren und zum Zwecke des Schuldnerschutzes Kautelen auf Kautelen häufen. Es konnte daher nicht ausbleiben, dass diese Nachsicht missbraucht wird und nicht selten der Gläubiger vor der Exekution grössere Furcht empfindet als der Betriebene.

insbes. S. 98). Der Entwurf zur deutschen ZPO von 1931 dagegen zeichnet sich in diesem Punkte aus durch eine entscheidende Abkehr vom geltenden Recht (vgl. Erläuterungen S. 399 ff.). Vollends hat die italienische Konkursnovelle vom 1. August 1930 „gemäss der fascistischen Auffassung vom *stato forte*“ den staatlichen Einfluss auf das Konkursverfahren ausserordentlich gestärkt, unter entsprechender Zurückdrängung der Beteiligten (vgl. Dölle, Die italienische Konkursnovelle vom 1. Aug. 1930, *Ztschr. ausl. int. PR* Bd. 6 S. 1 ff., insbes. S. 2; vgl. auch die *Relazione ministeriale* zu dieser Novelle, *Riv. dir. com.* Bd. 28 I S. 216 ff.). Über die Einwirkung der Staatsauffassung auf die Vollstreckung vgl. auch Fragistas, Das Präventionsprinzip in der Zwangsvollstreckung, *Beitr. z. Zivilprozess*, hg. von Kisch, Mendelsohn und Pagenstecher, Heft 11 1931 S. 78 f., ferner Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, *Jahrbuch der Gehe-Stiftung* Bd. 8.

¹⁹⁾ So insbesondere die Ehrenfolgen. Vgl. dazu die bei Heusler, a. a. O. S. 72, wiedergegebene Äusserung von F. L. v. Keller: „Hier besitzt die Schweiz ein Element der Ehre, von dessen Zusammenhang mit politischen Dingen man heutzutage keinen Begriff mehr hat. Konkurs gemacht zu haben, das heisst doch in der Schweiz noch, ein Lump sein, und das bedeutet etwas weit hinaus über das enge Verhältnis zwischen Kreditor und Debitor; dass man bei einem Wechsel sein politisches *caput* riskiert, ist der ökonomisch, wie politisch gleich wichtige Ehrgedanke, den jeder schweizerische Gesetzgeber als Kleinod bewahren sollte.“ Ob wir nicht in dieser Beziehung allzu weich geworden sind? (Bges. vom 29. April 1920!)

Daher wird heute nicht ohne Grund von der „Gläubigernot“ gesprochen, in der Erwartung, dass die kommende Gesetzgebung die Zügel wieder straffer anziehe²⁰⁾. Zwischen diesen Extremen gilt es, die richtige Mitte zu finden und ein Verfahren zu schaffen, das „die Befriedigung des Gläubigers auf die einfachste, schnellste und billigste Weise herbeiführt und unnötige Härten gegen den Schuldner vermeidet“ (Entw. zur neuen deutschen ZPO § 771 Abs. 1).

Hält es danach schon nicht leicht, die Stellung des Gläubigers und des Schuldners im Verfahren in einer ihren Interessen angemessenen Weise zu ordnen, so steigern sich die Schwierigkeiten, weil der Gesetzgeber seine Sorge nicht nur den beiden Verfahrensparteien zuwenden darf. Das Vollstreckungsverfahren beschränkt sich nämlich in seinen unmittelbaren Wirkungen kaum je auf diese; in der Regel greift es darüber hinaus in die Rechtssphäre Dritter ein. Diese Sekundärwirkung der Vollstreckung kann auf den verschiedensten Ursachen beruhen, so z. B. auf rechtlichen Beziehungen des Dritten zum Schuldner (Ehe, Eltern- und Kindesverhältnis, SchKG Art. 47, 111), auf Rechten des Dritten am Exekutionssubstrat (Eigentum, andere dingliche Rechte), auf bestimmten Eigenschaften dieses Substrats (so wird infolge der Pfändung einer Forderung stets der Drittenschuldner in das Verfahren hineingezogen) usw. Das Gesetz hat daher auch den Rechten dieser Dritten Rechnung zu tragen, zugleich aber zu vermeiden, dass, ob des Bestrebens nach Schutz der Drittmaßnahmen, Gläubiger und Schuldner Nachteile erleiden. Aber noch mehr! Mittelbar werden von jeder Exekution auch diejenigen Gläubiger betroffen, die noch nicht betreiben können oder noch nicht betreiben wollen; denn sie laufen Gefahr, dass der Betreibende ihnen das Vollstreckungssubstrat vorwegnimmt. Auch diesen nicht betreibenden Gläubigern hat das Gesetz seine Aufmerksamkeit zuzuwenden, um das Prinzip der Gleichheit

²⁰⁾ Vgl. insbes. die Protokolle über den Wiener Gläubigerschutzkongress von 1930.

aller Gläubiger zu wahren. Dies geschieht durch eine zweckmässige Begrenzung der Einzelvollstreckung und die Anordnung von Massnahmen gegen die Gläubigerbegünstigung und Gläubigerbenachteiligung.

So zieht denn die Vollstreckung immer weitere Kreise. Die gesetzgeberische Lösung der angedeuteten Fragen wird schliesslich entscheidend für die Zahlungssitten und für die Gestaltung der ganzen Kreditwirtschaft. Je komplizierter sich das Wirtschaftsleben entwickelt, desto empfindlicher wird es auch für die Reflexwirkungen der Gesetzgebung. Damit hebt sich die Vollstreckung aus dem engen Bereiche des Kampfes ums Recht zwischen dem einzelnen Gläubiger und dem einzelnen Schuldner empor und wird zu einem die Rechtsgemeinschaft als solche in ihren sozialen und wirtschaftlichen Interessen auf das intensivste berührenden Problem²¹⁾). Zugleich verkörpert sie als Mittel zur Verwirklichung des Rechtes in sinnenfälligster Weise die Macht der Gemeinschaft. Versagt sie, so steht die Autorität des Staates auf dem Spiele. Dieser ist es ebenso abträglich, wenn der Gläubiger sein Recht nicht findet, wie wenn der Schuldner dem Gläubigerzugriffe schutzlos preisgegeben wird.

Hieraus ergibt sich, dass bei der Revision mit Vorsicht zu Werke gegangen und jedes unüberlegte gesetzgebungs-politische Experiment vermieden werden muss, zumal da die Mängel der Exekutionsgesetzgebung sich ihres zwingenden Charakters wegen nicht durch die Kau-telarjurisprudenz abschwächen lassen. Die Kunst des Gesetzgebers besteht auf dem Gebiete der Vollstreckung darin, dass er, der Natur derselben als eines Gebildes der

²¹⁾ Über die wirtschaftliche und soziale Bedeutung vgl. Vierhaus, Soziale und wirtschaftliche Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung, Festgabe für Koch, 1903; v. Schullern-Schratzenhofen, Die Gesetzgebung über den Gläubigerkonkurs vom Standpunkte der Volkswirtschaft aus, Öst. Ztschr. für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung Bd. 1 S. 420 ff.; Kisch, Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, Judicium Bd. 1 S. 1 ff.; Walker, Österreich. Exekutionsrecht, 1925 S. 337 ff.

Zweckmässigkeit eingedenk, sich von praktischen Erwägungen leiten lässt und dass er, ohne die rasche und vollständige Befriedigung des Gläubigers als höchstes Ziel je aus dem Auge zu verlieren, alle die vielgestaltigen, sich kreuzenden Interessen würdigt und die verschiedenen Komponenten so gegeneinander abstimmt, dass sich eine möglichst günstig verlaufende Resultante ergibt. Für das in diesem Referate zu behandelnde Problem aber erhellt aus dem Gesagten, dass das Bestreben nach Vereinfachung des Verfahrens da seine Grenze finden muss, wo diese sich nur auf Kosten höher zu wertender Interessen verwirklichen liesse. Danach ist es aber klar, dass ein „einfaches“ Vollstreckungsrecht, wie es vielleicht in laienhaften Vorstellungen leben mag, bei dem gegenwärtigen hochentwickelten Rechts- und Wirtschaftsleben ein Ding der Unmöglichkeit ist und die „Einfachheit“ des Verfahrens stets nur eine relative sein kann.

III. Ob der gegenwärtige Zeitpunkt für die Reform geeignet ist, erscheint allerdings als fraglich. Der Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung ist ja schon hin und wieder in Zweifel gezogen worden²²⁾). Daran ist jedenfalls so viel richtig, als eine fruchtbare gesetzgeberische Arbeit, zumal wenn es sich um den Erlass eines Gesetzes handelt, welches das Rechtsleben auf Jahrzehnte hinaus beherrschen soll, eine gewisse Konsolidierung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse voraussetzt. Heute, wo alles im Flusse begriffen ist, besteht die Gefahr, dass der Gesetzgeber, augenblickliche Missstände überschätzend, Neuerungen trifft, die sich nicht halten lassen, oder, über die künftige Entwicklung im unklaren, von Vorkehren absieht, die sich in kurzer Zeit als notwendig erweisen, das eine und das andere mit dem Erfolge, dass das neue Gesetz, kaum in Kraft getreten, wieder revidiert werden muss, oder dass man, was für das Rechtsleben noch nach-

²²⁾ Vgl. bes. E. Jäger (Leipzig), Reform der Gläubigeranfechtung, Referat für den Wiener Gläubigerschutzkongress, Protokoll S. 190.

teiliger ist, des Revidierens müde, einen unbefriedigenden Zustand in den Kauf nimmt²³⁾). Zudem ist auch die derzeit vorhandene und infolge eines gewissen Übermasses von Rechtserzeugung nicht unverständliche Gesetzesüberdrückigkeit der Reform des Betreibungswesens nicht eben günstig. Diese Reform ist übrigens nicht dermassen dringlich, dass sie von heute auf morgen durchgeführt werden muss.

Das alles schliesst nicht aus, dass die Revision des SchKG ins Auge gefasst wird und die zu einer erfolgversprechenden Durchführung derselben erforderlichen Vorarbeiten gelegentlich in Angriff genommen werden. Diese Vorarbeiten werden nämlich geraume Zeit beanspruchen, da bei uns bisher zur Vorbereitung eines neuen Betreibungsgesetzes sehr wenig geschehen ist.

1. Zunächst bedarf die durchaus unvollkommene Betreibungs- und Konkursstatistik des Ausbaus, und zwar unter besonderer Berücksichtigung der für die Revision erheblichen Tatsachen; denn derzeit besteht nach manchen Richtungen eine grosse Unsicherheit über die Auswirkungen der geltenden Ordnung²⁴⁾.

²³⁾ Aus diesem Grunde sind auch hinsichtlich der Opportunität der Publikation des Entwurfs zur deutschen ZPO im gegenwärtigen Zeitpunkte Zweifel erhoben worden, vgl. z. B. Joel, JW 1931 S. 2433; Preiser, ebenda S. 2436; Goldschmidt, ebenda S. 2444; Hermann, DJZ 1932 S. 390.

²⁴⁾ Über die Bedeutung der Konkursstatistik überhaupt vgl. Wirminghaus s. v., Konkursstatistik, HwbStW 4. Aufl. Bd. V S. 852 ff.; über die schweiz. Konkursstatistik vgl. Wasem in Reichesbergs HWB Bd. III S. 1819 ff.; Wyler, in Ztschr. f. schweiz. Statistik Bd. 55 S. 23 ff. (mit beachtenswerten Vorschlägen für den Ausbau der Statistik). Soll die Betreibungs- und Konkursstatistik für die Revision verwertbar sein, so darf sie sich freilich nicht auf die wirtschaftlich erheblichen Tatsachen beschränken, sondern sie hat vor allem dasjenige zu erfassen, was juristisch relevant ist (vgl. auch Haab in ZBJV Bd. 63 S. 462 f.). Andererseits ist es nicht notwendig, dass die für die Revision erforderlichen Erhebungen bei sämtlichen Ämtern durchgeführt werden. Es genügt vollauf, wenn eine Anzahl von in

2. Sodann muss durch eine umfassende Enquête bei den Betreibungs- und Konkursämtern, bei den Gerichten und vor allem auch bei den wirtschaftlichen Verbänden Klarheit darüber geschaffen werden, was an der geltenden Ordnung nicht befriedigt und in welcher Beziehung Änderungen als notwendig betrachtet werden. Darüber bestehen nämlich mehr Vermutungen als sichere Anhaltspunkte. Wünschenswert ist namentlich, dass die Anwälte, die mit dem Betreibungswesen in täglichem Kontakt stehen und die es als Gläubiger- und Schuldnervertreter von beiden Seiten kennen, ihre Erfahrungen und Anregungen bekannt geben, wie denn überhaupt eine vermehrte publizistische Tätigkeit der Anwaltschaft für die Rechtsschöpfung und die Rechtsanwendung nur förderlich sein kann.

3. Endlich muss das reiche rechtsvergleichende Material gesammelt und gesichtet werden, das heute zur Verfügung steht. Das Ausland ist nämlich auf dem Gebiete des Exekutions- und Konkursrechts seit dem Jahre 1889 nicht untätig geblieben. In einzelnen Staaten sind neue Gesetze erlassen worden²⁵⁾; in andern liegen sehr

verschiedenen Gebieten (Städte, Ortschaften mit städtischen Verhältnissen, Gebirgsgegenden usw.) gelegenen Ämtern bearbeitet werden, was dann freilich in detaillierter Weise geschehen muss.

²⁵⁾ Deutschland: Revision der ZPO und der KO und des Anfechtungsgesetzes im Zusammenhange mit dem Erlasse des BGB (Bekanntmachung vom 20. Mai 1898); Rges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897; Rges. über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927. — Österreich: Ges. über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung) vom 27. Mai 1896; Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (erlassen durch kais. Verordnung vom 10. Dezember 1914, revidiert durch Bges. vom 20. Februar 1925). Auf der österreichischen Gesetzgebung beruht auch das neue jugoslawische Konkurs- und Nachlassvertragsrecht (Konkursgesetz vom 22. November 1929). Dasselbe gilt für die neue Gesetzgebung der Tschechoslowakei (Gesetz vom 27. März 1931; vgl. dazu Weiss in der Zeitschr. f. ausl. u. int. PR Bd. 6 S. 158 ff.) — Frank-

beachtenswerte Entwürfe vor²⁶⁾). Desgleichen besteht auch eine sehr reichhaltige ausländische Reformliteratur. Die in diesen Gesetzen, Entwürfen und Publikationen niedergelegten Anschauungen und Erfahrungen müssen für die schweizerische Reform fruchtbar gemacht werden. Ist die Rechtsvergleichung an sich schon ein unentbehrliches Hilfsmittel moderner Gesetzgebungspolitik²⁷⁾), so sind ihre Ergebnisse hinsichtlich der praktischen Verwertbarkeit von

reich : Loi portant modification à la législation des faillites (Einführung der liquidation judiciaire) vom 4. April 1889, sowie verschiedene Novellen zum Ccom und zum Cprciv; das Gesetz über das règlement transactionnel du passif de guerre des commerçants et des sociétés vom 2. Juli 1919 ist am 10. Januar 1923 aufgehoben worden. — Italien : Legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti vom 24. Mai 1903; Novelle zum Ccom vom 30. August 1930 (vgl. dazu N. 18).

²⁶⁾ Deutschland : Entwurf einer Zivilprozessordnung mit Erläuterungen, veröff. durch das Reichsjustizministerium 1931. Daraus ergibt sich, dass auch die Revision des ZwVerstGes in Aussicht genommen ist. — Italien : Hier ist die Revision des Zivilprozess- und des Konkursrechts beabsichtigt; betr. das Konkursrecht liegen schon Entwürfe aus den Jahren 1894 und 1908 vor. Aus der Nachkriegszeit ist sehr beachtenswert der Entwurf Bonelli mit Motiven (Riv. dir. com. Bd. 19 I S. 522 ff.; Bd. 20 II S. 190 ff.). Durch Dekret vom 3. Juni 1924 sind vier Kommissionen eingesetzt und mit der Ausarbeitung von Entwürfen zum CC, Com, Cprciv und für einen codice della marina mercantile eingesetzt worden. Die Sottocommissione B hat dem Justizministerium im Jahre 1925 einen Entwurf zum Ccom mit Motiven eingereicht (2 Bde, Rom 1925). Vgl. zu diesem Entwurf: Dölle, Der Konkurs im VE eines neuen italienischen HGB, Ztschr. ausl. int. PR Bd. 1 S. 232 ff.; Lordi, Sul progetto del nuovo Codice di commercio, Riv. dir. com. Bd. 24 I S. 662 ff. Die Sottocommissione C hat ihre Arbeiten im Jahre 1926 abgeschlossen und einen Entwurf zu einem Cprciv publiziert (Rom 1926). — In Ungarn besteht ebenfalls ein (von Meszlény verfasster) Entwurf betr. das gesamte Insolvenzrecht, der leider bisher nur in ungarischer Sprache erschienen ist. Über die Grundzüge dieses Entwurfs vgl. Meszlény, ZZP Bd. 54 S. 189 ff.

²⁷⁾ Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925; Weiss, Die Wirksamkeit der Rechtsvergleichung in der Gesetzgebung, Ztschr. ausl. int. PR Bd. 5 S. 80 ff.

ganz besonderer Bedeutung für das Betreibungs- und Konkursrecht. Das erklärt sich aus dem ganz einfachen Grunde, dass dieses viel weniger durch die geschichtliche Entwicklung und die sozialen und wirtschaftlichen Zustände eines konkreten Rechtsgebiets bedingt ist, als das materielle Recht. Damit will selbstverständlich keiner sklavischen Nachahmung ausländischer Vorbilder das Wort geredet werden. Auch heute gilt, und zwar vielleicht noch mehr als früher, was Andreas Heusler schon vor 60 Jahren ausgesprochen hat: „Dass wir Schweizer vornehmlich im Konkursrechte die Gesetze der Nachbarstaaten in Betracht ziehen müssen, ist nicht nur eine Forderung der Technik für den Redaktor, der seinen Blick möglichst erweitern und vielseitig schärfen will, sondern ein Gebot der direkt praktisch wirkenden Bedürfnisse. Wir müssen auswärts geltende und allgemein zum Durchbruch gelangte Rechtsansichten, die uns im Auslande zugute kommen, berücksichtigen, falls sie mit unserer Art und Sitte vereinbar sind.“²⁸⁾

II. Einzelne Vorschläge.

1. Gesetzestchnik.

I. Verständnis und Handhabung des geltenden schweizerischen Betreibungs- und Konkursrechts werden ungemein erschwert durch dessen äussere gesetzes-technische Gestalt. Die vollstreckungsrechtlichen Normen finden sich nämlich keineswegs bloss im SchKG und den dazu ergangenen Novellen²⁹⁾. Auch das ZGB³⁰⁾

²⁸⁾ Motive zum Entwurf eines SchKG, 1874 S. 48.

²⁹⁾ Bges. betr. die Übertragung der Oberaufsicht über Sch. u. K. an das Bger. vom 28. Juni 1895; SchlTit z. ZGB Art. 58; Bges. betr. die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses vom 29. April 1920; Bges. betr. die Abänderung und Ergänzung des SchKG vom 3. April 1924.

³⁰⁾ Vgl. z. B. ZGB Art. 173—176, 182, 185, 186, 222, 354, 524, 578, 806, 812, 816, und dazu Blumenstein, Der Einfluss

und das OR greifen tief in das Betreibungs- und Konkursrecht ein. Desgleichen hat die bundesrechtliche Spezialgesetzgebung³¹⁾ das SchKG vielfach modifiziert und ergänzt, wobei diese Änderungen und Ergänzungen sehr häufig mit jenem nicht organisch verbunden worden sind. Zu diesen in der Amtlichen Sammlung zerstreuten Bestimmungen gesellt sich das sehr ausgedehnte Verordnungs-

der neuen Zivilgesetzgebung auf das Schuldbetreibungsrecht, ZBJV Bd. 48 S. 261 ff., 317 ff.; Derselbe, Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betreibungsrechtlichen und prozessualen Bedeutung, ZBJV Bd. 50 S. 233 ff., 289 ff.

³¹⁾ Bges. über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890 Art. 11; Bges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 28. März 1905, Art. 15; Militärorganisation vom 12. April 1907, Art. 58; Bges. über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Art. 37, 54—57, 79—82, 86; Bges. betr. die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911, Art. 96; Bges. über die Militärversicherung vom 23. Dezember 1914, Art. 14; Bges. betr. die Ergänzung des KUVG vom 18. Juni 1915, Art. 10—12; Bges. betr. die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen vom 25. September 1917; Bges. betr. die Stempelabgaben vom 4. Oktober 1917 Art. 63; Statuten der Pensionskasse der SBB vom 20. November 1917, Art. 3; Bges. betr. die Käutionen der Versicherungsgesellschaften vom 4. Februar 1919, Art. 7 ff.; Bges. betr. die Versicherungskasse der eidg. Beamten etc. vom 30. September 1919, Art. 8; BB betr. die neue a. o. Kriegssteuer vom 28. September 1920, Art. 113—115; Bges. betr. die Stempelabgabe auf Coupons vom 25. Juni 1921, Art. 15; Bges. über das Urheberrecht vom 7. Dezember 1922, Art. 10; Bges. über das Schiffsregister vom 28. September 1923, Art. 54—61; Bges. über das Zollwesen vom 1. Oktober 1925, Art. 117 ff.; BB über die Leistungen des Bundes bei Invalidität, Alter und Tod der Professoren der Eidg. techn. Hochschule vom 1. Oktober 1926, Art. 1; Bges. über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927, Art. 47 u. 56; Bges. über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930, Art. 27 bis 31, 50; Bges. über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften vom 25. Juni 1930, Art. 18—30 und neuestens Bges. über die gebrannten Wasser vom 21. Juni 1932, Art. 65 und 69.

recht³²⁾ hinzu, das für die Praxis von ebenso grosser Bedeutung ist wie das Gesetz selbst. Die Verordnungen des Bundesgerichts beschränken sich bekanntlich keineswegs auf die Ausführung vollstreckungstechnischer Einzelheiten, sondern sie enthalten (neben rein administrativen Vorschriften) auch Bestimmungen des formellen und des materiellen Vollstreckungsrechts von erheblicher Tragweite, hat doch z. B. die ZGV die Betreibung auf Grundpfandverwertung nach verschiedenen Richtungen ganz neu gestaltet (und zwar zweifellos im Sinne einer Verbesserung, insbesondere einer ökonomischeren Gestaltung des Verfahrens). Diese bundesrechtlichen Bestimmungen werden ergänzt durch die kantonalen Einführungsgesetze und die in Form von Reglementen und Weisungen erlassenen Ausführungsvorschriften der kantonalen Aufsichtsbehörden³³⁾). Aber auch derjenige, der sich in diesem

³²⁾ Ausführungsverordnungen zum SchKG: VO I betr. die Formulare etc. vom 18. Dezember 1891, abgeändert durch VO vom 19. Dezember 1927; VO betr. die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen vom 10. Mai 1910; VO betr. die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911; Gebührentarif vom 23. Dezember 1919, mit Abänderungen vom 7. Februar 1921 und 28. März 1923; VO betr. die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 22. April 1920 (Abänderung der Art. 92 und 93 durch VO vom 19. Dezember 1923), mit Anleitung betr. die Formulare vom 7. Oktober 1920; VO betr. die Pfändung und Verwertung von Anteilen am Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923. Zu diesen VO der eidg. Aufsichtsbehörde (mit 350 Artikeln) kommen 30 Kreisschreiben hinzu (übersichtlich zusammengestellt in der Taschenausgabe, bearbeitet von C. Jaeger). — Andere, für das Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren relevante Verordnungen: VO betr. die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910, mit Ergänzung vom 4. März 1920; VO betr. die Viehverpfändung vom 30. Oktober 1917, Art. 22—27, 37—44, 46; Kriegssteuer-VO vom 6. Dezember 1920 Art. 45—46; VVO I zum Postverkehrsgesetz vom 8. Juni 1925, §§ 7, 31, 72 ff.; VO über das militärische Kontrollwesen vom 7. Dezember 1925, Art. 79, 88; VO zum Bges. über das Zollwesen vom 10. Juni 1926, Art. 137 ff.

³³⁾ Vgl. z. B. Anweisung des OG des Kts. Zürich vom 30. Dezember 1915 mit 272 Paragraphen.

Irrgarten von Gesetzen, Verordnungen, Kreisschreiben usw. zurechtfindet, ist gegen unliebsame Überraschungen noch lange nicht gefeit. Das SchKG zeichnet sich aus durch seine Kürze, was an sich kein Mangel ist. Indes lässt es häufig in wichtigen Fragen des Verfahrensrechts sowohl als des materiellen Vollstreckungsrechts grosse Lücken klaffen, die durch die Praxis ausgefüllt werden mussten³⁴⁾. Daraus erklärt es sich, dass auf dem Gebiete des Exekutionsrechts der Rechtsprechung eine Bedeutung zukommt wie kaum irgendwo. Diese Judikatur, die zudem dem Gesetze gegenüber oft eine sehr souveräne Stellung eingenommen hat, ist freilich zum Teil durch die erwähnten Verordnungen „kodifiziert“ worden. Nichtsdestoweniger muss derjenige, der im Vollstreckungswesen tätig ist, eine sehr umfangreiche Praxis der Gerichte und Aufsichtsbehörden beherrschen. So ist denn aus den erörterten Gründen unser Betreibungs- und Konkursrecht im Laufe der Zeit in der Tat zu einer „unförmlichen und systemlosen Masse“³⁵⁾ geworden. Dass trotz dieses Zustandes der Gesetzgebung die Verhältnisse nicht geradezu unhaltbar geworden sind, ist dem Eifer und der Pflichttreue unserer Betreibungs- und Konkursbeamten zu verdanken.

II. Vergegenwärtigt man sich diese Situation mit allen ihren bedenklichen Folgen für die Rechtsanwendung, so unterliegt es keinem Zweifel, dass für die „Vereinfachung“ der Betreibung und des Konkurses schon sehr viel gewonnen wird, wenn diese gesetzestehnischen Mängel behoben werden. Daher besteht die Aufgabe der Revision in erster Linie in der Schaffung einer umfassenden, nach klaren systematischen Grundsätzen aufgebauten Vollstreckungs- und Konkursordnung aus

³⁴⁾ Z. B. die betreibungsrechtliche Stellung der Ehefrau, Pfändung und Verwertung von Miteigentumsanteilen und Anteilen an Gemeinschaftsvermögen, Lastenbereinigung, materielles Konkursrecht usw.; über die Ursachen dieser Lücken vgl. S. 266a ff.

³⁵⁾ Blumenstein, Der Gläubigerzugriff auf das Gemeindevermögen, Berner-Festgabe für Lothmar, 1920, S. 135.

einem Gusse³⁶⁾). Dies kann und darf natürlich nicht in der Weise geschehen, dass der ganze in den Spezialgesetzen und in den Verordnungen enthaltene Stoff in das neue Gesetz hineingearbeitet wird. Einzelne Sondermaterien, wie insbesondere der Konkurs der Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen, der Konkurs und die Sanierung der Versicherungsgesellschaften sind nach wie vor der Spezialgesetzgebung zu überlassen. Und was die Verordnungen betrifft, so werden sie auch unter der Herrschaft eines neuen Betreibungsgesetzes nicht entbehrt werden können. Indes muss — im Gegensatze zur heutigen Ordnung — eine klare Ausscheidung getroffen werden zwischen dem, was in das Gesetz und was in das Verordnungsrecht gehört. Diese Ausscheidung ist in der Weise zu bewerkstelligen, dass alles aber (im Rahmen des Möglichen) nur das in das Gesetz aufgenommen wird, was für den Gläubiger, den Schuldner und die am Verfahren beteiligten Dritten von Bedeutung ist, und zwar in einer das Prinzipielle hervorhebenden klaren und einfachen Formulierung. Das ganze bureaumässige und vollstreckungstechnische Detail, das bloss für den Beamten Interesse hat, ist in die Ausführungs-erlasse zu verweisen. Zugleich aber empfiehlt es sich, hinsichtlich dieser burokratischen Anordnungen weises

³⁶⁾ Selbstverständlich lassen sich Änderungen des Vollstreckungsgesetzes durch spätere Spezialgesetze nicht vermeiden. Daher muss dafür Vorsorge getroffen werden, dass nicht infolge der Weiterentwicklung der Gesetzgebung kurze Zeit nach dem Inkrafttreten eines neuen SchKG die Zustände sich erneuern, unter denen wir heute leiden. Dies lässt sich dadurch vermeiden, dass die Gesetzgebung, soweit sie in das Betreibungsrecht eingreift, wenn immer möglich mit dem SchKG in einen organischen Zusammenhang gebracht wird, und zwar derart, dass die abändernden oder ergänzenden Bestimmungen in der Form einer das SchKG ergänzenden oder modifizierenden Vorschrift erlassen werden (vgl. diesfalls die vorbildlichen Formulierungen in den Üb. Best. des Entw. OR Ziff. 13). Das hat den Vorteil, dass das SchKG durch periodische Neuausgaben auf der Höhe gehalten werden kann.

Mass zu halten. Nicht nur arbeiten die einzelnen Ämter unter ganz verschiedenen Verhältnissen; vielmehr erscheint es als prinzipiell unzutreffend, den Beamten durch zwingende Reglementierung jeder Kleinigkeit der Initiative zu berauben. Daher sollen die Ausführungserlasse, soweit kein Schaden zu befürchten steht, mehr in die Form einer Anleitung gekleidet werden, die es dem Beamten gestattet, davon abzuweichen, wenn er eine zweckmässigere Lösung findet.

Man mag vielleicht einwenden, dass diesen rein formalen, gesetzestehnischen Erwägungen eine allzu grosse Bedeutung beigemessen wird. Dem ist indes nicht so. Die Wichtigkeit der Form der Gesetzgebung kann namentlich heute, wo sie nicht selten vernachlässigt wird, nicht hoch genug angeschlagen werden³⁷⁾.

2. Vollstreckungsrecht und materielles Recht.

I. Mit den soeben erörterten gesetzestehnischen Fragen steht ein anderes, freilich nicht die Form, sondern den Inhalt des Gesetzes berührendes Problem im Zusammenhange. Es handelt sich um die engen, allerdings oft nicht sofort erkennbaren Wechselbeziehungen zwischen dem Vollstreckungsrecht und dem materiellen Recht. Einerseits übt das materielle Recht auf die Gestaltung der Vollstreckung tiefgreifende Wirkungen aus, indem es die Stellung der Beteiligten im Verfahren sowie die Exekution selbst weitgehend bestimmt. So ist beispielsweise die Ordnung der Betreibung gegen die Ehefrau durch deren materiellrechtliche Stellung bedingt; sie hängt davon ab, ob das materielle Recht die Frau der Ehevogtei des Mannes unterwirft oder nicht, welche Güterstände es anerkennt und wie es dieselben im einzelnen regelt. Ebenso beurteilt sich die Frage, welche Rechte des Erben in Ansehung der Erbschaft gepfändet werden

³⁷⁾ Vgl. Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung, 1904, insbes. S. 14 ff.; Schlegelberger, Zur Rationalisierung der Gesetzgebung, 1928, S. 25.

können, darnach, ob das materielle Recht dem Erben einen Anteil an den einzelnen Erbschaftssachen oder eine Gesamthandsberechtigung gewährt. Andererseits lassen sich umfassende rechtsgestaltende Wirkungen des Exekutions- und Konkursverfahrens auf das materielle Recht nicht vermeiden. Die Ordnung dieser materiellen Exekutionswirkungen liegt dem sog. materiellen Vollstreckungsrecht ob. Dieses steht in der Mitte zwischen dem Verfahrensrecht und dem Privatrecht und kann daher im Betreibungsgesetz sowohl als im Zivilgesetz geordnet werden. Aber irgendwo muss die Regelung der materiellen Wirkungen der Vollstreckung stattfinden. Aus praktischen Erwägungen verdient freilich die Eingliederung des materiellen Exekutionsrechts in die Vollstreckungsgesetzgebung den Vorzug. Einmal lässt sich auf diese Weise die Zivilrechtskodifikation entlasten; sodann hat diese Lösung auch den weiten Vorteil, dass nicht jede Modifikation des Verfahrensgesetzes eine Änderung des Zivilgesetzes nach sich zieht³⁸⁾.

II. Die Revision des SchKG ist dazu berufen, hinsichtlich dieser Wechselbeziehungen zwischen dem formellen und dem materiellen Recht grosse Verbesserungen zu verwirklichen.

1. Die geltende Ordnung bildet eine Quelle fortwährender Friktionen und Unsicherheiten, da das Zivil- und das Exekutionsrecht nicht ineinandergreifen. Dies hängt damit zusammen, dass das SchKG der Vereinheitlichung des Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrechts vorgängig erlassen worden ist. Daraus ergab sich für den Gesetzgeber die Notwendigkeit, das Verfahren so zu gestalten, dass es in allen Kantonen durchführbar war. Dieses Ziel konnte nur erreicht werden durch möglichst elastische Formulierungen, die den Verschiedenheiten des kantonalen Rechtes Raum liessen. Die Verbindung zwischen dem formellen und dem materiellen Rechte ist zur

³⁸⁾ Vgl. zu dieser Frage auch Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889, insbes. S. 7 ff.

Hauptsache auf dem Boden des kantonalen Rechtes hergestellt worden, sei es, dass die Kantone die verfahrensrechtlichen Bestimmungen näher ausführten, sei es, dass sie in den Einführungsgesetzen ihr Zivilrecht dem eidg. Vollstreckungsrecht anpassten. Was andererseits das materielle Vollstreckungsrecht betrifft, so hat das aOR eine ganze Reihe von Bestimmungen aufgestellt über die Wirkungen der Betreibung und des Konkurses auf die obligatorischen Rechtsverhältnisse³⁹⁾). Das SchKG hat in der Folge diese Bestimmungen durch einige allgemeine Formulierungen ausgebaut⁴⁰⁾). Eine abschliessende Ordnung der materiellen Betreibungs- und Konkurswirkungen enthält es nicht und konnte es nicht enthalten, solange als nur das OR vereinheitlicht war; es musste, soweit die Exekutionswirkung auf familien-, erb- und sachenrechtliche Rechtsverhältnisse in Frage stand, das kantonale Recht vorbehalten⁴¹⁾). Aber auch in Ansehung der schuldrechtlichen Beziehungen ist das Gesetz nicht vollständig. Im Nachlassvertragsrechte beispielsweise begnügt es sich mit einer Spezialbestimmung (Wirkung auf die Mitverpflichteten des Schuldners, Art. 303).

2. Was ist beim Erlasse des ZGB geschehen? Man hat sich damals über die Intensität der Wechselbeziehungen zwischen dem materiellen und dem Vollstreckungsrecht wohl nicht genügend Rechenschaft abgelegt. Zwar wurden einige materielle Vollstreckungswirkungen im ZGB geordnet⁴²⁾). Man war sich auch bewusst, dass eine Anpassung des SchKG an das neue Zivilrecht vorgenommen werden müsse, glaubte sich aber

³⁹⁾ Vgl. z. B. aOR Art. 42, 96, 154 ff., 281, 288, 314, 315, 332, 390, 399, 403, 412, 431, 442, 450, 510, 522, 545, 572, 577, 603, 608, 609, 611, 664, 675, 691—693, 709, 748, 810, 827, 836, 838—841.

⁴⁰⁾ SchKG Art. 197 ff.

⁴¹⁾ Vgl. z. B. SchKG Art. 94 Abs. 3, 102 Abs. 1, 111, 135 Abs. 1, 136 Abs. 2, 138 Abs. 3, 150 Abs. 1.

⁴²⁾ Vgl. z. B. Art. 173—176, 182, 185, 186, 354, 524, 578, 806, 812.

mit einigen wenigen Zusätzen und mit der Ersetzung der ausdrücklichen Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechtes durch bundesrechtliche Regeln begnügen zu können (vgl. SchlTit Art. 58). Vieles ist dabei übersehen worden⁴³⁾. Die derzeitigen, mehr als unerfreulichen Zustände sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das ZGB und das SchKG nicht miteinander harmonieren. So ist beispielsweise nicht erkannt worden, dass ZGB Art. 806 Abs. 1 (Pfandhaft der Miet- und Pachtzinsen) mit SchKG Art. 155 nicht vereinbar ist, wonach in der Grundpfandbetreibung die Verwaltung erst mit der Stellung des Verwertungsbegehrens auf das Betreibungsamt übergeht, während doch die betreibungsrechtliche Durchführung des Prinzips von Art. 806 Abs. 1 hätte geregelt werden sollen. Desgleichen wird die Stellung des Dritteigentümers des Pfandes im Vollstreckungsverfahren offen gelassen. Hinsichtlich der Betreibung für eine Forderung, der mehrere Grundstücke als Pfand haften, hat es bei der lakoni-

⁴³⁾ Einzelne der neuen Bestimmungen sind auch unglücklich redigiert, so z. B. Art. 111, insofern dort das privilegierte Anschlussrecht für „Forderungen aus dem ehelichen Verhältnis“ gewährt wird. Dabei wurde verkannt, dass das Anschlussrecht der Ehefrau das Gegenstück zum Betreibungsverbot gemäss ZGB Art. 173 bildet und folglich darauf nichts ankommen kann, ob die Forderung aus dem „ehelichen“ Verhältnis hervorgeht, m. a. W. dass das Recht der Anschlusspfändung ohne vorgängige Betreibung für alle Forderungen gegeben werden muss, für die nicht betrieben werden kann. Das Bger. hat in der Folge durch extensive Interpretation das Versehen korrigiert (vgl. BGE 42 III Nr. 63 Erw. 5). Vgl. ferner die unvollständige und unverständliche Vorschrift von OR Art. 529 (Anschlussrecht des Pfründers) und dazu die begründete Kritik von Jaeger, N. 20 zu Art. 111 SchKG. Ein weiteres Beispiel dafür, wie die „Anpassung“ durchgeführt wurde, bildet das Verhältnis zwischen SchKG Art. 136bis und OR Art. 229 ff.; während nämlich der durch SchlTit Art. 58 eingefügte Art. 136bis die Zwangsversteigerung mit Recht als einen öffentlich-rechtlichen Akt ausgestaltet hat, fallen die Bestimmungen des OR über die Zwangsversteigerung wieder in die alte Kauftheorie zurück (vgl. dazu auch v. Tuhr, SJZ Bd. 18 S. 383).

ischen Regel sein Bewenden, dass jene gegen alle zu richten, die Verwertung aber nach Anordnung des Betreibungsamtes nur soweit nötig durchzuführen ist (ZGB Art. 816 Abs. 3). Über die betreibungsrechtliche Auswirkung des Gesamteigentums schweigt sich das Gesetz aus. Dasselbe gilt für die betreibungsrechtliche Behandlung der Zugehör. Wer in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des ZGB in der Praxis stand, wird sich der Irrungen und Wirrungen erinnern, in denen man sich damals befand. Das Bundesgericht hat sich daher damit ein grosses Verdienst erworben, dass es auf dem Verordnungswege die vom Gesetzgeber unterlassene Anpassung des Betreibungsrechts an das materielle Recht vornahm. So bietet insbesondere die VO über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 in ihren Grundgedanken das Beste, was im Rahmen des geltenden Gesetzes erreicht werden konnte; sie geht leider allzusehr in die Einzelheiten und ist zufolge gewisser Schwerfälligkeiten in der Formulierung auch für den Juristen oft nicht leicht verständlich. Auf andern Gebieten dagegen besteht auch heute noch eine bedauerliche Rechtsunsicherheit. Die Schwierigkeiten, die hinsichtlich der Betreibung der Ehefrau durch die unglückliche Formulierung von SchKG Art. 47 hervorgerufen worden sind, haben bis zur Stunde noch nicht völlig überwunden werden können und lassen sich auch bloss durch eine Gesetzesrevision beheben⁴⁴⁾. Ebenso ist die

⁴⁴⁾ Vgl. dazu 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, Bd. 17 S. 337 ff.; Panchaud, Le régime matrimonial et la poursuite pour dettes, Diss. Lausanne 1924. Es besteht die Absicht, die Frage im Entw. OR zu regeln durch Einfügung eines Art. 47bis und Änderung von Art. 47 Abs. 3 SchKG (vgl. Entw. OR ÜbBest. Ziff. 13, dazu ProtExpKomm. S. 907 ff.; Botschaft S. 152 f.). Die Vorschläge des Bundesrats sind indes nicht unbestritten, vgl. Carry, La poursuite contre la femme mariée dans le régime de l'union des biens, Sem. jud. 1930 S. 162 ff.; Schmid, Der Zahlungsbefehl, Diss. Bern 1930, S. 146 ff.; Egger, in SJZ Bd. 27 S. 125 ff.; Ziegler, ebenda S. 173 ff.; Held, ebenda S. 305.

betreibungsrechtliche Auswirkung von ZGB Art. 188 noch nicht abgeklärt⁴⁵⁾). Diese Beispiele liessen sich beliebig vermehren⁴⁶⁾.

3. Damit ist eine der wichtigsten Aufgaben gekennzeichnet, die sich dem Gesetzgeber bei der Revision des SchKG stellt und von deren Lösung für die Bewährung eines neuen Gesetzes in der Praxis viel abhängt. Es gilt früher Versäumtes nachzuholen, das Vollstreckungsrecht mit dem ZGB und dem OR in eine organische Verbindung zu bringen und die materiellen Wirkungen der Betreibung und des Konkurses umfassend und systematisch zu ordnen⁴⁷⁾. Ihrem Inhalte nach hat sich diese Ordnung von

⁴⁵⁾ Vgl. BGE 55 III Nr. 30 und dazu Haab, ZBJV Bd. 66 S. 446 f.

⁴⁶⁾ In Deutschland, wo die Verhältnisse ähnlich liegen wie bei uns, hat man diese Unzulänglichkeiten zu vermeiden gewusst. Von der richtigen Überlegung ausgehend, dass die Immobiliarvollstreckung und das Sachenrecht nicht voneinander getrennt werden können, hat die ZPO von 1877 sich auf die Mobiliarvollstreckung beschränkt, die Immobiliarexekution dagegen bis zur Vereinheitlichung des Privatrechts der Landesgesetzgebung überlassen (vgl. ZPO urspr. Fassg. § 757 Abs. 1). Erst mit dem BGB wurden die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung rechtsrechtlich geordnet (Bges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897). Das in der ZPO enthaltene Mobiliarvollstreckungsrecht und die KO sind im Zusammenhange mit dem Erlasse des BGB einer sorgfältigen Revision unterzogen worden (Bekanntmachung vom 20. Mai 1898). So wurde insbesondere auch der Frage nach der Gestaltung der Vollstreckung gegen die Ehefrau eine wohldurchdachte Ordnung zuteil (ZPO §§ 739 ff.), die sich von Anfang an bewährt hat und vom Entwurf zur neuen ZPO ohne wesentliche Änderung hat übernommen werden können (Entw. ZPO §§ 825 ff.). Das materielle Konkursrecht hat in der KO eine vortreffliche Regelung gefunden (§§ 1 ff.). Desgleichen bemüht sich die neue Vergleichsordnung, die materiellen Wirkungen des Nachlassverfahrens klar zu umschreiben (§§ 4, 28 ff.).

⁴⁷⁾ Die systematische und abschliessende Ordnung des heute im ZGB, OR, SchKG und in den Spezialgesetzen zerstreuten materiellen Konkursrechts in der Konkursgesetzgebung selbst ist von

dem Gedanken leiten zu lassen, dass die Vollstreckung niemals Selbstzweck, sondern stets nur ein Mittel zum Zwecke, nämlich zur Verwirklichung des Privatrechts sein darf, und dass sie daher nicht weiter in das Privatrecht eingreifen soll, als die Erreichung des Ziels der Vollstreckung und schutzwürdige Interessen der Beteiligten es erfordern.

3. Vollstreckungsrecht und Prozessrecht.

I. Das Vollstreckungsrecht steht nicht nur in intensivsten Wechselbeziehungen zum materiellen Rechte. Auch mit dem Zivilprozessrecht ist es aufs engste verbunden. Gleichwie das Privatrecht zu seiner Verwirklichung des Vollstreckungsrechts bedarf, ist dieses, soll es sein Ziel erreichen, auf das Prozessrecht angewiesen. In jedem Vollstreckungsverfahren können materiellrechtliche Fragen auftauchen, von deren Entscheidung der Fortgang der Exekution abhängt und die zu lösen nur die Gerichte, nicht dagegen die Vollstreckungsbehörden berufen sind. Wie die Grenze zwischen der Kompetenz des Richters und derjenigen der Vollstreckungsorgane gezogen werden soll, ist eine Frage des positiven Rechts. Jedenfalls lässt sich ein modernes Exekutionsverfahren, das ohne Inanspruchnahme des Richters auskommt, nicht denken. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Vollstreckungsverfahren und dem Prozessverfahren, in dem die vollstreckungsrechtlichen Inzidentstreitigkeiten auszutragen sind, weist das schweizerische Recht die Eigenart auf, dass jenes bundesrechtlich geordnet, dieses dagegen der kantonalen Gesetzgebung überlassen ist und nach dem

grösster Wichtigkeit. Vgl. die vorbildlichen Vorschläge der italienischen Entwürfe: Entwurf Bonelli (Riv. dir. com. Bd. 19 I S. 522 ff.), Art. 48—92: 1. Effetti del fallimento per il fallito (Art. 48—56); Effetti del fallimento pei creditori (Art. 57—70); Effetti del fallimento sugli atti antecedenti in frode dei creditori (Art. 71—77); Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (Art. 78 bis 92); ähnlich der Entwurf Art. 740—791.

geltenden Verfassungsrecht auch überlassen werden muss. Freilich hat sich das SchKG nicht darauf beschränken können, lediglich die Voraussetzungen für die Anrufung des Richters zu umschreiben, sondern es hat nach dem Vorbilde anderer Bundesgesetze nach einzelnen Richtungen in das kantonale Prozessrecht eingreifen, dieses seinen Bedürfnissen anpassen oder doch dafür sorgen müssen, dass auf dem Boden des kantonalen Rechtes diese Anpassung vorgenommen wurde⁴⁸⁾). Nichtdestoweniger ist natürlich das Verfahren von Kanton zu Kanton grundverschieden. Infolge dieser Verschiedenheit wird für den ausserkantonalen Gläubiger die Rechtsverfolgung ausserordentlich erschwert, sobald sich das geringste, vor dem Richter auszutragende Inzident ereignet.

II. Es liegt für jedermann offen zutage, dass eine Vereinheitlichung des Prozessrechts zur Vereinfachung des Betreibungsverfahrens mächtig beitragen würde. Indes ist auch die Rechtspolitik die Kunst des Möglichen und Erreichbaren. Daher hat es keinen Sinn und Zweck, den jedenfalls heute utopisch anmutenden Plan einer

⁴⁸⁾ Dies geschieht in der Weise, dass das SchKG für einzelne vollstreckungsrechtliche Inzidentprozesse besondere, durch das Wesen dieser Prozesse bedingte Verfahrensarten vorschreibt, das summarische Verfahren für die Erledigung der Rechtsvorschläge und das Konkureröffnungsverfahren, das beschleunigte Verfahren für die Anschlussstreitigkeiten, die Kollokationsprozesse, die Streitigkeiten über den Bestand neuen Vermögens, die Arrestaufhebungsklage und die Retentionsstreitigkeiten. Hinsichtlich des summarischen Verfahrens stellt das SchKG selbst einige Spezialbestimmungen auf über die Beweismittel, die Ladung der Parteien usw. (vgl. dazu Blumenstein, Handbuch S. 117 ff.; Jaeger, N. 4 zu Art. 25; Schurter-Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. I 1924 S. 522 f.; Brunner, Das Rechtsöffnungsverfahren, 1898, S. 102 ff.). In Ansehung des beschleunigten Verfahrens enthält es Normativbestimmungen, denen das kantonale Recht sich zu fügen hat (vgl. Art. 25 Ziff. 1; Blumenstein, I. c. S. 115 ff.; Jaeger, N. 1—3 zu Art. 25; Schurter-Fritzsche, I. c. S. 479). Im Anfechtungsprozesse gilt von Bundesrechts wegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung (Art. 289). Über die Gerichtsstände vgl. S. 272a ff.

bundesrechtlichen Ordnung des Zivilprozesses weiter zu verfolgen⁴⁹⁾). Vielmehr kann es sich nur darum handeln, ob auf der Basis des geltenden Verfassungsrechts, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Prozessrechts den Kantonen zusteht, Vereinfachungen durchgeführt werden können. Dabei muss das vorliegende Referat von einer prinzipiellen Erörterung des Verhältnisses zwischen dem SchKG und den kantonalen Prozessgesetzen absehen und sich auf die Behandlung von zwei für die Praxis besonders wichtigen Fragen beschränken.

1. Die eine derselben bezieht sich auf die Gerichtsstände für die Inzidentstreitigkeiten. De lege lata sind diese Gerichtsstände von Bundesrechts wegen nur in einzelnen Fällen bestimmt. Eine bundesrechtliche Regelung fehlt dagegen gerade da, wo über die örtliche Zuständigkeit Zweifel vorhanden und daher die kantonale Gesetzgebung und Praxis zu verschiedenen Lösungen gelangt sind. Daher sollten in einem künftigen SchKG die Gerichtsstände bezeichnet werden, jedenfalls soweit, als darüber Meinungsverschiedenheiten obwalten können. Verfassungsrechtliche Bedenken stehen einer solchen Gerichtsstandsordnung nicht entgegen⁵⁰⁾). Dass sie grosse praktische Vorteile böte, bedarf keiner weitern Begründung.

a) Was zunächst die materiellrechtlichen Streitigkeiten betrifft, so ist für die Klagen gemäss SchKG Art. 5, 79, 153, 184, 186, 310 eine besondere Bestimmung entbehrlich, da diesfalls die allgemeinen Gerichtsstands-vorschriften gelten. Dagegen besteht ein Bedürfnis nach bundesrechtlicher Anerkennung des forum arresti für die Arrestproseguierungsklage (Art. 278). Dieses Bedürfnis ist

⁴⁹⁾ Über die Motion Moll vom Dezember 1913, welche den Bundesrat einlud, die Frage zu prüfen, ob nicht dem Bunde durch eine Verfassungsbestimmung die Kompetenz geschaffen werden sollte, die Zivilrechtspflege einheitlich zu regeln, vgl. Salis-Burckhardt, Bundesrecht, Bd. III Nr. 1322.

⁵⁰⁾ Vgl. Schurter-Fritzsche, I. c. S. 454 ff., insbes. S. 480 N. 693; Burckhardt, Komm. zur BV 3. Aufl. 1931 S. 589 ff.

besonders dringend für diejenigen Kantone, welche weder das Arrestforum kennen, noch ausländische Urteile vollstrecken, die in Staaten ergangen sind, mit denen kein Vollstreckungsvertrag besteht. Daraus ergibt sich nämlich für den Gläubiger ein wahrer circulus vitiosus. Der Gläubiger wird, wenn der Schuldner in der auf Grund eines Ausländerarrestes angehobenen Betreibung Recht vorschlägt, an den ausländischen Richter gewiesen. Hat er dort ein ihm günstiges Urteil erstritten, so verweigert ihm derselbe Kanton, dessen Gerichte sich zur Anhandnahme der Klage als unzuständig erklärt haben, die Vollziehung⁵¹⁾. Daher bildet die bundesrechtliche Anerkennung des Arrestgerichtsstands eine notwendige Ergänzung des eidgenössischen Arrestrechts⁵²⁾. Die im geltenden Rechte vorgesehene Regelung der örtlichen Zuständigkeit für die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2), die Rückforderungsklage (Art. 86, 187) und die Schadenersatzklage aus ungerechtfertigtem Arrest (Art. 273 Abs. 2) ist zutreffend und daher in einem neuen SchKG beizubehalten.

b) Hinsichtlich der betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht⁵³⁾ besteht heute eine bundesrechtliche Ordnung des Gerichtsstands für die Kollokationsklage (SchKG Art. 148, 250) und für die Klage auf Anfechtung des Lastenverzeichnisses (ZGV Art. 39 und 102). Dagegen bleibt die Bestimmung des Gerichtsstands der Widerspruchsklage (Art. 107–109), der Aussonderungsklage (Art. 242), der Anschlussklage (Art. 111), der Retentionsklage (Art. 284) und der Anfechtungsklage (Art. 285) dem kantonalen Rechte überlassen. Gerade in Ansehung

⁵¹⁾ So z. B. Solothurn und Uri. Vgl. Hagmann, Der Gerichtsstand des Arrestorts für die Klage auf Anerkennung der Arrestforderung, SJZ Bd. 17 S. 198 f.

⁵²⁾ Im interkantonalen Verkehr bleibt BV Art. 59 vorbehalten, Burckhardt, l. c. S. 564; Leuch, N. 5 zu Art. 25 bern. ZPO.

⁵³⁾ Wir folgen dabei der von Blumenstein, Handb. S. 107 ff. eingeführten Terminologie.

dieser Klagen besteht entschieden ein grosses Bedürfnis nach einer einheitlichen Gerichtsstandbestimmung⁵⁴⁾). Darüber, wie diese Zuständigkeit geregelt werden soll, lässt sich freilich streiten, doch ist diese Frage, wenn das Problem aus dem Gesichtspunkte der Vereinfachung des Verfahrens betrachtet wird, untergeordneter Natur; denn danach kommt es vor allem darauf an, dass überhaupt eine positive Ordnung getroffen werde. Indes wird es sich in Anbetracht der juristischen Natur dieser Klagen sowohl als aus praktischen Erwägungen empfehlen, den Richter des Betreibungs- bzw. Konkursorts als zuständig zu erklären⁵⁵⁾.

⁵⁴⁾ Vgl. in diesem Sinne schon These 3 des von Bundesrichter Bachmann dem 39. Schweiz. Juristentage (1901) vorgelegten Referats über Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrechte, ZschwR n. F. Bd. 20 S. 568 ff. und 583.

⁵⁵⁾ So konsequent Blumenstein, Handb. S. 393, 416, 768, 858. Diese Lösung entspricht jedenfalls der juristischen Natur dieser Klagen; sie ist aber auch aus praktischen Gründen geboten (vgl. auch Haab, ZschwR n.F. Bd. 44 S. 223 ff.; a. M. Schurter-Fritzsche, l. c. S. 473 f.; Bachmann, l. c. S. 571 ff.). Was insbesondere die Widerspruchsklage betrifft, so äussern sich zugunsten des Betreibungsorts: Jaeger, N. 5 E zu Art. 107, Reichel, Bem. 3 zu Art. 107, Brand, Arch. Bd. 12 Nr. 40; abweichend Huber, Der Gerichtsstand der Widerspruchsklage ZBJV Bd. 44 S. 649 ff., der, soweit es sich um Eigentumsansprachen handelt, bei Liegenschaften auf den Pfändungsort abstellen, bei beweglichen Sachen dagegen dem Kläger die Wahl zwischen dem Richter des Pfändungsorts und dem Wohnsitzrichter geben will. Der Streit über Pfandansprachen soll am Betreibungsorte ausgetragen werden. Vgl. ferner Schurter-Fritzsche, l. c. S. 474, wonach für die Widerspruchsklagen entweder das *forum rei sitae* gelten soll, soweit es das kantonale Recht für dingliche Ansprüche vorschreibt, oder der Wohnsitzgerichtsstand bei persönlichen Ansprachen (Forderungsprätendentenstreit) oder bei dinglichen Mobiarklagen. Das ausländische Recht sieht für die Interventionsprozesse den Gerichtsstand des Betreibungsorts vor (RZPO § 771, Öst.ExO §§ 37/38, Cprcivfr. Art. 608; Cprcivit. Art. 647). — Hinsichtlich der Anfechtungsklage dagegen spricht sich auch Jaeger für die Anwendung der allgemeinen Gerichtsstandbestimmungen aus (vgl. Jaeger, N. 1 A zu Art. 285). Diese Auffassung

2. Die zweite Frage hat zum Gegenstande die Folgen der Einreichung einer Klage bei der unrichtigen Instanz. Das SchKG stellt eine ganze Anzahl von peremptorischen Fristen auf, innerhalb deren die Klage angehoben werden muss (z. B. Art. 107, 109, 111, 148, 250 u. a.). Die derzeitige bundesgerichtliche Praxis er-

ist auch in Deutschland und in Österreich herrschend (E. Jäger, Komm. z. KO 5. Aufl. Bem. 18 zu § 29; Bartsch u. Pollak, Komm. z. öst. KO 1. Aufl. Bem. 5 zu § 43). Indes ist gerade bei den Anfechtungsklagen das praktische Bedürfnis für die Anerkennung des Konkursorts als ausschliessliches Forum womöglich noch grösser als für die Widerspruchsklage. Nicht nur ist es äusserst stossend, wenn die aus einem und demselben Vollstreckungsverfahren resultierenden Anfechtungsprozesse in verschiedenem Sinne entschieden werden (indem z. B. der eine Richter für einen bestimmten Zeitpunkt die Überschuldung als vorhanden annimmt, der andere dagegen nicht), vielmehr gebietet auch die Prozessökonomie, dass dasselbe Gericht alle Folgen der Insolvenz zu beurteilen hat. Aus diesem Grunde wird denn auch heute in Deutschland von verschiedenen Seiten vorgeschlagen, dass für die Anfechtungsklagen die Gerichte ausschliesslich zuständig zu erklären seien, in deren Bezirk das Konkursgericht seinen Sitz hat (vgl. z. B. Vorschläge der Industrie- und Handelskammer von Köln, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 1 S. 27; Eingabe des Verbands der Vereine Kreditreform an das Reichsjustizministerium betr. Beschleunigung des Konkursverfahrens, S. 2); auch die Gegner einer solchen Gerichtsstandbestimmung sind jedoch der Ansicht, dass der nach dem deutschen Anfechtungsrecht für die besondere Konkursanfechtung massgebende Zeitpunkt der Zahlungseinstellung (KO § 30) statt im einzelnen Anfechtungsprozesse, im Konkureröffnungsverfahren durch Beschluss des Konkursgerichts festgestellt werden sollte (vgl. insbes. E. Jäger, Festschrift S. 73/74; Schumann, Protokoll des Wiener Gläubigerschutzkongresses S. 69/70). In diesem Zusammenhange sei noch eine Bemerkung zum Gerichtsstande des Lastenbereinigungsprozesses angebracht. ZGV Art. 39 Abs. 2 weist diese Streitigkeiten an das Forum rei sitae. Dies erscheint jedenfalls rechtspolitisch betrachtet als unzutreffend; die Lastenbereinigungsprozesse in der Einzell Vollstreckung gehören an den Gerichtsstand des Betreibungsorts, wie ja auch im Konkurse der Richter des Konkursorts zuständig ist (SchKG Art. 250). ZGV Art. 39 Abs. 2 erklärt sich wohl aus der unzutreffenden Auffassung, dass das Lasten-

klärt, dass der Begriff der „Klageanhebung“ dem Bundesrecht angehöre und darunter zu verstehen sei „die erste Handlung des Klägers, die den Prozess einleitet, dem richterlichen Rechtsschutze ruft und ihn in gültiger Weise vorbereitet“⁵⁶⁾). Daraus ergibt sich, dass unter Umständen die Klage angehoben ist, obgleich nach dem kantonalen Rechte noch keine Rechtshängigkeit besteht⁵⁷⁾). Möglich ist aber auch, dass trotz Vorhandenseins der Litispendenz gemäss dem kantonalen Rechte eine gültige Klageanhebung nicht vorliegt⁵⁸⁾). Dies trifft dann zu, wenn die erste Handlung des Klägers formell mangelhaft war oder vor der unzuständigen Instanz vorgenommen worden ist, das kantonale Recht aber dem Richter gestattet, mangelhafte Vorkehren zur Verbesserung innerhalb einer peremptorischen Frist zurückzuweisen und, sofern 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 eintritt⁵⁹⁾). Die praktische Folge davon geht dahin, dass die erwähnten Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts keine Anwendung finden können und daher die Klage von der Hand gewiesen werden muss, wenn sie nicht innerhalb der Frist der zuständigen Stelle eingereicht, bzw. am letzten Tage der Frist vor 6 Uhr abends als an diese Stelle adres-

verzeichnis ein „Grundbuch ad hoc“ darstelle (vgl. Leemann, SJZ Bd. 18 S. 374 f.), die zu den mehr als diskutablen Bestimmungen von ZGV Art. 29 Abs. 3 und Art. 68 Abs. 2 geführt hat.

⁵⁶⁾ BGE 33 II Nr. 66, 35 II Nr. 15, 42 II Nr. 16, Nr. 15, 46 II Nr. 18; anders die frühere Praxis: BGE 21 Nr. 36, 22 Nr. 18, 25 II Nr. 59.

⁵⁷⁾ Z. B. BGE 33 II Nr. 66.

⁵⁸⁾ BGE 38 I Nr. 104, 44 III Nr. 49, 49 III Nr. 13.

⁵⁹⁾ Vgl. diesfalls z. B. BernZPO Art. 162/3 und dazu (mit Kritik der bger. Praxis) Leuch, Prozessleitung, ZBJV Bd. 59 S. 501 ff.

siert der Post übergeben worden ist⁶⁰⁾). De lege ferenda sollten jedenfalls kantonale Prozessvorschriften der genannten Art vorbehalten bleiben. Noch besser wäre es natürlich, wenn in einem neuen SchKG eine Bestimmung aufgestellt würde, wonach Eingaben, welche aus Versehen an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet sind, als schon in demjenigen Zeitpunkte bei der richtigen Behörde eingereicht gelten, in dem sie der andern Stelle eingehändigt oder für dieselbe der Post übergeben werden, in der Meinung, dass solche Vorkehren von Amtes wegen an die richtige Instanz zu leiten sind⁶¹⁾). Eine Vorschrift dieses Inhalts, die generell zu formulieren wäre, derart, dass sie auch auf das Beschwerdeverfahren anwendbar ist, würde gewiss von jedem Anwalt als Wohltat empfunden.

4. Organisation und Verfahren im allgemeinen.

a) Organisation.

Die derzeitige Organisation des Betreibungswesens bildet den Gegenstand lebhafter Klagen. Soll zu diesen Stellung genommen werden, so ist davon auszugehen, dass das Problem der Organisation des Vollstreckungswesens sich unter einem doppelten Gesichtspunkte präsentiert: die Organisationsfrage muss nämlich für die eigentlichen Exekutionsbehörden (Betreibungs- und Konkursämter) sowohl als für die übrigen, mit Vollstreckungsfragen befassten Behörden untersucht werden.

I. Hinsichtlich der eigentlichen Vollstreckungsbehörden gewährt das SchKG den Kantonen bekanntlich die grösste Freiheit; es überlässt ihnen nicht nur die Um- schreibung der Betreibungs- und Konkurskreise, sondern — unter Vorbehalt weniger Normativbestimmungen — auch die Organisation der Betreibungs- und Konkursämter (SchKG Art. 1 ff.). Infolgedessen hielten viele Kantone

⁶⁰⁾ Vgl. als krasses Beispiel über die Folgen dieser Auffassung BGE 53 III Nr. 46.

⁶¹⁾ So zürch. GerVerfGes § 214.

dem Herkommen gemäss am Gemeindebetreibungskreise fest, mit der Folge, dass da und dort den Betreibungsämtern Personen vorstehen, die ihrer Aufgabe nicht gewachsen sind. An diesem Punkte setzt denn auch die Kritik ein. So erblickt insbesondere Kellerhals eine wesentliche Ursache der gegenwärtigen Missstände darin, dass die Betreibungsbeamten, weil für ihr Amt nicht vorgebildet, hin und wieder versagen. Daher fordert er die Schaffung grosser Betreibungskreise unter der Leitung von Beamten, die sich über ihre Sachkenntnis ausgewiesen haben, dann aber auch eine ihrer Bildung entsprechende Besoldung erhalten^{62).}

Dass die Verwirklichung dieses Vorschlags zur Besserung der Verhältnisse viel beitragen würde, wird niemand leugnen. Indes handelt es sich diesfalls um eine Reform, die auf dem Boden des kantonalen Rechtes realisiert werden muss. Eine bundesrechtliche Ordnung der Organisationsfrage im Sinne der Vorschläge von Kellerhals würde einen vollständigen Bruch mit der Tradition bedeuten, wonach die Behördenorganisation den Kantonen zusteht (Grundbuch, Handelsregister usw.). Zudem ist zu erwägen, dass die Verhältnisse von Kanton zu Kanton grundverschieden sind und daher durchaus nicht feststeht, dass das, was für den einen Kanton gut ist, sich auch im andern bewährt. Ganz abgesehen davon würde Vorschlägen dieser Art eine überaus hartnäckige Opposition entgegengesetzt werden. Obschon im heutigen Stadium der Revisionsfrage referendumspolitische Überlegungen grundsätzlich nicht angestellt werden sollen, wäre es doch verfehlt, die Revisionskampagne mit Vorschlägen zu beginnen, die von vorneherein das ganze Reformwerk zu gefährden geeignet sind. Dass dies aber hinsichtlich dieser die Rechte der Kantone verkürzenden

⁶²⁾ Vgl. Kellerhals, Die Novelle zum Betreibungsgesetz, SJZ Bd. 18 S. 57 ff., insbes. S. 63. Vgl. in diesem Sinne auch Brüstlein, ZschWR n. F. Bd. 12 S. 657; Heuberger, ZschWR n. F. Bd. 20 S. 653.

Postulate über die Organisation der Betreibungsämter der Fall ist, liegt auf der Hand. So ist es ja auch bezeichnend, dass der Bundesrat davon abgesehen hat, im Entwurf zum OR eine Änderung der Organisation der Handelsregisterführung vorzuschlagen, obschon die hiebei zu überwindenden Schwierigkeiten ungleich geringer wären, indem er von der Erwägung ausging, „dass solche organisatorische Verbesserungen auf unverhältnismässigen und nicht ungefährlichen Widerstand stossen“⁶³⁾. Übrigens ist anzunehmen, dass der eine und der andere Kanton die beim Erlass des Einführungsgesetzes zu einem neuen SchKG sich darbietende Gelegenheit zu einer Änderung der Organisation im Sinne der (inhaltlich durchaus zutreffenden) Vorschläge von Kellerhals benutzen wird. Da, wo dies nicht möglich ist, muss versucht werden, die vorhandenen Mängel auf andere Weise zu mildern. Dies kann zunächst derart geschehen, dass der Kanton die Stellung eines kantonalen Betreibungsinspektors schafft, mit der Aufgabe, neugewählte Beamte in ihr Amt einzuführen und allen Ämtern mit Rat und Tat an die Hand zu gehen. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass die Kantone ermächtigt werden, die Durchführung der Liegenschaftsverwertungen in der Einzelexekution dem Konkursamte zu übertragen. Die meisten Beamten sind imstande, eine Mobiliarvollstreckung befriedigend durchzuführen (zumal wenn die später zu erörternden Vereinfachungen verwirklicht werden); der eine und der andere versagt jedoch bei der Vorbereitung und Durchführung einer Liegenschaftsversteigerung, was durchaus nicht erstaunlich ist, da bei kleinen Ämtern die Liegenschaftsverwertungen selten sind; folglich soll ihm diese Aufgabe abgenommen werden können⁶⁴⁾.

⁶³⁾ Vgl. Botschaft vom 21. Februar 1928 S. 100.

⁶⁴⁾ So heute schon (contra legem) das luzernische Recht; vgl. Iuz. EGzSchKG § 4, wonach bei der Verwertung gepfändeter und verpfändeter Sachen bis und mit der Verteilung des Erlöses der Konkursbeamte mitzuwirken hat.

II. Ist demnach mit einer Änderung der Organisation der Betreibungs- und Konkursämter nicht zu rechnen, so lassen sich in Ansehung der übrigen, an der Vollstreckung beteiligten Behörden Vereinfachungen erzielen, die sich in sehr vorteilhafter Weise im ganzen Verfahren auswirken werden.

1. Vom Richter im ordentlichen und im beschleunigten Verfahren abgesehen, werden ausser dem Betreibungs- und dem Konkursamte in der Vollstreckung tätig: die Aufsichtsbehörde, der Rechtsöffnungsrichter, der Konkursrichter, die Arrestbehörde, die Nachlassbehörde, die Mietexmissionsbehörde. Die Fragen, über welche diese Instanzen zu urteilen haben, stehen oft in einem engen Zusammenhange, und die Abgrenzung der Kompetenzen bietet in der Praxis nicht selten erhebliche Schwierigkeiten⁶⁵⁾). Dies tritt mit besonderer Deutlichkeit im Einleitungsverfahren zutage, indem die Grenze zwischen Rechtsvorschlag und Beschwerde oft nicht leicht zu erkennen ist. Daher wäre für die Vereinfachung sehr viel gewonnen, wenn die Konzentration der verschiedenen, den erwähnten Stellen zustehenden Kompetenzen in der Hand einer und derselben Behörde erreicht werden könnte. So wäre es jedenfalls von grossem Vorteil, wenn die Behörde, welche die Aufsichtsbefugnisse ausübt, auch zur Erteilung der Rechtsöffnung, zur Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags und zur Einstellung und Aufhebung der Betreibung zuständig sein würde. Desgleichen besteht ein praktisches Bedürfnis dafür, dass der Rechtsöffnungsrichter auch die Frage entscheiden kann, ob der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265). Andererseits sollte die Aufsichtsbehörde auch die Funktionen ausüben, die heute dem Konkursrichter

⁶⁵⁾ Vgl. Bachmann, Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldetr.- und Konkursrecht, Referat für den 39. Schweiz. Juristentag, ZschwR n. F. Bd. 20 S. 542 ff., insbes. S. 549 ff.; vgl. auch das Korreferat von Bertoni, ebenda S. 584 ff., sowie Brüstlein, ZschwR n. F. Bd. 12 S. 617 ff.

und der Nachlassbehörde zustehen. Diese Ordnung wäre de lege lata schon zweckmässig; sie drängt sich aber de lege ferenda geradezu auf, da künftig im Konkurs- und Nachlassverfahren ausser der Konkursverwaltung und dem Sachwalter auch eine diesen übergeordnete Stelle tätig werden muss⁶⁶⁾.

Diese Überlegungen führen zur Erneuerung eines dem Juristenverein schon vor 30 Jahren vorgelegten Vorschlags, dahingehend, dass die erwähnten Funktionen derselben Behörde übertragen werden sollten⁶⁷⁾; diese bekäme derart die Stellung einer „Betreibungs- und Konkursbehörde“, bzw. eines „Betreibungs- und Konkursgerichts“. Bei der Entscheidung der Frage, welche Stelle mit dieser Aufgabe betraut werden soll, kommt in Betracht, dass es sich jedenfalls um eine Behörde handeln muss, welche mit den ihr untergeordneten Betreibungs- und Konkursämtern in persönlichem Kontakt steht und zugleich auch für das rechtssuchende Publikum leicht erreichbar ist, da, wie später (S. 290a ff.) darzutun sein wird, dem Grundsatz der Mündlichkeit erheblich mehr Raum gewährt werden sollte, als es heute zutrifft. Danach erscheinen aber die Zivilgerichte 1. Instanz (Bezirksgerichte, Amtsgerichte) als die geeignetste Instanz, wobei natürlich die Kantone zu ermächtigen wären, einzelne Kompetenzen dem Gerichtspräsidenten oder dem Gerichtsschreiber zu delegieren⁶⁸⁾. Welche Befugnisse man diesem Betreibungs- und Konkursgerichte im einzelnen übertragen will, kann und braucht (gleich den Einzelheiten der Organisation) in dem vorliegenden

⁶⁶⁾ Betr. den Konkurs vgl. S. 364a ff.; betr. den Nachlassvertrag, Haab, ZschwR n. F. Bd. 47 S. 204 f.

⁶⁷⁾ Vgl. Bachmann, I. c. S. 549 ff., insbes. S. 567 f. und S. 583.

⁶⁸⁾ Aus den auf S. 286a genannten Gründen sind indes die Kantone zu verpflichten, die Beurteilung aller Einwendungen gegen die Betreibung derselben Stelle (Plenum des Gerichts oder Gerichtspräsident) zu übertragen; zweckmässigerweise wird der Präsident als zuständig erklärt werden.

Referate nicht erörtert zu werden. Heute steht nur die prinzipielle Frage zur Diskussion: Sollen die Kompetenzen, die das SchKG der Aufsichtsbehörde, dem Rechtsöffnungs- und dem Konkursrichter und der Nachlassbehörde zuweist, in der Hand einer Behörde, und zwar des erstinstanzlichen Zivilgerichts vereinigt werden?

2. Immerhin muss der Vollständigkeit halber jetzt schon ein damit im Zusammenhange stehendes Problem mit den dafür gegebenen Lösungsmöglichkeiten angedeutet werden. Gesetzt den Fall, es werde gemäss den soeben formulierten Vorschlägen das Zivilgericht 1. Instanz als Betreibungs- und Konkursgericht ausgestaltet, das über Beschwerden, Rechtsvorschläge, Einstellung und Aufhebung der Betreibung, Konkursbegehren, Nachlassverträge usw. zu entscheiden hat, so fragt sich natürlich, wie die Weiterziehung der von dem Betreibungs- und Konkursgerichte getroffenen Entscheidungen geordnet werden soll. Die Lösung dieser Frage ist deswegen nicht einfach, weil sich das Interesse an einem möglichst raschen Fortschreiten der Exekution und das Interesse an einer möglichst sachgemässen Entscheidung, namentlich auch an einer möglichst einheitlichen Anwendung des SchKG gegenüberstehen.

a) Diesem Problem ist am besten beizukommen, wenn zunächst untersucht wird, in welchem Umfange die Weiterziehung an eine Bundesinstanz als wünschbar erscheint. Diesfalls besteht wohl Einigkeit darüber, dass der Rekurs an das Bundesgericht zum mindesten in der bisherigen Ausdehnung (SchKG Art. 19) beibehalten werden muss. Dabei wird es indes nicht sein Bewenden haben können. Schon im Jahre 1893 ist im Schosse des Schweiz. Juristenvereins anlässlich der Diskussion über die Referate von v. Salis und Brüstlein, welche sich mit den Kompetenzen des Bundesgerichts in Betreibungs- und Konkurssachen auseinandersetzen⁶⁹⁾,

⁶⁹⁾ ZschwR n. F. Bd. 12 S. 531 ff., 617 ff., 652 ff.

allgemein darüber geklagt worden, dass auf vielen Gebieten des Vollstreckungsrechts (Rechtsvorschlag, Konkurseröffnung, Nachlassvertrag) keine Einheit bestehe, weil ein ordentliches Rechtsmittel an eine Bundesinstanz fehle. Was damals, vor nahezu 40 Jahren, ausgeführt worden ist, trifft heute noch zu. Daher muss im Interesse einer einheitlichen Handhabung des Vollstreckungsrechts die Erweiterung der Kompetenzen des Bundesgerichts mit allem Nachdruck postuliert werden. Und zwar ist ein ordentliches Rechtsmittel zu schaffen gegenüber Entscheidungen im Rechtsöffnungsverfahren, Entscheidungen, durch welche die Konkursöffnung ausgesprochen oder abgelehnt wird, sowie Entscheidungen über die Bestätigung des Nachlassvertrags, dessen Aufhebung und Widerruf. Hinsichtlich der Konkursdekrete insbesondere wird eine Berufung an das Bundesgericht um so notwendiger, als ein neues SchKG mit dem bisherigen formellen Konkursgrund brechen und diesen durch einen allgemeinen materiellen Konkursgrund wird ersetzen müssen (vgl. S. 292a ff.).

b) Angenommen, die erörterten Vorschläge (Ausgestaltung der erstinstanzlichen Zivilgerichte als Betreibungs- und Konkursgericht, Ausdehnung der Kompetenzen des Bundesgerichts auf das Gebiet der Rechtsöffnung, der Konkursöffnung und des Nachlassvertrags) werden gebilligt, so ist weiter zu prüfen, ob die Entscheidungen des Betreibungs- und Konkursgerichts direkt an das Bundesgericht sollen weitergezogen werden können oder ob noch eine zweite kantonale Instanz einzuschieben ist. Diese Frage muss in dem zuerst genannten Sinne beantwortet werden. Das Vollstreckungsverfahren verträgt nicht drei Instanzen. So hat ja auch die VO betr. die Nachlassstundung und das Pfandnachlassverfahren für Hotelgrundstücke vom 18. Dezember 1920, die das Bundesgericht zur letztinstanzlichen Entscheidung über Hotelpfandnachlassverträge als zuständig erklärte, gleichzeitig bestimmt, dass in diesen Fällen eine einzige kantonale

Instanz die Funktionen der Nachlassbehörde ausübe (Art. 25).

Dass dieser Vorschlag eine sehr einschneidende Neuerung in sich schliesst, ist nicht zu bestreiten. Einerseits wird die Geschäftslast des Bundesgerichts erheblich vermehrt. Anderseits werden die kantonalen Obergerichte, die bisher zumeist die Funktionen der Aufsichts- und Nachlassbehörde (sei es erster oder zweiter Instanz) und der Berufungsinstanz in Rechtsöffnungs- und Konkurseröffnungsstreitigkeiten ausgeübt haben, insofern aus dem Vollstreckungsverfahren ausgeschaltet, als ihnen nur noch die appellablen vollstreckungsrechtlichen Inzidentprozesse bleiben. Die Einschiebung einer zweiten kantonalen Instanz hätte natürlich eine gewisse Entlastung des Bundesgerichts zur Folge, die freilich nicht überschätzt werden darf, doch muss diese Mehrbelastung des Bundesgerichts im Interesse einer beförderlichen Abwicklung der Vollstreckung in den Kauf genommen werden. Übrigens kann durch eine zweckentsprechende Ausgestaltung des Rechtsmittels (strikte Beschränkung der Kognition des Bundesgerichts auf die Rechtsfrage) und durch die Aufhebung der Kostenlosigkeit des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens, die ja ohnehin häufig zu Verschleppungsmanövern missbraucht wird, einer übermässigen Inanspruchnahme der Bundesinstanz gesteuert werden. Die Entlastung der Obergerichte von den Vollstreckungssachen andererseits hat den Vorteil, dass diese zu ausschliesslichen Prozessgerichten werden. Die meisten Obergerichte werden sich übrigens damit abzufinden wissen, werden doch da und dort die betreibungsrechtlichen Kompetenzen als unerwünschtes Anhängsel betrachtet. Die infolge dieser Vorschläge eintretende Verschiebung der Geschäftsbelastung zwischen den Obergerichten und den Bezirks- bzw. Amtsgerichten, darin bestehend, dass diese nunmehr alle vollstreckungsrechtlichen Sachen zu beurteilen haben, jene dagegen (unter Vorbehalt der Inzidentprozesse) davon befreit sind, lässt sich, wenn nötig, da-

durch ausgleichen, dass die Kantone nach dem Vorbilde des bernischen Rechts (bernZPO Art. 7) die erstinstanzliche Beurteilung der berufungsfähigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten dem Obergerichte zuweisen. Diese Ordnung, die m. W. von den Mitgliedern des bern. Appellationshofs als sehr wohltuend empfunden wird, insofern ihnen die Instruktion dieser Prozesse die Möglichkeit bietet, mit dem Rechtsleben in unmittelbarem Kontakt zu bleiben, hätte zugleich den grossen Vorzug, dass in allen Zivilsachen die Zahl der Instanzen auf zwei beschränkt würde.

b) Einleitungsverfahren.

I. Die soeben postulierten organisatorischen Änderungen, insbesondere die Verschmelzung der Rechtsöffnungs- und der Aufsichtsbehörde würden sich besonders vorteilhaft auswirken hinsichtlich des Einleitungsverfahrens. Dieses bildet eine Eigentümlichkeit des schweizerischen Rechtes, wie es auch auf altschweizerischen Rechtsgedanken beruht⁷⁰⁾. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger, ohne einen Exekutionstitel in der Hand zu haben, die Betreibung anheben kann. Dieses Verfahren hat sich in der Praxis in einer Weise bewährt, dass niemand es missen möchte, und es spricht für dessen Vortrefflichkeit, dass der Entwurf zur deutschen ZPO hinsichtlich der Anhebung der Vollstreckung sich „dem schweizerischen Rechte im gleichen Masse nähert, in dem er sich vom französischen Rechte entfernt“ (Erläuterungen S. 416). Bei allen seinen Vorzügen hat indes dieses Verfahren den Mangel, dass dem Betriebenen kein einheitlicher Rechtsbehelf zu Gebote steht, um der auf die blosse Behauptung des Gläubigers angehobenen Betreibung zu widersprechen. Will er die Forderung oder einen Teil derselben oder das Recht des Gläubigers bestreiten,

⁷⁰⁾ v. Wyss, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, ZschwR a. F. Bd. 7 S. 3.

sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, so hat er binnen zehn Tagen Recht vorzuschlagen (Art. 69 Ziff. 3); andere Einwendungen dagegen sind durch Erhebung der Beschwerde geltend zu machen (Art. 17). Diese Unterscheidung ist bei der geltenden Behördenorganisation (Aufsichtsbehörde einerseits, Rechtsöffnungsinstanz andererseits) wohlüberlegt und innerlich durchaus gerechtfertigt. Sie bietet jedoch praktische Schwierigkeiten, da es viele, nicht leicht zu entscheidende Grenzfälle gibt⁷¹⁾. So kann es nicht nur dem Laien, sondern auch dem bewährten Praktiker passieren, dass er diesem Dualismus zum Opfer fällt. Ausserdem ist die Stellung des Betriebenen durch die Rechtsprechung insofern erschwert worden, als diese die Motivierung des Rechtsvorschlags nicht bloss in dem vom Gesetze ausdrücklich genannten Falle der Wechselbetreibung verlangt⁷²⁾.

II. Will man das Betreibungsverfahren vereinfachen, so muss der Versuch unternommen werden, diese Doppel-spurigkeit aus der Welt zu schaffen. Die Lösung liegt in der vorgeschlagenen Vereinigung der Kompetenzen der Aufsichtsbehörde und des Rechtsöffnungsrichters in der Hand des Zivilgerichts erster Instanz. Geschieht dies, so kann dem Betriebenen ein einheitlicher Rechtsbehelf zur Verfügung gestellt werden, mit dem er alle Einwendungen gegen die Betreibung geltend zu machen hat. Dieser Rechtsbehelf ist der unmotivierte Rechtsvorschlag. Das Verfahren würde sich darnach etwa folgendermassen gestalten: Ist dem Betriebenen der Zahlungsbefehl zugestellt worden,

⁷¹⁾ Vgl. Jaeger, N. 12 zu SchKG Art. 69; Blumenstein, Handb. S. 247 ff.; Vögeli, Der Rechtsvorschlag, Diss. Bern 1931 S. 4 f.

⁷²⁾ Die Begründung ist erforderlich gegenüber dem Zahlungsbefehl in der Betreibung auf Pfandverwertung, wenn der Betriebene das Pfandrecht bestreiten will (ZGV Art. 85 Abs. 1), sowie in der auf Grund eines Konkursverlustscheins (bzw. im Falle von Art. 267) angehobenen Betreibung, wenn der Schuldner die Einrede des mangelnden neuen Vermögens erhebt (BGE 45 III Nr. 42).

und will er gegen denselben irgend eine Einwendung erheben, so hat er beim Betreibungsamt mündlich oder schriftlich Recht vorzuschlagen. Der Rechtsvorschlag, der keiner Begründung bedarf, bewirkt gleich wie im geltenden Recht (SchKG Art. 78 Abs. 1) die Einstellung der Betreibung. Nunmehr ist es Sache des Gläubigers, den Rechtsvorschlag zu beseitigen und das Verfahren wieder in Gang zu bringen, was durch Einreichung eines entsprechenden, der Begründung nicht bedürftigen Begehrens beim Betreibungs- und Konkursgericht zu geschehen hat. Im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens ist zu bestimmen, dass der Gläubiger im Betreibungsbegehren verlangen kann, es sei der Rechtsvorschlag, sobald er erklärt worden ist, vom Betreibungsamt ex officio an das Betreibungs- und Konkursgericht zu leiten⁷³⁾. Dieses lädt die Parteien unverzüglich zu einer mündlichen Verhandlung vor. In dieser Verhandlung hat der Betriebene seine Einwendungen zu spezifizieren und zu begründen. Dem Gläubiger andererseits ist Gelegenheit zu bieten, sich zu den Einwendungen des Schuldners zu äussern und einen allfälligen Rechtsöffnungstitel zu produzieren. Bei diesem Verfahren sind folgende Möglichkeiten gegeben:

1. Der Betriebene erhebt lediglich eine Einwendung, die heute mit Beschwerde geltend zu machen ist. Dagegen bestreitet er weder die Forderung, noch das Recht des

⁷³⁾ Es wird sich sogar fragen, ob nicht das zuletzt genannte Verfahren (Übermittlung des Rechtsvorschlags an das Gericht durch das Betreibungsamt) schlechthin als Regel vorgesehen werden soll. Die im Texte vorgesehene Differenzierung beruht auf der Überlegung, dass der Gläubiger nicht selten die Betreibung anhebt, ohne einen Rechtsöffnungstitel in der Hand zu haben, sei es um die Verjährung zu unterbrechen, sei es um dem Schuldner vor Augen zu führen, dass es nun ernst gelten soll, wodurch dieser häufig zur Zahlung veranlasst wird. In solchen Fällen entstehen für den Gläubiger nur unnütze Kosten, wenn der Betriebene Recht vorschlägt und auf Grund des Rechtsvorschlags die mündliche Verhandlung vor dem Betreibungs- und Konkursgerichte anberaumt wird. Immerhin wird diese Frage noch zu prüfen sein.

Gläubigers, sie auf dem Betreibungswege zu verfolgen. Ist die Einwendung des Schuldners begründet, so hebt das Gericht den Zahlungsbefehl auf; andernfalls erteilt es dem Gläubiger definitive Rechtsöffnung.

2. Der Betriebene erhebt keine formelle Einwendung, wohl aber bestreitet er die Forderung oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen.

a) In diesem Falle (Bestreitung der Zulässigkeit der Betreibung) ist entscheidend, ob der Gläubiger die Einwendungen des Betriebenen zurückweisen kann. Trifft dies zu, so werden ihm die Rechte definitiv geöffnet. Andernfalls hebt der Richter den Zahlungsbefehl auf.

b) In jedem Falle (Bestreitung der Forderung nach Bestand oder Höhe) hängt die Entscheidung davon ab, ob der Gläubiger einen Rechtsöffnungstitel vorlegen kann oder nicht. Wenn ja, erteilt ihm das Gericht je nach der Art des Titels provisorische oder definitive Rechtsöffnung; wenn nein, verweist es ihn auf den ordentlichen Prozessweg. Der Zahlungsbefehl bleibt selbstverständlich bis zur Peri- mierung der Betreibung zu Recht bestehen.

c) Bestreitet der Betriebene die Forderung sowohl, als das Recht, sie auf dem Betreibungswege zu verfolgen, so befindet das Gericht in erster Linie über die Frage der Zulässigkeit der Betreibung (Lit. a). Bejaht es dieselbe, so tritt es auf die Prüfung der gegen die Forderung gerichteten Einwendungen ein, wobei die Entscheidung dadurch bedingt ist, ob für die Forderung ein Rechtsöffnungstitel besteht oder nicht (Lit. b).

3. Der Betriebene erhebt formelle Einwendungen und bestreitet gleichzeitig die Forderung oder das Recht, sie durch Schuldbetreibung zu exequieren. In diesem Falle untersucht der Richter zunächst, ob die Betreibung zulässig ist. Trifft dies nicht zu, so hebt er den Zahlungsbefehl auf. Dasselbe hat zu geschehen, wenn er eine formelle Einwendung als begründet erachtet. Besteht nach der Ansicht des Richters der Zahlungsbefehl als solcher zu Recht, so tritt er auf die materiellen Einwendungen

ein. Je nachdem der Gläubiger einen Rechtsöffnungstitel vorlegt oder nicht, erteilt er ihm die provisorische oder die definitive Rechtsöffnung oder verweist ihn auf den ordentlichen Prozessweg⁷⁴⁾.

Dieses Verfahren ist hier lediglich in den Grundzügen skizziert worden, um eine Diskussionsgrundlage zu schaffen. Dass es eine einschneidende Neuerung in sich begreift, ist nicht zu verkennen. Andererseits lässt sich aber auch nicht bestreiten, dass es, richtig gehandhabt, die Betreibung ganz wesentlich vereinfachen würde.⁷⁵⁾

c) Allgemeine Grundsätze des Verfahrens.

In diesem Zusammenhange sind endlich noch zwei allgemeine Grundsätze des Verfahrens zu erörtern.

I. Das geltende Recht huldigt in ziemlich weitgehendem Masse dem Prinzip des Amtsbetriebs. Der Gläubiger hat nur drei — in der Betreibung auf Pfandverwertung sogar nur zwei — Begehren zu stellen; im übrigen wird das Betreibungsamt ex officio tätig. Hieran wird dem Grundsatz nach niemand etwas ändern wollen. Indes wird die Aufgabe des Betreibungsamtes dadurch

⁷⁴⁾ Wird die geltende Regel beibehalten, wonach der Konkursit für den vom Gläubiger im Konkurs erlittenen Ausfall nur betrieben werden kann, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265), so muss die heute dem Richter im beschleunigten Verfahren zustehende Kompetenz zur Beurteilung der Einrede des mangelnden neuen Vermögens ebenfalls dem Betreibungs- und Konkursgerichte übertragen werden, womit die in BGE 45 III Nr. 42 erwähnten Schwierigkeiten dahinfallen.

⁷⁵⁾ Die im Texte erörterten Vorschläge über die Behördenorganisation und das Einleitungsverfahren bilden das Ergebnis wiederholter Besprechungen zwischen dem Korreferenten und dem Referenten, indem beide von der Überzeugung durchdrungen sind, dass die heute bestehende Doppelspurigkeit zwischen Rechtsvorschlag und Beschwerde beseitigt werden muss. Dieser Meinungsaustausch war für mich auch bei der Behandlung anderer Revisionsfragen sehr wertvoll, und es liegt mir daran, bei diesem Anlasse dem Herrn Korreferenten aufrichtigen Dank zu sagen.

sehr erschwert, dass ihm, von einzelnen Fällen abgesehen, keine gesetzliche Handhabe zu Gebote steht, um den Gläubiger und die am Verfahren beteiligten Dritten zur Erteilung von Auskünften und zur Abgabe bindender Erklärungen zu zwingen. Das Gesetz geht vielmehr davon aus, dass das Betreibungsamt zu verfügen hat und die Beteiligten sich gegen die getroffene Verfügung beschweren sollen, wenn sie mit dieser nicht einverstanden sind. Die Folge davon ist eine verhältnismässig grosse Zahl von Beschwerden in Ermessenssachen, zumal da das Beschwerdeverfahren kein Kostenrisiko in sich schliesst. Viele dieser Beschwerden liessen sich vermeiden, und es würde dementsprechend das Verfahren vereinfacht und abgekürzt, wenn das Betreibungsamt die Möglichkeit hätte, von den Beteiligten die notwendigen Aufschlüsse zu verlangen und sie der Anordnung einer Verfügung vorgängig unter Angabe des Inhalts derselben zur Abgabe von Erklärungen aufzufordern, mit der Rechtsfolge, dass die Unterlassung der Erklärung als Zustimmung zu den als beabsichtigt mitgeteilten Massnahmen gilt^{75a)}.

II. Was die Form des Verfahrens betrifft, so herrscht die Schriftlichkeit vor. Insbesondere ist ein kontraktorisches Verfahren der Beteiligten vor dem Betreibungsamt nicht vorgesehen. In dieser Beziehung weist freilich das Verordnungsrecht des Bundesgerichts neue Wege. In der VO über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923 wird eine „Einigungsverhandlung“ vorgesehen (Art. 14); desgleichen soll gemäss ZGB Art. 73 lit. b bei der Verwertung eines Miteigentumsanteils an einem verpfändeten

^{75 a)} Als vorbildlich erscheint § 772 des deutschen Entwurfs. Danach ist das Vollstreckungsgericht in jeder Lage des Verfahrens befugt, den Gläubiger und den Schuldner oder etwa beteiligte Dritte zum Erscheinen oder zu schriftlichen Erklärungen aufzufordern. Wird die Aufforderung vom Gläubiger oder vom Schuldner nicht befolgt, so gilt dies als Zustimmung zu den als beabsichtigt mitgeteilten Massnahmen. Ähnlich öst. ExO § 56.

Grundstücke eine Verständigung unter den Miteigentümern und den Pfandgläubigern über die Auflösung des Miteigentumsverhältnisses stattfinden, was nur in einer mündlichen Verhandlung geschehen kann. Diese wertvollen Gedanken verdienen verallgemeinert zu werden, derart, dass die Vollstreckungsbehörden die Beteiligten (Gläubiger, Schuldner, am Verfahren beteiligte Dritte) zu einer mündlichen Verhandlung vorzuladen berechtigt ist, wenn eine solche ohne grosse Umtriebe stattfinden kann (in welchem Falle eine schriftliche Vernehmlassung an die Stelle der Verhandlung zu treten hätte). Derartige Verhandlungen wären oft von grossem Wert und könnten zur Vereinfachung des Verfahrens wesentlich beitragen, dies ganz besonders dann, wenn, was zu erwarten steht, das Verwertungsverfahren elastischer ausgestaltet und die Zwangsverwaltung eingeführt wird⁷⁶). Übrigens lassen sich auch die modernen ausländischen Gesetze und Entwürfe von dem Bestreben leiten, dem Grundsatze der Mündlichkeit in der Exekution mehr Raum zu gewähren, als es früher der Fall gewesen ist⁷⁷).

⁷⁶) Solche Verhandlungen kommen insbesondere in Betracht für die Frage der Aufschiebung der Verwertung (vgl. S. 352a ff.), die Verwertungsmassnahmen, die Aufstellung des Lastenverzeichnisses und der Steigerungsbedingungen, die Vollstreckung in Miteigentumsanteile und Anteile an Gemeinschaftsvermögen, für die Frage, ob die Zwangsverwaltung anzuordnen ist usw. Im Konkursverfahren insbesondere ist die Einführung einer mündlichen Verhandlung über die Prüfung und Feststellung der Konkursforderungen in Erwägung zu ziehen, insofern sich auf diese Weise oft Kollokationsprozesse vermeiden liessen.

⁷⁷) Betr. das österreichische Recht vgl. Walker, l. c. S. 74 ff. Nach dem deutschen Entwurf § 772 Abs. 2 kann das Vollstreckungsgericht eine mündliche Verhandlung anordnen. Desgleichen sieht auch der italienische Entwurf in weitem Umfange die mündliche Verhandlung vor. So hat in jedem Falle eine convocazione preliminare del debitore e del creditore stattzufinden, zu der auch die Pfand- und Pfändungsgläubiger beizuziehen sind, wenn eine verpfändete oder gepfändete Sache gepfändet werden soll (Art. 482 ff.). Eine mündliche Verhandlung ist ferner vorgesehen z. B.

III. Die soeben entwickelten Prinzipien sollten von Bundesrechts wegen auch auf das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde (bzw., wenn die oben S. 277a ff. erörterten Vorschläge gebilligt werden, auf das Verfahren vor dem Betreibungs- und Konkursgerichte) als anwendbar erklärt werden; de lege lata ist es nämlich eine Frage des kantonalen Rechtes, ob die Aufsichtsbehörde eine kontradicitorische Verhandlung anordnen kann und ob Vernehmlassungen der beschwerdebeklagten Amtsstellen oder am Verfahren beteiligten Dritter eingeholt werden sollen oder eingeholt werden können⁷⁸⁾.

5. Das Vollstreckungssystem.

Die in den vorangehenden Abschnitten formulierten Vorschläge können unter Beibehaltung der Grundlagen des geltenden Rechtes verwirklicht werden. Indes wären wohl alle, die von der Revision des SchKG eine durchgreifende Sanierung unseres Vollstreckungswesens erwarten, bitter enttäuscht, wenn die Reform sich in der Behebung der erörterten Mängel erschöpfen würde. Daher gilt es nunmehr, zu der weiteren Frage Stellung zu nehmen, ob die geltende Ordnung sich auch in ihren Grundprinzipien vereinfachen lässt, konkret gesprochen, ob das Vollstreckungssystem einfacher gestaltet werden kann. Dass die Möglichkeit hiezu besteht, ist nicht zu bestreiten. Hinsichtlich dieses Zentralproblems aller

für das Verteilungsverfahren (Art. 519/20), zur Behandlung eines Freihandverkaufs von Immobilien (Art. 567), für die Feststellung der Steigerungsbedingungen (Art. 570), im Verfahren zur Vollstreckung in Forderungen für die Abgabe der Erklärung des Drittschuldners (Art. 612 ff.), in dem Falle, wo ein Miteigentumsanteil gepfändet werden soll (Art. 634). Betr. den Konkurs vgl. RKO §§ 141 ff., wonach für die Prüfung und Feststellung der Forderungen ein Prüfungstermin stattfindet; ebenso öst. KO §§ 105 ff. (Prüfungsverhandlung); vgl. ferner Ccomit Art. 763; Entwurf z. Ccomit Art. 805.

⁷⁸⁾ Blumenstein, Handbuch S. 89.

Vollstreckung darf jedoch das Bestreben nach Vereinfachung nicht schlechthin ausschlaggebend sein; denn gerade bei der Festlegung des Exekutionssystems müssen andere, ebenso schwer in die Waagschale fallende Interessen berücksichtigt werden, und es wäre daher ein grosser Fehler, wenn der Gesetzgeber, lediglich um der Vereinfachung willen, diese Interessen opfern würde. Aus diesem Grunde kommt das denkbar einfachste System, nämlich das reine Pfändungssystem⁷⁹⁾ mit Priorität des erstpfändenden Gläubigers von vorneherein nicht in Betracht; denn es lässt sich auch mit den primitivsten Anforderungen, die aus allgemeinwirtschaftlichen Gesichtspunkten an ein Vollstreckungsgesetz gestellt werden müssen, nicht vereinbaren.

a) Das Vollstreckungssystem des SchKG.

I. Im Lichte der Rechtsvergleichung betrachtet, bildet das derzeitige schweizerische Vollstreckungssystem eine Singularität. Es lässt sich nur dadurch erklären, dass eine einheitliche Ordnung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nicht anders denn auf Grund eines Kompromisses zwischen den Vollstreckungssystemen der kantonalen Rechte geschaffen werden konnte. Das geltende System aber bildet die einzige, nach „langem Hader“⁸⁰⁾ und vielen fehlgeschlagenen Versuchen gefundene Lösung, mit deren Billigung durch das Volk gerechnet werden durfte. Dieses System geht bekanntlich dahin, dass die pfandversicherten Forderungen ohne Rücksicht auf die Person des Schuldners auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung

⁷⁹⁾ Das Pfändungssystem ist das System des alten deutschen Rechts. Über die Entwicklung vgl. v. Wyss, Geschichte des Konkursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich, 1845, insbes. S. 16 ff.; Heusler, Die Bildung des Concursprozesses nach schweiz. Rechten, ZschwR a. F. Bd. 7 S. 117 ff. — Vgl. ferner: Kohler, Leitfaden des Konkursrechts, 1903, S. 29; Seuffert, Konkursprozessrecht, 1899, S. 10.

⁸⁰⁾ Andreas Heusler, Der Zivilprozess der Schweiz, 1923, S. 182.

vollstreckt werden (unter Vorbehalt der grundpfändlich gesicherten Zinse oder Annuitäten, Art. 41 Abs. 2). Hinsichtlich der Kurrentschulden dagegen differenziert das Gesetz, je nachdem der Schuldner (in einer der in Art. 39 genannten Eigenschaften) im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Gegen den Eingetragenen geht die Betreibung (mit Ausnahme der in Art. 43 genannten öffentlich-rechtlichen Ansprüche) auf Konkurs, gegen den Nichteingetragenen dagegen auf Pfändung. Praktisch gesprochen unterliegt der Kaufmann der Konkurs-, der Nichtkaufmann dagegen der Pfändungsbetreibung; denn es ist ja bekannt, dass von der Möglichkeit der Eintragung in das Register B gemäss OR Art. 865 Abs. 1 sozusagen kein Gebrauch gemacht wird⁸¹⁾. Übrigens wird das gegenwärtige Faktum, wonach nur der Kaufmann auf Konkurs betrieben werden kann, in absehbarer Zeit zum ius werden, da nach dem Entw. OR das Handelsregister nur noch den Kaufleuten geöffnet werden soll⁸²⁾.

II. Insofern das SchKG zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten differenziert, stimmt es mit den romanischen Rechten überein. Indes unterscheidet es sich von diesen dann doch prinzipiell, und zwar nach zwei Richtungen. Einerseits wird nach diesen Rechten auch der Kaufmann, solange er nicht die Zahlungen eingestellt hat, auf dem Wege der Spezialexekution betrieben. Andererseits ist diesen Rechten die konkursmässige Liquidation des Vermögens eines Nichtkaufmanns unbekannt (es kommt lediglich zu dem Zustande der *déconfiture*)⁸³⁾, während nach dem SchKG auch über das Vermögen des Nichtkaufmanns das Konkursverfahren eröffnet werden kann, sei es infolge

⁸¹⁾ Vgl. die statistischen Angaben in der Botschaft zum Entw. OR vom 21. Februar 1928 S. 101.

⁸²⁾ Vgl. Entw. OR Art. 917.

⁸³⁾ Percerou, Faillites et banqueroutes, Bd. I 1907 S. 131 ff.; Lyon-Caen, Tr. dr. comm. Bd. VII 1914 S. 31 ff.; Planiol, Tr. él. dr. civ. Bd. II 1921 Nr. 213 ff.; Planiol-Ripert-Radouant, Tr. prat. dr. civ. Bd. VII S. 114 ff.

eigener Insolvenzerklärung (Art. 191), sei es wegen Verwirklichung eines der in Art. 190 Ziff. 1 genannten materiellen Konkursgründe. Dabei ist indes sehr bedeutsam, dass auch nach dem schweizerischen Recht für die Gläubiger keine Möglichkeit besteht, den Schuldner wider seinen Willen in den Konkurs zu bringen — es wäre denn, dass er sich eines Verhaltens schuldig macht, das einen materiellen Konkursgrund i. S. von Art. 190 Ziff. 1 bildet —, sondern dass sie ihn nur auf dem Wege der Spezialexekution verfolgen können. Daher liess sich in der Einzelvollstreckung das (dem geltenden deutschen und österreichischen Rechte zugrunde liegende)⁸⁴⁾ reine Präventionsprinzip nicht durchführen, sondern es musste nach einem Ausgleiche zwischen den verschiedenen Gläubigern gesucht werden. Dieser Ausgleich wurde (in Anlehnung an die romanischen Rechte)⁸⁵⁾ im Gruppensystem gefunden. Danach nehmen die Gläubiger, welche innerhalb dreissig Tagen nach dem Vollzuge der Pfändung das Pfändungsbegehren gestellt haben, an derselben teil (Art. 110). Sodann gewährt das Gesetz für einzelne Forderungen ein privilegiertes Anschlussrecht, das ohne vorgängige Betreibung während einer Frist von vierzig Tagen geltend gemacht werden kann (SchKG Art. 111, OR Art. 529). Und endlich wird ein privilegiertes Anschlussrecht in der eidg. Kriegssteuergesetzgebung vorgesehen, insofern der Fiskus sich für einen fälligen, rechtskräftig gewordenen

⁸⁴⁾ RZPO § 804; ÖstExO §§ 256 ff.

⁸⁵⁾ Vgl. die rechtsvergleichende Darstellung bei Fragistas, Das Präventionsprinzip in der Zwangsvollstreckung, 1931, S. 32 ff.; betr. das französische Recht, das die Grundlage bildet, vgl. Cprcivfr. Art. 656 ff., Art. 749 ff., insbes. Art. 755 ff.; Cciv Art. 2093; Cuche, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, 1913, S. 345 ff., 435 ff.; Garsonnet-Josserand, *Tr. él. des voies d'exécution*, 1920, S. 347 ff., 412 ff.; Glasson-Tissier-Morel, *Tr. théor. et prat. de proc. civ.* Bd. IV 1932 S. 827 ff. Das Verfahren ist noch wesentlich komplizierter als unser Gruppensystem.

Kriegssteueranspruch ohne vorgängige Betreibung an eine von dritter Seite erwirkte Pfändung anschliessen kann, und zwar so lange, als die Betreibung des Dritten nicht bis zur Verteilung oder bis zur Rechtskraft eines gemäss SchKG Art. 146 aufgestellten Kollokationsplans vorgeschritten ist (vgl. BB betr. die neue a. o. Kriegssteuer vom 28. Sept. 1920 Art. 113 Abs. 3, VVO dazu vom 6. Dez. 1920 Art. 45 Abs. 1)⁸⁶⁾.

b) Abschaffung des Gruppensystems.

I. Unter den schweizerischen Juristen besteht wohl Einstimmigkeit darüber, dass das Gruppensystem ein wahres Kreuz unseres Vollstreckungswesens bildet, zumal da auch heute noch nicht alle Streitfragen abgeklärt sind, und dass daher die Abschaffung der Gruppenpfändung mächtig zur Vereinfachung des Betreibungsverfahrens beitragen würde. Die Eliminierung des Gruppensystems drängt sich namentlich auch deswegen auf, weil an eine Änderung der Behördenorganisation kaum zu denken ist, vielmehr damit gerechnet werden muss, dass auch in Zukunft die Mehrzahl der Betreibungsbeamten nicht juristisch gebildet und nur nebenamtlich tätig sein wird⁸⁷⁾. Die meisten Beamten sind sehr wohl imstande, eine gewöhnliche Pfändungsbetreibung zu führen. Viele von ihnen versagen jedoch, sobald es zur Bildung von Gruppen und gegebenenfalls zu einem Kollokationsverfahren kommt — woraus ihnen übrigens kein Vorwurf gemacht werden kann.

⁸⁶⁾ Über das System im allgemeinen vgl. Curti, Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung 1894; vgl. die scharfe Kritik dieses Systems bei Heusler, Der Zivilprozess der Schweiz S. 182 ff., ferner auch Thaller, Les faillites en droit comparé Bd. I 1887 S. 201; andererseits die geschickte Verteidigung desselben bei Brüstlein, Die Grundzüge des Entwurfs eines eidg. B. u. Kges., 1888, sowie Leo Weber, Zur Kritik über das SchKG 1889.

⁸⁷⁾ Über die Organisationsfrage vgl. oben S. 277a ff.

II. Dieses Postulat lässt sich freilich nicht bloss durch eine Streichung der Art. 110 und 111 verwirklichen, denn dies käme auf die Einführung des reinen Präventionsprinzips hinaus, was unhaltbar wäre. Die Eliminierung der Gruppenpfändung ist nur denkbar unter gleichzeitiger Änderung des Vollstreckungssystems, und zwar in der Weise, dass auch über das Vermögen des Nichteingetragenen auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger das Konkursverfahren eröffnet wird, und zwar nicht nur, wie heute, im Falle der Schuldenflucht (Art. 190 Ziff. 1), sondern stets dann, wenn der Schuldner sich materiell im *status cridae* befindet. Nur so kann der Grundsatz gewahrt werden, dass das Vermögen des Schuldners allen Gläubigern gleichmässig Befriedigung gewähren soll, sofern nicht der einzelne Gläubiger auf Grund eines besondern Titels eine Vorzugsstellung beanspruchen kann.

1. Wann liegt nun aber der „*status cridae*“ vor, m. a. W. welcher Tatbestand soll den materiellen Konkursgrund bilden?

a) Diese Frage wird in der Gesetzgebung verschieden beantwortet; bald wird die Überschuldung (Insuffizienz)⁸⁸⁾, bald die Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz)⁸⁹⁾, bald die Zahlungseinstellung⁹⁰⁾ als Konkursgrund vorgesehen. Über-

⁸⁸⁾ So das gemeine Recht; Gönner, Hdb. des deutschen gemeinen Prozesses Bd. IV 1805 S. 495 ff.; Schweppé, Das System des Concurses der Gläubiger, 1829, S. 48 ff.; Bayer, Theorie des Concurs-Prozesses, 1868, S. 133.

⁸⁹⁾ So das deutsche und das österreichische Recht, RKO § 102; Öst. KO § 68; bei juristischen Personen und Verlassenschaften genügt die Überschuldung RKO §§ 207, 213, 215, DGmbHGes § 63; DGenGes § 69; Öst. KO § 69; Insolvenz als ausschliesslicher Konkursgrund wird vorgesehen im Entwurf zum Ccomit. Art. 695 Abs. 1; vgl. jedoch dazu den Ergänzungsvorschlag (Überschuldung bei juristischen Personen) von Salvatore, Riv. dir. com. Bd. 24 I S. 605 ff.

⁹⁰⁾ So das französische Recht und seine Tochterrechte, Ccomfr. Art. 437; Ccomit. Art. 683 (jedoch mit Beschränkung auf die Handelsschulden); Ccombelge Art. 437 (mit der weiteren

schuldung liegt vor, wenn die Passiven die Aktiven übersteigen. Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit ist gegeben, wenn sich der Schuldner infolge nicht bloss vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln ausserstande sieht, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen⁹¹⁾. Die Zahlungseinstellung endlich ist eine Erscheinungsform der Zahlungsunfähigkeit; sie besteht in der sei es ausdrücklichen, sei es stillschweigenden Kundgabe der Zahlungsunfähigkeit durch den Schuldner selbst⁹²⁾.

b) Die Zahlungseinstellung fällt für Nichtkaufleute als Konkursgrund ausser Betracht, und zwar deswegen, weil es bei diesen gewöhnlich nicht zu einer eigentlichen Zahlungseinstellung kommt, die Insolvenz sich vielmehr in der Regel durch andere Indizien äussert (rasch aufeinanderfolgende Betreibungen, Aufsuchen wucherischen Kredits usw.)⁹³⁾. Somit kann sich nur fragen, ob die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung als Konkursgrund anzuerkennen ist, oder ob diese beiden

Voraussetzung, dass infolge der Zahlungseinstellung der Kredit des Schuldners erschüttert ist); vgl. ferner in bezug auf die Eingetragenen SchKG Art. 190 Ziff. 2.

⁹¹⁾ E. Jäger, Bem. 2 zu RKO § 102; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1891, S. 180; Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, S. 120 f.; Bartsch und Pollak, Bem. 2 ff. zu öst. KO § 68; ferner Leemann, Die Konkursgründe, 1904, S. 93; vgl. die Umschreibung im Entw. Ccomit. Art. 695 Abs. 2: „Lo stato d'insolvenza risulta da inadempimenti o da altri fatti esteriori, i quali provano che il commerciante non è più in grado di soddisfare alle proprie obbligazioni.“

⁹²⁾ Blumenstein, Handb. S. 600; Jaeger, N. 11 zu Art. 190; Leemann, 1. c. S. 92 ff.; Gentinetta, Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung, 1932, S. 24 ff.; E. Jäger, Anm. 1 ff. zu RKO § 30.

⁹³⁾ Die Zahlungseinstellung eignet sich übrigens auch nicht als Konkursgrund für Kaufleute. Das zeigen die französische und die italienische Praxis, welche den Begriff immer weiter auszudehnen genötigt waren. Vgl. Lyon-Caen, Bd. VII S. 56 ff.; Bonelli, Del Fallimento Bd. I 1923 S. 55 ff.; vgl. auch Entwurf Bonelli zu einem ital. Konkursgesetz Art. 1 Abs. 2: „La cessazione dei pagamenti si verifica allorché da fatti d'inadempienza in-

Konkursgründe kumuliert werden sollen⁹⁴⁾). Dieser Frage kommt (edenfalls in normalen Zeiten) nicht die Bedeutung zu, die ihr hin und wieder beigelegt wird. Immerhin ist es möglich, dass ein Schuldner, dessen Aktiven die Passiven übersteigen, doch insolvent ist, weil jene nicht oder nur mit Verlust realisierbar sind, wie es andererseits auch vorkommen kann, dass zwar Überschuldung vorliegt, der Schuldner aber gleichwohl imstande ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dem Begriff und Wesen des Konkurses scheint die Anerkennung der Überschuldung als Konkursgrund zu entsprechen. Sieht man indes näher zu, so ergibt sich, dass (unter Vorbehalt der juristischen Personen und der Verlassenschaften) die Überschuldung sich als Konkursgrund nicht eignet, und zwar einerseits deswegen, weil sie sich, zumal bei Nichtkaufleuten, nur schwer feststellen lässt, andererseits aus dem Grunde, dass der auf persönlicher Tüchtigkeit und Vertrauen beruhende Kredit sich ebenfalls als Vermögen darstellt und daher, solange als der Schuldner gestützt auf diesen Kredit seinen Verbindlichkeiten nachkommt, kein Anlass zur Anordnung der Generalliquidation besteht⁹⁵⁾). Daher emp-

giustificata o da altri indizi si fa manifesto che il commerciante non è più in grado di far fronte ai propri debiti (Riv. dir. com. Bd. 19 I S. 522); daher hat denn auch der Entwurf Ccomit. Art. 695 die Zahlungseinstellung als Konkursgrund durch die Zahlungsunfähigkeit ersetzt, vgl. auch Relazione S. 218; vgl. zu der Frage auch Salvatore, „Lo stato di insolvenza“ nel progetto di riforma del codice di commercio, Riv. dir. com. Bd. 24 I S. 605 ff.

⁹⁴⁾ So die Anträge Rintelen und Genossen zu RKO § 94: Reichstagsdrucksachen 1893/94 I. Anlageband Nr. 18; ferner Pollak, Gutachten, dem XI. öst. Advokatentag erstattet, 1908, S. 48.

⁹⁵⁾ Vgl. insbes. E. Jäger, Lehrbuch des Konkursrechts, 1932, S. 168: „Die Überschuldung, wie das wiederholt im Reichstag beantragt wurde, auch bei natürlichen Personen als Konkursgrund gelten zu lassen, wäre ein Rückschritt schlimmster Art, der einem kapitalschwachen Unternehmer den Aufstieg, einem notleidenden, wenn auch noch so gut kreditierten die Rettung

fiehlt es sich, die Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund vorzusehen.

c) Andere Konkursgründe sind daneben entbehrlich. So deckt insbesondere die Zahlungsunfähigkeit in der Regel auch die in SchKG Art. 190 Ziff. 1 umschriebenen Tatbestände. Fraglich kann nur sein, ob der Widerruf der Nachlassstundung, die Verweigerung der Bestätigung und der Widerruf des Nachlassvertrags spezielle Konkursgründe bilden sollen, wie es im geltenden Rechte für die Eingetragenen vorgesehen wird (SchKG Art. 190 Ziff. 3, Art. 309, 316 Abs. 2). Dies ist indes zu verneinen. In der Regel wird ja in einem solchen Falle der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit gegeben sein, so dass jeder Gläubiger unter Glaubhaftmachung seiner Forderung das Konkursbegehren stellen kann. Sollte es sich aber ausnahmsweise ereignen, dass der Schuldner, dem gegenüber die Stundung widerrufen oder die Bestätigung des Nachlassvertrags verweigert worden ist, sich nicht im Zustande der Insolvenz befindet — so etwa dann, wenn er das Nachlassverfahren einleitet, um einer bloss drohenden Insolvenz zu begegnen und die Nachlassbehörde die Stundung widerruft, weil der Schuldner sich den Weisungen des Sachwalters widersetzt hat —, so besteht auch kein Grund, über sein Vermögen das Konkursverfahren zu eröffnen. Es könnte höchstens erwogen werden, ob sich in den in SchKG Art. 309 und 316 Abs. 2 genannten Fällen nicht eine Umkehrung der Beweislast empfiehlt, derart, dass nicht der antragstellende Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners darzutun, sondern dieser glaubhaft zu machen hat, dass er nicht zahlungsunfähig ist⁹⁶⁾.

2. Damit ist zugleich eine bisher wiederholt angedeutete, aber noch nicht prinzipiell erörterte Frage angeschnitten, nämlich die Frage der Gestaltung des Konkursverschränken und die Zahl der Konkurse verhängnisvoll steigern müsste.“

⁹⁶⁾ Vgl. in diesem Sinne Öst. KO § 71 Abs. 1 Satz 2.

eröffnungsverfahrens. Der Kern der formulierten Abänderungsvorschläge besteht darin, dass der Konkurs auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger eröffnet werden soll, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist. Dieses Konkursantragsrecht ist jedem Gläubiger ohne Ausnahme zuzubilligen⁹⁷⁾. Fragen kann sich dagegen, ob der Gläubiger seine Forderung und den Konkursgrund zu beweisen hat oder ob es beim blossen Glaubhaftmachen sein Bewenden haben kann. Mit Rücksicht darauf, dass das Konkurseröffnungsverfahren ein summarisches Verfahren sein muss, wenn man nicht schutzwürdige Interessen der Gläubiger preisgeben will, kann ein Beweis nicht verlangt werden, sondern es muss das Glaubhaftmachen der Gläubigereigenschaft und des Konkursgrunds genügen⁹⁸⁾. Selbstverständlich steht auch nach diesem

⁹⁷⁾ Dies ist die Auffassung der meisten ausländischen Gesetze. Danach sind zum Antrage alle diejenigen legitimiert, die in dem nachfolgenden Konkurse eine Forderung geltend machen können, somit auch die Pfandgläubiger und die Gläubiger bedingter und betagter Forderungen; auch nahe verwandtschaftliche Beziehungen schliessen das Antragsrecht nicht aus (vgl. E. Jäger, Anm. 1 zu RKO § 103; Bartsch und Pollak, Anm. 1—3 zu öst. KO §§ 70/71; Lyon-Caen, l. c. Bd. VII S. 107 ff.); anders das geltende italienische Recht; danach sind nur die Gläubiger aus Handelsschulden antragsberechtigt und es steht auch den Aszendenten, Deszendenten und dem Ehegatten des Kridars ein Antragsrecht nicht zu (Ccomit. Art. 687), was Lordi (Riv. dir. com. Bd. 24 I S. 668) als „inesplicabile sentimentalità“ bezeichnet; der Entwurf lässt denn auch diese Einschränkungen fallen (Art. 695 Abs. 1). Auch bei uns wird man sich im Falle der Annahme der vorliegenden Vorschläge zu einer Änderung von ZGB Art. 173 in dem Sinne entschliessen müssen, dass dem Ehegatten das Konkursantragsrecht gewährt wird (vgl. S. 317a).

⁹⁸⁾ So schon die geltende Praxis zu SchKG Art. 190; vgl. Jaeger, N. 2 zu Art. 190; Blumenstein, Handb. S. 601/02; Gentinetta, l. c. S. 61/62. Dies ist auch die Auffassung der Konkursgesetze unserer Nachbarstaaten, so ausdrücklich: RKO § 105 Abs. 1, Öst. KO § 71 Abs. 1. Der Ccomfr. (Art. 440) bestimmt bloss, dass der Konkurs erklärt werden kann „à la requête d'un ou de plusieurs créanciers“; ein Exekutionstitel wird nicht verlangt, es genügt, „que l'existence de la créance soit certaine“

System dem Schuldner nach wie vor die Möglichkeit offen, sich selbst insolvent zu erklären⁹⁹⁾). Dagegen ist entgegen ausländischen Gesetzen von einer Antragspflicht des Schuldners abzusehen¹⁰⁰⁾). Ebenso ist auch eine Nachahmung der

et qu'il ne s'agisse pas d'une obligation naturelle“ (Lyon-Caen, Bd. VII S. 107/08). Noch erheblich larger ist hinsichtlich der Forderung die italienische Auffassung: „Egli (d. h. der Gläubiger) deve legittimare intanto il suo interesse di creditore, non ancora il suo diritto di partecipazione al riparto, che formerà tema del giudizio di verifica. Quindi basta, per dir così, l'esteriorità, l'apparenza del credito, il fumus boni juris“ (Bonelli, Del fall. Bd. I S. 200); betr. die „dimostrazione“ der Zahlungseinstellung vgl. Bonelli, l. c. S. 209 ff.

⁹⁹⁾ Vgl. SchKG Art. 191; RKO §§ 103 Abs. 2, 104; Öst. KO § 70; Ccomfr. Art. 440; Ccomit. Art. 684, 686; it. Entwurf Art. 695 Abs. 1. Muss der Richter in diesem Falle prüfen, ob der sich insolvent erklärende Schuldner wirklich insolvent ist? Dies ist überaus bestritten. Verneinend die schweizerische, italienische und österreichische Auffassung: Jaeger, N. 3 zu Art. 191; Blumenstein, Hdb. S. 604; Leemann, Konkursgründe S. 132 f.; Bonelli, Del fall. Bd. I S. 181 f.; Bartsch und Pollak, Anm. 14 zu § 70 Öst. KO; anders die in Deutschland herrschende Meinung: E. Jäger, Anm. 1 zu § 104 KO; Seuffert, Konkursprozessrecht S. 146; a. M. Hellmann, Lehrb. S. 426.

¹⁰⁰⁾ Unter Vorbehalt der Antragspflicht, die der Verwaltung der A.-G. (OR Art. 657), der Genossenschaft (OR Art. 704) und den Geschäftsführern der GmbH (Entw. OR Art. 781) obliegt. Das deutsche Recht dehnt diese Antragspflicht insofern aus, als sie im Falle der Überschuldung generell statuiert ist für die juristischen Personen des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts. Bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung besteht eine Antragspflicht für die A.-G., die Kommandit A.-G., die GmbH und die Genossenschaft; bei überschuldeten Nachlässen sind die Erben und der Nachlassverwalter zum Antrage verpflichtet (vgl. E. Jäger, Anm. 5 zu RKO § 103; Seuffert, Konkursprozessrecht S. 135 ff.); diese Antragspflichten sind indes neuerdings modifiziert worden (Rges. über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des Vergleichsverfahrens vom 25. März 1930; vgl. darüber und über die Kriegsgesetzgebung und die Erlasse der Nachkriegszeit E. Jäger, Lehrbuch S. 169 f.). Begr. das österr. Recht vgl. Bartsch und Pollak, Anm. 3 zu § 70 KO. Indirekt wird eine Antragspflicht begründet durch ÖstStGB § 486. In den romanischen Rechten dagegen besteht

§§ 24, 71, 80 der deutschen Vergleichsordnung nicht empfehlenswert, wonach das Gesuch um Einleitung des Nachlassverfahrens zugleich einen bedingten Konkursantrag darstellt, derart, dass der Richter in dem Beschluss, durch den die Eröffnung des Vergleichsverfahrens abgelehnt, dieses eingestellt oder die Bestätigung versagt wird, über die Eröffnung des Konkurses zu entscheiden hat. Diese Ordnung ist nämlich nicht unbedenklich, weil unter diesen Umständen mancher Schuldner (zum Schaden der Gläubiger) es nicht wagen wird, das Vergleichsverfahren anzurufen¹⁰¹⁾. Vollends ist die Möglichkeit einer Konkureröffnung *ex officio* abzulehnen¹⁰²⁾.

eine allgemeine Antragspflicht des Schuldners; vgl. Ccomfr. Art. 438 (binnen 14 Tagen von der Zahlungseinstellung an); vgl. dazu Lyon-Caen, Bd. VII S. 94 ff.; vgl. ferner Ccomit. Art. 686 (Frist 3 Tage); der Entwurf hat diese Anzeigepflicht fallen lassen (vgl. Relazione S. 218/19). Gegen diese Änderung Salvatore, Riv. dir. com. Bd. 24 I S. 608 ff. Gegen die Anzeigepflicht überhaupt vgl. insbes. E. Jäger, Lehrbuch S. 169: „Gedacht als Massnahme zum Schutze der Gläubiger, bei Körperschaften auch der Mitglieder, wirkte die Anzeigepflicht sich nur allzuoft zum Unsegen derer aus, die sie schützen sollte. Sie vereitelte Sanierungen und förderte den Zusammenbruch.“ Daher hat unser Recht, OR Art. 657, 704, mit gutem Grund die Möglichkeit des Aufschubs der Konkureröffnung vorgesehen, woran *de lege ferenda* festzuhalten ist (Entw. OR Art. 718, 781, 890).

¹⁰¹⁾ Vgl. darüber Haab, Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechts, ZschwR n. F. Bd. 47 S. 200 f.

¹⁰²⁾ Die Konkureröffnung von Amtes wegen ist namentlich im Ccomfr. und dessen Tochterrechten vorgesehen; vgl. Ccomfr. Art. 437 Abs. 3 und dazu Lyon-Caen, Bd. VII S. 122 ff.; von dieser Möglichkeit wird verhältnismässig selten Gebrauch gemacht (ebenda S. 124/25), wie denn auch die Abschaffung der déclaration de faillite d'office schon wiederholt beantragt worden ist (Thaller, Les faillites en dr. comp. Bd. II S. 169 ff.). Vgl. ferner Ccombelge Art. 442; ebenso Ccomit. Art. 688, wonach das Gericht *ex officio* den Konkurs zu eröffnen hat, wenn die Zahlungseinstellung notorisch ist oder wenn das Gericht auf andere Weise sichere Kenntnis von der Zahlungseinstellung erhalten hat; vgl. im einzelnen Bonelli, l. c. Bd. I S. 224 ff. Während Mortara in seinem Entwurfe die Konkureröffnung *ex officio* eliminiert

3. Die Durchführung dieser Vorschläge setzt freilich voraus, dass

a) die Regel des geltenden Rechts beibehalten wird, wonach die Pfändungsgläubiger infolge der Pfändung kein Pfändungspfandrecht erwerben, das sie in einem während der Hängigkeit des Pfändungsverfahrens ausbrechenden Konkurse geltend machen können. Andernfalls würde die Neugestaltung unseres Exekutionsverfahrens auf die dem geltenden deutschen Rechte zugrunde liegende Ordnung hinauslaufen. Danach wird durch die Pfändung zugunsten des Pfändungsgläubigers ein Pfandrecht begründet, das in dem anschliessenden Konkurse ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt; ein solches Absonderungsrecht steht auch dem Gläubiger zu, der eine Zwangshypothek hat eintragen

hatte, behielt Bonelli dieselbe in seinem Entwurfe (allerdings in veränderter Form) bei (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 6 und dazu die Motive, Riv. dir. com. Bd. 20 I S. 191/92, wo Bonelli nach einem Schwanken dann doch dazu gelangt, die Eröffnung von Amtes wegen zu befürworten). Der Entwurf steht auf dem gleichen Boden. Nach Art. 698 hat der Procuratore del Re das Konkursgericht zum Zwecke der Konkurseröffnung zu benachrichtigen, wenn er von Fällen der Schuldenflucht usw. Kenntnis erhält. Art. 699 sodann bestimmt: „Il magistrato, che nel giudicare una causa in cui una delle parte sia un commerciante, riconosca dagli elementi del giudizio lo stato di insolvenza di lui, ne dichiara di ufficio il fallimento, se competente, o altrimenti transmette gli atti al tribunale competente per la dichiarazione del fallimento.“ Art. 700 verpflichtet die Notare und die ufficiali giudiziari zur Führung eines Protestregisters, das alle 14 Tage dem Gerichtspräsidenten einzureichen ist (vgl. auch Relazione S. 220/21). Diese Konkurseröffnung ex officio ist eine sehr zweischneidige Massnahme; sie ist denn auch von allen modernen Konkursgesetzen aufgegeben worden. Nach dem im Text vorgeschlagenen Vollstreckungssystem könnte sie bloss in Frage kommen in dem Falle, wo eine Pfändung ungenügend ist; indes ist es Sache der Gläubiger, ihre Rechte zu wahren. Sind alle Gläubiger der Ansicht, dass trotz bestehender Insolvenz der Konkurs nicht eröffnet werden soll, so steht es dem Staate nicht zu, nun seinerseits den Konkurs zu erkennen; es genügt vollauf, wenn jeder Gläubiger das Konkursbegehren stellen kann.

lassen oder für den ein Grundstück des Schuldners im Zwangsversteigerungsverfahren beschlagnahmt wurde¹⁰³⁾). Darüber, dass diese Regelung wirtschaftlich nicht befriedigt, besteht Einigkeit; denn sie treibt die Gläubiger fälliger Forderungen zu raschem und rücksichtslosem Vorgehen, was für die übrigen Gläubiger und den Schuldner gleichermassen nachteilig ist¹⁰⁴⁾). So ist denn auch in Deutschland unbestritten, dass sich eine Änderung aufdrängt; aus Kreisen des Handels und der Industrie wird sogar gefordert, dass diese Änderung nicht bis zur Neugestaltung des Vollstreckungs- und Konkursrechts zu verschieben, sondern auf dem Wege einer Partialrevision der Konkursordnung vorzunehmen sei¹⁰⁵⁾). Das öster-

¹⁰³⁾ RKO §§ 47 und 49.

¹⁰⁴⁾ Vgl. auch Heusler, Über Konkursvorrechte, ZschwR a. F. Bd. 14 S. 52 ff.; de Seigneux, Referat für den Juristentag 1876 S. 37; Oberer, Welches System der Schuldbetreibung hat die grösseren Vorzüge? ZtschrGesRpfl. Bd. 5 S. 230 ff.; Grenier, ebenda S. 380.

¹⁰⁵⁾ Vgl. insbes. Eingabe des Verbands der Vereine Creditreform, S. 5, in der beantragt wird, in Anlehnung an VerglO §§ 3, 70, 84 die KO dahin abzuändern, dass alle Sicherungen oder Befriedigungen unwirksam werden, die ein beteiligter Gläubiger später als am dreissigsten Tage vor der Stellung des Antrages auf Eröffnung des Konkursverfahrens durch Zwangsvollstreckung oder (was über die VerglO hinausgeht) durch Vertrag erhalten hat. Vgl. ferner Beschluss der Delegierten des Kartells deutscher Gläubigerschutzverbände (Konkurs und Treuhandwesen Bd. 2 S. 101 ff., wonach ebenfalls die Übernahme von VerglO § 3 in die KO beantragt wird, sowie Schumann, Reform des Konkursverfahrens, Referat für den Wiener Gläubigerschutzkongress, Prot. S. 65. — Die Situation ist in der Tat heute in Deutschland insofern eigenartig, als in den Anschlusskonkursen (d. h. in den Konkursen, die sich an ein Nachlassverfahren anschliessen, das nicht zum Ziele geführt hat) diese Pfändungssperre gilt, während in den andern Konkursen der Gläubiger, der am Tage vor der Konkurseröffnung ein Pfändungspfandrecht erworben hat (die paulianische Anfechtung vorbehalten), absonderungsberechtigt ist (vgl. E. Jäger in der Wiener-Festschrift S. 74, der ebenfalls die Erstreckung der gesetzlichen Unwirksamkeit auf rechtsgeschäftliche Sicherungen befürwortet). Gegen die Aus-

reichische Konkursrecht sucht eine Zwischenlösung zu verwirklichen. Auch es gewährt dem Pfändungsgläubiger, sowie dem Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Zwangshypothek begründet oder die Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung „grundbürgerlich angemerkt“ ist, ein Absonderungsrecht, schränkt dieses aber ein, insofern Absonderungsrechte, die in den letzten sechzig Tagen vor der Konkurseröffnung durch Exekution zur Befriedigung oder Sicherstellung neu erworben sind, durch die Konkurseröffnung erloschen (KO § 12 Abs. 1)¹⁰⁶⁾.

Diese Ordnung bedeutet dem deutschen Rechte gegenüber einen erheblichen Fortschritt; sie ist denn auch seinerzeit als „folgenschwerste und segensreichste Neuerung“ des österreichischen Konkursrechts bezeichnet worden¹⁰⁷⁾. Indes vermag auch sie nicht zu befriedigen. Abgesehen davon, dass sie einen ausgesprochenen Kompromisscharakter trägt, ist sie auch in prinzipieller Hinsicht diskutabel, indem sie daran festhält, dass durch die Pfändung ein Pfandrecht geschaffen wird. Die exekutive Pfandrechtsbegründung beruht auf den überwundenen privatrechtlichen Vorstellungen, dass der Gläubiger Träger des Vollstreckungsrechts ist; sie lässt sich daher im Grunde genommen mit dem modernen Prinzip der staatlichen Vollstreckung nicht mehr vereinbaren; denn danach stellt sich die Pfändung als öffentlich-rechtliche Beschlagnahme dar, die der Staat als Träger der Vollstreckungshoheit vornimmt, um den Rechtsschutzanspruch des Gläubigers

dehnung auf die rechtsgeschäftlichen Sicherungen vgl. mit beachtenswerten Gründen Cahn, Umgestaltung der Konkursordnung, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 4 S. 121.

¹⁰⁶⁾ Ähnlich auch die Novelle vom 12. April 1927 zum dänischen Konkursges. vom 25. März 1872 § 1. Danach wird eine Pfändung ohne weiteres unwirksam, wenn der Konkurs binnen drei Wochen nach dem Pfändungsvollzuge eröffnet wird (vgl. Munch-Petersen in Z. ausl. int. PR Bd. 2 S. 882).

¹⁰⁷⁾ E. Jäger, Leipz. Z. Bd. 10 S. 112. Vgl. aber auch die Bedenken eines österreichischen Praktikers, Blaukopf, Einzelrechtsverfolgung und Gläubigernot, Wiener-Festschrift S. 79 f.

zu befriedigen. Zudem erscheint es auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet zum mindesten als sonderbar, dass derjenige, der Personalkredit gewährt hat, sich durch eine im richtigen Zeitpunkte angehobene Vollstreckung eine Realsicherheit soll verschaffen können¹⁰⁸⁾. Dass diese Ordnung zu Ergebnissen führen kann, die mit dem Gedanken der *par condicio creditorum* unvereinbar sind, liegt auf der Hand. Aus allen diesen Gründen verdient die vom SchKG getroffene Lösung den Vorzug, wonach alle im Zeitpunkte der Konkurseröffnung existenten Pfändungen dahinfallen (Art. 199 Abs. 1).

b) Ja, es wird sich sogar fragen, ob de lege ferenda im Interesse der Gleichbehandlung aller Gläubiger nicht über das geltende Recht hinausgegangen werden sollte. Art. 199 lässt bekanntlich diejenigen Einzellostreckungen vom Konkurse unberührt, in denen die Verwertung im Zeitpunkte der Konkurseröffnung schon stattgefunden hat, indem Abs. 2 bestimmt, dass der Erlös bereits verwerteter Vermögensstücke gemäss Art. 144—150 verteilt wird und nur ein Überschuss in die Konkursmasse fällt¹⁰⁹⁾. Somit besteht doch die Möglichkeit, dass derjenige, der rechtzeitig genug betreiben konnte und betrieben hat, wenn die Umstände günstig liegen, d. h. kurz „vor Torschluss“ die Verwertung durchgeführt wird, sich auf Kosten seiner Mitgläubiger volle Befriedigung verschaffen kann. Es ist daher zu erwägen, ob sich nicht die Einführung einer Sperrfrist empfiehlt, derart, dass die Kurrentgläubiger, die während einer bestimmten Frist (z. B. 1 Monat) vor der Konkurseröffnung infolge einer Spezialexekution Be-

¹⁰⁸⁾ Vgl. Andr. Heusler, Motive S. 71, „Die Exekution soll nicht den Zweck haben, Pfandrecht zu verschaffen, sondern Tilgung der Forderung herbeizuführen“, sowie dessen Referat über die Konkursvorrechte, ZschwR a. F. Bd. 14 S. 52 ff. Vgl. zu der Frage auch Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 24 ff.

¹⁰⁹⁾ Über die Kontroversen, zu der diese Bestimmung Anlass gegeben hat, vgl. Jaeger, N. 2 zu Art. 199; ferner ZGV Art. 22 Abs. 4, und Art. 96.

friedigung erhalten haben, das in dieser Vollstreckung Erlangte nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung an die Masse herauszugeben verpflichtet sind¹¹⁰⁾). Freilich darf nicht übersehen werden, dass diese Regelung, von den damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten abgesehen (ausländische Gläubiger!), eine tiefgreifende Änderung des geltenden Rechtes in sich schliesst, die auch auf das Anfechtungsrecht zurückwirken würde, da die Unwirksamkeit unter Umständen auch auf rechtsgeschäftliche Sicherungen und Befriedigungen ausgedehnt werden müsste. Dies alles bedarf daher eingehendster Prüfung. Zudem hängt die Entscheidung auch davon ab, ob sich eine wesentliche Beschleunigung der Einzello vollstreckung herbeiführen lässt. Sollte dies zutreffen, so muss die Frage dieser „Rückschlagssperre“ ernstlich in Erwägung gezogen werden. Wie übrigens auch die Entscheidung darüber ausfallen mag, so wird bei Annahme des vorgeschlagenen Systems die Anschlusspfändung überflüssig. Ist der Schuldner zahlungsfähig, so haben die später Betreibenden kein Interesse daran, sich früheren Pfändungen anzuschliessen. Ist er dagegen zahlungsunfähig, so kann jeder Gläubiger die Vorwegnahme der Aktiven durch andere dadurch verhindern, dass er die Konkursöffnung beantragt, welche zum mindesten das Dahinfallen aller bestehenden Pfändungen bewirkt, eventuell sogar eine Verpflichtung der während der Sperrfrist befriedigten Gläubiger zur Rückgewähr an die Masse begründet.

III. Das soeben Gesagte ist freilich nicht unbestritten. Daher muss sich dieses Referat auch mit den (schon erhobenen und zu erwartenden) Einwendungen auseinandersetzen. Während wir uns mit allen Mitteln bemühen, die Gruppenpfändung loszuwerden, will es die Ironie des Schicksals, dass der Entwurf zur deutschen ZPO deren Einführung (in einer allerdings etwas modifizierten

¹¹⁰⁾ Vgl. die in N. 105 erwähnten deutschen Vorschläge.

Form) vorschlägt¹¹¹⁾), dies, obschon der Verfasser des Entwurfs von einer gleichzeitigen Änderung der Konkursordnung in dem Sinne ausgeht, dass nach dem Vorbilde der Vergl.O (§§ 3, 70, 84) das Absonderungsrecht der Pfändungsgläubiger beseitigt und die sog. Rückschlags-

¹¹¹⁾ Die entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs lauten:

§ 882. Durch eine gültige Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand, sofern die Rechtsvoraussetzungen (780 Abs. 1) für die Pfändung gegeben waren. Fehlte es an einer Ordnungsvoraussetzung (§ 780 Abs. 2), so erlischt das Pfandrecht mit der Aufhebung der Pfändung.

Wird, nachdem ein Gegenstand gepfändet worden war, die Vollstreckung eines weiteren Anspruchs gegen den Schuldner beantragt, so entsteht für diesen Anspruch, sobald die Voraussetzungen für die Durchführung seiner Vollstreckung eingetreten sind, ein Pfandrecht an dem Gegenstand oder dem Erlös. Dieses Pfandrecht soll in den Akten vermerkt und den beteiligten Gläubigern, dem Schuldner und einem etwaigen Drittshuldner bekanntgegeben werden. Reicht die Pfandmasse nicht zur Befriedigung beider Ansprüche aus, so soll sie durch Fortführung der Pfändung erweitert werden.

Der Beitritt weiterer Gläubiger (Abs. 2 Satz 1) ist ausgeschlossen, sobald die Verfügung über das Verwertungsergebnis getroffen oder ein Teilungsplan aufgestellt ist.

Sind für verschiedene Ansprüche bei verschiedenen Vollstreckungsgerichten Pfändungen vorgenommen worden, so steht das Pfandrecht den Gläubigern gemeinsam zu.

§ 883. Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, die für den Fall des Konkurses den durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechten nicht gleichgestellt sind.

Das früher begründete Pfandrecht geht dem später begründeten vor. Können jedoch im Falle des § 882 Abs. 2, 4 nicht beide Ansprüche aus dem pfändbaren Vermögen des Schuldners befriedigt werden, so werden sie, sofern die Voraussetzungen für die Durchführung der Vollstreckung des zweiten Anspruchs binnen zehn Tagen seit der ersten Pfändung eingetreten sind, gleichmässig befriedigt. Vollstreckbare, gesetzliche Unterhaltsforderungen

sperre vorgesehen wird¹¹²⁾). Aus den Erläuterungen (S. 429) geht freilich hervor, dass in der Zivilprozesskommission die Stimmen hinsichtlich dieser Neuerung geteilt waren und dass die Aufnahme der entsprechenden Vorschriften in den Entwurf in erster Linie den Zweck verfolgt, das Problem

der Verwandten, Ehegatten, früheren Ehegatten und unehelichen Kinder werden jedoch für das laufende Vierteljahr mit unter sich gleichem Rang vorweg gedeckt.

Durch eine zwecks Erweiterung der Pfandmasse vorgenommene Pfändung (§ 882 Abs. 2 Satz 3) wird eine neue Frist nicht in Lauf gesetzt; im Falle des § 882 Abs. 4 beginnt die Frist mit der zuerst vorgenommenen Pfändung. Wird ein Pfandrecht mit Rücksicht darauf, dass es erst nach Ablauf der zehntägigen Frist entstanden ist, gemäss Abs. 2 Satz 2 nicht mit dem gleichen Rang berücksichtigt, so finden auf sein Verhältnis zu etwa noch entstandenen weiteren Pfandrechten die Vorschriften des Abs. 2 entsprechende Anwendung.

§ 884. Ohne Rücksicht auf die zehntägigen Fristen nehmen diejenigen Gläubiger an der gleichmässigen Befriedigung nicht mehr teil, deren Pfandrecht,

wenn Geld gepfändet wurde, später als an dem Tage vor der Pfändung,

wenn über einen Verwertungserlös oder über die Leistung eines Drittschuldners zu verfügen ist, später als an dem Tage vor deren Eingang

zur Kenntnis des Vollstreckungsgerichts gelangt ist. Diese Gläubiger stehen denen gleich, deren Pfandrecht innerhalb der nächst späteren Frist entstand.

§ 885. Räumt der Schuldner einem Dritten an einem gepfändeten Gegenstand ein Recht ein, so steht es ohne Rücksicht auf den guten Glauben den Pfändungspfandrechten im Range nach. Räumt der Schuldner, nachdem eine Pfändung stattgefunden hatte, einem Dritten ein Recht an einem noch ungepfändeten Gegenstand ein, so steht sein Recht den später entstandenen Pfändungspfandrechten im Range nach, wenn sie innerhalb der zur Zeit der Rechteinräumung laufenden Frist zur Entstehung gelangen. Diese Vorschriften gelten entsprechend für ein von einem Dritten erworbenes gesetzliches Pfandrecht.

¹¹²⁾ Erläuterungen S. 431.

zur öffentlichen Erörterung zu stellen¹¹³⁾). Die Erläuterungen geben auch zu, dass „die Einführung des Ausgleichsprinzips zu einer verwickelten Verfahrensregelung nötigt und dass sie auch die praktische Durchführung des Verfahrens keineswegs erleichtert“; sie kommen dann aber doch aus theoretischen sowohl als aus praktischen Erwägungen zu dem Ergebnis, dass die Anerkennung des Gruppensystems sich empfehle. Die Begründung, die hier im einzelnen nicht wiedergegeben werden kann, ist auf den ersten Blick bestechend, wie denn überhaupt Entwurf und Motive ein hervorragendes Werk deutscher wissenschaftlicher Arbeit darstellen. Nach der praktischen Seite insbesondere wird ausgeführt, es sei nicht einzusehen, weshalb nur im förmlichen Konkursverfahren die unzulängliche Habe des Schuldners den Gläubigern möglichst gleichmässig zugute kommen solle. Das umständliche Konkursverfahren eigne sich durchaus nicht für alle Fälle der Zahlungsunfähigkeit; es sei nur am Platze, wenn eine verhältnismässig beträchtliche Masse zur Verfügung stehe. Besonders unbefriedigend habe die bisherige Regelung (d. h. das reine Prioritätsprinzip) in den Fällen gewirkt, wo die Konkureröffnung mangels Masse habe abgelehnt werden müssen.

1. Das erste Argument hängt mit einer Einwendung zusammen, die wahrscheinlich in der am Juristentage stattfindenden Diskussion erhoben werden wird und die dahin geht, dass das hier verfochtene System zu einer erheblichen Vermehrung der Zahl der Konkurse führt. Dies ist zutreffend und bildet eine wünschbare Nebenwirkung der Eliminierung der Gruppenpfändung.

¹¹³⁾ Leider lässt sich z. Z. noch nicht feststellen, wie das deutsche Gruppensystem in Deutschland selbst aufgenommen wird, da nur wenige Äusserungen vorliegen. Rosenberg, DJZ Bd. 37 S. 45 ff. stimmt grundsätzlich zu, „wenn auch das Bedauern verständlich ist, dass die Tüchtigkeit des aufmerksamen und tatkräftigen Gläubigers so um ihren Lohn gebracht werden kann“. E. Jäger, Lehrbuch S. 136 N. 3 hält die Vorschläge des Entwurfs für sehr beachtenswert, ohne sich jedoch näher auszusprechen.

Wir werden uns nämlich wieder zu der einer ganzen Anzahl von kantonalen Exekutionsgesetzen des 19. Jahrhunderts zugrunde liegenden gesunden Auffassung durchringen müssen, dass der Konkurs, d. h. die Generalliquidation, die notwendige und auch durchaus angemessene Folge jeder nicht bloss vorübergehenden Insolvenz bildet¹¹⁴⁾. Diese Ordnung liegt im Interesse der Gläubiger, indem dadurch der Grundsatz der *par condicio creditorum* am besten gewahrt wird. Sie entspricht aber vor allem auch den Interessen des Schuldners; denn es lässt sich kaum etwas denken, das mehr zermürbt, alle Initiative lähmt und die ökonomische Wiederaufrichtung erschwert, als die sich fortwährend folgenden Pfändungen. Deshalb bereitet denn auch heute schon der gutberatene Schuldner dieser unhaltbaren Situation durch eigene Insolvenzerklärung ein Ende.

Der Ccomfr. und seine Tochterrechte nehmen freilich einen andern Standpunkt ein. Sie lehnen die „*faillite non commerciale*“ ab und lassen gegen den Nichtkaufmann nur die Einzelvollstreckung zu, mildern diese aber durch ein ausgedehntes (und überaus kompliziertes) Gruppensystem¹¹⁵⁾. Zur Begründung dieser Ordnung ist angeführt worden, dass zwischen dem kaufmännischen und dem zivilen Kredit unterschieden werden und dieser Unterschied in einer Differenzierung der vollstreckungsrechtlichen Stellung des Kaufmanns und des Nichtkaufmanns zum Ausdruck kommen müsse. Der Ausschluss des nichtkaufmännischen Konkurses empfehle sich auch aus dem Grunde, weil derart vermieden werden könne, dass Personen, die nicht um ihres Berufes willen mit fremdem Geld zu arbeiten genötigt seien, der Kredit allzu leicht zugänglich

¹¹⁴⁾ Das Konkurssystem war anerkannt in den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Luzern, Schaffhausen und Aargau; in den meisten andern Kantonen der deutschen Schweiz führte die Auspfändung auf Antrag des Gläubigers zum Konkurs (Heusler, Motive S. 53).

¹¹⁵⁾ Vgl. oben N. 85.

gemacht werde¹¹⁶⁾). Diese Argumente sind indes schon so oft widerlegt worden, dass es sich erübrigt, das dagegen Gesagte zu wiederholen¹¹⁷⁾), zumal auch in Frankreich hinsichtlich der Unzulänglichkeit dieser Ordnung Einigkeit besteht und die Einführung eines Konkursverfahrens für Nichtkaufleute postuliert wird¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾.

Dem deutschen Rechte¹²⁰⁾ dagegen sind diese Unterscheidungen fremd. Es stellt ganz allgemein die Zahlungs-

¹¹⁶⁾ Vgl. Thomas, *Etudes sur la faillite*, 1880, S. 2 ff.; Thaller, *Les faillites en dr. comp.* Bd. I S. 127 ff.

¹¹⁷⁾ Das Beste, was dagegen geschrieben worden ist, bilden immer noch Andr. Heuslers Motive S. 54 ff.; vgl. ferner E. Jäger, Anm. 5 zu RKO § 71; Thaller, I. c. Bd. I S. 130 ff., 157 ff.

¹¹⁸⁾ Vgl. Lyon-Caen, I. c. Bd. 7 S. 36 f.; Percerou, Bd. I S. 137 ff.; Dupin, *De la faillite civile, Nécessité de son organisation*, Diss. Grenoble 1900; Pascaud, *De l'organisation de la faillite et de la liquidation judiciaire des non-commerçants*, Rev. gén. dr. Bd. 17 S. 481ff.; Planiol-Ripert-Radouant, *Tr. prat.* Bd. VII S. 122 ff.; Pic, *Wiener-Festschrift* S. 66: „On ne saurait concevoir un régime plus défavorable que celui de la déconfiture, applicable aux non-commerçants insolvables tel qu'il existe dans notre droit.“ Meinungsverschiedenheiten bestehen insofern, als bestritten ist, ob die faillite civile gleich wie der kaufmännische Konkurs oder als besonderes Verfahren auszugestalten ist, und ob sie auf alle Nichtkaufleute oder bloss auf einzelne Kategorien derselben (z. B. gros agriculteurs, marchands de biens, sociétés, grandes associations) Anwendung finden soll; vgl. Glasson-Tissier-Morel, *Tr. proc. civ.* Bd. IV S. 78 ff. und insbes. Tous-saint, *Le problème législatif de la faillite civile*, Diss. Aix 1923.

¹¹⁹⁾ Der italienische Entwurf hält am kaufmännischen Konkurse fest (vgl. Art. 695). Die Mehrheit der Kommission hatte sich freilich zugunsten der Ausdehnung des Konkurses auf die Nichtkaufleute ausgesprochen. Die Regierung hielt jedoch in dem Entwurfe zu einem Gesetz betr. die Einführung des Ccom in den neuen Provinzen am kaufmännischen Konkurse fest (Relazione S. 216), vgl. auch Bonelli, *Il progetto di legge sul fallimento e le Commissioni Parlamentari*, Riv. Dir. Com. Bd. 22 I S. 237 ff. Die Einführung des fallimento civile wird warm befürwortet von Vivante, *Trattato di diritto commerciale* Bd. I 1911 (Anhang) S. 451 ff., der die dagegen erhobenen Einwendungen als „piccole obbiezioni tecniche“ bezeichnet (S. 489).

¹²⁰⁾ RKO §§ 102, 207, 213, 215.

unfähigkeit (und bei juristischen Personen die Überschuldung) als Konkursgrund auf und beruht somit, gleich den hier formulierten Vorschlägen, auf der Überlegung, dass bei Eintritt des Konkursgrundes die Einzelvollstreckung der Generalexekution zu weichen hat, sobald ein Gläubiger es verlangt. Ist dem aber so, so erscheint es prinzipiell als widerspruchsvoll, auf dieses System die Anschlusspfändung in der Einzelvollstreckung aufzupropfen. Entweder ist der Schuldner solvent, dann ist die Anschlusspfändung entbehrlich, oder er ist insolvent, dann sollen sich alle Gläubiger „in die unzulängliche Habe teilen“ und nicht bloss diejenigen, welche das Glück hatten, sich rechtzeitig der Pfändung dieser ungenügenden Habe anschliessen zu können. Das Gruppensystem ist eben nur da gerechtfertigt (und auch geboten), wo ein Schuldner gegen seinen Willen nicht in den Konkurs getrieben werden kann, sei es, dass, wie in den romanischen Rechten, eine faillite non commerciale überhaupt nicht anerkannt wird, sei es, dass, wie bei uns, der Konkurs des Nichtkaufmanns an sich zwar möglich ist, aber in der Regel (d. h. unter Vorbehalt von SchKG Art. 190 Ziff. 1) nicht gegen den Willen des Schuldners verhängt werden kann.

2. Der zweite Einwand geht dahin, dass das Konkursverfahren nur am Platze sei, wenn eine verhältnismässig beträchtliche Masse zur Verfügung stehe und sich der Gläubigeraufruf und der ganze Verwaltungsapparat lohnten. Dieses Argument hat indes für das deutsche Recht insofern ein stärkeres Gewicht, denn für das schweizerische, als jenes ein summarisches Verfahren nicht kennt, vielmehr „selbst in den geringfügigsten Sachen ein Nachlass an Förmlichkeiten des Verfahrens nicht eintritt“¹²¹⁾. In der Sache selbst fällt in Betracht, dass der Begriff einer „verhältnismässig beträchtlichen Masse“ ein sehr relativer ist. Ausserdem hat der Konkurs auch bei zunächst anscheinend kleinen Massen den Vorzug,

¹²¹⁾ E. Jäger, Anm. 6 zu RKO § 71.

dass er eine viel intensivere Erfassung der Aktiven gewährleistet als die Spezialexekution, fördert er doch nicht selten Vermögensgegenstände zutage, die in der Pfändungsbetreibung dem Gläubigerzugriffe entgehen. Vor allem bilden die infolge der Konkurseröffnung entstehenden Anfechtungsansprüche häufig einen sehr wertvollen Bestandteil der Masse. Freilich wird deren Realisierung nicht selten dadurch verunmöglicht, dass die Masse die zur Durchführung des Prozesses erforderlichen Mittel nicht besitzt und auch die einzelnen Gläubiger des Kostenrisikos wegen von der Stellung von Abtretungsbegehrungen gemäss Art. 260 absehen. Hieraus ergibt sich dann die sehr bedenkliche Konsequenz, dass derjenige, der sich in Kollusion mit dem Schuldner auf Kosten seiner Mitgläubiger Massegut zu erraffen verstand, als beatus possidens das anfechtbar Erworbene für sich behalten kann. Abhilfe lässt sich nur dadurch schaffen, dass auch den Konkursmassen, die nicht über die zur Prozessführung erforderlichen Mittel verfügen, das Armenrecht gewährt wird¹²²⁾.

¹²²⁾ Das ist ein unbestrittenes Postulat der deutschen Konkursreform, da die herrschende Meinung annimmt, dass nach dem geltenden Rechte (RGerZiv Bd. 33 S. 366 f.) der Masse das Armenrecht nicht gewährt werden könne (a. M. freilich E. Jäger, Lehrbuch S. 46/47), vgl. Eingabe des Verbands der Vereine Creditreform S. 6; Vorschlag der Delegierten des Kartells deutscher Gläubigerschutzverbände, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 2 S. 101 ff.; Levy, Gläubigerschutz und Gläubigerausschuss, ebenda Bd. 2 S. 43; Cahn, Umgestaltung der Konkursordnung, ebenda Bd. 4 S. 121; Schumann, Reform des Konkursverfahrens, Referat für den Gläubigerschutzkongress, Prot. S. 63, vor allem Reichsgerichtspräsident a. D. Simons, Treu und Glauben im Verkehr, Jahresber. des Verbands der Vereine Creditreform für 1928/29 S. 35: „Nun ist es aber gerade in unserer Zeit, wo die Technik der Verschiebung von Schuldnerereigentum zu einem hohen Grade der Vollendung gediehen ist, nicht selten der Fall, dass der Gemeinschuldner seine ganze Habe durch unredliche Verträge in andere Hände gespielt hat, aus denen sie der Konkursverwalter erst durch Prozesse zurückerkämpfen muss, um sie an die Gläubiger verteilen zu können. Diese Prozesse kann er nicht auf eigene Kosten führen. Versagt man ihm das Armenrecht, so gewährleistet

Zudem muss ganz allgemein eine Senkung der Konkurskosten (und Gerichtsgebühren) angestrebt werden. Der moderne Staat läuft nämlich die Gefahr, ob der vielen Aufgaben, die er übernommen hat, eine seiner wichtigsten Funktionen, die Gewährleistung der Rechtsverwirklichung zu vernachlässigen; denn die Rechtsverfolgung ist nachgerade so kostspielig und ökonomisch riskant geworden, dass auch begründete Ansprüche nicht mehr durchgesetzt werden können.

3. Bleiben noch diejenigen Fälle, wo sich keine Masse vorfindet und daher das Verfahren mangels Aktiven eingestellt werden muss. Dass hier das Gruppensystem besser arbeiten soll als der Konkurs, erscheint immerhin als zweifelhaft; denn wo nichts ist, wird sich auch mit dem vollkommenen Betreibungsgesetz nichts herausholen lassen. Immerhin hat unter solchen Umständen das Pfändungssystem den Vorteil, dass der Gläubiger wenigstens einen Verlustschein bekommt (SchKG Art. 115, 149), während bei der Einstellung mangels Aktiven Verlustscheine nicht ausgestellt werden können. Diese Konsequenz liesse sich vielleicht dadurch etwas mildern, dass im Falle der Konkurseinstellung den Gläubigern, die dem Konkursrichter (oder dem Konkursamt) ihre Forderung glaubhaft machen, eine Bescheinigung ausgehändigt wird, die sie zur Arrestlegung berechtigt. Weitere Wirkungen könnten an diese Bescheinigung natürlich nicht geknüpft werden. Es wird sich freilich fragen, ob diese Mühe sich lohnt, handelt es sich doch unter solchen Umständen stets um hoffnungslose Insolvenzfälle.

man den unredlichen Erwerbern des Gutes und mittelbar dem unredlichen Schuldner die Früchte ihrer unlauteren Machenschaften und unterstützt damit den Kreditbetrug.“ Auch in einem neuen SchKG sollte nach dem Vorbilde der Haftpflichtgesetze von Bundesrechts wegen die Gewährung des Armenrechts vorgeschrieben werden. Dadurch würde die Realisierung von Anfechtungsansprüchen und in Konkursen von Aktiengesellschaften von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe ermöglicht, worauf heute oft verzichtet werden muss.

4. Endlich bedarf noch eine Frage der Beantwortung: Opfert das vorgeschlagene System nicht die Interessen derjenigen, denen SchKG Art. 111 den Anschluss ohne vorgängige Betreibung gestattet? Das Institut der privilegierten Anschlusspfändung verfolgt den Zweck, Gläubiger, die aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht betreiben können, davor zu bewahren, dass sämtliche Aktiven des Schuldners von dritter Seite gepfändet werden und für sie schliesslich nichts mehr übrig bleibt. Diese Vorsorge für die Ehefrau, die Kinder und die Mündel ist nach dem geltenden Rechte notwendig, da es den Konkurs des Nichteingetragenen, der diesem sukzessiven Wegpfänden der Aktiven ein Ende bereitet, normalerweise nicht vor sieht. Wird dagegen die Konkurseröffnung auf Antrag eines Gläubigers aus dem Grunde der Zahlungsunfähigkeit zugelassen, so entfällt die ratio für die Anschlusspfändung ohne vorgängige Betreibung. Freilich drängt sich eine Änderung von ZGB Art. 173 in dem Sinne auf, dass der eine Ehegatte gegen den andern das Konkursbegehrten muss stellen können (wenn man das Vollstreckungsverbot nicht ganz fallen lassen will)¹²³⁾. Für die Kinder hat die Vormundschaftsbehörde zu sorgen und ihnen gegebenenfalls einen Beistand zu bestellen, der die Konkurseröffnung beantragt. In Ansehung des Bevormundeten muss die Vormundschaftsbehörde (die ja heute die Anschlusserklärung abgeben kann) als zur Stellung des Konkursbegehrten legitimiert erklärt werden. Es wird zu erwägen sein, ob sich diese Lösung nicht auch in dem Falle empfiehlt, wo es die Rechte der Kinder gegenüber insolventen Eltern zu wahren gilt. Die in ZGB Art. 334 und OR Art. 529 vorgesehenen Fälle sind wohl praktisch so selten, dass sich besondere Vorkehren erübrigen.

5. Zusammenfassend darf festgestellt werden, dass ernstliche Einwendungen gegen das vorgeschlagene System nicht erhoben werden können und dass namentlich auch die

¹²³⁾ Vgl. N. 97 oben.

in den Erläuterungen zum Entw. DZPO zugunsten der Gruppenpfändung angeführten Gründe nicht durchschlagend sind. In der grossen Mehrzahl aller Fälle wird das hier vertretene System alles bieten, was aus dem Gesichtspunkte der *par condicio creditorum* verlangt werden kann. Angenommen selbst, das System des deutschen Entwurfs komme dem theoretischen Ideal eines Exekutionsrechts näher als die im Texte formulierten Vorschläge, so liesse sich dieses Plus doch nur um den Preis einer unendlichen Komplizierung des Verfahrens erkaufen, die für uns um so schwerer wiegt, als wir mit den bei allem guten Willen vorhandenen Grenzen des Könnens vieler unserer Beamten zu rechnen haben. Die mit der Eliminierung der Gruppenpfändung erzielte Vereinfachung ist aber so gross, dass ihr die Vorteile, die mit dem System des deutschen Entwurfs verbunden sein mögen, geopfert werden dürfen und geopfert werden müssen. Denn was nützt es, ein theoretisch vollkommenes Gesetz zu schaffen, das ob der sich auftürmenden praktischen Schwierigkeiten im Leben gar nicht gehandhabt werden kann?

c) Abschaffung der Konkursbetreibung.

I. Die vollstreckungsrechtliche Stellung des Kaufmanns ist im schweizerischen Rechte dadurch gekennzeichnet, dass er für Kurrentschulden nur auf dem Wege der Generalexekution verfolgt werden kann (unter Vorbehalt von Art. 43), gleichgültig, ob er materiell konkursreif ist oder nicht; denn die erfolgreiche Durchführung der Konkursbetreibung schafft einen formellen Konkursgrund, gestützt auf den der betreibende Gläubiger (und nur er) zur Stellung des Konkursbegehrens berechtigt ist. Das Gesetz fällt also hier in das entgegengesetzte Extrem! Lässt es gegenüber dem Nichtkaufmann die Generalexekution grundsätzlich nicht zu, so führt die Betreibung gegen den Kaufmann notwendigerweise zum Konkurs. Dadurch wird dem Anwendungsgebiete desselben eine Ausdehnung gegeben, die innerlich nicht

gerechtfertigt ist. Auch vom Kaufmann, der eine Schuld nicht begleicht und sich betreiben lässt, darf doch nicht ohne weiteres angenommen werden, dass er sich materiell im *status cridae* befindet. Die Ursache der Nichterfüllung kann in augenblicklichen Verlegenheiten oder andern Gründen liegen. So sehr die Generalliquidation in den Fällen befürwortet werden muss, wo Konkursreife vorliegt, so schädlich erscheint sie überall da, wo dieser Tatbestand nicht zutrifft. Nicht nur zerstört der Konkurs die wirtschaftliche Existenz des Schuldners, sondern er ist auch für die Gläubiger stets mit Nachteilen verbunden. Demgegenüber wird eingewendet werden, die Konkursbetreibung führe in der Regel nicht zum Konkurse eines solventen Schuldners, da dieser es nie zum Äußersten werde kommen lassen, sondern kurz vor der Konkurseröffnung noch bezahle. Dies ist wohl zutreffend, bildet aber keine Widerlegung der hier vertretenen Auffassung; denn wenn danach die Konkursbetreibung mehr die Bedeutung eines Mittels des indirekten Zwanges hat, so geht sie eben als solches zu weit, indem sie dem Schuldner für den Fall der Nichterfüllung ganz unverhältnismässige Nachteile androht. Daher sollte richtigerweise auch über das Vermögen des Kaufmanns das Konkursverfahren erst eröffnet werden können, wenn er materiell konkursreif ist, bis dahin aber die Exekution durch Einzelvollstreckung stattfinden. Diese Ansicht liegt denn auch allen übrigen europäischen Gesetzgebungen zugrunde. Als Konkursgrund ist auch hinsichtlich der Kaufleute die Zahlungsunfähigkeit vorzusehen. Eine Ausnahme ist freilich geboten für die juristischen Personen; für sie muss neben der Insolvenz auch die Überschuldung als Konkursgrund anerkannt werden; denn hier fehlt das in der Persönlichkeit des Schuldners liegende Moment, das bei den physischen Personen zur Ablehnung des Konkursgrunds der Insuffizienz führte¹²⁴⁾.

¹²⁴⁾ Vgl. S. 299a, N. 95, sowie E. Jäger, Anm. 4 zu RKO § 102.

II. Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage der Betreibung für Wechsel- und Checkforderungen. Gemäss den unter Ziff. I formulierten Vorschlägen wäre auch für sie auf Pfändung zu betreiben, so lange als der Schuldner nicht insolvent ist. Indes ist nicht zu verkennen, dass das gewöhnliche Pfändungsverfahren sich für diese Forderungen in keiner Weise eignet, sondern modifiziert werden müsste, und zwar nicht nur im Sinne einer erheblichen Abkürzung der Fristen, sondern auch dergestalt, dass der Schuldner nicht nach Belieben Recht vorschlagen kann, der Rechtsvorschlag vielmehr der Be willigung bedarf, wie es heute Rechtens ist. Muss also für die Wechsel- und Checkforderungen ohnehin ein besonderes Verfahren geschaffen werden, so fragt sich sehr, ob man es nicht bei der bisherigen, zum Konkurs führenden Wechselbetreibung bewendet sein lassen soll. Denn hier findet der Konkurs als Mittel indirekten Zwanges seine Rechtfertigung in der rechtlichen Natur des geltend gemachten Anspruchs. Um die Betreibungsämter im Interesse der Vereinfachung des Geschäftsbetriebs von der Führung der Verzeichnisse der in ihrem Kreise wohnenden, der Konkursbetreibung unterliegenden Personen (SchKG Art. 15 Abs. 4) zu entlasten, ist der Gläubiger, der eine Wechselbetreibung anheben will, zu verpflichten, mit dem Betreibungsbegehren einen Auszug aus dem Handelsregister einzureichen, aus dem sich ergibt, dass der Betriebene eingetragen ist.

d) Das Ergebnis.

Das Ergebnis der vorliegenden Vorschläge geht dahin, dass (unter Vorbehalt der Wechsel- und Checkforderungen) die Kaufleute und die Nichtkaufleute denselben vollstreckungsrechtlichen Normen unterworfen werden. Der Grundgedanke dieser einheitlichen Vollstreckungsordnung besteht darin, dass die Zahlungsunfähigkeit (bei juristischen Personen auch die Überschuldung und bei Verlassenschaften nur diese) als materieller Konkursgrund vor

gesehen und, solange nicht infolge Verwirklichung dieses materiellen Konkursgrundes auf Begehrten eines Gläubigers der Konkurs eröffnet worden ist, der Kaufmann sowohl als der Nichtkaufmann auf dem Wege der vom Präventionsprinzip beherrschten Einzelvollstreckung betrieben wird. Insofern deckt sich das vorgeschlagene mit dem deutsch-österreichischen System; es unterscheidet sich indes von diesem prinzipiell dadurch, dass den Pfändungsgläubigern im Konkurse kein Absonderungsrecht zusteht.

Die Vereinfachungen, die dieses System gegenüber der geltenden Ordnung in sich schliesst, liegen greifbar zutage. Die Gleichbehandlung der Kaufleute und der Nichtkaufleute hat zur Folge, dass die Konkursbetreibung entbehrlich wird, demnach auch die Entscheidung des Betreibungsamtes über die anzuwendende Betreibungsart (Art. 38 Abs. 3) entfällt und zugleich auch die Schwierigkeiten behoben werden, zu denen SchKG Art. 40 Anlass gegeben hat¹²⁵⁾. Die Anerkennung der Zahlungsunfähigkeit als materieller Konkursgrund macht die Gruppenpfändung überflüssig; mit dieser verschwinden auch die Anschlussstreitigkeiten nach Art. 111 und die Kollokationen im Pfändungsverfahren. Baut der Gesetzgeber ein neues SchKG auf den entwickelten Grundgedanken auf, so wird auch der unter dem Durchschnitte stehende Betreibungsbeamte zur Durchführung einer Einzelvollstreckung vollauf befähigt sein, zumal auch diese sich vereinfachen lässt.

Die erörterten Vorschläge dürfen freilich nicht nur aus dem Gesichtspunkte der Vereinfachung gewürdigt werden. Es fragt sich, ob diese Vereinfachungen sich nicht nur unter Opferung anderer, ebenso schutzwürdiger Interessen erzielen lassen. Dies darf mit gutem Gewissen verneint werden. Im Gegenteil! Auch wirtschaftlich betrachtet verdient das vorgeschlagene gegenüber dem geltenden System den Vorzug. Die ökonomischen Bedürfnisse erfordern, dass auch über das Vermögen des insolven-

¹²⁵⁾ Vgl. Jaeger, N. 1 zu Art. 40 SchKG.

ten Nichtkaufmanns gegen dessen Willen die konkursmässige Liquidation durchgeführt werden kann, wie es andererseits als ökonomisch verfehlt erscheint, dass das geltende Recht die Eröffnung des Konkursverfahrens über einen Kaufmann zulässt, der sich nicht im Stadium der Insolvenz befindet. Und endlich ist zu erwägen, dass das vorgeschlagene System den Grundgedanken des schweizerischen Rechtes viel besser entspricht, sucht doch dieses mehr als alle andern Rechtsordnungen das kaufmännische Sonderrecht zugunsten des gemeinen Rechtes zurückzudrängen, so dass die besondere vollstreckungsrechtliche Stellung des Kaufmanns stets als widerspruchsvoll erscheinen musste. Daher wird auch die Änderung des Vollstreckungssystems zur Herstellung der Harmonie zwischen dem Vollstreckungsrecht und dem materiellen Recht beitragen.

6. Einzelvollstreckung.

a) Das System.

I. Bei rechtsvergleichender Betrachtung ergibt sich, dass auch die Ordnung, die das schweizerische Recht der Einzelvollstreckung hat angedeihen lassen, nach verschiedenen Richtungen Besonderheiten aufweist. Charakteristisch ist einerseits das (oben S. 285a ff. erörterte) sog. Einleitungsverfahren, dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger, ohne einen Vollstreckungstitel in der Hand zu haben, die Betreibung anheben kann, andererseits die Gliederung des Verfahrens nach der Art der in Betreibung gesetzten Geldforderung, indem für die Kurrentforderungen und für die Pfandforderungen besondere Verfahren vorgesehen werden. In Ansehung der pfandversicherten Forderungen ist dem schweizerischen Rechte zudem eigenständlich, dass es nur ein amtliches Befriedigungsverfahren kennt und somit der aussergerichtliche Pfandverkauf bloss mit Zustimmung des Pfandeigentümers möglich ist¹²⁶⁾.

¹²⁶⁾ Vgl. demgegenüber insbes. das deutsche Recht, das für die Faustpfandrechte ein aussergerichtliches Befriedigungs-

II. Hinsichtlich des Aufbaus des Verfahrens im allgemeinen fällt bei kritischer Würdigung in Betracht, dass

1. die verschiedene vollstreckungsrechtliche Behandlung der Kurrent- und der Pfandforderungen innerlich nicht begründet ist und sich nur historisch erklären lässt. Die kantonalen Betreibungsgesetze haben nämlich in der Regel ein besonderes Pfandvollstreckungsverfahren gekannt. Dies war auch überall da durchaus notwendig, wo in Ansehung der Pfandforderungen im Gegensatze zur Betreibung für laufende Forderungen das

verfahren vorsieht (BGB §§ 1228, 1233—1240); diese Bestimmungen sind nicht zwingend; die Parteien können eine hievon abweichende Form des Pfandverkaufs vereinbaren (BGB § 1245); hat der Pfandgläubiger einen vollstreckbaren Titel in der Hand, so kann er den Pfandverkauf nach den Vorschriften betreiben, die für die Verwertung gepfändeter Sachen gelten (BGB § 1233 Abs. 2, ZPO §§ 814, 816, 817 Abs. 1—3, 820), mit der Folge, dass er „von den beengenden Vorschriften der §§ 1233—1240 befreit ist“, vgl. dazu Wolff, Sachenrecht §§ 166—168; vgl. ferner DHGB § 368. — In Österreich bildet der gerichtliche Pfandverkauf die Regel, was einen Exekutionstitel voraussetzt (ABGB § 461); diese Ordnung wird freilich kritisiert; so bezeichnet Ehrenzweig (System des österr. allg. Privatrechts Bd. I 2 1923 S. 486) dieses Verfahren „als nicht eben zweckmässig und der grossen Masse der Bevölkerung unverständlich“; über die Ausnahmen vgl. Ehrenzweig, I. c. S. 489 ff., ADHGB Art. 310, 311; ferner die Zusammenstellung bei Klein-Schauer-Hermann, Exekutionsordnung, 1925, S. 2, S. 15 ff.; danach können insbesondere die Banken die ihnen bestellten Pfänder aussergerichtlich verkaufen. — In Frankreich bildet der gerichtliche Pfandverkauf die Regel (Ccfr. Art. 2078, Ccom Art. 93); zudem verbietet das französische Recht die bei uns zulässige „clause de voie parée“, d. h. die Vereinbarung, dass der Gläubiger aussergerichtlich verkaufen darf (Ccfr. Art. 2078 Abs. 2; Ccom Art. 93 Abs. 4); dagegen sind Erleichterungen geschaffen worden für die *valeurs de bourse* (vente en bourse par ministère d'agent de change) und *en matière commerciale* (Ccom Art. 93 i. d. Fassung des Gesetzes vom 23. Mai 1863); vgl. Planiol, Tr. él. Bd. II S. 754 ff.; Planiol-Ripert-Becqué, Tr. prat. dr. civ. Bd. XII S. 114 ff.). — Nach allen diesen Rechten geht der gerichtliche Verkauf erheblich rascher und formloser vonstatten als in unserer schleppenden Pfandbetreibung.

Versilberungsprinzip nicht durchgeführt wurde, sondern die Realisierung des Pfandrechts in einem Zugverfahren stattfand¹²⁷⁾). Sieht jedoch die Vollstreckungsordnung vor, dass die Pfänder gleich den gepfändeten Vermögensstücken durch das staatliche Vollstreckungsorgan versilbert werden, so entbehrt ein besonderes Pfandvollstreckungsverfahren jeder Rechtfertigung¹²⁸⁾). Die Verwertung ist dieselbe, mag die Forderung, für welche sie betrieben wird, eine Kurrent- oder eine Pfandforderung sein¹²⁹⁾;

¹²⁷⁾ Vgl. darüber Heusler, Motive S. 90 ff.; E. Huber, Schweiz. Privatrecht Bd. III S. 588 ff.; Haab, Die historische Entwicklung der Zwangsversteigerung von Grundstücken, ZBJV Bd. 58 S. 569 ff. Beispiele für derartige Verfahren: Zug- und Überschlagsverfahren nach dem st. gallischen Gesetz über den Schuldentrieb vom 10. Brachmonat 1854 Art. 80 ff.; Nachschlagsverfahren des solothurnischen und des thurgauischen Rechts (vgl. Sol. CGB vom 13. Dezember 1839 §§ 1615—1635; Thurg. Rechtsbetriebsges. vom 14. Juni 1850 §§ 59 ff./Thurg. Konkursgesetz vom 14. September 1853 §§ 105 ff./VO betr. das Überschlagsverfahren vom 3. August 1850; vgl. ferner die waadt-ländische „poursuite par voie d'ôtage“ mit anschliessender „procédure de retrait“, gemäss Cprciv vom 25. Nov. 1869 Art. 618 ff. (ähnlich Freiburg, Gesetz über die gerichtlichen Schuldbetreibungen vom 24. Oktober 1849 Art. 65 ff.). Verschiedene Rechte kannten zwar die Versilberung, aber nur als subsidiäres Vollstreckungsmittel, insofern dem Pfandeigentümer ein Heimschlagsrecht zustand (vgl. Z. B. Glarus, BGB §§ 113—116; ebenso der „freiwillige Güterwurf“ des nidwaldnischen Rechts, Deschwanen, Die Hypothek nach nidwaldnismchem Recht, ZschwR a. F. Bd. 19 S. 30; sowie das „Schlüsselschicken“ durch den Gütschuldner gemäss dem Rechte der Kt. Uri und Schwyz, v. Wyss, ZschwR a. F. Bd. 7 S. 111).

¹²⁸⁾ So ist denn auch den Rechten unserer Nachbarstaaten ein besonderes Pfandvollstreckungsverfahren nicht bekannt; Faustpfandforderungen werden (unter Vorbehalt des Pfandverkaufs durch den Gläubiger) vollstreckt nach den Bestimmungen über die Vollstreckung in bewegliche Sachen, Grundpfandforderungen nach den Bestimmungen über die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen. DBGB §§ 1147, 1149; ABGB § 461 öst. ExO § 138; Cprciv Art. 617 ff.; 673.

¹²⁹⁾ Bezeichnend ist denn auch, dass die meisten Bestimmungen, welche die ZGV für die Verwertung im Pfändungsverfahren

desgleichen muss auch in der Pfandbetreibung eine in ihren Wirkungen der Pfändung analoge Beschlagnahme des Pfandes stattfinden. Hierzu kann auch das SchKG nicht absehen, obschon es nirgends von einer Beschlagnahme oder Pfändung der Pfandgegenstände spricht. Dies zeigt sich besonders deutlich in der Grundpfandbetreibung; denn nach SchKG Art. 155 hat die Stellung des Verwertungsbegehrungs Pfändungswirkungen, indem die Liegenschaft in die Verwaltung des Betreibungsamtes übergeht und die vollstreckungsrechtliche Verfügungsbeschränkung gemäss ZGB Art. 960 Ziff. 2 vorgemerkt wird. Hieraus geht aber hervor, dass die Frage, ob die Forderung Pfandsicherheit geniesst oder nicht, für das Verfahren selbst von untergeordneter Bedeutung ist (ganz kann sie freilich, wie noch zu zeigen sein wird, auch hier nicht ausser acht gelassen werden); sie wird erst relevant, wenn es zur Verteilung des Erlöses kommt, insofern dem Pfandgläubiger ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach seinem Range zusteht.

2. Andererseits trägt das SchKG den Eigenschaften des Vollstreckungssubstrats viel zu wenig Rechnung, obschon dadurch die Gestaltung des Verfahrens in entscheidender Weise beeinflusst wird. Es sucht ein möglichst einheitliches Pfändungsverfahren zu schaffen, das lediglich mit einigen Spezialbestimmungen auf die Eigenart des Substrats (bewegliche Sache, Grundstück, Recht) Rücksicht nimmt. Hinsichtlich der eigentlichen Exekution wird dann allerdings zwischen der Mobiliar- und der Immobiliarvollstreckung unterschieden, jedoch in einer durchaus ungenügenden Weise. Die Praxis hat daher ergänzend und korrigierend eingegriffen und die ZGV hat endlich praeter legem ein eigentliches Immobiliarverfahren ausgebaut. Die geltende Ordnung wirkt sich besonders

aufstellt, auch für die Pfandverwertung gelten, vgl. ZGV Art. 102; ausser den daselbst genannten Bestimmungen sind anwendbar Art. 44 (vgl. BGE 52 III Nr. 38) sowie Art. 54 Abs. 2 (vgl. BGE 58 III Nr. 5).

nachteilig aus bei der Exekution in Forderungen und andere Rechte. Die nach dem Willen des Gesetzgebers möglichst einheitlich gehaltenen Bestimmungen sind auf die Sachvollstreckung zugeschnitten; die Forderungen werden, von wenigen Sondervorschriften abgesehen, den beweglichen Sachen gleich behandelt. Hieraus mussten sich Friktionen ergeben; denn während die bewegliche Sache ihre selbständige, sinnlich wahrnehmbare Existenz hat, stellt die Forderung eine blosse Abstraktion dar. Gleichwie die durch den Publizitätsgedanken bedingten Regeln des Mobiliarsachenrechts sich auf (nicht in Wertpapieren verkörperte) Forderungen nicht anwenden lassen, weil das Publizitätsprinzip auf der durch die physische Existenz des Sachkörpers ermöglichten Erkennbarkeit des Rechts an der Sache beruht, kann auch die Vollstreckung in Rechte nicht nach den für die Sachpfändung geltenden Regeln vor sich gehen¹³⁰⁾.

III. Aus dem Gesagten geht hervor, dass das SchKG da differenziert, wo die Differenzierung sich nicht rechtfertigt, dass es andererseits diese unterlässt, wo sie geboten ist. Hieraus ergibt sich, dass in einem revidierten SchKG die Einzeltvollstreckung von Grund auf neugestaltet werden muss. Und zwar hat dies in der Weise zu geschehen, dass für den

1. Aufbau des Verfahrens nicht die Natur der Forderung (Kurrentforderung oder Pfandforderung), sondern die Beschaffenheit des Vollstreckungssubstrats massgebend ist. Derart gelangt man zu einer dreifachen Gliederung des Verfahrens, nämlich: 1. Vollstreckung in bewegliche Sachen, 2. Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 3. Vollstreckung in Forderungen und andere Rechte¹³¹⁾. Von

¹³⁰⁾ Über die Konsequenzen dieser Ordnung vgl. BGE 54 III Nr. 68.

¹³¹⁾ Dies entspricht auch der Systematik der ausländischen Gesetze. Vgl. RZPO §§ 808—827 (Zwangsvollstr. in bewegliche Sachen), §§ 828—863 (Zwangsvollstr. in Forderungen und andere

einer besondern Pfandvollstreckung kann abgesehen werden. Es genügt, wenn dem Umstände, dass dem betreibenden Gläubiger an einer bestimmten Sache ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zusteht, durch einige Spezialbestimmungen Rechnung getragen wird. In diesem Zusammenhange sei auch auf die (ausserhalb des Rahmens dieses Referats liegende) Frage hingewiesen, ob es sich de lege ferenda nicht empfiehlt, nach dem Vorbilde ausländischer Gesetzgebungen für die Fahrnispfandrechte ein aussergerichtliches Befriedigungsverfahren zu schaffen¹³²⁾.

2. Die Vollstreckung für Pfandforderungen insbesondere würde sich danach etwa folgendermassen gestalten:

a) Das Verfahren wird durch Einreichung eines Betreibungsbegehrens angehoben. Während jedoch in der Betreibung für Kurrentforderungen nur die Forderung zu bezeichnen ist, muss im Falle der Vollstreckung einer Pfandforderung auch das Pfand angegeben werden. Unterlässt der Gläubiger die Angabe des Pfandes (was zur Folge hat, dass mit der Rechtskraft des Zahlungsbefehls die Vollstreckung in das ganze Vermögen geht), so muss der Schuldner die Möglichkeit haben, auf dem Beschwerewege das bene-

Rechte), §§ 864—871 (Zwangsvollstr. in das unbewegliche Vermögen; diese wird im einzelnen geordnet durch das ZwVerstGes.); Öst. ExO §§ 87—248 (Exekution auf das unbewegliche Vermögen), §§ 249—289 (Exekution auf körperliche Sachen), §§ 289a—345. (Exekution in Forderungen und andere Rechte); desgleichen sind in Frankreich die verschiedenen Formen der saisie auf die Beschaffenheit des Substrats zugeschnitten: 1. saisie mobilière (Cprciv Art. 583 ff.), umfassend die saisie des meubles corporels (saisie-exécution, saisie-brandon, saisie-gagerie, saisie-foraine, saisie-revendication) und die saisie-arrêt (Cprciv Art. 557 ff.), 2. saisie immobilière (Cprciv Art. 637 ff.); ebenso auch das ital. Recht, das zwischen der Esecuzione sui beni mobili (Cprcivit. Art. 577 ff.), umfassend die Exekution in bewegliche Sachen und die Exekution in Forderungen), und der Esecuzione sopra i beni immobili (Cprciv Art. 659 ff.) scharf unterscheidet.

¹³²⁾ Vgl. N. 126.

ficum excussionis realis geltend zu machen¹³³⁾). Will andererseits der Betriebene die pfandrechtliche Haftung der vom Gläubiger im Betreibungsbegehren als Pfänder in Anspruch genommenen Vermögensstücke bestreiten, so hat er Recht vorzuschlagen (vgl. ZGV Art. 85). Nach erfolgreicher Durchführung des Einleitungsverfahrens hat der Pfandgläubiger das Fortsetzungsbegehren zu stellen. Gestützt darauf pfändet das Betreibungsamt das im Betreibungsbegehren angegebene Pfand, wobei diese Pfändung die Wirkungen einer gewöhnlichen Pfändung hat. In der Betreibung zur Realisierung eines Grundpfandrechts müssen natürlich mit Rücksicht auf ZGB Art. 806 einzelne Pfändungswirkungen schon mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eintreten, nämlich die Sperre der Miet- und Pachtzinsen und der Übergang der Verwaltung der Liegenschaft an das Betreibungsamt (ZGV Art. 91 ff.)¹³⁴⁾. Dagegen ist die Verfügungsbeschränkung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Zahlungsbefehls vorzumerken (vgl. ZGV Art. 90).

Fraglich ist freilich, wie verfahren werden soll, wenn neben der Sachhaftung eine persönliche Haftung besteht (Grundpfandverschreibung, Schuldbrief, Faustpfandrecht) und das gepfändete Pfand nach der beim Pfändungsvollzuge vorgenommenen Schätzung keine hinreichende Deckung bietet. Soll in diesem Falle die Pfändung (und damit die Exekution) gleichwohl auf das Pfand beschränkt, dieses zunächst verwertet und dem Gläubiger, sofern er einen Ausfall erleidet, ein Pfandausfallschein (SchKG Art. 158) ausgehändigt werden, gestützt auf den er, ohne nochmals betreiben zu müssen, auf das übrige Vermögen des Schuldners greifen kann? Oder soll das Betreibungsamt, wenn das

¹³³⁾ Unter dem Vorbehalt, dass die geltende Differenzierung zwischen Rechtsvorschlag und Beschwerde beibehalten bleibt; werden die oben (S. 285a ff.) entwickelten Vorschläge angenommen, so hat der Schuldner Recht vorzuschlagen.

¹³⁴⁾ Vgl. Schmid, Der Zahlungsbefehl, Diss. Bern 1930 S. 214 ff.

Pfand nach dem Schätzungsergebnis zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht, sofort andere Gegenstände pfänden, und zwar soweit, bis die Forderung gemäss dem Schätzungswerte des Pfandes und der übrigen gepfändeten Gegenstände als gedeckt erscheint, wobei es die Meinung hat, dass in erster Linie das Pfand verwertet wird und die übrigen Gegenstände erst verwertet werden dürfen, wenn nach dem Ergebnis der Verwertung des Pfandes eine Notwendigkeit dazu besteht? Wird diese Lösung gewählt, so ist weiter zu bestimmen, dass in dem Falle, wo sich die ungenügende Deckung erst bei der Verwertung herausstellt, sofort eine Nachpfändung (SchKG Art. 145) vorgenommen wird und die nachgepfändeten Gegenstände unverzüglich zu verwerten sind. Ergibt sich auch dann keine ausreichende Deckung, so erhält der Gläubiger einen Verlustschein. Steht das Pfand im Eigentum eines Dritten, so wäre nach dieser zweiten Lösung die über das Pfand hinausgehende Pfändung bzw. die Nachpfändung beim persönlichen Schuldner zu vollziehen.

Die Entscheidung der Frage, welche dieser Lösungen gewählt werden soll, ist nicht leicht. Möglich sind beide. Die erste derselben schliesst sich enger an das geltende Recht an; denn danach muss der Gläubiger zuerst das Pfand realisieren lassen, bevor er auf das übrige Vermögen des Schuldners greifen kann. Dieses Verfahren ist freilich auch heute mit Rücksicht auf die langen Fristen der Grundpfandbetreibung sowohl, als in Anbetracht des Umstandes, dass der Gläubiger den Schuldner gegen dessen Willen nicht in den Konkurs bringen kann, nicht ohne Bedenken. Es kann nämlich sehr leicht geschehen, dass in dem Momente, wo der Pfandgläubiger auf Grund des Pfandausfallscheins weiterexequieren will, die pfandfreien Aktiven schon längst weggepfändet sind und er hinsichtlich seiner persönlichen Forderung das Nachsehen hat. Die Stellung des Pfandgläubigers erfährt freilich eine Verbesserung, wenn die vorgeschlagene Änderung des Vollstreckungssystems akzeptiert und zugleich eine ganz

erhebliche Kürzung der Fristen in der Einzelpfandvollstreckung vorgenommen wird (vgl. darüber S. 346a ff.); nicht nur gelangt der Pfandgläubiger derart erheblich früher zum Zugriffe auf das übrige Vermögen des Schuldners; er hat vielmehr auch die Möglichkeit, während der Häufigkeit der Pfandvollstreckung das Konkursbegehren zu stellen, wenn der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist, um derart zu verhüten, dass die Kurrentgläubiger ihm die pfandfreien Aktiven vorwegnehmen. Nichtsdestoweniger ist doch der zweiten Lösung der Vorzug zu geben, obschon sie sich vom geltenden Rechte viel weiter entfernt. Sie empfiehlt sich zunächst im Interesse des Pfandgläubigers, der in Ansehung seines Pfandausfalls eines intensiveren Schutzes bedarf. Vor allem dient sie auch zur Vereinfachung des Verfahrens, insofern sie den Pfandausfallschein überflüssig macht und folglich alle mit demselben verbundenen Kontroversen gegenstandslos werden.

Das Verwertungsverfahren weist keine Besonderheiten auf. Selbstredend muss bei der Festsetzung des Mindestgebots dem Umstände Rechnung getragen werden, dass für eine Pfandforderung betrieben wird. Werden die soeben entwickelten Vorschläge angenommen, wonach das Betreibungsamt in dem Falle, wo das Pfand nach der Schätzung keine hinreichende Deckung bietet, weitere Gegenstände zu pfänden hat, so bedarf es einer ausdrücklichen Bestimmung des Inhalts, dass zuerst das Pfand verwertet werden muss und die übrigen Gegenstände nur verwertet werden dürfen, wenn und soweit der Pfanderlös zur Befriedigung des Pfandgläubigers nicht ausreicht.

b) Dieses nur in seinen Grundzügen skizzierte Verfahren mag auf den ersten Blick eigenartig anmuten, sind wir uns doch seit Jahrzehnten an eine besondere Pfandbetreibung gewöhnt. Namentlich wird die vorgeschlagene Pfändung des Pfandes zunächst Anstoss erregen. Darauf ist jedoch zu entgegnen, dass, wie bereits erwähnt, in der Betreibung auf Grundpfandverwertung heute schon, wenn nicht dem Namen und der Form, so doch der Sache nach

eine Pfändung des Pfandes vollzogen wird¹³⁵⁾). Diese lässt sich denn auch gar nicht entbehren. Einmal bedarf die amtliche Verwertung durch das Vollstreckungsorgan einer Grundlage in der Form einer Beschlagnahme des Verwertungsobjekts. Zudem muss der Verwertung vorgängig das Verwertungssubstrat genau festgestellt werden. Und endlich hat das Gesetz Vorkehren zum Schutze gegen Verfügungen zu treffen, welche die Erreichung des Vollstreckungszwecks erschweren oder gar vereiteln könnten. Das geeignete Mittel hiezu bildet zweifellos die Pfändung des Pfandes, und zwar nicht nur der Sache, sondern auch der Form und dem Namen nach. Diese Überlegungen gelten auch für die Betreibung auf Faustpfandverwertung¹³⁶⁾). Allerdings bildet hier der Pfandbesitz einen Schutz gegen die Vollstreckung vereitelnde Verfügungen des Schuldners. Indes ist zu erwägen, dass das Pfand sich möglicher-

¹³⁵⁾ Vgl. für das französische Recht Planiol, Tr. él. Bd. II S. 934, wo über die vom Pfandgläubiger zu treffenden Vorkehren gesagt ist: „Le créancier remplira toutes les formalités de la saisie de la même manière que s'il était créancier chirographaire.“ Ferner Planiol-Ripert-Becqué, Tr. prat. Bd. XIII S. 156 ff.: „Si donc le créancier hypothécaire n'est pas payé à l'échéance, il doit pratiquer une saisie dans la forme réglée par le Cprciv Art. 673 s.“ Nach dem deutschen Recht führt die Vollstreckung für eine Grundpfandforderung gleich der Immobiliarvollstreckung für eine laufende Forderung zur „Beschlagnahme“ des Grundstücks (ZwVerstGes. § 20), welche in der Grundstückvollstreckung die Pfändung ersetzt (vgl. im einzelnen ZwVerstGes. § 23); freilich herrscht Streit darüber, ob die Beschlagnahme ein Pfandrecht begründet, was indes in diesem Zusammenhange irrelevant ist; vgl. über die Beschlagnahme: Nussbaum, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1916, S. 32 ff.; Hellwig-Oermann, System S. 242 ff., 419 f.; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1931, S. 715 f.; Jaeckel, Anm. 13 zu ZwVerstGes. § 23; ähnlich das öst. Recht; vgl. ExO § 134; Walker, Öst. Exrecht S. 160 ff.

¹³⁶⁾ Dies ist im französischen Rechte kontrovers; die Pfändung wird als erforderlich betrachtet von Planiol, Tr. él. Bd. II S. 755; a. M. Planiol-Ripert-Becqué, Tr. prat. Bd. XII S. 114 ff.: „Etant nanti, le créancier n'a pas besoin de saisir.“

weise in der Hand eines Dritten befindet. In diesem Falle kann der Pfändungsbeschlag eine ganz erhebliche praktische Bedeutung erhalten, insofern der Gläubiger gestützt darauf bei Gefährdung seines Rechts die amtliche Verwahrung verlangen kann. Endlich ist auch die Einwendung zu erwarten, dass nach dem vorgeschlagenen System der Gläubiger, statt wie heute nur zwei, in Zukunft drei Begehren einzureichen habe, um zur Verwertung des Pfandes zu gelangen, und dass es demnach mit der durch die Neuerung angestrebten „Vereinfachung“ nicht eben zum besten bestellt sei. Dem lässt sich indes mit Leichtigkeit dadurch abhelfen, dass man dem Gläubiger gestattet, mit dem Fortsetzungsbegehrten das Verwertungsbegehrten zu verbinden (und auch das Formular des Fortsetzungsbegehrten entsprechend gestaltet).

3. Gewiss ist nicht zu verkennen, dass diese Vorschläge eine ziemlich eingreifende Umstellung der Einzelle Vollstreckung bedeuten. Bei unvoreingenommener Würdigung derselben wird man sich jedoch der Einsicht nicht verschliessen können, dass sich auf diesem Wege ein entschiedener Fortschritt erzielen lässt. An die Stelle der verschiedenen, auf der vollstreckungsrechtlich irrelevanten Differenzierung zwischen Kurrent- und Pfandforderungen beruhenden Verfahrensarten des geltenden Rechts mit ihren Spezialbestimmungen und Verweisungen und dem wirren Gefüge von Fristen, treten drei klar gegliederte, in sich abgeschlossene Verfahrensformen, die sich nach den für die Verfahrensgestaltung entscheidenden Eigenschaften des Vollstreckungssubstrats richten. Lässt sich schon dadurch eine ganz wesentliche Vereinfachung herbeiführen, so wird diese natürlich noch ganz erheblich gesteigert, wenn sich der Gesetzgeber dazu entschliessen kann, gemäss den früher formulierten Vorschlägen in der Einzelexekution das Gruppen- system durch das Präventionsprinzip zu ersetzen¹³⁷⁾.

¹³⁷⁾ In diesem Zusammenhange sei noch auf eine andere Reformfrage hingewiesen. Nach dem geltenden Recht muss im

b) Die einzelnen Verfahrensarten.

Eine abschliessende Erörterung der einzelnen Verfahrensarten ist im Rahmen der gestellten Aufgabe nicht möglich. Das vorliegende Referat hat sich im wesentlichen auf die Untersuchung der Frage zu beschränken, ob die Spezialexekution ausser im System auch in den Einzelheiten vereinfacht werden kann. Immerhin sollen doch die wichtigsten Probleme, mit denen sich der Gesetzgeber auseinanderzusetzen haben wird, zum mindesten gestreift werden.

I. Die Vollstreckung in bewegliche Sachen kann, was

1. die Pfändung als solche betrifft, in Anlehnung an das geltende Recht geordnet werden. Dabei wird dem Probleme der Unpfändbarkeit besondere Aufmerksamkeit zu schenken sein. Insbesondere gilt es, bei dessen Lösung sich von dem überlebten Gedanken freizumachen, dass die Bestimmungen über die Kompetenzstücke dem Schuldner eine „Rechtswohltat“ gewähren, insofern sie das Grundprinzip des Schuldrechts durchbrechen, wonach das ganze Vermögen des Schuldners dem Gläubigerzugriffe unterliegt. Richtig betrachtet, handelt es sich um eine Frage der Sozialpolitik, die auch nach sozialpolitischen Gesichtspunkten geregelt sein

Falle der Ergebnislosigkeit der Verwertung das Pfandrecht gelöscht werden (vgl. SchKG Art. 158; ZGV Art. 111 und dazu die Kontroverse zwischen Jaeger und Burckhardt-Passavant in SJZ 13 S. 143 sowie BGE 55 III Nr. 16). Das ausländische Recht zieht diese Konsequenz nicht; danach hat die Ergebnislosigkeit der Verwertung lediglich die Einstellung bzw. Aufhebung des Verfahrens zur Folge, vgl. Walker, Öst. Exrecht S. 220; Nussbaum, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung S. 120. Diese Lösung verdient entschieden den Vorzug; denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Ergebnislosigkeit der Verwertung die materiellrechtliche Wirkung der Konsumierung des Pfandrechts haben soll. Jedenfalls drängt sich eine Änderung unseres Rechts zwingend auf, wenn die später (S. 337a f.) zu erörternden Vorschläge über die Verhinderung der Verschleuderung von Liegenschaften verwirklicht werden.

will¹³⁸⁾). Sodann verdient auch erwogen zu werden, ob nicht nach dem Vorbilde von Entw. DZPO § 891 die Pfändung von Warenlagern und andern Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestande zugelassen werden soll, und zwar in der Weise, dass der Schuldner berechtigt ist, einzelne Bestandteile im ordentlichen Wirtschaftsbetriebe herauszunehmen und der Pfändung der jeweils vorhandene Bestand unterworfen ist¹³⁹⁾). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass jedenfalls das Pfändungsverfahren (von der in anderm Zusammenhange erörterten Eliminierung der Anschlusspfändung abgesehen) kaum vereinfacht werden kann.

2. Hinsichtlich der Verwertung ist zunächst zu prüfen, ob an der strikten Durchführung des Versilberungsprinzips festgehalten werden soll. Die Antwort wird im Hinblick auf die im Auslande gemachten Erfahrungen aller Voraussicht nach verneinend ausfallen. Die Vollstreckungsgesetze unserer Nachbarstaaten sehen nämlich unter bestimmten Voraussetzungen die Überweisung der gepfändeten Fahrnis an den Gläubiger vor, die sich in der Praxis bewährt zu haben scheint¹⁴⁰⁾). Selbstredend ist

¹³⁸⁾ Vgl. dazu Haab, ZschwR n. F. Bd. 44 S. 299 ff. und dort zitierte Literatur. Vgl. ausserdem Entw. RZPO § 955, der in einigen Punkten über das geltende deutsche (RZPO § 811) sowohl als über das schweizerische Recht hinausgeht. Insbesondere verdient hervorgehoben zu werden, dass (entgegen unserer Praxis, BGE 56 III Nr. 10) auch Gegenstände, die zur beruflichen Ausbildung bestimmt sind, der Pfändung entzogen werden; vgl. ferner Entw. Cprcivit. Art. 532.

¹³⁹⁾ Vgl. dazu Erläuterungen S. 525 f.

¹⁴⁰⁾ Deutschland: RZPO § 825 (Antrag des Gläubigers oder des Schuldners), vgl. dazu Reichel, Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis, JbDogm Bd. 53 S. 108 ff.; Stein, Grundfragen S. 72 ff.; der Entwurf z. ZPO § 906 erweitert den Anwendungsbereich der Zwangsüberweisung, indem ein Antrag nicht mehr erforderlich ist, das Vollstreckungsgericht vielmehr durch Beschluss über die anderweitige Verwertung befinden kann, wenn eine Versteigerung ergebnislos geblieben ist oder aus andern Gründen eine andere als die vorgeschriebene Verwertungsart der Erreichung des Vollstreckungszwecks dienlicher erscheint. — Öster-

in der grossen Mehrzahl aller Pfändungsbetreibungen die Versilberung nicht zu umgehen, doch muss das Verfahren elastischer ausgestaltet und namentlich der Anwendungsbereich des Freihandverkaufs erheblich erweitert werden¹⁴¹⁾). Dies alles wird freilich zu einer etwelchen Komplizierung des Verfahrens führen, was sich indes nicht vermeiden lässt, da sehr schwerwiegende wirtschaftliche Interessen auf dem Spiele stehen. Immerhin kann auch auf dem Gebiete der Fahrnisverwertung eine Vereinfachung erzielt werden, nämlich die Abschaffung der ersten Steigerung. Die Erfahrung hat zur Genüge gelehrt, dass SchKG Art. 126 die Verschleuderung nicht hintanzuhalten vermag und in der Regel nur eine Verschleppung des Verfahrens und eine Vermehrung der Kosten verursacht. Auf einem andern Blatte steht es freilich, ob man sich mit dieser resignierten Feststellung begnügen oder andere Massnahmen zur Erzielung angemessener Gantergebnisse in Aussicht nehmen soll. Das Deckungsprinzip allein reicht natürlich nicht aus, da es nur bei verpfändeten Sachen wirksam wird und auch dies nur dann, wenn nicht der Pfandgläubiger betreibt. Daher kann nur dadurch Abhilfe geschaffen werden, dass eine Verschleuderungsgrenze, bestehend in einem

reich: ExO § 280 (Antrag des Gläubigers oder des Schuldners; die Zwangsüberweisung kann bei Ergebnislosigkeit der Versteigerung auch ex officio angeordnet werden), vgl. dazu Schrutka, Die Überweisung gepfändeter Fahrhabe an den Gläubiger, Grhts. Ztschr. Bd. 38 S. 553 ff. — Frankreich: Für Faustpfänder (Ccf. Art. 2078), vgl. dazu Planiol-Ripert-Becqué, Tr. prat. Bd. XII S. 120. — Italien: Hier verdient insbesondere der Entwurf zum Cprciv hervorgehoben zu werden; danach steht dem Gläubiger ein Recht auf die „assegnazione dei beni“ zu (vgl. Art. 502—504, 534).

¹⁴¹⁾ Vgl. insbes. Entw. RZPO §§ 893 ff.; besonders elastisch ist die Verwertung im österreichischen Rechte ausgestaltet; vgl. Öst. ExO §§ 268 ff.; sowie die bei Klein-Schauer-Hermann, I. c. S. 690 ff. wiedergegebenen Auktionshallen-Verordnungen, ferner Walker, I. c. S. 241 ff.; Entwurf zum Cprcivit. Art. 535 ff., insbes. Art. 541.

Bruchteil des bei der Pfändung ermittelten Schätzungs-werts aufgestellt wird¹⁴²⁾). Ob man sich zu dieser Neuerung entschliessen will, bedarf freilich noch eingehender Erwägung. Wie auch die Entscheidung darüber ausfallen mag, so ist jedenfalls die 1. Gant als nutzlose Komplizierung des Verfahrens zu eliminieren.

II. Die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen bezieht sich ihrem Gegenstande nach auf die Grundstücke im Sinne von ZGB Art. 655 mit Einschluss der Miteigentumsanteile an Grundstücken (ZGV Art. 1). Im Rahmen der Immobiliarvollstreckung ist sodann auch die Exekution in Schiffe zu ordnen, die gemäss dem BGes über das Schiffsregister vom 28. September 1923 gebucht worden sind; denn die Registrierung des Schiffes bewirkt juristisch eine Immobilisierung, die sich auch in der Betreibung auswirken muss¹⁴³⁾.

1. Hinsichtlich der Grundstücksvollstreckung darf man sich keinen Täuschungen darüber hingeben, dass, von der Eliminierung der Anschlusspfändung und von der Verbesserung einzelner Verfahrensbestimmungen abgesehen, wesentliche Vereinfachungen nicht realisiert werden können. Dies ist in der Natur der Immobiliarexekution begründet. Einmal bietet die Feststellung des Vollstreckungsubstrats grössere Schwierigkeiten als

¹⁴²⁾ Vgl. Öst. ExO § 277; danach dürfen Angebote, welche nicht wenigstens einen Drittel des Ausrufspreises (Schätzungs-wertes) erreichen, nicht berücksichtigt werden; auf Antrag des betreibenden Gläubigers kann das Exekutionsgericht auch einen höheren Betrag als geringstes Gebot festsetzen; Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Metallwerte zugeschlagen werden. In Deutschland gilt heute noch die Notverordnung vom 8. Oktober 1914, wonach die Versteigerung gepfändeter Sachen nur auf ein Gebot erteilt werden darf, das mindestens die Hälfte des gewöhnlichen Verkaufwerts erreicht; diese Bestimmung wird vom Entwurfe übernommen (vgl. § 901, Erläut. S. 529). Ähnliche Bestimmungen fanden sich in kantonalen Betreibungsgesetzen, vgl. v. Wyss, ZschwR a. F. Bd. 7 S. 102.

¹⁴³⁾ Vgl. die Spezialbestimmungen SchRegGes. Art. 54 ff.

in der Mobiliarvollstreckung, da die Exekution neben der Liegenschaft auch die Zugehör erfasst und daher eine Zugehörbereinigung stattfinden muss, welche der materiellen Rechtslage wegen zu Weiterungen Anlass geben kann. Andererseits greift die Immobiliarexekution stets in die Rechtssphäre Dritter ein. Die zu verwertende Liegenschaft ist nämlich kaum je unbelastet, weshalb der Verwertung eine Lastenbereinigung vorauszugehen hat, in der häufig nicht leicht zu entscheidende Fragen des materiellen Rechtes auftauchen. Freilich steht zu erwarten, dass mit der Einführung des eidg. Grundbuchs auch die Lastenbereinigung sich einfacher gestalten wird. Nichtsdestoweniger wird die Grundstücksvollstreckung stets eine Quelle von Friktionen bilden. Eine Vereinfachung lässt sich indes für die Verwertung erzielen. Auch im Immobiliarrecht ist aus den oben erwähnten Gründen die erste Steigerung fallen zu lassen. Die Verschleuderung von Grundstücken lässt sich (von dem freilich nicht überall wirksamen Deckungsprinzip abgesehen) nur dadurch verhindern, dass ein Bruchteil des Schätzungswerts als Minimalzuschlagspreis festgesetzt wird¹⁴⁴⁾). Ferner empfiehlt sich die Auf-

¹⁴⁴⁾ Beachtenswert ist besonders die vom österr. Rechte getroffene Lösung, insofern dieses mit dem Deckungsprinzip im hergebrachten Sinne teilweise bricht. Danach hängt der Mindestzuschlagspreis nicht von der Höhe der Forderungen ab, die derjenigen des Gläubigers vorgehen; sie wird vielmehr objektiv festgestellt und beträgt bei Häusern die Hälfte und bei Landgütern zwei Dritteile des Schätzungswerts der Liegenschaft mit ihrer Zugehör; im einzelnen Falle kann auf Gläubigerantrag ein höherer Betrag als geringstes Gebot festgesetzt werden (vgl. ExO § 151; über die ratio dieser Bestimmung, Klein, Die öst. Zivilprozessgesetzentwürfe, ZZP Bd. 19 S. 226; Walker, l. c. S. 170 ff.). Daneben kann dann das Deckungsprinzip im Sinne unseres Rechtes insofern eine Rolle spielen, als der dem Betreibenden vorgehende Gläubiger, falls seine Forderung durch den erwähnten Minimalzuschlagspreis nicht gedeckt würde, die „vorläufige Feststellung des Lastenstandes“ verlangen kann, mit der Folge, dass er gegenüber einem ihn beeinträchtigenden Zuschlag zum Widerspruch berechtigt ist (ExO §§ 164 ff., Walker, l. c. S. 192 ff.). Nach der

nahme der französischen *surenchère*¹⁴⁵), die übrigens verschiedenen kantonalen Rechten¹⁴⁶) bekannt war; denn die Publikation des erzielten Preises facht die Kauflust der Interessenten von neuem an, wird doch der Wunsch, eine Sache zu besitzen und die Reue darüber, den Erwerb unterlassen zu haben, in dem Momente besonders rege, wo man die Sache in andere Hände übergehen sieht¹⁴⁷)¹⁴⁸). Endlich muss auch in der Einzelvollstreckung der Verkauf von Grundstücken aus freier Hand als zulässig erklärt werden.^{148 a)}

2. Bei diesem Anlasse ist noch ein anderes Problem zu erörtern, das mit der im vorhergehenden Abschnitte behandelten Frage des Systems der Einzelvollstreckung im Zusammenhange steht. Nach dem geltenden Rechte

deutschen Hypothekenverordnung vom 8. Juni 1916 kann auf Antrag eines nachgehenden Gläubigers der Zuschlag verweigert werden, wenn das höchste Gebot nicht drei Viertel des Grundstückswerts erreicht. Über weitere Vorschläge zur Bekämpfung der Verschleuderung von Liegenschaften vgl. Haab, ZschwR n. F. Bd. 44 S. 297 f.

¹⁴⁵) Cprciv Art. 708 ff., Ccom Art. 573; Garsonnet, *Traité de la saisie immobilière*, 1891, S. 291 ff.; Lyon-Caen, l. c. Bd. VIII S. 24 ff. Über die günstigen praktischen Erfahrungen vgl. Glasson-Tissier-Morel, *Tr. proc. civ.* Bd. IV S. 717 ff.; vgl. ferner die Bestimmungen der öst. ExO betr. das „Überbot“ (§§ 195 ff.) und dazu Walker, l. c. S. 192 ff.

¹⁴⁶) Bern. ZPO vom 31. Mai 1874, Art. 528.

¹⁴⁷) Vgl. Neumann, *Die Exekutionsordnung*, 1900, S. 300.

¹⁴⁸) Gegen die Zuweisung des gepfändeten Grundstücks an den Gläubiger bestehen Bedenken (vgl. auch die überzeugenden Ausführungen des Bundesrates in dem Berichte an die Bundesvers. über die Initiative des Kantons Tessin, welche die Zulassung der Überweisung von Grundstücken an den Gläubiger beantragte; BBl 1902 I S. 732 ff.). Das französische Recht sieht freilich vor, dass bei Unmöglichkeit der Versilberung das Grundstück dem Gläubiger „pour la mise à prix“ zugeschlagen wird (Cprciv Art. 706 und dazu Garsonnet, l. c. S. 217). Im ital. Entwurf (Art. 558 ff.) kann der Gläubiger auch in der Immobiliarvollstreckung die *assegnazione del bene pignorato* verlangen.

^{148 a)} Vgl. insbes. Öst. ExO § 200; Lehmann, *Die Zwangsversteigerung* S. 232 ff.

ist die Exekution auf die Substanz der Exekutionsobjekte gerichtet, indem die Pfändung oder Betreibung auf Pfandverwertung für einen noch so geringen Betrag stets zur Verwertung der Sache führt, und zwar auch dann, wenn die Erträge zur Befriedigung des Gläubigers ausreichen würden. Dies hat in der Mobiliarexekution wenig auf sich, wirkt aber um so nachteiliger in der Grundstücksvollstreckung, da nicht selten die ökonomische Existenz des Schuldners mit dem Eigentum an einer bestimmten Liegenschaft steht und fällt. Das Bundesgericht hat die Unwirtschaftlichkeit dieser Ordnung schon lange eingesehen und auch hier der Revision des SchKG den Weg bereitet. Nach ZGV Art. 22 sind der Erlös der Früchte und Erträge nach Abzug der Verwaltungsauslagen und allfälliger Beiträge an den Schuldner in periodischen Abschlagszahlungen an die Berechtigten zu verteilen. Reichen diese Beträge zur Deckung des Gläubigers aus, so ist die Verwertung einzustellen und die Schlussverteilung vorzunehmen. Der dieser Verordnungsbestimmung zugrunde liegende glückliche Gedanke muss fruchtbar gemacht werden, und zwar in der Weise, dass die Zwangsverwaltung als besondere Form der Immobiliarvollstreckung ausgestaltet wird. Diese würde sich danach in zwei Verfahren gliedern, indem zum Zwangsverwertungs- das Zwangsverwaltungsverfahren hinzukommt. Dasselbe wird besonders in den Fällen praktisch werden, wo für Hypothekarzinsen betrieben wird. Diese Zwangsverwaltung ist übrigens heute schon in verschiedenen ausländischen Gesetzen vorgesehen¹⁴⁹⁾). Das österreichische Recht erweitert deren Bereich über die Immobiliarvollstreckung hinaus, indem es die Zwangsverwaltung nicht nur für einzelne unbewegliche Sachen, sondern für gewerbliche Unternehmungen, Fabriketablissements, Handelsbetriebe

¹⁴⁹⁾ Vgl. DZwVerstGes. §§ 146 ff. und dazu Nussbaum, l. c. S. 208 ff.; Hellwig-Oermann, l. c. S. 437 f.; Öst. ExO §§ 97 ff. und dazu Walker, l. c. S. 134 ff.; ferner ital. Entw. z. Cprciv Art. 547 ff. (usufrutto forzato).

und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen zulässt. Der Erfolg scheint freilich hinter den Erwartungen zurückgeblieben zu sein, so dass sich ein neues SchKG wohl auf die Zwangsverwaltung von Grundstücken zu beschränken haben wird¹⁵⁰⁾.

III. Die Vollstreckung in Forderungen und andere Rechte bedarf

1. einer völligen Neuordnung. Sie muss (unter Vorbehalt der Exekution auf Inhaber- und Orderpapierforderungen) von den sie derzeit beherrschenden Grundsätzen der Sachvollstreckung losgelöst und als selbständiges Verfahren ausgebaut werden, das den besondern Eigenschaften des Vollstreckungssubstrats Rechnung trägt. An erster Stelle wird die Pfändung von Forderungen zu ordnen sein; hieran haben sich anzuschliessen die Sondervorschriften über die Pfändung und Verwertung von Versicherungsansprüchen, von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen, gegebenenfalls von Urheber- und Patentrechten und endlich von Ansprüchen auf Herausgabe von Sachen. In diesem Zusammenhange wird endlich die Lohnpfändung einer neuen Regelung zu unterziehen sein. Auch für sie gilt das bei der Behandlung der Beschränkungen der Sachpfändung Gesagte; das Bestreben nach einfacher Verfahrensgestaltung wird gegenüber dem Interesse an einer sozial möglichst befriedigenden Lösung dieses so überaus wichtigen Instituts zurückzutreten haben¹⁵¹⁾.

¹⁵⁰⁾ Öst. ExO §§ 341 ff., vgl. dazu Walker, l. c. S. 282 ff. und die daselbst S. 289 zitierte Literatur.

¹⁵¹⁾ Vgl. dazu Haab, ZschwR n. F. Bd. 44 S. 302 ff. und dort zitierte Literatur. Den daselbst gemachten Angaben ist folgendes beizufügen: zum schweiz. Recht: Elmer, Die Bestimmung des unpfändbaren Lohnguthabens, Ztschr. f. Statistik Bd. 66 S. 412 ff.; zum deutschen Recht vgl. Entw. RZPO §§ 958 ff., der verschiedene Änderungen der geltenden LohnpfändungsVO vorschlägt (Erläut. S. 544 ff.). Italien: vgl. Entwurf Cprciv Art. 623, der sich mit SchKG Art. 93 deckt, insofern er ebenfalls von der Fixierung von Beträgen absieht und auf das Ermessen des capo dell'ufficio verweist.

2. Aus der Fülle der Probleme, die bei der Ordnung der Vollstreckung in Forderungen zu lösen sind, sollen in diesem Referate nur zwei Fragen hervorgehoben werden.

a) Auch hinsichtlich der Forderungspfändung weist das geltende schweizerische Recht, verglichen mit andern Gesetzgebungen, Eigentümlichkeiten auf, die sich zudem in der Praxis in sehr nachteiliger Weise auswirken. Zwar wird auch bei uns, wie überall, die Pfändung einer Forderung durch Erlass des Inhibitoriums und des Arrestatoriums vollzogen (SchKG Art. 96, 99). Dagegen ist der Drittschuldner in keiner Weise verpflichtet, sich über die gepfändete Forderung zu erklären; er kann vielmehr ruhig die Verwertung abwarten und alsdann dem eintreibenden Gläubiger oder dem Ersteigerer gegenüber die Forderung bestreiten. Darin, dass weder dem Gläubiger noch dem Betreibungsamt ein Mittel zu Gebote steht, um im Pfändungsstadium sich darüber Gewissheit zu verschaffen, ob eine wirkliche oder bloss vermeintliche Forderung gepfändet sei, liegt „die ganze Misere unserer Forderungspfändung“¹⁵²⁾. Die Gesetze unserer Nachbarstaaten sehen denn auch durchweg ein besonderes Verfahren vor, dahin gerichtet, vom Drittschuldner eine Erklärung darüber zu erlangen, ob und in welchem Betrage er die Forderung anerkenne oder bestreite, ob Ansprüche Dritter an der Forderung geltend gemacht werden, ob und welche Sicherheiten dafür bestehen¹⁵³⁾. Insoweit ist Über-

¹⁵²⁾ St., Die Anwendbarkeit der Art. 106—109 auf gepfändete Forderungen im Arch. Bd. 8 S. 223.

¹⁵³⁾ Deutschland: RZPO § 840. Danach hat der Drittschuldner auf Verlangen des Gläubigers binnen zwei Wochen von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an zu erklären: 1. ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei, 2. ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen, 3. ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei; vgl. dazu Hellwig-Oertmann, I. c. S. 339; Rosenberg, Lehrbuch S. 699; insbes. Förster, Zur Auslegung des § 739 (jetzt § 840) ZPO, ArchzivPr Bd. 75 S. 140 ff. Der Entwurf (§ 915) behält diese

einstimmung vorhanden. Dagegen treffen diese Gesetze verschiedene Lösungen für den Fall, wo der Drittschuldner die Abgabe der Erklärung verweigert oder diese unvollständig ist. Nach dem deutschen und dem österreichischen Rechte wird dadurch eine Schadenersatzpflicht des Dritten gegen den pfändenden Gläubiger begründet¹⁵⁴⁾. Erheblich weiter gehen die romanischen Rechte. Nach dem Cprcivfr. ist nämlich der Drittschuldner, der die Abgabe der Erklärung unterlässt, zur Zahlung der in Betreibung gesetzten Forderung an den Gläubiger verpflichtet.

Bestimmung bei, jedoch mit der Modifikation, dass die Drittschuldnererklärung (weil die Forderungspfändung keinen Antrag des Gläubigers mehr voraussetzt), nicht mehr vom Verlangen des Gläubigers abhängig gemacht wird und statt dem Gläubiger dem Vollstreckungsgericht abzugeben ist. Ihrem Inhalte nach hat sich die Erklärung auch auf die Leistungsfähigkeit des Drittschuldners zu erstrecken. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in öst. ExO § 301 (vgl. Walker, l. c. S. 262 f.). Das französische Recht sieht die „*assication en déclaration affirmative*“ vor (vgl. Cprciv Art. 568ff.; Cuche, l. c. S. 146 ff.; Glasson-Tissier-Morel, *Tr. proc. civ. Bd. IV* S. 246 ff.). Danach hat sich der Drittschuldner zu erklären über „*les causes et le montant de la dette; les payements à compte, si aucuns ont été faits; l'acte ou les causes de libération si le tiers saisi n'est plus débiteur; et, dans tous les cas, les saisies-arrêts ou oppositions formées entre ses mains*“ (Art. 573). Betr. das ital. Recht vgl. Cprcivit. Art. 611 Ziff. 6, Art. 612—617. Sehr eingehend wird die „*Dichiarazione del terzo*“ im Entwurfe geregelt (vgl. Art. 612, 616—621).

¹⁵⁴⁾ Vgl. RZPO § 840 Abs. 2 Satz 2, lautend: „Der Drittschuldner haftet dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Verpflichtung entstehenden Schaden.“ Streitig ist dabei, ob die Schadenersatzpflicht ein Verschulden des Dritten voraussetzt (bejahend Hellwig-Oermann, S. 337 f.; Falkmann, *Die Zwangsvollstreckung*, 1914, S. 862; a. M. Stein-Jonas, Bem. III zu RZPO § 840). Der Entwurf lässt § 840 Abs. 2 Satz 2 fallen, in der Absicht, damit dem Gedanken Ausdruck zu geben, dass ein Verschulden erforderlich ist, insofern danach BGB § 823 Abs. 2 Anwendung findet (Erläut. S. 533). Vgl. auch Öst. ExO § 301 Abs. 3 (Haftung für den Schaden, der aus einer Verweigerung der Erklärung, sowie aus einer wissentlich unwahren oder unvollständigen Erklärung entsteht).

tet, und zwar selbst dann, wenn diese Forderung ihrem Betrage nach grösser ist als die gepfändete Forderung¹⁵⁵⁾, während er nach italienischem Recht als „debitore della somma“ erklärt und zu deren Hinterlegung verhalten werden kann¹⁵⁶⁾. Die Unvollständigkeit der Erklärung dagegen macht den Dritten dem Gläubiger gegenüber schadenersatzpflichtig¹⁵⁷⁾. In Anbetracht der stets zunehmenden praktischen Bedeutung der Forderungspfändung wird auch ein künftiges SchKG ein Verfahren schaffen müssen, welches die Frage des Bestandes der Forderung im Pfändungsstadium abklärt; dadurch würde die Vollstreckung in Forderungen nicht nur vereinfacht, sondern auch ganz erheblich wirtschaftlicher gestaltet. Hinsichtlich der Sanktion für die Unterlassung der Erklärung seitens des Drittschuldners verdient die deutsch-österreichische Auffassung entschieden den Vorzug; denn die Regelung der romanischen Gesetze führt zu einem Eingriffe in die Rechtssphäre Dritter, die über den Vollstreckungszweck hinausgeht. Es ist denn auch bezeichnend, dass die französische Praxis die Stellung des „tiers saisi“ soviel als möglich zu erleichtern bestrebt ist¹⁵⁸⁾.

b) Hinsichtlich der Verwertung der gepfändeten Forderungen sodann verdient die Übernahme der Bestimmungen der österr. ExO in Erwägung gezogen

¹⁵⁵⁾ Cprcivfr. Art. 577. Die Cour de Cass. setzt (was freilich bestritten ist), der Nichtabgabe der Erklärung den Fall gleich, wo diese so unvollständig ist, dass sie jeden Wert verliert (vgl. Cuche, S. 156, ferner Glasson-Tissier-Morel, Tr. proc. civ. Bd. IV S. 252).

¹⁵⁶⁾ Cprecivit. Art. 614 Abs. 2. Der Entwurf (Art. 616) behandelt die Unterlassung der Erklärung als Anerkennung der Forderung.

¹⁵⁷⁾ D. h. es wird Ccfr. Art. 1382 angewendet (Cuche, S. 156). Der ital. Entwurf Art. 619 erklärt den Dritten als ersatzpflichtig, wenn er wissentlich (consapevole) eine ungenaue Erklärung abgegeben hat.

¹⁵⁸⁾ Bouchard, L'oeuvre de la jurisprudence en matière de saisie-arrêt, Diss. Grenoble 1906 S. 218 ff., insbes. S. 246 ff.

zu werden, welche dahin gerichtet sind, die unwirtschaftliche Versteigerung von Forderungen soviel als möglich zurückzudrängen. Nach dem österreichischen Rechte ist nämlich die Versteigerung unzulässig, einerseits wenn für die Forderung ein genügende Deckung bietendes Faustpfand oder ein Grundpfand bestellt worden ist, andererseits wenn sie dem Verpflichteten gegen den betreibenden Gläubiger zusteht und mit dem zu vollstreckenden Anspruch kompensiert werden kann. Dasselbe trifft auch zu für die Forderungen, die sich auf ein Sparkassabuch gründen, sowie für Forderungen, deren Betrag nicht mit Bestimmtheit angegeben werden kann. Endlich dürfen auch Wertpapierforderungen, die einen Börsenpreis haben, nicht auf dem Wege der Versteigerung verwertet werden¹⁵⁹⁾.

IV. Endlich bedarf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Verfahrensarten der Abklärung.

1. In dieser Beziehung wird der Unterschied zwischen Pfandforderungen und Kurrentforderungen von Bedeutung. Hinsichtlich der Pfandforderungen ergibt sich von selbst, dass für das einzuschlagende Verfahren (Mobilien-, Immobiliarexekution usw.) die Eigenschaft des Pfandes (Fahrnis, Grundstück, Recht) massgebend ist. Folglich wird das Verfahren durch die vom Gläubiger im Betriebsbegehr zu formulierende Angabe des Pfandes bestimmt, es wäre denn, dass der Betriebene das behauptete Pfandrecht mit Erfolg bestritten hat. Was dagegen die Vollstreckung für laufende Forderungen (mit Einschluss des durch das Pfand nicht gedeckten Teiles der Pfandforderung) betrifft, so ist (unter Vorbehalt der Wechselbetreibung, vgl. S. 320a) das Verfahren — wie bisher — durch das Betriebsamt zu bestimmen. Und zwar erscheint bei vorläufiger Prüfung die in SchKG Art. 95 (ergänzt durch VO betr. die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923 Art. 3) über die Reihenfolge der Pfändung

¹⁵⁹⁾ ExO §§ 319 ff. und dazu Neumann, l. c. S. 150 ff.

getroffene Ordnung als zutreffend; sie wird daher auch in einem neuen Gesetze beibehalten werden können.

2. Wird gemäss den früher (S. 338a ff.) entwickelten Vorschlägen die Zwangsverwaltung eingeführt, so muss natürlich auch sie in das in Art. 95 umschriebene System der „gradus executionis“ eingegliedert werden. Dies wird zweckmässigerweise derart geschehen, dass die Zwangsverwaltung jedenfalls dann anzuordnen ist, wenn eine der beiden Parteien mit Zustimmung der andern es verlangt. Ausserdem hat das Betreibungsamt die Zwangsverwaltung ex officio zu verfügen, sofern die Voraussetzungen der Liegenschaftsvollstreckung zutreffen und aus den Umständen gefolgert werden darf, dass der Gläubiger in nicht allzulanger Zeit (z. B. innerhalb eines Jahres) aus den Erträgnissen befriedigt werden kann (woraus sich ergibt, dass die Zwangsverwaltung vor allem bei der Betreibung für Hypothekarzinsen praktisch werden wird). Diese beiden Tatbestände geben keinen Anlass zu Schwierigkeiten. Fraglich ist, ob man nicht noch weiter gehen und die Zwangsverwaltung von Grundstücken auf Antrag des Schuldners zulassen soll, wenn zwar pfändbare Mobilien vorhanden sind, die Zwangsverwaltung jedoch für den Schuldner weniger hart ist als die Vollstreckung in diese Mobilien (z. B. weil sie schwer realisierbar sind oder weil sie für den Schuldner einen besondern Wert haben). Dies dürfte unter der Voraussetzung zu bejahen sein, dass dieses Verfahren sich ohne Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen durchführen lässt, worüber das Betreibungsamt nach Ermessen zu entscheiden hat. Selbstverständlich muss auch die Möglichkeit der Überführung des Zwangsverwaltungs- in das Zwangsversteigerungsverfahren geschaffen werden für den Fall, wo sich im Laufe der Zeit ergibt, dass — etwa infolge einer Änderung der Verhältnisse, wie z. B. infolge Sinkens der Erträgnisse — nur der Zugriff auf die Substanz zur Befriedigung des Gläubigers zu führen vermag.

c) Gemeinsames zu allen Verfahrensarten.

Endlich sind noch zwei Fragen zu erörtern, die sich für alle Verfahrensarten stellen und deren gemeinsame Behandlung sich auch insofern rechtfertigt, als sie miteinander in einem, wenn auch losen, inneren Zusammenhang stehen.

I. Die erste dieser Fragen bezieht sich auf das Tempo des Verfahrens, wie es durch die gesetzliche Ordnung der Fristen bestimmt wird.

1. Diesfalls ist von der bekannten Tatsache auszugehen, dass für das geltende Recht die geradezu übermäßig langen Fristen charakteristisch sind. Und zwar gilt dies sowohl für die dem Gläubiger zur Stellung seiner Begehren laufenden Minimalfristen, als für die den Ämtern gesetzten Ausführungsfristen. In der einfachsten Betreibung, die zu einer Mobiliarpfändung und Verwertung führt, liegt der früheste Zeitpunkt der Verwertung etwas mehr denn zwei Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls (SchKG Art. 88, 116, 122). Ist ein Grundstück gepfändet worden, so dauert es mehr als acht Monate (von der Zustellung des Zahlungsbefehls an gerechnet), bis verwertet werden darf (SchKG Art. 88, 116, 133, 138). In der Betreibung auf Pfandverwertung ist der zwischen der Zustellung des Zahlungsbefehls und der Verwertung liegende Zeitraum nur um ein wenig kürzer, da nach Ablauf der Zahlungsfrist von 20 Tagen nicht vorerst die Pfändung beantragt werden muss, sondern sofort das Verwertungsbegehren gestellt werden kann (SchKG Art. 154)¹⁶⁰⁾. Dabei ist überall vorausgesetzt, dass sich

¹⁶⁰⁾ Eine rechtsvergleichende Betrachtung ergibt, dass in unseren Nachbarstaaten die Mobiliarexekution erheblich rascher vonstatten geht. Nach RZPO § 816 darf die Versteigerung nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen. Entw. ZPO § 893 verlängert diese Frist auf zwei Wochen. Öst. ExO § 273 schreibt vor, dass zwischen der Pfändung und der Verwertung eine Frist von mindestens drei Wochen liegen muss, jedoch unter Vorbehalt der in § 266 genannten Ausnahmen.

keine Incidente ereignen und dass an der ersten Steigerung zugeschlagen werden kann. Dies ist indes überaus selten der Fall, so dass man wohl kaum fehlgreift, wenn man bei der Immobiliarvollstreckung die mittlere Verfahrensdauer auf ein Jahr ansetzt. Niemand wird erkennen, dass die

Cprcivfr. Art. 613 bestimmt: „Il y aura au moins huit jours entre la signification de la saisie au débiteur et la vente.“ Im italienischen Recht (Cprciv Art. 624 Abs. 1) beträgt die Frist zehn Tage. Gemäss dem Entwurfe zum Cprciv Art. 536 soll „senza ritardo“ verwertet werden. Nach dem deutschen Recht soll der Zeitraum zwischen der Anberaumung des Versteigerungstermins (die erst nach der Beschlagnahme und nach Eingang der Mitteilung des Grundbuchamts stattfinden soll) und dem Termin selbst mindestens sechs Wochen und nicht mehr als sechs Monate betragen, es wäre denn, dass besondere Gründe vorliegen (ZwVerstGes. §§ 36 und 43). Das österreichische Recht bestimmt, dass zwischen der Bewilligung der Versteigerung (d. h. der die Beschlagnahme der Liegenschaft begründenden Anmerkung der Exekution) ein Zeitraum von mindestens drei Monaten liegen muss (ExO § 169 Abs. 2). Im französischen Recht gestaltet sich das Verfahren folgendermassen: die Liegenschaftspfändung findet statt frühestens dreissig Tage nach dem commandement; lässt der Gläubiger mehr als 90 Tage verstreichen, so hat er sein Begehren zu erneuern (Cprciv Art. 674). Binnen 14 Tagen vom Pfändungsvollzuge an hat die dénonciation au saisi stattzufinden (Art. 677). Von diesem Zeitpunkte an läuft eine neue Frist von 14 Tagen für die transcription de la saisie (Art. 678); spätestens 20 Tage nach der transcription hat der Gläubiger bei der Gerichtskanzlei das cahier des charges zu deponieren (Art. 690). Frühestens 30 und spätestens 40 Tage nach dem dépôt du cahier des charges findet die publication und lecture desselben statt (Art. 694). Die Versteigerung endlich ist frühestens 30 und spätestens 60 Tage nach der publication abzuhalten (Art. 695). So gelangt man, wenn alle Fristen ausgenützt werden, zu dem Resultat, dass zwischen dem commandement und der Gant ca. 6 Monate liegen. Das italienische Recht gewährt dem Schuldner zunächst eine Zahlungsfrist von 30 Tagen (Cprcivit. Art. 659); ist diese abgelaufen, so kann der Gläubiger die Versteigerung betreiben (Art. 664); nachdem die Liegenschaft geschätzt worden ist, beschliesst das Gericht die Versteigerung. Diese muss zwischen dem 40. und dem 90. Tage vom Versteigerungsbeschluss an gerechnet liegen und 30 Tage vorher ausgekündigt werden (Art. 666 Ziff. 3, 668).

Beschleunigung des Verfahrens ebenfalls zu dessen Vereinfachung beitragen würde; denn die Herabsetzung der Verfahrensdauer hätte eine Verminderung der Zahl der bei den einzelnen Ämtern nebeneinander laufenden Betreibungen und damit eine Vereinfachung des Geschäftsbetriebs zur Folge. So würde insbesondere eine durch die Abkürzung der Verwertungsfristen herbeizuführende Reduktion der mittleren Dauer der betreibungsamtlichen Liegenschaftsverwaltung nur um einige Monate für die grösseren Ämter eine fühlbare Entlastung bedeuten¹⁶¹⁾.

2. Auch bei der Gestaltung des Verfahrenstempos handelt es sich indes um ein Problem, für dessen Lösung nicht allein das Bestreben nach Vereinfachung massgebend sein darf. Es fragt sich vielmehr, ob nicht andere, ebenso schutzwürdige Interessen die Beibehaltung der geltenden Ordnung verlangen. Das ist jedoch nicht der Fall. Es gibt überhaupt keine Gründe, die für, sondern nur solche, die gegen das geltende Recht sprechen, und zwar ganz gleichgültig, ob man das Problem der Verfahrensdauer aus allgemeinwirtschaftlichen Gesichtspunkten oder vom Standpunkte der am Verfahren Beteiligten aus betrachtet.

Der zu erwartende Einwand, die in der Beschleunigung des Verfahrens liegende Vereinfachung gehe ausschliesslich auf Kosten des wirtschaftlich Schwachen, hält nämlich in keiner Weise Stich. Abgesehen davon, dass sich der wirtschaftlich Schwache nicht nur in der Schuldner-, sondern auch in der Gläubigerstellung befinden kann (Betreibung für Lohn- und Gehaltsforderungen, Alimentenforderungen usw.)¹⁶²⁾, sind die Vorteile, die ein schleppen-

¹⁶¹⁾ In den kantonalen Rechten waren die Fristen ganz verschieden; in den meisten Kantonen war das Verfahren sehr schleppend, vgl. die Angaben bei Heusler, Motive S. 75 ff.

¹⁶²⁾ Die Frage des Verfahrenstempos hat in Ansehung der Lohnforderungen die eidg. Räte schon in den neunziger Jahren beschäftigt. Im Zusammenhange mit der Motion Favon reichte die Fédération des sociétés ouvrières de Genève eine Petition ein, dahingehend, es seien die Fristen der Wechselbetreibung für die Fälle einzuführen, wo ein Arbeitnehmer gegen den Arbeit-

des Verfahren dem Schuldner bietet, nur scheinbare. „Wer in vier Wochen nicht zahlen kann — schrieb Andreas Heusler schon vor 60 Jahren — kann es in acht regelmässig auch nicht, und wenn es ihm nach langem Kehren gelingt, die drohende Gefahr noch durch ein Darlehen zu vermeiden, so hat er damit nur ein neues Loch geöffnet, um das alte zu verstopfen.“¹⁶³⁾ In diesem Zusammenhange sei auch auf die wohlerwogenen Ausführungen der Begründung zur österr. ExO verwiesen, die, wie kein anderes Vollstreckungsgesetz, sich von sozialen Erwägungen leiten lässt. „Es scheint nicht überflüssig zu sein — erklärt die Begründung —, auch die Frage zu berücksichtigen, ob ein

geber für eine auf Urteil oder Vergleich beruhende Forderung exequiert. Der Bundesrat holte in der Folge Gutachten von E. Huber, Brüstlein und Soldan ein. Während dieser der Petition zustimmte, lehnten jene den Vorschlag ab. E. Huber führte aus, wenn die Betreibungsfristen für die Lohnforderungen als zu lang erschienen, seien sie überhaupt zu lang, und es müsse daher eine allgemeine Kürzung der Fristen stattfinden. Brüstlein nahm den Standpunkt ein, dass das Betreibungsrecht ohne zwingende Gründe nicht noch komplizierter gestaltet werden dürfe. Solche Gründe lägen indes nicht vor, denn eine Lohnschuld sei nicht leichter aufzubringen als eine andere Schuld. Die Analogie zu den Wechselforderungen sei durchaus verfehlt. Zudem spreche der Vorschlag, dass der Lohngläubiger vor andern Gläubigern die Macht haben sollte, durch besonders rasche Betreibung über den Schuldner die Katastrophe heraufzubeschwören, Recht und Billigkeit Hohn (vgl. Botschaft des BRates betr. die Ergänzung des OR über die Folgen des Verzugs bei Geldschulden vom 25. Januar 1896, BBl 1896 I S. 733 ff.). Der Bundesrat sprach sich daher ebenfalls gegen die Petition aus, indem er gleichzeitig eine Änderung der Bestimmungen des OR über die Verzugsfolgen vorschlug. Die Räte traten indes auf diese Vorlage nicht ein, stellten aber das Postulat, es sei neuerdings zu prüfen, ob nicht durch eine Revision des SchKG den dringendsten, von der Petition geschilderten Übelständen abgeholfen werden könne (Sten. Bull. Bd. 7 S. 927 ff. S. 1189 ff.). Diesem Postulate wurde jedoch, nachdem weitere Erhebungen veranstaltet worden waren, keine Folge gegeben (vgl. BBl 1898 I S. 429; 1899 I S. 353; III S. 908).

¹⁶³⁾ Bei Munzinger, Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit, 1871, S. 66 ff., insbes. S. 70.

behendes Fortschreiten des Verfahrens überhaupt zu den legislativen Zwecken gehört, welche bei Erneuerung des Exekutionsrechts angestrebt werden sollen. Dies dürfte schon aus der einen Erwägung zu bejahen sein, dass in der Regel keine Stundung vom Schuldner so teuer erkaufst 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.“¹⁶⁴⁾

Legen diese Erwägungen in zwingender Weise dar, dass die Beschleunigung des Verfahrens auch den Interessen des Schuldners entspricht, so ist die geltende Ordnung vollends nicht mehr zu halten, wenn man die Frage der Verfahrensdauer als wirtschaftliches Problem würdigt. Das durch die derzeitige Ordnung der Fristen bedingte Verfahrenstempo ist mit dem gegenüber früher um ein Vielfaches beschleunigten Tempo des Wirtschaftslebens schlechterdings nicht mehr vereinbar, und es lässt sich denn auch nicht mehr verantworten, dass infolge des schleppenden Ganges der Exekution ganz erhebliche Vermögenswerte auf Monate und Monate hinaus brachgelegt werden. Die Notwendigkeit einer Abkürzung der Verfahrensdauer ist übrigens dem Prinzip nach wohl kaum bestritten.

3. Welche Fristen zu reduzieren und in welchem Masse die Fristverkürzungen in Aussicht zu nehmen sind, ist natürlich Auffassungssache. Es dürfte sich empfehlen, den Abbau der Fristen auf alle Verfahrensstadien zu verteilen. So könnte, was das Einleitungsverfahren anlangt, die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags ohne Bedenken auf 7 Tage herabgesetzt werden, zumal wenn

¹⁶⁴⁾ Abgedruckt bei Schauer, Exekutionsordnung, 1896, S. 111/12; vgl. auch Klein, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses, 1900, S. 22 f.

daran festgehalten wird, dass der Rechtsvorschlag keiner Begründung bedarf. Dementsprechend wäre die z. Z. 20tägige Zahlungsfrist auf 14 Tage zu reduzieren. Danach könnte der Gläubiger frühestens zwei Wochen nach der Zustellung des Zahlungsbefehls die Pfändung verlangen, so dass sich schon im Einleitungsverfahren nahezu eine Woche einsparen liesse. Eine Beschleunigung ist aber vor allem notwendig für die eigentliche, an die Pfändung sich anschliessende Exekution. De lege ferenda sollte der Gläubiger mit dem Fortsetzungsbegehr das Verwertungsbegehr verbinden können, was nach Beseitigung der Anschlusspfändung ohne weiteres möglich ist und auch wirtschaftlich geboten erscheint; denn die in der Mobiliarvollstreckung mindestens einmonatliche und in der Immobiliarvollstreckung mindestens sechsmonatliche, mit dem Pfändungsvollzuge beginnende Frist zur Stellung des Verwertungsbegehrens, während deren überhaupt nichts geschieht, ist heutzutage nicht mehr zu rechtfertigen, besonders wenn in Erwägung gezogen wird, dass sich in der Grundstücksvollstreckung infolge von Lastenbereinigungsprozessen nicht selten neue Verzögerungen ergeben. In der Mobiliarexekution sollte sich die Verwertung unmittelbar an die Pfändung anschliessen, etwa in der Weise, dass sie nach Ablauf von vier Wochen, von der Pfändung an gerechnet, abgeschlossen ist. Desgleichen sollten in der Immobiliarexekution die Vorbereitungen der Verwertung sofort in Angriff genommen werden. Diese Vorbereitungen (Aufstellung des Lastenverzeichnisses und der Steigerungsbedingungen) beanspruchen ja ohnehin stets eine geraume Zeit, so dass auch in den Fällen, wo das ganze Verfahren glatt verläuft und keine Incidente eintreten, die Verwertung kaum je vor Ablauf von zwei bis drei Monaten von der Pfändung an gerechnet stattfinden kann. Über die Gestaltung der Fristen im einzelnen lässt sich natürlich reden. Im gegenwärtigen Zeitpunkte kann es sich nur darum handeln, die Frage der Verfahrensdauer nach ihrer prinzipiellen Seite zur Diskussion zu stellen.

4. Diesem Postulate, das auf einen sehr energischen Vollstreckungsbetrieb hinausläuft, wird entgegengehalten werden, dass allzuscharf scharfig macht. Es ist in der Tat richtig, dass das vorgeschlagene Verfahrenstempo nicht nur zu unnötigen Härten gegen den Schuldner führen kann, sondern sich unter Umständen auch als wirtschaftlich unzweckmäßig oder gar schädlich erweist; denn es ist zum mindesten möglich, dass es im einzelnen Falle gegen das Grundprinzip des Rechtes der Verwertung verstößt, wonach diese so gestaltet werden soll, dass ein möglichst hoher Erlös realisiert wird. Es kann denn auch nur als allgemeine Regel gelten, die durch Ausnahmen durchbrochen werden muss. Dies darf freilich nicht in der mechanischen Weise geschehen, dass die Verwertung stets hinausgeschoben wird, wenn der Betriebene Abschlagszahlungen anbietet und die erste Rate sofort leistet, wie es heute (trotzdem SchKG Art. 123 Abs. 1 auf das Ermessen des Betreibungsamts verweist) in der Praxis nicht selten vorkommt. Der Aufschub muss vielmehr durch besondere Gründe gerechtfertigt sein.

Diese Gründe können zunächst in der Person des Schuldners liegen. So ist es z. B. denkbar, dass der Betriebene sich im Zeitpunkte der Pfändung in einer vorübergehenden Verlegenheit befindet und ihm die Abtragung der Schuld in einigen Raten aus sicher in Aussicht stehenden Einkünften möglich sein wird, so dass die sofortige Verwertung übermäßig hart wäre¹⁶⁵⁾). Der Aufschub kann

¹⁶⁵⁾ Der italienische und der deutsche Entwurf verpflichten die Vollstreckungsbehörde ganz allgemein, den Beteiligten ihre Dienste zum Zwecke des Abschlusses eines Abkommens über die ratenweise Abtragung der Schuld zur Verfügung zu stellen. Nach dem ital. Entwurf Art. 482 ist die Convocazione preliminare del debitore e del creditore obligatorisch; dabei verdient insbes. Abs. 4 hervorgehoben zu werden, lautend: „Se il debitore chieda una delazione, offre un modo di adempimento diverso da quello dovuto ovvero una garanzia reale o personale, oppure propone di liquidare stragiudizialmente, in tutto o in parte, i suoi beni,

aber auch mit Rücksicht auf die Natur des zu verwertenden Pfändungsgegenstands geboten sein, sei es, dass die Marktverhältnisse für den betreffenden Gegenstand augenblicklich besonders ungünstig liegen und mit einer baldigen Wendung zum Bessern gerechnet werden darf, sei es, dass es sich um einen Gegenstand von ausgesprochenem Liebhaberwert handelt (Sammlungen, Autogramme usw.), für dessen Erwerb nur ein beschränkter Kreis von Personen in Betracht kommt; denn in einem solchen Falle lässt sich ein angemessenes Verwertungsergebnis nur erzielen, wenn die Interessenten durch Publikationen in Fachblättern auf die sich bietende Kaufgelegenheit aufmerksam gemacht werden können¹⁶⁶⁾.

Vermeidet man es, durch zu lange Fristen des Einleitungsverfahrens und durch die Fristen gemäss SchKG Art. 116 unnütz kostbare Zeit zu vergeuden, so wird man eine allfällige Hinausschiebung der Verwertung viel eher in den Kauf nehmen können. Der Aufschub darf freilich

o infine di limitare la quantità o di sostituire la qualità dei beni da espropriare, l'ufficio procura di ottenere un accordo fra le parti secondo equità.“ Nach dem deutschen Entwurf § 950 kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Schuldners zwischen diesem und dem Gläubiger ein gütliches Übereinkommen über die Abwicklung des Schuldverhältnisses vermitteln, wenn dies zur Befriedigung des Gläubigers förderlich erscheint. War der Schuldner unverschuldet in Zahlungsschwierigkeiten geraten und hat er die Erledigung der Angelegenheit nicht verschleppt, so kann das Vollstreckungsgericht die Vermittlung in allen Fällen übernehmen, in denen die wirtschaftliche Lage des Gläubigers dadurch nicht gefährdet wird. Sind die Voraussetzungen für die Durchführung der Vollstreckung gegeben, so soll von der Pfändung nur abgesehen werden, wenn dadurch die Verwirklichung des Rechtes des Gläubigers nicht gefährdet wird und die Pfändung eine unnötige Härte gegen den Schuldner darstellen würde.

¹⁶⁶⁾ Vgl. z. B. BGE 45 III Nr. 23. In Österreich hat das Justizministerium besondere Vorschriften erlassen für die Zwangsversteigerung von Pretiosen höheren Wertes, von Antiquitäten, Kunstgegenständen, Gemälden und grösseren Sammlungen, vgl. JMinVO vom 19. September 1907 und vom 25. Oktober 1907, abgedruckt bei Klein-Schauer-Hermann, ExO S. 706 ff.

nur nach Anhörung des Gläubigers unter der Voraussetzung gewährt werden, dass dessen Interessen nicht Gefahr laufen, dies jedenfalls dann, wenn die Verwertung aus in der Person des Schuldners liegenden Gründen hinausgeschoben werden soll. Sofern die früher (S. 280a ff.) formulierten Vorschläge über die Behördenorganisation Zustimmung finden, wird sich auch fragen, ob nicht in diesem Falle statt des Betreibungsamtes das Betreibungs- und Konkursgericht als zur Erteilung des Aufschubs zuständig zu erklären ist.

II. Die zweite Frage hat die Inzidente des Betreibungsverfahrens zum Gegenstande (wobei der Begriff des Inzidents im weitesten Sinne gefasst wird).

1. Eine der Hauptursachen der Verschleppung der Gläubigerbefriedigung bilden die im Exekutionsverfahren eintretenden Inzidente, weshalb denn auch für die Vereinfachung viel gewonnen wäre, wenn diese Inzidente sich vermeiden liessen oder doch für eine beschleunigte Abwicklung derselben Vorsorge getroffen werden könnte. Auch aus diesem Gesichtspunkte empfiehlt sich die vorgeschlagene Eliminierung des Gruppensystems; denn infolgedessen fallen die Anschlussstreitigkeiten (Art. 110/111) und die Kollokationsstreitigkeiten im Pfändungsverfahren dahin (Art. 146—148). Die übrigen Inzidente dagegen sind nicht zu vermeiden. Behält man das Einleitungsverfahren bei, wonach die Schuldbetreibung auf eine blosse Behauptung des Gläubigers hin angehoben werden kann, so muss dem Betriebenen die Möglichkeit gegeben werden, den Anspruch zu bestreiten; der Rechtsvorschlag führt aber notwendigerweise zum Forderungsprozesse oder zu einem Rechtsöffnungsverfahren, an das sich ein Aberkennungsprozess anschliessen kann. Desgleichen lässt sich eine Spezialexekution, die ohne das Widerspruchsverfahren auskommt, kaum denken. Die Prüfung der Eigentumsfrage beim Pfändungsvollzuge ist nicht möglich; der Betreibungsbeamte muss pfänden, was als dem Schuldner gehörend erscheint. Daher kommt es nicht selten vor,

dass einem Dritten gehörende Gegenstände mit Pfändungsbeschlag belegt werden, und es muss nunmehr dem Dritten die Möglichkeit geboten werden, seine Rechte zu wahren.

2. Dass das Widerspruchsverfahren einen wahren Tummelplatz der Schikane und Trölerei bildet, ist nur allzu bekannt. Hierin lag nicht zuletzt der Grund dafür, dass Andreas Heusler sich seinerzeit zur Wahl des reinen Konkurssystems entschloss. „Ein hauptsächlicher Mangel des Pfändungsverfahrens aber, der durch keine Aufsicht der übergeordneten Behörden kann behoben werden – führt er in den Motiven (S. 69 f.) aus – ist der, dass es zu zahllosen Eigentumsstreitigkeiten führt. Verteidiger des Pfändungssystems haben uns dies als eine ganz üble Schattenseite unumwunden geschildert. Die Pfändung führt zu ganz ausserordentlich häufigen Prozessen über Eigentumsansprüche, zu falschen Ausweisen und Zeugnissen, zu weitläufigen Untersuchungen und Zeugenabhörungen, auch von Verwandten des Schuldners und dessen Ehefrau, auf die man oft einzig angewiesen ist. Schliesslich verliert der Gläubiger die Sache und hat zum Schaden den Spott, oder er gewinnt den Prozess mit einem Anhängsel von Kosten, die der Schuldner doch nicht bezahlen kann.“ So richtig diese Erwägungen sind, so fallen sie doch nicht so schwer ins Gewicht, dass sie zur Aufgabe der Einzelvollstreckung und zur Ersetzung derselben durch das Konkurssystem führen könnten, da dieses noch schwerer wiegende Nachteile in sich schliesst. Daher kann es sich nur darum handeln, einzelne Mängel des Widerspruchsverfahrens zu beseitigen. Viel lässt sich freilich in dieser Hinsicht nicht ausrichten¹⁶⁷⁾.

a) Zunächst ist zu erwägen, ob nicht im Interesse einer rascheren Erledigung des Inzidentes die Frage der die Verwertung hindernden Rechte statt im Zivilprozesse im

¹⁶⁷⁾ Vgl. zum folgenden auch Cohn, Die Reform des Interventionsprozesses, Prozessrechtl. Abhandlungen, hg. von Goldschmidt, Heft 5 1931, dessen Vorschläge auf das deutsche Reich zugeschnitten sind.

Vollstreckungsverfahren selbst (Beschwerdeverfahren) ausgetragen werden sollte. So bestechend diese Lösung auf den ersten Blick erscheinen mag — sie liegt dem Entw. der deutschen ZPO zugrunde¹⁶⁸⁾ —, so ist sie doch abzulehnen. Von den theoretischen Bedenken abgesehen, die freilich nicht entscheidend sind, wäre mit dieser Neuerung praktisch sehr wenig gewonnen. Sobald es nämlich im Beschwerdeverfahren zu Beweiserhebungen, insbesondere zu Zeugeneinvernahmen kommt, so wickelt sich dieses in zivilprozessualen Formen ab. Ist dem aber so, so lässt sich durch die Verweisung der Streitigkeiten über die vollstreckungshindernden Rechte in das Beschwerdeverfahren keine wesentliche Beschleunigung erzielen, weshalb es bei der geltenden Ordnung sein Bewenden haben muss, wonach der Richter zur Entscheidung berufen ist.

¹⁶⁸⁾ Dies ist eine der wesentlichen Neuerungen des deutschen Entwurfs. Nach § 820 darf die Vollstreckung nicht in einen Gegenstand durchgeführt werden, an welchem einem Dritten ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Will ein Dritter sein entgegenstehendes Recht geltend machen, so steht ihm hiefür, solange darüber noch kein Beschluss ergangen ist, die Erinnerung (§§ 838, 844), andernfalls die besondere Vollstreckungsbeschwerde (§§ 838, 842, 843) zu. Dabei bleibt die Verweisung auf den Rechtsweg vorbehalten (§ 781), vgl. dazu Erläut. S. 438 ff., 449 ff., 481 ff. Der Entwurf sucht auch die Anfechtungsprozesse zu vermeiden durch Einführung des Instituts des sog. „Rückrufs“ (§§ 857—859). Danach ist das Vollstreckungsgericht befugt, unter den Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger zur Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners ausserhalb des Konkurses berechtigt ist (vgl. Rges. betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 20. Mai 1898 §§ 2 und 3) und insoweit der Gläubiger beanspruchen kann, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu diesem gehörig vom Empfänger zurückgewährt werde, den Rückruf eines anfechtbar veräusserten Gegenstandes zu beschliessen (vgl. dazu Erläut. S. 425, 506 ff.). Dagegen sprechen jedoch sehr ernste Bedenken (vgl. auch E. Jäger, Lehrbuch S. 157 N. 2; Goldschmidt, JW 1931 S. 2450, bezeichnet den „Rückruf“ als eine Utopie.)

b) Dagegen kann die praktische Handhabung des Widerspruchsverfahrens dadurch erleichtert werden, dass es, gleich dem Vollstreckungsverfahren selbst (vgl. S. 326a ff.) unter Berücksichtigung der Eigenschaften des Vollstreckungssubstrats ausgestaltet wird. Heute schon besteht ja insofern ein Unterschied, als in der Immobiliar-exekution das Widerspruchsverfahren nur in Ansehung des Eigentums als eines die Verwertung hindernden Rechtes durchgeführt wird¹⁶⁹⁾, wogegen der Streit über andere Rechte (beschränkte dingliche Rechte und andere Lasten) in das Lastenbereinigungsverfahren verwiesen ist¹⁷⁰⁾. Daher empfiehlt es sich, die lege ferenda von einer einheitlichen Ordnung des Widerspruchsverfahrens abzusehen und die Interventionsklage für alle drei Vollstreckungsarten (Vollstreckung in bewegliche Sachen, in das unbewegliche Vermögen, in Forderungen und andere Rechte) gesondert zu regeln.

c) Was insbesondere das Widerspruchsverfahren in der Mobiliarexekution betrifft, so verdient die Frage eingehende Prüfung, ob nicht das Verfahren nach Art. 109 eliminiert werden sollte. Dies könnte in der Weise geschehen, dass der Betreibungsbeamte Sachen, die sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, nur dann pfänden darf, wenn der Dritte zur Herausgabe bereit ist. Trifft dies nicht zu, so kann nicht die Sache, sondern bloss der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe derselben gepfändet werden¹⁷¹⁾. Damit wäre, freilich auf andere

¹⁶⁹⁾ ZGV Art. 10.

¹⁷⁰⁾ ZGV Art. 33 ff.

¹⁷¹⁾ Vgl. RZPO §§ 808/09; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 710/22; Hellwig-Oertmann, S. 304 f.; Öst. ExO §§ 253, 262; dazu Neumann, l. c. S. 91, 407; Walker, S. 230; desgleichen ist in Frankreich in den Fällen, wo die Sache sich in Dritthand befindet, die saisie-exécution nicht zulässig, vielmehr muss eine saisie-arrêt stattfinden (Cprciv Art. 557). Der im Texte formulierte Vorschlag erscheint um so zweckmässiger, als die Pfändung von Sachen, die sich im Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befinden, stets Schwierigkeiten verursacht hat, zumal da

Weise, das von Kellerhals¹⁷²⁾ aufgestellte Postulat nach einem intensiveren Schutze des Faustpfandgläubigers verwirklicht. Ebenso verdient auch der Vorschlag vollen Beifall, den Kellerhals im Hinblick auf die vom Bundesgerichte im Falle Knight¹⁷³⁾ inaugurierte Praxis formuliert hat. Dieser Vorschlag geht dahin¹⁷⁴⁾, dass keine Einstellung der Betreibung, sondern bloss eine Einstellung der Verteilung stattzufinden hat a) wenn der Drittansprecher mit der sofortigen Durchführung der Verwertung einverstanden ist, b) wenn durch die sofortige Durchführung der Verwertung keine berechtigten Interessen des Drittansprechers verletzt werden, c) bei der nach Art. 107 eingeleiteten Klage, wenn der Drittanspruch weder vom Schuldner innerhalb zehn Tagen seit der Zustellung der Pfändungsurkunde, noch vom Dritten innerhalb zehn Tagen, seitdem er von der Pfändung Kenntnis hatte, beim Betreibungsamt angemeldet wurde. Damit liessen sich in der Tat wesentliche Mängel des geltenden Rechtes beheben.

7. Konkurs.

I. In Ansehung des Konkurses wird man gut daran tun, wenn man sich hinsichtlich der in einem neuen

die Praxis mit Recht annimmt, dass dem Betreibungsamt dem sich weigernden Dritten gegenüber keine Zwangsmittel zustehen, dieser vielmehr bloss schadenersatzpflichtig werden kann (BGE 28 I Nr. 98; 51 III Nr. 11; etwas eingeschränkt in BGE 55 III Nr. 4). Die in ZGV Art. 10 in Ansehung der Grundstücke getroffene Ordnung dagegen ist zutreffend und verdient der deutschen Regelung gegenüber den Vorzug, wonach die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen oder wenn er Erbe des eingetragenen Eigentümers ist (ZwVerstGes. § 17 Abs. 1); über das Verfahren, das der Gläubiger einzuschlagen hat, wenn der Betriebene nicht eingetragen ist, vgl. GbO §§ 14 und 22; Jaeckel, Anm. 2 zu ZwVerstGes. § 17; Nussbaum, l. c. S. 28. Betr. das österr. Recht vgl. ExO §§ 133 Ziff. 1, 350; Neumann, l. c. S. 233; Walker, S. 297 f.

¹⁷²⁾ Die Novelle zum Betreibungsgegesetz, SJZ Bd. 18 S. 64 f.

¹⁷³⁾ BGE 37 I Nr. 95, eingeschränkt und präzisiert in BGE 48 III Nr. 14; 49 III Nr. 25. Vgl. auch die Kritik in ZR Bd. 13 Nr. 148.

¹⁷⁴⁾ Vgl. SJZ Bd. 18 S. 64 ff.

Gesetze zu verwirklichenden Vereinfachungen keinen allzu grossen Erwartungen hingibt. Die Generalliquidation eines Vermögens ist, sofern sie mit den zum Schutze der Beteiligten erforderlichen Kautelen umgeben wird, stets mit Weiterungen und Umtrieben verbunden. Die im Konkurse zu überwindenden Schwierigkeiten sind nicht sowohl durch die gesetzliche Ordnung des Konkursverfahrens als durch die Situation bedingt, in der sich der Gemeinschuldner befindet. Je verwickelter und unübersichtlicher die Rechtsverhältnisse sind, in denen der Schuldner im Zeitpunkte der Konkurseröffnung steht, um so komplizierter wird sich die Liquidation gestalten. Zudem spielen im Konkursverfahren mehr als irgendwo anders die Personenfragen eine ausschlaggebende Rolle. Dies alles enthebt freilich den Gesetzgeber nicht der Pflicht, das Konkursrecht möglichst einfach und übersichtlich aufzubauen. Durch die in anderem Zusammenhange (vgl. S. 269a) postulierte sorgfältige, systematische Ordnung des materiellen Konkursrechts wird viel gewonnen werden. Indes bleibt noch zu untersuchen, ob auch hinsichtlich des Verfahrens Vereinfachungen erzielt werden können.

II. Dies trifft jedenfalls zu für die Organisation des Konkursverfahrens¹⁷⁵⁾. Zwar wird eine Verminderung der Zahl der Organe (Konkursverwaltung, Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuss) nicht in Frage kommen. Dagegen muss die Konkursverwaltung als geschäftsführendes Organ neu gestaltet werden. Desgleichen bedürfen die Kompetenzen der Organe einer andern Umschreibung. Das sehr komplexe System der Neuordnung der Konkursorganisation kann freilich im Rahmen des vorliegenden Referats nur nach der grundsätzlichen Seite behandelt werden.

¹⁷⁵⁾ Über die geltende Organisation vgl. Blumenstein, Handb. S. 712 ff.; Jaeger, Bem. zu Art. 253; Fiori, Die Gläubigerversammlung, Diss. Bern 1904; Müller, Die Stellung der Konkursverwaltung, Diss. Bern 1900.

1. Hinsichtlich der Konkursverwaltung stellt das SchKG den Gläubigern im ordentlichen Verfahren zur Wahl, ob sie das zuständige Konkursamt mit der Verwaltung betrauen oder eine oder mehrere von ihnen zu wählende Personen als ausseramtliche Konkursverwaltung einsetzen wollen (Art. 237 Abs. 2). Die Praxis scheint, jedenfalls in der deutschen Schweiz, der Konkursverwaltung durch das Konkursamt den Vorzug zu geben. Immerhin kommt es (und zwar besonders in umfangreichen und schwierigen Konkursen) vor, dass eine aus mehreren Personen bestehende ausseramtliche Konkursverwaltung gewählt wird. Gerade für solche Fälle erscheint aber ein mehrköpfiges und oft auch in seiner Zusammensetzung wenig homogenes Organ als denkbar ungeeignet. Zudem ist es natürlich mit den Kenntnissen dieser Konkursverwalter oft nicht eben zum besten bestellt (auch für einen Juristen, der sich nur ab und zu mit dem Vollstreckungsrechte befasst, hält es nicht leicht, eine schwierige Konkursliquidation zu leiten). Vollends ist natürlich die kollegiale Behandlung der Konkursverwaltungsgeschäfte ein Unding und eine Quelle von Friktionen und Verschleppungen. Wenn irgendwo, muss bei der Verwaltung eines Konkurses die Leitung und Verantwortung in der Hand einer Person zusammengefasst werden. Daher ist in der *lex ferenda* die ausseramtliche Konkursverwaltung zu eliminieren¹⁷⁶⁾. Dieses Postulat lässt sich um so eher vertreten,

¹⁷⁶⁾ Ebenso Leemann, Die Stellung der ausseramtlichen Konkursverwaltung, SJZ Bd. 5 S. 112 ff.; vgl. auch Pollak, Laien als Konkursverwalter, LeipzZtschr. Bd. 2 S. 660 ff. In der im Texte erörterten Richtung bewegt sich auch die italienische Rechtsentwicklung (vgl. die Konkursnovelle vom 1. August 1930, Riv. dir. com. Bd. 28 I S. 466 ff.). Danach bestehen zwar keine ständige, fest organisierte Konkursämter im Sinne unseres Rechts; vielmehr wird der Konkursverwalter im einzelnen Falle bestellt. Dabei ist indes das Gericht nicht frei; der Verwalter muss aus den auf dem ruolo di amministratori guidiziari figurierenden Persönlichkeiten gewählt werden. Diese Persönlichkeiten werden durch Dekret des Justizministers bestimmt, und zwar werden auf die

als wir über bewährte Konkursbeamte verfügen, in deren wirtschaftliche Einsicht sowohl als deren Kenntnisse und Erfahrungen volles Vertrauen gesetzt werden darf.

2. Die Gläubiger werden gemäss dem geltenden Rechte in der Gläubigerversammlung und im Gläubigerausschusse tätig. Beide Organe kommen freilich nur im ordentlichen Verfahren in Betracht. Auch hier ist der Gläubigerausschuss fakultativ (SchKG Art. 231 Abs. 3, 235, 237, 253). Hinsichtlich der Stellung der Gläubiger im Verfahren ist für das schweizerische Recht charakteristisch, dass es den Grundsatz der Gläubigerautonomie auf die Spitze treibt und weit über alle übrigen Konkursgesetze hinausgeht¹⁷⁷⁾. Art. 253 stellt bekanntlich das Prinzip der sog. „Souveränität der 2. Gläubigerversammlung“ auf, indem er bestimmt, dass diese über die Bestätigung der Konkursverwaltung und, gegebenenfalls, des Gläubigerausschusses beschliesst und „unbeschränkt“ alles weitere für die Durchführung des Konkurses anordnet. Wohl kann gegen die Verfügungen der 2. Gläubigerversammlung Beschwerde geführt werden. Dieses Beschwerderecht ist jedoch in der Praxis insofern

Liste der Konkursverwalter aus dem Kreise der sich bewerbenden Advokaten, Prokuratoren, Kaufleuten, Rechnungsbeamten diejenigen gesetzt (und zwar auf die Dauer von fünf Jahren), „che siano di specchiata moralità e dimostrino particolare idoneità all'ufficio“ (vgl. Art. 1 Abs. 3 und dazu Relazione ministeriale, Riv. dir. com. Bd. 28 I S. 219). Sodann unterscheidet sich die Novelle vom geltenden Rechte dadurch, dass der Konkursverwalter entgegen der bisher herrschend gewesenen Auffassung (vgl. darüber Bonelli, Del fallimento Bd. II S. 21 ff.) Beamten eignenschaft hat (vgl. Levi, Il curatore di fallimento pubblico ufficiale Riv. dir. com. Bd. 28 I S. 841 ff.; Dölle, Die italienische Konkursnovelle vom 1. August 1930, Ztschr. ausl. int. PR Bd. 6 S. 7 f.).

¹⁷⁷⁾ Diese sehen in der Regel die Bestellung eines mit der Überwachung des einzelnen Konkurses betrauten Delegierten des Konkursgerichts, Genehmigungsrecht des Konkursgerichts für wichtige Verwaltungshandlungen u. dgl. vor. Vgl. darüber N. 182.

verkümmert worden, als es gegen unangemessene Verfügungen nicht gewährt wird¹⁷⁸⁾). Und ebenso kommt auch der Intervention der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen praktisch sozusagen keine Bedeutung zu. Dass die Beschneidung der Befugnisse der Gläubigerversammlung und die Konzentration der Konkursverwaltung in der Hand des Konkursamts Verschleppungen, Weiterungen und Umtriebe vermeidet, die mit dem geltenden System notwendigerweise verbunden sind, ist wohl im Ernst nicht zu bestreiten. Indes drängt sich eine Änderung der heutigen Ordnung nicht nur aus dem Gesichtspunkte der Vereinfachung des Verfahrens, sondern namentlich auch aus ökonomischen Überlegungen auf. Die Regelung des SchKG führt nämlich, zumal wenn etwa noch eine ausseramtliche Konkursverwaltung bestellt wird, im Ergebnis dazu, dass die Gläubiger die Masse als ein ihnen gehörendes Vermögen zu betrachten geneigt sind, mit dem sie nach Belieben schalten und walten zu können glauben. Es lässt sich daher gar nicht vermeiden, dass infolge unzweckmässiger Massnahmen der Gläubigerversammlung ganz erhebliche Vermögenswerte verlorengehen¹⁷⁹⁾). Übrigens sind wohl die Nachteile der Gläubigerautonomie in ihrer heutigen Form nur allzu bekannt, weshalb eine Änderung der Gesetzgebung in dieser Form kaum auf eine grundsätzliche Opposition stossen sollte.

So tendiert denn auch die moderne Konkursgesetzgebung ganz allgemein auf die Zurückdrängung des Einflusses der Gläubiger; ja, die italienische Konkursnovelle geht (jedenfalls im praktischen Ergebnis) ge-

¹⁷⁸⁾ Vgl. Jaeger, N. 3 zu Art. 253 SchKG; a. M. Blumenstein, Hdb. S. 722 N. 22.

¹⁷⁹⁾ Vgl. insbes. v. Schullern-Schrattenhofen, Die Gesetzgebung über den Gläubigerkonkurs vom Standpunkte der Volkswirtschaft aus, Öst. Ztschr. für Volkswirtschaft, Sozialpol. u. Verwaltung Bd. 1 S. 420 ff.; Skedl, Die Grundlagen des österreichischen Konkursrechts in ihrer historischen Entwicklung, Festgabe für Wach, 1914, Bd. III S. 398 ff.

radezu bis zu deren Ausschaltung¹⁸⁰⁾. Auch vor diesem Extrem wird man sich hüten müssen. So unrichtig es ist, das Konkursverfahren den Gläubigern auszuliefern, so wenig zweckmäßig erscheint es, die Gläubiger zu eliminieren. Abgesehen davon, dass sie ein schutzwürdiges Interesse daran haben, das Verfahren zu kontrollieren und über dessen Gang unterrichtet zu werden, empfiehlt es sich auch deswegen, sie herbeizuziehen, weil sie über Erfahrungen und Kenntnisse verfügen, die für die Konkursabwicklung nutzbar gemacht werden müssen. In dieser Beziehung wird ein zweckmäßig zusammengesetzter Gläubigerausschuss stets Gutes wirken können. Es ist also — und dies soll ausdrücklich betont werden — keineswegs beabsichtigt, die Gläubiger auszuschalten; vielmehr sollen lediglich an Stelle der bisherigen entscheidenden Tätigkeit — denn die Konkursverwaltung ist an die Gläubigerbeschlüsse gebunden — mehr begutachtende und kontrollierende Funktionen treten; auch wird für wichtige Verwaltungshandlungen die Genehmigung der Gläubigerversammlung oder doch zum mindesten des Gläubigerausschusses vorzubehalten sein. Welche Befugnisse der Gläubigerversammlung und dem Gläubigerausschusse im einzelnen einzuräumen sind, braucht heute noch nicht entschieden zu werden, handelt es sich doch vorerst nur darum, sich über das Prinzip schlüssig zu machen¹⁸¹⁾.

¹⁸⁰⁾ Vgl. Konkursnovelle vom 1. August 1930 Art. 6. Danach wird zwar der Gläubigerausschuss beibehalten, jedoch die Gläubigerversammlung eliminiert: „L'esperienza ha dimostrato che questa adunanza, quasi sempre tumultuosa ed inorganica, non è mai concludente e talvolta riesce di turbamento per lo sviluppo successivo del fallimento, quando si eleggono delegazioni partigiane mediante maggioranze fittizie create dal fallito, con l'inserire nel bilancio crediti simulati ed inesistenti“ (Relazione ministeriale, Riv. dir. com. Bd. 28 I S. 223). Der Gläubigerausschuss wird vom giudice delegato bestellt; unter bestimmten Voraussetzungen kann auch vom Gläubigerausschuss Umgang genommen werden; vgl. im einzelnen Dölle, I. c. S. 26 ff.

¹⁸¹⁾ Das deutsche Recht sieht eine Gläubigerversammlung und (fakultativ) einen Gläubigerausschuss vor (über die Kompeten-

3. Wird gemäss diesen Vorschlägen der Einfluss der Gläubiger zurückgedrängt und dementsprechend die Stellung der Konkursverwaltung, d. h. nach dem sub Ziff. 1 Gesagten des Konkursamts gestärkt, indem es nunmehr die Konkursverwaltung zu führen hat, so muss hiegegen ein gewisses Gegengewicht geschaffen werden. Dies ist in andern Staaten, welche die Gläubigerautonomie abgebaut oder sie von vorneherein nur in beschränktem Umfange gekannt haben, in der Weise geschehen, dass dem Gerichte ein mehr oder weniger grosser Einfluss auf das Verfahren zugebilligt wird, wobei zum mindesten einzelne Befugnisse des Gerichts einem Mitgliede desselben delegiert werden¹⁸²⁾). Die italienische Konkursnovelle

zen vgl. im einzelnen Seuffert, Konkursprozessrecht S. 311 ff.; E. Jäger, Lehrbuch S. 75 ff.). Dasselbe gilt für das österreichische Recht, vgl. KO §§ 88 ff.; Bartsch und Pollak, Bd. I S. 496, 547 ff. Nach dem französischen Rechte sind die Gläubiger in der Gläubigerversammlung organisiert (Lyon-Caen, Bd. VII S. 510 ff.); die Gläubiger können zur Überwachung der Konkursverwaltung contrôleurs bestellen (Lyon-Caen, l. c. S. 497 ff.). Allen diesen Rechten ist gemeinsam, dass die Kompetenzen der Gläubigerversammlung erheblich weniger weit gehen als bei uns.

¹⁸²⁾ Deutschland: Nach der KO greift das Konkursgericht insofern in das Verfahren ein, als es den Konkursverwalter ernennt und überwacht, bzw. falls die Gläubiger statt des Ernannten eine andere Person wählen, diese Ernennung versagen kann (KO §§ 78 ff., 110); ferner setzt es die Vergütung des Verwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses fest (§§ 85, 91); es kann auch einen vorläufigen Gläubigerausschuss bestellen (§ 87). Ausserdem liegt ihm die Einberufung und Leitung der Gläubigerversammlung (§§ 93 ff.) sowie die Beurkundung des Ergebnisses der Forderungsprüfung zu (§ 145). Endlich trifft es die Anordnungen für die Hinterlegung der bei der Verteilung zurückzuhaltenden und der nicht erhobenen Beträge (§ 169). — Österreich: Das Konkursgericht ist in erster Linie zur Überwachung des Konkurskommissärs berufen (KO § 79); es hat ferner den Gläubigerausschuss zu bestätigen (§ 88 Abs. 5). Sodann kann es insofern unmittelbar im Verfahren tätig werden, als es befugt ist, die Ausführung eines Beschlusses des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung zu untersagen, wenn er dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht; in

geht sogar so weit, dass sie den giudice delegato zum eigentlichen Leiter des Verfahrens erhebt und der Konkursverwalter lediglich als dessen Hilfsorgan erscheint¹⁸³⁾. Andernorts dagegen liegt dem Konkursgerichte bzw. dem von diesem delegierten Richter sei es die Oberleitung, sei es die Überwachung des einzelnen Verfahrens ob¹⁸⁴⁾. Für unsere Verhältnisse kommt selbstverständlich das Konkursgericht als hiefür zuständige Stelle nicht in Betracht, vielmehr sind diese Funktionen bei der gegenwärtigen Organisation der Aufsichtsbehörde bzw. einem von dieser im einzelnen Falle zu bezeichnenden Mitgliede

dringenden Fällen kann es sogar zur Hintanhaltung eines offensichtlichen Nachteils den Beschluss der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses durch eine andere Verfügung ersetzen (§ 95 Abs. 3). Endlich hat es in dringenden Fällen die Vornahme der in den §§ 116 und 117 genannten Rechtshandlungen und besonders wichtiger Geschäfte zu bewilligen (§ 118). Sehr bedeutsam ist die Aufgabe des Konkurskommissärs. In jedem Konkursfalle hat nämlich das Konkursgericht einen Richter zum Konkurskommissär zu bestellen. Dieser hat als Einzelrichter das Konkursverfahren zu leiten und die Tätigkeit der mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen zu überwachen (§ 79). Solange ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist, hat er dessen Obliegenheiten (§ 90); er kann die Ausführung der Beschlüsse des Gläubigerausschusses untersagen, bis die Gläubigerversammlung über den Gegenstand Beschluss gefasst hat (§ 95 Abs. 2); in dringenden Fällen ist er befugt, an Stelle des Gläubigerausschusses die Fortführung oder Schliessung des Geschäfts des Gemeinschuldners, die freiwillige Veräußerung von beweglichen Sachen, die gerichtliche Geltendmachung von Forderungen zu gestatten, deren Einbringlichkeit zweifelhaft ist (§ 115); endlich hat er einzelnen Rechtshandlungen des Masseverwalters seine Genehmigung zu erteilen (§§ 117, 119). — Frankreich: Vergleiche über einen Wert von mehr als 300 Fr. bedürfen der Genehmigung des Zivil- oder Handelgerichts, je nachdem sie sich auf Immobilien oder Mobilien beziehen (Ccom Art. 487). Sodann hat das Konkursgericht für jeden Konkurs eines seiner Mitglieder als juge commissaire zu bestellen, dem es obliegt, „d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la faillite“ (Ccom Art. 451/54).

¹⁸³⁾ Novelle Art. 4 und dazu Dölle, l. c. S. 15 ff.

¹⁸⁴⁾ Vgl. N. 182.

(oder dem Gerichtsschreiber) zuzuweisen. Werden die oben (S. 280a ff.) in Ansehung der Behördenorganisation entwickelten Vorschläge gebilligt, so sind diese Aufgaben dem Betreibungs- und Konkursgerichte zu übertragen. Die Schaffung eines solchen, sei es zur Oberleitung, sei es zur Überwachung des Verfahrens berufenen Organs wäre sehr zu begrüßen, könnte doch auf diese Weise der Einfluss des Staates auf das Verfahren gestärkt und derart ein intensiverer Schutz der Interessen der Allgemeinheit gewährleistet werden. Die Frage, wie die Stellung der Aufsichtsbehörde und des von ihr zu delegierenden Mitglieds im einzelnen zu gestalten ist, kann heute ebenfalls noch offen bleiben, hängt deren Beantwortung doch ganz wesentlich davon ab, wie die Rechte und Pflichten der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses umschrieben werden. Je stärker die Rechte der Gläubiger beschnitten werden, um so ausgedehntere Befugnisse müssen der Aufsichtsbehörde oder dem Delegierten derselben eingeräumt werden.

III. Bei der Erörterung des Konkursverfahrens muss auch zu einem Postulate Stellung genommen werden, das derzeit in Deutschland eifrig diskutiert wird. Soll die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen als Verwirkungsfrist ausgestaltet werden?¹⁸⁵⁾ Nach dem geltenden Rechte können bekanntlich verspätete Konkuseingaben bis zum Schluss des Konkursverfahrens angebracht werden, wobei indes der Gläubiger auf Abschlagszahlungen, die vor der Anmeldung stattgefunden haben, keinen Anspruch hat (Art. 251). Es ist nicht zu bestreiten, dass die verspäteten Forderungsanmeldungen die Ab-

¹⁸⁵⁾ Vgl. E. Jäger, Wiener-Festschrift S. 73; Schumann, Reform des Konkursverfahrens, Prot. des Wiener Gläubigerschutzkongresses S. 69; Eingabe des Verb. der Vereine Creditreform an das Reichsjustizministerium betr. die Beschleunigung des Konkursverfahrens S. 3 f., ferner Zernik, Konkurs- und Treuhandwesen Bd. 1 S. 185; Mook, ebenda S. 83 f.; Schumann, ebenda Bd. 2 S. 173; Classen, ebenda S. 190; Eingabe der Industrie- und Handelskammer von Köln, ebenda S. 27.

wicklung des Verfahrens verzögern und auch komplizieren, muss doch über diese Eingaben eine Kollokationsverfügung erlassen werden, die unter Umständen zu einem Prozesse führt. Daher haben die erwähnten Vorschläge auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Indes liesse sich die Regel, wonach die Unterlassung der rechtzeitigen Anmeldung Verwirkungsfolgen hat, nicht ohne Ausnahmen durchführen; es müsste, sollen unerträgliche Härten vermieden werden, die Möglichkeit einer Restitution vorgesehen werden. Damit erledigt sich indes der Vorschlag, die Eingabefrist als peremptorische Frist auszugestalten, von selbst; denn seine Verwirklichung hätte statt einer Vereinfachung eine Komplizierung des Verfahrens zur Folge, ginge doch danach praktisch in der Regel der Nachtragskollokation ein Restitutionsverfahren voran. Somit würde der Vorschlag gerade das Gegenteil dessen herbeiführen, was er erzielen will.

IV. Endlich stellen sich auch für das Konkursverfahren, freilich unter einem etwas anderen Gesichtswinkel, die Fragen, die oben (S. 346a ff.) für die Einzelvollstreckung erörtert worden sind.

1. Die erste dieser Fragen bezieht sich auf das Tempo des Verfahrens. Wie überall, so wird auch bei uns über die allzulange Dauer der Konkurse geklagt. Ob diese Klagen durchwegs begründet sind, insbesondere ob der in der Tat oft schleppende Gang der Liquidation auf das Konto der Konkursgesetzgebung gesetzt werden darf, steht freilich auf einem andern Blatte. Eine gewisse Beschleunigung wird sich zweifellos erzielen lassen infolge des vorgeschlagenen Abbaus der Gläubigerautonomie, verbunden mit der von Grund auf veränderten Stellung, die der Aufsichtsbehörde im Konkursverfahren zugeschrieben ist; denn danach wird sie, mehr als es derzeit geschieht, auch für eine beförderliche Abwicklung des Verfahrens zu sorgen haben. Im übrigen dagegen kann von einer Änderung des Konkursrechts für die Beschleunigung der Konkurerledigung kaum viel erwartet werden. Dies

erklärt sich ohne weiteres daraus, dass der Gang der Konkursliquidation grösstenteils durch Umstände bestimmt wird, die ausserhalb des Bereichs der Konkursgesetzgebung liegen; nämlich einerseits durch den Umfang und die Realisierbarkeit der Passivmasse, andererseits dadurch, ob langwierige Prozesse geführt werden müssen oder nicht. Die Dauer dieser Prozesse, welche die wesentliche Quelle der Konkursverschleppung bilden, kann durch die Konkursordnung nicht abgekürzt werden. Und nicht zuletzt ist natürlich auch die Person des Konkursverwalters von grösster Bedeutung; gerade hier kann aber die Konkursgesetzgebung nichts ausrichten; denn es wird immer speditive Beamte sowohl als Beamte geben, die sich nur nach langer Überlegung zu einem Entschlusse durchringen können. Übrigens lassen sich die Nachteile einer durch Prozesse und andere Inzidente verschleppten Konkurerledigung dadurch erträglich gestalten, dass man die Mühe nicht scheut, Abschlagsverteilungen vorzunehmen.

2. Eine Vereinfachung des Konkursverfahrens durch Verminderung der Inzidente (Kollokationsprozesse, Aussonderungs- und Anfechtungsprozesse) ist nicht möglich. Dabei soll jedoch die Frage, ob nicht das Kollokationsverfahren und insbesondere das Recht der paulianischen Anfechtung einer inhaltlichen Neugestaltung bedürfen, weil ausserhalb des Problems der Vereinfachung des Verfahrens liegend, ausdrücklich offen gelassen werden.

Eine Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse dieses Referats führt zu folgenden

Thesen:

S. 246a ff.	I. Das geltende Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ist der Revision bedürftig.
S. 259a ff.	II. Aus dem Gesichtspunkte der Gesetzestechnik betrachtet, besteht die Aufgabe des Gesetzgebers in der Schaffung einer systematisch aufgebauten neuen Ordnung der Schuldbetreibung und des Konkurses. Dabei empfiehlt es sich:

1. in das Gesetz selbst, soweit tunlich, nur diejenigen Rechtssätze aufzunehmen, die für die am Verfahren Beteiligten von Bedeutung sind, und zwar in einer klaren und einfachen, das Prinzipielle hervorhebenden Formulierung;

2. die vollstreckungstechnischen Detailvorschriften in Ausführungserlasse zu verweisen, die dem Ermessen des Beamten den nötigen Spielraum gewähren.

III. Bei der Ausarbeitung eines neuen SchKG ist den Wechselbeziehungen zwischen dem materiellen und dem Verfahrensrecht grösste Aufmerksamkeit zu schenken. Namentlich ist erforderlich: S. 264a ff.

1. die sorgfältige Anpassung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen an das materielle Privatrecht;

2. eine systematische und abschliessende Ordnung der materiellen Wirkungen der Vollstreckung, insbesondere des materiellen Konkursrechts.

IV. Die aus dem Nebeneinanderbestehen des eidg. S. 270a ff.
Vollstreckungsrechts und des kantonalen Zivil-
prozessrechts entstehenden Schwierigkeiten können
gemildert werden:

1. durch eine bundesrechtliche Ordnung der Gerichts- S. 272a ff.
stände für die vollstreckungsrechtlichen Prozesse;

2. durch eine bundesrechtliche Bestimmung des In- S. 275a ff.
halts, dass Eingaben (Klagen, Beschwerden usw.), die aus
Versehen an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet sind,
als schon in dem Zeitpunkte bei der richtigen Behörde
eingegangen gelten, in dem sie der andern Stelle eingehän-
digt oder für dieselbe der Post übergeben wurden, wobei
die Weiterbeförderung an die zuständige Stelle von Amtes
wegen stattfindet.

V. Hinsichtlich der Behördenorganisation und
des Verfahrens im allgemeinen erscheint als
wünschbar:

1. Die Behördenorganisation ist dahin abzu- S. 277a ff.
ändern, dass

a) die Kompetenzen, die heute der Aufsichtsbehörde, S. 280a ff.
dem Rechtsöffnungsrichter, dem Konkursrichter und der

Nachlassbehörde zustehen, in der Hand einer Behörde, und zwar zweckmässigerweise des Zivilgerichts erster Instanz vereinigt werden, das derart die Stellung eines „Betreibungs- und Konkursgerichts“ erhält,

S. 282a ff. b) alle Entscheidungen des Betreibungs- und Konkursgerichts wegen Gesetzesverletzung an das Bundesgericht weitergezogen werden können unter Ausschaltung einer zweiten kantonalen Instanz.

S. 285a ff. 2. Das Einleitungsverfahren lässt sich im Falle der Annahme dieser organisatorischen Vorschläge in der Weise vereinfachen, dass

a) der Betriebene alle Einwendungen gegen die Betreibung auf dem Wege des (unmotivierten) Rechtsvorschlags geltend zu machen hat,

b) der Gläubiger, falls Recht vorgeschlagen wurde, beim Betreibungs- und Konkursgericht die Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangen kann,

c) das Betreibungs- und Konkursgericht auf Grund einer mündlichen, kontradiktiorischen Verhandlung über sämtliche Einwendungen des Betriebenen entscheidet.

S. 289a ff. 3. Zum Zwecke der Vereinfachung des Verfahrens überhaupt sollte:

a) in das Gesetz eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach die Vollstreckungsbehörden befugt sind, von den Beteiligten die notwendigen Aufschlüsse zu verlangen und sie der Anordnung einer Verfügung vorgängig unter Angabe des Inhalts derselben zur Abgabe von Erklärungen aufzufordern, mit der Rechtsfolge, dass die Unterlassung der Erklärung als Zustimmung zu den als beabsichtigt mitgeteilten Massnahmen gilt,

b) dem Grundsatze der Mündlichkeit mehr Raum gegeben werden als im geltenden Rechte.

S. 292a ff. VI. Das Vollstreckungssystem kann vereinfacht und verbessert werden durch die Abschaffung der Gruppenpfändung und die Beseitigung der verschiedenen vollstreckungsrechtlichen Behandlung der im Handelsregister eingetragenen und der nicht eingetragenen Schuldner.

Das Vollstreckungssystem ist daher in der Weise zu gestalten, dass

1. die Zahlungsunfähigkeit (und bei juristischen Personen auch die Überschuldung) als allgemeiner materieller Konkursgrund anerkannt wird; S. 296a ff.
2. jeder Gläubiger gegenüber jedem Schuldner unter Glaubhaftmachung seiner Forderung und des Konkursgrunds ohne vorgängige Betreibung die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen kann; S. 300a ff.
3. solange der Konkursgrund nicht verwirklicht ist, jeder Schuldner auf dem Wege der Einzelvollstreckung betrieben wird. S. 318a ff.

Werden diese Vorschläge angenommen, so kann im Pfändungsverfahren das Gruppensystem durch das Präventionsprinzip ersetzt werden. S. 308a ff.

VII. Die Einzelvollstreckung lässt sich nach folgenden Richtungen verbessern: S. 322a ff.

1. Das System der Einzelvollstreckung ist statt nach der Natur der Forderung (Kurrentforderung oder Pfandforderung) nach der Beschaffenheit des Vollstreckungssubstrats aufzubauen. Daraus ergibt sich: S. 323a ff.

a) die Einzelvollstreckung wird in drei Verfahrensformen gegliedert (Vollstreckung in bewegliche Sachen, Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Vollstreckung in Forderungen und andere Rechte).

b) Ein besonderes Vollstreckungsverfahren für Pfandforderungen (Betreibung auf Pfandverwertung) ist entbehrlich.

2. Hinsichtlich der einzelnen Verfahrensformen sind folgende Änderungen wünschbar: S. 333a ff.

a) Die Verwertung beweglicher Sachen ist durch Abschaffung der 1. Steigerung zu vereinfachen; gleichzeitig soll die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger vorgesehen werden. S. 334a ff.

b) Die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist in den Formen der Zwangsverwertung und der Zwangsverwaltung auszugestalten. Die Zwangsverwertung sollte S. 336a ff.

dahin modifiziert werden, dass die 1. Steigerung wegfällt, die surenchère vorgesehen und der Verkauf aus freier Hand als zulässig erklärt wird.

S. 340a ff. c) Die Vollstreckung in Forderungen bedarf im Interesse der Ergiebigkeit des Verfahrens der Ergänzung durch eine Bestimmung des Inhalts, dass der Drittschuldner verpflichtet ist, sich darüber zu erklären, ob er die gepfändete Forderung anerkenne oder bestreite.

S. 346a ff. 3. Die Fristen der Einzelvollstreckung sind erheblich zu kürzen.

S. 354a ff. 4. Das Widerspruchsverfahren ist der Beschaffenheit des Vollstreckungssubstrats anzupassen. In der Mobiliarexekution ist das Verfahren gemäss SchKG Art. 109 dadurch zu eliminieren, dass in dem Falle, wo eine Sache sich im Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befindet, statt der Sache der Anspruch auf Herausgabe derselben gepfändet wird.

S. 358a ff. VIII. Das Konkursverfahren würde gewinnen, wenn folgende Postulate verwirklicht werden könnten:

S. 360a f. 1. Abschaffung der ausseramtlichen Konkursverwaltungen.

S. 361a ff. 2. Erhebliche Einschränkung der sog. Gläubigerautonomie.

S. 315a f. 3. Gewährung des Armenrechts an Konkursmassen, welche die zur Führung von Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozessen erforderlichen Kosten nicht aufbringen können.

S. 364a ff. 4. Intensivere Wahrung des öffentlichen Interesses in der Weise, dass ein delegierter Richter des Betreibungs- und Konkursgerichts mit der Oberleitung und Überwachung des einzelnen Konkurses beauftragt wird.
