

Werk

Titel: Ueber die Elemente des Concurs-Processes und die Eröffnung desselben von Amtswege...

Autor: Lotz

Ort: Heidelberg

Jahr: 1820

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1820_0003|log10

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

Erde hervorquillt oder in demjenigen seines Nachbarn u., von woher es dem Seinigen mitgetheilt wird, und das Wasser sich nach dem Keller des E. hin-verbreitet; — so kann der Letztere weder von seinem nächsten, noch von seinem entfernten Nachbar begehren, daß er das Wasser von dort weg schaffe, sondern er muß dies Ungemach so gut ertragen, wie jedes andre, was in der natürlichen Beschaffenheit des Bodens oder der Lage seines Grundstücks gegründet ist. Er muß sich davon zu befreien suchen, so gut er kann, nämlich es, wenn es auf seinem Gebiet angekommen ist, selbst forrschaffen — oder sich von seinem Nachbarn eine Servitus bestellen lassen, vermöge deren dieser dulden soll, daß jener auf sein Gebiet kommen oder eine Anstalt daselbst haben dürfe, um das Wasser von dort wegzuschaffen.

Eine Ausnahme würde vielleicht dann zu machen seyn, wenn sich beweisen oder ausmitteln ließe, daß durch Ansgräbung des Kellers das Wasser dorthin geleitet sei und selbiges außerdem diesen Gang nicht genommen haben würde; — was aber, da das Erdreich meistens von der Art ist, daß es Wasser durchläßt, wenigstens nicht wahrscheinlich ist. Vielmehr scheint umgekehrt wahrscheinlich zu seyn, daß durch den dadurch bewirkten leeren Raum jene Last für den Nachbar verringert worden.

VI.

Ueber die Elemente des Concurs-Proesses und • die Eröffnung desselben von Amts wegen.

Vom
Regierungsrathe Loh, zu Coburg.

Unter den Lebren, worüber unsere Processtheorien und Processgesetzgebungen noch nicht ganz im Klaren sind, verdient gewiß die Lehre von der Eröffnung des Concurs-Proesses nicht die letzte Stelle. Nach der gewöhnlichen Darstellung geht der Concurs-Prozeß hervor, entweder 1) aus einer Erklärung des

Gemeinschuldners, daß seine Habe zu Befriedigung aller seiner Gläubiger nicht hinreiche, ihm wenigstens nicht auszureichend scheine, und verbunden mit einer Ueberlassung seines Vermögens an seine Gläubiger; oder 2) aus einem Erkenntniß des Richters, daß jene Unzulänglichkeit ausspricht und den Gläubigern die gesamme Habe ihres Schuldners zur geschmäßigen Vertheilung unter sich anweist. Dieses Erkenntniß des Richters ruht aber nach der gewöhnlichen Darstellung auf einer gedoppelten Vorbedingung. Entweder a) sind es die Gläubiger, auf deren Anträge es erfolgt, oder b) es spricht sich in ihm ein Act der Thätigkeit des Richters von Amtswegen aus. Vorzüglich bei dem letzten Puncte scheinen mir nun unsere Prozeßtheorie und Gesetzesgebung noch die Berichtigung zu verdienen, der die gegenwärtige Betrachtung haupsächlich gewidmet ist.

Die Hauptidee, welche bei dem Concurs-Prozeß, er mag veranlaßt worden seyn durch eine Güterabtretung von Seiten des Gemeinschuldners, oder durch ein richterliches Erkenntniß, in einem Falle wie in dem Andern, zum Grunde liegt, — diese Hauptidee ist meiner Ansicht nach doch immer nur die: „ein Verfahren vorzustellen, das auf der einen Seite die richtige und geschmäßige Vertheilung der Habe des Gemeinschuldners unter die wider ihn aufgetretenen Gläubiger fordert, auf der andern Seite aber jedem Gläubiger Sicherheit gewähren möge, gegen die Gefahr, daßjenige, was ihm von der Habe des gemeinsamen Schuldners auf seine Forderung geworden seyn mag, von andern, vielleicht mehr oder gleich berechtigten, Gläubigern in Anspruch genommen zu seien.“ Diese Hauptidee und deren konsequente Verfolgung aber heißt offenbar weiter nichts, als daß der Richter bei der Eröffnung eines jeden Concurses den sämmtlichen Gläubigern des Gemeinschuldners Anlaß und Gelegenheit gebe, ihre Ansprüche auf die Habe des gemeinsamen Schuldners, der Vorschrift der Gesetze und dem Gange der Ordnung gemäß, gerichtlich betreiben zu können. Keineswegs aber erfordert die Verfolgung jener Hauptidee, daß unmittelbare und selbstthätige Eingreifen des Richters in die Rechte und die

Freiheit der Gläubiger, das im Wesen des Concurs.-Proceses, nach der gewöhnlichen Darstellung desselben, sich als einen auffallenden characteristischen Bestandtheil der richterlichen Thätigkeit offenbart. Um jene Hauptidee zu verfolgen, muss nun zwar der Richter in jedem Concurs.-Processe, er mag aus dem einen vorbereitenden und ihn bedingenden Acte hervorgegangen seyn, oder aus dem andern, die gesamte Habe des gemeinen Schuldners in gerichtliche Obhut nehmen, und den Gläubigern erhalten, was sich ihnen nur immer erhalten lässt; darum muss er ferner alle und jede, die auf diese Habe oder auf einen Theil derselben Ansprüche zu haben sich berechtigt halten, zu gerichtlichen Darlegung und Verfolgung dieser Ansprüche auffordern, und die zu dem Ende im Concurs.-Processe üblichen Edictalien erlassen; und haben sich die Gläubiger gemeldet, und ihre Ansprüche nachgewiesen, die vorhandene Habe selbst, nach der Wesenheit dieser Ansprüche und der gesetzlichen Rangordnung derselben, unter jene vertheilen. Allein mehr als dies zu thun, liegt außerhalb der Sphäre der richterlichen Gewalt, und kommt dem Richter auf keinen Fall zu, wenn er die Gränzen seiner Amtsbeugnisse nicht auffallend überschreiten will. Auf jeden Fall liegt es unter allen Umständen ganz und gar nicht innerhalb des Kreises der richterlichen Befugnisse, irgend einen Gläubiger zur Verfolgung seiner Ansprüche gegen den gemeinen Schuldner und die Concursmasse dann nöthigen zu wollen, wenn der Gläubiger es vielleicht für gerathener finden sollte, mit seinen Ansprüchen lieber zurückzubleiben, und seine Forderung entweder stillschweigend ganz und gar aufzugeben, oder einen Zeitpunkt abzupassen, wo er auf eine leichtere, zuverlässigere und vollständigere Art zu dem gelangen zu können hofft, dessen Erlangung ihm die Lage des Concurs.-Processes problematisch machen mag.¹⁾ Nichts aber, als eine solche Nöthigung, spricht sich in der letzten Analyse in der Eröffnung des Concurs.-Pro-

1) Man vergl. von Trutschler, die Lehre von der Præclusion bei entstandenen Concursen der Gläubiger (2te Aufl.) S. 15.

cessus aus, wenn sie der Richter von Amtswegen versügt, und jede solche Eröffnung ist daher, meiner Absicht nach, nicht nur eine an sich unzulässige, sondern sogar, genau betrachtet, selbst eine widerrechtliche Handlung des Richters. Soll dieser Vorwurf die richterliche Thätigkeit bei Eröffnung des Concurs-Proesses nicht treffen, so kann die Eröffnung dieses Verfahrens nur in den beiden Fällen eintreten, wenn entweder der Gemeinschuldner seine Habe seinen Gläubigern abgetreten hat, oder diese auf Eröffnung des Concurs-Proesses angetragen haben; eine Eröffnung des Concurs-Proesses von Amtswegen aber giebt es nicht. Zwar meint man ein solches Einschreiten des Richters von Amtswegen durch die Bemerkung rechtfertigen zu können: der richterlichen Gewalt schon an sich betrachtet liege es ob, bei einem überschuldeten Vermögen jedem Gläubiger nur so viel zuzusprechen, als die Coexistenz der übrigen Gläubiger verstatet²⁾. Man meint die gewöhnlichen Mittel, wodurch ein Schuldner zur Bezahlung seiner Gläubiger angehalten werden könne, sieden weg, sobald mehrere Gläubiger entweder schon da sind, oder Kenntniß derselben dem Richter beiwohnt, und die Insolvenz des Schuldners dem Richter bekannt wird. Man glaubt, in einem solchen Falle dürfe der Richter weder mehr Zahlungsbefehle erlassen, noch Auspändungen vornehmen, noch endlich zu einer particularen Immision schreiten. Fa man geht sogar zu der Behauptung über: thue der Richter dieses destoweniger, so mache er sich den Gläubigern verantwortlich, und diese könnten auf Vernichtung dieses ihnen wohlverworbenen Rechten nachtheiligen Verfahrens antragen; denn in dem Augenblicke, wo es sich zeigt, daß das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger ausreicht, erhalten diese — nach dem gewöhnlichen Raisonnement — ein wohlverwertes Recht, daraus, mit Hinsicht auf die in den

2) Danz Grundsätze der summarischen Proesse vermehrt und zum Theil umgearbeitet von Göttsche S. 219.

Gesetzen angeordneten Vorzüge ihrer Forderungen, befriedigt zu werden; und dieses Recht, meint man, dürfe am allerwenigsten von dem Richter außer Augen gesetzt werden³⁾. Indes die Unzulänglichkeit dieses Raisonnements dringt sich wohl von selbst auf, wenn man sich die Mühe nimmt, es etwas genauer zu prüfen, als dieses gewöhnlich geschieht. Die Pflichten, die man dem Richter hier auflegt, liegen offenbar nicht in dem Kreise seiner Verpflichtungen. Er ist zwar vermöge seines Amtes dazu instruiert, jedem zu seinem Rechte, und also auch jedem Gläubiger zu seiner Rechtsforderung zu verhelfen, der seine Hülfe dessfalls anspricht; allein zu einem Garanten des allgemeinen Kredits und der Rechtsansprüche, die Bürger an Bürger machen mögen, — zu dem diese Darstellung der Concursproceßtheorie den Richter macht; — dazu kann ihn wohl Niemand machen, der den eigenhümlichen Charakter aller richterlichen Thätigkeit nicht ganz unbeachtet lassen und vernichten will. Unsere Privatrechts-Gesetzgebung ruht durchaus nicht auf der Idee, daß der Richter der Garant aller Ansprüche seyn solle, die Bürger an Bürgern zuständig seyn mögen; sie ruht vielmehr auf der ganz entgegengesetzten Maxime; jedem liegt es ob, sich seine Ansprüche an Andere durch eigene Thätigkeit zu wahren, oder, wie unsere Juristen diese Idee gewöhnlich auszudrücken pflegen, auf der Maxime: *vigilantibus jurā sunt scripta*. Wohin würde es auch führen, wollte man das oben angegebene Raisonnement in seiner möglichst strengen und Consequenz verfolgen, und durchführen? würde nicht wohl in hundert Fällen neunzig Maal der Arm des Richters durchaus gelähmt seyn, bei der Vollstreckung seiner Erkenntnisse, sollte der Richter bei jeder Hulfsvollstreckung mit der Umsicht, die man in dem angegebenen Raisonnement von ihm fordert, sich die Frage vorlegen müssen: wird die Vollstreckung des Er-

3) M. vgl. Dablos' ausführliche Entwicklung d. Lehre vom Concuse der Gläubiger S. 517.

Archiv f. d. Civ. Prax. III. B. I. 5.

kenntnisses nicht diesen oder jenen beeinträchtigen, der vielleicht ähnliche Ansprüche an den Schuldner zu machen hat, wie die des Gläubigers seyn mögen, der jetzt grade auf die Execution dringe? So menschenfreundlich es auch klingen mag, den Richter zum Garanten des allgemeinen Credits zu machen, so irrig ist diese Lehre. Mag es auch seyn, daß der Richter jedem Gläubiger des überschuldeten Gemeinschuldners nur so viel zusprechen kann, als die Coequitatem der übrigen im Concurse aufgetretenen Gläubiger gestattet. Auf keinen Fall läßt es sich doch rechtserfüllen, im Falle der erscheinenden Unvermeidlichkeit der Eröffnung des Concurses den Richter gleichsam zum Depositär des Gemeinwillens aller Gläubiger eines Schuldners zu machen, und ihm schon von Amtswegen die Verbindlichkeit aufzuerlegen, nur so lange in Realisirung einzelner Ansprüche vorzuschreiten, als er nicht besorgen darf, hierdurch andern Gläubigern zu schaden⁴⁾; eine solche Attributio ist selbst in diesem Falle dem Richteramte nicht minder fremd, als dem Geiste unserer ganzen Gesetzgebung.

Nicht als Garant des allgemeinen Credits, nicht als offizieller Fürsorger für die Ansprüche, welche Bürgern an Bürger zuständig seyn mögen, erscheint der Richter, selbst da, wo er die Gläubiger eines Schuldners, der sich für zahlungsunfähig erklärt und seine Habe seinen Gläubigern abgetreten hat, mittelst der in diesen Fällen nöthigen Edicitalladung zur Angabe und zum Nachweis ihrer Forderungen aufruft. Dieser Aufruf geht aus ganz andern Elementen und Bedingungen hervor, als aus der angedeuteten Garantie. Die Notwendigkeit des Aufrufs geht hervor aus der Unbekanntheit des Richters mit dem Umfange der Schulden, die ein solcher Schuldner haben mag; aus der Unzuverlässigkeit der Angaben des Schuldners; aus der Schwierigkeit und Unsicherheit des Vertrauens auf diese Anga-

4) Dies ist die Gründidee, auf welche von Gönner seine Concurzprocesstheorie baut. Mr. vgl. dessen Handbuch des germanischen Processes. Erste Aufl. B. I. S. 555.

hen; und aus der Verbindlichkeit des Richters, zu seiner eigenen Sicherheit und Deckung den Individuen nachzuforschen, denen er die Habe des Schuldners ausantworten soll.

Nicht um der Gläubiger willen, nicht dazu, daß jeder von diesen erhalte, was ihm nach der Vorschrift der Gesetze von der Habe des gemeinen Schuldners gebühren mag, nicht um deswillen erläßt der Richter in dem angedeuteten Falle die Edictalladungen, und eröffnet damit den Concurs, sondern die Edictalladungen werden in diesem Falle erlassen zu seiner eigenen Sicherheit, damit das vom gemeinen Schuldner ihm anvertraute Gut demjenigen zukomme, welchem es der gemeine Schuldner eigentlich abgetreten hat; damit es nicht komme in fremde unberechtigte Hände, und der Richter nicht in Anspruch genommen werde von ihm unbekannten Gläubigern welche er vielleicht bei seiner Vertheilung der Masse übergangen haben mag; denn keine Frage ist es wohl, der Richter würde jedem bei der Vertheilung übergangenen Gläubiger verantwortlich seyn, wollte er bei der Vertheilung nicht mit der möglichsten Umsicht verfahren, und hätte er durch die in diesem Falle zu erlassenden Edictalien nicht alle aufgefordert, sich mit ihrer Forderung bei ihm zu melden.

Aber was der Richter zu thun hat, um gegen etwaige Ansprüche unbekannter Gläubiger in dem eben angedeuteten Falle sicher zu seyn, dasselbe liegt dem Gläubiger ob, der aus der Habe seines verschuldeten Schuldners mit Sicherheit zu seiner Befriedigung zu gelangen wünscht; denn nie zu denken ist an irgend eine Sicherheit des Gläubigers, der in irgend einen Theil oder in die ganze Habe seines Schuldners auf den Grund eines richterlichen Erkenntnisses eingesetzt wurde, so lange er sich noch nicht vergewissert hat, daß nicht noch andere Gläubiger vorhanden sind, die gleich gegründete, oder noch vorzüglichere, Ansprüche auf das Gut haben mögen, das man ihm zu seiner Befriedigung zugethieft haben mag⁵⁾; und dennoch kann

5) M. vergl. mit dieser Andeutung von Krühschler a. a. D. S. 9. folg.

es einem nicht ganz unverständigen Gläubiger zuverlässig nicht blos nur darum zu thun seyn, von seinem Schuldner eine nur blos provisorische Befriedigung zu erhalten, und es dem guten Glücke zu überlassen, ob sich nicht noch nach der Execution und nach erfolgter Immision des Gläubigers vielleicht jemand finden mag, der auf den Grund älterer oder mehr begründeter Ansprüche ihm das wieder wegnimmt, was er zu seiner Befriedigung sich oft mühselig und kostspielig genug angeeignet haben mag; sondern wer befriedigt seyn will, will immer in der Regel definitiv befriedigt seyn, und das alle gegen einen Schuldner in einem Concursprocesse aufgetretenen Gläubiger hier ihre definitive Befriedigung erhalten, ist der Endzweck des ganzen Concursverfahrens, seiner ganzen Institution nach in allen Stadien seines Ganges⁶⁾.

Festt man aber den angedeuteten Gesichtspunct ins Auge, so wird man wohl mit mir die Ueberzeugungtheilen müssen, der ganze Concursproces, so wie er sich bei unsren deutschen Gerichtshöfen im Laufe der Zeit ausgebildet, ruht auf keinen andern Elementen, als nur auf denjenigen, auf welchen die Aufforderung zum Klagen überhaupt ruht. In seiner Einleitung überhaupt spricht sich nichts weiter aus, als eine eigene Art des Provocationsprocesses⁷⁾, abzweckend, bei der von dem gemeinen Schuldner geschickten Ankündigung seiner Zah-

6) Angedeutet habe ich diese Idee bereits in meiner Recension von G d n n e r's Entwurf des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten in der Jenaischen A. L. Z. 1818. nr. 136.

7) M. vergl. mit dem hier gesagten L. 10. Cod. de bonis auctor. jud. possid. Für die dort von Justinian ausgesprochene Beschränkung der Theilnahmebefugnisse der erst noch Immision eines Gläubigers aufgetretenen Gläubiger des gemeinen Schuldners wird ausdrücklich der Grund aufgeführt, ut non in perpetuum aliorum negligentia illi, qui pro suis debitibus alacriores debitoribus alius ostenduntur fuisse, praegraventur. Doch war freilich der Weg, den in der angegebenen Sancion Justinian einschlug, nicht ganz der geeignete.

lungsunfähigkeit, und der damit verbundenen Überweisung seiner Habe an seine Gläubiger, auf möglichst sichere und vollständige Vertheilung derselben an seine Gläubiger; bei der Eröffnung desselben auf Betrieb eines oder des andern Gläubigers hingegen, auf Sicherstellung dieses Gläubigers gegen unbekannte Ansprüche anderer, entweder gleich oder mehr berechtigter, Gläubiger. Bloß nur diese Ansicht ist es, die in das ganze Concursproces-Berfahren klaren Sinn, und die nötige feste Haltung und Consequenz zu bringen vermag. Bloß diese stellt den Richter dabei auf den, seinem richtigen und natürlichen Wirkungsbereiche angemessenen Standpunkt; bloß nur diese bringt in die Verhältnisse der aufgetretenen Gläubiger, sowohl unter sich, als in Beziehung auf die Nichtaufgetretenen, die erforderliche Planmäßigkeit und Regelmäßigkeit, und rechtfertigt insbesondere das Präjudiz für die Ausschließung der nicht erscheinenden Gläubiger, welche die Edictalladung stets ankündigt⁸⁾. Dabei erscheint der Richter nie auf eine, seiner eigenthümlichen Weisheit freimde Weise als Stellvertreter und Agent der vor ihm rechtenden Parteien, sondern er bleibt in seiner richterlichen Sphäre. Er erscheint nicht und handelt nicht als Depositarius des allgemeinen Willens der Gläubiger, wozu ihn die vorhin angedeutete irrite Grundidee macht, sondern er erscheint als Richter im eigentlichen Sinne des Worts, als die öffentliche Beyörde, welche die streitigen Ansprüche der aufgetretenen Gläubiger auf das Gemeingut, auf die Habe des Schuldners, bearbeitet und gesetzmäßig entscheidet, und jedem von jenem Gemeingut zuteilt und zuspricht, was ihm davon nach den Bestimmungen des Gesetzes rechlich zukommt. Die einzige Rolle,

8) Nicht mit Grunde tadelt daher Gönner a. a. D. S. 549. die preußische Gesetzgebung, welche in der Allg. G. D. für die preuß. Staaten Thl. I. Tit. 50. §. 2. den Grundsatz feststellt, in Eröffnung des Concursproceses ist ein Urtheil der Gläubiger auf den gerichtlichen Beschlag seiner Haberligkeiten erforderlich.

welche der Richter neben der eigentlichen Uebung seines Richteramts spielt, die aber diesem Amte ganz und gar nicht fremd ist, ist die eines Depositärs der Gütermasse, um deren Vertheilung die Gläubiger unter sich streiten. In dieser Beziehung erscheint er als die, obervormundschafliche Bevörde, und als der Aufseher des etwa angestellten Güterstegers, nicht aber, wie man ihn nach der gewöhnlichen Darstellung ansehen möchte, als der Obervormund der um die Güter streitenden Theile, der auf die erlassene Edictalladung aufgetretenen Gläubiger. Und was den Contradictor betrifft, so spielt dieser bei dieser Darstellung nicht, wie man ihn bei der gewöhnlichen Ansicht etwa anzusehen geneigt seyn möchte, die Rolle des dem erkennenden Richter vorarbeitenden Fastruenten; sondern er bleibt in seinem natürlichen Verhältnisse — in dem des Sachführers der Parteien, der eines Theils den gemeinen Schuldner gegen ungegründete Forderungen einzelner Liquidanten zu vertreten und zu sichern sucht, andern Theils das Interesse der auf die Provocation aufgetretenen Gläubiger gegen diejenigen wahrt, die sich mit rechlich nicht begründeten Forderungen etwa zu drängen möchten, und in den Kreis der Gläubiger treten, und an der zu vertheilenden Masse Theil nehmen wollen, ohne dazu berufen zu seyn, und rechlich begründete Ansprüche zu haben. Bewahrt bleibt hierbei die oben angedeutete Maxime unserer privatrechtlichen Gesetzgebung: *vigilantibus jura sunt scripta*, und der Richter sieht sich sein gesetzmäßiges Vorschreiten gesichert, ohne Gefahr für Ansprüche von Seiten der Gläubiger, welchen ihn die oben gewürdigte Ansicht von der Garantie des allgemeinen Eredits, und von der dem Richter zugewiesenen Rolle des Depositärs des Gesamtwillens der Gläubiger nothwendig und unvermeidlich auszieht.

Die Gründe, warum man in unserm teutschen Concessionsprocesse die oben entwickelten Elemente dieses Processes bisher übersehen konnte, liegen nach meinem Dafürhalten eines Theils in den beschränkten Ansichten, die unsere Rechtsgelehrten, und vorzüglich unsere Processelehrer, bisher von dem Rechte zu Auf-

forderung zur Klage im allgemeinen halten⁹). Andern Theils aber mag die Nichtbeobachtung jener Elemente auch veranlaßt worden seyn durch die Rücksichten, welche man bei der Aufstellung der Concursprocesstheorie auf die Sanctionen der römischen Gesetzgebung über das Verfahren gegen überschuldete Deböteren nahm, ohne zu bedenken, daß die Römer von einem Concursprocesse in unserem Sinne ganz und gar keinen Begriff hatten, und daß der deutsche Concursproces auf ganz andern Elementen ruht, als der römische. Denn wirklich sehr richtig ist die Behauptung Hönners¹⁰), für den wichtigen Fall einer mit Concurrenz der Gläubiger verbundenen Insolvenz des Schuldners enthält die römische Gesetzgebung gar keine Bestimmung. Doch die Grundsätze, welche diese Gesetzgebung über die Unabhängigkeit der Forderungen der hypothecarischen Gläubiger, von den Folgen, welche die missio in universa bona debitoris für die bloßen chirographischen Gläubiger hervorbrachte¹¹), ingleichen die von ihr adoptirte Maxime, daß die missio in bona, welche vielleicht der eine oder der andere gegen den gemeinen Schuldner andringende Gläubiger erlangt haben möchte, für die Zukunft nicht ähnliche Immisionen ausschließe, sondern vielmehr als eine allen, auch den künftig sich noch anmeldenden, Gläubigern, wenn sie sich nur nicht allzu spät meldeten, zu Gut kommende Immision gelte¹²), — diese Grundsätze, sage ich, zeigen nur zu auffallend die Notwendigkeit eines rechlich begründeten Verfahrens, das die Gläubiger aus der Ungewißheit reißt. Und dieses notwendige rechliche Verfahren lässt sich auf keinem andern Wege herstellen, als auf dem, den ich so eben anzudeuten versucht habe.

9) M. vrgl. hierüber Hönn er a. a. D. B. IV. S. 169 folg.

10) U. a. D. S. 534.

11) L. 6. u. 10. Cod. de bonis auct. jud. possid.

12) L. 12. D. de reb. auctorit. jud. poss. und L. 10. Cod. de de bonis auctor. jud. poss.

Blos auf diesem Wege erblicken wir die dem römischen Concursproces fremde Edictalladung, mit allen den Folgen, welche ihr der temtische Concursproces zugeheilt hat, in ihrem reinen offenen Sinne und in ihrer wahren Natürlichkeit und Haltbarkeit.

Aber diese Edictalladung, der erste Schritt, mit dem die Eröffnung des teutschen Concursprocesses beginnt, kann nur dann erlassen werden, wenn entweder der gemeine Schuldner sich für insolvent erklärt, und sein Vermögen seinen Gläubigern abgetreten hat, oder nach vorhergegangenem Antrag von Seiten der Gläubiger auf Eröffnung des Concurses, und ein hierauf erfolgtes dessfallsiges Erkenntniß: „d a s sie der Richter von Amts wegen erlaße.“ läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Geschieht übrigens von Seiten der Gläubiger der Antrag auf ihre Erlaßung und Eröffnung des Concursprocesses, so liegt es freilich allerdings in der Natur der Sache, daß der Richter den Schuldner, über dessen Vermögen die Gläubiger den Concursproces eröffnet wissen wollen, über diesen Antrag vorerst hört, ehe er denselben nachgiebt, und daß das in solchen Fällen gewöhnliche decretum de aperiendo concursu ertheilt sei, ehe zur wirklichen Eröffnung des Concursprocesses und der Erlaßung der Edictalladung geschritten wird¹³⁾. Denn bei der nachtheiligen Wirkung, welche die Concursveröffnung auf den Credit des Schuldners hat, über den der Concurs eröffnet werden soll, läßt sich ein eigenmächtiges Zufahren und Vorschreiten des Richters auf den bloßen Antrag der Gläubiger auf keinen Fall rechtfertigen. Allein man irrt wohl sehr, wenn man vielleicht meinen möchte, Ein Gläubiger allein könne einen solchen Antrag nicht stellen, sondern er müsse immer hervorgehen aus einer Vereinbarung mehrerer¹⁴⁾. Zwar liegt es im

13) Sehr zweckmäßige Regeln für das hier zu beobachtende Verfahren des Richters gibt der Entwurf zu einer neuen Gerichts-Ordnung für die kurfürstl. Lande (Dresden 1803. 8.) S. 695 fügte.

14) Zu dieser Meinung bekannte sich der Entwurf zu einer

Begriff des Concursprocesses, daß hier immer mehrere Gläubiger zusammentreffen, und ohne ein solches Zusammentreffen ist ein Concursproces gar nicht denkbar. Aber nicht gerade notwendig ist es, daß dieses Zusammentreffen schon sich offenbare in dem Augenblicke, wo die Frage zu verhandeln seyn mag: ist überhaupt mit der Eröffnung des Concursprocesses zu verfahren? Das Recht des Einen Gläubigers, selbst da, wo bisher er allein nur als Gläubiger erscheint auf Erlassung der Edictalien und Vorladung anderer, etwa außer ihm noch vorhandener, Gläubiger seines Schuldners anzutragen, dieses Recht erscheint in jedem Falle, wo der Eine bisher aufgetretene und aus der Habe seines Schuldners zu befriedigende Gläubiger nöthig finden mag, über die Frage vergewissert zu seyn, ob es nicht neben seinem Anspruch auch andere Ansprüche an die Habe seines Schuldners gebe, deren Daseyn ihm die definitive Befriedigung seiner Forderung aus dem Vermögen seines Schuldners ungewiß macht; — ein Fall, der sehr leicht eintreten kann, wenn z. B. ein von einem chirographarischen Gläubiger belangter Schuldner auf sein Vermögen früherhin aufgenommene hypothecarische Schulden hasten hätte, deren Abtrag er sofort nicht nachweisen könnte¹⁵⁾. Kann in einem Falle

neuen Gerichts-Ordnung f. d. Kurfürstl. Staaten S. 695 und derselben Meinung scheint auch Gönnner a. a. O. S. 535. zu seyn, wo er von dem Falle der Unzulänglichkeit des Vermögens Eines Schuldners zur Befriedigung seines wider ihn aufgetretenen Einen Gläubigers spricht. Dagegen verlangt die preußische Gesetzgebung (A. V. G. O. Thl. I. S. 50. §. 4.) mit Recht die Eröffnung des Concurses, sobald auch nur ein Einziger Gläubiger darauf anträgt.

15) Für den hier angedeuteten Fall kann übrigens der von Gajus in der L. 158. D. de divers. regul. jur. quægesprochene Grundsatz; Creditor, qui permittit, rem venire, pignus dimittit, ganz und gar nichts entscheiden; denn wie oft ist nicht der Fall vorhanden, daß der hypothecarische Gläubiger abwesend, verstorben, oder nicht so leicht auszumitteln ist, wo also das Ge-

der Art der Schuldner, der seinem Gläubiger seine Habe zur Zahlung anweist, oder im Bege der Execution zur Zahlung überlassen muss, seinen außerdem unverschuldeten Zustand nicht darbun, und dadurch dem Gläubiger die Gewissheit einer definitiven Besiedigung gewähren, wer mag es dem Gläubiger wohl veraragen, wenn er zu seiner Sicherheit auf Vorladung der unbekannten Gläubiger seines Schuldners anträgt, und damit die Eröffnung eines Concursprocesses betreibt, den er unter andern Verhältnissen vielleicht gern vermieden seben möchte. Doch der Fall, wo nur Ein Gläubiger auf die Eröffnung des Concursprocesses anträgt, wird wohl äußerst selten eintreten. Nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge sucht jeder Gläubiger die Conurrenz anderer Gläubiger, welche die Eröffnung des Concursprocesses gibt, immer lieber zu vermeiden, als sie ohne Noth herbeizuführen, und in der Regel ist es immer der An- drang mehrerer Gläubiger, der ein solches Verfahren veranlaßt und herbeizieht. Endes weder in dem Daseyn mehrerer Gläu- biger, noch in der aus ihrem Daseyn hervorgehenden Unzuläng- lichkeit der Habe des gemeinen Schuldners an sich; ist das Moment zu suchen, das die Eröffnung des Concursprocesses rechtlich begründen mag. So lange die Gläubiger eines von mehreren belangten Schuldner über diesen Punct schweigen, und die Eröffnung des Concursprocesses nicht fordern, so lange kann selbst bei der offenbarsten Unzulänglichkeit der Habe ihres gemeinschaftlichen Schuldners zu ihrer Besiedigung der Richter mit der Eröffnung des Concursprocesses nicht eingreifen.

Nicht die Sache des Richters, sondern blos nur Sache des

seß gar keine Anwendung finden kann. Auch liegt nicht gerade darin, daß der Gläubiger weiß, daß die Verdaußerung seines Unterpfands geschehen soll, und in dem hier nicht erfolgten Wi- derspruch, von seiner Seite die Einwilligungserklärung; viel- mehr bekennt sich Marcian in L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. vel. hypoth. solvit. ausdrücklich zur Negation. Man vergl. übrigens Duistors Beiträge zur Erläuterung verschie- dener Rechtsmaterien 2te Aufl. S. 349 folgte.

Gläubigers ist es, dahn zu trachten, daß die provisorische Be-
friedigung, welche in einem solchen Falle ihnen die Execution und Immision in die Habe ihres Schuldners giebt, einen de-
finitiven Character erlange; blos nur ihnen liegt es ob, darauf
hinzumirken, daß ihnen mit voller Sicherheit zu Theil werde,
was sie durch Hülfe des Richters aus der Habe ihres Schuld-
ners zu erlangen streben. Den provisorischen Zustand, der beim
Daseyn mehrerer Gläubiger jede Execution in die Habe des
gemeinen Schuldners giebt, diesen provisorischen Zustand in ei-
nen definitiven umwandeln zu wollen, dazu ist der Richter von
Amts wegen weder berechtigt noch verpflichtet. Unaufgesondert
schützt der Richter keine Rechte, und der bekannte Satz: wo
kein Kläger ist, da ist auch kein Richter, nach wel-
chem die richterliche Thätigkeit allgemein begränzt ist, äußert
auch hier seine Wirkungen in der Masse, daß auch hier die
Bedingung für die Eröffnung des Concursyprocesses in einer vor-
hergegangenen Auflorderung der Gläubiger alle sammt, oder we-
nigstens Eines oder des Andern, unter ihnen gesucht werden
muss. Das Einzige, was in einem solchen Falle dem Richter
zukommen mag, ist höchstens nur das, wozu die preußische Ge-
setzgebung¹⁶⁾ hier anweist, nämlich eine Mittheilung der Lage
der Sache an die übrigen ihm bekannten Gläubiger, damit diese
thun mögen, was sie zur Währung ihrer Gerechtsamen und
zur Sicherstellung ihrer Forderungen etwa zu thun nöthig fin-
den. Doch genau genommen liegt selbst in dieser Mittheilung
etwas anomalisches, etwas mit der Wesenheit der rechtlichen
Wirksamkeit nicht ganz vereinbarliches, und um deswillen muß
diese Mittheilung, wo sie irgendwo vorgenommen werden mag,
sich blos nur beschränken, auf eine reine Benachrichtigung der
Gläubiger von der Lage ihres Schuldners, und dem, was ge-
gen diesen vorgeht, ohne irgend eine Auflorderung zu irgend
einer Handlung. Denn offenbar zu weit geht die preußische
Gesetzgebung, wenn sie vor dem Richter fordert, er solle zu-

16) U. P. G. D. Thl. I. Tit. 50. S. 9 und 10.

gleich mit jener den Gläubigern zu machenden Eröffnung die Anberaumung eines Termins verbieten, in welchem sich die Gläubiger über die ihnen geschehene Bekanntmachung und die etwa nöthige fernere Einleitung der Sache zu erklären haben.

Selbst das Entstehen eines notorisch mit Schulden behafteten Individuums kann meiner Ansicht nach das öffentliche Ein greifen des Richters und die Eröffnung des Concursprozesses von Amtswegen nicht rechtfertigen. Auch hier scheint mir der desfatische Antrag der Gläubiger abgewarnt werden zu müssen, wenn der Richter innerhalb der Sphäre bleiben soll¹⁷⁾. Der Richter, oder eigentlich die Polizei, mag zwar das Vermögen eines solchen Schuldners in Verwahrung nehmen, und es gegen Anfälle aller Art zu schützen. Es mag unter Siegel gelegt oder jemand zur Verwaltung desselben bestellt werden. Aber immer ist erst abzuwarten, was die Gläubiger des Erwachten thun mögen. Erst dann mag zu Eröffnung des Concurses geschritten werden, wenn bestimmte Anträge von Seiten der Gläubiger hierauf vorliegen. Dies liegt meiner Überzeugung nach in dem Wesen der Dinge. Ganz fremd aber ist diesem Wesen jede andere Maasregel, die vielleicht von Seiten des Richters ergriffen werden könnte. Und aus dem Grunde, der in diesem Falle eintritt, kann auch keine Eröffnung des Concursprozesses dann statt finden, wenn die Erben eines verstorbenen Schuldners ihrer Existenz oder ihrem Aufenthalte noch unbekannt sind, aus dem aufgekommenen Inventarium aber die Unzulänglichkeit der Erbmasse zur Bezahlung der darauf lastenden Schulden hervorgeht, — wo die preußische Gesetzgebung¹⁸⁾

17) Anderer Meinung sind: Danz a. a. D. 244. Hofacker princip. jur. civil. rom. germ. Tom. III. s. 4578. Die A. P. G. D. a. a. D. s. 4. und die K. Sächs. Gesetzgebung in dem Mandat wider die Bankeroutirer s. 6. u. 22.

18) A. a. D. 54. — Ein anderer Fall ist es, wenn die Erben auf eine mit Schulden beladene Erbschaft verzichten. Der Verzicht nimmt in diesem Falle den Character der Cessio bonorum an

gleichfalls Ausnahmsweise die Eröffnung des Concurbsproesses von Umtswegen für zulässig erklärt. Auch hier mag ohne Antrag der Erbschaftsgläubiger auf Eröffnung des Concurbsproesses mit dieser Maßregel nicht verfahren werden. Abgesehen von dem Falle, wo der Schuldner sich selbst für zahlungsunfähig erklärt, und seinen Gläubigern sein Vermögen ablässt, abgesehen von diesem Falle, wohin jedoch weder die Enweichung eines Schuldners, noch weniger die Unbekanntheit der Erben eines Verstorbenen gehört, ist jede Concurseröffnung bedingt durch den hierauf gerichteten Antrag eines oder mehrerer Gläubiger des Verschuldeten; und nur dann, wenn dieser Grundsatz festgehalten wird, wird es gelingen, der Concurbsproceſſtheorie die nötige Festigkeit und Haltbarkeit zu geben, die ihr jezo durchaus fehlt, weil man dabei dem Wesen der richterlichen Thätigkeit nie ganz treu geblieben ist, und dem Richter Berechtigungen und Obliegenheiten attribuiert hat, die dem eigenthümlichen Character seines Wirkens ganz fremd sind. — Und erwägt man, wie nachtheilig es auf den allgemeinen Wohlstand und selbst auf die Wesenheit der richterlichen Amtstätigkeit einwirkt, wenn man den Richter in ihm fremde Sphären hineinzieht, und wie oft er, der Richter, dadurch, besonders in der hier behandelten Lehre, aus übertriebener Neugierlichkeit, oder auch aus nicht zu billigender Sportelsucht, zu sehr verderblichen Missgriffen veranlaßt wird; so glaube ich, man wird es mir nicht widerdeuten, hier den Punkt zur Sprache gebracht zu haben, mit dessen Erörterung ich mich eben beschäftigt habe.

und hier kann allerdings von Seiten des Richters ohne weiteres mit Eröffnung des Concurbsproesses verfahren werden.