

**Das bayerische Insolvenzrecht im 19. Jahrhundert
und der
Einfluß Bayerns auf das Entstehen der
Reichskonkursordnung von 1877**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Ralf Bornhorst

aus Bersenbrück

2002

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen.

Ganz besonders bedanken möchte ich mich bei meinem Doktorvater Professor Dr. Dietmar Willoweit, der sich in außergewöhnlicher und nicht selbstverständlicher Weise für das Zustandekommen dieses Werks einsetzte und mich mit seinen Ratschlägen unterstützte.

Herrn Professor Dr. Jürgen Weitzel danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Erwähnen möchte ich an dieser Stelle auch Herrn RA Jürgen Thieme M.A. dessen Beitrag in der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen der Konkursordnung eine ebenso große Hilfe bei dem Einstieg in die Thematik und die Quellensuche war wie seine wertvollen Hinweise im Rahmen der mit ihm geführten Korrespondenz und Telefonate.

Dank gebührt auch meinen Mitarbeiterinnen Mandy Drohm, Jana Reißig und Jacqueline Daneyko, die den Großteil der umfangreichen Schreibarbeiten für diese Dissertation erledigten.

Schließlich möchte ich allen jenen danken, die mich während der Anfertigung der Arbeit ermunterten, vor allem meiner lieben Ehefrau Karin Ramona Roxin, die mich bestärkte und mir stets gezeigt hat, daß sie an die Vollendung meines Vorhabens glaubt.

Würzburg im August 2002

Ralf Bornhorst

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VII
Literatur- und Quellenverzeichnis	IX
A. Einleitung	1
B. Bayerisches Insolvenzrecht im 19. Jahrhundert, Neukodifikationen und Rechtsvereinheitlichungsbemühungen zur Zeit des Deutschen Bundes	4
1. Teil: Das bayerische Insolvenzrecht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (Gantrecht)	4
I. Der „Codex Juris Bavarici Judiciarii“ (Bayerische Gerichtsordnung von 1753)	4
1. Entstehungsgeschichte	4
2. Prinzipien des Codex Juris Bavarici Judiciarii	5
a) Verfahrensrecht	6
aa) Universal- und Partikularkonkurs des „codex juris bavarici judiciarii“	6
bb) Gerichtliche Zuständigkeit	6
cc) Eröffnung des Verfahrens	7
dd) Ediktstage	8
ee) Prioritätsurteil	10
ff) Präklusion	10
gg) Verwaltung des Schuldnervermögens und Vertretung der Gläubiger	10
hh) Verteilung	11
b) Materielles Insolvenzrecht	12
aa) Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen	12
bb) Aussonderung (ius separationis)	13
cc) System der Rangfolge von Masse- und Konkursgläubigern	15
3. Kritik am "Codex Juris Bavarici Judiciarii"	20

II

II. Das Bayerische Hypothekengesetz und die Prioritätsordnung von 1822	21
1. Das Hypothekengesetz von 1822	22
2. Prioritätsordnung von 1822	25
a) Prinzipien	26
b) Universal- und Partikularkonkurs	27
c) Separationsrechte	28
d) Rangfolge	31
2. Teil.: Bemühungen zur Neukodifikation und Vereinheitlichung des Insolvenzrechts bis 1867	34
I. Partikulare Gesetzgebungstätigkeit	34
II. Die Preußische Konkursordnung von 1855	35
III. Die Bayerische Civilproceßordnung von 1869	40
1. Äußere Entstehung der Bayerischen Civilproceßordnung	40
2. Tragende Prinzipien und Abweichungen zur Preußischen Konkursordnung	44
IV. Vereinheitlichungsbemühungen für den Deutschen Bund und das Deutsche Reich und Bayerns Haltung	49
1. Die insolvenzrechtliche Ausgangslage	49
2. Insolvenzrechtsprojekte im Deutschen Bund	50
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen und Gesetzgebungskompetenz	51
b) Konkursrechtliche Kodifikationsbemühungen im Entwurf des ADHGB	49
c) Der Entwurf eines Rechtshilfegesetzes	55
C. Die Arbeiten an der Konkursordnung und Bayerns Mitwirkung seit 1867	56
I. Vorarbeiten im Rahmen des Norddeutschen Bundes	56
1. Anfrage aus dem Reichstag	56
2. Beteiligung des Reichskanzleramts und des preußischen Justizministeriums	56
II. Ausarbeitung der Deutschen Gemeinschuldordnung	58
III. Die Einberufung der Sachverständigenkommission	61
1. Personalpolitische Entscheidungen	62

III

2. Die für Bayern maßgeblich beteiligten Juristen	67
a) Johann Nepomuk von Fäustle	67
b) Ludwig von Neumayr	68
c) Gottfried Schmitt	69
IV. Die Kommissionsberatungen	69
V. Die Behandlung der Sachfragen unter Berücksichtigung des bayerischen Insolvenzrechts	72
1. Teil: Allgemeine Fragen und materielles Recht	72
1. Die Bezeichnung des Insolvenzverfahrens als "Konkurs"	72
a) Der Begriff „Gant“	72
b) Kommissionsberatung	73
2. Der Umfang der Insolvenzmasse	73
a) Bestimmungen der Bayerischen Civilproceßordnung	73
b) Gemeinschuldordnung	74
c) Kommissionsberatung	74
3. Verwaltungs- und Verfügungsrechte sowie Unwirksamkeit von Rechtshandlungen	75
a) Bayerische Civilproceßordnung und Gemeinschuldordnung	75
b) Antrag Schmitts und Kommissionsberatung	76
4. Prozesse des Gemeinschuldners	77
a) Regelungen der BayCPO	77
b) Anträge Bayerns und Kommissionsberatung	77
5. Verbot der Einzelvollstreckung	78
a) Das bayerische Recht	79
b) Gemeinschuldordnung	79
6. Auswirkungen auf zweiseitige Verträge	79
a) Vorschriften der BayCPO	80
b) Gemeinschuldordnung	80
c) Anträge Bayerns und Kommissionsberatung	81
aa) Kündigungsrecht bei Miete des Gemeinschuldners	81
bb) Fixgeschäfte	82

7. Anfechtung	83
a) Vorschriften der Bayerischen Civilproceßordnung	83
b) Gemeinschuldordnung und Abweichungen zum bayerischen Recht	83
c) Anträge Bayerns und Kommissionsberatung	85
8. Aussonderung	88
a) Gemeinschuldordnung	88
aa) Ansprüche der Verkäufer von Waren	88
bb) Ansprüche der Ehegatten	89
b) Kommissionsberatung	90
9. Die Ausdrücke „Aussonderung“ und „Absonderung“	91
10. Absonderung	92
a) Gemeinschuldordnung und Abweichungen vom bayerischen Recht	93
b) Stellungnahme des bayerischen Finanzministeriums	95
c) Anträge Schmitts und Kommissionsberatung	95
d) Pfandbriefe der bayerischen Bankanstalten	97
aa) Stellungnahme des bayer. Staatsministeriums der Justiz	100
bb) Stellungnahme des bayer. Staatsministeriums des Inneren	102
cc) Der Antrag Makowers	103
dd) Die Haltung Schmitts	104
ee) Die Haltung des Justizministers von Fäustle	105
ff) Stellungnahme des bayer. Finanzministeriums	105
gg) Kommissionsberatung	109
11. Pfandgläubigern gleichgestellte Gläubiger	109
a) Gemeinschuldordnung	109
b) Stellungnahme des bayer. Finanzministeriums	110
c) Kommissionsverhandlung	110
12. Gemeinschaftsverhältnisse	111
13. Die Rangfolge der Masse- und Konkursgläubiger	111
a) Gemeinschuldordnung	111
b) Bayerns Haltung und Kommissionsberatung	114
aa) Vorrechte des Fiskus und der Gemeinden	114
(1) Stellungnahme des bayer. Finanzministeriums	115
(2) Schmitt und die Kommissionsberatung	118

bb) Forderungen gemeinnütziger Einrichtungen	120
cc) Beiträge zu Brandversicherungsanstalten	120
dd) Vorzugsrecht bei Bier- und Branntwein	120
ee) Medizinalkosten	121
ff) Geldstrafen	122
14. Teilhabe von Absonderungsgläubigern an der Masse	123
a) Bayerisches Recht	123
b) Gemeinschaftsdordnung und Kommissionsberatung	123
15. Bedingte Forderungen	124
2. Teil: Formelles Insolvenzrecht	125
1. Konkursgericht	125
2. Verfahrensgrundsätze	126
3. Stellung und Aufgaben des Konkursverwalters	128
a) Wahl und Abberufung	129
b) Sicherheitenbestellung	129
c) Aufsicht	130
d) Vergütungsbewilligung	131
4. Gläubigerausschuß	131
5. Gläubigerversammlung	132
a) Stimmberechtigung	132
b) Beschlußfassung	133
6. Eröffnungsgrund	134
a) Bayerische Civilproceßordnung	134
b) Gemeinschaftsdordnung	134
c) Kommissionsberatung	135
7. Eröffnungsverfahren	136
a) Konkursantrag	136
b) Eröffnung	137
aa) Bayerisches Recht	138
bb) Gemeinschaftsdordnung	138
cc) Antrag von Schmitt und Kommissionsberatung	139
8. Teilungsmasse und –verfahren	140
9. Feststellung der Schuldenmasse	140

VI

a) Bayerisches Recht und Gemeinschaftsdordnung	140
b) Kommissionsberatungen	142
10. Verteilungsverfahren	143
a) Bayerisches Recht	143
b) Gemeinschaftsdordnung	144
c) Anträge Schmitts und Kommissionsberatungen	146
11. Vergleichsverfahren	147
a) Stellungnahme des Deutschen Handelstages	147
b) Stellungnahme der Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern	150
c) Konkursabwendender Vergleich	151
d) Zwangsvergleich	153
aa) Gemeinschaftsdordnung	153
bb) Anträge Schmitts und Kommissionsberatung	154
12. Beendigung des Verfahrens	156
13. Besondere Bestimmungen	156
a) Bayerisches Recht	156
b) Gemeinschaftsdordnung	157
c) Kommissionsberatung	157
VI. Das Einführungsgesetz zur Konkursordnung	158
1. Pfandbriefe und Bodenkreditobligationen	158
2. Privatrechtliche Stellung von Vereinen und Gesellschaften	161
VII. Stellungnahme von Dr. Gottfried Schmitt	162
VIII. Stellungnahmen der Ministerien	164
IX. Bericht des bayerischen Justizministerium an König Ludwig II.	166
X. Beratungen des Justizausschusses im Bundesrat	169
XI. Beratungen im Reichstag (1875/76)	173
D. Kritik an der Reichskonkursordnung und Einflüsse auf das heutige Insolvenzrecht	174
E. Zusammenfassung	178

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BArch	Bundesarchiv
Bay.	bayerisch
BayCPO	Bayerische Civilproceßordnung
BayHStA	Bayerisches Hauptstaatsarchiv
bayr.	bayrisch
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bzgl.	bezüglich
Conc.Ord.	Concursordnung
Conv.	Convolut
Diss.	Dissertation
d.h.	das heißt
d. Ms.	des Monats
d. Js.	des Jahres
EinfG	Einführungsgesetz
Einl.	Einleitung
Entw.	Entwurf
etc.	etcetera
Eu.	Eure
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Frhr.	Freiherr
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HypG	Hypothekengesetz
GSO	Gemeinschuldordnung
i.d.R.	in der Regel
InsO	Insolvenzordnung
i.ü.	im übrigen
i. V.m.	in Verbindung mit

VIII

Kap.	Kapitel
k. b.	königlich-bayrisch
KO	Konkursordnung
lit.	littera
m. a. W.	mit anderen Worten
Minist.	Ministerium
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
No.	Numero
Nr.	Nummer
PreußKO	Preußische Konkursordnung
PriorO	Prioritätsordnung
S.	Seite
s. g.	so genannt
u.	und
u. a.	unter anderem
u. s. w.	und so weiter
v. a.	vor allem
Vgl.	vergleiche
WSA	Wiener Schlußakte
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
z. T.	zum Teil
z. Zt.	Zur Zeit

Literatur- und Quellenverzeichnis

Ungedruckte Quellen:

Bayerisches Hauptstaatsarchiv München:

BayHStA, Abt. II; MJu 12716: Acta des k. Staats-Ministeriums der Justiz, Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern - Verhandlungen in den Gesetzgebungs-Ausschüssen und Kammern, Conv. I

BayHStA, Abt. II; MJu 12717: Acta des k. Staats-Ministeriums der Justiz, Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern - Verhandlungen in den Gesetzgebungs-Ausschüssen und Kammern, Conv. II

BayHStA, Abt. II; MJu 12718: Acta des k. Staats-Ministeriums der Justiz, Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern - Verhandlungen in den Gesetzgebungs-Ausschüssen und Kammern, Conv. III

BayHStA, Abt. II; MJu 12719: Akten des königl. Staatsministeriums der Justiz, Die Bearbeitung einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1853-1869 – Proteste aus der Pfalz gegen die Einführung der neuen Civilproceßordnung von 1869

BayHStA, Abt. II; MJu 12845: Akten des k. Staatsministeriums der Justiz, Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877

BayHStA, Abt. II, MJu 12846: Akten des k. Staatsministeriums der Justiz, Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877, Kommissionsprotokolle

BayHStA, Abt. II, Ordensakten 5421 und 1974

**BayHStA, Abt. II, Ordensakten 6066 und 536
sowie Adelsmatrikel RiS 114**

Bundesarchiv, Außenstelle Berlin/Lichterfelde:

Bestandssignatur R 1401, Aktenbände 682-694

- BArch 682:** Die Konkursordnung,
Band 1: Oktober 1867-August 1874
Band 2: Oktober 1874 – Dezember 1875
- BArch 685:** Der im Preußischen Justizministerium ausgearbeitete Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung 1873
- BArch 688:** Die Kommission zur Vorberatung des Entwurfs zur Konkursordnung
- BArch 688/1:** Protokolle März 1874 – Juli 1874
- BArch 688/2:** Protokolle des Stadtgerichtsrats Hagens, April 1874 – Juli 187
- BArch 690:** Abänderungsanträge der Mitglieder, März 1874 – Juli 1874

Bayerisches Wirtschaftsarchiv (IHK-Akademie) München:

Akt zum Konkursrecht (ohne Signatur): Schreiben des königlich-bayerischen Staatsministeriums des Handels an die Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern vom 18.02.1871

Gedruckte Quellen:

Codex Juris Bavarici Judiciarii oder bayerische Gerichtsordnung vom Jahre MDCCLIII, München 1841

Motive zu dem Entwurfe einer Prozeßordnung in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern von 1825,
(Hrsg.: Schubert, W.) (zit.: Motive zum BayCPO-Entwurf von 1825)

Entwurf einer Prozeßordnung in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern von 1861 (mit Motiven), Neudruck 1993
(Hrsg.: Schubert, W.) (zit.: Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861)

Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, Amtliche Ausgabe, München 1869

Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern nebst dem Einführungsgesetz sowie einem Inhaltsverzeichnis und ausführlichen Sachregister, Würzburg 1869

Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung, Berlin 1873
(zit.: GSO)

Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung und Motive, Berlin 1873
(zit.: GSO, Motive)

Anlage I zu den Motiven einer Deutschen Gemeinschuldordnung – Darstellung der Quellen des in Deutschland geltenden Konkursrechts, Berlin 1873
(zit.: Anlage I zur GSO)

Die gesammten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 01. Februar 1877, Berlin 1881 (Hrsg.: Hahn, C.):

Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung
(zit.: Hahn, Motive zur Konkursordnung)

Anlage I zu den Motiven des Entwurfs einer Konkursordnung
(zit.: Hahn, Anlage)

Das Hypotheken-Gesetz vom 01. Juni 1822, Bamberg 1822

Das Hypothekengesetz nebst Prioritätsordnung, Vollzugsinstruktionen und Formularien für das Königreich Bayern, Bamberg 1862
(zit.: Hypothekengesetz mit Vollzugsinstruktionen)

Prioritäts-Ordnung für das Königreich Baiern, Bamberg 1822

Vorstellung der Handels- und Gewerbe-Kammer für Oberbayern an das K. Staatsministerium des Handels und der öffentlichen Arbeiten vom 7. März 1871, veröffentlicht als Erste Beilage zu Nr. 11 der "Bayerischen Handelszeitung", Bayerisches Wirtschaftsarchiv, Akt zum Konkursrecht

Rundschreiben vom bleibenden Ausschuss des Deutschen Handelstages an seine Mitglieder vom 14.02.1871

Literatur:

Barth, M. A. , Commentar zur neuen Civilproceßordnung für das Königreich Bayern, Bd. I, Nördlingen 1869 (zit.: Barth, BayCPO, Bd. I)

Barth, M. A. , Commentar zur neuen Civilproceßordnung für das Königreich Bayern, Bd. III, Nördlingen 1869 (zit.: Barth, BayCPO, Bd. III)

Barth, S. , Ergebnisse der Rechtsangleichungsbestrebungen im Handels- und Obligationenrecht der deutschsprachigen Staaten (1850-1945) (Diss.), Würzburg/München 1971 (zit.: Barth, S.,Rechtsangleichungsbestrebungen)

Baur, F./Stürner, R. , Insolvenzrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1991

- Behnen, M.** , Die Neuordnung Deutschlands nach dem Wiener Kongreß 1814/15, in: Voigt, M. (Hrsg.), Deutsche Geschichte, Stuttgart 1991, S. 364 ff. (zit.: Behnen I)
- Behnen, M.** , Bürgerliche Revolution und Reichsgründung, in: Voigt, M. (Hrsg.), Deutsche Geschichte, Stuttgart 1991, S. 403 ff. (zit.: Behnen II)
- Bellinger, D./Kerl, V.** , Kommentar zum Hypothekensbankgesetz, 4. Aufl., München 1995 (zit.: Ballinger/Kerl)
- Berbig, H. J.** , Kleine Geschichte der deutschen Nation, Düsseldorf 1985
- Bleyer, J.** , Konkursordnung, 3. Aufl., München 1928
- Böhle-Stamschräder, A.** , Konkursordnung, 3. Aufl., München 1969
- Boldt, H.** , Deutsche Verfassungsgeschichte Band 2 – Von 1806 bis zur Gegenwart, München 1990
- Born, K. E.** , Wirtschafts- und Sozialgeschichte des Deutschen Kaiserreichs (1867/71-1914), Stuttgart 1985
- Bosl, K.** , Bosl's Bayerische Bibliographie – 800 Persönlichkeiten aus 15 Jahrhunderten, Regensburg 1983
- Brox, H.** , Handels- und Wertpapierrecht, 10. Aufl., München 1993
- Brüggemeier, G.** , Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Band 1, Frankfurt 1977
- Bundesministerium der Justiz** (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln 1985
- Bundesministerium der Justiz** (Hrsg.), Referentenentwurf – Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Köln 1989
- Dannreuther, D.** , Der Zivilprozeß als Gegenstand der Rechtspolitik im Deutschen Reich 1871-1945 (Diss.), Frankfurt 1987
- Doeberl, M.** , Bayern und Deutschland, München und Berlin 1925
- Doeberl, M.** , Entwicklungsgeschichte Bayerns Band III, München 1931 (zit.: Doeberl-Entwicklungsgeschichte)
- Dölemeyer, B.** , Die bayerischen Kodifikationbestrebungen, in: Ius Commune, Band V, Frankfurt 1975, S. 138 ff.
- Döhring, E.** , Stichwort: Fäustle, in: Neue Deutsche Biographie, Band 4, Berlin 1959, S. 743 ff.

- Dülffer, J.** , Deutschland als Kaiserreich (1871-1918), in: Voigt, M. (Hrsg.), Deutsche Geschichte, Stuttgart 1991, S. 469 ff.
- Eickmann, D.** , Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, Heidelberg 1999
- Eisenhardt, H.** , Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., München 1999
- Endemann, W.** , Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zur Deutschen Konkursordnung vom 10.02.1877, in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 12, 1888, S. 24 ff.
- Erdmann, K. D.**, Die Umgestaltung Deutschlands im Zeitalter der Französischen Revolution und Napoleons I., in: Rassin, P. (Hrsg.), Deutsche Geschichte, Stuttgart 1973, S. 358 ff.
- Fellner, Chr.** , Die Reform der bayerischen Zivilrechtspflege von den ersten Anregungen des Landtags im Jahr 1819 bis zur Gründung des Deutschen Reichs (Diss.), München 1986
- Fink, A.** (Hrsg.), Bayern – Streifzüge durch zwölf Jahrhunderte, München 1971
- Fischer, W.** (Hrsg.), Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band V, Stuttgart 1985 (zit.: Fischer-Bearbeiter)
- Fitting, H.** , Das Reichs-Concursrecht und Concursverfahren, Berlin 1881
- Fuchs, C.** , Der deutsche Concursproceß, Leipzig 1877
- Gönner, N.** , Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern, 1. Aufl. München 1823
- Goldschmidt, L.** , Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, 1. Aufl., Erlangen 1864 (zit.: Goldschmidt, Handelsrecht, 1. Aufl.)
- Goldschmidt, L.** , Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, 2. Aufl., Stuttgart 1875 (zit.: Goldschmidt, Handelsrecht, 2. Aufl.)
- Gottwald, P.** , Insolvenzrechts-Handbuch, München 1990
- Häsemeyer, L.** , Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 1998
- Hartmann, P. C.** , Bayerns Weg in die Gegenwart – Vom Stammesherzogtum zum Freistaat heute, Regensburg 1989
- Hartung, F.** , Deutsche Verfassungsgeschichte, 9. Aufl., Stuttgart 1969
- Hedemann, J. W.** , Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Band 2, 1. Halbband: Das materielle Bodenrecht, Berlin 1930
- Hellmann, F.** , Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907

Henning, F.-W. , Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands, Band 2, Paderborn 1996

Hesse, H. , Gesetzgeber und Gesetzgebung in Bayern 1848-70, Weilheim 1984

Jaeger, E. , Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl., Berlin 1904
(zit.: Jaeger)

Jaeger, E. , Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
(zit.: Jaeger, Lehrbuch)

Jaeger, E. - Lent, F. , Konkursordnung, Band I, 8. Aufl., Berlin 1958
(zit.: Jaeger-Lent)

Just, L. , Handbuch der deutschen Geschichte, Bd. 3/Ib, Wiesbaden 1979

Kilger, J./Schmidt, K. , Konkursordnung, 16. Aufl., München 1993.
(zit.: Kilger/Schmidt)

Kitt, H. , Das Hypothekenwesen im Königreich Bayern diesseits des Rheins.
Enthaltend: das Hypothekengesetz und die Prioritäts-Ordnung, München 1862
(zit.: Kitt, Hypothekenwesen)

Kluge, P. , Die Reichsgründung, in: Rassow, P. (Hrsg.), Deutsche Geschichte,
Stuttgart 1973, S. 493 ff.

Koch, C. F. , Die Preußische Konkursordnung mit Kommentar, Berlin 1867

Koebler, G. , Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl., München 1990

Kohler, J. , Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891
(zit.: Kohler, Lehrbuch)

Kohler, J. , Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Aufl. Stuttgart 1903
(zit.: Kohler, Leitfaden)

Kraus, A. , Geschichte Bayerns – Von den Anfängen bis in die Gegenwart,
2. Aufl., München 1988

Kraus, A. , Grundzüge der Geschichte Bayerns, Darmstadt 1992
(zit.: Kraus-Grundzüge)

Kreittmayr, W, A.X. Frhr. von, Anmerkungen über den Codex Juris Bavarici
Judiciarii, Neue Aufl., München 1842

Kroeschell, K. , Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), Hamburg 1989

Laufke, F. , Der Deutsche Bund und die Zivilgesetzgebung, in : Festschrift
Herrmann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 1 ff.

- Lehner, C. B.** , Lehrbuch des Bayerischen Hypothekenrechtes und der Prioritäts-Ordnung mit dem Conkurs- und Executions-Process, 1. Band, Hypothekenrecht, Sulzbach, 1840 (zit.: Lehner, Bd. I)
- Lehner, C. B.** , Lehrbuch des Bayerischen Hypothekenrechtes und der Prioritäts-Ordnung mit dem Conkurs und Executions-Process, 2. Band, Prioritäts-Ordnung, Sulzbach 1840 (zit.: Lehner, Bd. II)
- Liebhart, W.** , Königtum und Politik in Bayern, Frankfurt 1993
- Löwenstein, H. Prinz zu** , Deutsche Geschichte, München 1978
- Lutz, H.** , Zwischen Habsburg und Preußen – Deutschland 1815-1866, Berlin 1985
- Lutz, J.** , Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, II. Theil, Würzburg 1861
- Makower, F.** , Handelsgesetzbuch mit Kommentar, I. Band, 12. Aufl., Berlin 1901
- Mertens, H.-G.** , Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (Diss.), Berlin 1970
- Mitteis, H./Lieberich, H.** , Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., München 1992
- Müller-Erzbach, R.** , Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl., Tübingen 1928
- Nipperdey, T.** , Deutsche Geschichte 1800-1866, München 1983 (zit.: Nipperdey)
- Nipperdey, T.** , Nachdenken über die deutsche Geschichte, München 1986 (zit.: Nipperdey-Geschichte)
- Notte, E.** , Die Deutschen und ihre Vergangenheit, Berlin 1995
- Ogris, W.** , Stichwort: Konkurs, Spalte 1083 ff., in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, II. Band, Berlin 1978
- Petersen, J./Kleinfeller, G.** , Konkursordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Lahr 1892
- Planck, J. M.** , Bemerkungen über den Entwurf einer Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, München 1862
- Planitz, H./Eckhardt, K. A.** , Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., Köln 1971
- Pollmann, K. E.** , Der Norddeutsche Bund – ein Modell für die parlamentarische Entwicklungsfähigkeit des deutschen Kaiserreichs, in: Innenpolitische Probleme des Bismarck-Reiches, München 1983, S. 217 ff.
- Rall, H.** , König Ludwig II und Bismarcks Ringen um Bayern 1870/71, München 1973

Reisner, L. , Das bayerische Gantrecht – Eine verfahrensgeschichtliche Untersuchung, Dissertation, Würzburg 1971

Regelsberger, F. , Das Bayerische Hypothekenrecht in zwei Theilen, 1874 und 1877

Rürüp, R. , Deutschland im 19. Jahrhundert 1815-1871, 2. Aufl., Göttingen 1992

Sarwey, E.O.C. von , Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1879

Schäfer, H., Wirtschaftsgeschichte, Würzburg 1989

Scharff, A. , Revolution und Reichsgründungsversuche, in: Rassow, P. (Hrsg.), Deutsche Geschichte, Stuttgart 1973, S. 433 ff.

Scherner, K. O. , Handel, Wirtschaft und Recht in Europa, Goldbach 1999

Schlosser, H. , Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl., Heidelberg 2001

Schmidt, R. , Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906

Schmidt-Räntsch, R. , Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz, Köln 1995

Schmitt, G. , Der bayerische Civilprocess, Erster Band, Bamberg 1870
(zit.: Schmitt, Bd. I)

Schmitt, G. , Der bayerische Civilprocess, Zweiter Band, Bamberg 1872
(zit.: Schmitt, Bd. II)

Schöll, W. , Der Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753 im Vergleich mit den prozeßrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gesetzgebung von 1616 und mit dem Entwurf und den Gutachten von 1752/53 (Diss.), München 1965

Schremmer, E. , Die Wirtschaft Bayerns – Vom hohen Mittelalter bis zum Beginn der Industrialisierung, München 1970

Schubert, W. , Bayern und das BGB, Kiel 1980

Schubert, W. , Die unveröffentlichten Quellen zu den Reichsjustizgesetzen, in: JZ 1978, S. 98 ff. (zit.: Schubert, JZ 1978)

Schultze, A. S. , Das Deutsche Konkursrecht, Berlin 1880

Schwartz, J. C. , Vierhundert Jahre deutsche Civilprozeßgesetzgebung, Berlin 1898

Seuffert, J. A. , Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung (Codex juris bavarici de anno 1753), Bd. IV, 2. Aufl., Erlangen 1858 (zit.: Seuffert, J. A.)

Seuffert, L. , Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899
(zit.: Seuffert, Konkursprozeßrecht)

Spindler, M. (Hrsg.), Handbuch der Bayerischen Geschichte, Bd. II: Das alte Bayern – Der Territorialstaat, München 1969 (zit.: Spindler-Bearbeiter, Bd. II)

Spindler, M. (Hrsg.), Handbuch der bayerischen Geschichte, Band IV (Das Neue Bayern 1800-1970) Erster Teilband, München 1974
(zit.: Spindler-Bearbeiter, Bd. IV, 1. Teilbd.)

Spindler, M. (Hrsg.), Handbuch der bayerischen Geschichte, Bd. IV (Das Neue Bayern 1800 – 1970), Zweiter Teilband, München 1975
(zit.: Spindler-Bearbeiter, Bd. IV, 2. Teilbd.)

Stobbe, O. , Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Band 2, Neudruck der Ausgabe Braunschweig 1864, Aalen 1965

Stolleis, M. , Das bayerische Hypothekengesetz von 1822, in: Coing (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III, Frankfurt 1976, S. 240 ff.

Thieme, J. , Zur Entstehung der Konkursordnung, in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz und Schiedsgerichtswesen zum 100-jährigen Bestehen, Köln und München, S. 35 ff.

Thöl, H. , Handelsrecht, 1. Band, 6. Aufl., Leipzig 1879 (zit.: Thöl- Handelsrecht)

Thöl, H. , Zur Geschichte des Entwurfes eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Göttingen 1861

Treue, W. , Gesellschaft, Wirtschaft und Technik Deutschlands im 19. Jahrhundert, in: Handbuch der deutschen Geschichte Bd. 3, S. 377 ff.

Treuherz, J. P.M. , Die Preußische Konkursordnung, Berlin 1855

Uhlenbruck, W. , Einhundert Jahre Konkursordnung, in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen zum 100-jährigen Bestehen, Köln und München, S. 3 ff.

Vierling, A. , Die Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern mit Erläuterungen, Nördlingen 1870

Völderndorff, O. Frhr. von, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, II. Band., 2. Aufl., Erlangen 1885

Wach, A. , Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1885

Warneyer, O. , Konkursordnung, Berlin 1932

Wentzel, A. / Klose, C. , Die Preußische Konkursordnung vom 08. Mai 1855, Berlin 1855

Wesel, U. , Geschichte des Rechts, 2. Aufl., München 2001

Wesenberg, G./ Wesener, G. , Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, Köln 1985

Wieacker, F. , Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher, in: Festschrift für Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 409 ff. (zit.: Wieacker)

Wieacker, F. , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967
(zit.: Wieacker-Privatrechtsgeschichte)

Willms, J. , Nationalismus ohne Nation – Deutsche Geschichte von 1789 bis 1914, Würzburg 1983

Willoweit, D. , Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Frankenreich bis zur Teilung Deutschlands, 2. Aufl., München 1992

Wolff, Th. , Die Konkursordnung, Kommentar, 2. Aufl., Berlin/Leipzig 1921

Zöllner, W. , Wertpapierrecht, 14. neubearb.Aufl., München, 1999

Zorn, W. , Staatliche Wirtschafts- und Sozialpolitik und öffentliche Finanzen 1800-1970, in: Handbuch der deutschen Wirtschaftsgeschichte, Bd. 2, Stuttgart 1976

A. Einleitung

Am 1. Januar 1999 trat die neue Insolvenzordnung in Kraft und löste somit die Reichskonkursordnung von 1877 ab. Diese war bis dato eines der ältesten noch in Geltung befindlichen deutschen Gesetze. Die 120 Jahre lang in den wesentlichen Grundzügen nahezu unverändert gebliebene Konkursordnung ist allgemein als das gelungenste der vier Reichsjustizgesetze¹ bezeichnet worden. Anerkanntermaßen zeichnete sich das Gesetz durch klaren Aufbau, die energische Entwicklung der richtigen und zuträglichen Prinzipien und durch eine einfache und schlichte Sprache aus². Teilweise wurde die Konkursordnung als "Perle der Reichsjustizgesetze" bezeichnet³. Aus rechtshistorischer Sicht erscheint es durch das Außerkrafttreten der Konkursordnung aktueller denn je, sich mit diesem Gesetz und seiner Entstehung zu befassen.

Während Rechtshistoriker der neueren Privatrechtsgeschichte des ausgehenden 19. Jahrhunderts - mangels ausreichendem zeitlichen Abstand zu den Geschehnissen - früher nur relativ wenig Beachtung schenken, ist mittlerweile ein zunehmendes Interesse an den jüngeren Rechtsentwicklungen dieser Epoche festzustellen. Dennoch ist die neuere Geschichte des Insolvenzrechts im allgemeinen und die Entstehungsgeschichte der Konkursordnung im besonderen ist bislang kaum geklärt. Dieses Rechtsgebiet wurde – im Gegensatz beispielsweise zum Handelsrecht⁴ - von der rechtsgeschichtlichen Forschung kaum erfaßt, obwohl es spätestens ab Mitte des 19. Jahrhunderts eine für die rechtspolitische und wirtschaftliche Entwicklung nicht zu unterschätzende Bedeutung gewann.

Zwar gibt es eine Vielzahl an Kommentaren zur Konkursordnung und zumindest einige wenige Monographien zum Zivilprozeßrecht des 18. Jahrhunderts, in denen auch früher geltendes Insolvenzrecht dargestellt wird⁵, die Kodifikationsgeschichte der Reichskonkursordnung bleibt jedoch bislang weitestgehend im Dunkel.

Die Darstellungen in der Literatur, insbesondere in zeitgenössischen und späteren Kommentaren sind eher stichpunktartige, nicht ins Detail gehende und deshalb auch nicht weiterführende Standardarbeiten. Die wenige vorhandene Literatur wirft eher Fragestellungen auf als Antworten zu einzelnen Themen des Gesamtkomplexes zu geben. Anlässlich des 100-jährigen Bestehens der Reichskonkursordnung im Jahr 1977 stieß das Gesetz zwar kurzzeitig auf verstärktes Interesse – auch in der rechtshistorischen Wissenschaft. Jedoch war der Zweck der seinerzeit erfolgten Untersuchung und Darstellung, zunächst nur einen groben Überblick über die Geschehnisse im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte der Konkursordnung

¹ Uhlenbruck, S. 17; Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 467.

² Vgl. Jaeger - Lent, Bd. I, Einl., S. XLV; Kohler, Lehrbuch, S. 64; Jaeger, Einl., S. XII.

³ Wolff, Einl., S. XV.

⁴ Hierzu beispielsweise: Rehme, Geschichte des Handelsrechts (1914); Barth, Ergebnisse der Rechtsangleichungsbemühungen im Handels- und Obligationenrecht der deutschsprachigen Staaten (1850-1945), Würzburg, 1971, S. 49 ff.; Raisch, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert (1962), 116 ff., 99 ff. (zit. nach Thieme, S. 48 Fußnote 31).

⁵ Z.B. Reisner, Das bayerische Gantrecht – Eine verfahrensgeschichtliche Untersuchung, Dissertation, Würzburg 1971; Schöll, Der Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753 im Vergleich mit den prozeßrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gesetzgebung von 1616 und mit dem Entwurf und den Gutachten 1752/53 (Diss.), München 1965.

zu geben⁶. Auch in der Folgezeit ist das Insolvenzrecht kaum Gegenstand rechtsgeschichtlicher Forschung gewesen⁷. Es liegt nach wie vor ein weites Forschungsfeld brach, welches Raum für eine Fülle von Einzeluntersuchungen unter Einbeziehung der Allgemeingeschichte, der Rechtsvergleichung, der Wirtschafts- und Politikwissenschaften usw. bietet⁸.

Eine Grundvoraussetzung für weitere Forschungsarbeiten ist - mangels weiterführender Sekundärliteratur - die Erschließung der Quellen, insbesondere in Gestalt von Aktenmaterialien. Auszuwerten sind neben den im Bundesarchiv lagernden Akten des Reichskanzleramts v.a. die in den Archiven der früheren Bundesstaaten des Reiches befindlichen Materialien. Ursprünglich war seitens des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte geplant, eine Aktenedition verbunden mit einer vergleichenden Abhandlung über die Entstehung der Konkursordnung im deutschen und europäischen Zusammenhang herauszugeben. Diese Quellenedition sollte auch Unterlagen von Verbänden und Körperschaften sowie aus Nachlässen⁹ umfassen. Das umfangreiche Vorhaben konnte jedoch bislang nicht abgeschlossen werden. Gesichtet und teilweise ausgewertet wurden bislang – soweit ersichtlich – nur Bestände des hamburgischen Staatsarchivs, des badischen Generallandesarchivs und Akten des Reichskanzleramts¹⁰.

Detaillierte Einzeluntersuchungen zur Entstehung der Konkursordnung sind bislang ausgeblieben. Der Ereignisrahmen um die Entstehung der Reichskonkursordnung ist lediglich in Grundzügen bekannt. Mit der vorliegenden Arbeit soll die Entstehung der Reichskonkursordnung aus bayerischer Sicht näher beleuchtet werden.

Die Zersplitterung Deutschlands in viele Einzelstaaten und deren Souveränität im Bereich der Gesetzgebung führte im 19. Jahrhundert sowohl im materiellen Recht als auch im Verfahrensrecht zu unterschiedlichsten Regelungen. Viele der seinerzeit geltenden Konkursgesetze lehnten sich an das gemeinrechtliche Konkurswesen an. Dieses war charakterisiert durch langwierige, endlos erscheinende Verfahren, in dem die Leitung dem Konkursgericht oblag, an welchem sämtliche Streitigkeiten im Rahmen des Konkurses auszufechten waren. Diese Zustände¹¹ wurden allseits – sowohl von Praktikern als auch Theoretikern - heftig kritisiert. Die unbefriedigende Situation sollte durch eine einheitliche Gesetzgebung gelöst werden.

Wenn man die Grundlagen und die Entstehung von Gesetzen erforscht, die gegen Ende des letzten Jahrhunderts im Rahmen der Reichsgründung geschaffen wurden, stößt man auf den bedeutsamen Beitrag, den die einzelnen Bundesstaaten hierzu geleistet haben. Die in dieser Zeit erlassenen Gesetze sind letztlich aus einer Vereinigung des in den größeren deutschen Partikularstaaten geltenden Rechts entstanden. Mit dem

⁶Hierzu: der lesenswerte Beitrag von Thieme in der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen der Konkursordnung, S. 35 ff.

⁷ Abgesehen von Forschungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte zum internationalen Konkursrecht.

⁸ So bereits im Jahr 1977: Thieme, S. 42.

⁹ Näher zu den für weitere Forschungen möglicherweise in Betracht kommenden Schriftgut aus Nachlässen von am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen: Thieme, S. 43, Fußnote 20.

¹⁰ Vgl. hierzu: Thieme, S. 43, Fußnote 17 und 19.

¹¹ Thieme, S. 45 spricht davon, daß die Lage des Insolvenzrechts um 1800 verheerend gewesen sein dürfte.

Verschwinden der einzelstaatlichen Gesetzgebung im Bereich des Zivilrechts war dies in jener Form seither nicht mehr möglich. Der Anteil, den die Bundesstaaten jeweils im einzelnen dazu erbracht haben, ist bislang nur wenig untersucht worden.

Die Position und Haltung Bayerns, des seinerzeit - nach Preußen - zweitgrößten Bundesstaates ist hierbei von besonderem Interesse. Die Vorbereitung der Kodifikation einheitlicher Reichsgesetze lag überwiegend in preußischer Hand. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit ein süddeutscher Staat mit teilweise deutlich abweichenden gesetzlichen Regelungen auf die Entstehung von Reichsgesetzen Einfluß nehmen konnte und dessen Vorstellungen von einem einheitlichen Reichsrecht sowie seine Interessen Berücksichtigung fanden.

Im folgenden soll zunächst untersucht werden, wie sich das bayerische Konkursrecht im 19. Jahrhundert entwickelte und mit welcher Haltung Bayern der Kodifizierung eines einheitlichen Konkursrechts für das Deutsche Reich generell gegenüberstand. Eine Darstellung des im 19. Jahrhundert geltenden bayerischen Insolvenzrechts soll dazu dienen, Rückschlüsse darauf ziehen zu können, in welcher Weise die Reichskonkursordnung von 1877 auch durch das bayerische Recht beeinflusst wurde. Anhand einer Auswertung von Dokumenten des damaligen bayerischen Justizministeriums¹², der Korrespondenz bayerischer Vertreter in Berlin und einer Auswertung des Aktenmaterials des Reichskanzleramtes¹³ betreffend die Konkursordnung soll aufgezeigt werden, welche Forderungen man von bayerischer Seite an die zu schaffende Konkursordnung stellte.

Inwieweit die dortigen Wünsche und Vorschläge durchgesetzt werden konnten und somit das spätere Insolvenzrecht beeinflussen, ergibt sich vor allem aus den Beratungsprotokollen der Sachverständigenkommission, die eingesetzt wurde, um einen von Preußen erarbeiteten "Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung" vor der Vorlage an den Reichstag zu erörtern¹⁴. Eine Untersuchung sämtlicher von Bayern aufgeworfenen Fragen zu den Sachthemen würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Es soll im folgenden allerdings die Rolle Bayerns bei der Entstehung der Reichskonkursordnung anhand der wichtigsten Bereiche und Resultate der Gesetzgebungsberatungen dargestellt werden.

¹² Diese befinden sich im BayHStA, Abt. II; MJu 12845.

¹³ Diese befinden sich im Bundesarchiv, Außenstelle Berlin/Lichterfelde; Bestandssignatur R 1401, Aktenbände 682-694.

¹⁴ Weniger aufschlußreich sind die bei Hahn, C. , „Die gesammten Materialien zur Konkursordnung“ abgedruckten Verhandlungsprotokolle des Reichstags. Das Werk verdient die Bezeichnung an sich nicht (so auch: Schubert JZ 1978, S. 98 ff), da die entscheidenden Beratungen der Sachverständigenkommission auf der Grundlage des Entwurfs zur Gemeinschuldordnung bei Hahn nicht veröffentlicht sind.

B. Bayerisches Insolvenzrecht des 19. Jahrhunderts, Neukodifikationen und Rechtsvereinheitlichungsbemühungen zur Zeit des Deutschen Bundes

1. Teil: Das bayerische Insolvenzrecht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (Gantrecht)

Um den Einfluß bayerischen Rechts auf die spätere Reichskonkursordnung zu untersuchen, ist es notwendig, sich zunächst einen Überblick über die Rechtslage in Bayern im frühen 19. Jahrhundert zu verschaffen¹⁵. Diese Phase war vor allem gekennzeichnet durch die Regelungen der Bayerischen Gerichtsordnung (Codex Juris Bavarici Judiciarii), die im 19. und 20. Kapitel Vorschriften zum formellen und materiellen Insolvenzrecht enthielt. Was letzteren Bereich anbelangt, lösten die Bayerische Prioritätsordnung sowie das Hypothekengesetz, jeweils am 01.06.1822, diese Gesetzgebung in weiten Teilen Bayerns ab, während das Verfahrensrecht bis zur späteren Bayerischen Civilproceßordnung von 1869 weiterhin galt. Der Umstand, daß eine Regelung des Insolvenzrechts im Rahmen einer Gerichtsordnung vorgenommen wurde, die vor allem zivilprozessuale Vorschriften enthielt, zeigt, daß das Konkursrecht in Bayern seit jeher als Teil des Prozeßrechts aufgefaßt wurde. Nichtsdestoweniger enthielten die bayerischen Vorschriften über das Konkursverfahren stets auch materielles Recht. Eine strenge Trennung zwischen diesem und dem rein formellen Recht wurde nicht durchgeführt¹⁶.

I. Der „Codex Juris Bavarici Judiciarii“ (Bayerische Gerichtsordnung von 1753)

1. Entstehungsgeschichte

Der Codex Juris Bavarici Judiciarii ist im Rahmen einer Gesetzgebungswelle im 18. Jahrhundert entstanden, die auf den Freiherr von Kreittmayr zurückgeht¹⁷. Dieser hatte an süddeutschen und holländischen Universitäten studiert, später beim Reichskammergericht praktiziert und war nach verantwortlichen Ämtern in den kurfürstlichen Rat berufen worden¹⁸. Kreittmayr war die gesamte damalige Kodifikation übertragen. Kurfürst Maximilian III. Josef (1745-1774), der dem Gedankengut der Aufklärungsbewegung aufgeschlossen war, nahm die Schaffung mehrerer Gesetzeswerke in Angriff, um eine Verbesserung und Vereinheitlichung des Rechts zu erreichen¹⁹. Die Gesetzesentwürfe stammten von dem Kanzler von Kreittmayr, der in seinen „Anmerkungen zum Prozeßrecht“ von 1754 eine Kommentierung der unter seiner Federführung entstandenen Vorschriften, auch das Konkursrecht betreffend,

¹⁵ Für die folgenden Erörterungen sollen allerdings die für Bayern nicht repräsentativen Sonderregelungen für die damaligen „linksrheinischen Gebiete der Pfalz“ außer Betracht bleiben.

¹⁶ Reisner, S. 34. Dessen Werk „Das bayerische Gantrecht – Eine verfahrensgeschichtliche Untersuchung“ umfaßt das ältere bayerische Insolvenzrecht bis 1753.

¹⁷ Vgl. Schöll, S.1. Etwa zeitgleich entstanden auch der Codex Criminalis (1751) und der Codex Civilis (1756); Eisenhardt, S. 208 u. 209; Stobbe, S. 443.

¹⁸ Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 200.

¹⁹ Stobbe, S. 443; Schlosser, S. 113 und Eisenhardt, S. 209 sehen allerdings nur bedingt einen Zusammenhang der Reform mit der Aufklärung. Zur Kritik des Kurfürsten Maximilian III. Joseph am Gerichts- und Prozeßwesen: Schöll, S. 21; vgl. zu den Motiven auch: Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 200.

verfaßte²⁰. Die damalige Notwendigkeit der Kodifikation²¹ einer bayerischen Gerichts- und Prozeßordnung wird an folgendem Zitat von Kreittmayr deutlich:

„Nachdem nun dasselbe [das Strafrecht] mittels des herausgegebenen Codicis Criminalis in seiner guten Ordnung und Richtigkeit ist, so hat demnächst der Rang bei der weitem Fortsetzung obgedachter Reform das jus judiciarium betroffen. Kein Theil befand sich in größerer Unordnung, Ungewißheit und in einem mangelhafteren Zustand als dieser. Kein Theil hatte mithin geschwindere Hülfe nöthig, als der nämliche.“²²

Beklagt wurde vor allem die Vielgestaltigkeit der verschiedensten Gesetze und Verordnungen und die Unterschiedlichkeit der Rechtsanwendung. Anschaulich schildert Kreittmayr die damalige Situation wie folgt:

„Für Leute, welche die Sache nicht sowohl ex regulis justitiae als convenientiae zu beurtheilen, oder mit der Juristerei nur Gewinn und Gewerbe zu treiben pflegen, könnte freilich nichts erwünschter sein, als ein Recht zu haben, woraus sich alles pro et contra vertheidigen, und jeder Sache, sie mag so schlecht seyn, als sie immer will, wenigstens auf den Schein eine Farbe aufstreichen läßt. Wie aber nicht nur armen Partheien, sondern auch kordaten Richtern, Räten, und allen jenen, welche schwarz und weiß wohl zu unterscheiden wissen, manchmal dabei geschehen müsse, kann sich jeder von selbst leicht vorstellen. Seine kurfürstliche Durchlaucht von Bayern haben die schädlichsten Folgen, welche aus diesem Unwesen nicht nur für Partikulärs, sondern am Ende für den ganzen Staat selbst entstehen müssen, höchst erleuchtet erwogen, und sich demnach sowohl aus angestammter Gerechtigkeitsliebe als landesväterlicher, preiswürdigster Obsorge für das wahre Wohl von Dero getreusten Ständen und Unterthanen zur Vorkehrung der bereits mit dem Codici Criminali angefangenen, und mit dem Judiciario nunmehr weiter fortgesetzten weisesten Anstalten gnädigst entschlossen.“²³

Von den Werken Kreittmayrs galt der Codex Judiciarii als das gelungenste²⁴. Das Gesetz brauchte den Vergleich mit zeitgenössischen Gerichts- und Prozeßordnungen anderer Staaten nicht zu scheuen. Es wurde vielfach als „Meisterwerk“ bezeichnet und für die Klarheit und Präzision seiner Vorschriften gelobt²⁵.

2. Prinzipien des Codex Juris Bavarici Judiciarii

Die Bayerische Gerichtsordnung war beeinflußt durch ein von dem Spanier Salgado de Samoza verfaßtes Werk über den Konkurs, das im 17. Jahrhundert entstand²⁶. Im folgenden zeigt sich, daß die Aufgabe eines Insolvenzverfahrens noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts v.a. darin gesehen wurde, zivilprozessuale Schwierigkeiten bei der Geltendmachung von Forderungen durch viele Gläubiger gegen einen in finanzieller Bedrängnis befindlichen Schuldner durch ein gesetzliches Regelwerk in den Griff zu

²⁰ Spindler-Hammermeyer, Bd. II, S. 1076; Schöll, S. 23; Kroeschell, S. 71; Schlosser, S. 93 bezeichnet Kreittmayr als „Schlüsseligur bayerischer Politik“.

²¹ Näher zu den Vorarbeiten am Codex Judiciarii: Schöll, S. 11 ff.

²² Kreittmayr, S. 3.

²³ Kreittmayr, S. 8 und 9.

²⁴ Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 326, spricht von einer vorzüglichen, den Prozeß straffenden und verbessernden Zivilprozeßordnung.

²⁵ Schöll, S. 1 ff. m.w.N.

²⁶ Vgl. Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, S. 5; zu den älteren Entwicklungen und Ursprüngen des Konkursrechts: Endemann, S. 24-57.

bekommen²⁷. Wegen des ursprünglich engen Bezugs zum Vollstreckungsrecht, wurde das Insolvenzrecht - trotz seiner zahlreichen materiell-rechtlichen Bestimmungen – seinerzeit als formelles Zivilprozeßrecht angesehen. Eine klare Abgrenzung zum materiellen Konkursrecht fand noch nicht statt.

a) Verfahrensrecht

aa) Universal- und Partikular Konkurs des „codex juris bavarici iudiciarii“

Die Bayerische Gerichtsordnung unterschied zwischen einem sogenannten Universalkonkurs und einem Partikularkonkurs²⁸. Der allgemeine Universalkonkurs sollte dann eintreten, wenn die Forderungen gegen den Schuldner so beschaffen waren, daß die Gläubiger ihre Befriedigung aus dem gesamten Vermögen des Schuldners verlangen konnten. Das Vermögen des Schuldners durfte zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichen und die Ansprüche der Gläubiger sich nicht lediglich auf bestimmte Vermögensteile beschränken. Im Gegensatz hierzu lag ein Partikularkonkurs vor, wenn Gläubigern ein Recht auf Befriedigung lediglich aus einzelnen besonderen Teilen oder Gegenständen des Vermögens eines Schuldners zustand, dessen Wert aber zur Tilgung der Verbindlichkeit unzureichend war. Letzteres war insbesondere dann der Fall, wenn dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung ein Unterpand an einer bestimmten Sache bzw. eine Spezialhypothek zustand. Ein Partikularkonkurs konnte allerdings auch dann stattfinden, wenn der Schuldner einem Gläubiger sein gesamtes Hab und Gut zur Sicherung bestellt hatte (Generalhypothek). Hier hatte der Gläubiger die Wahl, entweder ein Konkursverfahren in Gang zu setzen oder durch Einzelvollstreckung die Liquidation zu betreiben²⁹. Bedeutung erlangte die Differenzierung zwischen den beiden Konkursarten im Bereich einiger Verfahrensvorschriften. So konnte z.B. für den Fall des Partikularkonkurses aufgrund der geringen Zahl von beteiligten Gläubigern und der Überschaubarkeit der Forderungen und Sicherungsmittel auf die Einhaltung der für den Universalkonkurs geltenden strengeren Formvorschriften (z. B. bei der Bekanntmachung) verzichtet und dem Konkursrichter freiere Hand bei der Bestimmung der zwischen einzelnen Verhandlungsterminen liegenden Zeiträume gewährt werden³⁰.

bb) Gerichtliche Zuständigkeit

Örtlich zuständig für die Durchführung eines Konkursverfahrens war nach dem Codex Iudiciarii die "Obrigkeit (...), unter welcher der Schuldner auch sonst mit seiner Person steht."³¹ Für den Fall eines Partikularkonkurses war so etwas wie ein besonderer Gerichtsstand der belegen Sache³² gegeben, d. h. das Verfahren sollte an dem Ort stattfinden, an dem sich das Pfand befand. Dagegen konnten Gläubiger einer Generalhypothek zwischen beiden Gerichtsorten wählen. Sachlich zuständig waren grundsätzlich

²⁷ Endemann, S. 24, spricht davon, daß sich der Konkursprozeß erst allmählich als eigene Prozeßart - nicht bloß als Unterart der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung – entwickelt habe.

²⁸ Seuffert, J.A., S. 391; Schöll, S. 252; Codex Iudiciarii, Kap. XIX § 1 und 2.

²⁹ Vgl. Reisner, S. 103.

³⁰ Vgl. Reisner, S. 19.

³¹ Siehe Codex Iudiciarii, Kap. XIX § 2; Schöll, S. 253.

³² Seuffert, J.A., Bd. IV, S 338.

die Landgerichte³³. Ferner konnten bei weniger bedeutenden Gantverfahren, bei denen es nicht um Immobilien ging, Hofmarksgerichte zuständig sein³⁴.

Sobald ein Konkursverfahren nach dem Codex Judiciarii seinen Anfang nahm, zog es "ex connexione causae" alle Partikular-Streitigkeiten, welche bei anderen Gerichten bereits anhängig waren, an sich. Insoweit mußte ein Gläubiger, der bereits an einem anderen Gericht über seine Forderung gestritten hatte, an dem ersten Ediktstag seine Forderung zumindest in der Weise darlegen, daß erkennbar war, welchen Rang der Anspruch im Verhältnis zu anderen Gläubigerforderungen einnahm. Bezüglich der Entscheidung des eigentlichen Rechtsstreits konnte der Prozeß an dem zuerst angerufenen und zuständigen Gericht seinen Fortgang nehmen, soweit ein Gläubiger dem nicht widersprach³⁵.

cc) Eröffnung des Verfahrens

Sobald die Vermutung entstanden war, daß ein Schuldner seine laufenden Verbindlichkeiten nicht mehr befriedigen und den Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen konnte, bestand nach dem Konkursrecht des Codex Judiciarii die Möglichkeit, dem Schuldner zunächst eine Zahlungsfrist zur Begleichung seiner Verbindlichkeiten unter Androhung der Durchführung eines Konkursverfahrens zu bestimmen³⁶. Da insoweit dem Schuldner Gelegenheit gegeben wurde, sich vor der öffentlichen Bekanntmachung zu der Eröffnung eines Gantprozesses zu äußern, hatte diese Regelung auch den Charakter einer Anhörung³⁷. Die Möglichkeit zur Schuldenbereinigung vor Eröffnung eines Konkurses sollte jedoch nur dann gegeben sein, wenn davon auszugehen war, daß das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreichen würde und durch ein längeres Zuwarten keine Verlustgefahr für Gläubiger gegeben war. Ließ der Schuldner den Zahlungstermin fruchtlos verstreichen, wurde das Konkursverfahren durch einen öffentlichen Anschlag bei Gericht "zu Jedermanns Wissenschaft"³⁸ bekannt gemacht und ein Rundschreiben an die bei Gericht bereits bekannten Gläubiger verschickt³⁹.

Der Codex Judiciarii sah für den Schuldner dann noch die Möglichkeit vor, innerhalb einer Frist von 14 Tagen, beginnend mit dem Zeitpunkt, an dem die öffentliche Bekanntmachung beschlossen und ihm zur Kenntnis gebracht war, bei dem zuständigen Konkursrichter schriftlich, mündlich oder zu Protokoll zu erklären, ob er einen Rechtsbehelf (Appellation) einlegen wolle. Bei Wahrung der Frist trat eine aufschiebende Wirkung ein⁴⁰.

³³ In privilegierten bayerischen Städten konnten allerdings auch Stadtgerichte zuständig sein.

³⁴ Vgl. hierzu Reisner, S. 8 ff.

³⁵ Vgl. Kreittmayr, S. 631; Codex Judiciarii, Kap. XIX § 13.

³⁶ Vgl. Codex Judiciarii, Kap. XIX § 3; Schöll, S. 253.

³⁷ Vgl. auch Reisner, S. 26 und 27.

³⁸ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 4 Ziff. 1.

³⁹ Schöll, S. 254.

⁴⁰ Vgl. Codex Judiciarii, Kap. XIX § 4 Ziff. 5.

dd) Ediktstage

Die Bekanntmachung enthielt eine Ladung⁴¹ der Gläubiger (Edictalcitation) zu einem Gerichtstag (Ediktstag). An dem ersten gerichtlichen Verhandlungstag, der nach 4 oder 6, bei größeren Konkursen 8 oder 12 Wochen nach der Bekanntmachung stattfinden sollte⁴², konnten diejenigen die der Auffassung waren, Ansprüche gegen den Schuldner zu haben, ihre Forderungen geltend machen. Außerdem war nach dem Codex Judiciarii auch der Schuldner vor Gericht zu zitieren. Hiermit sollte die Möglichkeit zur Verteidigung gegen etwaige von Gläubigern geltend gemachte Ansprüche gewährleistet sein. Da die Abwesenheit des Schuldners bei dem Verhandlungstag den gesamten Prozeß verhindern bzw. verzögern konnte, war gesetzlich festgelegt, daß „der Schuldner selbst oder wenn er nicht mehr bei Leben ist, seine Erben (...) entweder unter Augen (persönlich) oder bei ihrem häuslichen Anwesen vorzuladen seien.“⁴³ Gemäß der Aufforderung in der gerichtlichen Bekanntmachung bzw. Ladung hatten sich alle Gläubiger an dem vorgesehenen Gerichtstag einzufinden und ihre Forderungen anzumelden⁴⁴. Dies geschah grundsätzlich durch mündliche Erklärungen über Art und Höhe des Anspruchs zu Protokoll⁴⁵. Zur Beschleunigung des Verfahrens sollten schriftliche Erklärungen nur in Ausnahmefällen ermöglicht werden.

So heißt es im Codex Judiciarii:

„Soll man den Gläubigern oder ihren Anwälten weder bei dem ersten, noch zweiten Edictstage unnötige Weitläufigkeiten, oder schriftliche Verhandlungen gestatten, sondern sie sollen sich mit ihrer Nothdurft in möglichster Kürze ad protocollum vernehmen lassen, und wenn die Forderung oder Exception so beschaffen ist, daß sie einer weitläufigen Erzählung oder Ausführung bedarf, so ist sie in einem schriftlichen, statt mündlichen Receß zu bringen, dieser sodann als Beilage dahin zu übergeben, und sich mit wenigen Worten in dem Protokolle darauf zu beziehen.“⁴⁶

Vorzumerken waren auch Verbindlichkeiten des Schuldners, sofern sie noch unter einer Bedingung standen bzw. ein Präjudiz bezüglich des Anspruchs ausstand⁴⁷. Auch dies sollte der Beschleunigung des Verfahrens dienen. Kreittmayr führt in seinen Anmerkungen hierzu aus:

„Hängt zwar oft manche Forderung einer gewissen Bedingniß oder unausgemachten Präjudicial-Frage wegen noch in suspenso, und es scheint mithin freilich zu frühzeitig zu seyn, wenn man sich (...) damit meldet; nachdem aber der Conkurs-Prozeß einer solchen posthalber so lange nicht verschoben werden kann, bis etwa die Conditio existiret, und das Präjudic behoben ist, so will der Codex, man soll dergleichen Prätensionen nichtsdestoweniger, wie andere, jedoch nur eventuell der einstweiligen Vormerkung willen stellen.“⁴⁸

Sofern wegen der Vielzahl der Liquidanten oder anzumeldenden Forderungen ein Tag zur Erfassung der Ansprüche nicht ausreichte, war das Verfahren des ersten Ediktstages an den ihm folgenden Tagen fortzusetzen „bis von sämtlichen Gläubigern, welche

⁴¹ Näher hierzu: Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 414.

⁴² Vgl. Codex Judiciarii, Kap. XIX § 4 Ziff. 3.

⁴³ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 4 Ziff. 4.

⁴⁴ Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 420.

⁴⁵ Vgl. Schöll, S. 256.

⁴⁶ Codex Judiciarii, Kap. XIX, § 5 Ziff. 2.

⁴⁷ Schöll, S. 256; Bezüglich der Eventualanprüche wurde insoweit ein Vermerk angebracht.

⁴⁸ Kreittmayr, S. 624.

sich an dem ersten Tage gemeldet haben, Niemand mehr übrig ist.“⁴⁹

Der zweite Ediktstag, zu dem eine Ladung bereits mit der Bekanntmachung des ersten Ediktstages erging, hatte den Zweck, Einwendungen gegen die angemeldeten Forderungen vorzubringen⁵⁰. Diese konnten entweder den Anspruch als solchen oder aber dessen Vorrang gegenüber anderen Gläubigerforderungen betreffen. Das Bestreiten der angemeldeten Forderungen war sowohl den Schuldner als auch jedem einzelnen Gläubiger möglich. Letztere hatten hieran regelmäßig auch Interesse, da durch das Entfallen von Forderungen Dritter im Verfahren eigene Ansprüche leichter zur Befriedigung gelangen konnten⁵¹. Soweit der Schuldner zu dem zweiten Ediktstag nicht erschien, stritten die Gläubiger untereinander um ihre Forderungen⁵².

Der dritte Ediktstag, dessen Termin ebenfalls bereits mit der Bekanntmachung des ersten Verhandlungstages festgelegt war, diente dazu, die am vorherigen Ediktstag aufgekommenen rechtlichen Auseinandersetzungen durch Erwidierungen auf die Einwendungen und weitergehende Stellungnahmen auszutragen. Auch dies sollte "keineswegs durch ordentlichen Schriftwechsel, sondern nur vom Mund aus in die Feder mit möglichster Kürze oder mittels Uebergabe eines schriftlichen statt mündlichen Recesses geschehen."⁵³ Dem dritten Ediktstag kam überdies noch eine Bedeutung bezüglich des Beweises durch Zeugen zu⁵⁴. Für die Beibringung der Beweismittel und auch die Ladung von Zeugen war der Gläubiger allein verantwortlich. Der Richter wirkte hierauf nicht hin. „In dem Concursprozesse soll der Richter keiner Parthei den Beweis durch Vorbescheid auflegen, sondern jeder Gläubiger dießfalls seine Nothdurft selbst ohne Erwartung eines richterlichen Auftrages beobachten.“⁵⁵ Der Beweisführer war gehalten, bereits am ersten Ediktstag Beweisangebote zu unterbreiten, damit den Bestreitenden Gelegenheit blieb, Gegenbeweise anzutreten. Wurde dann die Forderung weiter bestritten, führte man sogleich am zweiten Ediktstag die notwendigen Zeugeneinvernahmen durch⁵⁶. Die Aussagen wurden dann am dritten Ediktstag „publiciert“. Eine Anhörung von Zeugen konnte in diesem Termin nur noch ausnahmsweise stattfinden, wenn ein Gegenbeweis entkräftet werden sollte oder der Beweisführer unter Eid versicherte, daß er von dem Anspruch oder Beweismittel „nicht eher Wissenschaft erlangt“ hatte.

⁴⁹ Codex Judicarii, Kap. XIX § 5 Ziff. 4; hierzu auch Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 427.

⁵⁰ Vgl. Schöll, S. 257.

⁵¹ Vgl. Kreittmayr, S. 625.

⁵² Die Bestellung eines Contradictor, dessen Aufgabe darin bestand, gewissermaßen als Stellvertreter des Schuldners Ansprüche der Gläubiger zu bestreiten, erfolgte im Gegensatz zu den Regelungen in anderen Gebieten außerhalb Bayerns nicht. Vgl. hierzu Kreittmayr, S. 625; Codex Judicarii, Kap. XIX § 18 Ziff. 11.

⁵³ Codex Judicarii, Kap. XIX § 7; vgl. auch Schöll, S. 257.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch Reisner, S. 45 und Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 437 ff.

⁵⁵ Codex Judicarii, Kap. XIX § 10 Ziff. 1.

⁵⁶ Schöll, S. 259.

ee) Prioritätsurteil

Aufgrund des Ergebnisses der Verhandlungen und Beweisaufnahmen im Rahmen der drei Ediktstage hatte der erkennende Richter ein Prioritätsurteil abzufassen⁵⁷. Dies beinhaltete eine Anerkennung der nach Auffassung des Gerichts bewiesenen Ansprüche in der Reihenfolge, in der eine Befriedigung der Forderungen erfolgen mußte. Gegen dieses Urteil war Rechtsmittel (Appellation) möglich.

ff) Präklusion

Wie bereits erwähnt, schrieb der Codex Judicarii das persönliche Erscheinen der Gläubiger bzw. ihrer Bevollmächtigten zu den Ediktsterminen vor. Versäumte ein Gläubiger dies, lief er Gefahr, seine Forderungen nicht mehr durchsetzen zu können, da ein etwaiges späteres Vorbringen zurückgewiesen werden konnte. Die Gefahr einer solchen Präklusion bestand auch in den Fällen, in denen ein Gläubiger die ihm zur Verfügung stehenden Beweise nicht - wie im Codex Judicarii vorgesehen - am ersten Ediktstag anbot oder Zeugen nicht rechtzeitig beibrachte. In diesen Fällen durfte das Gericht die Ausführungen des Gläubigers und seine Beweisangebote nicht mehr berücksichtigen, es sei denn der Gläubiger konnte darlegen, daß er ohne sein Verschulden am rechtzeitigen Vorbringen gehindert war.

gg) Verwaltung des Schuldnervermögens und Vertretung der Gläubiger

Sobald ein Konkurs beschlossen war, wurde das Vermögen des Schuldners beschlagnahmt. Unter Mitwirkung der Creditoren sowie etwaiger Sachverständiger wurde der Wert des vorhandenen Schuldnervermögens geschätzt. Ungeachtet dessen, ob der Konkursprozeß bereits beendet war, sollte ein Verkauf der verwertbaren Gegenstände und Immobilien stattfinden, sofern "anständige Käufer" zu finden waren⁵⁸. Um den Umfang des Vermögens feststellen und ein Inventar errichten zu können, konnte - auf Antrag der Gläubiger - der Schuldner dazu angehalten werden, Informationen über sein Vermögen zu geben und seine Angaben zu beedigen⁵⁹.

Der Gemeinschuldner hatte auch nach Eröffnung des Verfahrens bis zum Prioritätsurteil noch die Möglichkeit, die Fremdverwertung seines Vermögens abzuwenden. Dazu mußte er allerdings sämtliche Gläubiger befriedigen und die entstandenen Verfahrenskosten begleichen. Nach der Bayerischen Gerichtsordnung wurde dem Schuldner zur Stellung eines „anständigen Käufers“ eine bis zu sechsmonatige Frist eingeräumt⁶⁰.

Sofern das Vermögen des Gemeinschuldners umfangreich war, insbesondere wenn es aus Liegenschaften bestand, sollte der Richter einen „curator bonorum“ durch die Gläubiger bei Stimmenmehrheit wählen lassen⁶¹. Insofern mußte entweder der Richter oder ein Curator - der von Amts wegen ernannt werden konnte, wenn sich die Gläubiger

⁵⁷ Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 461; Schöll, S. 262 f.

⁵⁸ Kreittmayr, S. 635 und 636.

⁵⁹ Codex Judicarii, Kap. XIX § 20 Ziff. 1.

⁶⁰ Reisner, S. 80.

⁶¹ Schöll, S. 267.

nicht einigten – eine Inbesitznahme durchführen. Es galt durch diese Regelung Benachteiligungen von Gläubigern zu vermeiden, die dadurch entstehen konnten, daß entweder der Schuldner oder bestimmte Gläubiger unmittelbaren Zugriff auf das zur Verwertung anstehende Hab und Gut hatten⁶².

Dem Curator oblag es ein Inventar zu erstellen, das Vermögen während des Konkursprozesses zu verwalten, Forderungen des Gemeinschuldners beizutreiben und sich um die Verwertung der Aktivposten zu kümmern⁶³. Insofern ähnelte dessen Stellung der eines heutigen Insolvenzverwalters. Der „curator bonorum“ war den Gläubigern und dem Gericht gegenüber zur Rechenschaft verpflichtet. Eingenommene Gelder waren zu Händen des Gerichts abzuliefern. Zur Veräußerung von Sachen, die sich "ohne Schaden conserviren lassen"⁶⁴, bedurfte er der Zustimmung der Kreditoren. Sofern der zuständige Richter jemanden als „curator bonorum“ ausgewählt und ernannt hatte, durfte dieser die Übernahme des Amtes nicht ohne erheblichen Grund verweigern. Nachdem allerdings im Codex Judiciarii eingeführt wurde, daß dem Curator für seine "Mühewaltung eine verhältnismäßige Belohnung“ zustand, welche ihm die Obrigkeit, „im Falle er sich mit den Creditoren nicht darüber vergleichen kann, der Billigkeit nach“⁶⁵ zusprechen konnte, bedurfte es des gerichtlichen Zwangs im Gegensatz zu früheren Zeiten nicht mehr⁶⁶. Auf Veranlassung der Gläubiger konnte der bestellte Curator bei Verstößen gegen seine Pflichten durch Mehrheitsbeschluß abgewählt werden⁶⁷. Ferner war der „curator bonorum“ für durch seine Verfehlungen entstehenden Schaden den Gläubigern ersatzpflichtig⁶⁸.

hh) Verteilung

Sobald aus der Verwertung des Schuldnervermögens Erlöse erzielt wurden, waren diese "unter die Gläubiger der Ordnung und dem Prioritätserkenntnis nach“⁶⁹ zu verteilen, soweit die erlangten Gelder reichten. Grundsätzlich sollten nach dem Codex Judiciarii allerdings während des laufenden Verfahrens keine Abschlagszahlungen an Gläubiger vorgenommen werden. Eine Ausnahme hiervon bestand für bedürftige Creditoren, soweit hierdurch privilegiertere Gläubiger nicht benachteiligt wurden, oder eine Gefahr des Verlustes von Forderungen drohte. Für die als bedingte Forderungen vorgemerkten Ansprüche wurden zur späteren Auskehrung Gelder einbehalten. Soweit hierdurch eine Auszahlung der Erlöse an nachrangige Gläubiger zeitweise verhindert wurde, hatten diese jedoch die Möglichkeit, durch Leistung einer Kautions zur Sicherung der bedingten Forderungen eine Auszahlung an sich zu verlangen⁷⁰.

Für den Fall, daß sich kein Käufer fand, der für die Vermögenswerte des Schuldners einen angemessenen Preis zahlte, sah das Gesetz vor, daß derjenige Gläubiger, der die letzte Rangstelle einnahm, die Güter des Gemeinschuldners zugesprochen bekam.

⁶² Vgl. Kreittmayr, S. 636-639.

⁶³ Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 480.

⁶⁴ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 18 Ziff. 4.

⁶⁵ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 18 Ziff. 9.

⁶⁶ Kreittmayr, S. 638.

⁶⁷ Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 482.

⁶⁸ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 18 Ziff. 8.

⁶⁹ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 17 Ziff. 1.

⁷⁰ Vgl. Kreittmayr, S. 636.

Voraussetzung hierfür war allerdings, daß er die Forderungen sämtlicher ihm vorgehenden Creditoren befriedigen mußte. Schlug er diese Möglichkeit aus, verlor er seine Forderung und der ihm unmittelbar vorgehende Gläubiger erhielt die gleiche Wahl, nachdem zuvor nochmals ein weiterer Versuch zum freihändigen Verkauf unternommen worden war⁷¹.

Im Falle eines Nachlaßkonkurses gewährte das Gesetz der Witwe des Erblassers eine "Alimentation nach Gestalt ihres Standes, Heirathsgutes und des Mannes Verlassenschaft", soweit sie nicht selbst in der Lage war, für ihren Unterhalt zu sorgen⁷². Der Hinterbliebenen sollte auch der Besitz des zurückgelassenen Hab und Guts während des Konkursverfahrens nicht entzogen werden. Es bestand allerdings gegenüber den Gläubigern die Verpflichtung jederzeit Rechenschaft über die erhaltenen Leistungen abzulegen. Soweit der Ehegatte des Erblassers auch als Gläubiger im Rahmen des Konkursverfahrens berücksichtigt wurde, mußte sich dieser die erhaltenen bzw. entnommenen Unterhaltsleistungen anrechnen lassen⁷³.

Die Frage, was mit Forderungen geschehen solle, die entweder nicht angemeldet oder bei der Verteilung nicht berücksichtigt wurden, regelte Kap. XIX § 20 Nr. 3 des Codex Judiciarii. Demnach sollte der Regreß gegen den Schuldner vorbehalten bleiben, sofern dieser "mit der Zeit wieder zu Kräften kommt". Der Schuldner haftete dann auch mit seinem hinzuerworbenen Vermögen. Der Regreß blieb im übrigen auch gegen einen etwaigen Dritten möglich, der für Verbindlichkeiten des Schuldners haftete⁷⁴. Allerdings erloschen durch das Konkursverfahren etwaige vorherige Hypotheken.

b) Materielles Insolvenzrecht

Obwohl zur Zeit des Codex Judiciarii keine allzu saubere Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Recht durchgeführt wurde, ist dennoch festzustellen, daß der Schwerpunkt des damaligen materiellen Insolvenzrechts im XX. Kapitel dieses Gesetzbuchs geregelt war.

aa) Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen

Im XIX. Kapitel enthielt der Codex Judiciarii Vorschriften über die Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften des Schuldners vor und nach Beginn des Insolvenzverfahrens. Verfügungen und Leistungen des Schuldners "nach angefangenem Generalconcurse" waren als nichtig anzusehen. Ebenfalls "von gar keiner Kraft" waren Rechtshandlungen des Schuldners nach Erlaß eines "obrigkeitlichen Verbotes"⁷⁵, was dem heutigen vorläufigen Veräußerungs- und Verfügungsverbot entsprach. In diesen Fällen konnten sich sowohl der bestellte „curator bonorum“ als auch jeder der beteiligten Gläubiger auf die Unwirksamkeit berufen und Rückgängigmachung der Leistungen und Verfügungen verlangen.

⁷¹ Diese Regelung, die als Subhastation bezeichnet wurde, findet sich in Kap. XIX § 17 Ziff. 2 Codex Judiciarii.

⁷² Seuffert, J.A., Bd. IV, S. 495.

⁷³ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 19 Ziff. 6.

⁷⁴ Vgl. Kreittmayr, S. 642.

⁷⁵ Codex Judiciarii, Kap. XIX § 19 Ziff. 4.

Für Leistungen, die der Schuldner vor Eröffnung des Konkurses oder vor Erlaß eines obrigkeitlichen Verbots gegenüber anderen Gläubigern erbrachte, bestand eine differenziertere Regelung. Hier durfte die Anfechtung lediglich durch die "älteren oder gleichprivilegierten „creditoribus hypothecarius" erfolgen⁷⁶. Gläubiger, die kein gleichrangiges oder älteres Unterpfang hatten als die von dem Schuldner bevorzugten Gläubiger, konnten sich nicht ohne weiteres auf die Unwirksamkeit der Rechtshandlung ihnen gegenüber berufen. Dies sollte lediglich dann möglich sein, wenn sich aus den Umständen der Handlung des Schuldners ergab, daß diese in unredlicher oder gefährlicher Weise zu ihrem Schaden vorgenommen wurde.

Sofern der begünstigte Gläubiger und neue Besitzer der veräußerten Sache zumindest zu einem gewissen Teil mit dem Schuldner kollusiv zusammenwirkte, sollte ihm ein Ersatzanspruch für die herauszugebende Sache nicht zustehen. Voraussetzung für den Widerruf der Rechtshandlung war auch für die erstgenannten Gläubiger, daß die veräußerte Sache noch "in natura" vorhanden war und ein Anspruch hierauf nach dem Landesgebrauch noch nicht durch Ersitzung oder Verjährung verloren gegangen war⁷⁷.

bb) Aussonderung (ius separationis)

Das XX. Kapitel des Codex Juris Bavarici Judiciarii handelte "von dem Prioritätsrechte der Gläubiger, den verschiedenen Klassen derselben und dem iure separationis" und regelte die Frage von Aussonderungsrechten sowie die Rangfolge der Gläubigerforderungen. Die später bei Entstehung der Reichskonkursordnung durchgeführte Differenzierung und begriffliche Unterscheidung zwischen Aus- und Absonderungsrechten gab es im bayerischen Insolvenzrecht noch nicht. Diejenigen, die ein "jus separationis" geltend machen konnten, mußten sich nicht mit anderen Gläubigern in das Konkursverfahren einlassen⁷⁸. Insoweit sah bereits das ältere bayerische Recht vor, daß diejenigen, die sich darauf berufen konnten, daß ein Vermögensgegenstand im Besitz des Schuldners ihnen zustehe, ihr Recht auf Befriedigung aus der Sache oder Herausgabe des Gegenstandes nicht im Konkurs geltend zu machen brauchten⁷⁹. Es galt aber der Grundsatz, daß entsprechende Rechte bei der Obrigkeit anzumelden waren. Die eigenmächtige Besitzverschaffung war unzulässig.

Im Rahmen des iuris separationis ordinarii zählte der Codex „hinterlegte, verpfändete, verpachtete, geliehene, entwendete oder mit Gewalt abgenommene Sachen" auf. Auch Kommissionswaren und unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Güter fielen hierunter. Ein jus separationis bestand außerdem zugunsten von Kindern an Gütern, die mütterlicherseits ererbt waren. Voraussetzung für die Aussonderungsmöglichkeit war allerdings, daß der Gegenstand als solcher noch vorhanden war oder daß das für ihn erlangte Geld noch nicht mit anderem Geld vermischt war. Das Recht auf Trennung von

⁷⁶ Vgl. Schöll, S. 269.

⁷⁷ Vgl. Kreittmayr, S. 639 und 640; Codex Judiciarii, Kap. XIX § 19 Ziff. 1 und 2.

⁷⁸ Vgl. Codex Judiciarii, Kap. XIX § 5 Ziff. 1 und Kap. XX § 16.

⁷⁹ Kreittmayr führt in seinen Anmerkungen zu § 16 Codex Judiciarii, S. 676 aus: "Der Effect von dem Separationsrecht bestehet darin, daß derjenige, welcher sich dessen zu erfreuen hat, das Seinige besonders fordern kann, und sich mit anderen Gläubigern über die Priorität herumschlagen nicht genöthigt ist. Es gehören auch daher dergleichen Prätendenten eigentlich nicht unter die Anzahl der Gläubiger, (...) denn der Schuldner muß mit seinem und nicht mit fremden Gute bezahlen, und es kann also das, was nicht ihm, sondern Andern eigen ist, unter die Gantmasse nicht gezogen werden."

dem sonstigen Vermögen des Schuldners und Herausgabe erstreckte sich auch auf Früchte, die aus dem eigentlich auszusondernden Gegenstand gezogen wurden, jedoch ebenso nur insoweit, als die Früchte noch in Natur vorhanden waren⁸⁰.

Vermieden werden sollte im Konkursverfahren eine Auseinandersetzung der Ehefrau des Schuldners mit anderen Gläubigern über Vermögenswerte, die sie selbst in die Ehe gebracht hatte. Insoweit wurde der Ehefrau zugestanden, sämtliche Heiratsgüter und vorbehaltenen Sachen und außerdem den ihr gebührenden Anteil an den Hochzeitsgeschenken und am Hausrat aus dem Schuldnervermögen auszusondern. Dieses Recht umfaßte auch die Vermögenswerte, die von dem ursprünglichen Heiratsgut angeschafft worden waren. Hierfür war allerdings regelmäßig die Ehefrau beweispflichtig⁸¹. Bezüglich der von dem Ehemann angeschafften beweglichen Sachen sowie der Morgengabe, dem Witwensitz sowie dem Mahl- oder Brautschatz, mußte sich die Ehefrau hinsichtlich hieraus resultierender Forderungen grundsätzlich mit anderen Gläubigern in den Konkurs einlassen⁸². Dies beruhte auf einer Vermutung dahingehend, daß entsprechende Wertgegenstände grundsätzlich zunächst von dem Ehemann angeschafft worden waren, bevor sie an die Ehegattin weitergegeben wurden⁸³.

Ein jus separationis bestand ferner an sogenannten "ewigen Geldern". Bei diesem Statuarrecht der Stadt München handelte es sich um ein Rechtsinstitut des Rentenkaufs. Das Ewiggeld bestand in einer jährlichen Geldleistung, die auf einer Immobilie in der Art ruhte, daß nur diese, nicht aber die Person des Besitzers das verpflichtete und haftende Subjekt war. Auf Einzelheiten hierzu soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden, da es sich um eine besondere Rechtsfigur handelte, die für Bayern im übrigen nicht repräsentativ war⁸⁴.

Eine weitere Art von Separationsrecht war das "jus separationis extra ordinarium". Dieses diente dem Zweck, das im Konkurs befindliche Vermögen eines Erblassers von dem seines ebenfalls insolventen Erben zu trennen, damit nicht eine Vermischung der verschiedenen zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehenden Mittel stattfinden konnte. Dieses Recht mußte bei der "ordentlichen Obrigkeit" des Erben geltend gemacht werden. Berechtigt hierzu waren grundsätzlich nur die Gläubiger des Erblassers⁸⁵.

Ausdrücklich im Codex Judicarii geregelt und als "Jus quasi separationis" bezeichnet war außerdem, daß eine bereits mit einer Hypothek oder einem Pfandrecht belastete Sache, die in den Besitz des späteren Insolvenzschuldners überging, nicht zur Befriedigung der Gläubiger im Konkurs dienen sollte, sondern der Pfandrechts- oder Hypothekgläubiger ungeachtet dessen, ob der Schuldner Verbindlichkeiten ihm gegenüber hatte, die Sache zur Befriedigung verwerten durfte⁸⁶.

⁸⁰ Codex Judicarii, Kap. XX § 16 Nr. 7 und 8.

⁸¹ Vgl. Kreittmayr, S. 680.

⁸² Codex Judicarii, Kap. XX § 16 Nr. 5; zu den Ausnahmen später: S. 16 u. 17.

⁸³ Dies scheint seinerzeit selbstverständlich gewesen zu sein. So führt Kreittmayr in seinen Anmerkungen, S. 680 aus: "(...) so ergibt sich von selbst, daß sie [die Frau] in diesem Stücke kein jus separationis präntendieren kann, sondern sich in concursu mit anderen Gläubigern einzulassen schuldig ist(...)"

⁸⁴ Weiterführend hierzu: Reisner, S. 92 ff.

⁸⁵ Vgl. Kreittmayr, S. 682 ff.

⁸⁶ Vgl. Codex Judicarii, Kap. XX § 19.

cc) System der Rangfolge von Masse- und Konkursgläubigern

Die Bayerische Gerichtsordnung regelte die Rangfolge der Konkursgläubiger untereinander durch eine Einteilung in zehn verschiedene Klassen, auf die im folgenden eingegangen werden soll. Zunächst stellte jedoch § 1 des XX. Kapitels des Codex den Grundsatz auf, daß - soweit keine der im Gesetz aufgeführten ausdrücklichen Ausnahmen greift - ein Gläubiger, der einen in einer vorhergehenden Klasse einzuordnenden Anspruch hat, dem der nachfolgenden Kategorie vorgezogen wird. Innerhalb einer Rangklasse bestimmte sich die Priorität nach dem Alter der Forderung⁸⁷, sofern sie im gleichen Sachzusammenhang standen. Hier wird die Regelung des Kapitel XX § 1 Codex Judiciarii dahingehend erläutert, daß der Vorzug nach dem Alter der Forderung dann nicht gilt, wenn beispielsweise für den Bau zweier verschiedener Häuser Verbindlichkeiten entstanden sind. Dann handele es sich nicht um die gleiche Sache, weshalb es nicht darauf ankomme, wann die Forderung jeweils gegen den Schuldner entstanden ist⁸⁸. War eine Prioritätsfolge nach dem Alter der Obligation nicht zu bestimmen, so fand eine quotenmäßige Befriedigung nach dem Verhältnis der Forderungen "pro rata debiti" statt.

Als erstes zu befriedigen waren nach dem Codex die im Verfahren entstehenden Gerichtskosten⁸⁹. Hierzu rechneten nicht die lediglich einem einzelnen Gläubiger entstandenen Kosten, sondern nur diejenigen, von denen sämtliche Gläubiger in ihrer Gesamtheit betroffen waren. Zu beachten war außerdem, daß über die Kosten ein Verzeichnis anzulegen war, in dem die einzelnen Posten der Auslagen gesondert aufgeführt wurden, um eine eventuelle Nachprüfung im Rahmen etwaiger Beschwerden zu ermöglichen⁹⁰.

Die Bayerische Gerichtsordnung berücksichtigte als nächstes – in der zweiten Klasse – die sogenannten Funeralkosten im Falle eines Versterbens des früheren Inhabers des Insolvenzvermögens. Dies beinhaltete die Kosten für ein standesgemäßes Begräbnis und die Abhaltung eines Gottesdienstes⁹¹. Bei der Frage der Angemessenheit der Kosten waren des "Abgestorbenen Stand, Herkommen und Menge der Schulden" zu berücksichtigen. Übertriebene Aufwendungen, Trauerkleidung und Kosten für das "Todtenmahl" gehörten nicht zu den bevorrechtigten Forderungen⁹².

Im Rang gleichgestellt waren die Kosten für eine eventuelle ärztliche Behandlung vor dem Versterben der überschuldeten Person. Dies war jedoch nur dann der Fall, sofern die Behandlung mit der Krankheit im Zusammenhang stand, an der der Schuldner letztlich verstarb. Ebenso konnten an dieser Stelle Apotheker die Kosten für die Arzneien geltend machen, die dem Schuldner noch vor seinem Versterben zur Heilung verabreicht worden waren. "Was aber der Apotheker an Zucker, Gewürz und Näschereien mehr zur Lust, als nothwendigen Arznei und Labung wissentlich und vorsätzlich liefert, wird über die Currentposten verwiesen"⁹³ und konnte nur als allgemeine Insolvenzforderung ohne besonderes Vorrecht verfolgt werden.

⁸⁷ Schöll, S. 272.

⁸⁸ Vgl. hierzu Kreittmayr, S. 645.

⁸⁹ Entsprechend den heutigen Massekosten.

⁹⁰ Vgl. hierzu Codex Judiciarii, Kap. XX § 2; Reisner, S. 47, 48.

⁹¹ Vgl. auch: Schöll, S. 273.

⁹² Vgl. Codex Judiciarii, Kap. XX § 3 Nr.1.

⁹³ Codex Judiciarii, Kap. XX Ziff. 2; Reisner, S. 48.

In der dritten Kategorie der Rangfolge befand sich der verdiente "Liedlohn, welchen der Mann mit seinem Pfluge oder Vieh entweder selbst oder durch gedingte Ehehalten verdient."⁹⁴ Gleichgestellt waren die Forderungen von Dienern, Tagelöhnern oder Handwerksleuten gegenüber dem Dienstherrn bzw. Besteller⁹⁵. Diese vorrangig zu berücksichtigenden Ansprüche waren jedoch auf den rückständigen Lohn für das letzte Jahr beschränkt.

Eine nächstrangige Befriedigung erfolgte zu Gunsten derjenigen Gläubiger, die zur Errichtung oder Erhaltung eines Gebäudes oder anderer Sachen Geld oder Baumaterial vorgestreckt hatten, sofern dieses auch tatsächlich zu dem genannten Zweck Verwendung fand. Ebenfalls an die vierte Stelle gesetzt, waren die vom Schuldner abzuführenden Vogteigilten⁹⁶.

Soweit ein Gläubiger zum Bau einer Immobilie oder Kauf eines Grundstücks (nicht zur Renovierung bzw. Neuerrichtung) ein Darlehen gewährte, war er gehalten, seine Forderung durch eine Hypothek sichern zu lassen, damit er das Vorrecht der vierten Klasse geltend machen konnte. Die Bayerische Gerichtsordnung stellte allerdings für diese Regel noch die Ausnahme auf, daß aus "Mündelgeldern, Vormundschaften, von Kirchen, Spitälern oder Gemeinden" stammende Darlehen eine Bevorzugung erfuhren, da insoweit ohne ausdrückliche Bestellung einer Sicherheit an dem neu erbauten Haus oder gekauften Gegenstand ein stillschweigendes Pfandrecht entstand⁹⁷.

Ein Vorrecht der vierten Klasse konnten ebenfalls Grundherren wegen ihrer grundherrlichen Forderungen beanspruchen. Dabei wurde zu Gunsten des Grundherrn von einer stillschweigenden Verpfändung der Feldfrüchte auf dem Gute des Schuldners ausgegangen. Es bestand allerdings die Einschränkung, daß der Grundherr nur dann damit zum Zuge kommen sollte, sofern keine früher entstandenen Pfandrechte hiermit kollidierten. Diese sollten dann vorgehen. Die Ansprüche des Grundherrn waren außerdem auf den letzten Zeitraum beschränkt, für den die Gilt geschuldet war. Dies war grundsätzlich für ein Jahr, ausnahmsweise bis zu drei Jahre. Soweit Ansprüche des Grundherrn für einen länger als drei Jahre zurückliegenden Zeitraum bestanden, konnte man diese nur durchsetzen, wenn nachgewiesen war, daß der Schuldner durch Hagel, Brand oder Viehseuchen gehindert war, seinen Verpflichtungen nachzukommen⁹⁸. Zu den Vorrechten der vierten Klasse rechnete ferner das dem Schuldner "vorgeliehene Saamgetreide" und das zu seinem Erwerb vorgestreckte Geld, sofern dies tatsächlich zur Landwirtschaft benutzt wurde und die Felder damit besät worden waren. In diesem Fall sollte an den Feldfrüchten des selben Jahren eine stillschweigende Hypothek bestehen und der Gläubiger ein Vorzugsrecht sogar vor dem Grundherrn genießen⁹⁹.

Privilegiert waren auch alle "ordentlichen und außerordentlichen Landsteuern", die der Schuldner zu zahlen hatte. Die Praxis verstand hierunter alles, „was man der Landes-Herrschaft abzureichen“ hatte und ließ insoweit dem Fiskus ein Vorrecht zukommen¹⁰⁰. Die Besteuerung war eine wesentliche Einwirkung des bayerischen Staates auf die Privatwirtschaft. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts stellte die Grundsteuer, die

⁹⁴ Codex Judiciarii, Kap. XX § 4.

⁹⁵ Schöll, S. 275.

⁹⁶ Codex Judiciarii, Kap. XX § 5 Ziff. 8.

⁹⁷ Vgl. Reisner, S. 50; Codex Judiciarii, Kap. XX § 5 Ziff. 6.

⁹⁸ Codex Judiciarii, Kap. XX § 5 Ziff. 7; vgl. Reisner, S. 50 und 51.

⁹⁹ Codex Judiciarii, Kap. XX § 5 Ziff. 3.

¹⁰⁰ Vgl. Kreittmayr, S. 646.

größtenteils von der Landwirtschaft getragen wurde, mehr als 2/3 der direkten Steuereinnahmen dar. Demgegenüber spielte die neu eingeführte Gewerbesteuer nur eine untergeordnete Rolle. Unter den indirekten Steuern war am bedeutendsten der 1807 in ganz Bayern eingeführte Malzaufschlag, der das Bier verteuerte und zur Tilgung der Staatsschuld dienen sollte¹⁰¹. Den Gemeinden stand es außerdem ab 1818 zu, ihrerseits Zuschläge zu den indirekten Staatssteuern zu erheben¹⁰².

Soweit der Ehefrau des Schuldners kein "Jus separationis"¹⁰³ zustand, mußte sie sich - wie bereits erwähnt - in den Konkurs mit anderen Gläubigern einlassen. Hierbei wurde ihr aber in der Rangfolge ein Vorrecht der fünften Klasse eingeräumt. Der Ehefrau des Schuldners konnte statt eines Vorzugsrechts ein stillschweigendes Unterpfand an dem Heiratsgut, der Morgengabe¹⁰⁴, der sogenannten Wiederlage¹⁰⁵ sowie anderen Gegenständen, die sie in die Ehe gebracht hatte, zustehen¹⁰⁶. Voraussetzung für das Vorrecht der Ehefrau war allerdings, daß keinem Gläubiger vor der Hochzeit und vor dem Versprechen eines Heiratsgutes durch den Schuldner dessen Hab und Gut ausdrücklich verpfändet worden war¹⁰⁷. Die Ehefrau mußte außerdem nachweisen, daß - entgegen der Vermutungsregel des § 16 Ziff. 5 die Gegenstände, für die sie Ansprüche geltend machte bzw. das Heiratsgut tatsächlich von ihr eingebracht worden waren. Hierfür legte das Gesetz zu Gunsten der Ehefrau verschiedene Beweisregeln fest, um ihr den Nachweis zu erleichtern¹⁰⁸. Die Bayerische Gerichtsordnung schränkte die Rechte der Ehefrau allerdings dahingehend ein, daß sie ihre Vorrechte nicht geltend machen konnte, wenn sie durch Schuldübernahme oder Bürgschaft für die Verbindlichkeiten des Mannes mithaftete oder wenn ihr zur Last fiel, durch "üble Hauswirtschaft" Schuld an dem Vermögensverfall des Ehemannes zu haben¹⁰⁹.

Als Gläubiger der sechsten Klasse konnten Mündel und minderjährige Kinder ihre Ansprüche gegen den in Insolvenz geratenen Vermögenspfleger bzw. Vormund ihres Vermögens geltend machen¹¹⁰. Gleichrangig wurden die Kirchen, Spitäler, Almosenämter, Städte, Märkte, staatlich genehmigte Kommunen und Bruderschaften mit ihren Forderungen gegen den jeweiligen Verwalter der Institution behandelt¹¹¹.

In der nächsten - der siebten - Klasse war dem Fiskus die Geltendmachung von Ansprüchen vorbehalten, die er aufgrund eines Vertrags mit dem Schuldner oder einer von diesem anvertrauten Verwaltung erworben hatte. Der Codex Judiciarii bestimmte hier allerdings noch ausdrücklich, daß der Staatskasse grundsätzlich gegenüber älteren Hypothekengläubigern kein Vorzugsrecht zustand. Eine Bevorzugung des Fiskus sollte nur dann stattfinden, wenn eine anderweitige Hypothek zu Gunsten eines Dritten erst

¹⁰¹ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 785; zur Struktur des Steuer- und Einnahmenaufkommens der Staaten auch: Henning, S. 272; Zorn, S. 177.

¹⁰² Näher zu den Einnahmequellen der Gemeinden: Henning, S. 275 f.

¹⁰³ Hierzu oben B. I. Teil: I. 2. b) bb).

¹⁰⁴ "Morgengabe ist die Beehrung, welche die Frau ihrer Jungfrauschaft halber von dem Manne empfängt", Kreittmayr, S. 651.

¹⁰⁵ „Die Wiederlage ist das, was die Frau zur Sicherung und Kompensation des eingebrachten Heiratsgutes erlangt“. Vgl. Kreittmayr, S. 651.

¹⁰⁶ Vgl. Kreittmayr, S. 651 - 653.

¹⁰⁷ Vgl. Reisner, S. 51.

¹⁰⁸ Vgl. Codex Judiciarii, Kap. XX § 6 Ziff. 5.

¹⁰⁹ Kreittmayr, S. 653 und 654; Codex Judiciarii, Kap. XX § 6 Ziff. 4.

¹¹⁰ Codex Judiciarii, Kap. XX § 7.

¹¹¹ Schöll, S. 278.

nach Begründung der Forderungen der Staatskasse entstand. Gegenüber Hypothekarforderungen anderer Gläubiger waren generell auch Forderungen des Fiskus wegen Strafgeldern, Erbschaften des Staates, Steuern, Aufschlägen und dergleichen nachrangig¹¹². Der Codex Judicarii gab insoweit noch die ausdrückliche Empfehlung, daß bezüglich der Verbindlichkeiten gegenüber der Landesherrschaft "aller mögliche Fleiß auf die Beitreibung der Reste verwendet, (...) auch von den Justiz-Dicasterien mit (...) wirklicher Execution auf Begehren an die Hand gegangen werden"¹¹³ soll.

In der achten Kategorie befanden sich die Gläubiger, die nicht bereits kraft Gesetzes ihre Forderungen bevorzugt durchsetzen konnten, sich jedoch zur Sicherung ihrer Ansprüche entweder eine General- oder Spezialhypothek an Vermögenswerten den Schuldners hatten bestellen lassen. Außerdem gehörten durch Faustpfänder¹¹⁴ gesicherte Ansprüche hierher.

Das Grundprinzip, das der Codex Judicarii in Kapitel XX § 8 aufstellte, ging dahin, daß bei den ausdrücklich bestellten Hypotheken die Priorität sich wiederum nach der zeitlichen Reihenfolge bestimmte. Die ältere ging grundsätzlich der jüngeren vor. Etwas kompliziert gestaltete die Vorschrift das Verhältnis zu Forderungen der sonstigen Klassen. War eine Schuld, für die eine ausdrückliche Hypothek bestand, älter als eine der in der fünften, sechsten oder siebten Stelle einzuordnende Forderung, so ging erstere diesen vor. Ansprüche in der ersten bis vierten Klasse konnte die ausdrücklich bestellte Hypothek jedoch nicht verdrängen¹¹⁵. Die Vorschrift regelte nicht nur die Frage der Rangfolge der "ausdrücklichen Hypothek" im Verhältnis zu anderen Rechten, sondern auch die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen für deren Entstehen, was wiederum bedeutsam für den Zeitpunkt der Bestellung und somit für die Priorität nach dem Alter war. Das ältere bayerische Recht machte hier noch einen Unterschied zwischen einfachen Leuten und höher gestellten Persönlichkeiten, wie Adeligen, ihnen gleichgestellten Doktoren, Räten und vornehmen Beamten. Letztere konnten eine Hypothek oder Pfandverschreibung formell wirksam selbst errichten. Erstere waren, da sie "keine siegelmäßige Person" waren, darauf angewiesen, eine Verschreibung ihrer Güter "vor der ordentlichen Obrigkeit" vorzunehmen¹¹⁶.

Neben ausdrücklichen gab es die bereits erwähnten stillschweigenden (gesetzlich begründeten) Pfandschaften. Die sogenannten stillschweigenden Hypotheken waren entweder privilegiert oder unprivilegiert¹¹⁷. Man hatte zu unterscheiden, ob sie bezüglich ihrer Entstehung bevorzugt waren oder neben der Entstehung auch bezüglich des Ranges. Letztere waren die in der ersten bis siebten Klasse erwähnten, während die andere Gruppe in der achten Kategorie eingeordnet war und innerhalb dieser

¹¹² Vgl. Codex Judicarii, Kap. XX § 8 Ziff. 2-8.

¹¹³ Codex Judicarii, Kap. XX § 8 Ziff. 9.

¹¹⁴ Hinsichtlich des für die Rangfolge maßgeblichen Zeitpunkts der Entstehung kam es bei diesen auf die Übergabe des Pfandgegenstands an.

¹¹⁵ Vgl. Reisner, S. 55, 56.

¹¹⁶ "Die Ursache, warum man hypothecas judiciales et publicas den privatis vorziehet, besteht hauptsächlich darin, daß in den letztern leicht das Datum zurückgesetzt und andere dergleichen zum Präjudiz der älteren Gläubiger gereichenden Gefährden gespielt werden können (...) Da nun aber dieses von siegelmäßigen und distinguirten Personen nicht so leicht zu vermuthen ist, so hält man ihre Verschreibung und Versicherung propter exuberantiam bonae fidei den Obrigkeitlichen in diesem Stücke gleich"; Kreittmayr, S. 663; Vgl. Codex Judicarii, Kap. XX § 9 Ziff.4; eingehender zu den formellen Voraussetzungen zur Errichtung einer ausdrücklichen Hypothek: Kreittmayr, S. 660 ff. und Reisner, S. 56 ff.

¹¹⁷ Vgl. Codex Judicarii, Kap. XX § 10.

Rangposition allein das Alter der Forderung entschied. Unter die "stillschweigenden unbefreiten Hypothekgläubiger" fiel u.a. der Hausverpächter mit seinem Verpächter- bzw. Vermieterpfandrecht. Er sollte allerdings nur berechtigt sein, sich für den "Hauszins" eines einzigen Jahrgangs an dieser Stelle zu befriedigen. Ebenso eine stillschweigende Hypothek der achten Klasse stand dem Handwerksmann für "das Gut, woran er Hand angelegt hat, für seinen gebührenden Lohn", entsprechend einem Werkunternehmerpfandrecht zu¹¹⁸. Weitere stillschweigende Hypotheken in diesem Rang sollten Kindern am Vermögen des Vaters zustehen - soweit dieser von mütterlicher Seite herrührende Güter verwaltet und verbraucht hatte¹¹⁹ - sowie an Vermächtnissen. Ungeachtet ihrer Hypothek standen die letztgenannten jedoch sämtlichen anderen Gläubigern nach¹²⁰.

Die neunte Klasse bildeten Pfandverschreibungen, welche von Bürgern vor einem Notar oder einer siegelmäßigen Person errichtet worden waren. Diese waren im Gegensatz zu Pfandverschreibungen von Bauersleuten wirksam, mußten jedoch den oben erwähnten ausdrücklichen Hypotheken ohne Berücksichtigung ihres Alters ausweichen und gehörten in die neunte Stelle¹²¹.

In die zehnte Klasse fielen schließlich die Gläubiger, die keine gesicherten Forderungen gegen den Schuldner hatten. Im einzelnen in der zehnten Klasse privilegiert waren Städte, Märkte und Gemeinden, Darlehensgeber und Forderungen der Verlobten an dem ihrem Bräutigam vor Eingehung und Vollzug der Ehe übergebenen Heiratsgut, sofern der Bräutigam in Vermögensverfall geraten war. Bei der Berücksichtigung der Rangfolge dieser Konkursforderungen untereinander war nicht das Alter, sondern die eben genannte Reihenfolge maßgeblich¹²².

Zuletzt berücksichtigt wurden die übrig bleibenden "gemeinen Currentgläubiger", die man auch als "Chirographarii" bezeichnete. Sofern diese noch zum Zuge kamen, waren diese nicht nach dem Alter ihrer Forderung, sondern verhältnismäßig (pro rata) zu befriedigen¹²³.

Die Frage, in welchem Umfang Nebenforderungen wie zum Beispiel Zinsen auf die Hauptforderung vom Konkursgläubiger geltend gemacht werden konnten und an welcher Stelle diese zu berücksichtigen waren, wurde bereits durch den Codex Judicarii in der Weise geregelt, daß alle nach Konkurseröffnung angefallenen Nebenforderungen an gleicher Stelle zu berücksichtigen waren wie die Hauptforderung. Auch Zinsen vor Beginn des Konkurses sollten berücksichtigt werden, sofern der Gläubiger diese jedes Jahr erneut vor der Obrigkeit eingeklagt hatte. War dies nicht der Fall, wurde nur ein Jahreszins an dieser Stelle anerkannt. Weitergehende Zinsansprüche waren nicht bevorrechtigte Forderungen¹²⁴.

Erwähnenswert ist noch eine besondere Vorschrift der Bayerischen Gerichtsordnung, die dem nachrangigen Pfandgläubiger ermöglichte, einen vorstehenden Pfandgläubiger

¹¹⁸ Schöll, S. 283.

¹¹⁹ Codex Judicarii, Kap. XX § 11 Ziff. 4.

¹²⁰ Vgl. Kreittmayr, S. 663 – 668.

¹²¹ Vgl. Schöll, S. 283.

¹²² Vgl. Codex Judicarii, Kap. XX § 12 Ziff. 7.

¹²³ Codex Judicarii, Kap. XX § 15.

¹²⁴ Reisner, S. 58; Codex Judicarii, Kap. XX § 13.

mit seiner Forderung zu befriedigen und dadurch seine Rangstelle zu erwerben¹²⁵. Dies konnte dann sinnvoll sein, wenn ein weniger privilegierter Gläubiger befürchten mußte, mit seiner Forderung auszufallen. Durch den Kauf der besseren Rangstelle konnte er sich eventuell zumindest teilweise schadlos halten. Voraussetzung hierfür war allerdings, daß ein kompletter Forderungsausfall einen größeren Nachteil für ihn darstellte, als der Kauf der privilegierteren Forderung, sofern dort eine Leistung an ihn zu erwarten war.

3. Kritik am "Codex Juris Bavarici Judiciarii"

Kreittmayr, der geistige Vater des Codex Judiciarii, war überzeugt davon, ein zeitgemäßes und überzeugendes Gesetzeswerk geschaffen zu haben. In seiner Vorrede zu den Anmerkungen über den Codex Juris Bavarici Judiciarii führte er aus:

"Durch ein deutliches, vollständiges und ordentliches Gesetz-Buch wie (...) auch der Codex Judiciarius in suo genere ist, fallen (...) Beschwerden größten Theils hinweg. Zeit, Mühe und Kosten bleiben erspart, und man kommt auf dem geradesten und kürzesten Wege gar leicht dahin, was man vorher mit sauerem Schweiß oft in langen Jahren nicht zu erlangen wußte; zu geschweigen, daß auch die allzu frei extravagirende Praxis in die gehörigen Schranken dadurch gewiesen wird und ihr (...) weiter nichts mehr als die genaue Befolgung und Ausübung dessen, was hier in der Theorie deutlich vorgeschrieben ist, übrig bleibt."¹²⁶

Freilich war dem damaligen Verfasser klar, daß auch der Codex Judiciarii nicht vollkommen war und irgendwann Modifikationen notwendig werden würden.

"Nimmermehr wird ein so vollkommenes Corpus Juris oder Statutenbuch von Menschenhänden gefertigt werden, welches mit der Zeit gar keinen Zusatz, Limitation, Extension oder Deklaration mehr zu leiden haben sollte und es kann mithin auch der Codex Judiciarius Bavaricus eben so wenig davon befreiet bleiben."¹²⁷

In der Tat bewahrheitete sich schon recht bald, daß die Bayerische Gerichtsordnung trotz der Verbesserungen der Kodifikation des Insolvenzrechts den tatsächlichen Bedürfnissen nicht entsprach. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts sah man in Bayern eine befriedigende Regelung des Insolvenzverfahrens als äußerst diffizil an.

„Bey weitem der schwierigste Gegenstand für eine öffentliche Rechtspflege ist das deutsche Gantverfahren.“¹²⁸

Woran die Insolvenzverfahren des früheren bayerischen Rechts in erster Linie krankten, war die für sämtliche Beteiligten unangenehm lange Dauer der Verfahren¹²⁹. Der zeitlichen Verschleppung der Konkursverfahren suchte man durch möglichst kurz gehaltene Fristen- und Terminbestimmungen entgegenzuwirken. Dennoch gab es kaum ein Verfahren, das in der vorgeschriebenen Zeit abgewickelt wurde.

¹²⁵ Kreittmayr, S. 673 ff; Vgl. Codex Judiciarii, Kap. XX § 14.

¹²⁶ Kreittmayr, S. 13 und 14.

¹²⁷ Kreittmayr, S. 14.

¹²⁸ Motive zum BayCPO-Entwurf von 1825, S. 92. Zu dem im süddeutschen Sprachgebrauch früher für eine Insolvenz gebrauchten Ausdruck Gant, später S. 90.

¹²⁹ Nicht selten dauerte ein bayerisches Gantverfahren 15 bis 20 Jahre, bis es zum Abschluß kam. Dies übertrifft bei weitem selbst die allseits kritisierte Verfahrensdauer von Insolvenzverfahren der heutigen Zeit.

In einer Nachbetrachtung läßt sich feststellen, daß das Gesetz für die damalige Zeit eine bedeutende Leistung war¹³⁰. Dies lag vor allem daran, daß Fortschritte bei der Gesetzestechne erreicht worden sind. Dennoch gelang es nicht, ein praktikables Verfahrensrecht zu schaffen. Dies lag insbesondere daran, daß ein gerichtsautoritärer, unförmiger, endloser Konkurs stattfinden mußte. Eine Verschleppung der Konkurse resultierte aus der Überlastung der allzuständigen Konkursgerichte mit allen Nebenstreitigkeiten. Das damalige Verfahren war formalistisch, umständlich, wenig ergiebig und zudem kostenintensiv¹³¹.

Insoweit gab vor allem das formelle Verfahren mit den drei Ediktstagen und den hier stattfindenden Verhandlungen Anlaß zur Kritik. Die Ansetzung dieser Termine

"scheint gerade für öffentliche Verhandlungen die ungeeigneteste, weil sich kaum Jemand bey den Schlußhandlungen erinnern wird, wie einige Monate früher die Klage gelautet hat, sohin das Verfahren entweder durch Ablesung der Akten, schleppend oder unverständlich seyn würde. Das Erkenntniß könnte jedenfalls nur auf schriftlichen Vortrag gefaßt werden."¹³²

Trat der Fall eines Konkurses ein, so konnte der Richter nicht wissen, welcher Gläubiger bei der Liquidation oder einem Vorzugsrecht beteiligt sei.

"Man hat deßhalb seither alle Forderungen in Gegenwart aller Gläubiger verhandelt und hierdurch ein höchst weitläufiges, für Chikane aller Art zugängliches Verfahren eingeführt. Der Bayerischen Gerichtsordnung gebührt das Verdienst, zuerst durch ihre drey Edictstage (...) das Chaos in etwas geordnet und die Möglichkeit den Ausgang aus dem selben zu finden, geschaffen zu haben, wie wohl leider eine Menge alter, ja veralteter Concursakten, die noch auf eine Entscheidung harren, den klaren Beweis liefern, daß das Mittel nicht durchgreifend genug war."¹³³

Aller Kritik zum Trotz und obwohl "das bisherige Gantverfahren" (...) wenig befriedigt und zu vielen dringenden Beschwerden Veranlassung gegeben"¹³⁴ hatte, war der Codex Judiciarii bis zum Jahre 1869 ohne tiefgreifende Änderungen geltendes bayerisches Verfahrensrecht.

II. Das Bayerische Hypothekengesetz und die Prioritätsordnung von 1822

Die formellen, das Verfahren regelnden Vorschriften des Codex Juris Bavarici Judiciarii hatten - abgesehen von einigen kleineren Gesetzesänderungen durch Novellen - bis zum Jahre 1869 in Bayern Geltung. Was den materiellen Teil des Insolvenzrechts, insbesondere die Frage der Rangfolge der Gläubigerforderungen im Konkurs betrifft, kam es bereits im Jahr 1822 zu einer Neuregelung. Dies geschah im Rahmen der Bayerischen Prioritätsordnung. Anlaß hierfür war die Kodifikation eines neuen - auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten - als notwendig erkannten Hypothekenrechts¹³⁵.

¹³⁰ So u.a. Hartmann, S. 265.

¹³¹ Vgl. Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 1 Rdnr.5.

¹³² Vgl. Motive zum BayCPO-Entwurf von 1825, S. 92.

¹³³ Motive zum BayCPO-Entwurf von 1825, S. 93.

¹³⁴ Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 188

¹³⁵ Vgl. hierzu auch : Hedemann, S. 21, der darauf hinweist, daß der bayerische Gesetzgeber für den Bereich des Hypothekenrechts zu einem gründlichen Neubau aufrief und den obersten Landesbehörden bereits in den Jahren 1779 und 1799 Instruktionen zur Einführung „wohl eingerichteter Hypothekenbücher“ erteilte.

"Wir haben uns von der Nothwendigkeit überzeugt, den Privatcredit durch ein nach richtigen und in der Erfahrung bewährten Grundsätzen abgemessenes Hypotheken-System zu erleichtern und sicher zu stellen"¹³⁶.

1. Das Hypothekengesetz von 1822

Das Hypothekengesetz, das im gesamten Königreich Bayern mit Ausnahme des damaligen Rhein-Kreises galt, trat am 1.6.1822 in Kraft¹³⁷. Die damalige Aufgabe zur Schaffung eines einheitlichen Rechts im Bereich der Hypotheken- und Prioritätsrechte stellte den damaligen bayerischen Gesetzgeber bereits vor eine diffizile Aufgabe.

"Wenn die Einführung einer neuen, alle Theile des Civilrechtes umfassenden Gesetzgebung und deren Anwendung auf die früher hin bestandenen Rechtsverhältnisse schon mit vielen Schwierigkeiten verbunden ist, so bleibt es doch immer noch weit schwieriger, einen einzelnen

Theil des Civilrechts, der wie das Hypotheken-Gesetz und die Prioritäts-Ordnung, in alle Theile eines Rechtssystems eingreift, verbunden mit einer ganz neuen Institution, den übrigen Theilen einer Civil-Gesetzgebung anzupassen, und diese Schwierigkeiten steigern sich wahrhaft in das ungläubliche, wenn in den verschiedenen Provinzen eines Staates verschiedene Civilgesetze gelten."¹³⁸

Das damals neue Hypotheken- und Prioritätsrecht hatte sich verschiedenen in Bayern geltenden Gesetzbüchern, den Bayerischen, Bamberger und Würzburger Landrechten sowie vielen Provinzialstatuten und dem gemeinen Recht anzupassen.

Außer einer Vereinheitlichung des bayerischen Hypothekenrechts lag der Zweck der neuen Gesetzgebung insbesondere in einer Förderung des Privatkredits¹³⁹.

„Der Privatcredit soll dadurch befestigt, durch ihn Industrie, Ackerbau und Gewerbe belebt, und dadurch die allgemeine Wohlfahrt erhöht werden.“¹⁴⁰

Ziel war es, die Umlauffähigkeit der Hypothek zu steigern und damit dem Kreditbedürfnis des Bodeneigentümers entsprechen zu können¹⁴¹. Ebenso wie die Landwirtschaft als ihren wichtigsten Produktionsfaktor den Boden beleihen konnte, blieb auch dem fabrizierenden Gewerbe keine andere Möglichkeit. Die Betriebsausstattung, insbesondere Werkzeuge und Maschinen, hatten im Fall eines Konkurses keinen hohen Verwertungswert¹⁴². Im Vergleich zu Preußen und Österreich, wo bereits seit der Mitte des 18. Jahrhunderts gesetzliche Regelungen für den Immobiliarkredit bestanden¹⁴³, befaßte sich der bayerische Gesetzgeber erst relativ spät eingehender mit dieser Problematik. Die zunehmende Kapitalisierung des Bodens¹⁴⁴ machte dies notwendig.

¹³⁶ Präambel zu dem Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822.

¹³⁷ Weiterführend zum bayerischen Hypothekenrecht: Stolleis, S. 240 ff. und Regelsberger, Das Bayerische Hypothekenrecht in zwei Theilen, 1874 und 1877.

¹³⁸ Lehner, Bd. I, S. 3.

¹³⁹ Stolleis, S. 240/241.

¹⁴⁰ Gönner, S. 95; Stolleis, S. 240.

¹⁴¹ Hedemann, 1. Halbbd., S. 174.

¹⁴² Henning, S. 258.

¹⁴³ Stolleis, S. 254.

¹⁴⁴ Hedemann, 1. Halbbd., S. 174 ff., Stolleis, S. 241.

Die seinerzeit noch große Menge verschiedenster Hypothekenrechte schadete der Entwicklung des Privatkredits sehr¹⁴⁵. Nach dem bis dato geltenden Rechtsbegriff einer Hypothek war deren Bestellung sowohl auf beweglichen als auch unbeweglichen Sachen möglich. Durch das Hypothekengesetz von 1822 wurde eine Hypothekenbestellung auf Immobilien beschränkt¹⁴⁶. Eine gravierende Änderung der rechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung einer Hypothek bestand darin, daß eine Eintragung in das Hypothekenbuch notwendige Voraussetzung hierfür wurde. Vormalig reichte allein ein gesetzliches Schuldverhältnis oder eine vertragliche Vereinbarung aus.

Nach dem früheren bayerischen Recht wurde ein Unterschied zwischen General- und Spezial-Hypotheken gemacht. Ferner wurde zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden sowie zwischen "absolut gefreiten" und "gemeinen" Hypotheken differenziert¹⁴⁷. Eine verschiedene Behandlung wurde jetzt dadurch hinfällig, daß die Hypothek nur durch die Eintragung in das Hypothekenbuch erworben wurde und sich der Vorzug von Hypotheken untereinander lediglich nach der Zeit der Eintragung bestimmte¹⁴⁸. Das seinerzeit neue bayerische Hypothekenrecht war durch die Grundsätze der Spezialität und Publizität bestimmt. Letzterer bestand in der Offenkundigkeit des amtlichen Verzeichnisses der bestellten Hypotheken, welches für jedermann einsehbar war. Dieser Vorgänger der heutigen Publizität des Grundbuchs führte dazu, daß sich seit Einführung des Hypothekengesetzes derjenige, der im Vertrauen auf die Eintragungen im Hypothekenbuch handelte, darauf berufen konnte, daß wegen seines guten Glaubens etwaige rechtliche Wirkungen aufrechterhalten bleiben¹⁴⁹. Durch die Anordnung eines öffentlichen Verzeichnisses der bestellten Hypotheken war es geboten, jede Hypothekenbestellung in das dafür vorgesehene Hypothekenbuch einzutragen, damit jeder Gläubiger und jeder Erwerber einer Sache wissen konnte, welcher Forderung dingliche Rechte eingeräumt sind und auf welche Immobilie sich diese erstreckte. Um Rechtssicherheit zu schaffen, war es notwendig, eine strenge Bezeichnung der Immobilien und der Forderungen, die mit einer Hypothek versehen waren, vorzunehmen. Letzteres wurde als Prinzip der Spezialität bezeichnet¹⁵⁰. Das Hypothekengesetz sah in § 25 vor, daß jede erworbene Hypothek eine Spezialhypothek sein mußte. Dieser Grundsatz schloß demnach die bisherige Möglichkeit des Erwerbs einer Generalhypothek¹⁵¹ aus. Sofern bezüglich einer Forderung Hypotheken auf mehrere Immobilien eines Schuldners eingetragen waren, entstand hierdurch lediglich eine Mehrheit von Spezialhypotheken¹⁵².

Das Hypothekengesetz räumte bestimmten Gläubigern das Recht ein, eine Hypothek für eine bestimmte Forderung zu erlangen. Ein wesentlicher Unterschied zu den früheren gesetzlichen Hypotheken lag darin, daß diese unmittelbar kraft Gesetzes erworben wurden, während die damals neue Rechtslage voraussetzte, daß noch eine Eintragung der Forderung in das Hypothekenbuch hinzukommen mußte¹⁵³. An die Stelle der ehemaligen gesetzlichen oder stillschweigenden Hypotheken traten daher Rechtstitel als

¹⁴⁵ Stolleis, S. 246.

¹⁴⁶ § 3 HypG.

¹⁴⁷ Vgl. Lehner, Bd. I, S. 17.

¹⁴⁸ § 21 HypG und §§ 59-62 HypG.

¹⁴⁹ Vgl. Lehner, Bd. I, S. 9.

¹⁵⁰ Vgl. Lehner, Bd. I, S. 8.

¹⁵¹ Siehe hierzu oben B.1. Teil: I. 2. a) aa).

¹⁵² Vgl. Lehner, Bd. I, S. 8.

¹⁵³ Vgl. Kitt, Hypothekenwesen, S. 33 m.w.N. zur Wirkung der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs.

Berechtigungen zum Hypothekenerwerb. Der Grund dafür, daß bestimmten Gläubigern nach wie vor vom Gesetz die Möglichkeit eingeräumt wurde, eine Hypothek zu ihren Gunsten zu erhalten, lag darin, daß hierdurch für die Sicherheit der Forderungen der "des besonderen Staatsschutzes würdigen Personen gesorgt seyn soll."¹⁵⁴ Die gesetzlichen Begünstigungen sollten allerdings nach dem Bestimmungsgrund des Gesetzes restriktiv und nicht ausdehnend ausgelegt werden¹⁵⁵. Das Recht, ohne Zustimmung des Schuldners, die Eintragung einer Hypothek zu bewirken, stand zunächst dem Staat "wegen der rückständigen, ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben" zu¹⁵⁶. Hierunter fielen die Leistungen, die an die Staatskasse zu entrichten waren, mit Ausnahme solcher, die auf einer privatrechtlichen Vereinbarung mit dem Staat beruhten¹⁵⁷. Zur Erwerbung einer Hypothek sollten außerdem Stiftungen und Gemeinden wegen aller aus der Verwaltung ihres Vermögens entstehenden Forderungen auf den Immobilien ihrer Verwalter und deren Bürgen berechtigt sein¹⁵⁸.

Einer ausdrücklichen Einwilligung von Seiten letztgenannter Personen bedurfte es nicht. Das Recht zum Hypothekenerwerb war allerdings an die Bedingung geknüpft, daß der berechtigten Stiftung oder Gemeinde für ihre etwaigen sich ergebenden Ansprüche nicht vorher mit deren Zustimmung eine genügende Sicherheit geleistet wurde. Ähnlich wie im Codex Judiciarii konnte ein Gutsherr wegen der Rückstände an den auf einem Grundstücke haftenden grundherrlichen Abgaben an Geld, Naturalien und Leistungen wegen der Vorschüsse an Samen und Speise-Getreide eine Sicherheit in Form einer Hypothek erlangen. Da die Prioritätsordnung, auf deren Regelungen später eingegangen werden wird, den grundherrlichen Abgaben für die laufenden und unmittelbar einer Konkursöffnung vorhergehenden zwei Jahre den Vorzug der ersten Prioritätsklasse - und somit einen höheren Rang als den der Hypothek - einräumte, konnten unter rückständigen Abgaben im Sinne des Hypothekengesetzes nur diejenigen verstanden werden, welche über drei Jahre hinausgingen. Ein weiterer gesetzlicher Rechtstitel bezog sich auf Gläubiger von Real-Renten (z.B. Grundzinsen). Diesen stand nach § 12 Nr. 4 HypG wegen Rückständen an jährlichen Leistungen das Recht zu, die Eintragung einer Hypothek zu ihren Gunsten zu bewirken. Diese Hypothek konnte nur zu Lasten der Sachen eingetragen werden, die mit der Rente belastet waren¹⁵⁹.

Besonderen Schutz ihrer Forderungen genossen nach dem Hypothekengesetz auch die Minderjährigen und unter Curatel gesetzten Personen wegen aller aus der Vormundschaft begründeten Forderungen, insbesondere etwaigen Ansprüchen gegen die Pflegepersonen. Insoweit hatte ein bestellter Vormund eine Sicherheit zu leisten¹⁶⁰. Hypothekenrechte bestanden auch für Ehefrauen wegen ihres bei Eingehung der Ehe oder während dieser eingebrachten Vermögens und bezüglich etwaiger Entschädigungsansprüche, sofern die Ehefrau für ihren Ehemann Verbindlichkeiten übernommen hatte oder der Ehemann Güter der Ehefrau veräußerte¹⁶¹. Das Privileg einer hypothekarischen Sicherung stand ferner ähnlich wie im Codex Judiciarii auch

¹⁵⁴ Vgl. Lehner, Bd. I, S. 73.

¹⁵⁵ Vgl. Lehner, Bd. I, S. 73.

¹⁵⁶ Kitt, Hypothekenwesen, S. 11; § 12 Nr. 1 HypG.

¹⁵⁷ Zu den ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben zählten vor allem direkte und indirekte Staatsabgaben bzw. Steuer, Ausstände an Taxen, Sporteln, Familienschutz-Geldern und Mautgebühren; Vgl. Lehner, Bd. I, S 73 f.

¹⁵⁸ § 12 Nr. 2 HypG.

¹⁵⁹ Vgl. Lehner, Bd. I, S. 79.

¹⁶⁰ § 20 III HypG; vgl. Lehner, Bd. I, S. 81.

¹⁶¹ Vgl. Lehner, Bd. I, S. 83 ff.

den Kindern wegen der Vater- bzw. Muttergüter zu. Das Hypothekengesetz gab außerdem Erbschaftsgläubigern die Möglichkeit zur Eintragung einer Hypothek auf den zur Erbmasse gehörenden Immobilien. Hierdurch sollten die Forderungen an den Erblasser gesichert und deren Vermischung mit Forderungen der Gläubiger eines Erben verhindert werden¹⁶².

Baumeister, Bauunternehmer und andere Arbeiter waren hinsichtlich der Vergütung, die sie für erbrachte Werkleistungen bei der Errichtung, Wiederherstellung oder Renovierung von Gebäuden zu beanspruchen hatten, durch eine Hypothek an diesen Gewerken und Immobilien gesichert¹⁶³. Eine Neuerung gegenüber dem Codex Judicarii war die Möglichkeit für Inhaber oder Pächter von Bierbrauereien hinsichtlich ihrer "Forderungen an Bierwirth für abgegebenes Bier und Branntwein" eine Hypothek zu erlangen. Außerdem war eine Eintragung von (Zwangs-)Hypotheken zu Gunsten von Gläubigern möglich, die ihre Forderung gerichtlich geltend gemacht hatten und im Besitz eines rechtskräftigen Vollstreckungstitels waren.

Außer in den eben dargestellten gesetzlich geregelten Fällen, in denen der Erwerb einer Hypothek für den Gläubiger möglich war, bestand darüber hinaus noch die Möglichkeit, mit Zustimmung des Schuldners zur Sicherung der Forderung sich eine Hypothek bestellen zu lassen¹⁶⁴. Voraussetzungen für eine gültige Bestellung waren allgemeine Grundsätze wie Geschäftsfähigkeit, Verfügungsberechtigung und "die nach Beschaffenheit des Rechtsgeschäftes gültige Form, ob nämlich bei demselben eine mündliche oder schriftliche, eine gerichtliche oder außergerichtliche Willenserklärung nach den an jedem Orte geltenden Gesetzen nothwendig ist"¹⁶⁵. In der Regel war hier allerdings die Erstellung einer öffentlichen Urkunde erforderlich. Diese konnte zu Protokoll des Hypothekenamtes¹⁶⁶ oder bei der zuständigen Notariatsbehörde erstellt werden. Soweit eine Hypothek eingetragen wurde, war hierdurch nicht nur der Hauptanspruch der Gläubiger gesichert, sondern auch ein Zinsanspruch für die Nebenforderungen, insbesondere Zinsen, die für die letzten zwei Jahre rückständig waren.

2. Prioritätsordnung von 1822

Durch die einschneidende Neuregelung des Hypothekenrechts, welches im Rahmen von Insolvenzverfahren bedeutsam war und nach der oben dargestellten Rangfolge von Forderungen im Kapitel XIX des Codex Judicarii eine wesentliche Rolle spielte, wurde ein Anpassung des materiellen Insolvenzrechts an die neue Systematik des Hypothekenrechts notwendig. Das Hypothekengesetz und die Prioritätsordnung wurden aufgrund der wechselseitigen Auswirkungen der jeweiligen Regelungen gewissermaßen als Gesetzespaar geschaffen. Die Konnexität der gesetzlichen Regelungen kommt auch in der Präambel zur Prioritätsordnung zum Ausdruck:

¹⁶² Vgl. Lehner, Bd. I, S. 87 ff.

¹⁶³ § 12 Nr. 9 HypG.

¹⁶⁴ Diese Hypotheken wurden als "freiwillige Rechtstitel" bezeichnet; Vgl. Lehner, Bd. I, S. 95 f.

¹⁶⁵ § 15 HypG.

¹⁶⁶ Näher hierzu: Hypothekengesetz mit Vollzugsinstruktionen, S. 66.

"Da Wir Uns von den Vortheilen überzeugt haben, welche aus der Verbindung einer allgemeinen Prioritäts-Ordnung mit dem Hypotheken-Gesetze entstehen, so verordnen Wir (...) wie folgt."¹⁶⁷

a) Prinzipien

Das Recht, die vorzugsweise Befriedigung einer Forderung oder die vorzugsweise Emission vor anderen Forderungen oder Gläubigern zu erhalten bzw. bei gleichem Rang eine verhältnismäßige Befriedigung zu verlangen, heißt das Recht der Priorität. Die Prioritätsordnung sollte das Rechtsverhältnis einer Gläubigerschaft zu dem Schuldner, dessen Vermögen zur Befriedigung sämtlicher Forderungen nicht ausreichte und die Vorzugsrechte der Gläubiger untereinander behandeln¹⁶⁸. Die Lehre von den Prioritätsrechten umfaßte drei Bereiche, nämlich die Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners zur Gläubigerschaft, die Vorzugsrechte der Gläubiger untereinander und den Konkursprozeß an sich¹⁶⁹. Letzterer, der verfahrensrechtliche Teil, blieb allerdings weiterhin durch Kapitel XIX des Codex Judiciarii geregelt. Die Prioritätsordnung, die im wesentlichen nur materiellrechtliche Regelungen enthielt, griff in das Verfahrensrecht nicht ein.

Das Prioritätsgesetz stellte den Grundsatz auf, daß jeder mit seinem gesamten beweglichen und unbeweglichen Vermögen gegenüber seinen Gläubigern haften sollte¹⁷⁰. Trotz eines Konkursverfahrens sollte auch zukünftiges Vermögen des Schuldners zur Befriedigung der Gläubigerforderungen herangezogen werden. Dies beruhte auf dem Grundsatz, daß die Forderung eines Gläubigers, soweit dieser aus der Konkursmasse oder einem Vorzugsrecht nicht vollständig befriedigt werden konnte, als solche ungeschmälert bleiben sollte und der Gläubiger berechtigt war, die Durchsetzung seines Anspruchs weiter zu verfolgen¹⁷¹.

Im Konkurs stand den Hypothekengläubigern im Verhältnis zu allen Gläubigern des Schuldners nach § 15 die zweite Prioritätsklasse zu. Vorrangig gegenüber diesen waren noch z.B. Begräbnis- und Medizinalkosten sowie Steuern und Abgaben. In Relation zu sonstigen Gläubigern, für die an derselben Sache eine Hypothek bestellt war, richtete sich der Vorzug nach dem Alter der Hypothek¹⁷². In der Regel beurteilte sich das Alter der Hypothek nach dem Tage ihrer Eintragung in das Hypothekenbuch¹⁷³. In Ausnahmefällen war der Vorzug nach dem Tage der Anmeldung zu berechnen, nämlich dann, wenn an einem Tag so viele Eintragungsgesuche an das Hypothekenamt herangetragen wurden, daß nicht sämtliche Anträge an einem Tag erledigt werden konnten. Hier war das Hypothekenamt verpflichtet, für unerledigte Anmeldungen ein besonderes Protokoll anzulegen und den Zeitpunkt der Anmeldung zu vermerken, damit nicht durch Verzögerungen bei der Behörde dem Gläubiger Nachteile entstehen

¹⁶⁷ Präambel zur Prioritäts-Ordnung für das Königreich Baiern.

¹⁶⁸ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 3

¹⁶⁹ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 3.

¹⁷⁰ Kitt, Hypothekenwesen, S. 154.

¹⁷¹ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 4.

¹⁷² Vgl. Lehner, Bd. I, S. 175; Prioritätsordnung, §§ 15 ff.

¹⁷³ Bei Einführung des Hypothekengesetzes bestanden allerdings noch einige Übergangsregelungen, so daß sich die Rangfolge bis zum 1.6.1826 auch nach den Bestimmungen älterer Prioritätsordnungen bestimmen konnte.

konnten¹⁷⁴. Die an einem gleichen Tag angemeldeten Forderungen waren im Rang gleich. Die Rangfolge von Hypotheken unter sich konnte durch vertragliche Vereinbarung der Beteiligten geändert werden. Insoweit war die gesetzliche Rangfolge abdingbar.

b) Universal- und Partikularkonkurs

Die Prioritätsordnung hielt an der bereits in dem Codex Judiciarii zu findenden Unterscheidung zwischen einem Universal- und Partikularkonkurs fest¹⁷⁵. Ein Partikularkonkurs fand dann statt, wenn bestimmte Gläubiger ihre Befriedigung lediglich aus einem bestimmten Vermögensteil des Schuldners verlangen konnten. Unter der Voraussetzung, daß der Wert des einzelnen Vermögensteils nicht zur vollständigen Befriedigung der hieran berechtigten Gläubiger ausreichte, konnte ein Partikularkonkurs in folgenden durch die Prioritätsordnung konkretisierten Fällen eintreten¹⁷⁶:

1. bei Hypothekobjekten, wenn die Gläubiger nur gegen diese ihre Forderungen verfolgten,
2. bei Familienfideikommissen
3. bei Lehen

jeweils bezüglich der hieraus resultierenden Verbindlichkeiten

4. bei Erbschaften
5. wenn der Schuldner verschiedene Fabriken, Geschäfte oder Gewerbebetriebe unter verschiedenen Firmen betrieben hat, hinsichtlich derer jeweiliger Verbindlichkeiten und Vermögen
6. bei Mobiliarvermögen streng leibfälliger Güter
7. bei dem Vermögen eines Ausländers
8. bei dem mit Ewiggeldern belegten Gütern der Stadt München.

Diese Vermögensteile mußten von dem übrigen Vermögen des Schuldners ausgeschieden werden. Die Vorschriften über das allgemeine Konkursverfahren fanden auch für Partikularkonkurse Anwendung. Soweit Gläubiger aus dem abgesonderten Vermögensteil des Schuldners nicht befriedigt werden konnten, blieb ihr Anspruch auf das übrige Vermögen des Schuldners vorbehalten. Ein Vorzugsrecht, das sich lediglich auf den von dem Partikularkonkurs betroffenen Vermögensteil richtete, ging jedoch verloren¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Lehner, Bd. I, S. 177.

¹⁷⁵ Siehe §§ 7 und 8 PrioritätsO.

¹⁷⁶ Kitt, Hypothekenwesen, S. 159-162.

¹⁷⁷ Kitt, Hypothekenwesen, S. 162; § 9 PrioritätsO.

c) Separationsrechte

Das Prioritätsgesetz stellte in den §§ 2 bis 6 die Fälle eines Separationsrechts fest – noch immer - ohne dabei begrifflich zwischen Aus- und Absonderungsrechten zu differenzieren. Aus dem Codex Judiciarii wurde der Grundsatz übernommen, daß derjenige, dessen Eigentum sich im Gewahrsam des Gemeinschuldners befindet, die Aussonderung dieses Gegenstandes oder des an seine Stelle getretenen Vermögenswertes vom sonstigen Vermögen des Schuldners verlangen kann, sofern das auszusondernde Gut bei Ausbruch des Konkurses noch in Natur vorhanden war und keine Vermischung mit sonstigem Vermögen stattgefunden hatte.

Wegen der oben dargestellten Wirkungen der Öffentlichkeit des Hypothekenbuches hatten Gläubiger, die dem Schuldner Sachen unter Eigentumsvorbehalt übergeben hatten, Vorsorge zu treffen, um im Falle eines Konkurses ihre bevorzugte Stellung nicht zu verschlechtern. Hier war es empfehlenswert, im Hypothekenbuch einen Vermerk über den Eigentumsvorbehalt und die Forderung des Gläubigers anbringen zu lassen. Anderenfalls war es möglich, daß ein anderer Gläubiger sich eine Hypothek bestellen lassen und diese gutgläubig erwerben konnte. Die Folge war dann, daß sein Absonderungsrecht bei einer Kollision mit der Hypothek letzterem Vorrecht ausweichen mußte¹⁷⁸. Im wesentlichen enthielt die Prioritätsordnung im Vergleich zu dem Codex Judiciarii inhaltlich gleiche Regelungen über die Separationsrechte. Bei Kommissionswaren wurde allerdings abweichend von dem Codex Judiciarii keine Unterscheidung mehr dahingehend gemacht, daß der Schuldner die Wahl hatte, entweder die Sache selbst zurückzugeben oder Wertersatz zu leisten. Im Gegensatz zur vormaligen Regelung bestand nunmehr in jedem Fall das Recht die bei dem zahlungsunfähigen Schuldner vorhandenen Waren herauszuverlangen¹⁷⁹.

Die Prioritätsordnung schränkte generell die Möglichkeit ein, eine Absonderung der "auf Credit gegebenen Kaufmannswaaren" durchzuführen. Grundsätzlich berechnete Kaufleute, Fabrikbesitzer und sonstige Handelsleute mußten zum einen nachweisen, daß die Ware auf Kredit übersandt worden war und daß sie zur Zeit des Ausbruchs des Konkurses "entweder noch in uneröffneten Päckchen, Fässern oder Umschlägen in dem Gewahrsam des Gemeinschuldners gefunden werden, oder erst nach erklärter Insolvenz bei ihm angekommen sind."¹⁸⁰ Der Verlust eines Absonderungsrechts durch das Auspacken der Ware wurde dadurch gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber davon ausging, daß das Eigentum an solchen Waren regelmäßig durch eine notwendig eintretende Vermischung mit Waren des Schuldner bereits übergehe. Eine weitere Verpflichtung war dem Warenkreditgeber dahingehend auferlegt, daß der Konkursmasse alles ersetzt werden mußte, was vorher an Frachtkosten und sonstigen Auslagen entstanden war.

Bezüglich eines Aussonderungsrechtes der Ehefrau an ihrem Eigentum gegenüber dem Schuldner sprach die Prioritätsordnung ausdrücklich aus, daß hierbei die Rechte anderer Gläubiger zu beachten seien und geprüft werden müsse, inwieweit eine Mithaftung der Ehefrau für Verbindlichkeiten des Schuldners gegeben ist. Dies war in der Regel der Fall, wenn gemeinsam mit dem Ehemann ein Gewerbebetrieb geführt wurde, bezüglich der hieraus entstandenen Verbindlichkeiten, bei ehelicher Gütergemeinschaft, für die

¹⁷⁸ Vgl. hierzu Lehner Bd. II, Seite 14 ff.

¹⁷⁹ § 3 Nr. 2 PrioritätsO; Lehner, Bd. II, Seite 22.

¹⁸⁰ Kitt, Hypothekenwesen, S. 156; § 3 Nr. 3 PrioritätsO; Lehner, Bd. II, S. 22.

während der Ehe entstandenen Schulden, bei einer Schuldübernahme oder wenn die Ehefrau "an des Mannes Schuldenlast durch üble Wirthschaft schuld trägt."¹⁸¹

Berücksichtigung und Aufnahme in das neue Prioritätsrecht fand eine bis dato nicht getroffene Regelung bezüglich künftigen oder bedingten Eigentumsrechten dritter Personen. Diese konnten aufgrund der bestehenden Anwartschaften eine Separation des Gegenstandes aus dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners verlangen. Hierbei waren allerdings die der Konkursmasse oder einer anderen Person bis zum Eintritt der Bedingung zukommenden Rechte zu beachten. Insbesondere war geregelt, daß etwaige Nutzungen und Früchte aus der Sache bis zum Eintritt der Bedingung dem Besitzer zustanden¹⁸².

Eine Ergänzung der bisherigen Separationrechte erfolgte ferner im Bereich der sogenannten Familienfideikommisse¹⁸³. Das Wesen der Familienfideikommisse bestand darin, daß das Grund- oder sonstige Vermögen, aus welchem sie gebildet wurden, ein unveräußerliches Gesamteigentum einer ganzen Familie oder deren Nachkommen war, die Verwaltung und Nutzung desselben aber, den nach einer bestimmten Erbfolgeordnung berufenen Familienmitgliedern gebührte¹⁸⁴. Letzteren stand an der Substanz des Fideikommisses lediglich ein Miteigentum zu. Daher konnte weder eine teilweise Veräußerung noch Belastung des Fideikommisses stattfinden. Das Gesetz räumte für den Fall einer Insolvenz des Fideikommisses dem nachfolgenden Anwärter das Recht ein, etwaige veräußerte Bestandteile des Fideikommisses im Rahmen der Aussonderung herauszuverlangen¹⁸⁵.

Ab dem Jahre 1822 fanden in Bayern auch Lehen bei den Aussonderungsrechten im Rahmen einer Insolvenz ausdrücklich Berücksichtigung¹⁸⁶. Das Rechtsinstitut des Lehens war durch ein Edikt aus dem Jahre 1808 geregelt. Ein Lehen beruhte auf der damaligen Möglichkeit einer Unterscheidung des Eigentums in Obereigentum, welches dem Lehensherrn zustand, und Nutzungseigentum, das einem Vasallen gebührte. Demnach war dem Lehensherrn das Nutzungs- und Verwaltungsrecht entzogen, solange der dem Vasallen überlassene Lehensverband bestand. Lehen durften nach der Prioritätsordnung nicht zur Konkursmasse gezogen werden. Zur Ermittlung des Lehens waren Lehenbriefe, die hierüber ausgestellt wurden, sowie Eintragungen im Kataster des Lehenhofs erforderlich¹⁸⁷. Zur Separation waren entweder der Lehensherr oder ein gesetzlich berufener Lehensfolger des in Konkurs geratenen Vasallen berechtigt¹⁸⁸.

Für den Fall, daß ein Beamter oder Verwalter insolvent wurde, bestimmte die Prioritätsordnung, daß diejenigen Gläubiger, denen Forderungen aus der Amtsführung oder Verwaltung zustanden, die geleisteten Amtskautionen zu ihren Gunsten absondern konnten. Dieses gesetzliche Privileg stand den Gerichts- und Gutsherren gegen ihre Beamten und Verwalter zu, wobei es keine Rolle spielte, ob der Gutsherr eine Gemeinde, eine Stiftung, eine adlige oder nichtadelige Person oder der Staat war¹⁸⁹. Das

¹⁸¹ Lehner, Bd. II, S.24.

¹⁸² Vgl. Lehner, Bd. II, S. 26 und 27.

¹⁸³ Das Recht der Familienfideikommisse beruhte auf einem Edikt von 1818.

¹⁸⁴ Lehner, Bd. II, Seite 27 und 28.

¹⁸⁵ § 3 Nr. 1 PrioritätsO.

¹⁸⁶ Kitt, Hypothekenwesen, S. 155; § 3 Nr. 1 PrioritätsO.

¹⁸⁷ Lehen-Edict von 1808, § 174.

¹⁸⁸ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 32 f.

¹⁸⁹ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 36.

Absonderungsrecht beschränkte sich jedoch auf die bestellten Amtskautionen und konnte auf sonstige Sicherungsobjekte, zum Beispiel auf Pfänder, die nicht ausdrücklich als Amtskaution gegeben wurden, nicht ausgedehnt werden.

Neu gegenüber den früheren Regelungen des Codex Judiciarii war ein Separationsrecht für öffentliche, vom Staat bestätigte Leih- oder Kreditanstalten. Die Einführung dieses Vorrechts ist vor dem Hintergrund der Entwicklung des Bankwesens und dem wachsenden Kreditbedarf der verschiedensten Unternehmungen zu sehen. Mit dem zunehmenden Handel erweiterte sich das Kreditwesen. Es kam häufiger zur Gründung von Bankhäusern. Staatsunternehmen war die königliche Bank, die seit 1807 ihren Sitz in Nürnberg hatte und als Wechsel- und Leihbank tätig war¹⁹⁰. Zeitgleich beteiligten sich Bankhäuser in Augsburg am bayerischen Staatsfinanzgeschäft und dem Handel mit Staatsschuldverschreibungen. München wurde 1811 Sitz der Staatsschuldentilgungskasse. Dort wurden Gerichts- und Mündelgelder sowie die Kassenreserven von Gemeinden und Stiftungen und teilweise auch Privateinlagen verzinslich angelegt¹⁹¹. Die Leih- und Kreditanstalten sollten befugt sein, sich zur vollständigen Bezahlung des zuvor geliehenen Kapitals sowie der für das Darlehen angefallenen Zinsen an den ihnen zum Pfand übergebenen Sachen nach ihren Anstaltsordnungen zu befriedigen. Hierin lag eine spezielle Begünstigung der staatlich anerkannten Kreditinstitute. Auf private oder städtische Anstalten konnte sie nicht ausgedehnt werden¹⁹². Durch eine ausreichende Sicherung etwaiger Darlehen im Fall einer Insolvenz des Schuldners sollte ein Anreiz zur großzügigeren Kreditvergabe geschaffen werden.

Ebenfalls im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Entwicklung ist ein Separationsrecht in der Prioritätsordnung zu sehen, welches die Absonderung von Gesellschaftsanteilen an einem Gewerbe, einer Fabrik oder einem Handelsgeschäft für Geschäftspartner des Gemeinschuldners ermöglichte. Die Gesellschaft konnte den Anteil des Gemeinschuldners an den insgesamt vorhandenen Gesellschaftsschulden vorweg in Abzug bringen¹⁹³. Lediglich der Anteil des Schuldners hieran sollte in die Konkursmasse fließen. Das Vorzugsrecht betraf jedoch lediglich die Gesellschaftsschulden. Die Gesellschaftsmitglieder oder die Gesellschaft selbst konnten sich für Forderungen, die auf einem Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner beruhten, nicht hierauf berufen¹⁹⁴.

Zur Belebung des Handels¹⁹⁵ verlieh das Prioritätsgesetz denjenigen Gläubigern eine besondere Begünstigung, die lediglich mit bestimmten Unternehmungen eines Schuldners Geschäfte betrieben haben. Wenn ein Schuldner zu gleicher Zeit verschiedene Fabriken oder Gewerbe unter von der öffentlichen Behörde bewilligten Firmen betrieben hatte, konnten die Gläubiger, die ausweislich der Handelsbücher und Handelsbriefe ausschließlich Geschäftsbeziehungen zu einem bestimmten Betrieb des Schuldners unterhalten hatten, sich auf eine Absonderung des Betriebsvermögens zur Befriedigung ihrer Forderungen berufen. Reichte diese abzusondernde Vermögensmasse nicht zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger aus, trat ein Partikularkonkurs ein¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Vgl. Schremmer, S. 588.

¹⁹¹ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 792 f.

¹⁹² Vgl. Lehner, Bd. II, S. 37; § 4 II PrioritätsO.

¹⁹³ § 5 PrioritätsO.

¹⁹⁴ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 38 f.

¹⁹⁵ Lehner, Bd. II, S. 45.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu Lehner, Bd. II, S. 45 ff; § 8 Nr. 5 PrioritätsO.

An den letztgenannten Beispielen zeigt sich, daß die Gesetzgeber im Bayern des 19. Jahrhunderts zum einen die Notwendigkeit sahen, das Insolvenzrecht an die wirtschaftlichen Entwicklungen anzupassen und zum anderen mit den getroffenen Regelungen durchaus auch wirtschaftspolitische Ziele – wie die Förderung des Kreditwesens und den Ausbau des Handels – verfolgten.

d) Rangfolge

Wie schon nach früherem Recht waren auch nach der Prioritätsordnung von 1822 gemäß dem unter den "besonderen Bestimmungen" aufgeführten § 31 die Massekosten vorweg zu befriedigen. Hierunter fielen die Kosten, welche nach Konkurseröffnung für die Erhaltung, Aufbewahrung, Benutzung, Veräußerung oder Verwaltung der zur Konkursmasse gehörigen beweglichen oder unbeweglichen Sachen und für die laufenden Abgaben und Lasten entstanden. Ferner zählten hierzu die Forderungen derjenigen, welche aufgrund einer Anordnung des Gerichts oder eines aufgestellten Masse-Curators Vorschüsse oder Dienste geleistet hatten. Die Prioritätsordnung bestimmte ebenfalls, daß die Kosten des eigentlichen Konkursverfahrens von dem Gericht aus der Masse erhoben werden sollen, ehe zu einer Verteilung an die Gläubiger übergegangen wird¹⁹⁷.

Bei der Entstehung von Verwaltungskosten war zu unterscheiden, ob diese für die Administration eines bestimmten Objektes entstanden waren, aus welchem einzelne Gläubiger bevorzugte Befriedigung erhalten sollten, oder für die gesamte Vermögensmasse des Gemeinschuldners. Im ersteren Fall wurde der einzelne Vermögensgegenstand als Spezialmasse angesehen. Die insoweit angefallenen Kosten entfielen dann alleine auf diese und waren nicht von der restlichen Masse zu tragen¹⁹⁸.

"Damit jedoch die Konkurskosten nicht zum Schaden der Gläubiger zwecklos vermehrt werden"¹⁹⁹, war das Konkursgericht gehalten, möglichst schon in der Ediktalladung den Aktiv- und Passivstand des Schuldnervermögens darzustellen. Dies sollte vermeiden, daß ein Konkursverfahren fortgeführt wurde, obwohl abzusehen war, daß die gesamte Masse von den bevorzugten Gläubigern aufgebraucht werden würde. Der Konkurs wurde dann unter Vorbehalt der Gläubigerrechte ganz oder vorläufig eingestellt. Wollten die Gläubiger trotz dieser Situation das Verfahren untereinander fortsetzen, so blieb ihnen dies unbenommen. Allerdings mußten sie das Kostenrisiko einer Fortführung des Prozesses in der Weise tragen, daß sie einen Vorschuß auf die weiter entstehenden Kosten leisteten. Für den Fall, daß dies letztlich nicht ausreichte, mußten sie für die Kosten insgesamt aufkommen²⁰⁰.

Hinsichtlich derjenigen Gläubiger, die die Befriedigung ihrer Forderungen nicht schon aufgrund eines ihnen zustehenden Separationsrechtes erreichen konnten, stellte das Prioritätsgesetz eine Rangordnung von lediglich noch 6 Klassen - im Gegensatz zu den ehemaligen 10 Klassen des Codex Judiciarii - auf. Bei der Reihenfolge berücksichtigte das Gesetz die Forderungen der Gläubiger nach "der Eigenthümlichkeit der Rechtstitel

¹⁹⁷ Kitt, Hypothekenwesen, S. 182.

¹⁹⁸ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 51 und 52..

¹⁹⁹ § 32 PrioritätsO.

²⁰⁰ Kitt, Hypothekenwesen, S. 182; § 33 PrioritätsO.

und der Wichtigkeit des Einflusses auf das öffentliche und Privat-Wohl"²⁰¹. Die "in besonderen gesetzlichen Schutz genommenen Forderungen sind, je nach dem sie der besonderen Qualität wegen mehr oder minder auf die Vorsorge des Gesetzes Anspruch haben, in die erste und vierte Prioritätsklasse angewiesen."²⁰²

Die Forderungen der ersten Klasse (Begräbnis- und Medizinalkosten, Liedlohn, Steuern und Abgaben etc.) gingen allen Forderungen der folgenden Klassen hinsichtlich sämtlicher Vermögensteile des Schuldners vor. Unter sich selbst hatten sie den Vorzug nach einer in § 12 Prioritätsordnung aufgestellten Rangfolge. Im wesentlichen lehnte sich die Einteilung dieser Forderungen an die der §§ 3 und 4 des Codex Judiciarii an. Neu eingeführt wurden allerdings an dritter Stelle der ersten Klasse - noch vor den Liedlohnforderungen - Alimente, die jemand aufgrund eines gesetzlichen Titels von dem Gemeinschuldner verlangen konnte. Auf dem dritten Platz der ersten Prioritätsklasse waren allerdings nur die Unterhaltsansprüche während des laufenden Konkurses, also von der Eröffnung bis zur abschließenden Verteilung der vorhandenen Vermögensmasse. Ansprüche für das laufende Jahr, in dem eine Verfahrenseröffnung erfolgte und die zwei unmittelbar vorhergehenden Jahre waren an achter Stelle in der ersten Klasse zu berücksichtigen. Ausdrückliche Aufnahme in die Prioritätsordnung fand nach den Liedlohnforderungen auch der Lohn der Rauchfangkehrer²⁰³.

Bezüglich des Vorzugs der direkten und indirekten, ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben führte die Prioritätsordnung eine Beschränkung dahingehend ein, daß diese die besonders bevorzugte Stellung der ersten Prioritätsklasse nur für die Rückstände in dem bei Eröffnung des Konkurses laufenden Jahr sowie den zwei unmittelbar vorangegangenen Jahren innehatten²⁰⁴.

In die Kategorie der als nächstes privilegierten Real- oder öffentlichen Lasten fanden Beiträge zu den Brandversicherungsgesellschaften ausdrücklich Aufnahme²⁰⁵. Das Versicherungswesen war zunächst Staatsangelegenheit. Bei der Einführung der Feuerversicherungen stand das landesherrliche Interesse an einer materiellen Unversehrtheit und damit an einer Leistungsfähigkeit bei den Steuern im Vordergrund²⁰⁶. Die seit 1799 tätige staatliche Immobilien-Brandversicherungsanstalt wurde 1811 unter Einbeziehung der Brandschutzversicherungen der hinzugekommenen neuen bayerischen Gebiete zur Allgemeinen Brandversicherungsanstalt in München umgestaltet²⁰⁷. Die Bevorzugung entsprechender Anstalten wurde mit deren Kontrahierungszwang begründet²⁰⁸. Die Gläubiger derartiger Forderungen genossen noch weitere Vorteile dadurch, daß die während des laufenden Konkursverfahrens fällig werdenden Forderungen aus den vorhandenen Mitteln unverzüglich entrichtet werden sollten²⁰⁹, während im übrigen eine Verteilung des Vermögens erst bei der Verfahrensbeendigung erfolgte.

²⁰¹ Lehner, Bd. II, S. 53.

²⁰² Lehner, Bd. II, S. 54.

²⁰³ § 12 Nr. 5 PrioritätsO.

²⁰⁴ Kitt, Hypothekenwesen, S. 164; § 12 Nr. 6 PrioritätsO.

²⁰⁵ § 12 Nr. 7 PrioritätsO.

²⁰⁶ Henning, S. 263.

²⁰⁷ Vgl. Spindler, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 794.

²⁰⁸ Zur Kritik am Abschlußzwang der Versicherer: Henning, S. 614.

²⁰⁹ Kitt, Hypothekenwesen, S. 166; § 13 PrioritätsO.

Als nächstes - in der zweiten Klasse - war eine Befriedigung der Gläubiger vorzunehmen, die ihre Forderungen durch eine Hypothek gesichert hatten. Diese Hypothek umfasste auch die Erträge, die aus der Nutzung der Immobilie erzielt wurden²¹⁰. Hinsichtlich des Verhältnisses verschiedener hypothekarischer Forderungen untereinander und bezüglich deren Befriedigung in der Insolvenz gab es in § 19 Prioritätsordnung eine "eigenthümliche Bestimmung"²¹¹ über sogenannte Korrealhypotheken. Diese beinhaltete eine Regelung für den Fall, daß für ein und dieselbe Forderung eine Hypothek auf verschiedene Güter des Gemeinschuldners eingetragen war und die Summe des Erlöses aus diesen Objekten nicht hinreichte, um die Hypothekforderungen befriedigen zu können. Hier wurde dann aus dem Gesamterlös nach der Priorität des Zeitpunktes der Eintragung der Hypothek ohne Rücksicht darauf, für welche Grundstücke sie eingetragen war, eine Befriedigung der Gläubiger vorgenommen. Wenn lediglich eine Verlustgefahr drohte und noch nicht klar war, daß der Verlust einer Hypothekforderung notwendig eintreten würde, wurde eine Verschiebung dahingehend vorgenommen, daß bei einem etwaigen Übererlös hinsichtlich der Verwertung einer Hypothek ein Gläubiger befriedigt wurde, der mit seiner Hypothek ausgefallen wäre²¹². Die im einzelnen komplizierte Regelung bzgl. der Korrealhypotheken trat allerdings im Jahr 1856 außer Kraft.

In der dritten Klasse fand eine Befriedigung der Faustpfand- und denselben gleichgestellten Gläubiger (z. B. Inhaber von Vermieter- bzw. Verpächterpfandrechten) statt. Hierzu gehörten auch die Kommissionäre sowie Transportunternehmer wegen ihrer Forderungen, die sie für die Zusendung von Waren an den Schuldner hatten. Mit Ausnahme der Faust- und Nutzungspfänder, die den anderen Rechten in jedem Fall vorausgingen, bestimmte sich die Rangfolge der Ansprüche untereinander in dieser Kategorie nach ihrem Alter. Neu eingeführt wurde „ein Vorrecht der Wirth wegen ihrer Forderungen an Fremde für Zehrungen“²¹³. Der Wirt konnte allerdings nur eine Befriedigung aus den Gegenständen verlangen, die der Fremde zu ihm in den Gasthof einbrachte²¹⁴. Zu der dritten Klasse gehörten auch die Forderungen von Gläubigern für Vorschüsse an Samengetreide oder hierfür gegebenem Vorschußentgelt, soweit die hieraus hervorgegangenen Früchte zum Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses vorhanden waren. Eine entsprechende Regelung fand sich im vormaligen Codex Judiciarii in § 5 Nr. 3. Dort kamen die Ansprüche in der Rangfolge noch unmittelbar nach den Steuern und Abgaben zum Zug. Insoweit wurde dieses Vorrecht im Rahmen der Prioritätsordnung deutlich herabgestuft.

Unter die vierte Klasse fielen - soweit sie nicht anderweitig durch ein Separationsrecht oder ein hypothekarische Sicherung eine Bevorzugung erfuhren - Ansprüche der Kinder des Gemeinschuldners gegen diesen sowie Forderungen Minderjähriger bzw. unter Pflugschaft stehender Personen gegen den Vormund aus den Vormundschaftsverhältnis. Diese eben genannten Vorrechte gingen den anderen Forderungen der vierten Klasse insoweit vor, daß ihre Ansprüche zuerst zu befriedigen waren, soweit nach Auskehrung des Vermögens zu Gunsten der Gläubiger der ersten drei Klassen noch hinreichend Masse vorhanden war. Reichte die Masse nicht zur vollständigen Befriedigung der

²¹⁰ Näheres zur Entstehung der Hypotheken, deren Wirkung und Rangfolge untereinander siehe oben S. 22 ff.

²¹¹ Hahn, Anlage I, Seite 74.

²¹² Vgl. hierzu Lehner, Bd. II, Seite 73 ff.

²¹³ Kitt, Hypothekenwesen, S. 172; § 21 Nr. PrioritätsO.

²¹⁴ Vgl. Lehner, Bd. II, Seite 88.

Gläubiger der ersten zwei Kategorien der vierten Klasse, so sollte ein Ausgleich der Forderung nach dem Verhältnis der Höhe der jeweiligen Ansprüche stattfinden.

Die weniger privilegierten Forderungen in der vierten Klasse waren diejenigen der Ehefrau und der Geschwister des Gemeinschuldners - letztere hinsichtlich des von ihren Eltern hinterlassenen Erbteils - und der Staat, Stiftungen, Gutsherren und Gemeinden hinsichtlich ihrer aus schlechter Amtsführung oder Verwaltung resultierenden Forderungen gegen ihre Beamten oder Verwalter und deren Bürgen. Eine weniger bevorzugte Berücksichtigung innerhalb der Klasse fanden in der Prioritätsordnung an gleicher Stelle auch die Ansprüche von Inhabern bzw. Pächtern von Brauhäusern hinsichtlich ihrer Forderungen gegenüber Wirten für abgegebenes Bier und Branntwein²¹⁵.

Ursprünglich fand sich in dieser Kategorie auch ein Vorrecht von Wechselforderungen. Dieses wurde dann allerdings im Jahre 1850 aufgehoben. Außerdem fanden sich in dieser Klasse diejenigen Gläubiger, die aufgrund eines richterlichen Erkenntnisses die "Auspfändung des Schuldners oder die Immission in dessen Güter wirklich erlangt haben"²¹⁶, also eine Pfändung im Rahmen der Zwangsvollstreckung erreicht hatten.

Die fünfte Klasse bildeten die so genannten Currentisten. Dies waren diejenigen Gläubiger, deren Forderungen bezüglich der Vermögensmasse des Schuldners kein Vorzug zustand. Hierzu zählten Ansprüche aus Schuldverschreibungen, Verträgen oder Schadensersatz sowie Rückstände an Abgaben und Zinsrückstände für das vergangene Jahr, soweit diese nicht wegen des Vorliegens der zusätzlichen Voraussetzungen zu einer der vorhergehenden vier Klassen gehörten²¹⁷.

Schließlich sollte an letzter Stelle - allen anderen Gläubigerforderungen nachstehend - ein Ausgleich von Ansprüchen der Ehefrau des Schuldners erfolgen, soweit diese sämtlichen anderen Gläubigern deshalb nachstehen mußte, weil sie aufgrund von Vorschriften des bürgerlichen Rechts für Verbindlichkeiten des Ehemannes mithaftete. Außerdem fielen in die sechste Klasse ältere Zinsrückstände, vom Schuldner zu entrichtende Geldstrafen und Gläubiger von Ansprüchen, die aus "freigiebigen Handlungen" des Schuldners entstanden.

2. Teil: Bemühungen zur Neukodifikation und Vereinheitlichung des Insolvenzrechts bis 1867

I. Partikulare Gesetzgebungstätigkeit

Um Mitte des 19. Jahrhunderts gingen verschiedene deutsche Einzelstaaten daran, ihr bisher geltendes Konkursrecht zu modifizieren. Ein Grund hierfür war sicherlich, daß sich das bisherige Verfahren wegen der zahlreichen formalen Schwierigkeiten und den vielen Separations-, Liquidations- und Prioritätsstreitigkeiten, die eine rasche Abwicklung oft hemmten, als wenig befriedigend erwiesen hatte²¹⁸. Außerdem machte sich seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts in zunehmendem Maß der Einfluß des

²¹⁵ Kitt, Hypothekenwesen, S. 176; § 23 Nr. 6 PrioritätsO.

²¹⁶ § 23 Nr. 8 PrioritätsO.

²¹⁷ Vgl. Lehner, Bd. II, S. 106 f.

²¹⁸ Ogris, Spalte 1084.

französischen Konkursrechts, das im napoleonischen Code de commerce von 1807 und durch das Fallimentsgesetz von 1838 geordnet war, bemerkbar²¹⁹. Die Ideale der französischen Prozeßreform – Unmittelbarkeit und Mündlichkeit, Dispositionsmaxime und Konzentration des Verfahrens - gingen aus dem Mißtrauen gegen die absolute Staatsgewalt und ihr gelehrtes Richtertum und aus der Zuversicht in den aktiven Staatsbürgersinn hervor. In Deutschland hatte dies Eindruck hinterlassen. Eng verbunden mit den politischen Ideen von 1848 begannen sich auch hier die Ideale in Gesetzen und Entwürfen durchzusetzen²²⁰. Da Gerichtsverfassung und Prozeß zu den wichtigsten Organen eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens gehören, galt diesem justizrechtlichen Bereich das besondere Interesse des aufsteigenden politischen Bürgertums²²¹.

Während die Konkursgesetzgebung insbesondere im sächsischen Raum (mit Ausnahme von Sachsen-Gotha), Hessen, Mecklenburg und Württemberg aus einer Anzahl von einzelnen Verordnungen bestand, erließen andere Staaten besondere Konkursordnungen oder Prozeßordnungen, in denen jeweils das Insolvenzrecht in einem Abschnitt geregelt wurde. Beispielhaft seien hier genannt die Zivilprozeßordnung des Herzogtums Braunschweig vom 19.03.1850, die Hannoversche Prozeßordnung vom 08.11.1850, die Verordnung über den Exekutiv- und Konkursprozeß für Nassau vom 28.09.1859, die Lübecker Konkursordnung vom 17.09.1862 und die Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden vom 18.03.1864. In letzterer war das Insolvenzrecht im XXXV. Titel "vom Gantverfahren" geregelt. Die eben genannten Konkurskodifikationen basierten auf dem gemeinen Recht²²². Auf einer eigenen, vom gemeinen Recht abweichenden Gesetzssystematik beruhten die 1843 eingeführte Bremer Verordnung für die Debit- und Nachlaßsachen und der Code de commerce der im kölnischen Teil Preußens galt, die preußische Konkursordnung von 1855 und das V. Buch der bayerischen Prozeßordnung von 1869. An dieser Stelle soll auf die beiden letztgenannten näher eingegangen werden²²³.

II. Die Preußische Konkursordnung von 1855

Als Vorläufer der späteren Reichskonkursordnung gilt allgemein die preußische von 1855²²⁴. Die preußische Konkursordnung ersetzte die §§ 1 bis 707 der allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793²²⁵. Dieses Gesetz war im Prinzip - wie auch die insolvenzrechtlichen Gesetzgebungen anderer deutscher Staaten Ende des 18./Anfang des 19. Jahrhunderts - nur eine Kodifikation gemeinrechtlichen Konkursprozeßrechts. Aufgrund der von vielen Seiten geäußerten zeitgenössischen Kritik²²⁶ sah man die Notwendigkeit, das frühere erst 60 Jahre in Kraft gewesene Gesetz durch eine neue Konkursordnung zu ersetzen²²⁷.

²¹⁹ Ogris, Spalte 1084; hierzu auch: Planitz-Eckhardt, S. 310; Eisenhardt, S. 419 ff.

²²⁰ Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 465.

²²¹ Planitz-Eckhardt, 310; Eisenhardt, S. 419 ff.; Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 465.

²²² Vgl. Hahn, Anlage I, S. 28 und 29.

²²³ Zu den anderen Kodifikationen: Vgl. Hahn, Anlage I, S. 28 ff.

²²⁴ Sarwey, Einl. XXXV ff.

²²⁵ Wentzel/Klose, S. 6.

²²⁶ Hierzu: z. B. Wentzel/Klose, S. 9-68; Baum Hambrook, Beleuchtung der Gesetzesentwürfe über den Conkurs (1854); (Goltammer), Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 08. Mai 1855, S. 2-10 und 10-38 (zit. nach Thieme, S. 45 Fußnote 24).

²²⁷ Treuherz, S. 1; vgl. auch Thieme, S. 45.

Beklagt wurde v.a. die regelmäßig überaus lange Dauer des zu gerichtsautoritär gestalteten Verfahrens²²⁸. Als Mittel der Abkürzung des Konkursprozesses wurden u.a. eine größere Formenstrenge, die Erweiterung des richterlichen Ermessens, eine zweckmäßigere Verwendung der Richtertätigkeit, größere Sorgfalt in der Behandlung der Aktiv- und Passivmasse und die Förderung von Vergleichen empfohlen und gefordert²²⁹.

Die Preußische Konkursordnung war ursprünglich nur in denjenigen Landesteilen Preußens eingeführt worden, in denen das Preußische Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung galten. Dies lag daran, daß nur hier durch das preußische Hypothekenrecht, nach dem an beweglichen Sachen nur Faustpfänder und an Immobilien nur Hypotheken durch Eintragung in dafür bestimmte Bücher entstehen konnten, eine einheitliche Grundlage für das Insolvenzrecht vorhanden war²³⁰. In den Landesgebieten, in denen ursprünglich noch das gemeine Recht Geltung hatte, konnte erst eine Reform des dortigen Hypothekensystems die Einführung der Konkursordnung im Jahre 1864 nach sich ziehen. Die preußische Konkursordnung wurde für ihre fortschrittliche Gesetzestechnik gelobt²³¹. Sie hatte sich bereits vor der Reichsgründung während ihrer fast 20jährigen Anwendung allseitigen Beifall erworben und ist auch späteren Gesetzgebungen anderer Länder wie zum Beispiel der Österreichischen Konkursordnung von 1868/69 zugrundegelegt worden²³².

Die preußische Konkursordnung lehnte sich außer an das gemeine Recht auch an die französischen Verfahrensweisen an. Sie verband die Sicherheit des gemeinrechtlichen Prozesses mit der Ungezwungenheit des französischen Verfahrens²³³. Die Auffassung, daß der Konkurs ein Prozeß sei, wurde aufgegeben²³⁴. Ein Mittelweg zu dem früheren gerichtsautoritären Prozeß und einem allzu freien Verfahrensgang wurde dadurch gewählt, daß ein Konkurs als ein vom Gericht nur noch beaufsichtigtes Liquidationsverfahren verstanden wurde und man die Rolle der Gläubiger und die des Konkursverwalters wesentlich freier gestaltete als zuvor. Eine Neuerung führte die preußische Konkursordnung dadurch ein, daß eine Unterscheidung zwischen einem kaufmännischen und einem sogenannten gemeinen Konkurs getroffen wurde²³⁵. Die Unterschiede zwischen beiden Arten bestanden in erster Linie darin, daß ein kaufmännischer Konkurs von Amts wegen eröffnet werden konnte, sobald das Gericht von einer Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners, der Kaufmann sein mußte, Kenntnis erlangte. Eine Verfahrenseröffnung von Amts wegen war demgegenüber bei dem gemeinen Konkurs des Nichtkaufmanns nicht möglich.

²²⁸ Vgl. hierzu auch Thieme, S. 45, der von einem „Brontosaurus des Zivilverfahrensrechts“ spricht.

²²⁹ Endemann, S. 86. Dieser erwähnt ein Werk von Puchta „Über den Konkursprozeß, aus dem Jahr 1827, das nach dem Vorwort „durch die Betrachtung der wenig befriedigenden Lage der Dinge“ veranlaßt war und die genannten Vorschläge der Verbesserung beinhaltet. Eine weitere auf Reform abzielende Schrift war lt. Endemann, S. 86 Fußnote 267 „medit ad doctrinam, de jud. conc. amendandam“ von G. A. Schedlich aus dem Jahr 1823, die aber nur „untergeordnete Punkte“ berührt haben soll.

²³⁰ Anlage I zur GSO, S. 86.

²³¹ Vgl. Thieme, S. 45.

²³² Hahn, Anlage, S. 63.

²³³ Vgl. Hahn, Anlage, Seite 63.

²³⁴ Sarwey, Einl. XLVII.

²³⁵ Hierzu: Sarwey, Einl. XI; Wentzel/Klose, 34 und 43 f.

Außerdem erstattete der Verwalter im gemeinen Konkurs im Gegensatz zu einem kaufmännischen Konkurs keinen sogenannten Generalbericht²³⁶ und ein Vergleichsverfahren unterbrach den Fortgang des Konkursverfahrens nicht.

Trotz der verhältnismäßig geringen Unterschiede im Verfahrensablauf kann man in der Einführung eines kaufmännischen Konkurses einen Einschnitt sehen. Ehemals wurde ein Insolvenzverfahren in erster Linie als Lösungsversuch der zivilprozessualen Problematik einer Durchsetzung von Ansprüchen einer Vielzahl von Gläubigern gegen einen zahlungsunfähigen Schuldner angesehen. Mitte des 19. Jahrhunderts kam im Zuge der Entwicklung des Handels- und der Wirtschaft der kaufmännische Aspekt hinzu. Dies wird auch dadurch deutlich, daß die preußische Konkursordnung nicht nur ein Werk von Juristen war, sondern unter Beteiligung von Vertretern des Handelstandes geschaffen wurde²³⁷. Abgesehen von den Einflüssen des französischen Rechts enthielt die preußische Konkursordnung auch neue gesetzgeberische Gedanken. So wurden nunmehr zahlreiche Einzelheiten des Verfahrens kodifiziert, die in der älteren Gesetzgebung nicht normiert waren. Aus dem französischen Recht stammten insbesondere die Verschärfung der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen²³⁸, die Bestellung eines Richterkommissärs, die Unterscheidung zwischen einem einstweiligen und einem definitiven Verwalter, die Beseitigung der präkludierenden Wirkung des Gläubigeraufgebots, die Regulierung eines Zwangsvergleichs (Accord) - der allerdings lediglich im kaufmännischen Konkurs zulässig war - die Zulassung von Abschlagsverteilungen vor der vollständigen Liquidation der Aktivmasse²³⁹ und der Grundsatz, daß über bestrittene Forderungen in besonderen Prozessen entschieden werden muß²⁴⁰. Außer einer vollständigen Normierung der Rechtsverhältnisse und des Verfahrens im Konkurs umfaßte die preußische Konkursordnung noch diverse andere Materien, die zwar mit einem Konkursverfahren im Zusammenhang standen, jedoch nicht im engeren Sinn dazu gehörten, wie zum Beispiel das erbschaftliche Liquidationsverfahren²⁴¹ und ein Prioritätsverfahren in der Zwangsvollstreckung.

Im ersten Teil der preußischen Konkursordnung war das materielle Konkursrecht geregelt. Der erste und zweite Abschnitt stellten zunächst die allgemeinen Wirkungen einer Konkursöffnung, wie z.B. den Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners und die Ausübung derselben durch einen Masseverwalter sowie das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung²⁴² fest. Hieran schlossen sich Bestimmungen über die Wirkungen eines Konkurses auf erfüllte, jedoch anfechtbare Rechtsgeschäfte an. Im Vergleich zu anderen deutschen Konkursgesetzgebungen war die Begünstigung von Ehegatten und nahen Verwandten des Gemeinschuldners erschwert. Die Konkursmasse sollte "das gesamte, der Exekution

²³⁶ Sarwey, Einl. XLII.

²³⁷ Vgl. Thieme, Seite 46; Thieme bezeichnet die Preußische Konkursordnung von 1855 "als Ausdruck einer vom Liberalismus geprägten Wirtschafts- und Handelspolitik in Preußen" und sieht die Schaffung der preußischen Konkursordnung vor dem Hintergrund einer wirtschaftspolitischen Wendung, die Preußen nach der Revolution von 1848 nach innen und außen vollzog.

²³⁸ Vgl. Wentzel/Klose, S. 56.

²³⁹ Vgl. Wentzel/Klose, S. 65.

²⁴⁰ Vgl. Seuffert, Konkursprozeßrecht, Seite 21; die preußische Konkursordnung war gegenüber dem französischen Gesetz und den deutschen Insolvenzgesetzen nicht nur detaillierter in den Regelungen, sondern mit ihren 440 Paragraphen auch deutlich umfangreicher.

²⁴¹ Koch, S. 56.

²⁴² Treuherz, S. 31 und 36.

unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses besitzt oder während der Dauer desselben erlangt" bilden²⁴³.

Eine früher geltende Regel, daß nur das "vindiziert werden kann (...), was nach Zivilrecht dem Vindikanten eigenthümlich gehört" wurde dahingehend modifiziert, daß anstelle der vor der Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner oder im Konkurs veräußerten fremden Sache von dem früheren Eigentümer die „Übereignung des Kaufpreises“ [also Zahlung] gefordert werden konnte und – soweit dieser noch ausstand - außerdem unbezahlte Waren zurückgefordert werden konnten, wenn sie nicht schon vor der Konkurseröffnung "in den körperlichen Besitz des Gemeinschuldners übergegangen" waren²⁴⁴.

Zur abgesonderten Befriedigung von Gläubigern wurden nach preußischem Recht abgeschlossene Spezialmassen gebildet. Eine Erörterung und Befriedigung der Forderungen fand dann im Rahmen von Partikularkonkursen statt. Spezialmassen bzw. Partikularkonkurse sollten Faustpfänder, dinglich verhaftete Immobilien, das Handlungsvermögen einer Handelsgesellschaft, Lehen, Fideikomnisse und Pachtgüter, Erbschaften sowie das inländische Vermögen eines Ausländers bilden²⁴⁵.

Nach dem Vorwegabzug der Masseschulden fand eine Befriedigung der eigentlichen Konkursgläubiger statt. Hierbei galt der Grundsatz, daß die Ansprüche dieser Gläubiger im gleichen Verhältnisse und ohne Rücksicht auf das Alter der Forderungen auszugleichen waren, jedoch mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl oder die gesetzliche Schutzbedürftigkeit einzelner Gläubiger, die darin gesehen wurde, "daß das fragliche Schuldverhältniß einer gesetzlichen Nothwendigkeit, wenigstens nicht dem freien Willen der Gläubiger entsprungen ist."²⁴⁶ Hierzu gehörten z. B. Steuerforderungen des Fiskus, Ansprüche der Gemeinde-, Kreis- und Provinzialverbände sowie der Kirchen und Schulen und außerdem noch Medizinalkosten²⁴⁷.

Die örtliche Zuständigkeit des Konkursgerichts bestimmte sich in der Regel nach dem ordentlichen persönlichen Gerichtsstand des Gemeinschuldners. Bei Konkursen über das Vermögen von Kaufleuten war eine besondere sachliche bzw. funktionelle Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben. Vor der Konkurseröffnung hatte das Gericht von Amts wegen Ermittlungen anzustellen, ob die Voraussetzungen für die Durchführung eines Konkursverfahrens vorliegen. Die Eröffnung des Verfahrens sollte unterbleiben, wenn "der Gemeinschuldner ein den Kosten des Konkursverfahrens entsprechendes Vermögen nicht besitzt"²⁴⁸. Bei der Konkurseröffnung hatte das Gericht dann Maßregeln zur Sicherung des Schuldnervermögens zu Gunsten der Gläubiger zu treffen. Ferner hatte das Gericht einen einstweiligen Verwalter für das Schuldnervermögen zu ernennen. Den Gläubigern wurde die Möglichkeit gegeben, einen Verwaltungsrat zu bilden und sowohl zu dessen Zusammensetzung als auch zur Person des späteren definitiven Verwalters, dessen Bestellung in das Ermessen des Gerichts gestellt war, Vorschläge zu machen. Die Verwalter vertraten die

²⁴³ Treuherz, S. 23.

²⁴⁴ Anlage I zur GSO, S. 75.

²⁴⁵ Vgl. Wentzel/Klose, S. 121 ff; §§ 31 - 37 PreußKO und §§ 292 ff. PreußKO.

²⁴⁶ Anlage I zur GSO, S. 76.

²⁴⁷ Vgl. Treuherz, S. 108 ff.

²⁴⁸ Koch, S. 251, 262; §§ 306, 339 PreußKO.

Gläubigerschaft und die Masse in jeder Beziehung, aktiv und passiv²⁴⁹, der einstweilige Verwaltungsrat hatte zum einen eine Kontrollfunktion hinsichtlich des Verwalters und außerdem die Aufgabe, diesem beratend zur Seite zu stehen. Bis zur Ernennung eines definitiven Verwalters sollte sich die Verwaltung der Konkursmasse auf die Ermittlung, Erhaltung und vorläufige Nutzung beschränken. Eine Ausnahme hiervon wurde lediglich für den Fall zugelassen, daß anderenfalls der Masse Nachteile entstehen konnten. Hier konnte dann entgegen der Regel bereits vor einer definitiven Verwaltung zur Veräußerung von Waren und Mobiliar geschritten werden. Die Veräußerung von Immobilien war allerdings gänzlich untersagt.

An die Konkursgläubiger hatte eine öffentliche Aufforderung zu ergehen, ihre Ansprüche innerhalb einer bestimmten Frist bei Gericht anzumelden und zu einem gerichtlich angeordneten Termin zur Prüfung der angemeldeten Ansprüche zu erscheinen. In diesem Prüfungstermin wurde hinsichtlich der angemeldeten Forderungen verhandelt und festgestellt, ob und inwieweit diese unstreitig waren oder bestritten wurden. Den Gläubigern, deren angemeldete Forderungen nicht anerkannt wurden, blieb es überlassen, ihre Ansprüche auf dem Klagewege zu verfolgen. Über einen solchen Rechtsstreit wurde dann in einem gewöhnlichen Prozeßverfahren entschieden. Durch diese Spezialprozesse wurde im Gegensatz zu früheren gesetzlichen Regelungen der Fortgang des Konkursverfahrens und damit eine etwaige Verteilung der Masse an sonstige Gläubiger nicht gehemmt.

Das bis dato im deutschen Insolvenzrecht vorherrschende Präklusionsprinzip modifizierte die Preußische Konkursordnung einschneidend dahingehend, daß der Gläubiger, der seine Forderung überhaupt nicht oder verspätet anmeldete, zwar zunächst bei einer Verteilung nicht berücksichtigt wurde, jedoch seine Forderung nicht gänzlich verlor²⁵⁰. Er hatte aber die Kosten einer etwaigen nachträglichen Prüfung seiner Forderung zu tragen²⁵¹.

Nach dem ersten allgemeinen Prüfungstermin konnte zwischen den Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner ein Vergleich zum Zweck der Wiederaufhebung des Konkurses geschlossen werden. Dieser Akkord- oder Erlaßvertrag hatte dann rechtsverbindliche Wirkung auch für diejenigen Gläubiger, die an der Einigung nicht beteiligt waren. Zum Abschluß eines Akkords war eine doppelte Mehrheit der in dem Akkordtermin anwesenden stimmberechtigten Gläubiger notwendig, die insgesamt 3/4 der stimmberechtigten Forderungen auf sich vereinen mußten. Der Zwangsvergleich bedurfte der Bestätigung des Gerichts. Diese konnte versagt werden, wenn entweder die Förmlichkeiten nicht eingehalten worden waren oder das Interesse der öffentlichen Ordnung oder das Interesse der Gläubiger durch den Abschluß des Vergleichs gefährdet war²⁵².

Eine definitive Verwaltung konnte erst nach dem ersten allgemeinen Prüfungstermin und nach Scheitern eines Akkords stattfinden. Die Aufgabe des endgültigen Verwalters bestand darin, die noch unveräußerten Vermögenswerte - nunmehr insbesondere auch die Immobilien - zu verwerten. Der Verwalter bedurfte bei einzelnen Akten der Genehmigung eines Gerichtskommissars, dem er alle drei Monate einen

²⁴⁹ Koch, S. 29.

²⁵⁰Wentzel/Klose, S. 61.

²⁵¹Wentzel/Klose, S. 296; § 177 II PreußKO.

²⁵² Vgl. Hahn, Anlage, S. 70.

Sachstandsbericht erstatten mußte. Eine deutliche Verbesserung des bisherigen Insolvenzrechts und vor allem eine Beschleunigung des Verfahrens bei der Befriedigung der Gläubiger erreichte die Preußische Konkursordnung dadurch, daß

Abschlagsverteilungen nicht nur in Ausnahmefällen gestattet waren, sondern sogar zwingend vorgeschrieben waren. Eine Verteilung der Masse unter die Konkursgläubiger sollte stattfinden, sobald und so oft ein hinlänglicher Massebestand vorhanden war. Zur Verteilung der Vermögensmasse unter den nicht bevorzugten Konkursgläubigern, war ein Teilungsplan zu entwerfen, in dem die einzelnen Ansprüche und die zu verteilenden Beträge angegeben wurden. Streitige Forderungen oder Vorrechte bezüglich derer noch Prozesse liefen, wurden als vorläufige Forderungen festgestellt²⁵³. Etwa auf sie entfallende Quoten wurden zu einer Spezialmasse genommen. Der Teilungsplan lag bei Gericht zur Einsicht für die Verfahrensbeteiligten aus. Letztere hatten Gelegenheit, innerhalb einer zu bestimmenden Frist eventuelle Einwendungen zu erheben. Das Konkursverfahren wurde nach dem Vollzug der Schlußverteilung beendet.

III. Die Bayerische Civilproceßordnung vom 29. April 1869

Obwohl in Bayern bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts das dringende Bedürfnis nach einer Verbesserung und neuen Kodifizierung des Insolvenzverfahrensrechts erkannt worden war, gelang es erst etwa 14 Jahre nach Inkrafttreten der für damalige Verhältnisse als vorbildlich anzusehenden Preußischen Konkursordnung das formelle Recht im Rahmen einer neuen Bayerischen Civilproceßordnung zu regeln.

1. Äußere Entstehung der Bayerischen Civilproceßordnung

Die bayerische Verfassungsurkunde stellte in Art. VIII § 7 das Postulat auf, daß für das ganze Königreich ein einheitliches Bürgerliches- und Strafgesetzbuch bestehen sollte. Diese Verfassungsbestimmung wurde so verstanden, daß damit nicht nur die Vereinheitlichung des materiellen Rechts, sondern auch des Prozeßrechts gemeint war. Die bayerischen Gesetzgeber beschäftigten sich mit dieser Zielsetzung ein halbes Jahrhundert, ohne daß eine Rechtseinheit auf diesen Gebieten vollständig erreicht wurde²⁵⁴.

Es wurde bereits ausgeführt, daß das Insolvenzrecht in Bayern von jeher - zumindest was das Verfahrensrecht anbelangt - als Teil des Zivilprozeßrechts aufgefaßt wurde. Insoweit lag es wohl in der Natur der Sache, daß ein neues Konkursrecht für Bayern nur im Rahmen eines "Großprojektes" einer neuen Zivilproceßordnung entstehen konnte²⁵⁵.

²⁵³ Koch, S. 208 ff.

²⁵⁴ Vgl. Barth, Bd. I, S. 1; Barth führt zu dem Problem der Rechtsvereinheitlichung weiter aus: "Wir besitzen zwar, außer dem Handelsgesetzbuche und der Wechselordnung, die uns zugleich mit den übrigen deutschen Staaten gemein sind, seit dem ersten Juli 1862 ein für alle acht Kreise gemeinsames Straf- und Polizeistrafgesetzbuch und erhalten mit dem 1. Juli 1870 auch ein gemeinsames Civilproceßrecht, es mangelt uns aber noch immer eine gemeinsame Strafproceßordnung, die indeß schon der nächste Landtag bringen dürfte und vor Allem ein gemeinsames Bürgerliches Gesetzbuch, für welches leider, so sehr das Bedürfnis eines solchen, namentlich dem neuen Civilproceßsysteme gegenüber, anerkannt werden muß, keine Aussicht auf baldige Herstellung besteht."

²⁵⁵ Etwa zeitgleich waren auch Bemühungen zur Neuregelung des bürgerlichen Rechts im Gang.

Nachdem durch eine Änderung des Hypothekenrechts die Voraussetzungen für eine Änderung des materiellen Insolvenzrechts durch die Prioritätsordnung geschaffen worden waren, hätte es nahegelegen, in dieser Phase auch das ohnehin seit geraumer Zeit kritisierte Konkursverfahrensrecht mit all seinen Unzulänglichkeiten, einer einschneidenden Modifikation zu unterziehen. Dies blieb jedoch aus verschiedensten Gründen aus.

Was den Zivilprozeß anbelangt, wurde immerhin auf den Landtagen von 1819 und 1822 eine Revision der Gerichtsordnung seitens der Stände betrieben. Die Staatsregierung ließ daraufhin auch durch eine Kommission einen Entwurf ausarbeiten, der im Jahre 1825 vollendet wurde²⁵⁶. Zwei Jahre später kam dieser Entwurf zur Vorlage an die Kammern des Landtages. Obwohl der insbesondere im Bereich des allgemeinen Zivilprozeßrechts kritisierte Entwurf noch im Gesetzgebungsausschuß behandelt wurde, kam er nicht mehr zu einer Beratung im Plenum. Die Staatsregierung ordnete daher an, daß der bisherige Entwurf nochmals überarbeitet werden sollte. Auch der daraus resultierende, geänderte Entwurf aus dem Jahre 1831 schaffte nicht den vollständigen Gang durch die verschiedenen Beratungsgremien und gelangte nicht zur Beratung in der Kammer der Abgeordneten.

Durch diese Mißerfolge entmutigt, verfolgte man das Projekt der Schaffung einer neuen Zivilprozeßgebung zunächst nicht mehr weiter. Die nach dem Ende des Landtags 1831 eingetretene Reaktion erschien für zeitgemäße Fortschritte in der Gesetzgebung nicht günstig. Von da an zeigte die Regierung eine entschiedene Abneigung gegen durchgreifende Veränderungen in dem bestehenden Rechtszustand²⁵⁷. Vielmehr begnügte man sich, die offenkundigen Unzulänglichkeiten durch weniger einschneidende Maßnahmen auszugleichen. So versuchte der bayerische Gesetzgeber im Jahre 1837 statt der Einführung neuer Prinzipien in den Zivilprozeß die alte Bayerische Gerichtsordnung durch Novellen zu verbessern. Echte Abhilfe wurde jedoch dadurch nicht geschaffen.

Obwohl immerhin schon im Jahr 1847 im bayerischen Justizministerium erneut an einem Entwurf zu einer Zivilprozeßordnung gearbeitet wurde²⁵⁸, brachte erst die Revolution des Jahres 1848 das Gesamtprojekt einer Vereinheitlichung des Zivilrechts voran²⁵⁹. Unter anderem wurde die standesherrliche und Patrimonialgerichtsbarkeit, die einer modernen Zivilprozeßgesetzgebung entgegenstand, beseitigt. Am 12. Mai 1848 wurden durch das Gesetz betreffend die Behandlung neuer Gesetzbücher die Grundlagen für die Gesetzgebung über die Gerichtsorganisation, das Verfahren in Zivil- und Strafsachen und das Strafrecht festgelegt²⁶⁰. Dabei sollte "was das bestehende Prozeßrecht und die neueren Prozeßgesetze an brauchbarem Material darbieten, (...) sorgfältig benützt und auf die Beibehaltung des bestehenden soviel als möglich Bedacht genommen werden, jedoch unbeschadet der consequenten Durchführung der Grundprincipien, welche jenem Systeme zugrundeliegen."²⁶¹

Vgl. hierzu ausführlich: Dölemeyer, S. 138 ff.

²⁵⁶ Siehe hierzu: Motive zum BayCPO-Entwurf von 1825.

²⁵⁷ Vgl. Barth, Bd. I, S. 2.

²⁵⁸ Vgl. Fellner, S. 53 f; zu einem Entwurf einer Prozeßordnung vom 29. 10. 1848, in dem allerdings konkurs- und vollstreckungsrechtliche Vorschriften nicht enthalten waren.

²⁵⁹ Zur beschleunigenden Wirkung der Märzrevolution auch: Dölemeyer, S. 166.

²⁶⁰ Vgl. Dölemeyer, S. 167.

²⁶¹ Barth, Bd. I, S. 3.

Zur Herstellung einer zeitgemäßen Zivilprozeßordnung galt es, eine Gerichtsverfassung herzustellen und die bis dato nicht strikt durchgeführte Trennung der Justiz von der Verwaltung herbeizuführen. Obwohl bereits im Jahre 1850 ein Gesetz über die Gerichtsorganisation im Entwurf vorlag, dauerte es wegen der hemmenden Wirkung wiedereinsetzender reaktionärer politischer Strömungen²⁶² bis zum Jahr 1861, bis ein neues Gerichtsverfassungsgesetz für Bayern verabschiedet wurde²⁶³. Damit war das letzte Hindernis beseitigt, welches der Herstellung einer zeitgemäßen Zivilprozeßordnung noch entgegenstand. Noch auf dem Landtag des Jahres 1861 erfolgte die Vorlage des Entwurfs einer Prozeßordnung in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, der durch den Königlichen Staatsminister der Justiz eingebracht wurde²⁶⁴. Das Gesetzesprojekt fand auch außerhalb Bayerns Beachtung. Man war unschlüssig, ob „das neue Werk, durch das sich Bayern gegen das übrige Deutschland abzuschließen im Begriff steht, einer ersehnten Einigung auf diesem Gebiete hinderlich in den Weg zu treten drohe, oder etwa der innere Werth der neuen Arbeit, sowie die Grundlagen, auf welche sie aufbaut ist, so bedeutend sind, daß dieses Werk als Vorarbeit für die allgemeine deutsche Civilprozeßgebung zu dienen vermag.“²⁶⁵

Nach einer weiteren zeitlichen Verzögerung, die dadurch bedingt war, daß zwischenzeitlich die im Jahre 1859 gewählte Kammer der Abgeordneten aufgelöst wurde, kam es Mitte 1863 zu einer erneuten Vorlage des Entwurfs der Zivilprozeßordnung mit einigen Modifikationen gegenüber dem früheren Entwurf, die insbesondere durch die zwischenzeitliche Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches nötig waren. Zu dem insgesamt neun Abgeordnete zählenden Gesetzgebungsausschuß, der von der Kammer der Abgeordneten am 4. 9. 1863 gewählt wurde, gehörten unter anderem auch Dr. Ludwig von Neumayr und Dr. Gottfried Schmitt, von denen später²⁶⁶ noch die Rede sein wird. Referent für den Ausschuß der Abgeordnetenkammer war Ludwig von Neumayr. Für den Ausschuß der Kammer der Reichsräte war zuletzt der spätere Justizminister von Bomhard als Referent tätig.

Die eigentlichen Arbeiten der Gesetzgebungsausschüsse begannen im Januar 1864. Nach den ersten Teilberatungen des Gesetzesentwurfs wurde auf Vorschlag des Vorsitzenden eine weitere Kommission gebildet, die die gefaßten Beschlüsse jeweils zusammenstellen und etwaige Abänderungsvorschläge machen sollte. Diese Subkommission blieb bis zum Ende der gesamten Gesetzesberatungen tätig. In der Subkommission wurde - ebenso wie auch gegenüber dem Ausschuß über die Ergebnisse der Beratungen - nur mündlich referiert. Protokolle wurden über die Sitzungen nicht aufgenommen²⁶⁷, so daß sich die Motive für die von der Subkommission vorgeschlagenen Änderungen nicht anhand schriftlicher Unterlagen nachvollziehen lassen.

Die Ausschüßarbeiten wurden mehrfach durch die Einberufung der Landtage unterbrochen. Das vierte, von der Vollstreckung handelnde Buch sowie das für die vorliegende Erörterung vor allem interessierende fünfte Buch, welches "von der Gant"

²⁶²Vgl. Barth, Bd. I, S. 4.

²⁶³Zu den gesetzgeberischen Reformen Bayerns in dieser Zeit auch: Liebhart, S. 108 f.

²⁶⁴Fellner, S. 93.

²⁶⁵Planck, S. 3.

²⁶⁶Siehe unten C. III.

²⁶⁷Barth, Bd. I, S. 9.

handelte (Art. 1020-1157 des Entwurfs) wurden in 32 Sitzungen vom 28.3.1867 bis zum 15.6.1867 beraten. Die Subkommission überarbeitete diese Teile des Entwurfs bis Ende September des Jahres. Da die Ausschußtagungen trotz der anstehenden Landtage nicht mehr unterbrochen wurden, konnte man die Arbeiten an dem konkursrechtlichen Teil bis zum 18. Oktober 1867 beenden. Der Ausschuß nahm gegenüber dem ursprünglichen Entwurf des fünften Buchs der Zivilprozeßordnung gravierende Änderungen bei der systematischen Reihenfolge der Vorschriften vor²⁶⁸. Der ursprüngliche Entwurf orientierte sich als Basis an einer chronologischen Ordnung, in der die Handlungen in einem Konkursverfahren aufeinander folgten, während der Ausschuß eine Einteilung nach den unterschiedlichen Materien vornahm und insofern eine gesetzssystematischere Form wählte.

Die Beratung des fünften Buches²⁶⁹ im Ausschuß der Kammer der Reichsräte, dem der Referent von Bomhard Bericht erstattete, scheint unproblematisch verlaufen zu sein. Jedenfalls genügte zur Beratung des fünften und sechsten Buches eine einzige Sitzung, die am 20.11.1868 stattfand²⁷⁰. Hier fand eine im ursprünglichen Entwurf noch nicht vorgesehene ausdrückliche materiell-rechtliche Regelung über die Wirkung der Konkursöffnung auf bestehende Mietverträge ihre Aufnahme. Diskussionspunkt war auch die Frage der Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vergleichs (Accord). Auch die Anwaltschaft bekam Gelegenheit zur Stellungnahme, beschränkte sich aber bzgl. der konkursrechtlichen Vorschriften auf wenige Vorschläge zu der Form von Benachrichtigungen und Zustellungen²⁷¹. Die zweite Lesung im Ausschuß der Kammer der Abgeordneten fand am 5. und 6.12. 1868 statt. Hier wurden nochmals einige kleinere Änderungen vorgenommen. Im Januar bzw. Februar 1869 folgten weitere Lesungen im Ausschuß der Kammer der Reichsräte und in der Abgeordnetenkammer²⁷². Einige Mitglieder der zweiten Kammer sprachen sich gegen die Einführung der neuen Prozeßordnung aus. Sie schlugen im Interesse einer einheitlichen deutschen Gesetzgebung vor, stattdessen die zukünftige Zivilprozeßordnung des Norddeutschen Bundes zu übernehmen.

Dem wurde jedoch entgegnet, daß noch nicht absehbar sei, wann diese in Kraft treten könnte und daß sich das bisherige Prozeßrecht als so unzulänglich erwiesen habe, daß die Einführung der neuen Gesetzgebung keinen Aufschub mehr dulde. Ferner sei es nicht opportun ein Gesetz zu übernehmen, ohne an dessen Entstehung beteiligt gewesen zu sein²⁷³. Widerstand kam auch aus der Pfalz²⁷⁴. Dort war man der Meinung, daß sich der geltende „Code de procedure civile“ durchaus bewährt habe. Die Mehrheit in den Gremien entschied sich jedoch für eine Annahme des Gesetzesentwurfs, so daß der

²⁶⁸ Vgl. „Übersichtliche Darstellung der Entstehung der nach den Beschlüssen des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Abgeordneten festgesetzten einzelnen Artikel“, BayHStA MJu 12716.

²⁶⁹ Vgl. hierzu die Vorschläge des Frhrn. Von Schrenk vom 16.11.1868 und die „Abänderungs-beschlüsse des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Reichs-Raethe zum fünften Buche“, BayHStA, Abt. II, MJu 12717.

²⁷⁰ Vgl. Barth, Bd. I, S. 16.

²⁷¹ Vgl. „Modificationsvorschläge der Vorstandschaft des bayerischen Anwalts-Vereins zu dem Civilprozeß-Entwürfe“, BayHStA, Abt. II, MJu 12717.

²⁷² Vgl. „Modifications-Anträge des Herrn Reichsrathes von Bomhard als Referenten des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Reichsräte zur zweiten Lesung des fünften und sechsten Buches“, BayHStA, Abt. II, MJu 12718 und „Abänderungsbeschlüsse des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Reichsräte zum fünften Buche“ nach II. Lesung, BayHStA MJu 12718.

²⁷³ Vgl. Fellner, S. 97 u. 98 m.w.N.

²⁷⁴ In dem Akt BayHStA, Abt. II, MJu 12719 finden sich zahlreiche Protestnoten gegen die Einführung der neuen BayCPO.

bayerische König im Landtag vom 29.4.1869 der Bayerischen Civilproceßordnung seine Sanktion erteilte.

2. Tragende Prinzipien und Abweichungen zur Preußischen Konkursordnung

Bei der Neuregelung des Gantverfahrens für Bayern sah sich der damalige Gesetzgeber vor der Aufgabe, das Insolvenzverfahren dem neuen System des Zivilprozesses und des Vollstreckungsverfahrens, außerdem aber auch den durch die Prioritätsordnung von 1822 gegebenen materiell-rechtlichen Grundlagen anzupassen²⁷⁵. Außerdem mußte man grundsätzliche Prinzipien diskutieren, wie die Frage, ob an dem Prinzip des Universalkonkurses festzuhalten sei und ob ein Zwangsvergleich - so wie beispielsweise in Preußen - zugelassen werden sollte. Bei der Vorbereitung des Gesetzesentwurfs für Bayern "wurden alle an die Hand gegebenen Erfahrungen benützt und den Hilfsmitteln sorgfältige Berücksichtigung zugewendet, welche die Literatur und die Fortschritte der Gesetzgebung in anderen Ländern darbieten."²⁷⁶

Viele Vorschriften der Bayerischen Civilproceßordnung von 1869, die in den Artikeln 1173 - 1318 das Konkurs- bzw. Gantverfahren regelte, gingen aus der Preußischen Konkursordnung von 1855 hervor²⁷⁷. Trotz einzelner erheblicher Abweichungen ist das Vorbild der Preußischen Konkursordnung nicht zu verkennen²⁷⁸. Da oben die Grundzüge der Preußischen Konkursordnung dargestellt wurden und eine detailliertere Erörterung der Vorschriften des bayerischen Insolvenzverfahrensrechts an anderer Stelle vorgenommen wird, sollen hier zunächst nur die Hauptabweichungen zu dem preußischen Recht, dessen System in den wesentlich Punkten übernommen wurde, aufgezeigt werden.

Die bayerische Proceßordnung kannte keine Unterscheidung von Verfahren des kaufmännischen und gemeinen Konkurses. Eine Beschränkung der Gant auf Kaufleute, wie sie anderenorts stattfand, ließ sich aus Sicht des bayerischen Gesetzgebers nicht rechtfertigen, da auch bei anderen Schuldnern weitreichende Verpflichtungen vorkamen. Außerdem boten das in Bayern eingeführte Hypothekensystem sowie die Einteilung der Vorzugsrechte in der Prioritätsordnung keine Grundlage für die Einführung eines kaufmännischen Konkurses. Zum einen war das Mittel, aufgrund einer Verurteilung eine Generalhypothek auf die Immobilien des Schuldners zu erwirken nicht gegeben, zum anderen setzte die Einteilung der Vorzugsrechte in der Prioritätsordnung den allgemeinen Konkurs voraus, so daß eine Beschränkung auf den kaufmännischen Konkurs in das System der Gesetzgebung nicht gepaßt hätte²⁷⁹. Ferner befürchtete man, daß die Einführung eines kaufmännischen Konkurses "den Kredit des Landes überhaupt gefährden würde."²⁸⁰ Bayern entschied sich, lediglich einige Sonderregelungen bezüglich Kaufleuten aufzunehmen, wie z.B. die Verpflichtung, daß ein Kaufmann außer einem Vermögensverzeichnis auch seine Handelsbücher zur

²⁷⁵ Vgl. Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 187.

²⁷⁶ Vgl. Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 188.

²⁷⁷ Seuffert, S. 22; vgl. auch GSO, Motive, S. 5.

²⁷⁸ Vgl. Fuchs, S. 30; Hahn, Anlage, S. 74; Sarwey, Einl. XXXIII; Planck, S. 4/5 sieht bzgl. des Vorentwurfs der BayCPO v.a. den Einfluß französischen Rechts (an welches sich auch die Preußische Konkursordnung anlehnte) und übt hieran Kritik, indem er von einer „Aufopferung der eigenen Volksthümlichkeit“ spricht.

²⁷⁹ Barth, Bd. I, S. 129/130.

²⁸⁰ Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 188.

Verfügung stellen mußte²⁸¹. In Bayern sah man nicht die Notwendigkeit, Insolvenzverfahren betreffend Kauf- und Handelsleute den Handelsgerichten zuzuweisen. Das Insolvenzrecht sah man auch nicht als Handelssache an, die unter die Kompetenz der Handelsgerichte fallen sollte. Insoweit wurde eine allgemeine Zuständigkeit der Bezirksgerichte festgelegt²⁸². Auch die Überlegung, zumindest in Wechsel- und Handelssachen Prozesse über strittige Forderungen vor den Handelsgerichten auszutragen, wurde letztlich fallen gelassen.

Nach bayerischem Recht mußte auch bei Kaufleuten zur Konkursöffnung die Voraussetzung vorliegen, daß deren Vermögen zur vollständigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger nicht ausreichte. Der die Ganteröffnung beantragende Gläubiger war nach Art. 1173, 1191 BayCPO gehalten, die Unzulänglichkeit des Vermögens zu bescheinigen²⁸³. Vor Eröffnung des Verfahrens hatte das Gericht, sofern nicht eine Überschuldung unzweifelhaft vorlag, einen aus seiner Mitte zu ernennenden Kommissär damit zu beauftragen, eine Vermögensrecherche durchzuführen²⁸⁴. In der Regel war die Durchführung eines Insolvenzverfahrens nur auf Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers zulässig²⁸⁵. Ausnahmsweise war die Eröffnung des Verfahrens auch von Amts wegen gestattet²⁸⁶. Dies sollte insbesondere dann geschehen, wenn der zahlungsunfähige Schuldner flüchtig war und wenn eine überschuldete Erbmasse ohne Erben blieb, sei es durch Ausschlagung oder weil der Erbe unbekannt war. Die Rechtfertigung für ein amtliches Einwirken wurde darin gesehen, daß es "der Schutz, welchen die Regierung den eigenen Staatsangehörigen schuldig ist", erfordere, diesen Gelegenheit zu geben, ihre Rechte wahren zu können. Außerdem sprach hierfür die „Rücksicht auf den allgemeinen Kredit.“²⁸⁷

Eine Vorladung der Gläubiger erfolgte erst, sobald feststand, daß die gerichtliche Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unanfechtbar war, sei es dadurch, daß eine Beschwerdefrist verstrichen oder die Ausgangsentscheidung durch das übergeordnete Gericht bestätigt wurde.

Im Gegensatz zu den Regelungen der Preußischen Konkursordnung wurden die Gläubiger vor der Ernennung eines provisorischen Masseverwalters nicht angehört. Der definitive Masseverwalter wurde von den anwesenden²⁸⁸ Gläubigern lediglich nach Stimmenmehrheit, die nach den Forderungsbeträgen zu bemessen war, gewählt²⁸⁹. Die Gläubigerversammlung hatte das Recht, über die Art der Verwaltung der Masse, die Fortführung des Geschäfts des Schuldners, Verwendung der Barschaften, die Veräußerung der Masse, die Belohnung des Masseverwalters und die dem Insolvenzschuldner und seiner Familie eventuell zu bewilligende Unterstützung Beschlüsse zu fassen.

Ein weiterer Unterschied zwischen den Vorschriften der Bayerischen Civilproceßordnung und der Preußischen Konkursordnung bestand darin, daß lediglich eine

²⁸¹ Art. 1190 II BayCPO.

²⁸² Vgl. Barth, Bd. III, S. 130; Schmitt, Bd. I, S. 162.

²⁸³ Fuchs, S. 30.

²⁸⁴ Barth, Bd. I, S. 129; Art. 1193 BayCPO.

²⁸⁵ Fuchs, S. 30.

²⁸⁶ Vierling, S. 449.

²⁸⁷ Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 188.

²⁸⁸ Vierling, S. 489.

²⁸⁹ Fuchs, S. 31.

allgemeine Anmeldefrist festgesetzt war und nur ein Prüfungstermin (Verhandlungstagfahrt) stattfand. Hier hatte außer jedem Gläubiger auch der Schuldner das Recht, Forderungen - nicht jedoch die Vorzugsrechte - zu bestreiten. Im Gegensatz zum preußischen Recht war der Masseverwalter nicht berechtigt, Einwendungen zu erheben.

Sofern gegen den Verteilungsplan durch den Schuldner oder einen Gläubiger Erinnerungen erhoben wurden, waren die Beteiligten zu einem Vermittlungsversuch zu Gericht zu bestellen, um eine Beilegung der Auseinandersetzung zu erreichen²⁹⁰. Kam eine Einigung nicht zustande, so wurden die Auseinandersetzungen um die Verteilung wiederum zur Verhandlung und Entscheidung durch das Gericht gebracht²⁹¹.

Waren keine Einwendungen gegen den Verteilungsplan vorgebracht oder etwaige Streitigkeiten hierüber ausgeräumt worden, so schloß der Gerichtskommissär den Plan ab und benachrichtigte die Gläubiger²⁹². Hierzu war den Gläubigern erneut ein Anfechtungsrecht eingeräumt, sofern die Abschlußmitteilung mit dem Entwurf des Verteilungsplans oder den in den ausgetragenen Rechtsstreitigkeiten ergangenen Urteilen nicht übereinstimmte oder soweit ein Gläubiger geltend machen konnte, daß er eine Ediktalladung oder die Bekanntmachung des Entwurfs des Verteilungsplans nicht erhalten hatte. Hier konnte dann die Nichtigkeit des gesamten Liquidations- und Verteilungsverfahrens klageweise geltend gemacht werden²⁹³.

Einen Zwangsvergleich kannte die Bayerische Prozeßordnung nicht. Eine vergleichsweise Beendigung des Konkursverfahrens kam zwar grundsätzlich in Betracht, jedoch nur dann, wenn sämtliche in dem Konkursverfahren beteiligten und aufgetretenen Gläubiger dem Abschluß eines Akkordes zustimmten²⁹⁴. Sofern ein Gläubiger in der Versammlung nicht erschien, wurde dieser aufgefordert, eine Erklärung dahingehend abzugeben, ob er dem Vergleich zustimme oder widerspreche²⁹⁵. Reagierte er hierauf nicht, wurde dies als Zustimmung gewertet²⁹⁶. Die vom bayerischen Gesetzgeber abgelehnte Institution des Zwangsvergleichs war seinerzeit sowohl in den rechtlichen Grundlagen, hinsichtlich der Zweckmäßigkeit, den Voraussetzungen und den Grenzen der Zulässigkeit als auch bezüglich des Verfahrensganges unter den Juristen sehr umstritten²⁹⁷. Die damaligen Gesetzgebungen wiesen untereinander wesentliche Abweichungen auf. Im bayerischen Gesetzgebungsausschuß war zwar anerkannt, daß es in manchen Fällen im Interesse der Gläubiger liegen kann, durch ein freiwilliges Übereinkommen ein förmliches Konkursverfahren zu beenden. Man hielt jedoch an der Auffassung fest, daß eine gütliche Einigung nur auf der freiwilligen Basis einer Zustimmung sämtlicher Gläubiger möglich sein sollte. Einerseits sei es unbillig, einem Gläubiger, der einen Anspruch gegen den Schuldner hat und auf diesen nicht verzichten will, durch Erklärungen anderer Gläubiger Teile seiner Forderung verlustig gehen zu lassen. Zum anderen hätten Erfahrungen gezeigt, daß der Zwangsvergleich häufig zu nachteiligen weiteren Verzögerungen in der Abwicklung führt und selbst im Falle eines Gelingens nur geringe

²⁹⁰ Vierling, S. 497; Fuchs, S. 31.

²⁹¹ Fuchs, S. 32.

²⁹² Fuchs, S. 33.

²⁹³ Vierling, S. 498 u. 499.

²⁹⁴ Völderndorff, S. 525 u. 526.

²⁹⁵ Vgl. Vierling, S. 502.

²⁹⁶ Vgl. Barth, Bd. III, S. 409 f.; Art. 1316 BayCPO.

²⁹⁷ Vgl. Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 88.

Vorteile bietet. Außerdem sei zu befürchten, daß ein Zwangsvergleich zu einem Mißbrauch und zur Anwendung "betrügerlicher Mittel" führen könnte, gegen die kein ausreichender Schutz bestehe. Daher sei es in den meisten Fällen den Gläubigern zuträglicher, "durch ein wohlgeordnetes Gantverfahren" eine rasche und sichere Befriedigung zu erlangen²⁹⁸. In Fällen, in denen tatsächlich eine vergleichsweise Erledigung sich anbiete und die sinnvollste Lösung für die Gläubiger biete, würde es ohnehin zu einem einstimmigen Beschluß kommen können. Insoweit reiche es aus, einen Vergleich an die Zustimmung aller Gläubiger zu knüpfen²⁹⁹.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgte nach dem neueren bayerischen Insolvenzrecht ohne das weitläufigere Vorverfahren, daß noch im Codex Judiciarii zu finden war. Für das Gericht mußte lediglich glaubhaft gemacht werden, daß eine Überschuldung vorlag. Erforderlichenfalls waren seitens des Gerichts Maßnahmen zur Vermögensermittlung zu veranlassen³⁰⁰. Das in geheimer Sitzung erlassene Ganterkenntnis wurde dann in öffentlicher Sitzung verkündet und bekannt gemacht³⁰¹. Im Gesetzgebungsausschuß wurden dieser Verfahrensweise - insbesondere der für damalige Verhältnisse ungewöhnliche Umstand, daß dem Erkenntnis des Gerichts keine Verhandlung vorausging - Bedenken entgegengebracht³⁰². Schließlich jedoch fand diese Regelung Zustimmung - wohl insbesondere im Hinblick auf die dadurch eintretende, wünschenswerte Verfahrensbeschleunigung.

Mit dem bisherigen Recht hielt die BayCPO an dem Grundsatz fest, daß der Schuldner mit der Konkursverfahrenseröffnung die Dispositionsbefugnis hinsichtlich seines Vermögens verliert und von ihm vorgenommene Rechtshandlungen nichtig sein sollten. Das bayerische Recht sah allerdings vor, daß die Gläubigerschaft an die Stelle des Schuldners trat³⁰³ und sämtliche anhängigen Rechtsstreitigkeiten sowie die nicht mehr zum Abschluß gekommenen Rechtsgeschäfte auf die Gläubiger übergingen, soweit diese nicht auf freien persönlichen Rechtsbeziehungen des Schuldners beruhten.

Nachdem die Bestimmungen der Bayerischen Gerichtsordnung Kap. XIX § 19 "sich zum Schutze der Gläubiger gegen Betrug und Unterschleif von Seite des Gantschuldners längst als ungenügend erwiesen hatten"³⁰⁴, wurde der Gläubigerschaft ein weitergehendes Anfechtungsrecht als bisher bezüglich früherer Rechtshandlungen des Gemeinschuldners zugestanden. Dem lag die Überlegung zugrunde, daß gewisse Rechtshandlungen des Schuldners, sei es mit Rücksicht auf ihren Inhalt oder auf den verhältnismäßig kurzen Zeitraum zwischen ihrer Vornahme und dem Beginn des Konkurses oder bezüglich der beteiligten Personen "das Gepräge der Unredlichkeit gegen die Gläubiger so sehr an sich"³⁰⁵ tragen, daß eine Anfechtung regelmäßig ohne weiteres zugelassen werden muß. Der ursprüngliche Entwurf der bayerischen Zivilprozeßordnung räumte hier auch in Anlehnung an das französische Recht und die Preußische Konkursordnung von 1855 dem Gericht einen weitgehenden Ermessensspielraum ein, der darin bestand, daß das Gericht befugt war, den Zeitpunkt

²⁹⁸ Vgl. Barth, Bd. I, S. 131; Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 188.

²⁹⁹ Wie vor.

³⁰⁰ Vierling, S. 454 u. 455.

³⁰¹ Vgl. Art. 1195 BayCPO, Art. 1199 BayCPO; Barth, Bd. I, S. 131.

³⁰² Barth, Bd. I, S. 131.

³⁰³ Vgl. Schmitt, Bd. I, S. 350.

³⁰⁴ Barth, Bd. I, S. 132.

³⁰⁵ Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 189.

der Konkurseröffnung den Umständen nach zurückzudatieren, um die zweifelhaften Rechtshandlungen nachträglich unwirksam machen zu können. Diese Regelung wurde jedoch von Bayern letztlich nicht übernommen. Die Problematik wurde in der Weise gelöst, daß auf Klage der Gläubigerschaft bestimmte, in Art. 1223 BayCPO aufgeführte Rechtshandlungen für ungültig zu erklären waren, sofern sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Konkurseröffnung stattgefunden hatten.

In dem bayerischen Konkursverfahren beschränkte sich die Tätigkeit des Konkursgerichts auf den Erlaß allgemeiner Anordnungen und die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten. Im übrigen wurde die Leitung des Verfahrens einem vom Konkursgericht zu ernennenden Kommissär übertragen. Die Verwaltung der Gantmasse beruhte auf dem Prinzip, daß das Verfügungsrecht dem Grunde nach den Gläubigern zustand. Nachdem ein Sequester zur vorläufigen Insolvenzverwaltung seitens des Gerichts bestellt worden war, erfolgte eine definitive Regelung der die Aktivmasse betreffenden Angelegenheiten erst durch die Versammlung der Gläubiger im Verhandlungstermin³⁰⁶. Der aufgestellte definitive Verwalter war gehalten, die Verwertung der Vermögensmasse des Schuldners unter Leitung des Kommissärs und unter Mitwirkung der Gläubiger durchzuführen³⁰⁷. Der definitive Masseverwalter hatte bei seiner Tätigkeit außer den gesetzlichen Vorschriften auch die von der Gläubigerversammlung gefaßten Beschlüsse zu beachten³⁰⁸.

Nachdem der Gerichtskommissär eine Frist zur Anmeldung der Forderungen sowie einen Verhandlungstermin bestimmt und hierzu geladen hatte, mußten die Anmeldungen der Gläubigerforderungen bei der Gerichtsschreiberei vorgenommen werden. Zur Einhaltung der Anmeldefrist waren alle, außer den absonderungsberechtigten Gläubigern verpflichtet. Anschließend erstellte der Gerichtsschreiber nach Maßgabe der eingegangenen Anmeldungen eine Tabelle, die dann Grundlage der Verhandlung war³⁰⁹.

Das Recht, die angemeldeten Ansprüche zu bestreiten, stand nur den Beteiligten zu. Der Masseverwalter galt nicht als Beteiligter und hätte rechtstheoretisch allenfalls als Stellvertreter der Gläubigerschaft (wie ein Kontraktor im früheren gemeinen Recht) tätig werden können. Eine solche Vertreterstellung des Masseverwalters im Liquidationsverfahren kannte jedoch die bayerische Zivilprozeßordnung nicht, sondern überließ es wie der Codex Judiciarii den einzelnen Beteiligten, gegen die angemeldeten Ansprüche Einwendungen zu erheben. Seine Befugnis war darauf beschränkt, geeignete Vorschläge über die Verwaltung und Verwertung der Masse zu machen und die dann gefaßten Beschlüsse umzusetzen³¹⁰.

Nach dem Vorbild der Preußischen Konkursordnung wichen die Bestimmungen der neuen bayerischen Prozeßordnung hinsichtlich der Verteilung der Masse von dem bis dato geltenden Codex Judiciarii vor allem durch den Grundsatz ab, daß die Befriedigung der einzelnen Gläubiger sobald und soweit sie nur immer möglich war erfolgen sollte und vorläufige Zahlungen gestattet wurden³¹¹. Zuvor - nach älterem

³⁰⁶ Barth, Bd. I, S. 132.

³⁰⁷ Motive zum BayCPO-Entwurf von 1861, S. 189.

³⁰⁸ Art. 1290 II BayCPO.

³⁰⁹ Art. 1252 ff., Art. 1265 und 1266 BayCPO.

³¹⁰ Barth, Bd. III, S. 365 und 366.

³¹¹ Vgl. Art. 1294 BayCPO; vgl. Vierling, S. 496.

Recht - war eine Befriedigung der Gläubiger regelmäßig erst dann möglich war, wenn sämtliche Forderungen nach Betrag und Rang durch rechtskräftiges Prioritätsurteil festgestellt waren. Ein weiterer Fortschritt bei der Verteilung wurde dadurch erreicht, daß etwaige Einwendungen gegen den Verteilungsplan dessen Vollzug nicht vollkommen aufhielten. Eine Regelung erfolgte nunmehr in der Weise, daß der Verteilungsplan als abgeschlossen angesehen wurde, soweit die vorgebrachten Erinnerungen diesen nicht berührten, so daß zumindest insoweit eine Auskehrung von Teilen der Vermögensmasse an die Gläubiger erfolgen konnte. Streitige Forderungen wurden nach dem im Streit stehenden Betrag und Rang vorläufig in den Plan aufgenommen. Die hierauf entfallenden Summen blieben allerdings bis zur rechtskräftigen Entscheidung hinterlegt. Gegen Sicherheitsleistung war auch eine sofortige Auskehrung möglich³¹². Ein besonderes Augenmerk richtete der bayerische Gesetzgeber darauf, einen möglichst umfassenden Ausgleich der sich widerstreitenden Interessen der Gläubiger untereinander sowie gegenüber dem Schuldner zu erreichen. So wurde dem Schuldner ein Anspruch auf eine Unterstützung eingeräumt. Ferner hatte er die Befugnis, in der Gläubigerversammlung zu erscheinen, erhobenen Ansprüchen zu widersprechen, sich an den Verhandlungen zu beteiligen, Anträge zu stellen und Beschwerden zu führen³¹³.

Bezüglich des Verhältnisses der Gläubiger untereinander ging die BayCPO von dem Grundsatz einer Gleichberechtigung im Verfahren aus. Demnach wurde für Entscheidungen der Gläubiger in der Gläubigerversammlung die Stimmenmehrheit nicht nach Köpfen, sondern nach den Forderungsbeträgen bemessen. Für die Stimmberechtigung war ausschlaggebend, daß beanstandete Forderungen zumindest glaubhaft gemacht waren. Wenn Uneinigkeit bestand, ob dies der Fall war, entschied der Kommissär über das Stimmrecht³¹⁴. Betraf ein Beratungsgegenstand nur einzelne Gläubiger, so waren auch nur diese berechtigt, sich an der Abstimmung zu beteiligen.

Ebenso wie der preußische Gesetzgeber, ging auch Bayern davon aus, daß die bisherigen Regelungen über die Präklusionswirkung bei verspäteten Forderungsanmeldungen eine unangemessene Benachteiligung darstellten und zu Unbilligkeiten führen könnten. Man war ebenfalls der Ansicht, daß die nun kodifizierten Rechtsnachteile für die Gläubiger, die ihre Forderungen verspätet anmeldeten, in das richtige ausgleichende Verhältnis gebracht wurden, indem diese ihre Ansprüche nicht verloren, aber für sämtliche durch die Verzögerung angefallenen Kosten aufkommen mußten.

IV. Vereinheitlichungsbemühungen für den Deutschen Bund und das Deutsche Reich und Bayerns Haltung

1. Die insolvenzrechtliche Ausgangslage

In den Gebieten, in denen das gemeine Recht galt, bestand eine Charakteristik des Insolvenzverfahrens darin, daß sämtliche Verfahrensstadien durch den Richter bestimmt wurden. Dieser leitete das Verfahren, stellte von Amts wegen Ermittlungen an, untersuchte, verwaltete, verhandelte, stellte Forderungen fest und traf Entscheidungen.

³¹² Vgl. Art. 1301 BayCPO.

³¹³ Motive zu m BayCPO-Entwurf von 1861, S. 190.

³¹⁴ Barth, Bd. III, S. 384 und 385; Art. 1281 I - III BayCPO.

Im Bereich des materiellen Rechts, insbesondere bei der Rangfolge, in welcher Konkursforderungen zu berücksichtigen waren oder im Bereich der Anfechtung von Rechtshandlungen, fanden sich in den Grundzügen Gemeinsamkeiten. In den Einzelheiten war jedoch in den verschiedenen deutschen Staaten kaum eine Übereinstimmung anzutreffen. Die landesherrlichen Verordnungen und der Gerichtsgebrauch hatten in jedem Land dem Insolvenzverfahren eine partikuläre Gestaltung verliehen³¹⁵.

Trotz vielseitiger Bemühungen einiger deutscher Einzelstaaten durch den Erlaß neuer Gesetze oder Novellierungen bestehender Vorschriften Verbesserungen im formellen und materiellen Insolvenzrecht zu erreichen³¹⁶, war das Privatrecht und insbesondere das Konkursrecht in Deutschland Mitte des 19. Jahrhunderts noch weit entfernt von einer Einheit³¹⁷. Neben das gemeine deutsche Recht, das in den einzelnen Staaten teils durch eine abweichende Praxis der obersten Gerichte, teilweise durch Landesgesetze und innerhalb der Einzelstaaten noch durch Provinzial- und Lokalrechte verschiedene Entwicklungen erfahren hatte, traten weitere Gesetzbücher, teilweise in Form von Konkursordnungen oder Abschnitten in Prozeßordnungen³¹⁸. Bei der Kodifizierung eines einheitlichen Insolvenzrechts stieß man insofern nicht nur für das spätere Deutsche Reich, sondern bereits für die Partikularstaaten auf erhebliche Schwierigkeiten.

2. Insolvenzrechtsprojekte im Deutschen Bund

Unter dem Einfluß der französischen Revolution und Napoleons kam es zu Beginn des 19. Jahrhunderts zu tiefgreifenden territorialen Veränderungen und vor allem inneren Reformen, die einen großen Umbruch in der deutschen Geschichte einleiteten³¹⁹. Das jetzt souveräne und mit voller Gesetzgebungshoheit ausgestattete Bayern nahm eine Sonderstellung unter den deutschen Staaten, Königreichen und Fürstentümern ein und zeigte unitarische Tendenzen³²⁰. Es war größer, besaß eine ausgeprägtere staatliche Tradition und spielte eine bedeutendere Rolle als die meisten anderen Staaten des späteren Rheinbundes³²¹.

Ein für den Fortgang der deutschen und der bayerischen Geschichte in diesem Jahrhundert wichtiger Schritt war die Schaffung des Deutschen Bundes³²². Dieser Staatenbund ruhte auf der Souveränität der Einzelstaaten³²³. Er stellte immerhin eine Gemeinschaft zur Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands³²⁴ und der Unabhängigkeit der einzelnen deutschen Staaten dar, war jedoch nur eine völkerrechtliche Vereinigung, deren einziges gemeinsames Organ der aus Gesandten

³¹⁵ Vgl. Hahn, Anlage, S. 8; Anlage zur GSO, S. 5.

³¹⁶ Hierzu auch: Wieacker, S. 420; zum Privatrecht: Eisenhardt, S. 361 ff.

³¹⁷ Sarwey, Einl. XXVI ff.

³¹⁸ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 5; Übersicht bei: Fuchs, S. 11 ff.

³¹⁹ Ausführlich hierzu Erdmann, S. 358 ff.; auch Behnen I, S. 364. Rürüp, S. 125; Mitteis-Lieberich, S. 417 ff.

³²⁰ Vgl. Hartung, S. 194.

³²¹ Hierzu: Hartung, S. 193.

³²² Nipperdey-Geschichte, S. 69; vgl. auch Behnen I, S. 365; Planitz-Eckhardt, S. 283.

³²³ Boldt, S. 127 f.; Eisenhardt, S. 328 ff.; Hartung, S. 171 f.

³²⁴ Mitteis-Lieberich, S. 421; Boldt, S. 132.

bestehende Bundestag war³²⁵. Österreich und Preußen gehörten ihm nur mit ihren früher zum Reich gehörenden Gebieten an. Während des Bestehens des Deutschen Bundes wurden verschiedene Projekte zur Rechtsvereinheitlichung für Deutschland in Angriff genommen. Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts hatte sich der Bund mit privatrechtlicher Gesetzgebung allerdings im allgemeinen nicht befaßt³²⁶. Dies änderte sich erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Hervorzuheben sind hierbei vor allem die vom Bund verabschiedeten Entwürfe des HGB und der Nürnberger Wechselrechtsnovelle³²⁷, die in den meisten Bundesstaaten als Landesgesetze eingeführt wurden. Zu erwähnen sind außerdem der Entwurf eines Gesetzes über die Rechtshilfe und eines Urhebergesetzes. Außerdem wurde der Entwurf einer Zivilprozeßordnung auf den Weg gebracht³²⁸. Für die Rechtsvereinheitlichungsversuche³²⁹ auf dem Gebiet des Insolvenzrechts sind insbesondere die Arbeiten an dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) und am Entwurf eines Rechtshilfegesetzes von Bedeutung.

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen und Gesetzgebungskompetenz

Problematisch war zur Zeit des Deutschen Bundes bereits die Frage, ob der Bund überhaupt eine Zuständigkeit zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts oder verwandter Rechtsgebiete hatte³³⁰. Anfangs nahm man dies an. Man ging davon aus, daß der Bund zum Erlaß von "gemeinnützigen Anordnungen" befugt war, zu denen auch das Zivilrecht gezählt wurde. Die Gesetze des Bundes konnten jedoch erst durch Veröffentlichung in den Gesetzblättern der Einzelstaaten wirksam werden³³¹. Art. 64 der WSA verlangte außerdem für Beschlüsse über die Anordnungen zu gemeinnützigen Angelegenheiten die Zustimmung sämtlicher Regierungen, was die Position der Länder stärkte und die der Bundesversammlung schwächte. Es existierte keine klare Vorstellung von der Rechtsnatur der Beschlüsse des Bundes und darüber, inwieweit diese für die dem Bund angehörigen Länder bindend waren. Nach 1848 setzte sich zunehmend die Auffassung durch, daß es sich bei dem Bund lediglich um ein völkerrechtliches Gebilde handele³³². Dem Bund wurde die Berechtigung abgesprochen, zivilrechtliche Gesetze erlassen zu können. Vielmehr wurde ihm lediglich die Kompetenz zugestanden, Gesetzesentwürfe auszuarbeiten, die erst durch Gesetzgebungsakte der Länder zu Landesrecht werden konnten³³³. Letztlich setzte sich die Auffassung durch, daß es sich bei den von der Bundesversammlung gebilligten Gesetzesentwürfen nur um Empfehlungen handelte, deren Umsetzung in der allgemeinen Staatenpraxis den Ländern freistand. Trotz dieser ungünstigen Rahmenbedingungen unternahmen vor allem Bayern, Sachsen, Württemberg und

³²⁵ Lutz, H., S. 37 f; Berbig, S. 121 ff; Rürup, S. 126 ff; Mitteis-Lieberich, S. 417 u. 420; Boldt, S. 131; Planitz-Eckhardt, S. 283.

³²⁶ Vgl. Laufke, S. 4.

³²⁷ Zur Vereinheitlichung im Handels- und Wechselrecht: Scherner, S. 551 f.; Eisenhardt, S. 395; Schlosser, S. 176; Stobbe, S. 490 ff.

³²⁸ Vgl. Laufke, S. 5 und 6; Wach, S. 144 ff; Schmidt, S. 105 ff.

³²⁹ Zum Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung auch: Dannreuther, S. 55 f; Goldschmidt, Handelsrecht, 1. Aufl., S. 97.

³³⁰ Zu den Kompetenzen: Boldt, S. 152.

³³¹ Dannreuther, S. 57.

³³² Zum Charakter des Deutschen Bundes auch: Liebhart, S. 111/112 m.w.N.; Mitteis-Lieberich, S. 417, sprechen von einem „völkerrechtlichen Gebilde“, Boldt, S. 131, von einem „völkerrechtlichen Verein“.

³³³ Vgl. Laufke, S. 2 und 3; Wesenberg/Wesener, S. 207; Mitteis-Lieberich, S. 421; Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 463; Müller-Erbach, S. 39.

Hessen mehrere Versuche - zumindest in Teilbereichen - eine materielle Rechtseinheit herzustellen³³⁴.

Zur Zeit des deutschen Bundes gingen die meisten der Gesetzesinitiativen³³⁵ zur Rechtsvereinheitlichung von Bayern aus, welches sich in der Anführerrolle des Blocks der größeren Einzelstaaten sah, welche versuchen mußten, zwischen den beiden Großmächten Preußen und Österreich eine selbständige politische Stellung zu beziehen, um ihre Souveränität erhalten zu können³³⁶. Anträge, die auf eine Rechtsvereinheitlichung abzielten, wurden insbesondere in Situationen gestellt, in denen der Bund Krisen ausgesetzt war³³⁷. In diesen Phasen erkannten die Einzelstaaten - insbesondere Bayern, Kurhessen und Württemberg jeweils, daß zur Erhaltung der eigenen Souveränität³³⁸ eine Stärkung des Bundes durch engere Zusammenarbeit notwendig wurde, um einen Gegenpol zu den Großmächten zu bilden. Bayern nahm in der Gruppe der Einzelstaaten als stärkste Macht nach Österreich und Preußen eine Sonderstellung ein³³⁹.

Preußen stand den Bestrebungen zur Erreichung einer Rechtseinheit im Deutschen Bund von Anfang an nicht nur skeptisch, sondern eher ablehnend gegenüber³⁴⁰. Dies ist vor dem Hintergrund einer Politik zu sehen, die auf die Aushöhlung der Macht des Bundes und die Minderung seiner Geltungskraft gerichtet war. Preußen bzw. Bismarck wollten vielmehr den Aufbau von staatlichen Organisationen außerhalb des Bundes fördern, die dann von Preußen beherrscht werden sollten³⁴¹. Bismarck erkannte, daß die meisten deutschen Staaten allein in dem Bundesverhältnis ihre Fortexistenz³⁴² finden konnten. Durch eine Schwächung des Bundes sollte den kleineren Staaten bewußt werden, daß sie nur bei einem festen Zusammenschluß der deutschen Staaten unter Führung Preußens und Ausschluß Österreichs bestehen könnten³⁴³. Preußen wünschte sichtbare Erfolge des Deutschen Bundes nicht mehr. Letztlich hat dies wohl ein eventuell früheres Zustandekommen deutscher Rechtseinheit verhindert³⁴⁴.

b) Konkursrechtliche Kodifikationsbemühungen im Entwurf des ADHGB

Nachdem es bereits im Jahr 1848 Bemühungen zur Erstellung eines Entwurfs zum gesamtdeutschen Handelsrecht gegeben hatte³⁴⁵, die aber infolge der damaligen politischen Geschehnisse nicht vorangekommen waren, stellte Bayern im Februar 1856 beim Bundestag einen Antrag über die Abfassung eines einheitlichen

³³⁴ Zu den nationalen Bestrebungen: Boldt, S. 163.

³³⁵ Zu weiteren Vereinheitlichungsprojekten: Lutz, S. 242 u. 243; Eisenhardt, S. 395; Spindler-Rall, S. 247

³³⁶ Wesel, S. 420; Spindler-Rall, Bd. IV, 1. Teilband. S. 240, Doeberl-Entwicklungsgeschichte, S. 199.

³³⁷ Laufke, Seite 28.

³³⁸ Laufke, Seite 41.

³³⁹ Doeberl-Entwicklungsgeschichte, S. 199; Lutz, S. 237; vgl. auch Spindler-Rall, S. 241.

³⁴⁰ Laufke, Seite 49; insbesondere zur Haltung Bismarcks, S. 30 ff.

³⁴¹ Vgl. Willoweit, S. 243; zu den Plänen Preußens auch: Willms, S. 279 f. und Scharff, S. 450 ff.

³⁴² Laufke, Seite 34.

³⁴³ Laufke, Seite 35.

³⁴⁴ Wesenberg/Wesener, S. 207; zu den Arbeiten an einem gemeinsamen Obligationenrecht („Dresdener Entwürfe“): Schlosser, S. 151.

³⁴⁵ Vgl. Stobbe, S. 493; Schlosser, S. 174; Eisenhardt, S. 396; Köbler, S. 205; Thöl, S. 66.

Handelsgesetzbuches³⁴⁶. Im übrigen wurde von Bayern die Frage einer Vereinheitlichung des sonstigen Zivilrechts allerdings zunächst mit Zurückhaltung behandelt. Auf eine Anregung des Justizministers von Württemberg sollten nicht nur die Entwürfe des Handelsgesetzbuches rasch einer Vollendung zugeführt werden, sondern auch eine einheitliche Gerichtsverfassung sowie eine Strafprozeß-, Zivilprozeß- und Konkursordnung folgen. Schließlich hielt der württembergische Justizminister es für nötig, das Zivilrecht einheitlich zu ordnen. Hiergegen sprach sich jedoch König Max von Bayern aus, nach dessen Ansicht die Schaffung eines einheitlichen Zivilgesetzes der Autonomie der einzelnen Staaten zu sehr widersprach. Zwar sei eine einheitliche Regelung des Zivilprozeßrechts wünschenswert, zur Zeit aber nicht möglich. Man solle sich daher allenfalls auf eine Regelung des Handelsprozeßrechts beschränken³⁴⁷. Der König relativierte seine Weisung allerdings dahingehend, daß seine Bedenken nicht daran hindern sollten, über die angeregten Punkte Gespräche stattfinden zu lassen. Lediglich Beschlüsse sollten unter keinen Umständen gefaßt werden³⁴⁸.

Nach den Vorstellungen Preußens sollten in das ADHGB Vorschriften zur Regelung des Konkursrechts auf der Basis der Preußischen Konkursordnung von 1855 aufgenommen werden. Grundlage der Beratungen des ADHGB war ein preußischer Entwurf von 1857³⁴⁹. Obwohl es seinerzeit wohl nicht von vornherein das Ziel der Beteiligten war, auch das Insolvenzrecht zu regeln, mußte dieses Rechtsgebiet bei den Beratungen zum Handelsrecht mit einbezogen werden, da der preußische Entwurf zum ADHGB im 5. Buch die Kodifikation des Konkursrechts vorsah³⁵⁰. Gegen eine Mitbehandlung des Konkursrechts (und auch gegen eine von Preußen beabsichtigte Regelung eines Handelsprozeßrechts im 6. Buch) gab es jedoch erheblichen Widerstand. Es wurden verschiedene sachliche Kritikpunkte vorgebracht, die vor allem in die Richtung gingen, daß das Vorhaben Preußens zu voreilig sei³⁵¹. Ohne mannigfache vorausgehende Vereinbarungen, insbesondere auch über ein gemeinschaftliches Pfandrechtssystem, ließ sich kein gemeinsames materielles Konkursrecht schaffen³⁵². Insbesondere bestand ohne gleichzeitige Vereinbarung eines gemeinschaftlichen Verfahrens und gleiche Organisation der Handelsgerichte keine Aussicht, auf der Basis des Entwurfs zu einem befriedigenden Ergebnis zu kommen³⁵³. Nachdem sich bereits 1859 in der Kommission die Auffassung durchgesetzt hatte, daß das Konkursrecht nicht mehr beraten werden solle, legte Preußen im Juli 1860 nochmals einen revidierten Entwurf vor, um doch noch eine Regelung des Insolvenzrechts zu erreichen³⁵⁴. Inhaltlich wies dieser neue Entwurf aber gegenüber dem ursprünglichen praktisch keine wesentlichen Änderungen auf und konnte die bereits vorhandenen Bedenken nicht ausräumen³⁵⁵. Bedeutsam war eine Sitzung am 15. Februar 1861. In ihr wurde mit zwölf gegen zwei Stimmen entschieden, die im 5. Buch des Preußischen Entwurfs geregelte Materie, die Vorschriften über den Konkurs, nicht in das

³⁴⁶ Schlosser, S. 174; Wesenberg/Wesener, S. 207; Köbler, S. 205; Stobbe, S. 494; Barth, S. , Rechtsangleichungsbestrebungen , S. 52; auch: Makower, S. VII. Dort sind auch frühere Initiativen Württembergs und Preußens erwähnt. Siehe auch Thöl, S. 67.

³⁴⁷ Vgl. Laufke, Seite 45 und 46.

³⁴⁸ Befehl des Königs am 08.11.1859, Politisches Archiv III/37, zitiert nach: Laufke, Seite 46.

³⁴⁹ Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 463; Schlosser, S. 175; Stobbe, S. 495. Ein österreichischer Entwurf wurde lediglich ergänzend herangezogen. Siehe hierzu: Thöl, S. 70; Müller-Erzbach, S. 40.

³⁵⁰ Stobbe, S. 495; Thieme, S. 48.

³⁵¹ Thieme, S. 48.

³⁵² Goldschmidt, Handelsrecht, 1. Aufl., S. 159; vgl. auch: Stobbe, S. 496.

³⁵³ Goldschmidt, Handelsrecht, 2. Aufl., S. 115.

³⁵⁴ Zu dem Verlauf der Verhandlungen im Detail: Lutz, S. 814.

³⁵⁵ Petersen/Kleinfeller, Einl. S. XI.

Gesamtprojekt zu übernehmen³⁵⁶. Man war der Auffassung, daß die einheitliche Regelung dieses Rechtsgebietes nur unter der Voraussetzung erfolgen könne, daß gleichzeitig eine Neuordnung des Gerichtsverfassungsrechts und des Verfahrensrechts stattfindet³⁵⁷. Obwohl es noch verschiedene Kompromißvorschläge gab - u.a. dahingehend einen neuen Entwurf zum Konkursrecht von einer kleinen, nur drei Mitglieder zählenden Kommission ausarbeiten zu lassen³⁵⁸ - verzichtete auch Preußen schließlich auf eine Weiterberatung des Konkursrechts, weil es einerseits erkannte, daß es mit seiner Konzeption nicht durchdrang und andererseits nicht bereit war, wesentliche Abstriche an dem eigenen Entwurf zu machen. Württemberg und Bayern versuchten die Frage der Einführung eines einheitlichen Konkursrechts im Rahmen des Handelsgesetzbuches noch auf diplomatischem Weg zu lösen. Österreich und Preußen jedoch erklärten eine Weiterarbeit für beendet³⁵⁹. Das Konkursrecht blieb ausgeklammert³⁶⁰. Man befürchtete zeitliche Verzögerungen durch langwierige Beratungen über das Konkursrecht. Das Resultat der bisherigen Bemühungen zur Vereinheitlichung des Handelsrechts sollte jedoch möglichst zeitnah zur Geltung gelangen³⁶¹. Der Entwurf des ADHGB wurde letztlich in den folgenden Jahren – ohne insolvenzrechtliche Vorschriften zu enthalten – in den meisten deutschen Staaten durch Beschlüsse der dort jeweils zuständigen Gesetzgebungsorgane zum Gesetz erhoben³⁶².

Nachdem ein Ausschuß für die Schaffung eines Bundesgerichts bestellt worden war, stellte Bayern am 17.12.1859 gemeinsam mit Sachsen und Württemberg, Kurhessen, dem Großherzogtum Hessen, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg-Nassau und Mecklenburg den Antrag, den Ausschuß auch mit der Erörterung der Frage zu betrauen, ob und inwieweit Maßnahmen zur Herbeiführung einer gemeinsamen Kriminal- und Zivilgesetzgebung möglich seien³⁶³. In seinem Bericht vom 12.08.1861 führte dieser Ausschuß aus, die bestehende Einheit des Handels- und Wechselrechts erfordere ein einheitliches Verfahren in Handels- und Wechselprozessen und einen gemeinschaftlichen Konkurs³⁶⁴. Man war der Meinung, daß kein Hindernis bestehe, die Reformbestrebungen durch Schaffung einer einheitlichen deutschen Zivilprozeßordnung fortzuführen³⁶⁵. Wesentlich erleichtert werde die Arbeit durch das Vorliegen der neuen ZPO für Hannover und der Entwürfe Hessens und Bayerns. Im Ausschuß für die Errichtung des Bundesgerichts wurde dann beantragt, eine Kommission von Fachleuten zur Ausarbeitung des Entwurfs einer ZPO zu bilden³⁶⁶. Preußen stimmte gegen den Antrag³⁶⁷, blieb jedoch mit seiner Stimme in der Minderheit. Vor der Abstimmung war es nochmals zu einer Auseinandersetzung zwischen Preußen und Bayern sowie Württemberg gekommen, in deren Verlauf der preußische Gesandte erklärte, daß Preußen eine eingesetzte Fachkommission nicht als Bundeskommission anerkennen würde³⁶⁸.

³⁵⁶ Thöl, S. 42; Goldschmidt, Handelsrecht, 2. Aufl., S. 115.

³⁵⁷ Laufke, S. 10.

³⁵⁸ Goldschmidt, Handelsrecht, 2. Aufl., S. 115.

³⁵⁹ Thieme, S. 49, Fußnote 35.

³⁶⁰ Schlosser, S. 175.

³⁶¹ Goldschmidt, Handelsrecht, 1. Aufl., S. 159.

³⁶² Eisenhardt, S. 396; Schlosser, S. 175; Thöl, S. 75.

³⁶³ Wach, S. 144

³⁶⁴ Laufke, S. 16.

³⁶⁵ Zur bayerischen Unterstützung bei der Schaffung eines gesamtdeutschen Zivilprozeßrechts auch: Spindler-Rall, Bd. IV, 1. Teilband. S. 248; Wach, S. 144 f; Schmidt, S. 106 ff.

³⁶⁶ Schmidt, S. 106, Wach, S. 145.

³⁶⁷ Dannreuther, S. 60; Laufke, S. 17; zur ablehnenden Haltung Preußens : Wach, S. 145; Schmidt, S. 106.

³⁶⁸ Vgl. Laufke, S. 14.

c) Der Entwurf eines Rechtshilfegesetzes

In prozeßrechtlicher Hinsicht befaßte sich der Deutsche Bund außer mit einem Entwurf der ZPO³⁶⁹ auch mit einem Gesetz über die Gerichtsstände und den Vollzug rechtskräftiger Entscheidungen (Rechtshilfegesetz). Durch die Einzelstaatlichkeit und die verschiedenen Rechtshoheiten der Staaten des Deutschen Bundes ergaben sich beim Vollzug rechtskräftiger Entscheidungen und bei der Bestimmung des Gerichtsstandes erhebliche Schwierigkeiten. Dieser Zustand war vor dem Hintergrund der Ausdehnung wirtschaftlicher Beziehungen zwischen den Ländern sehr hinderlich. Bilaterale Abkommen zwischen den einzelnen deutschen Staaten konnten diese Schwierigkeiten nicht beheben. Bayern arbeitete daher bereits im Jahre 1853 den Entwurf für ein entsprechendes bayerisches Gesetz aus. Der bayerische Gesandte wurde Anfang 1857 beauftragt, beim Deutschen Bund dahingehend tätig zu werden, daß die Kommission, welche sich mit dem Entwurf des HGB befaßte, auch einen Vorschlag für eine allgemeine Gesetzgebung zur Vollziehbarkeit rechtskräftiger Urteile ausarbeiten möge. Der Antrag Bayerns war insoweit erfolgreich, als eine Subkommission gebildet wurde, die sich näher mit der Problematik befaßte³⁷⁰. Den Beratungen lag wiederum ein preußischer Entwurf zugrunde, der unter anderem auch eine ausführliche Regelung für den Fall des Konkurses beinhaltete und sich an den von Preußen mit anderen Staaten geschlossenen Verträgen orientierte³⁷¹.

Auch dieser Vorschlag Preußens stieß wiederum auf Bedenken anderer Bundesstaaten, die befürchteten, daß eine materielle Regelung bezweckt würde, die über das eigentliche Ziel eines Rechtshilfegesetzes hinaus ging. Der Entwurf der Kommission von 1859 sah daher lediglich noch eine Kurzform der ursprünglich ins Auge gefaßten Regelung vor, nach der sich die Einzelstaaten zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Konkurse verpflichten sollten³⁷². Im Jahr 1861 erging an die Einzelstaaten die Aufforderung, sich zu dem Entwurf zu erklären. Viele Einzelstaaten reagierten hierauf teils zögerlich, teils unter Anbringung von Vorbehalten und teilweise überhaupt nicht. Vor allem Österreich und Hannover blockierten das Gesetzesvorhaben³⁷³. Auch ein Versuch Bayerns, durch Diplomatie die bestehenden Hindernisse auszuräumen, brachte keinen Erfolg. Es herrschte die Auffassung, daß man zunächst abwarten mußte, bis die ZPO-Kommission ihre Tätigkeit beendet haben würde, um nicht durch einen Vorgriff deren Arbeiten zu stören. Bayern erkannte, daß die Schaffung eines einheitlichen Rechtshilfegesetzes zu dem damaligen Zeitpunkt noch nicht möglich war und verfügte daher in einem Erlaß an den Frankfurter Gesandten vom 19.02.1866 von München aus, daß man die Sache auf sich beruhen lassen sollte, weil der Zivilprozeß überall in einer Umgestaltung begriffen sei und deshalb ohnehin nur ein Provisorium möglich wäre³⁷⁴. Damit war wiederum ein Versuch - zumindest teilweise - eine Vereinheitlichung des Insolvenzrechts zu erreichen, gescheitert.

³⁶⁹ Vgl. hierzu: Schwartz, S. 646-650; Dannreuther, S. 60 f; auch: Schmidt, S. 106 ff; Wach, S. 144 f.

³⁷⁰ Laufke, S. 19.

³⁷¹ Vgl. Commissionsbericht, die Ausarbeitung und Vorschläge für eine allgemeine Gesetzgebung über den Gerichtsstand und über die Vollziehbarkeit rechtskräftiger Urteile in den deutschen Bundesstaaten betreffend (1859) in: Hamburgisches Staatsarchiv, Aktenkonvolut XVI, Blatt 5, zitiert nach: Thieme, S. 49, Fußnote 37.

³⁷² Thieme, S. 49.

³⁷³ Vgl. Laufke, S. 20.

³⁷⁴ Note des Justizministers Bomhard vom 14.02.1866 an Außenminister von der Pfordten, HamburgStA, MA 1921, Deutscher Bund 114; Erlaß des Außenministers von der Pfordten an den Frankfurter

C. Die Arbeiten an der Konkursordnung und Bayerns Mitwirkung seit 1867

I. Vorarbeiten im Rahmen des Norddeutschen Bundes

Die ersten Vorarbeiten für die spätere Reichskonkursordnung begannen im Rahmen des Norddeutschen Bundes³⁷⁵. Dessen Gesetzgebungsorgane leisteten in den Jahren 1867-1870 umfangreiche Gesetzgebungsarbeit (z.B. Gewerbeordnung, Strafgesetzbuch, Urheberrecht). Zum Teil wurde dabei nur nachgeholt, was für einige Einzelstaaten zuvor schon abgeschlossen und integriert, was sich bereits im Gesetzgebungsverfahren befand³⁷⁶. Der Bundesrat war dennoch bei der Fülle der in Vorbereitung befindlichen Vorlagen chronisch überlastet³⁷⁷.

1. Anfrage aus dem Reichstag

In einer Interpellation an den Bundeskanzler Bismarck im Reichstag des Norddeutschen Bundes, wurde am 18.10.1867 bei den Erörterungen über den Entwurf einer Zivilprozeßordnung zur Diskussion gestellt, ob auch eine neue Konkursordnung erlassen werden solle. Die Antwort hierauf erkannte das Bedürfnis nach einer gemeinsamen Konkursordnung zwar an, betonte jedoch, daß an eine Ausarbeitung erst nach Vollendung der Arbeiten an der Zivilprozeßordnung gedacht werden könne. Ferner enthielt die Antwort bereits den Hinweis, daß eine Regelung des Konkursrechts nicht nur das Verfahrensrecht, sondern auch die sonstigen Rechtsverhältnisse in der Insolvenz regeln sollte.

"Die Beschränkung ist keine zufällige. Eine gemeinsame Konkursordnung würde ihren Zweck nur halb erfüllen, wenn sie sich auf das formelle Konkursrecht - die Vorschriften über das Verfahren - beschränkte und materielles Recht unberücksichtigt ließe."³⁷⁸

Eine Kodifizierung des Insolvenzrechts im Rahmen der zivilprozessualen Vorschriften bot sich aus diesem Grund nicht an. Außerdem mußten zunächst verfahrensrechtliche Grundlagen durch die zu schaffende ZPO vorhanden sein, bevor an den Entwurf einer Konkursordnung gedacht werden konnte.

2. Beteiligung des Reichskanzleramts und des preußischen Justizministeriums

Den Gedanken an ein einheitliches Konkursrecht behielt man jedoch weiter im Auge. Mit Schreiben vom 21.11.1869³⁷⁹ wurde Bezug genommen auf die frühere Anfrage des Abgeordneten Rechtsanwalt Schreck aus Pirna/Sachsen. Die Frage, ob die Absicht bestehe, von der ZPO-Kommission auch eine Konkursordnung entwerfen zu lassen, sei damals verneint worden. Da die Vollendung des Entwurfs zur Zivilprozeßordnung bevorstehe, frage sich, ob nunmehr eine Konkursordnung

Gesandten vom 19.02.1866, Nr. 28, HamburgStA, MA 1921, Deutscher Bund 114, (zitiert nach: Laufke, S. 20 und 21).

³⁷⁵ Zum Norddeutschen Bund: Pollmann, S. 217 ff, Kluge, S. 498 f; Behnen II, S. 463; Hartung, S. 267 f; Mitteis-Lieberich, S. 449 f; Eisenhardt, S. 390 f.

³⁷⁶ Pollmann, S. 227.

³⁷⁷ Pollmann, S. 228.

³⁷⁸ BArch 682, Blatt 8.

³⁷⁹ BArch 682, Blatt 19.

geschaffen werden könne. Das Reichskanzleramt bat daraufhin den preußischen Justizminister Leonhardt um eine gutachterliche Stellungnahme zu der Frage, ob "bei gegenwärtiger Lage der Gesetzgebung über das bürgerliche Recht die Regelung an der Zeit sei" und ob zunächst ein lediglich auf formelles Konkursverfahrensrecht beschränktes Gesetz ausführbar wäre. Als problematisch erkannte man, daß die Hypothekengesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten unterschiedlich war und daß noch keine gemeinsame Regelung über das Obligationenrecht bestand. Nach Vorliegen der Rückäußerung des Justizministeriums sollten dann gegebenenfalls Anträge an den Bundesrat gestellt werden. Der preußische Justizminister Leonhardt äußerte sich in seiner Antwort vom 8. Januar 1870³⁸⁰ positiv. Er betonte, daß durch das bald zu erwartende einheitliche Gerichtsverfassungs- und Zivilrecht und das bereits vereinheitlichte Handelsrecht mit seinem starken Bezug zum Konkursrecht die ersten Grundlagen für ein einheitliches Konkursrecht geschaffen seien. Angesichts des schwerfälligen, mit Vorrechten überlasteten gemeinen Konkursrechts, welches in vielen Staaten noch Geltung hatte, bejahte die Stellungnahme auch das dringende Bedürfnis nach einem gemeinsamen Insolvenzrecht. Eine einheitliche Konkursordnung sei "sehr wünschenswert, wenn nicht nothwendig."³⁸¹ Der preußische Justizminister schlug vor, die Preußische Konkursordnung als Grundlage für das zu schaffende Gesetz heranzuziehen. Es werde "keinen Bedenken unterliegen, vielmehr zur raschen Förderung des Werkes wesentlich beitragen, wenn der Ausarbeitung die neueste und bestbewährte deutsche Gesetzgebung dieser Rechtsmaterie, nämlich die Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855, zugrundegelegt wird."³⁸² Leonhardt verwies in seiner gutachterlichen Stellungnahme noch darauf, daß nach seiner Auffassung das materielle und formelle Konkursrecht gleichzeitig und in einem Gesetz zu regeln sind. Eine Trennung von formellem und materiellem Recht und eine entsprechende Beschränkung des Gesetzes sei unausführbar, da die Wechselwirkung zwischen formellem und materiellem Recht bei einer Änderung des einen notwendigerweise auch eine Änderung des anderen bedinge. Die Erweiterung dieser Aufgabe, auch das materielle Recht zu regeln, stellte nach Ansicht Leonhardts "kein unüberwindbares Hindernis dar". Zwar warfen die Uneinheitlichkeit des Hypotheken- und Obligationenrechts und ferner auch des ehelichen Güterrechts Probleme auf, jedoch war hier nach der Meinung des preußischen Justizministeriums ohnehin eine Vereinheitlichung auf diesem Gebiet nötig. Im übrigen seien für das Konkursrecht keine speziellen Regelungen zu treffen, sondern lediglich allgemeine Fragestellungen zu lösen, da es im Konkursverfahren lediglich um die Befriedigung der Ansprüche gehe und nicht um die Klärung derselben. Bezüglich der am problematischsten empfundenen Pfand- und Hypothekengesetzgebung, hielt man das "Problem aber nicht so durchgreifend, daß von einer Ausarbeitung Abstand genommen werden müßte." In den größten und meisten Staaten des Norddeutschen Bundes sei das System der Realfolien und der eingetragenen Spezialhypotheken bereits durchgeführt. Für die Gebiete mit Generalhypotheken könnten Übergangsbestimmungen geschaffen werden. Schlechtestenfalls müßten der Landesgesetzgebung Ausnahmestimmungen vorbehalten sein. Zusammenfassend äußerte sich Leonhardt dahingehend, "daß die Ausarbeitung einer Konkursordnung für das Gebiet des Norddeutschen Bundes auch jetzt schon ein ausführbares Unternehmen ist."³⁸³

³⁸⁰ BArch 682, 21 – 24.

³⁸¹ BArch, 682, 21; Thieme, S. 52.

³⁸² BArch 682, 21; Thieme, S. 52.

³⁸³ Vgl. Stellungnahme von Leonhardt vom 08.01.1870, BArch. 682, 21-24.

II. Ausarbeitung der Deutschen Gemeinschuldordnung

Aufgrund dieser Einschätzung beschloß der Bundesrat bereits am 21. Februar 1870, den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf einer Konkursordnung ausarbeiten zu lassen³⁸⁴. Das Bundeskanzleramt wiederum bat das preußische Justizministerium am 14. April 1870, einen Entwurf für den Norddeutschen Bund zu erstellen³⁸⁵. Nachdem sich der preußische Justizminister bereiterklärt hatte, die Arbeiten in Angriff zu nehmen, teilte er am 27.04.1870 mit, daß es notwendig sei, ihm eine "amtliche Grundlage für Kenntniß und Vorstellung des gegenwärtigen Rechtszustandes innerhalb des Bundesgebietes" zu beschaffen³⁸⁶. Daher bat er, daß die einzelnen Bundesregierungen die Gesetzgebung in ihren Gebieten mitteilen mögen. In der Verteilerliste zu dem Rundschreiben an die einzelnen Bundesregierungen³⁸⁷ sind Bayern, Württemberg und Baden jeweils gestrichen bzw. nicht aufgeführt, so daß davon auszugehen ist, daß diese Staaten seinerzeit noch nicht beteiligt wurden. Dies bestätigt sich auch darin, daß bei einer Übersendung von Unterlagen der Länder an den preußischen Justizminister Leonhardt am 4.6.1870³⁸⁸ Material aus den genannten Staaten fehlte. Die süddeutschen Länder blieben insoweit bei den Vorbereitungen zu dem Entwurf einer Konkursordnung zunächst außen vor, obwohl sich zu jener Zeit bereits die Aussicht auf einen formellen Beitritt der süddeutschen Staaten zu einem geeinten Reich konkretisierte. Möglicherweise sollten hier auch Tatsachen im preußischen Sinn geschaffen werden, die später nicht mehr so leicht zu beseitigen waren. Ohnehin war mit der Befassung des preußischen Justizministeriums im Rahmen des Norddeutschen Bundes der Weg für eine einheitliche deutsche Konkursordnung auf der Grundlage des preußischen Rechts geebnet worden. Da dem Reichskanzleramt bis zur Schaffung eines Reichsjustizamtes der Ministerialapparat zur Gesetzgebung fehlte, war es allerdings nicht außergewöhnlich, daß Preußen mit seiner leistungsfähigen Ministerialbürokratie und seinem eigenen Justizministerium mit dem Gesetzesentwurf befaßt war³⁸⁹. Der Umstand, daß Gesetzesentwürfe zur Zeit der Reichsgründung in der Regel auf preußischen Entwürfen basierten und somit jeweils selbst bei späterer Einsetzung einer Kommission des Bundesrats eine Weichenstellung in Richtung Preußen erfolgt war, stieß erst nach der Reichsgründung zunehmend auf Widerstand bei den anderen Staaten, die sich benachteiligt fühlten und dieser Praxis entgegentraten³⁹⁰.

Nach der Revolution von 1848 wurden verstärkte Bemühungen unternommen, einen vereinigten deutschen Staat zu schaffen³⁹¹. Bayern dachte dabei an eine Führung durch eine Trias, bestehend aus Österreich, Preußen und Bayern³⁹². Nach dem Untergang des deutschen Bundes 1866 wurde die Vormachtstellung Preußens und dessen Einfluß auf Bayern stärker³⁹³. Die bayerische Bevölkerung sowie patriotische Parteien des Königreiches standen dieser Entwicklung sehr skeptisch gegenüber. Die politische

³⁸⁴ Petersen/Kleinfeller, Einl. S. XI; Jaeger, Einl. S. XLV.

³⁸⁵ BArch, 682, 31.

³⁸⁶ BArch, 682, 34.

³⁸⁷ BArch, 682, 37 und 38.

³⁸⁸ BArch, 682, 41.

³⁸⁹ Thieme, S. 53; Thieme spricht hier von einer "Doppelrolle" des preußischen Justizministeriums "als Rechtsabteilung des Bundes bzw. Reichskanzleramts".

³⁹⁰ Vgl. Thieme, S. 53 und 59.

³⁹¹ Spindler-Rall, Bd. IV, 1. Teilband, S. 238 f.

³⁹² Liebhart, S. 118; Hartmann, S. 417; Kluge, S. 507; Just, S. 94; Nipperdey I, S. 199.

³⁹³ Hierzu: Kluge, S. 507, Spindler-Rall, Bd. IV, 1. Teilband, S. 239; Doeberl, S. 199.

Ausrichtung nach dem Norddeutschen Bund und ein liberalerer Einschlag in der neueren Gesetzgebung erregten wachsende Sorge um die selbständige Entwicklung des bayerischen Staates³⁹⁴. In der deutschen Frage spitzten sich im ersten Halbjahr 1870 die Gegensätze immer mehr zu, während Österreich und Preußen um den Anhang und den Einfluß in Bayern rangen. Letztlich sah man jedoch in den bayerischen Ministerialkreisen die Notwendigkeit, die bayerische Politik an die preußische anzupassen und durch engeren Anschluß an Preußen den Weg zur Einigung Deutschlands unter Mitwirkung eines frei gewählten Parlaments zu beschreiten³⁹⁵. Die Schaffung eines Südbundes bestehend insbesondere aus Württemberg und Bayern hatte nur wenig Aussicht auf Verwirklichung³⁹⁶. Außerdem war eine Isolierung Bayerns zu befürchten, wenn es sich einer Beteiligung am Norddeutschen Bund verschließen würde. Im November 1870 kam es zu konkreten Verhandlungen³⁹⁷ über den Beitritt Bayerns zum Nordbund, wobei Bayern diverse Zugeständnisse gemacht wurden³⁹⁸. Die durch König Ludwig II. im Dezember 1870 genehmigten Verträge wurden nach heftigem Widerstand³⁹⁹ in dem Ausschuß der Kammer der Abgeordneten sowie im bayerischen Landtag letztlich am 21.01.1871 doch mit der notwendigen Zweidrittel-Mehrheit, die lediglich um 2 Stimmen überschritten wurde, angenommen⁴⁰⁰. Die vereinbarte Reichsverfassung, die Bayern allerdings mehr entgegenkam als die früheren Verfassungen der Paulskirche von 1848 schränkte die Entscheidungs- und Bewegungsfreiheit Bayerns empfindlich ein, ließ jedoch seine Eigenschaft als souveräner Staat prinzipiell bestehen⁴⁰¹. Insgesamt schuf die Reichsverfassung von 1871 eine Reichsregierung ohne zureichende Organe, einen Bundesrat, der wegen des Übergewichts Preußens kein echtes föderatives Organ werden konnte und ein Parlament mit einem Mangel an Zuständigkeit. Dennoch brachte die Verfassung die vorhandenen zentralstaatlichen und partikulären Kräfte in ein den tatsächlichen Machtverhältnissen Rechnung tragendes System, das sich als dauerhaft erweisen sollte⁴⁰². Das Gesetzgebungsrecht des Reiches war limitiert, umfaßte aber seit 1873 alle entscheidenden Rechtsgebiete, so daß die Ländergesetzgebung stark zurücktrat⁴⁰³. Zentralistischen Tendenzen konnten die Bundesstaaten nur über den Bundesrat entgegentreten. Bei der Willensbildung des Gesamtstaates fiel Bayern ein seiner Bedeutung nach einigermaßen entsprechendes Gewicht zu⁴⁰⁴. Der ihm verbliebene Bereich eigener Gesetzgebung und Verwaltung war groß genug, um die Entfaltung seiner Eigenarten und kulturellen sowie wirtschaftlichen Entwicklung zu gewährleisten. Bayerns Rechtsstellung war durch Art. 87 I der Reichsverfassung gesichert. Seine

³⁹⁴ Zu bayerischen Befürchtungen näher : Rall, S. 106 f; Kluge, S. 507.

³⁹⁵ Vgl. zum ganzen: Spindler-Rall, Bd. IV. , 1. Teilbd., S. 275 f; Kluge, S. 508.

³⁹⁶ Willoweit, S. 249.

³⁹⁷ Zu den Einzelheiten: Kluge, S. 523 ff; Doeberl-Entwicklungsgeschichte, S. 519 ff.

³⁹⁸ Hartmann, S. 426 u. 427; Löwenstein, S. 414 Willms, S. 418, spricht davon, daß der bayerische König auch durch Zahlung beträchtlicher Geldsummen dazu bewegt worden sei, König Wilhelm I. von Preußen schriftlich die deutsche Kaiserkrone anzubieten.

³⁹⁹ Insbesondere seitens der Patriotenpartei, siehe Nolte, S. 16. Ausführlich zur kontroversen Diskussion im bayerischen Landtag: Doeberl, S. 176 ff; auch Fink, S. 334 und Kraus, S. 551.

⁴⁰⁰ Willoweit, S. 259.

⁴⁰¹ Hierzu auch: Fink, S. 334/335 und Dülffer, S. 470.

⁴⁰² Mitteis-Lieberich, S. 451.

⁴⁰³ Hierzu: Boldt, S. 172 f; Eisenhardt, S. 393; Hartung, S. 271.

⁴⁰⁴ Kraus, S. 553 meint allerdings, daß Bayern in Reichsangelegenheiten weitgehend völlig darauf verzichtete, eigene Ansprüche und Rechte geltend zu machen.

Sonderrechte⁴⁰⁵ konnten nach Art. 87 II nur mit seiner Zustimmung abgeändert werden⁴⁰⁶.

Soweit aus den Quellen ersichtlich, wurde Bayern in das Projekt einer einheitlichen Konkursgesetzgebung erst Ende 1870/Anfang 1871 eingebunden. Im Rahmen einer Diskussion, ob die Zulassung eines Vergleichsverfahrens zweckmäßig sei, schrieb Leonhardt am 16.1.1871 an Bismarck⁴⁰⁷, daß die praktische Erfahrung in freien Städten und Märkten sowie Wünsche und Anregungen aus der Mitte des Handelsstandes, für welche die Einrichtung eines Vergleichsverfahrens zur Abwendung eines Konkurses von besonderem Interesse zu sein schien, eine entsprechende gesetzliche Regelung in Frage stehen lasse. Er führte hierzu aus, daß noch weitere Stellungnahmen einzuholen wären.

"Ich erlaube mir, in dieser Beziehung als für mich besonders wünschenswerth zu bezeichnen ein Gutachten des Bundesoberhandelsgerichts zu Leipzig, sowie der Handelskammern in Hamburg (...) und wenn das Königreich Baiern in das Deutsche Reich eintritt, der Handelskammern zu München und Nürnberg."

Der Reichsbeitritt Bayerns erfolgte dann schließlich am 30. Januar 1871. Seitdem wurde dann auch Bayern in die Vorbereitungen zu dem Gesetzesentwurf vollständig mit einbezogen, wie aus einer Verteilerliste vom 3.2.1871⁴⁰⁸ deutlich wird, bei der nun auch Baden und Bayern aufgeführt sind.

Abgesehen von der eben erwähnten internen Diskussion um die Einführung eines konkursabwendenden Zwangsvergleichs, sind aus den Akten des Reichskanzleramts keine besonderen Schwierigkeiten bei den Arbeiten am Gesetzesentwurf erkennbar, der im preußischen Justizministerium zunächst ohne wesentliche Rücksicht auf die neu hinzugekommenen Bundesstaaten voranging⁴⁰⁹. Eine Beteiligung der Einzelstaaten erfolgte lediglich dadurch, daß diese dem preußischen Justizministerium Materialien über das bei ihnen geltende Insolvenzrecht zur Verfügung stellten und diese Gesetzgebung dann in die Überlegungen im preußischen Justizministerium mit einbezogen werden sollte. Mit Schreiben vom 31.3.1871⁴¹⁰ ersuchte Leonhardt Bismarck "die Vorstellung der Quellen des jetzigen Konkursrechts (...) den sämtlichen einzelnen Bundesregierungen (...) zu dem Zweck mittheilen zu wollen (...). denjenigen Abschnitt der Vorstellung, welcher ihr Rechtsgebiet betrifft, einer Prüfung zu unterwerfen". Durch diese Kontrolle sollten Mißverständnisse vermieden werden. Außerdem diene dies der Vorbereitung eines Materialienbandes, der den Motiven beigefügt werden sollte. Bis zur Fertigstellung der Arbeiten an dem Entwurf dauerte es etwa 3 Jahre. Erst am 16. Juni 1873 konnte Leonhardt dem Reichskanzleramt die Fertigstellung des Entwurfs anzeigen⁴¹¹, der Grundlage der späteren Beratungen des Bundesrats und einer sodann eingesetzten Sachverständigenkommission wurde.

⁴⁰⁵ Hierzu gehörten u.a. Zugeständnisse bei der Posthoheit und der Bier- und Branntweinsteuer, die statt dem Reich Bayern zukommen sollte, Kraus, S. 549; Dülffer, S. 470; Doeberl-Entwicklungsgeschichte, S. 517.

⁴⁰⁶ Vgl. Spindler, Bd. IV, 1. Teilbd., S. 282; Willoweit, S. 263 u. 264.

⁴⁰⁷ BArch 682, 44 und 45.

⁴⁰⁸ BArch, 682, 63.

⁴⁰⁹ Thieme, S. 54.

⁴¹⁰ BArch 682, 65.

⁴¹¹ BArch 682, 81.

"Ich erlaube mir nun Eurer Durchlaucht ganz ergebenst anzuzeigen, daß der Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung nebst Motiven und Anlage zu letzterem jetzt (...) fertiggestellt ist, daß mit dem Druck des Werks begonnen werden kann."

Der preußische Justizminister erklärte die lange Dauer der Arbeit mit großen Schwierigkeiten bei der Aufstellung einheitlich materieller Rechtssätze für das Konkursrecht gegenüber den sonst unübersehbaren Verschiedenheiten des gemeinen und partikularen Rechts in Deutschlands. Ferner führte er aus, daß die verschiedenen privatrechtlichen Systeme durch tiefe Eingriffe überwunden werden mußten und dies zu einer großen Ausführlichkeit der Motive führte. In der Tat dürfte die mit großer Sorgfalt vorgenommene Sammlung des seinerzeit geltenden Insolvenzrechts große Mühe bereitet haben. Ein weiterer Grund für die relativ lange Vorbereitungszeit war wohl auch, daß der Referent im preußischen Justizministerium, der Geheime Oberjustizrat Franz Förster, der als "geistiger Vater" der Konkursordnung gilt⁴¹² und der ihm an die Seite gestellte Assessor Carl Hagens⁴¹³ noch mit Aufgaben bei anderen Justizgesetzen betraut waren. Diesen - insbesondere der ZPO, deren Grundlagen sich teilweise auch auf die Konkursordnung auswirkten - maß man eine größere Bedeutung bei als einer Vereinheitlichung des Insolvenzrechts⁴¹⁴.

Nachdem der "Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung" nebst Motiven und Anlageband gedruckt worden war, schickte man diesen an die einzelnen Bundesregierungen. Für Bayern bestätigte der Königliche Staatsminister des Äußeren von Pfretzschner in einem Schreiben an das Reichskanzleramt vom 29.11.1873 den Empfang von 20 Exemplaren des Entwurfs "mit dem Ausdruck verbindlichsten Dankes" und teilte mit, "daß die geneigtest übersandten Exemplare unter die beteiligten Königlichen Staatsministerien vertheilt worden sind."⁴¹⁵

III. Die Einberufung der Sachverständigenkommission

Nachdem der Entwurf am 1. Dezember 1873 dem Bundesrat vorgelegt worden war, beschloß dieser am 21. Dezember auf Vorschlag seines Justizausschusses - entsprechend der bei den Reichsjustizgesetzen üblichen Praxis⁴¹⁶ - den Entwurf einer Vorberatung durch eine Kommission von sachverständigen Juristen und Vertretern des Handelsstandes zu unterziehen⁴¹⁷. Über die Sitzung im Bundesrat erstattete das bayerische Mitglied von Riedel dem bayerischen Staatsminister der Justiz von Fäustle wie folgt Bericht:

"(...) Es wurde beschlossen, eine Kommission von acht Juristen und drei Vertretern des Handelsstandes niederzusetzen, welche im Laufe des Monats März 1874 in Berlin zusammenkommen soll; die Mitglieder wurden vom Bundesrathe gewählt und die sonstigen Modalitäten, welche noch vorgeschlagen wurden, stimmen im wesentlichen mit den in § 115 der dießjährigen Bundesrathsprotokolle enthaltenen überein. Der Ausschußantrag wird als Drucksache Nr. 186 vertheilt und demnächst in die Hände Eurer Exzellenz gelangen. Natürlich wird die Wahl der Kommissionsmitglieder erst nach Weihnachten abgenommen,

⁴¹² Vgl. Thieme, S. 52 und 54.

⁴¹³ Näher zu diesen: Thieme, S. 65 ff..

⁴¹⁴ Thieme, S. 54 und 55.

⁴¹⁵ Schreiben von Pfretzschner an das Reichskanzleramt vom 29.11.1873, BArch 682, 101.

⁴¹⁶ Vgl. Thieme, S. 55.

⁴¹⁷ Hahn, Materialien zu dem Entwurf einer Konkursordnung, S.35.

wogegen bezüglich der übrigen Anträge wohl in der nächsten Plenarsitzung abgestimmt werden wird."⁴¹⁸

Den Arbeiten der Sachverständigenkommission des Bundesrats, die auf der Grundlage des Entwurfs einer Deutschen Gemeinschuldordnung über die spätere Reichskonkursordnung beriet, kommt sowohl in politischer wie in fachjuristischer Hinsicht vor dem Hintergrund der Rechtsvereinheitlichungsbemühungen die größte Bedeutung bei der Entstehung der Konkursordnung zu⁴¹⁹. Die späteren Arbeiten im Reichstag brachten keine wesentlichen Änderungen mehr. Zur Untersuchung der Rolle Bayerns soll im folgenden eine eingehendere Erörterung des Verlaufs der Beratungen der Sachverständigenkommission stattfinden.

1. Personalpolitische Entscheidungen

Die Zusammensetzung der Kommission war für die beteiligten Bundesstaaten ein Politikum. Jedem war daran gelegen, möglichst viele Vertreter aus seinem Land und Rechtsgebiet zu entsenden, um möglichst viel Einfluß auf das Ergebnis der Beratungen ausüben zu können. Dies galt besonders auch für Bayern, in dessen Interesse es gelegen haben muß, eine preußische Vormachtstellung zu verhindern.

In der Sitzung des Bundesratsausschusses für Justizwesen am 3.1.1874 diskutierten die Mitglieder, welche Kandidaten für die bevorstehende Aufgabe geeignet seien. Hierbei handelte es sich um in einer ruhigen Atmosphäre stattfindende Vorgespräche, in denen noch keine endgültigen Entscheidungen gefällt wurden. In einem Schreiben an den Königlichen Staatsminister des Äußeren von Pfretschner schilderte der Vertreter Bayerns die Situation wie folgt:

"Es wurde über keinen Kandidaten Beschluß gefaßt, und trug die Erörterung dieser Angelegenheit vielmehr den Charakter einer freien Besprechung."⁴²⁰

Man war bemüht, die Personalfragen rasch zu lösen. Der bayerische Vertreter berichtete nach München:

"Unterstaatssekretär Friedberg empfahl sehr dringend, alsbald die Vorschläge zu No. 1 und 2 der Anträge machen zu wollen, da die betreffende Kommission schon Ende des Monats März diesen Jahres hier zusammentreten soll. Als Kandidaten, die von preußischer Seite ins Auge gefaßt werden, bezeichnete Herr Friedberg zuerst den Handelsgerichtspräsidenten Albrecht in Hamburg, ohne aber dabei von dem etwa ihm zu übertragenden Vorsitze in der Commission zu sprechen."⁴²¹

Aus der letzten Äußerung läßt sich entnehmen, daß die Frage, wer Vorsitzender der Kommission werden sollte, von besonderer Bedeutung war. Einerseits war hiermit Prestige verbunden, zum anderen konnte durch die Sitzungsleitung und durch den Umstand, daß bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden entschied, größerer

⁴¹⁸ Brief von Riedel an Justizminister Dr. von Fäustle vom 16.12.1873, BayHStA, Abt. II MJu 12845.

⁴¹⁹ Vgl. Thieme, S. 55.

⁴²⁰ Schreiben an den Königlichen Staatsminister des Äußeren Herrn von Pfretschner vom 3.1.1874, BayHStA Abt. II MJu 12845.

⁴²¹ Schreiben an den Königlichen Staatsminister des Äußeren Herrn von Pfretschner vom 3.1.1874, BayHStA Abt. II MJu 12845.

Einfluß auf die Beratungsergebnisse genommen werden. Für den Kommissionsvorsitz war ursprünglich Franz Förster vorgesehen. Bereits kurz nach der ersten Erörterung der Zusammensetzung der Kommission faßte man jedoch - wohl mit dem ausdrücklichen Einverständnis des Reichskanzleramts - Dr. Ludwig von Neumayr aus Bayern für den Vorsitz ins Auge. Der damalige Justizminister Bayerns von Fäustle schrieb hierzu am 06.01.1874 an das Reichskanzleramt zu Händen des Staatsministers von Delbrück in Berlin⁴²²:

"Eure Exzellenz,

ich habe dem Königlichen Ministerialrath von Riedel die gütige Mittheilung gemacht, daß es beabsichtigt sei, den Präsidenten des Bayerischen Obersten Gerichtshofes, Gerichtsrat Dr. von Neumayr zur Funktion des Vorsitzenden der Kommission für die Deutsche

Gemeinschuldordnung zu berufen. Die Königlich-Bayerische Staatsregierung erkennt in dieser Intention eine zu besonderem Danke verpflichtende Aufmerksamkeit und ist mit größtem Vergnügen bereit, Dr. von Neumayr zu gedachtem Zwecke zur Verfügung zu stellen. Dr. von Neumayr selbst hat auch zugesagt, der Förderung des anzugehenden Gesetzgebungswerkes, wenn es gewünscht wird, seinen Dienst widmen zu wollen; (...)."

Den Vorschlag, mit von Neumayr einen Bayern zum Kommissionsvorsitzenden zu berufen, wird man vor dem Hintergrund gesetzgebungspolitischer Erwägungen sehen können. Besonders Bayern trat der starken Einflußnahme Preußens auf die Reichsgesetzgebung deutlich entgegen. Bayern forderte, die Einzelstaaten auch bei der ersten Aufstellung von Entwürfen zu Reichsgesetzen mehr zu beteiligen und dies nicht - wie üblich - im preußischen Justizministerium und sonstigen preußischen Einrichtungen, zu erledigen⁴²³. Es liegt daher der Schluß nahe, daß die Bedenken Bayerns durch die Gewährung des Vorsitzes in einer wichtigen Bundesratskommission ausgeräumt werden sollten. Für eine politische Entscheidung spricht auch, daß später andere süddeutsche Staaten (Baden und Württemberg) ebenfalls mit Vorsitzpositionen in dem Justizausschuß des Bundesrats und in der Reichstagskommission bedacht wurden⁴²⁴.

Bayern versuchte seinen Einfluß in der Kommission noch zu verstärken, indem es anregte, einen weiteren bayerischen Vertreter in die Kommission aufzunehmen. Man begründete dies damit, daß Neumayr sonst der alleinige Vertreter Bayerns wäre und dieser aber in seiner Eigenschaft als Vorsitzender nicht gleichzeitig die Kommissionsleitung ausüben und außerdem die aus Sicht Bayerns erforderlichen Sachbeiträge leisten könnte. Der bayerische Justizminister hob dabei außerdem hervor, daß eigentlich nicht rein staatliche Interessen im Vordergrund stehen sollten. In dem Schreiben an das Reichskanzleramt führte er aus:

"(...) derselbe [von Neumayr] geht hierbei jedoch von der Voraussetzung aus, daß ihm in der Stellung des Vorsitzenden der Kommission nicht auch zugleich die Aufgabe zufallen wird, die bayerischen Interessen in der Kommission zu vertreten, (...) daß vielmehr zu diesem Zwecke ein anderer bayerischer Jurist in die Kommission berufen werden würde, dessen Mitwirkung in der letzteren ihn eines gewissen Dualismus der Stellung enthebe.

⁴²² Schreiben des Dr. von Fäustle vom 06.01.1874, BayHStA Abt. II, MJu 12845.

⁴²³ Vgl. Bericht des sächsischen Gesandten von Nustiz-Wallwitz vom 13. Oktober 1874, zitiert nach:

Thieme, S. 59.

⁴²⁴ Vgl. Thieme, S. 58.

Eure Exzellenz werden in (...) weiser Einsicht mit dem ganz ergebenst Unterzeichneten sicherlich die Überzeugung teilen, daß die oben gedachte Anschauung ihre Berechtigung hat. (...) glaubt aber auch der ergebenst Unterzeichnete (...), daß die Berufung eines weiteren bayerischen Juristen in die Kommission keiner Schwierigkeit begegnen werde, und zwar um so weniger, als ja die Mitglieder der fraglichen Kommission, wie die aller ähnlichen bisherigen Kommissionen wohl (...) nicht als Repräsentanten des einzelnen Bundesstaats, sondern als Vertreter einer wissenschaftlichen Überzeugung und praktischen Erfahrung zu betrachten sind."⁴²⁵

Konkret schlug der bayerische Justizminister den Ministerialreferenten Dr. Gottfried Schmitt vor, der bereits der Zivilprozeßkommission angehört hatte.

Während sich am 14.01.1874 die Wahl des Herrn von Neumayr zum Kommissionsmitglied unproblematisch gestaltete,

"ohne eingehende Debatten und ohne Widerspruch wurde Beschluß gefaßt, über die Wahl (...)

2. des Herrn von Neumayr, Exzellenz, auf Vorschlag des Vorsitzenden und mit sichtlicher allgemeiner Befriedigung der Mitglieder des Ausschusses, (...)." ⁴²⁶

stieß der Vorschlag, einen weiteren bayerischen Vertreter zum Kommissionsmitglied zu ernennen, bei Preußen auf wenig Gegenliebe. Nachdem 6 Mitglieder der Kommission aufgrund klaren Wahlergebnisses bereits feststanden⁴²⁷, wurden die weiteren Kandidaten nochmals vorgestellt.

Freiherr von Perglas berichtete hierüber⁴²⁸:

"Nachdem die Wahl soweit erfolgt und beschlossen war, empfahl Herr Friedberg ferner die des Königlichen Oberappellationsgerichtsrathes Dr. Schmitt, wobei er lebhaft und eindringlich dessen hohe Qualifikation hierfür betonte. Zugleich verwies er aber auch auf die wohl nicht zu umgehende Wahl von Dr. Goldschmitt in Leipzig. Sowohl im Interesse der öffentlichen Meinung in Deutschland als auch der Sache selbst. Von Württemberg (...) wurde nun ebenso dringend Dr. von Kohlhaas (...) empfohlen, der übrigens in bundesrätlichen und anderen juristischen Kreisen gebührendes Ansehen genießt (...)." ⁴²⁷

Der badische und bremische Bevollmächtigte schlugen dann noch weitere drei Personen vor. Da Einigkeit darin bestand, daß von den 11 Kommissionsmitgliedern drei Vertreter aus dem Kreise des Handelsstandes stammen sollten, blieben nur noch zwei Plätze für Juristen.

"Demzufolge wies der Vorsitzende darauf hin, daß für die zwei noch offenen Wahlen fünf Kandidaten in Vorschlag kommen, er ergriff die Gelegenheit, um zu empfehlen, daß bei der

⁴²⁵ Schreiben von Fäustle an das Reichkanzleramt vom 06.01.1874, BayHStA, Abt.II, MJu 12845.

⁴²⁶ Schreiben des Freiherrn von Perglas an den Staatsminister des Königlichen Hauses und des Äußeren Herrn von Pfretzschner vom 14.01.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁴²⁷ Außer von Neumayr waren dies noch Franz Förster aus dem preußischen Justizministerium, der Referent des Entwurfs der Gemeinschuldordnung, von Amsberg aus Mecklenburg, Mitglied des dortigen Obersten Großherzoglichen Gerichtshofes, der Präsident des Konkursgerichts in Berlin Harrassowitz, der Berliner Rechtsanwalt Makower, der als hervorragender Praktiker galt und der Präsident des Handelsgerichts Hamburg Albrecht.

⁴²⁸ Schreiben des Freiherrn von Perglas an den Königlichen Staatsminister des Königlichen Hauses und des Äußeren Herrn von Pfretzschner vom 14.01.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Bildung dieser beratenden Commission partikulare und staatliche Interessen in Hintergrund treten müßten und nahm nun die Wahl durch schriftliche geheime Zettelabstimmung vor."⁴²⁹

Obwohl der Preuße Friedberg noch betont hatte, daß die Wahlberechtigten ihre Wahl nicht durch einzelstaatliches Denken motivieren lassen sollten, hielt dieser von einer Wahl Schmitts als weiteren bayerischen Vertreter wohl nur wenig.

"Ich glaube mich nicht zu irren, daß Herrn Friedbergs Wunsch und bestimmte Erwartung dahin ging, daß jedenfalls die Wahl des Herrn Goldschmidt erfolgen solle und eine Überzeugung habe ich nicht gewinnen können, daß nach dieser erzielten Wahl, nachdem dann nur noch zwischen Herrn Dr. Schmitt und von Kohlhaas zu wählen gewesen wäre (die anderen vorgeschlagenen Candidaten hatten keine Aussicht) Herr Friedberg sich für den ersteren mit Vorzug entschieden haben würde; ich bin vielmehr geneigt, das Gegentheil zu glauben, und schließe dahin aufgrund gewisser Aeusserungen des Unterstaatssekretärs in Beziehung des Inhalts des Schreibens des Herrn Justizministers von Fäustle, Exzellenz, welches unter dem 6. des Monats an den Präsidenten des Reichskanzleramtes gerichtet worden ist, indem Herr Friedberg den darin genommenen Standpunkt nicht vollkommen zu billigen schien, - es hatte mich auch die Reserve des Herrn Delbrück frappiert, als bei einem letzten persönlichen Besuche im Reichskanzleramte von der Wahl dieser Commission und den bayerischen Candidaten die Rede war."

Hier scheint es, daß Preußen einen zu starken Einfluß Bayerns in der Kommission befürchtete und es vorgezogen hätte, einen weiteren sächsischen Vertreter in die Kommission zu berufen, von dem eher zu erwarten war, daß er preußische Standpunkte teilen würde. Andererseits zeigt sich, daß Bayern nicht nur durch schriftliche Anfragen darauf hinzuwirken suchte, einen weiteren Vertreter entsenden zu können, sondern sich auch durch persönliche Unterredungen im Reichskanzleramt bemühte, Preußen von der eigenen Position und Argumentation zu überzeugen. Auch der bayerische Vertreter im Bundesratsausschuß versuchte vor der Abstimmung nochmals auf eine Wahl des weiteren bayerischen Vertreters hinzuwirken.

"Demnach suchte ich meinerseits, soviel ich hierbei Einfluß nehmen konnte, die Wahl des Herrn Oberappallationsgerichts Rathes Schmitt zu sichern, und ging in der That aus den 7 Wahlzetteln hervor, die Erwählung der Herren Schmitt und Kohlhaas, während Dr. Goldschmidt eine Stimme zu wenig erhalten hatte."⁴³⁰

Offenbar waren die wahlberechtigten Mitglieder des Bundesratsausschusses der Auffassung, daß ein Gegengewicht zu dem preußischen Einfluß gebildet werden müßte und zogen die Wahl der beiden süddeutschen Vertreter vor. Der Vertreter Preußens war mit dem Wahlergebnis nicht zufrieden, was den bayerischen Vertreter befürchten ließ, daß seitens Preußens nochmals eine Änderung der Zusammensetzung des Ausschusses beabsichtigt sein könnte.

"Herr Friedberg knüpfte daran keine Bemerkung, aber war sichtlich betroffen, und ich halte es für sehr möglich, daß die weiteren Verhandlungen darüber in der Plenarsitzung des Bundesrathes etwa noch eine Abänderung der Wahl intendieren möchten. Ich habe deshalb ausführlich berichten wollen und erlaubte mir gleich nach der heutigen Sitzung das Ergebnis der Wahl telegraphisch und vertraulich zur Kenntnis Eurer Exzellenz zu bringen."⁴³¹

⁴²⁹ Wie vor.

⁴³⁰ Wie vor.

⁴³¹ Wie vor.

Entgegen dieser Mutmaßung blieb es jedoch auch später bei dieser Abstimmungsentscheidung. Hinsichtlich der Vertreter des Handelsstandes war ursprünglich auch von Seiten des preußischen Vertreters Friedberg geäußert worden, daß es wünschenswert wäre, wenn außer dem bereits von Anfang an feststehenden preußischen geheimen Kommerzienrath Warschauer die beiden anderen Vertreter des Handelsstandes in Süddeutschland gesucht und gewählt würden. Er "gedachte (...) dabei des Fabrikanten Sigl in Stuttgart, dann der Kaufmannschaft in Augsburg, die etwa würdige Vertreter des Handelsstandes ausweisen könne."⁴³² Außerdem war ursprünglich angedacht worden, einen "Protokollführer aus den jüngeren juristischen Beamtenkreisen in Süddeutschland beantragen zu wollen." Nachdem jedoch aus der "Kampf Abstimmung" bereits zwei süddeutsche Vertreter siegreich hervorgegangen waren, sah man davon ab und entschied sich wohl aus Gründen der Diplomatie als "industrielle Beisitzer in der Kommission" Vertreter aus Bremen und Sachsen zu ernennen.

Am 08.02.1874 beantragte der Staatsminister der Justiz Dr. von Fäustle gegenüber dem bayerischen König, die gewählten Kommissionsmitglieder von Neumayr und Gottfried Schmitt für die bevorstehenden Gesetzgebungsarbeiten freizustellen. Dabei versäumte der Justizminister nicht, König Ludwig II. auf die besondere Bedeutung des Wahlergebnisses für die Interessen Bayerns hinzuweisen:

"Im Kreise des Bundesrathes ist der Wunsch ausgesprochen worden, daß in der Kommission zur Vorberathung des Entwurfes einer Deutschen Gemeinschuldordnung, welche im Laufe des Monats März dafür zusammentreten soll, Bayern durch zwei Mitglieder vertreten sei und einem derselben der Vorsitz in der Kommission übertragen werden möge. In letzterer Hinsicht ist das Augenmerk auf den Präsidenten des Bayerischen Obersten Gerichtshofes, Reichsrath Dr. von Neumayr, gerichtet, und der treuehorsaamst Unterfertigte glaubt auch diese Wahl mit besonderer Freude begrüßen zu dürfen, da sie einerseits der erhöhten Stellung Bayerns im Reiche Rechnung trägt, andererseits aber eine unparteiische und die bayerischen Interessen im vollsten Umfange wahrende Leitung der Kommissionsverhandlungen garantiert.

Als zweites Mitglied dürfte sich von selbst der Ministerialreferent und -rath am Obersten Gerichtshofe, Dr. Gottfried Schmitt, empfehlen, da der vorliegende Gesetzentwurf eigentlich nur als Ergänzung einer Lücke des Entwurfes der Prozeßordnung erscheint und Dr. Schmitt mit allerhöchster Genehmigung Eurer Königlichen Majestät Bayern bereits in der Kommission zur Berathung des Entwurfes der Zivilprozeßordnung mit Umsicht und vielem Erfolge vertreten hat."⁴³³

Nachdem der König seine Zustimmung erteilt hatte, erklärte Ludwig von Neumayr gegenüber dem Reichskanzleramt mit Schreiben vom 26.2.1874⁴³⁴ die Annahme seiner Wahl zum Kommissionsmitglied. Am 01.03.1874 richtete das Bayerische Staatsministerium des Königlichen Hauses und des Äußeren an das Reichskanzleramt die Nachricht, daß den bayerischen Vertretern der "erforderliche Geschäftsurlaub ertheilt worden ist."⁴³⁵

⁴³² Schreiben an den Königlichen Staatsminister des Äußeren Herrn von Pfretzschner vom 03.01.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁴³³ Schreiben an Seine Majestät den König, vom 16.02.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁴³⁴ BArch, 682, 141.

⁴³⁵ BArch 682, 146.

2. Die für Bayern maßgeblich beteiligten Juristen

An dieser Stelle ist Anlaß, etwas näher auf die bayerischen Mitglieder in der Kommission zur Beratung der Gemeinschuldordnung Dr. Ludwig von Neumayr und Dr. Gottfried Schmitt sowie auf den damaligen bayerischen Justizminister Dr. von Fäustle einzugehen.

a) Johann Nepomuk von Fäustle

Der als energisch und tatkräftig geltende⁴³⁶ Johann Nepomuk von Fäustle (1828-1887) übernahm im Jahre 1871 das Bayerische Justizministerium und leitete dies bis 1887. Fäustle kam aus einer Augsburger Lehrerfamilie. Bevor er 1865 in das Justizministerium eintrat, war er zunächst ein Jahrzehnt im praktischen Justizdienst tätig⁴³⁷. In seine Amtszeit als Justizminister fielen neben der Abfassung und Verabschiedung der Reichsjustizgesetze in Berlin auch die Einführung derselben in Bayern sowie die Vorarbeiten am BGB. Dank Fäustles umsichtiger Vorsorge vollzog sich in den Jahren nach Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze die Umsetzung in Bayern in geradezu mustergültiger Weise, obwohl z.B. die Anpassung der historisch gewordenen und vielgestaltigen Zivilprozeßgesetze an den neuen Rechtszustand eine schwierige Aufgabe darstellte⁴³⁸. Daß der bayerische Oberste Gerichtshof bestehen blieb und so die Rechtseinheit in den landesgesetzlichen Materien sichergestellt werden konnte, war nicht zuletzt Fäustles Verdienst⁴³⁹.

Von seiner politischen Gesinnung her stand Fäustle, der auch Mitglied des Deutschen Juristentages war, der reichsfreundlichen Bayerischen Fortschrittspartei nahe. Fäustle war allerdings der Auffassung, das der Ausbau des Reiches entsprechend der offiziellen bayerischen Politik lediglich im förderativen Sinn voranschreiten sollte. Einem Zentralismus, insbesondere unter der Führung Preußens, stand er skeptisch gegenüber. Er trat bezüglich der Stellung Bayerns zum Reich für einen föderativen Ausbau der Reichsgewalt unter Beachtung des bayerischen Sonderinteressen ein. Ihm erschien dabei ein loyales und tatkräftiges Zusammenarbeiten der beteiligten Staaten notwendig. Durch diese Haltung stieß er auf Mißtrauen bei konservativen Kräften, die fürchteten, er wolle die Justizhoheit preisgeben. Skepsis gab es aber ebenso auch bei den Liberalen, die partikularistische Entwicklungen befürchteten⁴⁴⁰.

Gegen eine Vereinheitlichung des Rechts stellte sich Fäustle nur dann, wenn das Eigenleben der Einzelstaaten hiervon betroffen war⁴⁴¹. Eine Schwierigkeit des bayerischen Justizministers bestand darin, zwischen den Vorstellungen des Königs, denen der bayerisch-konservativen Partikularisten und den Bedürfnissen der Reichspolitik zu vermitteln. Während der Ministerzeit von Fäustles ging sein Bemühen dahin, die bayerischen Belange bei der Schaffung der gesamtdeutschen Rechtsordnung nachhaltig zur Geltung zu bringen. Hierfür bedurfte es aber auch diplomatischen Geschicks. Voraussetzung zur Erreichung der Ziele Bayerns war aus Sicht von Fäustles,

⁴³⁶ Vgl. Spindler-Albrecht, Bd. IV 1. Teilbd., S. 330; Döhring, S. 743.

⁴³⁷ Näheres zu den Grunddaten des Lebenslaufs: Bosl, S. 193.

⁴³⁸ Döhring, S. 743.

⁴³⁹ Döhring, S. 743.

⁴⁴⁰ Döhring, S. 743.

⁴⁴¹ Vgl. Schubert, Bayern und das BGB, S. 18.

daß man sich nicht durch eine rein negative Haltung gegenüber Entwicklungen, die letztlich ohnehin nicht verhindert werden konnten, seiner Einflußmöglichkeiten beraubte. Nach seiner Auffassung war es nicht sinnvoll, "nur zu negieren und erst dann zu paktieren und zu kompromittieren, wenn es zu spät ist. In einer solchen Situation muß man loyal mitarbeiten, an der gemeinsamen Aufgabe und zu erreichen suchen, was im Interesse des Landes, was man zu vertreten hat, zu erreichen ist."⁴⁴²

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben bediente sich Fäustle stets weniger, aber sehr qualifizierter Juristen, die er aus dem Justizdienst für das Ministerium gewinnen konnte. Bei sämtlichen größeren Gesetzesprojekten bildete er grundsätzlich kleine Kommissionen, denen - soweit notwendig - auch Vertreter anderer Ministerien angehörten und zu denen er auch Praktiker wie Richter, Rechtsanwälte und Notare heranzog⁴⁴³. In dem Aktenmaterial des bayerischen Justizministeriums zur Reichskonkursordnung findet sich allerdings kein Hinweis darauf, daß auch bei diesem Gesetzesvorhaben eine vorberatende Kommission in Bayern eingesetzt wurde. Dies liegt wohl vor allem daran, daß erst kurz vor Beginn der Beratungen nach langen Verhandlungen und Vorbereitungen die bayerische Zivilprozeßordnung mit den darin enthaltenen konkursrechtlichen Bestimmungen in Kraft getreten war. Insoweit sah das Justizministerium wegen der noch relativ aktuellen Erörterungen der Thematik und der somit vorhandenen Grundlage für die Beratung der Konkursordnung kein Bedürfnis für eine weitere Kommission, obwohl man zumindest für den materiell-rechtlichen Teil durchaus daran hätte denken können. In den bayerischen Justizkreisen wurde jedoch wohl auch die Prioritätsordnung als hinreichende Grundlage für weitere Überlegungen zur Ausgestaltung der Konkursordnung angesehen.

b) Ludwig von Neumayr

Über den Vorsitzenden der Kommission zur Beratung des Entwurfs einer Deutschen Gemeinschuldordnung Dr. Ludwig von Neumayr ist nur wenig bekannt⁴⁴⁴. Neumayr war von 1851 bis 1860 im bayerischen Justizministerium tätig. Anschließend wurde er Präsident des Appellationsgerichts München. Seit 1868 war er Präsident des Königlich-Bayerischen Obersten Gerichtshofes und Reichsrat. Neumayr, der für seine Tätigkeit mit dem Großkreuz des Zivildienstordens der Bayerischen Krone ausgezeichnet wurde⁴⁴⁵, war an verschiedenen Gesetzesprojekten beteiligt. Hervorzuheben ist hierbei vor allem seine Mitarbeit in der Vorkommission für das BGB⁴⁴⁶. Für eine Teilnahme an den Gesetzesberatungen zur Konkursordnung dürfte er aus Sicht Bayern besonders geeignet erschienen sein, weil er bereits Mitglied des am 04.09.1863 gewählten Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Abgeordneten für die Beratungen der bayerischen Zivilprozeßordnung war und dort zum Referenten bestellt wurde⁴⁴⁷. Hierdurch verfügte von Neumayr für den Bereich des Insolvenzrechts über besondere Sachkenntnis und war mit der bayerischen Haltung zu den im Konkursrecht auftretenden Problemen bestens vertraut.

⁴⁴² So von Fäustle in der Kammer der Abgeordneten (Session 1875/76); zitiert nach Schubert, Bayern und das BGB, S. 10.

⁴⁴³ Schubert, Bayern und das BGB, S. 19.

⁴⁴⁴ Ludwig von Neumayr findet bislang – soweit ersichtlich – in Biographien keine Erwähnung.

⁴⁴⁵ BayHStA, Abt. II, Ordensakten 5421 und 1974.

⁴⁴⁶ Thieme, S. 60.

⁴⁴⁷ Barth, Bd. I, S. 6 und 7.

c) Gottfried Schmitt

Dr. Gottfried Schmitt, der am 30.09.1827 in Hofheim (bei Königshofen) in Unterfranken geboren wurde⁴⁴⁸, stammte aus einer Gastwirtsfamilie. Er trat 1852 in den bayerischen Justizdienst ein, bis er 1860 in das Justizministerium wechselte. Dort war zunächst eine seiner Hauptaufgaben die Mitarbeit an der Bayerischen CPO von 1869. Ebenso wie Neumayr war auch er in den hierfür gebildeten Gesetzgebungsausschuß der Abgeordnetenkommission berufen worden. Auf Reichsebene war er als bayerischer Vertreter in Berlin Mitglied der Zivilprozeßrechtskommission von 1871/72. Dort erreichte er unter Mitwirkung anderer Vertreter der Mittelstaaten mehrere für Bayern günstige Regelungen⁴⁴⁹. Ferner nahm Schmitt die Interessen Bayerns bei den Vorarbeiten zum Gerichtsverfassungsgesetz wahr. Dort gelang es ihm gemeinsam mit Fäustle darauf hinzuwirken, daß das Bayerische Oberste Landesgericht erhalten blieb, dessen Präsident er später wurde. Schmitt, der noch während der Arbeiten an der Konkursordnung in die erste BGB-Kommission gewählt wurde⁴⁵⁰, erhielt für seine Tätigkeit den Zivilverdienstorden der Bayerischen Krone verliehen, was die Erhebung in den Adelsstand zur Folge hatte⁴⁵¹. Der Justizminister Fäustle schätzte Schmitt wegen seiner hervorragenden juristischen Fähigkeiten und später auch aufgrund der Erfolge, die er bei der Vertretung der bayerischen Interessen in Berlin erzielte⁴⁵². Schmitt, der zwischen 1863 und 1869 als Mitglied der Bayerischen Fortschrittspartei der bayerischen Kammer der Abgeordneten angehörte, gilt als Jurist, der bei seinen Kommissionsaufgaben in Berlin stets bereitwillig auf die Wünsche seines Heimatlandes eingegangen ist, die wohl meist auch mit eigenen Ansichten im Einklang standen⁴⁵³. Soweit sich Rechtshistoriker mit seiner Person befaßt haben, wurde er als Jurist "ohne besondere Originalität des Denkens und Handelns"⁴⁵⁴ eingeschätzt. Diese These stützt sich allerdings darauf, daß von Schmitt bei den Beratungen des BGB nur wenige Initiativen ausgingen, da er sich selbst vornehmlich mit dem Erbrecht auseinandersetzte und sich im übrigen darauf beschränkte, bayerische Interessen zur Sprache zu bringen. Aufgrund seiner größeren Erfahrungen in der Gesetzgebung im verfahrensrechtlichen Bereich trifft dies aber auf die Erörterungen zur Konkursordnung nicht zu. Die Beratungen zur Konkursordnung zeigen, daß er hier durchaus eigene Ansichten – mitunter auch vom bayerischen Recht abweichende – vertrat (was auch an dem ihm eingeräumten, relativ weiten Ermessen lag) und der Meinungsbildung in der Kommission bedeutende Impulse geben konnte.

IV. Die Kommissionsberatungen

Preußen hatte innerhalb der Kommission zur Beratung der Gemeinschuldordnung mit den vier Mitgliedern Hertz, Harassowitz, Makower und Warschauer nicht nur zahlenmäßig, sondern auch von der Kompetenz her eine besonders einflußreiche Position, da es sich bei den genannten Personen um anerkannte und versierte Fachleute handelte. Wenn hierzu überhaupt ein Gegenpol bestanden hat, dann bildete diesen Bayern mit zwei Mitgliedern, von denen eines den Vorsitz hatte. Zur Durchsetzung

⁴⁴⁸ Er verstarb am 25.08.1908 in Ebern.

⁴⁴⁹ Vgl. Schubert, Bayern und das BGB, S. 17.

⁴⁵⁰ Vgl. Schubert, Bayern und das BGB, S. 16; Thieme, S. 60.

⁴⁵¹ BayHStA, Abt. II, Ordensakten 6066 und 536 sowie Adelsmatrikel RiS 114.

⁴⁵² Schubert, Bayern und das BGB, S. 17.

⁴⁵³ Schubert, Bayern und das BGB, S. 4.

⁴⁵⁴ Vgl. Mertens, S. 9.

eigener Interessen war man allerdings auf einen Zusammenschluß mit den Vertretern anderer Rechtsgebiete angewiesen. Die Arbeiten in der Kommission, die vom 16.03. bis 31.07.1874 dauerten und insgesamt 73 Sitzungen in Anspruch nahmen, liefen im wesentlichen reibungslos. Die einzelnen Sitzungen fanden regelmäßig mit ein- und zweitägigen Abständen statt, wobei zu beobachten ist, daß die Pausen in den letzten Wochen kürzer wurden und teilweise auch an Sonntagen getagt wurde, was dafür spricht, daß man das Projekt als dringlich ansah⁴⁵⁵.

Wie schon erwähnt, war in Bayern - im Gegensatz zu der üblichen Vorgehensweise bei anderen Gesetzgebungsprojekten und auch im Gegensatz zu dem Vorgehen in anderen Bundesstaaten, in denen keine jüngere Konkursgesetzgebung existierte - keine Vorkommission gebildet worden. Außer justizministerialen Stellungnahmen wurden zur Erörterung von Änderungs- und Verbesserungsvorschlägen andere Ministerien, insbesondere das Innenministerium - Abteilung für Gewerbe, Handel und Landwirtschaft - sowie das Finanzministerium in den Meinungsbildungsprozeß mit einbezogen. Mit den Anregungen der beteiligten Ministerien befaßte sich anschließend das Justizministerium, um dann Weisungen an den Vertreter in Berlin zu erteilen bzw. mit diesem das weitere Vorgehen abzustimmen. Die Arbeit im bayerischen Justizministerium war vor allem durch die Korrespondenz mit anderen Ministerien sowie zwischen Fäustle und dem bayerischen Kommissionsmitglied Schmitt gekennzeichnet. Letzterer informierte über die Geschehnisse in Berlin und empfing Weisungen, wie er sich im Rahmen der Kommissionsverhandlungen zu bestimmten Kodifikationsproblemen verhalten sollte. Auffallend hierbei ist - hierauf wird später noch näher einzugehen sein - daß Schmitt im Bereich der verfahrensrechtlichen Problematik weitestgehend freie Hand gelassen wurde. Dies läßt sich wohl damit erklären, daß keine Veranlassung bestand, Schmitt auf besondere Gesichtspunkte des Verfahrensrechts hinzuweisen, da dieser intensiv an der bayerischen Zivilprozeßordnung und den darin enthaltenen konkursverfahrensrechtlichen Bestimmungen mitgearbeitet hatte und insoweit die bayerischen Überzeugungen zu den relevanten Problemen ohnehin beachten würde. Demgegenüber versuchte man v. a. seitens der Ministerien im materiell-rechtlichen Bereich - insbesondere bei der Frage der Vorrechte im Konkurs - von Bayern aus, den Kommissionsvertreter anzuhalten, bestimmte Standpunkte durchzusetzen. Im Bereich des materiellen Rechts, für das in Bayern vor allem mit der Prioritätsordnung noch ältere Vorschriften galten, gab es auch aufgrund der größeren Abweichungen zum preußischen Konkursrecht eher das Bedürfnis, bestimmte Gesichtspunkte aus Bayern in die Gesetzesberatung einzubringen.

Schriftverkehr mit dem Kommissionsvorsitzenden von Neumayr hat - soweit aus den Akten des Justizministeriums ersichtlich ist - nicht stattgefunden. Dieser beschränkte sich wohl tatsächlich auf seine Rolle und Funktion als Kommissionsvorsitzender. Hierfür spricht auch der Umstand, daß er in den Beratungen tatsächlich keine Abänderungsanträge betreffend den zu beratenden Entwurf der Gemeinschaftsdordnung stellte. Dies läßt die Argumentation, die Bayern vorbrachte, um einen weiteren Posten in der Kommission mit einem bayerischen Vertreter besetzen zu können, durchaus als sachgerecht und nicht nur als bloßes Politikum erscheinen. Neumayr konnte oder wollte seine möglichst neutrale Stellung als Kommissionsvorsitzender behalten, ohne durch Antragstellungen für Bayern einseitig Position ergreifen zu wollen. Ungeachtet dessen wird man davon ausgehen können, daß er sein Stimmrecht in der Kommission regelmäßig zu Gunsten und im Sinne Bayerns ausübte.

⁴⁵⁵ Vgl. hierzu auch Thieme, S. 61.

Die Kommission trat am 16. März 1874 in Berlin erstmals zusammen. Aus dem hierzu gefertigten Kommissionsprotokoll⁴⁵⁶ ergibt sich, daß nach dem Sitzungsbeginn zunächst auf Vorschlag des Vorsitzenden der Königlich-Preußische Geheime Oberjustizrat Hertz mit einhelliger Zustimmung der Kommissionsmitglieder zum Berichtersteller benannt wurde. Anschließend stellte der Vorsitzende die Regeln für den Fortgang der Kommissionsberatungen auf, wobei es sich hierbei um keine "offizielle Geschäftsordnung"⁴⁵⁷ handeln sollte. Die Vorschriften sahen vor, daß lediglich über schriftliche Anträge Beschluß gefaßt werden sollte. Der Referent sollte dann diese Beschlüsse redigieren und den Mitgliedern Abschriften über die erzielten Einigungen erteilen. Hiergegen konnten dann noch Erinnerungen oder Änderungsvorschläge für die spätere Redaktion vorgebracht werden. Im ersten Beschluß der Kommission heißt es außerdem unter Ziffer 3: "In die Protokolle werden nur die geschäftlichen Mitteilungen, die gestellten Anträge und die Ergebnisse der Abstimmungen aufgenommen. Die Protokolle werden nicht gedruckt, aber für die Mitglieder der Kommission auf metallographischem Wege vervielfältigt. Ihre Verlesung findet nicht statt."⁴⁵⁸

Weil die später nach dieser Maßgabe gefertigten Niederschriften keinerlei Angaben über die Herkunft der Anträge und das Stimmverhalten der einzelnen Mitglieder enthalten, geben diese über den Verlauf der Kommissionsberatungen nur wenig Aufschluß. Zwar lassen sich sämtliche gestellten Anträge und Beschlüsse nachvollziehen, jedoch fehlen die von den Kommissionsmitgliedern vorgebrachten Argumente und die tragenden Erwägungen und Begründungen, die zu einer Beschlußfassung führten⁴⁵⁹. Mehr Einblick in den Verlauf der Kommissionsberatungen - insbesondere der Haltung Bayerns - geben Aufzeichnungen von dem ersten Schriftführer der Kommission Carl Hagens⁴⁶⁰ und die Abänderungsanträge der Mitglieder⁴⁶¹. Aus letzteren lassen sich sämtliche Anträge entnehmen, welche die Kommissionsmitglieder in die Beratungen einbrachten, um eine Änderung der ursprünglich vorgesehenen Gesetzesbestimmungen zu erreichen. Für die vorliegende Darstellung sollen die von Dr. Gottfried Schmitt eingebrachten Verbesserungsvorschläge im folgenden näher untersucht werden. Die Mitschrift des Schriftführers Carl Hagens stellt eine Art "Nebenprotokoll"⁴⁶² dar, das als Unterlage für die Redaktion der Kommissionsbeschlüsse und für die Abfassung der Motive dienen sollte⁴⁶³. Die Mitschrift besteht vorwiegend aus Kürzeln und Abkürzungen, die in der Regel die Namen der Antragsteller, Stichpunkte zur Begründung der Anträge und Bemerkungen der Kommissionsmitglieder enthalten. Im folgenden findet eine

⁴⁵⁶ Kommissionsprotokoll vom 16.3.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12846.

⁴⁵⁷ Thieme, S. 55, spricht im Gegensatz hierzu von einer Geschäftsordnung, die vom Reichskanzleramt vorgegeben worden sei. Letztlich handelt es sich insoweit jedoch allenfalls um eine Definitionsfrage. Der in der ersten Sitzung gefaßte Beschluß zu den Kommissionsregeln dürfte ebenso wie die Wahl des Referenten und des Schriftführers nur eine Formsache gewesen sein.

⁴⁵⁸ Kommissionsprotokoll vom 16.3.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12846.

⁴⁵⁹ Thieme, S. 56/57 stellt hierzu die Vermutung an, daß einer unerwünschten Veröffentlichung der Verhandlungen vor dem Hintergrund vorgebeugt wurde, daß zur Zeit des Deutschen Bundes beispielsweise eine vollständige Veröffentlichung der Verhandlungen zum ADHGB juristische und politische Schwierigkeiten nach sich gezogen hatten und außerdem für die Abfassung der Motive ein größerer Spielraum dadurch gewährt werden sollte, daß deren Inhalt nicht zwingend mit den Überlegungen der Kommission übereinzustimmen brauchte

⁴⁶⁰ BArch, 688/2.

⁴⁶¹ BArch, 690.

⁴⁶² Diese Bezeichnung, die erstmals Thieme, S. 43 und 56 verwendete, wurde hier übernommen.

⁴⁶³ Thieme, S. 57.

Skizzierung der aus bayerischer Sicht wichtigsten Problemkreise unter Zuhilfenahme dieser Aufzeichnungen statt.

V. Die Behandlung der Sachfragen unter Berücksichtigung des bayerischen Insolvenzrechts

1. Teil: Allgemeine Fragen und materielles Recht

1. Die Bezeichnung des Insolvenzverfahrens als "Konkurs"

Zu Beginn der Kommissionsberatungen verständigte man sich in der ersten Sitzung darauf, daß "nicht vor Eintritt in die Berathung des Entwurfs eine Generaldebatte über die allgemeinen Prinzipien in seinem ganzen Umfange statthaben solle, sondern daß man vielmehr die prinzipiellen Fragen zu den einzelnen Titeln oder Paragraphen da, wo man ihnen zuerst begegne"⁴⁶⁴, erörtern wolle. Die Vorschriften wurden dann in der im Entwurf zur Gemeinschaftsdordnung vorgesehenen Reihenfolge beraten.

Die eigentlichen Beratungen zum Entwurf der Deutschen Gemeinschaftsdordnung begannen in der zweiten Sitzung der Kommission am 23.03.1874. Zunächst war ein Antrag abzuhandeln, der die Terminologie betraf. In den einzelnen Teilen Deutschlands waren seinerzeit die verschiedensten Begriffe für eine Insolvenz gebräuchlich. Außer dem Ausdruck "Konkurs" sind hier die Bezeichnungen "Falliment, Debitverfahren, Diskussionsverfahren und Kridarverfahren" zu nennen. In Süddeutschland - so auch in Bayern - verwendete man den Ausdruck "Gant"⁴⁶⁵.

a) Der Begriff „Gant“

Die Herkunft des nahezu ausschließlich im süddeutschen Raum verwendeten Wortes "Gant" ist nicht eindeutig geklärt. Allgemein verstand man darunter eine Versteigerung an den Meistbietenden. Es liegt nahe, daß der Begriff aus der lateinischen Sprache hergeleitet wurde. "In quantum" bedeutete als Frage "wieviel". In der mittellateinischen Sprache waren die Worte "in quantus" oder "in cantus" gleichbedeutend mit dem deutschen Wort "Versteigerung". Auch in der altfranzösischen und italienischen Sprache kommen die Begriffe "encant" bzw. "incanto" mit der Bedeutung eines Verkaufs zum höchsten Gebot vor. Die überwiegende Meinung geht daher davon aus, daß der bereits im 15. Jahrhundert verwendete Begriff "Gant" aus der lateinischen bzw. romanischen Sprache abgeleitet ist⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Kommissionsprotokoll vom 16.3.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12846.

⁴⁶⁵ Wobei hier anzumerken ist, daß in Bayern bereits bei den Beratungen und Kommentierungen der Bayerischen Civilproceßordnung vermehrt auch der Begriff "Konkurs" Verwendung gefunden hat.

⁴⁶⁶ Vgl. Reisner, S. 3 m.w.N. Dort werden auch zwei allerdings weniger überzeugende Theorien zu der Herkunft des Wortes dargestellt.

b) Kommissionsberatung

Es würde naheliegen, daß ein süddeutscher Vertreter sich darum bemüht hätte, in der Terminologie den eigenen Sprachgebrauch durchzusetzen. Ein Antrag, den im süddeutschen Raum geläufigen Begriff "Gant" zu verwenden, ging jedoch - wie sich den Protokollen entnehmen läßt - ausgerechnet von einem preußischen Kommissionsmitglied, nämlich Rechtsanwalt Makower aus. Dies mag daran gelegen haben, daß Makower eher in der Lage war, eigene - nichtpreußische - Anschauungen zu vertreten, da er nicht dem preußischen Ministerialbeamtentum angehörte. Eine andere Möglichkeit ist die, daß es darum gehen sollte, gleich zu Beginn der Kommissionsberatungen den süddeutschen Vertretern zu signalisieren bzw. ihnen das Gefühl zu geben, daß man von preußischer Seite gewillt war, auch deren Anschauungen bei den Verhandlungen zu berücksichtigen. Hierzu eignete sich die Frage der Terminologie in besonderem Maße, da diese sachlich keine weitere Bedeutung hatte und zum anderen die Aussicht, daß sich für den Antrag eine Mehrheit finden würde, ohnehin gering war. Der Antrag Makowers wurde dann auch "mit allen Stimmen gegen die des Antragstellers abgelehnt"⁴⁶⁷. Selbst Bayern stimmte dagegen⁴⁶⁸. Die römisch-rechtliche Bezeichnung "Konkurs" war in Deutschland bereits zu sehr in das Verkehrsleben eingedrungen und auch in der bis dato abgeschlossenen Reichsgesetzgebung zu vorherrschend, um hier noch eine Begriffsänderung durchzuführen⁴⁶⁹.

2. Der Umfang der Insolvenzmasse

Von größerer Wichtigkeit war die in den Gesetzgebungen und der Theorie unterschiedlich beantwortete Frage⁴⁷⁰, ob von den Wirkungen eines Konkursverfahrens nur das zur Zeit der Eröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners oder auch dasjenige Vermögen, welches er während des Verfahrens erwirbt, betroffen sein soll.

a) Bestimmungen der Bayerischen Civilproceßordnung

Die BayCPO regelte die Problematik in letztgenannter Weise. Nach Art. 1208 gehörte zur Masse "was der Gantschuldner während des Gantverfahrens erwirbt". Das bayerische Recht lehnte sich insoweit an die preußische Konkursordnung an, welche eine ähnliche Bestimmung enthielt⁴⁷¹. Weiterhin war vorgesehen, daß Erbschaften und Vermächtnisse, die zu Gunsten des Schuldners nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfielen, von der Gläubigerschaft für die Masse angenommen werden konnten (Art. 1208 BayCPO). Unter sozialen Aspekten konnte das Gericht dem Schuldner und seiner Familie Wohnrechte in einem zur Masse gehörigen Gebäude bis zu dessen Verwertung sowie eine Unterstützung gewähren, die auf das Unentbehrliche zu beschränken war, wobei auf Standesrücksichten und den Lebensstandard des Schuldners keine Rücksicht genommen werden sollte⁴⁷².

⁴⁶⁷ Kommissionsprotokoll der zweiten Sitzung vom 23.03.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12846.

⁴⁶⁸ Vgl. auch Thieme, mit einem Zitat aus einer Tagebuchnotiz des Nachlasses von Freydorffs, der als Referent des Justizausschusses des Bundesrats für Baden an den Konkursrechtsberatungen beteiligt war.

⁴⁶⁹ Vgl. auch Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 14.

⁴⁷⁰ Sarwey, S. 4.

⁴⁷¹ GSO, Motive, S. 19.

⁴⁷² Vgl. Barth, Bd. III, S. 328; Vierling, S. 460; Art. 1209 BayCPO.

b) Gemeinschaftsdordnung

Auch der ursprüngliche Entwurf der Deutschen Gemeinschaftsdordnung ging mit dem preußischen und bayerischen Recht im wesentlichen konform⁴⁷³. Eine dem bayerischen Recht entsprechende Regelung dahingehend, daß Erbschaften und Vermächtnisse von der Gläubigerschaft für die Masse angenommen werden konnten, fand jedoch keine Aufnahme in das Gesetz. Hiergegen sprach, daß nur der Gemeinschaftsdordner selbst Erbe werden und dieses persönliche Recht nicht auf die Gläubigerschaft oder einen Konkursverwalter übergehen könnte⁴⁷⁴. Der Umstand, daß Schmitt insoweit jedoch keine Anträge und Diskussionsbeiträge in die Kommissionsberatungen einbrachte, läßt allerdings darauf schließen, daß dieser Punkt aus Sicht Bayerns von untergeordneter Bedeutung war.

c) Kommissionsberatung

Demgegenüber hielt Schmitt allerdings eine Änderung dahingehend erforderlich, daß der Reingewinn aus Geschäften, die der Gemeinschaftsdordner nach der Eröffnung des Verfahrens tätigt, nur insoweit zur Gemeinmasse gehören sollten, als dieser nicht zum Unterhalt des Gemeinschaftsdordners, seiner Ehefrau und zum Unterhalt und zur Erziehung seiner Kinder nötig ist⁴⁷⁵. Dieser Antrag gelangte jedoch in der Kommission nicht mehr zur Abstimmung, da bereits zuvor eine gravierende Änderung dahingehend beschlossen worden war, daß den Umfang der Konkursmasse lediglich das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen bilden sollte. Nach einer längeren Debatte⁴⁷⁶ entschied sich die Kommission mit dem knappen Abstimmungsergebnis von 6:5 gegen die ursprüngliche Fassung und entschied die Problematik im entgegengesetzten Sinn.

Schmitt argumentierte hiergegen, daß die Beschränkung der Konkursmasse auf den Erwerb bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Schuldner zu einer baldigen Insolvenzerklärung locke. Ferner meinte er, daß in der Praxis Unsicherheiten und Abgrenzungsprobleme dahingehend auftauchen, festzustellen, was der Schuldner vor und nach Konkurseröffnung erworben hat⁴⁷⁷. Trotz der durchaus gewichtigen Gründe, gegen die beschlossene Regelung und obwohl sich von den deutschen Partikulargesetzgebungen lediglich die Hannoversche Prozeßordnung für eine so weitreichende Beschränkung der Insolvenzmasse aussprach, war es Bayern im Ergebnis nicht möglich, eine Mehrheit für ein Festhalten an der Fassung des ursprünglichen Entwurfs herbeizuführen.

Hier stellte Rechtsanwalt Makower, der eine eigene Meinung entgegen der preußischen Grundhaltung vertrat, das "Zünglein an der Waage" dar. Bayern hoffte allerdings später im Bundesrat im Zusammenwirken mit Preußen noch eine Änderung im Sinne des ursprünglichen Entwurfs erreichen zu können⁴⁷⁸. Nach Abschluß der

⁴⁷³ GSO, Motive, S. 18ff.

⁴⁷⁴ Vgl. hierzu: Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 22.

⁴⁷⁵ Antrag Nr. 1 zu § 2 des Entwurfs einer Deutschen Gemeinschaftsdordnung (von Dr. Schmitt), BArch 690, 1.

⁴⁷⁶ Kommissionprotokoll vom 23.3.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12846.

⁴⁷⁷ Nebenprotokoll Hagens zur 2. Sitzung am 23.3.1874, BArch 688/2.

⁴⁷⁸ Hierzu auch unten C. X..

Kommissionsarbeiten berichtete Schmitt in einem Brief an den Justizminister von Fäustle am 4.10.1874⁴⁷⁹ :

"Bayern und Preußen wurden in dieser Frage durch die übrigen Kommissionsmitglieder, zu welchen sich auch Rechtsanwalt Makower geschlagen hatten, majorisiert. Es ist zu erwarten, daß die preußische Staatsregierung im Bundesrath die Herstellung des Regierungsentwurfs beantragen wird. Für Bayern dürfte sonach hinreichende Veranlassung zu Beanstandungen des Entwurfs im Bundesrath im allgemeinen nicht gegeben sein, während sich in Bezug auf § 1 der Anschluß an Preußen empfehlen möchte."

Zu dem aus bayerischer Sicht unerwünschten Kommissionsbeschluß führten vor allem Billigkeitserwägungen und Rücksichten auf wirtschaftliche Belange. Im Vordergrund stand der Gedanke, daß der Gemeinschuldner handlungsfähig und in der Lage sein sollte, neue Geschäfte und Verbindlichkeiten einzugehen. Erfahrungen hätten gezeigt, daß Gemeinschuldner regelmäßig dazu verleitet wurden, vorhandenes Vermögen den Gläubigern zu entziehen und keine Anstrengungen zu weiterem Vermögenserwerb zu unternehmen, wenn Gläubiger auf Letzteres zugreifen könnten. Es herrschte die überwiegende Auffassung in der Kommission, daß dem Gemeinschuldner unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Kreditfähigkeit wieder eröffnet werden mußte. Hierzu sei es erforderlich, daß nicht nur Altgläubiger, sondern auch zukünftige neue Gläubiger die Möglichkeit hätten, auf Vermögen des Schuldners zuzugreifen. Eine Beschränkung auf den Reinertrag aus dem Gewerbe des Schuldners sah man wegen der zu großen Abgrenzungsschwierigkeiten als nicht praktikabel an⁴⁸⁰.

3. Verwaltungs- und Verfügungsrechte sowie Unwirksamkeit von Rechtshandlungen

a) Bayerische Civilproceßordnung und Gemeinschuldordnung

Übereinstimmung bestand in allen Rechtsgebieten Deutschlands dahingehend, daß der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sein Verfügungs- und Veräußerungsrecht über die zu seinem Vermögen gehörigen Gegenstände verlieren sollte und dem widersprechende Rechtshandlungen unwirksam waren⁴⁸¹. So sah auch Art. 1210 BayCPO vor, daß "Rechtshandlungen, welche sich auf die Gantmasse beziehen, (...) der Gläubigerschaft gegenüber nichtig" seien⁴⁸². Für eine Beschränkung in diesem Sinn dahingehend, den Bezug zur Konkursmasse zu fordern, gab es jedoch keinen Anlaß, da auch Rechtsgeschäfte, die nicht unmittelbar auf die Konkursmasse gerichtet sind, eine Wirkung auf die Konkursmasse ausüben können⁴⁸³.

Nicht übernommen wurde auch eine Besonderheit in Art. 1211 BayCPO. Demnach trat mit Rücksicht auf handelsrechtliche Vorschriften auch der Gläubigerschaft gegenüber die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht ein, wenn der Gemeinschuldner Kaufmann war, sein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter aufgrund der vorliegenden Vollmacht noch Geschäfte abgeschlossen hatte und der Abschluß noch in die Zeit vor der Bekanntmachung der Insolvenzverfahrenseröffnung durch die zur Veröffentlichung

⁴⁷⁹ Schreiben von Schmitt an Fäustle vom 4.10.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁴⁸⁰ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 49.

⁴⁸¹ GSO, Motive, S. 48.

⁴⁸² Vierling, S. 461.

⁴⁸³ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 37.

der Eintragungen in das Handelsregister bestimmten Blätter fiel⁴⁸⁴. Dies galt allerdings nicht, wenn dem Geschäftspartner nachgewiesen wurde, daß dieser von dem Ganterkenntnis wußte. Die mit dem Bevollmächtigten des Gantschuldners abgeschlossenen Geschäfte blieben auch nach der Verfahrenseröffnung gültig, wenn sich aus den Umständen ergab, daß sich die Vertragspartner über die bevorstehende Konkursöffnung in entschuldbarer Unkenntnis befanden⁴⁸⁵. Eine entsprechende Regelung galt jedoch als zu kasuistisch, um sie in die Konkursordnung aufzunehmen. Man wollte es dabei belassen, diese Problematik durch die Rechtsprechung zu klären⁴⁸⁶.

Hinsichtlich Leistungen, die nach Konkursöffnung „an“ den Gemeinschuldner erbracht wurden, galten nach bayerischen Recht - wie auch in anderen Konkursgesetzen - andere Grundsätze, da bei der Zahlung einer fälligen Schuld an den Gemeinschuldner eine Gläubigerbenachteiligung nicht abzuwenden ist. Der Zahlende mußte davor geschützt werden, daß seine Leistung keine befreiende Wirkung entfaltete und er nochmals in Anspruch genommen werden konnte. Bei der Beurteilung der Gültigkeit solcher Leistungen war nach Art. 1212 BayCPO darauf zu achten, ob sie vor oder nach Bekanntmachung der Konkursöffnung erfolgten. Im ersten Fall war die Gläubigerschaft - sofern sie sich auf die Unwirksamkeit der Handlung berufen wollte - angehalten, darzulegen, daß der Leistende Kenntnis von dem Insolvenzverfahren hatte. Im letzteren Fall war diese Regel dahingehend umgekehrt, daß die Beweislast bei dem zahlenden Schuldner lag. Der Schuldner mußte, „um von der nochmaligen Leistung frei zu werden, aus den concreten Umständen wahrscheinlich machen, daß er zur Zeit der Leistung gleichwohl von der Ganteröffnung noch nicht unterrichtet war und sich daher in bona fide befunden habe.“⁴⁸⁷

Eine dementsprechende Regelung hatte auch Aufnahme in den Entwurf einer Gemeinschuldordnung gefunden, wobei allerdings die Vorschrift dahingehend modifiziert war, daß nicht nur eine Art Glaubhaftmachung - wie im bayerischen Recht - sondern ein Beweis für die jeweilige Bös- bzw. Gutgläubigkeit gefordert war. Insoweit gab man der bayerischen Regelung den Vorzug vor der preußischen, die eine willkürliche Frist von drei Tagen nach Konkursöffnung aufstellte, innerhalb der Zahlungen eine befreiende Wirkung haben sollten.

b) Antrag Schmitts und Kommissionsberatung

Schmitt regte an, die Vorschrift des ursprünglichen Entwurfs über Leistungen nach der öffentlichen Bekanntmachung dahingehend zu ergänzen, daß der Erfüllende bei Leistungen nach der Bekanntmachung befreit werden sollte, "wenn er Thatsachen nachweist, aus welchen hervorgeht, daß er zur Zeit der Leistung von der Eröffnung des Verfahrens keine Kenntnis hatte."⁴⁸⁸ Auf Initiative der Kommissionsmitglieder Kohlhaas und Albrecht wurde die Problematik dann dahingehend diskutiert, ob ein positiver Beweis gefordert werden sollte. Schmitt ging dies offenbar zu weit, denn er schlug in der Beratung vor, den Wortlaut in seinem Antrag dahingehend zu modifizieren, daß sich die Gutgläubigkeit des Erfüllenden aus den Umständen ergeben

⁴⁸⁴ Näher hierzu: Vierling, S. 461 u. 462.

⁴⁸⁵ Vgl. Barth, Bd. III, S. 329 f.

⁴⁸⁶ Vgl. GSO, Motive, S. 50/51; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 38.

⁴⁸⁷ Vgl. Barth, Bd. III, S. 332.

⁴⁸⁸ Antrag Nr. 1 (von Dr. Schmitt), BArch, 690, 1.

solle oder glaubhaft gemacht sei. Letztlich wurde jedoch der Zusatzantrag von Albrecht, der einen Beweis forderte – allerdings mit der Maßgabe, daß nicht der Erfüllende, sondern der Konkursverwalter die Beweislast tragen sollte - mit dem knappen Abstimmungsresultat von 6:5 angenommen⁴⁸⁹.

4. Prozesse des Gemeinschuldners

Ausgehend von dem Grundsatz, daß der Gemeinschuldner mit der Konkursverfahrenseröffnung das Recht verlor, über die Konkursmasse zu verfügen, konnte dieser konsequenterweise auch keine Prozeßhandlungen mehr vornehmen. Vor diesem Hintergrund bestand das Bedürfnis, zu regeln, wie die zum Zeitpunkt der Konkursöffnung laufenden gerichtlichen Verfahren, an denen der Gemeinschuldner beteiligt war, zu behandeln waren.

a) Regelungen der BayCPO

Das bayerische Insolvenzrecht sah vor, daß Passivprozesse - also Verfahren bei denen der Gemeinschuldner Beklagter war - fortzusetzen waren, wenn zur Zeit der Konkursöffnung bereits eine gerichtliche Verhandlung stattgefunden hatte. Im übrigen regelte Art. 1219 BayCPO, daß anhängige Rechtsstreitigkeiten, die einen zur Konkursmasse gehörigen Vermögensteil betrafen, mit der Konkursöffnung sowohl aktiv als auch passiv auf die Gläubigerschaft übergingen. Der Prozeß war dann in deren Namen von dem Masseverwalter in dem derzeitigen Verfahrensstand zu übernehmen. Eine ähnliche Bestimmung fand sich auch in der preußischen Konkursordnung⁴⁹⁰. Aus dem Wortlaut der Vorschriften ergab sich jeweils nicht, ob ein Zwang bestand, in die laufenden Prozesse einzutreten. In Preußen bemühte man sich um eine Auslegung dahingehend, daß die Gläubiger bzw. der Masseverwalter lediglich das Recht zur Übernahme des Prozesses hatten. Mangels einer näheren Erörterung dieser Problematik in der Kommentierung zur BayCPO⁴⁹¹, muß davon ausgegangen werden, daß in Bayern eine Handhabung streng nach dem Wortlaut des Gesetzes stattfand und eine Notwendigkeit gesehen wurde, die anhängigen Prozesse zu übernehmen.

b) Anträge Bayerns und Kommissionsberatung

Demgegenüber sah der Entwurf der Gemeinschuldordnung in § 12 vor, die Aufnahme des Prozesses allein in das Ermessen des Gemeinverwalters zu stellen. Aus dem Antrag Schmitts in den Kommissionsberatungen⁴⁹² und den Notizen von Hagens⁴⁹³ läßt sich eine Tendenz dahingehend absehen, daß für die Konkursordnung an einer generellen Verpflichtung zur Weiterführung des Prozesses von der Seite Bayerns nicht festgehalten und dem Verwalter grundsätzlich ein Ablehnungsrecht zugestanden werden sollte. Bayern versuchte vielmehr, eine dem bayerischen Recht näher stehende Kompromißlösung einzubringen. Schmitt schlug folgende Regelung vor:

⁴⁸⁹ Vgl. Nebenprotokoll zur 3. Sitzung vom 24.3.1874, BArch 688/2.

⁴⁹⁰ GSO, Motive, S. 57; § 8 II PreußKO.

⁴⁹¹ Barth, Bd. III, S. 333; Vierling, S. 464.

⁴⁹² Antrag Nr. 1 (von Schmitt) BArch, 690, 15.

⁴⁹³ Nebenprotokoll zur 5. Sitzung am 28.03.1874, BArch 688/2.

"Handelt es sich um einen Werthgegenstand von mehr als dreihundert Mark, so kann der Verwalter zur Aufnahme nur angehalten werden, wenn der Gläubigerausschuß gewählt ist oder feststeht, daß ein solcher nicht bestellt wird."⁴⁹⁴

Im Prinzip anerkannt war, daß weder dem Gemeinschuldner noch dem Verfahrensgegner durch die Ablehnung der Aufnahme des Prozesses durch den Verwalter Nachteile entstehen sollten. Insofern sollte der Formulierungsvorschlag von Schmitt gewährleisten, daß eine Verpflichtung zur Aufnahme des Rechtsstreits grundsätzlich nicht besteht, bei höheren Streitwerten eine prozessuale Klärung der Ansprüche aber dennoch erzwungen werden konnte. Nach der Vorstellung Schmitts sollte die im bayerischen Recht vorgesehene stärkere Stellung der Gläubigerschaft berücksichtigt werden. Die Annahme des Normierungsvorschlags hätte bedeutet, daß für eine Prozeßführung die Mitwirkung des Gläubigerausschusses zu beachten gewesen wäre. Der Antrag Schmitts stieß jedoch in der Kommission auf Ablehnung. Zwar wurde von anderer Seite (wohl Makower) noch angeregt, daß - im übrigen in Übereinstimmung mit dem bayerischen Recht - laufende Rechtsstreitigkeiten auf die Gläubigerschaft übergehen sollten, jedoch konnte sich diese Auffassung aus juristischen Überlegungen heraus nicht durchsetzen. Die Annahme, daß entweder die Gläubiger oder der Konkursverwalter Rechtsnachfolger des Schuldners seien, teilte die Mehrheit der Kommissionsmitglieder nicht. Man könne daher nicht von einem Übergang eines Rechtsstreits auf die Gläubigerschaft sprechen⁴⁹⁵. Allenfalls sei der Konkursverwalter gewissermaßen als Stellvertreter des Gemeinschuldners berechtigt, Verfügungen zu treffen und eine Prozeßstandschaft zu übernehmen. Als Schmitt und Makower erkannten, daß sie mit ihren Vorschlägen nicht durchdringen konnten, nahmen sie ihre Anträge zurück⁴⁹⁶.

Die Mehrheit der Kommission räumte dem Konkursverwalter das Ermessen und die alleinige Entscheidungsbefugnis über die Aufnahme von laufenden Rechtsstreitigkeiten ein. Einem etwaigen Mißbrauch und einem Entstehen von Nachteilen für den Verfahrensgegner oder den Gemeinschuldner sollte dadurch vorgebeugt werden, daß man auf Antrag von Kohlhaas eine Ergänzung der in die Gemeinschuldordnung aufgenommenen Vorschrift dahingehend beschloß, daß der Gemeinschuldner oder der Verfahrensgegner berechtigt waren, den Rechtsstreit selbst aufzunehmen, wenn der Konkursverwalter dies zuvor abgelehnt hatte.

5. Verbot der Einzelvollstreckung

Allseits anerkannt war die Notwendigkeit, Einzelzwangsvollstreckungen bei einer Insolvenz - außer bezüglich der Ansprüche absonderungsberechtigter Gläubiger - auszuschließen⁴⁹⁷. Ein einzelnes Vorgehen der Konkursgläubiger war mit dem Ziel des Insolvenzverfahrens, eine gleichmäßige und gemeinsame Verteilung des Vermögens des Schuldners an die Gläubiger zu erreichen, nicht vereinbar.

⁴⁹⁴ Kommissionsprotokoll zur 5. Sitzung am 28.03.1874; BayHStA, Abt. II, MJu 12846.

⁴⁹⁵ Kritisch zu diesem Ergebnis und der Abweichung vom bayerischen und preußischen Recht: Schultze, S. 102 ff.

⁴⁹⁶ Nebenprotokoll zur 5. Sitzung am 28.03.1874, BArch 688/2.

⁴⁹⁷ GSO, Motive, S. 66.

a) Das bayerische Recht

Abweichend von diesem anerkannten Grundsatz enthielt die BayCPO in Art. 1218 II allerdings eine Sonderbestimmung, die einzelnen Gläubigern gestattete, "zum Vortheile der Gantmasse, die schon begonnenen Vollstreckungen (...), soweit es die veränderten Verhältnisse gestatten, auf ihre Kosten" fortzusetzen⁴⁹⁸. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift war vor allem dann gegeben, wenn das Vollstreckungsverfahren bereits bis zur Einleitung der Zwangsversteigerung fortgeschritten war. Hier machte es aus Sicht des bayerischen Gesetzgebers Sinn, das Verfahren fortzusetzen, um einen Zeitverlust und Kosten einer nochmaligen Zwangsverwertung im Rahmen des Konkursverfahrens zu ersparen⁴⁹⁹.

b) Gemeinschuldordnung

Für die Aufnahme einer gleichlautenden Regelung sahen die Verfasser des Entwurfs der Gemeinschuldordnung kein Bedürfnis. Man befürchtete vielmehr durch eine - wenn auch ausnahmsweise - Zulassung von Einzelzwangsvollstreckungen während des Konkursverfahrens einen Wettlauf einzelner Konkursgläubiger bei drohender Insolvenz zu fördern⁵⁰⁰. Dem Schuldner, sollte aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus die Möglichkeit gegeben werden, seine Erwerbs- und Kreditfähigkeit wieder zu eröffnen, statt diese zu vereiteln. Jeder Konkursgläubiger hätte es sonst in der Hand, ein einmal erlangtes Pfändungspfandrecht, insbesondere auch im Hinblick auf neu erworbenes Vermögen des Gemeinschuldners, das nach der Kommissionsentscheidung von der Konkursmasse nicht erfaßt sein sollte, zur eigenen Befriedigung zu nutzen.

Dem Grundgedanken, daß durch die bayerische Regelung dem Entstehen vermeidbarer Kosten und Zeitverzögerungen entgegengewirkt werden sollte, wurde allerdings insoweit Rechnung getragen, als der Verwalter berechtigt sein sollte, die Verwertung eines zur Masse gehörigen Gegenstandes, an dem ein Gläubiger ein Pfandrecht beanspruchte, nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben⁵⁰¹. Insoweit konnte der Konkursverwalter dem bereits eingeleiteten Verfahren - gegebenenfalls für Rechnung der Masse - beitreten und einen nach Befriedigung der Vorzugsgläubiger verbleibenden Erlös zur Konkursmasse ziehen. Insoweit bestand aus bayerischer Sicht kein Anlaß, sich gegen den Entwurf zu wenden.

6. Auswirkungen auf zweiseitige Verträge

Einigkeit bestand zwischen den an den Gesetzesberatungen Beteiligten dahingehend, daß der rechtliche Bestand der von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, welche an sich gültig abgeschlossen waren und der Anfechtung nach den noch zu erörternden Vorschriften nicht unterlagen, durch die Eröffnung des Konkursverfahrens im allgemeinen nicht berührt wird. Vor diesem Hintergrund stellte sich allerdings die Frage, ob und inwieweit ein solches Rechtsverhältnis, nach

⁴⁹⁸ Vierling, S. 464.

⁴⁹⁹ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 50.

⁵⁰⁰ GSO, Motive, S. 68.

⁵⁰¹ GSO, Motive, S. 67.

Konkurseröffnung noch erfüllt werden konnte oder mußte, wenn vor Eröffnung des Verfahrens die Erfüllung des Geschäfts noch nicht eingetreten war⁵⁰².

a) Vorschriften der BayCPO

Die Bayerische Civilproceßordnung enthielt insoweit ausdrückliche Bestimmungen nur für Miet- und Pacht-, sowie Dienstverträge. Bei sonstigen zweiseitigen Verträgen, die der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung abgeschlossen hatte und die zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfüllt waren, war die Wirksamkeit "nach den allgemeinen Vorschriften des einschlägigen Civilrechts zu beurtheilen, welchem der concrete Fall nach den besondern Umständen seiner Individualität zu subsumiren ist."⁵⁰³ Bei Miet- oder Pachtverträgen sah die BayCPO in Art. 1220 I und II vor, daß die an sich einschlägigen zivilrechtlichen Normen durch das speziellere Konkursrecht zur Seite gedrängt werden. Die von dem Gemeinschuldner geschlossenen Mietverträge sollten auf die Gläubigerschaft übergehen und zunächst für diese und den Vertragspartner wirksam bleiben⁵⁰⁴. Allerdings stand der Gläubigerschaft ein einseitiges, außerordentliches Kündigungsrecht vor Ablauf der festgesetzten Mietzeit zu⁵⁰⁵. Bei dieser außerordentlichen Kündigung war "die ortsübliche Aufkündigungsfrist zu beobachten, falls eine kürzere Frist nicht vereinbart wurde". Eine etwas abweichende Regelung bestand für Pachtverträge. Hier konnten beide Seiten eine vorzeitige Auflösung des Vertrages durch Kündigung zum Ende des laufenden Wirtschaftsjahres durch Rücktritt herbeiführen. Für die Kündigung galt die ortsübliche Frist. Bestand eine solche nicht, war eine Frist von mindestens drei Monaten zum Ablauf des Wirtschaftsjahres einzuhalten. Bei Dienstverträgen war ebenfalls eine vorzeitige Kündigung - unter Beachtung der ortsüblichen Kündigungsfrist - möglich⁵⁰⁶. In allen Fällen der vorzeitigen Vertragsauflösung blieb dem benachteiligten Vertragspartner das Recht zur Geltendmachung von etwaigen Schadensersatzansprüchen nach Art. 1220 IV BayCPO vorbehalten, wobei sich aber der nicht bevorrechtigte Anspruch regelmäßig lediglich gegen die Konkursmasse richtete und insoweit nur schwerlich durchsetzbar war.

b) Gemeinschuldordnung

Der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung folgte hinsichtlich der Regelung bei Dienstverhältnissen insoweit dem bayerischen Recht, als anerkannt worden war, daß Bedarf nach einer entsprechenden Regelung bestand, die im preußischen Recht fehlte⁵⁰⁷. Dort galt die preußische Gesindeordnung, deren Bestimmungen in der Praxis wiederholt Anlaß zu rechtlichen Auseinandersetzungen gegeben hatten⁵⁰⁸.

Allerdings erkannte die Gemeinschuldordnung das in Bayern auch dem Gemeinschuldner bzw. der Gläubigerschaft als Verpächter oder Vermieter zustehende Kündigungsrecht bzw. Rücktrittsrecht nicht an. Hierfür sah man kein Bedürfnis, da das

⁵⁰² GSO, Motive, S. 83 und 85.

⁵⁰³ Barth, Bd. III, S. 334.

⁵⁰⁴ Vierling, S. 464 u. 465.

⁵⁰⁵ Barth, Bd. III, S. 334.

⁵⁰⁶ Art. 1220 III BayCPO.

⁵⁰⁷ GSO, Motive, S. 110.

⁵⁰⁸ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 83.

materielle Mietrecht im übrigen bei einem Wechsel in der Person des Verpächters oder Vermieters, sei es durch Tod oder Eigentümerwechsel nach Veräußerung ebenfalls keine Änderungen im Fortbestand des Rechts vorsah⁵⁰⁹. Außerdem sah man es als unbillig an, wenn gegenüber dem die Pachtsache besitzenden Pächter mitten im Wirtschaftsjahr – möglicherweise zur Unzeit – das Vertragsverhältnis einseitig beendet werden konnte. Hiergegen wendete sich Bayern ebensowenig wie gegen die Aufnahme einer in der bayerischen Zivilprozeßordnung nicht zu findenden Regelung dahingehend, daß dem Pächter oder Vermieter des Gemeinschuldners ein Rücktrittsrecht zustand, wenn die Miet- oder Pachtsache noch nicht übergeben worden war.

Während bei sonstigen Rechtsgeschäften dem Konkursverwalter ein Wahlrecht zugestanden wurde, ob er dieses durchführt und erfüllt, bestand Einigkeit dahingehend, daß ein solches einfaches Wahlrecht bei Dauerschuldverhältnissen wie Pacht und Miete nicht gelten solle. Wegen der besonderen Natur entsprechender Verträge, die auf lange Dauer und unter Beachtung bestimmter Fristen geschlossen wurden, sollten diese Rechtsverhältnisse nicht einer gesetzlichen Unterbrechung durch Konkurseröffnung oder der einseitigen Wahl des Konkursverwalter ausgesetzt sein, da anderenfalls bei einer Beendigung zur Unzeit dem einen oder anderen Vertragsteil jeweils beträchtlicher Schaden entstehen konnte. Insofern sprach man sich im Entwurf der Gemeinschuldordnung in Übereinstimmung mit den meisten bestehenden Rechtssystemen - und auch dem bayerischen Recht - dahingehend aus, daß zwar eine Kündigung des Vertrags, nicht jedoch eine sofortige Beendigung, möglich sein sollte. Hierdurch war der Verpächter oder Vermieter hinreichend geschützt⁵¹⁰.

c) Anträge Bayerns und Kommissionsberatung

aa) Kündigungsrecht bei Miete des Gemeinschuldners

Diskutiert wurde in diesem Zusammenhang allerdings, ob auch dem Vermieter ein Kündigungsrecht, welches die Bayerische Prozeßordnung und die Preußische Konkursordnung diesem versagten⁵¹¹, zustehen sollte, wenn der Gemeinschuldner Mieter war⁵¹². Ein Ausschluß des Kündigungsrechts für den Vermieter war damit begründet worden, daß dieser bei einer Fortsetzung des Vertrags nicht schlechter stehe als bisher, da er als Massegläubiger hinsichtlich der Mietzinsansprüche gesichert sei und die Gläubiger bei einer Kündigung des Vermieters Nachteile erleiden könnten, sofern z.B. eine Fortsetzung des Geschäfts des Gemeinschuldners sinnvoll war, um eine größere Liquidationsmasse erzielen zu können. Diese Argumentation wurde jedoch von dem Verfasser des Entwurfs der Gemeinschuldordnung und später auch der Kommission nicht als überzeugend angesehen⁵¹³. Zum einen sei - gerade weil die Mietzinsansprüche des Vermieters hinreichend gesichert sind - die Wahrscheinlichkeit gering, daß er eine Kündigung aussprechen würde, zum anderen sei durch die Notwendigkeit, Kündigungsfristen einzuhalten, ein ausreichender Schutz gegeben, um anderweitige Dispositionen treffen zu können. Auch Schmitt empfand es als inkonsequent, der einen Seite ein Kündigungsrecht zu gewähren und der anderen

⁵⁰⁹ GSO, Motive, S. 107.

⁵¹⁰ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 76 ff.

⁵¹¹ GSO, Motive, S. 104.

⁵¹² Hierzu auch: Sarwey, S. 79.

⁵¹³ GSO, Motive, S. 105.

Vertragspartei nicht. Entgegen dem seinerzeit in Bayern geltenden Recht plädierte er für ein beiderseitiges Kündigungsrecht und beantragte⁵¹⁴ die einschlägige Vorschrift wie folgt zu fassen:

"Hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter den Vertrag unter Beachtung der gesetzlichen Fristen und Zeiten auch dann aufkündigen, wenn eine längere Kündigungsfrist oder Vertragsdauer bedungen war."

Dieser in der 7. Sitzung erörterte Antrag wurde mit 8:3 Stimmen angenommen, wobei aber davon abgesehen wurde, einer während der Beratung geäußerten Anregung Schmitts folgend eine dem bayerischen Recht näher kommende Formulierung dahingehend aufzunehmen, daß außer den "gesetzlichen Fristen" auch "ortsübliche" gelten sollten.

bb) Fixgeschäfte

In der Bayerischen Civilproceßordnung fehlte eine Bestimmung über die im Handelsverkehr häufig vorkommenden Fixgeschäfte und die diesbezüglich eintretenden Folgen im Konkurs. Da Fixgeschäfte erheblichen Preisschwankungen unterliegen können, sah hier der Gesetzgeber das Bedürfnis für eine gesonderte Regelung, die sich bereits im preußischen Konkurs- und Handelsrecht fand. Es galt den Unsicherheiten und Problemen vorzubeugen, die der Konkursmasse und auch dem Vertragspartner daraus entstehen konnten, daß man mit der Abwicklung des Geschäfts bis zu dem Fixtermin warten mußte. Da der Preis des Produktes, das an dem zukünftigen Termin geliefert oder abgenommen werden sollte, von dem Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens bis zu dem Abnahmetermin schwanken konnte, galt es als für den Vertragspartner des Gemeinschuldners unzumutbar, diesen in der Ungewißheit darüber zu lassen, ob der Konkursverwalter Erfüllung oder Nichterfüllung des Geschäfts wählen würde und gegebenenfalls pünktlich leisten könnte. Vor allem bei einem Kettengeschäft konnten bei nicht rechtzeitiger Leistung dem Vertragspartner des Gemeinschuldners Nachteile entstehen, da er sich schadensersatzpflichtig machte, wenn er seinerseits nicht rechtzeitig an seinen Geschäftspartner leistete. Man entschied sich, Gewißheit über die Ausführung des Geschäfts durch die gesetzliche Regelung dahingehend herbeizuführen, daß die Erfüllung eines Fixgeschäfts nicht mehr verlangt, sondern von vornherein lediglich eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden konnte. Der Handelsverkehr, den das Recht nicht hemmen, sondern schützen soll, gebot es ein Wahlrecht des Verwalters auszuschließen⁵¹⁵. Die etwaigen der Konkursmasse durch die Nichtausführung des Geschäfts entstehenden Nachteile wurden durch eine Entschädigung in Geld ausgeglichen. Für deren Höhe war eine Berechnung der Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten und dem Markt- oder Börsenpreis der Ware zugrundezulegen, die für den vereinbarten Lieferungstag an dem Handelsplatz erzielbar war. Schmitt erkannte die der zu schaffenden Vorschrift innewohnende Problematik, daß eventuell kein Markt- oder Lieferpreis ermittelbar war. Daher schlug er vor, hieraus resultierende Schwierigkeiten dadurch zu vermeiden, daß dann die Grundsätze des Wahlrechts des Verwalters zur Geltung kommen sollten. Er beantragte daher in der 7. Sitzung der Kommission eine Ergänzung der Vorschrift mit einem weiteren Absatz:

⁵¹⁴ Antrag Nr. 1 (von Schmitt), BArch 690, 1.

⁵¹⁵ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 69; GSO, Motive, S. 92 ff.

"Ist ein solcher Markt- oder Lieferpreis nicht auszumitteln, so finden die Bestimmungen des nachfolgenden Absatzes keine Anwendung."

Dieser Antrag Schmitts wurde mit weit überwiegender Mehrheit, nämlich mit 9:2 Stimmen, angenommen⁵¹⁶. Damit wurde diesem Vorschlag gegenüber einer für diesen Fall getroffenen Regelung in der Preußischen Konkursordnung der Vorzug gegeben. Dort war bestimmt, daß der Durchschnittspreis während der Lieferfrist oder der Preis am Liefertermin mangels anderer Anhaltspunkte heranzuziehen sei. Dies war aber als zu willkürlich abzulehnen. Außerdem entfiel gerade wenn kein Marktpreis zu ermitteln war, auch die Notwendigkeit, die Spezialbedingung, die die unbedingte Nichterfüllung des Lieferungs geschäfts eintreten ließ, zur Anwendung kommen zu lassen. Wenn nämlich keine Gefahr bestand, daß die Vertragsparteien den Kursschwankungen ausgesetzt waren, so war eine Gleichsetzung mit sonstigen Geschäften angezeigt, für die dem Konkursverwalter ein Wahlrecht hinsichtlich der Erfüllung zustehen sollte⁵¹⁷.

7. Anfechtung

Die zur Zeit des Entwurfs der Gemeinschuldordnung in Deutschland geltenden Vorschriften über die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit oder der vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner unternommenen Rechtshandlungen waren höchst unterschiedlich⁵¹⁸. Einige - so auch die preußische und bayerische Gesetzgebung - orientierten sich an dem Vorbild des französischen Fallimentsgesetzes von 1838⁵¹⁹.

a) Vorschriften der Bayerischen Civilproceßordnung

Nach der Bayerischen Civilproceßordnung waren grundsätzlich anfechtbar: "Zahlungen, sonstige Leistungen und Rechtsgeschäfte des Gantschuldners, bei deren Empfang oder Abschluß der andere Theil wußte, daß die Gant-Eröffnung beantragt war oder daß das Gericht die Prüfung der Vermögenslage angeordnet hatte" und zwar "ohne Rücksicht auf die Zeit, in welcher sie erfolgten."⁵²⁰

b) Gemeinschuldordnung und Abweichungen zum bayerischen Recht

Der Entwurf sah im Gegensatz zu der bayerischen Prozeßordnung davon ab, eine zusätzliche - auch im preußischen Insolvenzrecht enthaltene - Bestimmung dahingehend aufzunehmen, daß Rechtshandlungen, die "nur zum Scheine" vorgenommen wurden und rechtskräftige Prozeßentscheidungen, die durch den Schuldner zu Gunsten eines Gläubigers in Benachteiligungsabsicht herbeigeführt worden waren, der Anfechtung unterworfen sein sollten. Der Grund lag darin, daß ein Scheingeschäft nach bürgerlichem Recht ohnehin bereits ungültig war und daher einer Anfechtung nicht

⁵¹⁶ Nebenprotokoll zur 7. Sitzung am 31.03.1874, BArch 688/2.; Kommissionsprotokoll zur 7. Sitzung am 31.03.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12846.

⁵¹⁷ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 72.

⁵¹⁸ Die Motive der Konkursordnung, S. 95, sprechen hier von der "buntesten und grellsten Verschiedenheit".

⁵¹⁹ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 99.

⁵²⁰ Sarwey, S. 113; Barth, Bd. III, S. 338; Vierling, S. 467; Art. 1225 Nr. 1 BayCPO.

bedurfte⁵²¹. Eine Erstreckung der Anfechtung auf gerichtliche Urteile war nicht zweckmäßig und auch nicht statthaft, da dies mit den Grundsätzen der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung nicht vereinbar war. Gegenstand der Anfechtung konnte lediglich eine Rechtshandlung der Parteien sein⁵²².

Keine Berücksichtigung fand auch eine aus dem preußischen Recht übernommene Regelung in Artikel 1223 Nr. 3 BayCPO dahingehend, daß alle Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, die der Gemeinschuldner seinem Ehegatten gegenüber abgegeben hatte auf Klage der Gläubigerschaft für ungültig zu erklären seien. Eine so spezielle Vorschrift war nicht notwendig, da die allgemeinen Anfechtungstatbestände ausreichten, um diese Fälle zu erfassen. Die Frage, wie derartige Erklärungen zu werten waren, sollte der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegen⁵²³.

Eine weitere Abweichung von dem seinerzeit in Bayern geltenden Recht, findet sich bei der Frage, inwiefern eine Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger eines Vertragspartners des Gemeinschuldners möglich sein sollte. Hier bestimmte Artikel 1229 Nr. 3 BayCPO (wiederum in Anlehnung an das preußische Recht), daß eine Anfechtung gegen den dritten Erwerber zulässig ist, wenn er die Sache durch eine freigiebige Verfügung erworben hat. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung wurde mit der Begründung abgelehnt, daß eine Rechtsverletzung gegen die Gläubiger oder die Teilnahme an einer solchen, die eine Anfechtung rechtfertigen könnte, nicht gegeben sei, da kein unmittelbarer Erwerb vom Gemeinschuldner stattfindet und der redliche Erwerber unbillig benachteiligt würde⁵²⁴.

Auch bei der Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen des Gemeinschuldners vor einem Konkurs unterschied sich der Entwurf der Gemeinschuldordnung vom bayerischen Recht. Letzteres sah in Artikel 1225 Nr. 2 BayCPO vor, daß ein Beschenkter - auch wenn er gutgläubig war - ohne Rücksicht darauf, wann die Verfügung erfolgte und ohne zeitliche Beschränkung das Erlangte herausgeben mußte, sofern die Unredlichkeit des Gemeinschuldners feststand⁵²⁵. § 30 Ziffer 1 des Entwurfes einer deutschen Gemeinschuldordnung ging davon aus, daß die Anfechtbarkeit einer Schenkung nicht von der guten oder bösen Absicht des Gemeinschuldners abhängen sollte. Für die benachteiligten Gläubiger sei allein entscheidend, daß ihnen durch eine freigiebige Verfügung des Schuldners objektiv Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen werden. Andererseits sei nicht ersichtlich, weshalb ein gutgläubiger Besenkter, der keinen Willen zur Benachteiligung der Gläubiger hatte, nicht davor geschützt werden sollte, die Bereicherung herauszugeben. Die Verfasser des Entwurfes der Gemeinschuldordnung suchten einen Mittelweg zu finden, der einen gerechten Ausgleich zwischen Gläubigerinteressen und denen des Besenkten ermöglichen sollte. Einerseits wurde zu Gunsten der Gläubiger die Anfechtungsmöglichkeit dadurch erweitert, daß es auf die mitunter nur schwer nachzuweisende innere Tatsache einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners nicht ankommen sollte. Andererseits sollte dem guten Glauben eines Besenkten dadurch Rechnung getragen werden, daß

⁵²¹ GSO, Motive, S. 174.

⁵²² Vgl. GSO, Motive, S. 175; Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 131.

⁵²³ GSO, Motive, S. 177/178; Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 183.

⁵²⁴ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 152; GSO, Motive, S. 191.

⁵²⁵ Sarwey, S. 113.

sein redlicher Erwerb nicht mehr angetastet werden sollte, wenn er zwei Jahre vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgte⁵²⁶. Zu Gunsten der gutgläubigen Schenkungsbegünstigten verkürzte man diese Frist im Rahmen der weiteren Gesetzesberatungen allerdings auf ein Jahr.

c) Anträge Bayerns und Kommissionsberatung

Das Anfechtungsrecht handelte die Kommission in erster Lesung im Rahmen der 8. bis 13. Sitzung vom 01. bis 15.04.1874 ab. Gleich zu Beginn des Beratungsabschnitts erfolgte eine Weichenstellung insoweit, als ein Antrag Albrechts zur Änderung der §§ 27 bis 33 des Entwurfs der Gemeinschuldordnung mit dem knappen Abstimmungsergebnis von 6:5 angenommen wurde⁵²⁷. Der von Schmitt eingereichte Antrag Nr. 13⁵²⁸, der ebenfalls einige Änderungen zu diesen Vorschriften vorsah, kam hierdurch in Wegfall. Die bayerischen Vertreter dürften dies jedoch kaum bedauert haben, da die Vorschläge Albrechts denen Schmitts in weiten Teilen ähnelten und Bayern daher auch den Antrag Albrechts unterstützt haben dürfte.

Aus Sicht Bayerns bestanden gegen diese Regelungen trotz der teilweise deutlichen Abweichungen vom bayerischen Recht scheinbar nur wenig Einwände. Dies war auch bei der Diskussion, wie Freigiebigkeiten des Gemeinschuldners an seinen Ehegatten behandelt werden sollten, nicht der Fall⁵²⁹. Hierzu hätte eigentlich durchaus Anlaß bestehen können, denn der Entwurf der Gemeinschuldordnung sah ursprünglich in § 31 Nr. 2 eine Anfechtung von Freigiebigkeiten ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum vor. Dies stand im Widerspruch zu der bayerischen Regelung des Artikel 1223 Nr. 2 BayCPO, nach der freigiebige Verfügungen des Gantschuldners zu Gunsten seines Ehegatten oder eines seiner Abkömmlinge nur für ungültig erklärt werden konnten, wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Ganteröffnung stattgefunden hatten⁵³⁰. Der Entwurf folgte hier zunächst der früheren preußischen Regelung, die keine zeitliche Einschränkung vorsah und dies damit begründete, daß eine moralische und rechtliche Pflicht des Gatten bestehe, zur Befriedigung der Gläubiger des Schuldners beizutragen und unabhängig davon, wann er etwas vom Schuldner geschenkt erhalten hatte, das Erlangte an die Gläubiger herauszugeben war. Gleichgesetzt mit Freigiebigkeiten wurden - wie auch bereits in der Bayerischen Civilproceßordnung - Akte, durch die Vermögen von einem Ehegatten auf den anderen übertragen wurde, ohne daß hierzu eine gesetzliche Verpflichtung bestand. In den weiteren Gesetzesberatungen setzte sich allerdings in Übereinstimmung mit dem bayerischen Recht eine Auffassung dahingehend durch, daß es zu weitgehend sei, eine Anfechtung ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Verfügung zuzulassen. Man übernahm die bayerische Zwei-Jahresfrist. Diese Annäherung an das bayerische Recht ging allerdings nicht auf die Anregung der bayerischen Vertreter zurück. Schmitt hatte hinsichtlich dieser Vorschrift lediglich eine sprachliche Änderung vorgeschlagen⁵³¹.

⁵²⁶ § 30 Nr. 1 GSO.

⁵²⁷ Vgl BArch 688/2, 20.

⁵²⁸ Antrag Nr. 13 (von Schmitt), BArch 690,16.

⁵²⁹ Regelungen hierzu wurden, obwohl dies im Entwurf der Gemeinschuldordnung noch nicht vorgesehen war, später mit den eben geschilderten Vorschriften bei sonstigen unentgeltlichen Verfügungen unter der späteren Vorschrift des § 32 KO als Schenkungsanfechtungen zusammengefaßt.

⁵³⁰ Vgl. auch Barth, Bd. III, Seite 339.

⁵³¹ Vgl. Antrag Nr. 13 (von Schmitt), BArch 690,16.

Im Gegensatz zu den untergeordneten sprachlichen Formulierungsvorschlägen, die inhaltlich nichts an dem Gesetzesentwurf ändern sollten, war der Grundsatz, auf dem die Anfechtung von Rechtshandlungen bei Insolvenzeröffnung basieren sollte, von größerer Wichtigkeit. In der 8. Sitzung stellte Schmitt heraus, daß alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, durch die die Gläubigerstellung beeinträchtigt würde, anfechtbar sein sollten. Allerdings sei nicht ersichtlich, weshalb ein Dritter, der durch eine solche Handlung des Gemeinschuldners begünstigt wird, verpflichtet sein sollte, für die Gläubiger zu sorgen. Dies könne erst dann gefordert werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners zu Tage getreten sei. Es könne auch nicht auf die Absicht des Gemeinschuldners ankommen. Alleiniges Kriterium für eine Anfechtungsmöglichkeit müsse sein, daß das Vermögen zum Zeitpunkt der Handlung insuffizient war. Im übrigen müsse man allerdings für bestimmte Fälle gesetzliche Vermutungen dahingehend aufstellen, daß der andere Teil Kenntnis von der Überschuldung des Schuldners hatte. Der andere Teil müsse dann den Beweis für das Gegenteil erbringen⁵³².

Aus dem von Schmitt gestellten Antrag zu § 29 der Gemeinschuldordnung ergibt sich, daß er selbst eine Regelung vorschlug, die von der bayerischen Gesetzgebung abwich. Dort galt in Artikel 1222 BayCPO der Grundsatz, daß Leistungen des Gemeinschuldners auf Klage der Gläubigerschaft für ungültig zu erklären waren, wenn sie in den letzten 14 Tagen vor der Konkurseröffnung oder dem Antrag eines Konkursgläubigers auf Konkurseröffnung erfolgt waren. Der Entwurf der Gemeinschuldordnung sah vor, daß Rechtshandlungen in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag anfechtbar sein sollten, wenn der andere Teil "nicht Thatsachen" nachweist, "aus denen hervorgeht, daß er zur Zeit der Handlung von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag oder von einer Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen keine Kenntniß gehabt hatte."⁵³³ Schmitt wollte eine Verkürzung der Frist auf eine Woche erreichen. Im übrigen forderte er eine Verschärfung der Entlastungsmöglichkeit für den Anfechtungsgegner dahingehend, daß nicht lediglich eine "Glaubhaftmachung", sondern nur ein "Nachweis"- ähnlich der für den Dritterwerber auch im bayerischen Recht geltenden Regelung - ausreichend sein sollte. Außerdem legte Schmitt Wert darauf, daß auch Sicherungen und Befriedigungen, die ein Gläubiger noch nicht zu beanspruchen hatte, anfechtbar waren⁵³⁴. Diesen Vorschlägen wurde durch die Annahme eines ähnlichen Antrags von Albrecht - außer bezüglich der Verkürzung der Frist⁵³⁵ - im wesentlichen entsprochen. Gemeinsam mit Albrecht erreichte Schmitt in der 10. Sitzung noch eine Ergänzung der Anfechtungsvorschrift für entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten. Hier unterstützte Bayern den Antrag Albrechts dahingehend, daß die Gläubigerbenachteiligung als weiteres objektives Tatbestandsmerkmal in die Vorschrift aufgenommen werden sollte. Man argumentierte weiter dahingehend, daß der Anfechtende lediglich die objektive Voraussetzung eines Vertragsschlusses zwischen dem Gemeinschuldner und nahen Verwandten beweisen müsse, der andere Teil hingegen den Gegenbeweis für die subjektiven Elemente, wie die Unkenntnis von einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners. Hier gelang es zu der entsprechenden Änderung eine Zustimmung

⁵³² Nebenprotokoll zur 8. Sitzung, BArch 688/2, 20.

⁵³³ Vgl § 29 GSO.

⁵³⁴ Vgl. Antrag Nr. 19 (von Schmitt), BArch 690, 16.

⁵³⁵ Hier wurde der in den deutschen Gesetzgebungen am weitesten verbreitete Zeitraum vom 10 Tagen auch in der Kommissionsberatung bestätigt, wobei die Festlegung des Zeitraumes willkürlich war.

der Kommissionsmitglieder mit 8:3 Stimmen zu erzielen. Erfolglos blieb jedoch der von Schmitt eingebrachte Antrag, Leistungen an Gemeingläubiger, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt sind, nicht der Anfechtung zu unterwerfen⁵³⁶. Ein mit der gleichen Zielrichtung gestellter Antrag von Kohlhaas, der in der 11. Sitzung der Kommission behandelt und abgelehnt wurde, zeigt, daß die Auffassung Schmitts, daß Leistungen, die im Rahmen der Zwangsvollstreckung erlangt wurden, nicht zurückgewährt werden sollten, weitere Verfechter fand. Diese Meinung war auch in der früheren Rechtsprechung vorherrschend⁵³⁷ und damit begründet worden, daß die Zwangsvollstreckung eine unter Mitwirkung der Behörden vom Wissen und Wollen des Schuldners unabhängige Handlung sei. In dem Entwurf der Gemeinschuldordnung und der anschließenden Beratung setzte sich jedoch die Auffassung dahingehend durch, daß ein Gläubiger den Konkursanspruch anderer Gläubiger auch verletze, wenn er trotz Kenntnis des drohenden Konkurses Veranlassungen trifft, um noch eine Befriedigung oder Sicherung seiner Ansprüche zu erreichen. Gerade in diesen Fällen müsse von einer Benachteiligungsabsicht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers ausgegangen und eine Anfechtung daher ermöglicht werden⁵³⁸.

Hinsichtlich der Legitimation zur Ausübung des Anfechtungsrechts ergab sich in den Kommissionsberatungen eine Wendung gegen das früher in Bayern geltende Recht. Dort war der Gläubigerschaft das Anfechtungsrecht eingeräumt. Die Position des einzelnen Insolvenzgläubigers wurde dadurch gestärkt, daß dieser das Anfechtungsrecht ausüben konnte, wenn die Gläubigerschaft hiervon keinen Gebrauch machte. Allerdings geschah dies auf eigene Kosten. Was der einzelne Gläubiger durch seine Anfechtung erstritt, mußte der Konkursmasse nach Abzug der Kosten des Gläubigers zufließen⁵³⁹. Der Entwurf der Gemeinschuldordnung sah in § 36 eine entsprechende Regelung vor. Allerdings stand hier das Anfechtungsrecht dem Gemeinverwalter zu, dessen Stellung nach der ganzen Anlage des Entwurfs gegenüber dem früher geltenden Recht gestärkt wurde. Schmitt wollte mit einem Antrag zu § 36 der Gemeinschuldordnung⁵⁴⁰ noch erreichen, daß dem anfechtenden einzelnen Gläubiger nicht nur die durch die Anfechtung entstandenen Verfahrenskosten, sondern auch die von ihm bestrittene Gegenleistung zu erstatten sein sollte. In gleicher Weise regte Amsberg eine Änderung an⁵⁴¹. Auf Initiative von Makower kam es allerdings zu einer Diskussion dahingehend, ob die einzelnen Gläubiger zur subsidiären Ausübung des Anfechtungsrechts überhaupt zugelassen werden sollten. Hiergegen sprach vor allem, daß durch die Ausübung eines individuellen Anfechtungsrechts - unabhängig von einem Mehrheitsbeschluß der Gläubiger - die Klage eines Gläubigers einen Rechtsstreit für alle Gläubiger anhängig machen konnte. Dies sollte jedoch allein dem Konkursverwalter vorbehalten sein. Außerdem galt es aus Sicht der Kommission zu vermeiden, daß der Anfechtungsgegner den Angriffen sämtlicher Gläubiger ausgesetzt war. Ferner tauchte das Problem auf, daß der Konkursverwalter die Herausgabe einer in der Masse befindlichen Gegenleistung verweigern und damit die eventuelle Vollstreckung aus einem nach der Anfechtung vorliegenden Urteil verhindern konnte. Insoweit war das Anfechtungsrecht für den einzelnen Gläubiger nicht mit dem fehlenden Verfügungsrecht des einzelnen Gläubigers

⁵³⁶ Siehe hierzu Antrag Nr. 19 (von Schmitt), BArch 690,16.

⁵³⁷ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 119 m.w.N.

⁵³⁸ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 119; Nebenprotokoll zur 11. Sitzung, BArch 688/2.

⁵³⁹ Barth, Bd. II, S. 343.

⁵⁴⁰ Vgl. Antrag Nr. 19 (von Schmitt), BArch 690,16.

⁵⁴¹ Nebenprotokoll zur 11. Sitzung zu § 36, BArch 688/2.

über die Konkursmasse vereinbar. Die erhobenen Bedenken waren schließlich so durchgreifend, daß der Antrag Makowers einstimmig - also auch unter Zustimmung der bayerischen Vertreter - angenommen und somit dem Konkursverwalter allein ein Anfechtungsrecht eingeräumt wurde⁵⁴².

8. Aussonderung

Alle deutschen Gesetzgebungen erkannten den Grundsatz an, daß zur Befriedigung der Gläubiger im Konkursverfahren nur dasjenige dienen konnte, welches dem Schuldner gehört. Sofern sich Gegenstände im Besitz des Schuldners befanden, die in fremdem Eigentum standen, waren diese aus der Konkursmasse auszuschneiden und an den Berechtigten herauszugeben. Dieser mußte sich dabei nicht auf die Durchsetzung seiner Ansprüche im Konkursverfahren verweisen lassen. Die bayerischen Regelungen hierzu wurden bereits oben⁵⁴³ ausführlich dargestellt.

a) Gemeinschaftsdordnung

Den Verfassern des Entwurfs der deutschen Gemeinschaftsdordnung war daran gelegen, nicht sämtliche einzelne denkbare Fälle aufzuzählen, in denen ein Gegenstand aus der Konkursmasse herauszugeben war. Zur Vereinfachung und Vermeidung unübersichtlicher Spezialregelungen beschränkte man sich darauf, zwei Kategorien in den Gesetzesentwurf aufzunehmen⁵⁴⁴. Einerseits waren dies die Ansprüche, die sich auf das Eigentum an einer Sache gründeten, zum anderen die Ansprüche auf Rückgabe einer Sache aufgrund eines persönlichen Rechts. Zur Verallgemeinerung verwies § 40 des Entwurfs der Gemeinschaftsdordnung auf die "außerhalb des Gemeinschaftsverfahrens geltenden Rechte", die seinerzeit in den Einzelstaaten teilweise noch unterschiedlich waren. Sonderregelungen für den Konkurs und Abweichungen vom allgemeinen Recht ließ der Entwurf nur für die Verkäufer von Waren und bezüglich der Ehefrau des Gemeinschaftschuldners zu.

aa) Ansprüche der Verkäufer von Waren

Die Vorschrift des § 3 Nr. 3 Bayerische Prioritätsordnung nach der eine Rückforderung von auf Kredit zugeschickten Kaufmannswaren möglich war, wenn diese noch in ungeöffneten Päckchen, Fässern oder Umschlägen beim Gemeinschaftschuldner waren, befand man zu speziell⁵⁴⁵. Ein Argument, das gegen eine solche Regelung sprach, war auch, daß hierdurch der Gemeinschaftschuldner die Möglichkeit hatte, unter mehreren Verkäufern den einen zu begünstigen und den anderen zu benachteiligen, indem er die Ware des einen unangetastet ließ und die Verpackung der Ware des anderen öffnet. Insofern war eine entsprechende Norm nicht praktikabel⁵⁴⁶.

⁵⁴² Vgl. Nebenprotokoll zur 11. Sitzung, BArch 688/2.

⁵⁴³ Siehe B.1. Teil: II. 2. c)..

⁵⁴⁴ GSO, Motive, S. 203 f.

⁵⁴⁵ GSO, Motive, S. 209/210.

⁵⁴⁶ GSO, Motive, S. 211.

Allerdings mußte prinzipiell - nicht zuletzt im Hinblick auf eine Förderung der Warenkreditgeschäfte - eine Rückforderung für den Verkäufer möglich sein. Dies sollte unabhängig davon der Fall sein, ob ein Versendungskauf oder ein Handelskauf vorlag. Wenn sich nicht ohnehin bereits z. B. bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt ein possessorischer Anspruch ergab, sollte es entscheidend sein, daß die transportierte Ware erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens am Lieferort ankam, in den Gewahrsam des Schuldners gelangte und noch unbezahlt war.

Von bayerischer Seite wurden hinsichtlich dieser Regelungen keine Beanstandungen vorgebracht. Ebenso wenig Bedenken hatte Bayern gegen eine Abweichung von der bayerischen Gesetzgebung, daß im Falle einer Rückforderung der Verkäufer sämtliche Kosten der Lieferung zu tragen bzw. zu erstatten hatte. Dies wäre ein Widerspruch zu einer etwaigen anderslautenden vertraglichen Absprache zwischen den Parteien oder ein Bruch mit dem System der konkursrechtlichen Vorschriften über die Erfüllung zweiseitiger Verträge gewesen.

bb) Ansprüche der Ehegatten

Bei der Beurteilung von Vindikationsansprüchen des Ehegatten gegenüber dem Gemeinschuldner im Konkurs waren die Rechte des Ehegatten vor dem Hintergrund des ehelichen Güterrechts und das Verhältnis zu dritten Personen - insbesondere den Gläubigern des Gemeinschuldners - miteinander in Einklang zu bringen. Keine Materie konnte seinerzeit in Deutschland eine so unterschiedliche, teils gegensätzliche Gestaltung wie das eheliche Güterrecht. Die Schöpfer der Konkursordnung mußten daher Zurückhaltung darin üben, durch Einzelbestimmungen in das Prinzip der einzelstaatlichen Systeme zu sehr einzugreifen⁵⁴⁷. Die deutschen Gesetze ließen häufig die Ehefrau des Gemeinschuldners völlig hinter dessen Gläubiger zurücktreten oder mit ihrem eigenen Sondervermögen für die Verbindlichkeiten des Ehegatten - zumindest für die während der Ehe und aus seinem Gewerbebetrieb entstandenen - haften⁵⁴⁸. Die konkursrechtliche Bestimmung in Bayern beschränkte sich darauf, das Recht der Ehefrau zu bestätigen, daß sie in der Konkursmasse vorhandenes Sondervermögen herausverlangen konnte⁵⁴⁹.

Eine Schlechterstellung des Ehegatten gegenüber anderen Gläubigern wurde in den früheren Gesetzen mit dem Wesen der Ehe begründet: "In dem Wesen des ehelichen Verhältnisses", sagte man "liege es begründet, daß die Frau das Schicksal des Mannes zu theilen habe; es sei ein Gebot der Moral, daß die Frau, welche die guten Tage mit dem Manne genossen, in der Zeit der Bedrängniß ihr Vermögen zu Gunsten des Mannes und seiner Gläubiger opfere."⁵⁵⁰ Bei den Verfassern des Entwurfs der Gemeinschuldnerordnung setzte sich allerdings die Auffassung durch, daß die Aufopferung des Vermögens durch den Ehegatten nicht in allen Fällen sittlich geboten war und in vielen Fällen ein solcher rechtlicher Zwang eher unmoralisch sei. Das Eigentum der Ehefrau, die häufig eigenmächtigen Dispositionen ihres Ehemannes ausgesetzt sei und sich hiergegen nur schwer wehren könne, dürfe nicht verletzt werden⁵⁵¹. Mit dem

⁵⁴⁷ Vgl. GSO, Motive, S. 220; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 171.

⁵⁴⁸ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 171 m. z. N.; GSO, Motive, S. 221.

⁵⁴⁹ Siehe hierzu § 3 Nr. 4 PriorO; Lehner, Bd. II, S. 23.

⁵⁵⁰ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 176.

⁵⁵¹ GSO, Motive, S. 227.

bayerischen Recht erkannte die Gemeinschaftschuldordnung daher Absonderungsansprüche des Ehegatten im Grundsatz an. Allerdings schloß der Entwurf der Gemeinschaftschuldordnung Eigentumsansprüche des Ehegatten an Gegenständen aus, die der Gemeinschaftschuldner zum Betrieb seines Gewerbes brauchte und bezüglich derer das Eigentum des Ehegatten äußerlich nicht erkennbar war. Ferner sollten Immobilien nicht herausverlangt werden können, wenn zu irgend einem Zeitpunkt einmal der Gemeinschaftschuldner als Eigentümer im Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen war. Ferner sah der Entwurf in § 44 vor, daß ein Eigentumsanspruch des Ehegatten ausgeschlossen sein sollte, wenn nach dem ehelichen Güterrecht gemeinschaftliches Vermögen für die Verbindlichkeiten des Gemeinschaftschuldners haftete.

b) Kommissionsberatung

Mangels widersprechender Anträge oder Wortmeldungen der bayerischen Vertreter in der Kommission ist davon auszugehen, daß zunächst Einverständnis mit diesen Beschränkungen bestand. Im Laufe der Kommissionsverhandlungen stellte sich bei dieser Frage jedoch ein Meinungsumschwung ein. Ursprünglich ging die Grundsatzvorschrift des § 42 Gemeinschaftschuldordnung dahin, daß der Ehegatte einen Gegenstand als sein Eigentum nur dann in Anspruch nehmen konnte, wenn er „Tatsachen nachwies“, aus denen sich ergab, daß er denselben vor der Ehe besessen oder nach Eingehung der Ehe nicht mit Mitteln des Gemeinschaftschuldners erworben hatte. Nun verschärfte man die Regelung dahingehend, daß dem Ehegatten der „Beweis“ dafür obliegen sollte, daß die während der Ehe erworbenen Gegenstände nicht mit Mitteln des Gemeinschaftschuldners erworben waren. In der 14. Sitzung der Kommission war ein Antrag auf Streichung der zu Lasten des Ehegatten weiter beschränkenden nachfolgenden Vorschriften des § 43 und § 44 Gemeinschaftschuldordnung noch mit 7:4 bzw. 6:5 Stimmen abgelehnt worden⁵⁵². Im Rahmen der 2. Lesung stellte von Kohlhaas eine Streichung in der 56. Sitzung jedoch erneut zur Diskussion. Nunmehr argumentierte auch Schmitt gegen eine zu starke Beschränkung des Aussonderungsrechts des Ehegatten. Er führte aus, daß die ansonsten getroffene Bestimmung die Gläubiger hinreichend schütze. Im übrigen würden die ursprünglich geplanten Vorschriften in das eheliche Güterrecht eingreifen und ein Hindernis für ein späteres Zivilgesetzbuch darstellen. Außerdem vertrat Schmitt die Auffassung, daß der Anwendungsbereich für die speziellere Vorschrift ohnehin gering sei, da in der Regel kein Bedürfnis dafür bestünde, daß eine Ehefrau ihrem Mann Hilfsmittel gewähre⁵⁵³. In Abwesenheit des beurlaubten preußischen Kommissionsmitgliedes Warschauer wurde der Antrag bei gleicher Stimmenzahl von 5:5 angenommen. Hieraus läßt sich schließen, daß der bayerische Vorsitzende von Neumayr sich neben von Kohlhaas, von Amsberg, Albrecht und Schmitt gegen die Stimmen Preußens ebenfalls für eine Streichung aussprach. Hierdurch wurde ein ursprünglich auch in dem Entwurf der Deutschen Gemeinschaftschuldordnung zu findender Grundsatz aufgegeben, der auf der Rechtsvermutung basierte, daß der Erwerb der Ehefrau lediglich aus dem von ihr Eingebachten herrührte ebenso wie die aus dem französischen Recht stammende Annahme, daß alles während der Ehe Erworbenes mit den Mitteln des Mannes bezahlt sei. Entsprechende rechtliche Vermutungen und Beschränkungen bei der

⁵⁵² Vgl. Nebenprotokoll zur 14. Sitzung, BArch, 688/2, 41.

⁵⁵³ Vgl. Nebenprotokoll zur 65. Sitzung, BArch, 688/2, 131.

Beweisführung sollten beseitigt werden⁵⁵⁴. Eine ausdrückliche Erwähnung des Vorbehalts der Ehefrau an dem von ihr eingebrachten Sondervermögen - wie er in der Bayerischen Prioritätsordnung zu finden war - wurde als überflüssig angesehen, da sich insoweit ihre Rechte ohnehin aus ihrem Eigentum ergaben⁵⁵⁵.

Der bayerische Vertreter Schmitt machte im übrigen im Rahmen schriftlicher Anträge nur wenige Änderungswünsche geltend. Abgesehen von einer Anregung, die ursprünglich in § 45 des Entwurfs der Deutschen Gemeinschuldordnung vorgesehene Frist zur Anmeldung von Eigentumsansprüchen für den Ehegatten von vier Wochen auf einen Monat geringfügig zu verlängern⁵⁵⁶, die letztlich wegen der Streichung der Vorschrift nicht weiter diskutiert werden brauchte, versuchte Schmitt bei der Ersatzaussonderung zu erreichen, daß lediglich Handlungen des Konkursverwalters nach Eröffnung des Verfahrens erfaßt werden sollten. Entgegen der im Entwurf vorgesehenen Regelung sollte der Berechtigte bei Veräußerungen des Gemeinschuldners vor dem Verfahren nicht in der Lage sein, eine noch ausstehende Gegenleistung aus der Masse verlangen zu können⁵⁵⁷. Schmitt vertrat diese Meinung mit der Begründung, daß eine Regelung dieses Falles nicht in die Konkursordnung gehöre, sondern dem allgemeinen Zivilrecht überlassen bleiben müsse. Hiermit drang Schmitt zunächst auch durch und erreichte in der 15. Sitzung am 18.4.1874 mit 6:5 Stimmen eine Streichung der entsprechenden Passage im Gesetzestext⁵⁵⁸. Bei der zweiten Lesung stellte Hertz die Problematik jedoch erneut zur Diskussion und ihm gelang mit dem recht klaren Abstimmungsergebnis von 7:2 eine erneute Aufnahme der zuvor fallengelassenen Regelung⁵⁵⁹. Zwar erkannte man an, daß das Recht auf eine ausstehende Gegenleistung sich eigentlich nach dem allgemeinen Vertragsrecht richten sollte, jedoch traten Billigkeitserwägungen in den Vordergrund. Es sei nicht einzusehen, weshalb ein Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehörte und die dieser unrechtmäßig veräußert hatte, zur Konkursmasse und -verteilung unter alle Konkursgläubiger einziehen sollte, ohne daß der Vindikationsberechtigte den Erlös oder eine Abtretung hieraus verlangen könnte⁵⁶⁰.

9. Die Ausdrücke „Aussonderung“ und „Absonderung“

Auf Veranlassung Schmitts überdachte die Kommission die Terminologie des Gesetzesentwurfs. Dieser sah ursprünglich die Titelüberschriften "Ansprüche auf Herausgabe von Sachen aus der Gemeinmasse" und für den nächsten Titel "Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen, zur Gemeinmasse gehörigen Sachen" vor. Schmitt brachte hier den Antrag ein:

"Statt der etwas schwerfälligen Titelüberschriften 4 und 5 die kürzere Bezeichnung von "Aussonderungsrecht", "Absonderungsrecht" zu gebrauchen und in dem § 40 den Ausdruck "Anspruch auf Aussonderung", in den folgenden §§ 42 - 44 aber nunmehr die Bezeichnung "der

⁵⁵⁴ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 180.

⁵⁵⁵ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 183.

⁵⁵⁶ Antrag Nr. 24 (von Schmitt), BArch, 690, 32.

⁵⁵⁷ Vgl. Antrag Nr. 24 (von Schmitt), BArch, 690, 32.

⁵⁵⁸ Nebenprotokoll zur 15. Sitzung, BArch, 688/2, 44.

⁵⁵⁹ Nebenprotokoll zur 56. Sitzung, BArch, 131.

⁵⁶⁰ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 185.

Anspruch" statt "ein Eigentumsanspruch" oder "in Anspruch nehmen" statt "als sein Eigentum in Anspruch nehmen" zu setzen (...).⁵⁶¹

Er begründete dies in der 13. Sitzung damit, daß die ursprünglich ins Auge gefaßten Begriffe "Herausgabe" oder "Rückforderungsansprüche", jeweils zu eng oder ungenau seien⁵⁶². Eine Beschränkung der Terminologie auf Herausgabeansprüche war unpassend, da Einzelgesetzgebungen erhebliche Abweichungen von den allgemeinen Vindikationsregeln enthielten. Eine Eingrenzung auf Rückforderungsansprüche war nicht sachgerecht, da die herauszuverlangende Sache nicht notwendigerweise von dem Anspruchsinhaber in den Besitz des Gemeinschuldners oder in die Masse gelangt zu sein brauchte⁵⁶³. Vor diesem Hintergrund wurde die allgemeinere und von Schmitt vorgeschlagene Bezeichnung "Aussonderung" von der überwiegenden Mehrheit der Kommissionsmitglieder akzeptiert und in den offiziellen Protokollen⁵⁶⁴ vermerkt:

"Mit 7:4 Stimmen wird beschlossen, anstelle der Titelüberschrift "Ansprüche etc." zu setzen "Aussonderungsrecht", womit die entsprechende Abänderung der Terminologie in den einzelnen Bestimmungen geboten ist."

10. Absonderung

In der Gesetzessystematik des Entwurfs der Deutschen Gemeinschuldordnung reihen sich die Absonderungsansprüche an die Aussonderungsansprüche unmittelbar an. Vorherige Gesetze ordneten beide Arten von Ansprüchen zu Unrecht in dieselbe Kategorie eines Separationsrechts ein. Ehemals waren die dinglichen und die persönlichen Gläubiger in einer Ordnung mit den verschiedensten auf Billigkeitserwägungen beruhenden Privilegien und Rangstufen. Insoweit mußten selbst Faustpfandgläubiger und Separatisten wie Erbschaftsgläubiger an dem allgemeinen Konkursverfahren teilnehmen⁵⁶⁵. Dies war jedoch insoweit unzutreffend, als sich Aussonderungsrechte auf fremde Sachen, die Absonderungsrechte jedoch auf Gegenstände beziehen, die dem Gemeinschuldner und somit an und für sich zur Konkursmasse gehörten⁵⁶⁶. Von entscheidender Bedeutung für die Reichskonkursgesetzgebung war außerdem die Gleichstellung der General- mit den Spezial-Hypotheken sowie die Gleichstellung von Hypotheken mit Faustpfändern. Der Entwurf der Konkursordnung ging von dem Grundsatz aus, daß es nicht entscheidend sei, ob ein persönliches oder dingliches Recht bestehe, sondern inwieweit ein bestimmter Gegenstand oder Teil des Vermögens zur vorzugsweisen Befriedigung des einen oder des anderen Gläubigers dienen konnte⁵⁶⁷.

⁵⁶¹ Antrag Nr. 24 (von Schmitt), BArch 690, 32.

⁵⁶² Nebenprotokoll zur 13. Sitzung, 688/2, 35.

⁵⁶³ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 156.

⁵⁶⁴ Protokoll zur 13. Sitzung vom 15.4.1874, BayHStA MJu 12846.

⁵⁶⁵ Vgl. Bayerische Prioritätsordnung § 21 Nr. 1 und BayCPO Art. 1259, 1294 ff., 1300; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 188.

⁵⁶⁶ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 188.

⁵⁶⁷ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 188.

a) Gemeinschaftsdordnung und Abweichungen vom bayerischen Recht

Der 5. Titel des Entwurfs der Gemeinschaftsdordnung regelte in den §§ 47 bis 51 die "Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen, zur Gemeinmasse gehörigen Sachen". Nach diesen Bestimmungen konnten Gläubiger eine abgesonderte Befriedigung aus Grundstücken des Gemeinschaftsdners verlangen, an denen ihnen ein dingliches Recht auf vorzugsweise Befriedigung zustand, sowie an beweglichen Sachen, an denen ein Faustpfand erworben worden war. Dasselbe sollte bzgl. Gegenständen gelten, die durch Reichsgesetze oder Landesrecht hinsichtlich ihrer dinglichen Belastung den Grundstücken gleichgestellt waren⁵⁶⁸. Der Entwurf sah davon ab, eine Regelung im Bereich der Konkursordnung zu treffen. Die Verweisung auf andere Gesetze war eine Folge des in den deutschen Einzelstaaten äußerst verschieden und oft gegensätzlich gestalteten Immobilienrechts⁵⁶⁹. Nicht in allen Ländern bestand - so wie in Bayern - ein auf dem Prinzip der Spezialität und Publizität beruhendes Grundbuchsystem. Der Umfang der Immobilienmasse und die Rangordnung der hieraus zu berichtigenden Ansprüche sollte ebenfalls durch Reichs- und Landesrecht bestimmt werden⁵⁷⁰.

§ 49 der Gemeinschaftsdordnung stellte eine Gruppe von Gläubigern den Faustpfandgläubigern gleich. Hierzu gehörten nach dem Entwurf die deutsche Reichskasse, sowie Staatskassen und Gemeinden wegen öffentlicher Abgaben, Verpächter und Vermieter, Gastwirte, Handwerksleute, Inhaber von Zurückbehaltungsrechten und Inhaber von Vollstreckungspfandrechten. Außerdem sollten - wie schon in Bayern - Gläubiger von Lehen, Stammgütern oder Familienfideikommissen und Gläubiger, die sich mit dem Gemeinschaftsdner in einem Miteigentum oder in einer Gesellschaft oder Gemeinschaft befanden, besonders berücksichtigt werden. Insoweit blieb die Regelung einer bevorzugten Befriedigung hieraus der Landesgesetzgebung vorbehalten, was auch den bayerischen Interessen entsprach.

Die Regelungen über die Absonderung beweglicher Sachen aufgrund eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts bedurften gegenüber den Vorschriften bei Immobilienvermögen einer abweichenden Behandlung⁵⁷¹. Das unbewegliche Vermögen unterlag einem stetigen materiellen Recht, welches sich nach dem Ort der belegenen Sache richtete. Bei einer beweglichen Sache konnte sich bei einem Besitzer- oder Eigentümerwechsel aufgrund einer örtlichen Veränderung auch die materielle Rechtslage hinsichtlich des Pfandes ändern. Aus diesem Grund war es notwendig, für das Konkursrecht eine einheitliche Grundlage für alle deutschen Einzelstaaten zu schaffen, ohne dabei allerdings das gesamte Mobiliarpfandrecht neu und einheitlich regeln zu wollen⁵⁷². Insbesondere sollte eine Klärung dahingehend erfolgen, welche Arten von Pfandrechten für den Konkurs als wirksam anzuerkennen waren und welchen Umfang diese im Konkurs hatten.

Nach der Systematik der Gemeinschaftsdordnung war für die Anerkennung von Absonderungsansprüchen aus Pfand- oder Hypothekenrechten der Publizitätsgrundsatz

⁵⁶⁸ Vgl. hierzu: GSO, Motive, S. 246; §§ 47 II und III GSO.

⁵⁶⁹ GSO, Motive, S. 251.

⁵⁷⁰ § 47 III GSO.

⁵⁷¹ GSO, Motive, S. 259 ff.

⁵⁷² GSO, Motive, S. 259; vgl. auch Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 196.

maßgeblich⁵⁷³. Zur Anerkennung des Absonderungsrechtes bedurfte es daher als "Zeichen der Dinglichkeit"⁵⁷⁴ der Eintragung im Hypothekenbuch bzw. eines Aktes, aus dem ein Dritter das Pfandrecht eines Gläubigers und die Beschränkung des Verpfänders in seiner Disposition ersehen konnte. Vor diesem Hintergrund fand mangels Erkennbarkeit ein Pfandrecht des "Pupillen" an den mit seinen Geldern von dem Vormund erworbenen Sachen, welches in Bayern eine Bevorzugung erfuhr, keine Aufnahme. Entgegen den Bestimmungen des Bayerischen Berggesetzes (insbesondere § 99 II), welches eine gesetzliche Hypothek an beweglichem Bergwerkseigentum⁵⁷⁵ anerkannte, hat der Entwurf der Gemeinschaftsdordnung auch dieses Vorrecht nicht aufrechterhalten, da ein solches besitzloses Pfandrecht mit dem grundsätzlichen System des Entwurfs der Konkursordnung nicht vereinbar war⁵⁷⁶. Beanstandungen gegen diese beabsichtigte Regelung, die dann auch im Verlauf der weiteren Beratungen inhaltlich unverändert blieb, wurden jedoch von bayerischer Seite weder durch Anträge noch Wortmeldungen in der Kommissionsverhandlung vorgebracht.

b) Stellungnahme des bayerischen Finanzministeriums

Bayern begrüßte die vorgesehene Regelung über die abgesonderte Befriedigung aus Immobilien. In einem im Königlich-Bayerischen Staatsministerium der Finanzen ausgearbeiteten Gutachten⁵⁷⁷ sah man insbesondere eine Begünstigung der Staatskasse durch die Möglichkeit, das bayerische Hypothekenrecht ergänzend anwenden zu können.

"Im Anschluß an einen in den Motiven näher begründeten Hauptgrundzug, die dinglichen und die anderen absonderungsberechtigten Gläubiger und die ihnen verhafteten Gegenstände außerhalb des Concurses zu lassen, schlägt der Entwurf einer deutschen Gemeinschaftsdordnung in § 47 eine Bestimmung vor, wonach Grundstücke des Gemeinschaftsdners zur abgesonderten Befriedigung derjenigen dienen sollen, welche in ihnen ein dingliches Recht oder sonst ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung haben (...). Die Rangordnung der aus der Immobiliarmasse zu berücksichtigenden Ansprüche soll durch die Reichsgesetze und das Landesrecht bestimmt werden. Nach § 12 Ziffer 1 und 4 des Bayerischen Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 zur Erwerbung einer Hypothek kraft Gesetzes selbst und ohne daß dazu eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners nothwendig wäre, berechtigt sind

1. der Staat wegen der rückständigen, ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben und
2. diejenigen, welche aus einer unbeweglichen Sache ein Realrechte zu fordern haben, wegen der Rückstände an diesen jährlichen Leistungen auf den damit belasteten Sachen.

So würde es für das Staatsärar und dessen Organe nur darauf ankommen, rechtzeitig von seinem gesetzlichen Vorrechte Gebrauch zu machen, um dem Vortheil abgesonderter Befriedigung theilhaftig zu werden. In diesem Falle würde deshalb nicht der Gefahr ausgesetzt sein, daß im

⁵⁷³ GSO, Motive, S. 248.

⁵⁷⁴ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 205.

⁵⁷⁵ Ein Bergwerk wurde überall zum unbeweglichen Vermögen gerechnet, jedoch sah man die Gesellschaftsanteile an einem Bergwerk, die Kuxe, in einigen Teilen Deutschlands als Immobilien, in anderen als bewegliche Sachen an; vgl. hierzu: GSO, Motive, S. 256 ff.

⁵⁷⁶ GSO, Motive, S. 286 und 287/288; Motive zur Konkursordnung, S. 216 und 217.

⁵⁷⁷ Bemerkungen zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschaftsdordnung vom 13.03.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845; Diese Stellungnahme wurde am 14. März 1874 an das Justizministerium "zu weiterem sachdienlichen Gebrauche" übermittelt.

Gemeinschuldverfahren die Kosten desselben oder die durch Verwaltung der übrigen Gegenstände entstehenden Masseschulden aus den Pfandstücken vorweggenommen werden. Die Befriedigung des Staatsärars würde nicht so lange ausgesetzt bleiben, bis die übrigen dasselbe nicht im mindesten interessirenden Personen ihre Forderungen und Vorrechte angemeldet, nachgewiesen und rechtskräftig erstritten haben; bis ferner die übrigen mit seinem Absonderungsrechte in keinem Zusammenhang stehenden Gegenstände der allgemeinen Masse veräußert oder eingezogen worden sind. Erwägt man weiter, daß nach dem Entwurfe die

Rangordnung der aus der Immobiliarmasse zu berücksichtigenden Ansprüche durch das Landesrecht bestimmt werden soll und daß nach § 12 der Bayerischen Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 zu der ersten Klasse der Gläubiger gehören:

1. Alle direkten und indirekten, ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben, soweit dieselben neben den bei Eröffnung des Concurses laufenden Jahre noch von den unmittelbar vorhergehenden Jahren rückständig sind.

2. Für eben diesen Zeitraum, alle von dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtenden Real- oder öffentlichen Lasten, namentlich

a) die aus dem Lehen oder Grundbarkeitsverband schuldigen Leistungen von Geld, Naturalien oder Diensten

b) die anderen Reallasten an Bodenzins, Gilten, Zehnten und dergleichen;

3. die für solche bevorzugten Rückstände bedungenen Fristen,

so wird man zugestehen müssen, daß die Einfachheit und Schnelligkeit, welche durch die Sonderung der einem Absonderungsrechte unterworfenen Gegenstände von der zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger dienenden Gemeinmasse den Gemeinschuldverfahren verliehen wird, manche annehmerswerthe Vortheile für das Staatsärar da im Gefolge hat, wo es möglich ist, von dem gesetzlichen Rechte zur Erwerbung einer Hypothek Gebrauch zu machen."

Die von den Verfassern des Entwurfs der Deutschen Gemeinschuldordnung an dieser Stelle vorgesehene Regelung stieß also vor allem insoweit auf Zustimmung, als die Möglichkeit einer Regelung durch das Landesrecht unberührt bleiben sollte. Damit war Bayern und insbesondere dem bayerischen Fiskus die Möglichkeit gegeben, durch Begründung einer Hypothek eine abgesonderte Befriedigung zu erlangen.

c) Anträge Schmitts und Kommissionsberatung

Entgegen dem ursprünglichen Entwurf beabsichtigte Schmitt "den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der daraus zu befriedigenden Ansprüche" (...) durch "das Gesetz"⁵⁷⁸ bestimmen zu lassen, statt durch das Reichs- und Landesrecht. Mangels weiterer Korrespondenz hierzu bleibt unklar, ob hierin ein gezieltes Abweichen von der sicherlich durch Ressortinteressen geprägten Haltung des Finanzministeriums zu sehen ist – welche im übrigen möglicherweise nicht mit der Meinung des Justizministeriums oder Schmitts einherging. Schmitts Vorschlag zielte jedenfalls wohl darauf ab, eine weitgehendere, einheitliche Regelung im Rahmen der Reichskonkursordnung – eventuell auf der Basis des bayerischen Rechts - zu erreichen.

⁵⁷⁸ Antrag Nr. 34 (von Schmitt), BArch, 690, 43.

Einer abschließenden Festlegung der Separationsrechte im Bereich der Konkursordnung standen jedoch seinerzeit "unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen"⁵⁷⁹:

„So sehr das Rechtsbewußtsein der Gegenwart das Ideal eines einheitlichen, den Realkredit schützenden Rechtszustandes ersehnt, und zur Erreichung desselben ein auf dem Prinzip der Spezialität und Publizität durchgeführtes Grundbuchsystem als notwendig anerkannt, so verschieden und oft gegensätzlich gestaltet sind doch zur Zeit in Deutschland die geltenden Immobilienrechte und deren natürliche Grundlagen (...). Einheitliche Grundsätze aus ihnen für das Konkursrecht zu abstrahieren ist kaum möglich (...).“

Man entschied sich daher dafür, die materiellen Begrenzungen der Separationsrechte an Immobilien dem in den Einzelstaaten geltenden bürgerlichen Recht zu überlassen. Konsequenterweise sollte auch das Zwangsverfahren zur Befriedigung der Immobiliargläubiger durch das allgemeine Prozeßrecht und nicht durch spezielle Vorschriften des Konkursverfahrens geregelt sein.

Bezüglich der Frage, welche Gegenstände wie zur Absonderung berechtigende Grundstücke zu behandeln seien, war dem bayerischen Kommissionsmitglied Schmitt die ursprüngliche Vorschrift des § 47 Gemeinschuldordnung zu unbestimmt. Auch hier bot die Uneinheitlichkeit des bürgerlichen Rechts in den deutschen Einzelstaaten größte Schwierigkeiten, da teilweise Gegenstände, die als unbeweglich klassifiziert waren in Bezug auf Pfandrechte oder bei der Zwangsvollstreckung nicht als unbewegliche Sachen behandelt wurden⁵⁸⁰. Weiterhin erklärten einzelne Gesetze körperliche und an sich bewegliche Gegenstände für unbeweglich und unterwarfen sie den Regeln über die Verpfändung und den Verkauf von Grundstücken. Schmitt schlug zur Klarstellung eine Änderung des ursprünglichen Gesetzestextes dahingehend vor, daß zur abgesonderten Befriedigung diejenigen Gegenstände dienen sollten, "welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören"⁵⁸¹. Schmitt sah die Möglichkeit, die konkursrechtliche Bestimmung zur „Ergänzung des Systems“⁵⁸² an das Zivilprozeßrecht anzulehnen. Eine sachliche Änderung war nach Ansicht Schmitts damit nicht verbunden. Die Landeseinführungsgesetze zur CPO mußten den Kreis ziehen, was zum unbeweglichen Vermögen rechnen soll⁵⁸³. Da es aufgrund der Verschiedenheit der Landesrechte nicht möglich erschien, in der Konkursordnung zu regeln, welche Gegenstände wie Grundstücke abzusondern waren, konnte die Zwangsvollstreckung das entscheidende Merkmal bilden. Diejenigen Gegenstände, die das jeweilige örtliche Recht in Ansehung der Zwangsvollstreckung den Grundstücken gleichstellte, sollten auch im Konkurs wie Grundstücke abgesondert werden. Mit dieser zusätzlichen Bestimmung konnte und sollte es der Wissenschaft und Praxis und erforderlichenfalls der Landesgesetzgebung im bürgerlichen Recht zustehen, die Gegenstände festzustellen, an denen eine Absonderung möglich war. Insoweit bewirkte Schmitt durch seinen Antrag, der einstimmig angenommen wurde⁵⁸⁴, eine Angleichung an die für die damalige Zivilprozeßordnung (seinerzeit § 691 II) gefundene Lösung.

⁵⁷⁹ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 191.

⁵⁸⁰ GSO, Motive, S. 260; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 193.

⁵⁸¹ Antrag Nr. 34 (von Schmitt), BArch, 690, 43.

⁵⁸² Nebenprotokoll zur 15. Sitzung am 18.04.1874, BArch 688/2, 45.

⁵⁸³ Wie vor.

⁵⁸⁴ Vgl. Nebenprotokoll zur 15. Sitzung am 18.4.1874, 688/2, 45.

In der zweiten Lesung gelang es Schmitt ergänzend zu den spezielleren Vorschriften über die Absonderung noch die Aufnahme einer Grundsatzvorschrift zu erreichen. Er beantragte⁵⁸⁵:

„§ 3 möge lauten:

Ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von den Reichsgesetzen zugelassenen Fällen geltend gemacht werden. Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren. (...)“

Mit nur zwei Gegenstimmen entschied sich die Kommission in ihrer 56. Sitzung für eine entsprechende Bestimmung⁵⁸⁶. Allerdings gab es noch eine einschränkende Änderung dahingehend, daß nur „dieses Gesetz“- also die Konkursordnung – die Möglichkeiten von Absonderungsrechten abschließend festlegen sollte. Wem ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlös einzelner Gegenstände zustand, bestimmte grundsätzlich das allgemeine Zivilrecht. Bei Aufstellung der Konkursordnung entschied man sich jedoch dafür, daß in dieser die Fälle der Absonderungsansprüche einheitlich und ausschließlich festgestellt werden und daß die darin nicht anerkannten bisherigen Absonderungsrechte ihre Kraft verlieren sollten⁵⁸⁷. Am Zustandekommen dieser Regelung war Bayern durch seinen Kommissionsvertreter Schmitt maßgeblich beteiligt.

d) Pfandbriefe der bayerischen Bankanstalten und Bodenkreditobligationen

Ein Sonderproblem stellte die Behandlung von Pfandbriefen der bayerischen Bankanstalten dar. Zu klären war, inwieweit durch ein einheitliches Konkursrecht in bestehende Vorzugsrechte der bayerischen Banken eingegriffen werden konnte.

Von großer Bedeutung für das bayerische Bankwesen war die von Ludwig I. 1834 angeregte und durch Gesetz geregelte Gründung der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank in München als private Aktiengesellschaft⁵⁸⁸. Hauptanlaß für die Eröffnung im Jahr 1835 war die Kreditnot⁵⁸⁹ der Landwirtschaft. Die Bank sollte nahezu 2/3 ihrer Fonds für günstige ländliche Hypothekendarlehen zu einem Zins von 4 % verwenden. Der Rest sollte für sonstige Bankgeschäfte vor allem im Interesse des Gewerbes genutzt werden. Der Ertrag sollte die Kosten decken und so mittelbar dem Realkreditgeschäft zufließen. Ferner wurde der Bank das Recht zur Ausgabe von Banknoten und später auch von Pfandbriefen⁵⁹⁰ sowie die Befugnis zur Errichtung von Versicherungsanstalten eingeräumt. Die Privatbanken fanden seit 1834 ein lohnendes Betätigungsfeld durch die Bildung neuer Aktiengesellschaften. In Bayern spielte insbesondere seit einer Bankverordnung von 1850 die 1780 gegründete Bayerische Staatsbank eine schnell wachsende Rolle, während die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank sich von einer behördlich berechtigten Nationalbank zu einer rein erwerbswirtschaftlichen Bank entwickelte⁵⁹¹. Der Finanzsektor der deutschen

⁵⁸⁵ Antrag Nr. 127 (von Schmitt), BArch 690, 161.

⁵⁸⁶ Nebenprotokoll zur 56. Sitzung am 04.07.1874, BArch 688/2, 132.

⁵⁸⁷ Vgl. Petersen/Kleinfeller, S. 25.

⁵⁸⁸ Henning, S. 594; Hedemann, S. 206; Zorn, S. 418; Stolleis, S. 270.

⁵⁸⁹ Vgl. hierzu: Hedemann, S. 98, 174 u. 177 f.

⁵⁹⁰ Lütge, S. 498.

⁵⁹¹ Treue, S. 520.

Wirtschaft war Mitte des 19. Jahrhunderts von Privatbanken bestimmt. Sie besaßen im Jahr 1860 mehr als 1/3 aller Geldmittel sämtlicher Kreditinstitute und damit mehr als die Großbanken⁵⁹². Die wachsenden Anlage- und Betriebskapitalanforderungen der zunehmenden Industrialisierung überschritten aber schließlich die Möglichkeit der Privatbanken und die Nachfrage nach weiterer Grundstücksbeleihung.

Es sollte gelingen, den längst erkannten hohen Wert des unbeweglichen Besitzes als Geld- und Kreditquelle zu erschließen und auf diese Weise den an sich immobilien Besitz zur Steigerung des Ertrags zu mobilisieren. Die Kreditverhältnisse änderten sich. Kapitalbesitz wurde zu einer Erwerbsquelle, die mit den Einkünften aus dem Immobilieneigentum konkurrierte. In vielen Fällen erschien es nun dem Grundeigentümer vorteilhaft, seinen Grundbesitz zur Beschaffung von Darlehen zu verwenden, die er weder zum Erwerb des Bodens noch zu dessen Bewirtschaftung benötigte, sondern für anderweitige Geschäfte⁵⁹³. So kam es, daß zeitweise 1/6 des gesamten in Deutschland befindlichen Vermögens in Hypotheken angelegt wurde⁵⁹⁴.

Trotz der Bemühungen der Banken, ein ausreichendes Kreditangebot herzustellen, fehlte es an günstigen Darlehensmöglichkeiten für den gewerblichen Mittelstand und kleinere Landwirtschaftsbetriebe. Aus Anlaß der damals herrschenden Kreditnot des Grundbesitzes⁵⁹⁵ kam es zu einer Diskussion, ob auf dem Gebiet des Realkredits Erleichterungen geboten seien, um diesen zu fördern. Nationalökonomien und Politiker – teilweise auch Juristen – stellten Programme auf, um die Kreditvergabe besser zu organisieren. Der Bodenkredit sollte in großen gesicherten Anstalten gemeinnützig zusammengeführt – eventuell sogar verstaatlicht – werden⁵⁹⁶. Die Vorschläge zielten insgesamt darauf ab, die Gründung neuer Bodenkreditinstitute anzuregen⁵⁹⁷. In der Folgezeit bildeten sich für die Kreditvergabe die unterschiedlichen Formen des Privat- und des Anstaltskredits heraus. Während für den Privatkredit die Kündbarkeit, das Fehlen der Amortisation und die Freiheit von einer Verschuldungsgrenze kennzeichnend waren, bestand die Charakteristik des Anstaltskredits in der Unkündbarkeit, der planmäßigen Tilgung und im Vorhandensein einer Beleihungsgrenze⁵⁹⁸. Der Anstaltskredit konnte erwerbswirtschaftlich, genossenschaftlich oder staatlich organisiert sein. Die privaten und öffentlichen Hypotheken- und Bodenkreditanstalten spielten eine zunehmende Rolle. Schließlich kamen noch Kreditgenossenschaften⁵⁹⁹ und Versicherungen hinzu. Dies hatte ab 1862 die Bildung eines genossenschaftlichen Darlehenskassensystems zur Folge⁶⁰⁰. Hier lag der Ursprung der späteren Volksbanken⁶⁰¹.

Die Verhältnisse drängten in Bayern zur Gründung weiterer Großbanken, die gemeinsam mit den Sparkassen⁶⁰² den Privatbanken Ende des 19. Jahrhunderts

⁵⁹² Vgl. Fischer-Fischer, S. 417 ff.

⁵⁹³ Hedemann, S. 91.

⁵⁹⁴ Hedemann, S. 98.

⁵⁹⁵ Hedemann, S. 174.

⁵⁹⁶ Hedemann, S. 179.

⁵⁹⁷ Bellinger/Kerl, S. 28.

⁵⁹⁸ Hedemann, S. 194; zum Übergang vom Privat- zum Anstaltskredit: Wesenberg/Wesener, S. 196.

⁵⁹⁹ Hierzu näher: Henning, S. 610; Hedemann, S. 199.

⁶⁰⁰ Zorn, S. 417 f.

⁶⁰¹ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 807.

⁶⁰² Hierzu: Schäfer, S. 79.

zunehmend den Rang abliefen⁶⁰³. Um die Möglichkeiten des Hypothekenkredits zu erweitern, führte zuerst die Hypotheken – und Wechselbank 1864 in Bayern den Pfandbrief ein⁶⁰⁴. Die Ausgabe von Pfandbriefen entwickelte sich gleich im ersten Jahr zu einem bedeutenden Geschäftszweig und stieß damit in ein Vakuum, das der schwerfällige Hypothekenbrief hinterlassen hatte⁶⁰⁵. 1869 kam es dann zur Bildung der Bayerischen Vereinsbank sowie der Bayerischen Handelsbank, die ebenfalls das Kredit- und Depositengeschäft sowie das Pfandbriefgeschäft betrieben⁶⁰⁶.

Pfandbriefe haben sich zunächst im älteren preußischen Recht entwickelt. Jedes Grundstück wurde mit ganz bestimmten Pfandbriefen belastet, so daß ein direkter Zugriff des Geldgebers auf das einzelne, gerade ihm „verpfändete“ Grundstück möglich war. Später erfuhr das Pfandbriefrecht insofern eine Wandlung, als die Verknüpfung mit einem ganz bestimmten Grundstück gelöst wurde⁶⁰⁷. Die Besonderheit war dann die rechtliche Verknüpfung mit den Deckungsmitteln. Als letztere dienten die Hypotheken; und zwar diejenigen, welche die Kreditanstalt mit dem Geld der Pfandbriefgläubiger erwarb⁶⁰⁸. Das Kreditinstitut erhielt also von den Pfandbriefbesitzern finanzielle Mittel, reichte diese weiter und bekam vom Darlehensnehmer als Sicherheit – auch zugunsten der Pfandbriefgläubiger – eine Hypothek. Eine Ausgabe der Wertpapiere darf nur bis zu einer Höhe erfolgen, in der der Hypothekenbank zur Deckung geeignete Grundpfandrechte zustehen. Der Pfandbrief, eine Form der Schuldverschreibung⁶⁰⁹, die ihren Ausstellern zur Kreditierung dient und festverzinslich sowie nach einem bestimmten Tilgungsplan rückzahlbar ist, verbrieft nicht dingliche Sicherungsrechte, sondern Geldzahlungsverpflichtungen. Bei den Pfandbriefpapieren (i.d.R. Inhaber-, mitunter auch Order- oder Namenspapiere) ist die verbrieft Forderung also nicht unmittelbar grundpfandrechtlich gesichert⁶¹⁰. Es besteht nur eine mittelbare dingliche Sicherung

Die Pfandbriefe dienten im 19. Jahrhundert neben öffentlichen Anleihen und Aktien insbesondere zur langfristigen Kapitalanlage⁶¹¹. Ihr Weg ist durch das 19. Jahrhundert hindurch glatt und erfolgreich verlaufen⁶¹². Neben den Hypothekenspfandbriefen als wichtigste Art der Schuldverschreibung waren auch von Gemeinden ausgegebene Kommunalobligationen und Eisenbahnobligationen entsprechender Gesellschaften gebräuchlich⁶¹³. Kurzfristige Kredite wurden seinerzeit vor allem in Form von Kontokorrentkrediten sowie durch Diskontierung von Wechseln gewährt⁶¹⁴. Die Hauptwerte an der Münchner Börse waren seit etwa 1875 die Pfandbriefe. Die Pfandbriefe beherrschten bis in die 1890-er Jahre den Kapitalmarkt⁶¹⁵.

⁶⁰³ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 807; Fischer-Fischer, S. 417 ff.; Born, S. 58/59.

⁶⁰⁴ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., 806; Hedemann, S. 206; Stolleis, S. 271.

⁶⁰⁵ Stolleis, S. 272.

⁶⁰⁶ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 807.

⁶⁰⁷ Vgl. hierzu: Hedemann, S. 194.

⁶⁰⁸ Hedemann, S. 215.

⁶⁰⁹ Näher hierzu: Brox, S. 357.

⁶¹⁰ Vgl. Zöllner, S. 172, 173; ausführlich zu (Hypotheken-)Pfandbriefen und Schuldverschreibungen:

Jaeger-Lent, S. 834 ff.

⁶¹¹ Born, S. 56.

⁶¹² Hedemann, S. 217.

⁶¹³ Jaeger-Lent, S. 834.

⁶¹⁴ Vgl. Henning, S. 93.

⁶¹⁵ Vgl. Fischer-Fischer, S. 392

Das Kreditwesen erfuhr in der Gründerzeit eine gewaltige, jedoch teilweise ungesunde Aufblähung⁶¹⁶. Das nach gewinnbringender Anlage suchende Bargeld wurde von einer Vielzahl neugegründeter Aktiengesellschaften angezogen, die in Erwartung einer anhaltenden Hochkonjunktur übertriebene Ertragsaussicht versprachen, zum Teil auch auf reinen Spekulationsabsichten beruhten oder sogar nur Schwindelunternehmen waren. In den Jahren 1872/73 kam es in Bayern zu 43 Gründungen von Aktiengesellschaften, soviel wie in den 7 vorhergehenden Jahren insgesamt⁶¹⁷. Die fortschreitende Entwicklung des Hypothekendarlehens ließ den Gesichtspunkt einer ausreichenden rechtlichen Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger in den Vordergrund treten⁶¹⁸.

„Zeitweise machte sich bei der noch nicht hinreichend erprobten Sicherheit der Hypothekendarlehen Mißtrauen gegen die dem Verkehr in großen Mengen zugeführten Hypothekendarlehen geltend. Namentlich wurde darauf hingewiesen, daß die in den Statuten und Geschäftsbedingungen der Banken enthaltene Zusicherung eines Rechts der Pfandbriefgläubiger auf vorzugsweise Befriedigung aus den zur Unterlage der Pfandbriefe dienenden Hypotheken den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes und des Konkursrechtes gegenüber keine Wirksamkeit beanspruchen könne.“⁶¹⁹

Vor diesem Hintergrund war zu diskutieren, ob eventuell eine Bestimmung zur Absicherung der Vorzugsrechte von Pfandbriefbesitzern in die Konkursordnung aufzunehmen war.

aa) Stellungnahme des bayer. Staatsministeriums der Justiz

Entsprechende Erörterungen brachte ein Schreiben des Königlichen Staatsministeriums des Innern, Abtheilung für Landwirtschaft, Gewerbe und Handel vom 27.03.1874 in Gang. Leider befindet sich dieses Schriftstück, in dem es wohl um die Problematik einer Sicherung der Inhaber von Schuldverschreibungen ging, nicht mehr in dem Aktenmaterial des Bayerischen Justizministeriums zur Reichskonkursordnung.

Das Justizministerium nahm am 24.04.1874⁶²⁰ wie folgt Stellung:

"In Erwiderung der Note vom 27.3.1874 beehrt sich das ergebend unterfertigte Staatsministerium über die darin bezeichnete Rechtsfrage, seine Anschauung mitzutheilen. Dieselbe geht dahin, daß die bei den bayerischen Bankanstalten übliche Behandlung des s.g. Pfandbriefs- oder Bodencredit-Systems keine genügende Gewähr für ein bevorzugtes Befriedigungsrecht bietet, welches im Concourse einer Bankanstalt den Inhabern von Pfandbriefen oder Bodencreditobligationen derselben bezüglich der in dem genannten System vollzogenen Bank-Darlehen zustünde.

Ohne in eine nähere Erörterung der Frage einzugehen, mag es genügen, die Hauptgesichtspunkte für die Begründung hervorzuheben. Ein Vorzugsrecht des bezeichneten Inhalts könnte bestehen, wenn die Forderungen der Bank aus jenen Darlehen entweder zu

⁶¹⁶ Näher hierzu: Hedemann, S. 97. Zur s.g. „Gründerkrise“: Henning, S. 792 ff.

⁶¹⁷ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 818.

⁶¹⁸ Bellinger/Kerl, S. 27, 28.

⁶¹⁹ Aus: Begründung zum Hypothekengesetz, Reichstags-Drucksache I. Session, 10. Legislaturperiode Nr. 106, zit. nach: Bellinger/Kerl, S. 28.

⁶²⁰ Schreiben an das Königliche Staatsministerium des Innern, Abtheilung für Landwirtschaft, Gewerbe und Handel, „die Pfandbriefe der bayerischen Bankanstalten betreffend“ vom 24.4.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Gunsten der Inhaber der von ihr ausgegebenen Pfandbriefe oder Creditobligationen für den Fall eines Concurse giltig verpfändet wären oder ein vorzugsweise zur Befriedigung derselben dienendes Sondervermögen im Concurse bilden würden."

Problematisch war in diesem Zusammenhang, daß die Begründung eines Vorzugsrechtes diesbezüglich zwar durch Bankstatuten vorgesehen war, diese jedoch an und für sich mangels Eintragung in das Hypothekenbuch nicht zur wirksamen Begründung einer Hypothek und eines Absonderungsrecht führen konnten. In dem Schreiben an das Staatsministerium des Innern wird weiter ausgeführt:

"Nach (...) reglementierenden Vorschriften einiger bayerischer Bankanstalten werden die am Pfandbrief - oder Bodencredit-System vollzogenen Hypothekdarlehen derselben als Unterpfand für die betreffenden Gläubiger erklärt. Ausdrücklich anerkannt im Bayerischen Hypothekengesetze (§ 53 und 155) ist jedoch nur die Verpfändung im Hypothekenbuche. Überdies macht sich gemäß Art. 14 des Notariatsgesetzes und § 60 des Landtagsabschiedes von 1869 die Ansicht geltend, daß die Verpfändung einer Hypothekforderung der notariellen Verbriefung bedürfe. Letzterer Grund stellt sich auch der rechtswirksamen Begründung eines Briefpfandes durch Übergabe der Hypothekenbriefe an eine die Gläubiger vertretende Kommission entgegen. Abgesehen von der verschiedenen Rechtsprechung über die im Concurse einem Pfande an Forderungen zukommende Wirkung.

Von anderen bayerischen Bankanstalten werden in Statuten oder Reglements die fraglichen Bankdarlehen als ein für die Einlösung der Bodencreditobligationen zunächst oder ausschließlich haftendes Vermögen bezeichnet. Aus einer derartigen Bestimmung läßt sich aber ein Recht auf Ausscheidung dieses Vermögens im Concurse als Sondermasse für die Befriedigung der betreffenden Gläubiger (s.g. Particularconcurse gemäß der Bayr. Prioritätsordnung § 7 f.) nicht ableiten. Ein solches Befriedigungsrecht, welches nicht als ein dingliches Recht an den Gegenständen des Sondervermögens besteht, sondern denselben rechtlichen Charakter wie das Gläubigerrecht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners überhaupt an sich trägt und hiervon nur durch die Beschränkung auf besondere Vermögensteile zu Gunsten gewisser Gläubiger sich unterscheidet, kann nicht durch Verfügung des Schuldners mit der Wirkung einer Ausschließung der übrigen Gläubiger, sondern nur durch besondere Gesetzesbestimmung begründet werden. Man könnte zwar versuchen, zu Gunsten der Inhaber von Pfandbriefen oder Bodencreditobligationen einer Bank eine Ausschließung der übrigen Bankgläubiger aus einem Übereinkommen der sämtlichen Beteiligten aufgrund der Statuten oder Reglements herzuleiten, indem ein Verzicht der übrigen Bankgläubiger auf Befriedigung aus dem bezeichneten besonderen Vermögen angenommen wird. Gegen eine solche Annahme, welche nicht auf eine bestimmte Verzichtserklärung gestützt werden kann, läßt sich jedoch einwenden, daß die Banken vermöge ihrer einen Vertrag nur unter den Actionären begründenden Statuten oder Reglements gleich wie andere Personen durch Erklärungen im Allgemeinen nicht die Macht haben, seitens der ihnen aus verschiedenen Geschäftsanlässen in Forderungsbeziehungen kommenden Gläubiger einen nicht wirklich erklärten Verzicht auf ein Befriedigungsrecht aus bestimmten Vermögensteilen im Concurse zu surrogiren oder m.a.W. ohne bestimmte Willenserklärungen der Gläubiger allgemeine Vorschriften über deren Befriedigung für den Fall des Concurse im Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen der Prioritätsordnung zu geben.

Was weiter (in einigen) Bankstatuten oder Reglements vorkommt, daß die Darlehen „aus den Pfandbrieffonds“ oder „auf Rechnung der Bodencreditanstalt“ gewährt werden, so ist zu bemerken, daß eine Ausscheidung des Betriebs und der Fonds des Bodencreditgeschäftes von den übrigen Bankgeschäften nicht genüge für ein Recht auf Absonderung des im Bodencreditgeschäft gebildeten Vermögens zur Befriedigung der Inhaber von Bodencreditobligationen oder Pfandbriefen. Dazu wäre nach Maßgabe der Prioritätsordnung § 8 Nr. 5 erforderlich, daß das Bodencreditgeschäft unter einer von der Bankgeschäfts-Firma verschiedenen einregistrierten Firma betrieben, somit nicht nur die (...) Darlehen, sondern auch die Ausgabe der Bodencreditobligationen oder Pfandbriefe unter einer besonderen Firma

erfolgen würde. Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen wäre jedoch die Folge, daß nach der angeführten Gesetzesbestimmung gleichfalls für die übrigen Bankgläubiger ein Recht auf Absonderung des nicht zu Bodencreditobligationen gehörigen Bankvermögens zu ihrer Befriedigung eintreten würde. (...)

Aus der Beurtheilung der vorliegenden Frage nach dem in Bayern geltenden Rechte erhellt zugleich, daß die Bestimmungen desselben eine gesicherte Begründung eines bevorzugten Befriedigungsrechtes für die Inhaber von Pfandbriefen, Bodencredit- oder Communalobligationen bayerischer Bankanstalten im Concourse derselben ohne Anwendung lästiger oder unbeugsamer, zum Theil ungünstiger Normen nicht ermöglichen. Ein befriedigender Rechtszustand vermag nur im Wege der Gesetzgebung herbeigeführt werden.

Die Entwicklung des s.g. Pfandbriefs- oder Bodencredit-Systems, der sehr bedeutende Umfang, welchen auf Grund derselben die Ausgabe der Obligationen der bezeichneten Art durch Bankanstalten angenommen hat, verleiht der vorgelegten Frage die hohe Wichtigkeit, welche eine gesetzgeberische Lösung fordert. Die wirthschaftliche Vermittlung der Anlage und des Bedarfs von Capital unter Anwendung rechtlicher Formen, vermöge welcher das vermittelnde Institut selbst als Gläubiger der Capitalnehmer und als Schuldner der Capitalgeber auftritt, rechtfertigt wohl zu Gunsten der Letzteren ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den durch ihr Capital begründeten Forderungen und Fonds im Concourse, wenigstens dann wenn die Statuten oder Reglements einer hierauf gerichteten Intention Ausdruck geben.“

Das bayerische Justizministerium vertrat schließlich die Auffassung, daß die Regelung dieser Problematik in der Deutschen Gemeinschaftsordnung erfolgen solle.

„Da dieses Verhältniß in das Gebiet der deutschen Gemeinschaftsordnung fällt, und bei Bodencreditinstituten im Deutschen Reiche überhaupt in ähnlicher Weise besteht, wurde der k. Ministerialrath Dr. Schmitt als Mitglied der Commission für die Berathung des betreffenden Gesetzentwurfs veranlaßt, auf eine entsprechende Berathschlagung vorliegender Frage bei der Regelung der "Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen, zur Gemeinmasse gehörigen Sachen" hinzuwirken.“⁶²¹

Die eben zitierte Stellungnahme des Staatsministeriums der Justiz "die Pfandbriefe der bayerischen Bankanstalten betreffend", aus der sich entnehmen läßt, daß das Justizministerium eine gesetzgeberische Lösung im Rahmen der Konkursordnung für sinnvoll hielt, ist dann am 27.4.1874⁶²² gemeinsam mit dem vorherigen Schreiben des Innenministeriums vom 27.03.1874 "zur gefälligen Kenntnissnahme mit dem Ersuchen, die darin behandelte Frage bei der Berathung des Entwurfes einer Deutschen Gemeinschaftsordnung in Anregung bringen zu wollen" an den bayerischen Vertreter in Berlin übermittelt worden.

bb) Stellungnahme des bayer. Staatsministeriums des Inneren

Das bayerische Innenministerium zeigte sich mit der Anweisung gegenüber dem Vertreter in Berlin zufrieden und bat mit Schreiben vom 18.05.1874⁶²³ um gelegentliche Unterrichtung über den Fortgang der Angelegenheit:

„Das unterzeichnete k. Staatsministerium beehrt sich unter Dankeserstattung für die geschätzte Mittheilung vom 24. d. M. sein Einverständnis mit der an den k. Ministerialrath Dr. Schmitt als

⁶²¹ Schreiben des Justizministeriums vom 24.4.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶²² Note an Dr. Gottfried Schmitt vom 27.4.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶²³ Schreiben des Innenministeriums an das Justizministerium vom 18.05.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Mitglied der Commission für die Berathung der deutschen Gemeinschuldordnung erlassenen Verfügung ergebenst auszudrücken und um seinerzeitige gefällige Mittheilung über das Ergebnis der von dem genannten Commissär unternommenen Schritte zu ersuchen.“

cc) Der Antrag Makowers

Die Problematik wurde in der Berliner Kommission bereits im April 1874 diskutiert. Schmitt verwies in einem Bericht vom 22.5.1874⁶²⁴ auf einen beigegefügten Antrag des

Kommissionsmitglieds Makower betreffend die Absonderungs- und Vorzugsrechte bei Pfandbriefen. Makower regte in seinem Antrag (Nr. 83)⁶²⁵ an:

"die hohe Commission solle beschließen, dem Herrn Reichskanzler mitzutheilen, daß es sich als unausführbar erwiesen hat, bei Gelegenheit der Berathung des Entwurfs der Concursordnung, die auch außerhalb des Concurses nothwendige Festsetzung zu treffen:

a) welches Absonderungsrecht solche Gläubiger (z.B. Inhaber von Pfandbriefen oder Bodencreditobligationen einer Bank) haben sollen, denen zu ihrer Deckung gewisse Vermögensobjekte (z.B. Hypotheken, dem Lehnträger, das Betriebsmaterial) dienen sollen, die im Gewahrsam des Schuldners verbleiben, oder in Grundbüchern nicht eingetragen sind;

b) welches Vorzugsrecht solche Gläubiger haben sollen, denen durch Privileg, Statut, Emissionsbedingungen etc. gewisse Vorzugsrechte vor anderen Gläubigern an Immobilien oder Mobilien eingeräumt sind (z.B. bei verschiedenen Serien von Prioritätsobligationen);

c) welche Formen für die rechtsgültige Erwerbung der bezeichneten Rechte und für die Geltendmachung derselben zu beachten sind.

Die Commission ist der Ansicht, daß zur Regelung dieses Gegenstandes ein besonderes Gesetz erforderlich ist, und daß zu dessen Erlaß ein dringendes Bedürfniß vorhanden ist."

Wie sich den Nebenprotokollen zum 21.4.1874 entnehmen läßt, sprach das Kommissionsmitglied Makower zu Beginn der an diesem Tag stattfindenden 17. Sitzung über Prioritätsobligationen, insbesondere solche, die von Eisenbahngesellschaften ausgegeben wurden⁶²⁶. In der Debatte vertrat man die Auffassung, daß die Landesgesetzgebung das Betriebsmaterial von Eisenbahnen zum unbeweglichen Vermögen rechnen könne, so daß § 47 Gemeinschuldordnung greife oder zum Mobilien, mit der Folge, daß dann ein Pfandrecht nach § 48 entstehen könnte. Als problematisch wurden allerdings die Fälle angesehen, in denen das Eisenbahnvermögen auf verschiedenen Gebieten lag (z.B. bei Schienen). Letztlich einigte sich die Kommission als Zwischenergebnis darauf, die Frage erst nach beendigter erster Lesung bei der Vorberatung des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung in weitere Erwägung zu ziehen⁶²⁷.

⁶²⁴ Schreiben des Ministerialrats Dr. Schmitt an das Königlich-Bayerische Staatsministerium der Justiz, z. H. Dr. von Fäustle vom 22.5.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶²⁵ Antrag Nr. 83 (von Makower), BayHStA, Abt. II, MJu 12845; BArch, 690.

⁶²⁶ Nebenprotokoll zur 17. Sitzung am 21.4.1874, BArch, 688/2, 48.

⁶²⁷ Wie vor.

In den Nebenprotokollen ist hierzu vermerkt:

"Commission einigt sich, diese Frage bis nach Beendigung der ersten Lesung und bei Vorberathung des Einf.Gesetzes zur Erwägung zu ziehen."⁶²⁸

Auch dem Bericht Schmitts läßt sich entnehmen, daß die Beratung und Entscheidung über diese Sachfrage in der Kommission zurückgestellt wurde.

"Die Discussion des Antrags, durch dessen Annahme zugleich die vorläufige Erledigung der mir (...) mitgetheilten Noten des Justizministeriums und des K. Minist. des Innern, Abtheilung für

Landwirtschaft, Gewerbe und Handel (...) herbeigeführt wurde, ist bis zum Schluß der I. Lesung des Entwurfs aufgeschoben."⁶²⁹

dd) Die Haltung Schmitts

Da die Regelungen über Absonderungsrechte innerhalb der Kommission in erster Lesung bereits in der 15. bis 17. Sitzung vom 18.4. bis 21.4.1874 beraten wurden, war es Schmitt nicht mehr möglich, die Weisungen aus München, die erst nach den maßgeblichen Sitzungen verfaßt wurden, noch in den Kommissionsberatungen zu den Absonderungsrechten zu berücksichtigen. Inwieweit Schmitt dem Wunsch der bayerischen Ministerien entsprechend die Problematik in den Gesetzesberatungen ansprach, läßt sich weder den Protokollen noch Nebenprotokollen zu den Kommissionsberatungen entnehmen. Einen offiziellen Antrag brachte Schmitt jedenfalls nicht ein. Er selbst hatte wohl auch Zweifel, ob der Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Vorrechte an Pfandbriefen durchsetzbar sein würde. So berichtete er am 22.5.1874 an das bayerische Staatsministerium der Justiz⁶³⁰:

"Die Concursordnungscommission ist einschließlich der heutigen 37. Sitzung bis zu 175 des Entwurfes inklusive vorgeschritten. (...) Zur Sache glaube ich bemerken zu dürfen, daß nach der ganzen Anlage des Entwurfs einer Reichskonkursordnung insbesondere die §§ 4, 47, 48 (...) die gesetzliche Regelung der fraglichen Motive als außerhalb des Gebietes der Konkursordnung bzw. zur Zeit noch auf denen der Landesgesetzgebung liegend gedacht ist. Da mir die bezeichneten Noten erst nach Erledigung der allgemeinen Paragraphen des Entwurfs zukamen, war ich außer Stand, darauf Einfluß zu nehmen; mit Erfolg würde dieses aber auch aus in der Sache liegenden Gründen kaum haben geschehen können.

Die bayr. Landesgesetzgebung enthält z.Zt. meines Wissens besondere Bestimmungen über den Gegenstand nicht; die allgemeinen Vorschriften der Prioritätsordnung und des Hypothekengesetzes dürften aber keine den Inhabern von Pfandbriefen pp. im Concourse der diese ausgehenden Firma pp. eine bevorzugte Stellung sichern. So gewiß hiernach das Bedürfniß einer gesetzlichen Regelung nicht wird verneint werden können, so schwierig möchte sich die Ausführung gestalten. Jedenfalls scheint mir, daß nicht in der Concursordnung, sondern in einem Reichs- oder Landesspecialgesetz, eventuell im Bayr. Einführungsgesetze zu den Reichsprozeßordnungen die passende Stellung hierfür sei.

(...) Ob es dagegen in der Aufgabe bzw. Befugniß der Concursprozeßcommission liegt, Anträge fraglicher Art an den Reichskanzler zu richten, möchte ich bezweifeln. Ohne die eingehendste

⁶²⁸ Nebenprotokoll zur 17. Sitzung vom 21.4.1874, BArch 688/2, 48.

⁶²⁹ Schreiben von Schmitt an Fäustle vom 22.5.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶³⁰ Schreiben des Ministerialrates Dr. Schmitt an das Königlich-Bayerische Staatsministerium der Justiz, z. H. Dr. von Fäustle vom 22.5.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Information über den Stand der deutschen Hypothekengesetzgebungen möchte sich ein solcher Antrag überhaupt nicht besprechen lassen.

Indem ich diese unmaßgeblichen Bemerkungen der höchsten Erwägung Eurer Exzellenz unterstelle, bitte ich für mein weiteres Verhalten in der Sache um gnädigste Anweisung."

ee) Die Haltung des Justizministers von Fäustle

Aus den - auf dem Bericht von Schmitt angebrachten - Notizen des bayerischen Justizministers von Fäustle ergibt sich, daß letzterer gegen eine gesetzgeberische Lösung des aufgeworfenen Problems auf Reichsebene keine Einwände hatte.

„Ich hätte – vorläufig, auf den ersten Anblick des Gegenstandes sei bemerkt – gegen eine Regelung des Gegenstandes durch die Reichsgesetzgebung, wofür er sich vorzugsweise eignet, keine Erinnerung.“⁶³¹

Dennoch ersuchte der bayerische Justizminister von Fäustle aufgrund der Situationsberichte die beteiligten Ministerien „um baldmögliche Meinungsäußerung“, in der die dem Ministerium mitgeteilten Standpunkte überprüft werden sollten.

ff) Stellungnahme des bayer. Finanzministeriums

Hierdurch sah sich der Referent im Finanzministerium Dr. Hauser zu einer gutachterlichen Stellungnahme veranlaßt. Mit Schreiben vom 30.05.1874⁶³² "gestattete" sich der Referent „auf die Weisung seiner Exzellenz" zum Bericht von Schmitt und dem Antrag von Makower einige Bemerkungen, in denen er weiterhin die Auffassung vertrat, daß trotz der in Berlin geäußerten Bedenken eine Regelung möglichst im Rahmen der Reichsgesetzgebung erfolgen solle. Der bayerische Gutachter kritisierte an dem Antrag Makowers insbesondere, daß nicht hinreichend konkretisiert war, in welchem Maße die Gesetzgebung bezüglich der Arten von Gläubigerverhältnissen und die Formen rechtlicher Sicherstellung ausgedehnt werden sollte.

"In dieser Richtung läßt die allgemeine Fassung des Antrags den Umfang der angeregten Gesetzgebung noch nicht genügend überschauen; derselben wird der weiteste Spielraum hierin gewährt."

Von Seiten Bayerns ging man allerdings davon aus, daß lediglich eine gesetzgeberische Lösung für die Absonderung aus Pfandbriefen, Bodenkredit- und Kommunalobligationen sowie die von Makower zur Sprache gebrachten Prioritätsobligationen der Eisenbahnen diskutiert werden sollte; dies auch im Hinblick darauf, daß eine Ausweitung der Debatte zu Verzögerungen bei den Kommissionsarbeiten hätte führen können.

"Die folgende Berathung wird sich an diese (...) Rechtsverhältnisse anschließen und hierauf um so mehr beschränken dürfen, als die Dringlichkeit der Sache weitergehende Erörterungen nicht gestattet."

⁶³¹ Notiz vom 26.05.1874 auf dem Bericht von Schmitt vom 24.05.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶³² Schreiben des Referenten Dr. Hauser an Dr. von Fäustle vom 30.5.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Dr. Hauser betonte in seinem Gutachten nochmals das dringende Bedürfnis für Bayern und die anderen deutschen Staaten dahingehend, die Gläubigerrechte an den Pfandbriefen oder Bodenkreditobligationen⁶³³ im Konkurs einheitlich zu regeln. Der bayerische Referent führte in seiner Stellungnahme weiter aus:

"Kann man sich nicht entschließen, wenigstens die Verhältnisse, welche sich für die Bestellung eines Absonderungsrechtes, sei es bei der einen oder anderen Art, aufgrund persönlicher Ansprüche eignen, in der Deutschen Concursordnung zu behandeln, sondern soll auch hierfür der Rang der Specialgesetzgebung betont werden, so ist die Frage, ob dieselben von dem Reiche ausgehen oder den Einzelstaaten überlassen sein sollte, zum Theil schon beantwortet.

Nach den angeführten Bestimmungen des Entwurfes einer Concursordnung bliebe der Landesgesetzgebung in Beziehung auf bewegliches Vermögen und die gerade die Hauptvermögensmasse bei jenen Instituten bildenden Anlehensforderungen nur die Möglichkeit, ein Absonderungsrecht auf der Grundlage der Voraussetzungen der Deutschen Concursordnung für ein Faustpfandrecht (§ 48 Entw) herbeizuführen. (...) Demgemäß wäre für die Bankgesetzgebung ein Vorbehalt in dem Reichsgesetz über die Einführung der Deutschen Concursordnung nothwendig. Würde dieser Vorbehalt allgemein, etwa wie lit.a des Antrags Nr. 83 [von Makower] gefaßt, so wäre hirmit (...) Rechtseinheit in der wichtigen Materie der Absonderung im Concurs vollständig aufgegeben. Eine auf die hier gedachten Verhältnisse eingeschränkte Fassung des Vorbehaltes scheint aber gerade den Intentionen der Kommission, welche weitergehen, nicht zu entsprechen. Von alledem abgesehen, eignet sich der Gegenstand für eine gemeinsame Gesetzgebung im Deutschen Reich, da die Pfandbriefe oder Bodenkreditobligationen und zum Theil die Kommunalobligationen vermöge ihrer Umlaufsfähigkeit im ganzen Reiche ohne Rücksicht auf den Sitz der ausgebenden Anstalt oder den Wohnsitz der Anlehensschuldner und die Frage des Hypothekengegenstandes verbreitet sind, daher für die Gläubiger nur allgemeines Interesse der Rechtsgleichheit über die einzelstaatlichen Grenzen hinaus besteht."

Hier zeigt sich, daß es aus bayerischer Sicht das Hauptziel war, soweit wie möglich eine Vereinheitlichung des Insolvenzrechts und eine Regelung der Problematik im Rahmen der Reichskonkursordnung zu erreichen.

Diskussionsbedürftig erschien auch die Behandlung von Eisenbahnobligationen. Nachdem sich der bayerische Staat zunächst bei dem Ausbau eines Eisenbahnsystems⁶³⁴ zurückgehalten hatte und lediglich Rahmenbestimmungen für private Eisenbahngesellschaften erließ, beschloß die bayerische Ständeversammlung 1843 für Hauptstrecken zum Staatsbahnprinzip überzugehen. Der Aufbau der staatlichen Bahnen bedeutete eine erhebliche Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung des Staates⁶³⁵. Die meisten der Staaten unterhielten bereits im 19. Jahrhundert eigene Erwerbsunternehmen. Teile des Bergbaus und eben zunehmend auch die Eisenbahnen, waren teils ganz in staatlicher Hand. Ferner bestanden Beteiligungen im Bereich der Forst- und Landwirtschaft sowie in diversen Industrie- und Dienstleistungsunternehmen. Einen nicht ganz unwesentlichen Teil der Ausgaben konnten die Staaten und Gemeinden durch ihre Einnahmen aus der wirtschaftlichen Betätigung bestreiten. In

⁶³³ „In dem sogenannten Pfandbrief oder Bodenkreditsystem vollzieht sich die wirtschaftliche Vermittlung der Anlage, die Aufnahme von Capitalien in der Weise, daß die vermittelnde Anstalt in dem umlaufsfähigen Pfandbrief oder Bodencreditpapier selbst Schuldner des Capitalgebers und in dem Hypothekenanlehngeschäft selbst Hypothekgläubiger des Capitalnehmers wird. Der Vermögensgegenstand, bezüglich dessen ein vorzugsweises Befriedigungsrecht ohne Inhaber jener Papiere als Capitalgeber begründet werden soll, besteht somit in Hypothekforderungen der vermittelnden Anstalt.“ Gutachten Dr. Hauser vom 30.05.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶³⁴ Zur Entwicklung des Eisenbahnverkehrs: Treue, S. 503 f.; Brüggemeier, S. 41.

⁶³⁵ Vgl. hierzu auch für den norddeutschen Raum: Henning, S. 528 f., 531, 623.

den süddeutschen Gebieten war der Anteil der Staatsbahnen deutlich höher als beispielsweise in Preußen und Sachsen. Um 1850 stammte rund 1/3 von Bayerns Einnahmen hieraus. Demgegenüber machten entsprechende Gewinne in Preußen lediglich 1/4 des Staatshaushaltes aus. Die Kosten des Ausbaus der Eisenbahn wurden durch Ausgabe staatlicher Eisenbahnobligationen finanziert⁶³⁶. Die Eisenbahnschuld wurde ein Teil der Staatsschuld⁶³⁷. Die Bedeutung der Eisenbahnobligationen als Wertpapiere zeigt sich daran, daß diese unter den an der Münchener Börse notierten Werten erst 1890 den zahlenmäßig ersten Platz an die Industrieaktien verloren⁶³⁸.

Bezüglich der Prioritätsobligationen, die von Eisenbahnen und anderen Körperschaften ausgegeben wurden, sah der bayerische Gutachter die Stellung der Gläubiger als günstiger an, da ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen dem Darlehensgläubiger und der Körperschaft als Schuldner bestand und es somit möglich war, sich durch eine vertragliche Vereinbarung über die Bestellung einer Sicherheit zu einigen. Nach der bayerischen Hypothekengesetzgebung von 1822 standen dem grundsätzlich keine rechtlichen Schwierigkeiten entgegen. Problematischer erschien dies aber bei Inhaberpapieren und sich in mehreren Regionen befindlichen Wirtschaftsgütern.

"Eine Ausnahme hiervon machen jedoch die in verschiedenen Hypothekenamtsbezirken oder auf verschiedenen Ländergebieten gelegenen Bahnkörper, wie auch Hypothekerrichtungen für Anlehensobligationen, welche schon für den ersten Gläubiger nicht auf Namen, sondern auf den Inhaber lauten sollen.

In Betreff der Bahnkörper ist die Errichtung einer besonderen für den ganzen Bahnkörper zuständigen Hypothekengerichtsbarkeit schon an sich kaum veranlaßt und im Gebiete verschiedener Hypothekensysteme gar nicht ausführbar. Man wird sohin statt eines dinglichen Vorzugsrechtes auch hier auf ein Absonderungsrecht aufgrund persönlicher Ansprüche bedacht zu nehmen haben, wie auch lit.a des Antrags Nr. 83, nur ein "Absonderungsrecht" in Beziehung auf den als Capital aufgeführten Bahnkörper im Sinn hat. (...) Die Landesgesetzgebung erscheint gemäß § 47 (...) des Entw. zuständig. Aber auch für die Reichsgesetzgebung entsteht keinerlei Schwierigkeit in der Regelung dieser Angelegenheit, da sie die Hypothekenordnungen in den einzelnen Ländern ganz unberührt läßt. Für eine gemeinsame Regelung durch das Reich spricht ebenfalls das gemeinsame Interesse der Inhaber von Prioritätsobligationen."⁶³⁹

In der Stellungnahme wird dann weiter ausgeführt, daß es sich auch aus bayerischer Sicht nicht empfehle, ein Pfandrecht oder Absonderungs- bzw. Gläubigervorrecht anzuerkennen, wenn ein beweglicher Gegenstand sich nicht im Gewahrsam des Gläubigers befand oder die Verfügungsgewalt durch Statut oder eine Vereinbarung dem Gläubiger zustand.

"Liegt aber ein solches Verhältniß des Gewahrsams oder einer Verfügungsgewalt auf Seite der Gläubiger unmittelbar oder mittels rechtsgenügender Vertretung nicht vor, so empfiehlt sich weder für die Reichsgesetzgebung noch für die Landesgesetzgebung, in Ländern, welche für Mobilien nur das Faustpfand anerkennen, zu Gunsten besonderer Gläubiger ein anderes dingliches Vorzugsrecht, namentlich eine Mobiliarhypothek einzusetzen. Dies würde den Motiven des Entwurfes einer Deutschen Concursordnung (...) widersprechen. Soweit ein Bedürfniß zur Begründung einer vorzugsweisen Befriedigung aus beweglichem Vermögen einer

⁶³⁶ Zur Finanzierung: Zorn, S. 413 und Lütge, S. 493; Mitte des 19. Jahrhunderts entfielen 20 % der gesamten Nettoinvestitionen auf Eisenbahnen. Brüggemeier, S. 41.

⁶³⁷ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd. S. 797.

⁶³⁸ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 820.

⁶³⁹ Gutachten Dr. Hauser vom 30.05.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Körperschaft für Prioritätsgläubiger besteht, wird hierfür wieder auch die Aufstellung eines Absonderungsrechtes im Concourse auf Grund eines persönlichen Anspruches bleiben. Unter der Voraussetzung eines Absonderungsrechtes zu Gunsten der Prioritätsgläubiger könnte (...) für verschiedene Klassen derselben nach den verschiedenen Serien der Prioritätsobligationen eine Rangordnung, unter Regelung der persönlichen Vorzugsrechte unter einander aufgestellt werden. Hierbei würden wie überhaupt bei einem Absonderungsrechte von persönlicher nichtdinglicher Natur in Beziehung auf unbewegliches Vermögen die hirauf begründeten Hypotheken ihren dinglichen Vorzug selbstverständlich genießen, ganz so wie es bei dem abzusondernden Vermögen von Handelsgesellschaften und Erwerbsgenossenschaften der Fall ist und auch bei dem Absonderungsrecht nach § 49 (...) des Entw. einer d. Conc. Ord. vorkommen kann. Aus dem bereits Bemerkten eignet sich auch dieser Gegenstand für die Reichsgesetzgebung."

Der bayerische Gutachter kam letztlich zu folgenden Ergebnissen:

"a) Im Bereiche dinglicher Vorzugsrechte, insbesondere des Hypothekenrechtes wird die Gesetzgebung einer bestimmten Klasse von Gläubigern kaum eine günstigere Stellung vor anderen einräumen können. Soweit eine Abhilfe mit Rücksicht auf moderne Rechtsbildungen, insbesondere die Zulassung einer Hypothek für Inhaberpapiere sich rechtfertigt, fällt eine Specialgesetzgebung den einzelnen Staaten zu.

b) Ein Absonderungsrecht persönlicher Natur im Concourse hinsichtlich bestimmter Gegenstände oder eines Theiles des Vermögens entspricht in den betrachteten Verhältnissen den Interessen und Intentionen der Beteiligten in genügendem Maße u. kann in befriedigender Weise nur von der Reichsgesetzgebung geändert werden.

c) Die Regelung dieses Absonderungsrechtes (der einen oder anderen Art) wäre in der Deutschen Concursordnung wünschenswerth, wenn hier nicht thunlich wegen Dringlichkeit des Bedürfnisses im Wege eines besonderes Reichsgesetzes anzustreben."⁶⁴⁰

Die in der Stellungnahme des Referenten vertretenen Standpunkte machte sich auch der bayerische Justizminister von Fäustle zu eigen. Nichtsdestoweniger wollte er den bayerischen Vertretern in Berlin, die offenbar das Vertrauen des Justizministeriums genossen, in ihren Entscheidungen nicht vorgreifen. Diese sollten sich vielmehr an dem Verlauf der Kommissionsverhandlungen und an dem dort Machbaren und Durchsetzbaren orientieren. Von Fäustle brachte auf dem Gutachten des Referenten folgenden für Dr. Schmitt bestimmten Vermerk an:

"Unter Bezug auf Ihren Bericht vom 22. d. M. beehre ich mich Ihnen in der Anlage ein Gutachten des Referenten Dr. Hauser mit dem Bemerkten zur Verfügung zu stellen, daß ich die Anschauungen des Gutachters theile, es übrigens nicht für gerathen finde, Ihrem freien Ermessen bei Erledigung des Gegenstandes Schranken zu setzen und Sie in der Abgabe Ihres Votums, welches mit dem jeweiligen Stande zur Frage in den Commissionverhandlungen zu rechnen haben wird, zu beengen."⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Schreiben von Dr. Hauser an von Fäustle vom 30.5.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶⁴¹ Vermerk von Fäustle vom 21.6.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

gg) Kommissionsberatung

Aus den Aufzeichnungen Hagens ergibt sich nichts dahingehend, daß Schmitt nochmals versucht hätte, am Ende der ersten Lesung des Entwurfs auf eine Regelung der aufgeworfenen Problematik im Rahmen der Konkursordnung hinzuwirken. Dies mag zum einen daran gelegen haben, daß er selbst entsprechend den von ihm in seinem Bericht vom 22.5.1874 geäußerten Bedenken die Auffassung des Referenten Dr. Hauser nicht teilte, zum anderen daran, daß sich aus dem Verhalten der sonstigen Kommissionsmitglieder abzeichnete, daß ein Versuch, eine Regelung im Rahmen der Konkursordnung zu erreichen, ein erfolgloses Unterfangen sein würde. Im Ergebnis setzte sich in der Kommission jedenfalls die Meinung durch, daß die Frage durch den Entwurf der Konkursordnung nicht berührt und außerhalb der Konkursordnung geregelt sein sollte. In den Motiven zur Konkursordnung⁶⁴² wird ausgeführt, daß der Entwurf die Frage, inwiefern Papiere auf den Inhaber unter die Kategorie unkörperlicher oder körperlicher Gegenstände fallen, nicht berühren solle. Lediglich ein nach Zivilrecht begründetes Pfandrecht sei Voraussetzung. Auch die Frage über die Form des Pfandvertrages interessiere das Konkursrecht nicht, da sie nur das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und Schuldner berühre. Daher sollten die Verschiedenheiten der Zivilrechte sowohl bei der Verpfändung von körperlichen als auch bei unkörperlichen Gegenständen unverändert neben dem Konkursrecht bestehen bleiben. Die Lösung der Problematik wurde daher - wie auch später gezeigt werden wird - in das Einführungsgesetz zur Konkursordnung verlagert⁶⁴³.

11. Pfandgläubigern gleichgestellte Gläubiger

a) Gemeinschaftsdordnung

§ 49 der Gemeinschaftsdordnung enthielt eine Aufzählung bestimmter Gläubiger, die hinsichtlich einzelner Forderungen den Pfandgläubigern gleichgestellt sein sollten. Die Reihenfolge, in der die Gläubiger benannt waren, sollte allerdings keine Rangfolge untereinander darstellen⁶⁴⁴. Die in den deutschen Einzelstaaten höchst unterschiedlich geregelte Stellung der Pfandgläubiger zueinander sollte in der neuen Konkursordnung nicht durch eine Rangordnung unter den Absonderungsrechten bestimmt werden. Insbesondere sah der Entwurf nicht vor, eine bisweilen (z.B. in Bayern und Preußen) übliche Bevorzugung von Forderungen der Gemeinden und des Fiskus bzgl. direkter Steuern aufzunehmen. Das Absonderungsrecht sollte auf Zölle, Verbrauchsabgaben und sonstige öffentliche Abgaben beschränkt sein⁶⁴⁵. Es sollte für die Ausübung der einzelnen Absonderungsrechte keinen Unterschied machen, ob sie aus einem vertraglichen oder gesetzlichen Pfandrecht herrührten. Bei Prioritätsstreitigkeiten sollten allein die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts der Einzelstaaten maßgeblich sein⁶⁴⁶.

⁶⁴² Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 204.

⁶⁴³ Vgl. hierzu unten S. 158 f.

⁶⁴⁴ GSO, Motive, S. 291.

⁶⁴⁵ § 49 Nr. 1 GSO; GSO, Motive, S. 277.

⁶⁴⁶ Vgl. hierzu Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 218, 220.

b) Stellungnahme des bayer. Finanzministeriums

Insbesondere zur Beschränkung der Bevorzugung des Fiskus äußerte das bayerische Finanzministerium Bedenken. In den "Bemerkungen zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschaftsdordnung" führte es aus:

"Eine andere Frage ist, wie sich das Rechts- und Sachverhältnis verhalte, wenn der Schuldner des Staatsärars nicht in Besitze von unbeweglichen Sachen ist, auf welchen auf Eintrag in das dafür angewendete Buch eine Hypothek erworben werden kann. Hier hat nun vor Allem in Betracht zu kommen, was die §§ 48 und 49 des Entwurfs bestimmen. Hiernach sollen Gläubiger, welche an einer beweglichen Sache, an einer Forderung oder an einem anderen Rechte des Gemeinschuldners ein Faustpfandrecht erworben haben, aus den ihnen verpfändeten Gegenständen wegen ihrer Pfandforderung abgesondert befriedigt werden und unter Anderem den Faustpfandgläubigern die Staatskassen wegen öffentlicher Abgaben und Strafen für Hinterziehung von Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen gleichstehen (...). Eine Ausdehnung auf direkte Steuern wird jedoch nicht für zweckmäßig erklärt und durch Hinweisung auf die weitere Bestimmung, daß diejenigen, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch Pfändung auf frischer That ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Sachen den Faustpfandgläubigern gleichstehen sollen, als erledigt darzustellen versucht. Demgemäß wird das Staatsärar, wenn es Verluste vermeiden will, durch das Gesetz in die Lage gedrängt, rücksichtslos mit der Zwangsvollstreckung vorzugehen, um auf diesem Wege ein Pfandrecht und die abgesonderte Befriedigung seiner Forderung zu erlangen. Der Vorwurf der Härte wird nicht ausbleiben und doch fordert die Ordnung im Staatshaushalte, daß derjenige, welcher mit seinen Steuern im Rückstand sich befindet, zu deren Entrichtung mit allen gesetzlichen Mitteln angehalten werde, damit nicht die Bedürfnisse des Staates, zu welchen jeder nach seinen Kräften beizutragen hat, auf die Schultern der übrigen Steuerpflichtigen in einem diese nach der ursprünglichen Anlage nicht treffenden Maße gewälzt werden. Da nach den (...) Bestimmungen der bayerischen Prioritätsordnung das Staatsärar bezüglich der daselbst namhaft gemachten Forderungen zu der ersten Klasse der Gläubiger gehörte, so war für dasselbe ermöglicht, ohne all zu große Verlustgefahr in gewissen Fällen Nachsicht zu üben und harte Maßregeln bei der Beitreibung zu unterlassen."

c) Kommissionsverhandlung

Soweit aus den Nebenprotokollen zu den Kommissionsberatungen ersichtlich, nahm Schmitt allerdings die Argumentation des bayerischen Finanzministeriums nicht auf und versuchte weder durch einen offiziellen Antrag noch Diskussionsbeiträge eine Bevorzugung des Absonderungsrechts der Staatskasse zu erreichen. Allerdings setzte er sich - worauf später noch eingegangen wird - für eine Bevorzugung der Forderungen der Staatskasse bei der Reihenfolge der Massegläubiger ein. Bei den Absonderungsrechten beschränkte er sich darauf, die im Entwurf bereits vorgesehene Möglichkeit, aus einem Zwangsvollstreckungspfandrecht Absonderung zu verlangen mit den Worten „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“⁶⁴⁷ zu unterstützen. In der Kommission richtete sich die vorherrschende Meinung gegen eine Ausdehnung des Absonderungsrechts auf direkte Steuern, da insoweit auch die Möglichkeit der unmittelbaren Zwangsvollstreckung für die öffentliche Verwaltung bestand und somit ein Pfändungspfandrecht erworben werden konnte⁶⁴⁸. Insoweit blieb es bei der im

⁶⁴⁷ Vgl. Nebenprotokoll zur 57. Sitzung vom 6.7.1874, BArch, 688/2, 133.

⁶⁴⁸ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 208.

Entwurf zur Gemeinschuldordnung vorgesehenen Regelung, ohne daß die Wünsche des bayerischen Finanzministeriums Berücksichtigung gefunden hätten.

12. Gemeinschaftsverhältnisse

Bezüglich der Frage, wie die Rechte derjenigen zu regeln waren, die mit dem Gemeinschuldner in einem Gemeinschaftsverhältnis (z.B. Miteigentum, Güter-, Erbengemeinschaft oder Gesellschafter) standen, folgte bereits der Entwurf dem bayerischen Recht, das in § 5 der Prioritätsordnung vorsah, daß Anteile von Personen, die bezüglich eines Gewerbes, einer Fabrik oder eines Handelsgeschäftes mit dem Gemeinschuldner in Gesellschaft standen, abgesondert zu befriedigen waren⁶⁴⁹. Damit gab man im übrigen auch einer von Preußen vorgesehenen Lösung des Rechtsproblems

durch Separation gegenüber der im gemeinen Recht anzutreffenden Verfahrensweise den Vorzug. Letztere sah vor, daß die Anteile zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger verwendet werden konnten und die mit den Gemeinschuldner in Gemeinschaft stehenden Personen solidarisch mithafteten⁶⁵⁰.

13. Die Rangfolge der Masse- und Konkursgläubiger

Nachdem die Kommission in der 17. Sitzung vom 21.4.1874 nahezu ohne Beanstandungen und weitergehende Diskussionen die Vorschriften über die Aufrechnung im Konkurs und die Vorwegbefriedigung der Masse, Kosten- und Masseschulden abhandelte und hierzu auch von bayerischer Seite keine inhaltlich wesentlichen Änderungsvorschläge eingebracht worden waren, folgte eine Beratung der Rangfolge der nicht besonders gesicherten Gläubigerforderungen

Die Rangordnung der Konkursgläubiger untereinander ging auf die aus dem römischen Recht hergebrachten Hypotheken und Privilegien zurück. Seit dem 17. Jahrhundert war die Einteilung in Gläubigerklassen getragen "von der Idee vermeintlicher Gerechtigkeit und wirtschaftlichen Nutzens". "Das Streben, Gerechtigkeit bis in das kleinste zu üben, führte dahin, eine jede Forderung gegen die andere auf die Waage der Billigkeit zu legen und danach ihren Vorzug zu bestimmen; - ein Weg, der immer währende Nachhülfe verlangte und Vorrecht auf Vorrecht häufte, so daß ein Gläubiger privilegiert sein mußte, sollte er irgend Aussicht auf Befriedigung haben."⁶⁵¹

a) Gemeinschuldordnung

Im Königreich Bayern bestanden - wie bereits oben aufgezeigt - zwei Klassen von privilegierten Personalforderungen. Zwischen diese schoben sich Spezial-, Pfand- und Hypothekenrechte. Für die Übernahme einer entsprechenden Regelung in die Konkursordnung bestand aus gesetzgeberischer Sicht jedoch kein Anlaß, da dies insoweit systemwidrig gewesen wäre, als spezielle Vorzugs- sowie Pfand- und Hypothekenrechte bereits zu Absonderungsansprüchen führen sollten und daher bei den

⁶⁴⁹ GSO, Motive, S. 292.

⁶⁵⁰ Wentzel/Klose, S. 129.

⁶⁵¹ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 250; GSO, Motive, S. 326.

allgemeinen Konkursgläubigern nicht zu berücksichtigen waren. Das Bestreben der Verfasser der Deutschen Gemeinschuldordnung ging dahin, die Privilegien von den Auswüchsen zu befreien, die sich im Laufe der Jahrhunderte ergeben hatten und einfachere und sicherere Grundprinzipien einzuführen. Man hatte "jene stützende Grundidee der Nothwendigkeit von Vorrecht und Rangordnung überall als schweren Irrthum erkannt."⁶⁵² Anschaulich auf den Punkt gebracht, wird das Problem in den Motiven zur Gemeinschuldordnung wo es heißt⁶⁵³:

"Jede, noch so "gute" Vorrechtsordnung ist ein Uebel, je feiner ersonnen, je mehr abgestuft und ausgebildet, ein desto schlimmeres Uebel."

Die Erfahrung hatte gezeigt, daß Prioritätsstreitigkeiten die Verteilung und den Abschluß des Verfahrens hemmten und verschleppten. Eine Beschleunigung des Verfahrens lag im Interesse des Gesetzgebers. Vor diesem Hintergrund mußte "die Beseitigung aller Vorrechte (...) das Ziel sein"⁶⁵⁴, welches die Gesetzgebung nicht aus den Augen verlieren darf und unter diesem Gesichtspunkt sind die Ausnahmen zu prüfen, welche die Gesetze machen zu müssen geglaubt haben."⁶⁵⁵ Sicherlich spiegelt sich in der Egalisierung der Gläubiger auch die Entwicklung der bürgerlichen Gesellschaft wider, die der unterschiedlichen Bewertung sozialer Stellungen und Interessen, wie sie im Ancien Régime geläufig waren, kein Verständnis mehr entgegenbrachte.

Der Entwurf zur Deutschen Gemeinschuldordnung, der der Sachverständigenkommission zur Beratung vorlag, sah demzufolge nur noch wenige Bevorzugungen bei den Forderungen der Gemeingläubiger vor. Namentlich waren dies in § 61 der Gemeinschuldordnung das Vorrecht der Dienstleute an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen im letzten Jahr vor Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners und außerdem die Forderungen der Kinder und Pflégbefohlenen aus einer Veruntreuung ihres gesetzlich der Verwaltung oder dem Nießbrauch des Gemeinschuldners unterworfenen Vermögens (§ 62 Gemeinschuldordnung)⁶⁵⁶. Alle übrigen Gemeinforderungen sollten gemäß § 63 der Gemeinschuldordnung zu gleichen Rechten befriedigt werden. Sofern überhaupt Vorrechte zugestanden werden sollten, waren hierfür Rücksichten auf das öffentliche Wohl oder die besondere Schutzbedürftigkeit bestimmter Gläubiger maßgeblich. Damit sollten auch diverse Privilegien wegfallen, die die bayerische Gesetzgebung bestimmten Gläubigern eingeräumt hatte.

So sahen die Verfasser der Gemeinschuldordnung entgegen der Bayerischen Prioritätsordnung (§ 12 Nr. 3 und 9) keine Veranlassung, Ansprüche auf laufende oder rückständige Alimente, zu deren Leistung der Gemeinschuldner verpflichtet war, zu privilegieren. Vielmehr vertrat man die Auffassung, daß die Forderung sonstigen Ansprüchen gleichstehe. Es sei Sache der gesetzlichen Vertreter der Kinder, deren Forderungen rechtzeitig abzusichern. Im übrigen sei es eher angemessen, eine Verletzung der Alimentationspflicht nicht auf dem Rücken der übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners auszutragen. Ferner gelte es zu berücksichtigen, daß die

⁶⁵² GSO, Motive, S. 329. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 252.

⁶⁵³ GSO, Motive, S. 329; vgl. auch: Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 253.

⁶⁵⁴ Seuffert, Konkursprozeßrecht, äußerte im Rahmen seines zeitgenössischen Werks (S. 60 Fußnote 2) Zweifel „an dieser manchesterlichen Ansicht“.

⁶⁵⁵ GSO, Motive, S. 330; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 253.

⁶⁵⁶ GSO, Motive, S. 340 f.

Alimentationspflicht nicht nur den Gemeinschuldner, sondern auch beispielsweise die Mutter des anspruchsberechtigten Kindes treffe. Insoweit sei der Unterhaltsanspruch keine zu bevorzugende Forderung⁶⁵⁷.

Auch das im bayerischen Recht (§ 23 Nr. 3 PriorO) vorgesehene Vorrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners fand keine Aufnahme in die neue Insolvenzgesetzgebung⁶⁵⁸. Das Privileg der Ehefrau war seit jeher umstritten und hatte in den früheren Konkursverfahren immer wieder zu umfangreichen rechtlichen Auseinandersetzungen Anlaß gegeben. Einerseits galt es zur Verfahrensbeschleunigung derartige Prozesse zu vermeiden, zum anderen widersprach eine bevorrechtigte Befriedigung der Forderungen der Ehefrau dem damaligen Rechtsgefühl.

"Das Rechtsgefühl sträubt sich dagegen, daß die Frau, deren Bestimmung es ist, das Geschick des Mannes zu theilen, die Einzige sein soll, welche ungetroffen bleibt von dem Unglück oder der unredlichen Handlungsweise des Mannes, daß, um ihr Vermögen unversehrt zu retten, die fremden Gläubiger, von deren Kredit auch sie die Früchte genossen, zurückstehen, die Gläubiger vielleicht leer ausgehen sollen, damit die Frau des Gemeinschuldners und mit Hülfe ihres Vermögens dieser selbst in den Stand gesetzt werde, reichlich fortzuleben. Kein Vorrecht ist so unpolitisch wie dieses; es reizt zur Erbitterung der Gläubiger gegen den Schuldner, der Fremden gegen die Verwandten und stört den ruhigen Fortgang des Verfahrens. Es entzieht der Frau wie dem Mann einen treibenden Sporn zur Sparsamkeit und Vorsicht. Den Verlust des Vorrechts anzudrohen für den Fall, daß die Zahlungsunfähigkeit durch üble Wirthschaft der Frau entstanden, hilft nichts; die Drohung scheitert an der Schwierigkeit des Nachweises. Kein Vorrecht schädigt mehr den Kredit."⁶⁵⁹

Die Verfechter eines Vorrechts der Ehefrau an den von ihr eingebrachten Gegenständen stützten ihre Argumentation in erster Linie darauf, daß die Stellung der Frau eine besondere sei, da sie von den grundsätzlich zur Verfügung stehenden Mitteln zur Sicherung ihrer Ansprüche in der Regel keinen oder keinen rechtzeitigen Gebrauch machen würde. Dies liege in der Charakteristik einer Ehe, die nicht mit "kalter, berechnender Überlegung geschlossen" werde, wie ein Vertrag unter Geschäftsleuten und "die Ehefrau volles Vertrauen in die Geschäftskunde und Redlichkeit ihres Mannes" setze. Wenn sie sich von vornherein ihr Vermögen vorbehalte, verriete dies Mißtrauen und störe den ehelichen Frieden⁶⁶⁰. Dem wurde jedoch entgegengehalten, daß das Gesetz durchaus einen ausreichenden Schutz dadurch biete, daß es der Ehefrau letztlich doch vorbehalten sei, sich durch Erwerbung einer Hypothek oder anderweitige Sicherung rechtzeitig ein Absonderungsrecht zu verschaffen⁶⁶¹.

Eine weitestgehende Einschränkung der bevorrechtigten Forderungen versuchte der Entwurf der Gemeinschuldordnung außerdem dadurch zu erreichen, daß eine Bevorzugung der Forderungen von Gemeinden, Kreisen und politischen Verbänden sowie Begräbnis- und Medizinalkosten - entgegen den Gesetzen vieler Einzelstaaten, insbesondere auch Bayerns - keine Berücksichtigung fanden. Für die Begräbniskosten war zwar anerkannt, daß es Sitte und Pietät erforderten, daß jeder Leichnam bestattet wird, jedoch orientierte man sich an dem Recht ausländischer Staaten und der auch in Deutschland vereinzelt zu findenden Regelung, die eine Beseitigung dieses Vorrechts

⁶⁵⁷ Vgl. GSO, Motive, S. 334; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 258.

⁶⁵⁸ GSO, Motive, S. 335 f.

⁶⁵⁹ GSO, Motive, S. 336; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 259.

⁶⁶⁰ Vgl. GSO, Motive, S. 337/338; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 260.

⁶⁶¹ GSO, Motive, S. 338.

aussprach. Dem Bedürfnis nach einer Bestattung sei durch damalige "Sterbe-Kassen-Institute" hinreichend Rechnung getragen⁶⁶².

b) Bayerns Haltung und Kommissionsberatung

Gegen die Abschaffung der vorgenannten Vorzugsrechte wandten sich weder die bayerischen Ministerien noch die Kommissionsvertreter bei den Beratungen in Berlin, so daß davon auszugehen ist, daß die Abweichung vom bayerischen Recht durchaus gebilligt wurde. Daß auch Schmitt grundsätzlich eine Haltung dahingehend einnahm, daß die Vorrechte - wo irgend möglich - zu beseitigen waren, läßt sich daraus folgern, daß er in seinem Antrag Nr. 40⁶⁶³ hinsichtlich der Vorschrift des § 63 des Entwurfes der Gemeinschaftsdordnung lediglich eine sprachliche, nicht jedoch eine inhaltliche Änderung dahingehend vorschlug, daß "alle übrigen Konkursforderungen", statt "alle übrigen Gemeinforderungen" zu gleichen Rechten befriedigt werden sollten. Schmitt unterstützte also insoweit den Inhalt des zur Beratung vorliegenden Entwurfs.

aa) Vorrechte des Fiskus und der Gemeinden

Von größerer Bedeutung und Wichtigkeit war für Bayern die Frage, inwieweit eine vorrangige Befriedigung der Staatskasse und Gemeinden abgeschafft werden sollte. Der Entwurf der Gemeinschaftsdordnung sah im Zuge des Credos, möglichst alle Vorrechte zu beseitigen, eine Bevorzugung nicht mehr vor. Für Bayern bedeutete dies nicht nur eine Kehrtwendung gegenüber dem bisher geltenden Recht, sondern auch einen tiefen Eingriff in den Staatshaushalt.

Der Hauptanteil der öffentlichen Einnahmen bestand trotz einer zunehmenden wirtschaftlichen Betätigung⁶⁶⁴ des Staates Mitte des 19. Jahrhunderts nach wie vor in Steuern⁶⁶⁵. Diese wurden teils als Einkommens- oder Vermögenssteuer erhoben, teils indirekt aus Zöllen oder Verbrauchsabgaben⁶⁶⁶. Trotz der Einführung einer allgemeinen Vermögenssteuer sowie einer Kapitalrenten- und einer speziellen Einkommenssteuer im Jahr 1850, machte bei den direkten Steuern die Grundsteuer in den Jahren 1855/56 noch einen Anteil von über 70 % aus. Auch der Malzaufschlag war eine Hauptstütze des bayerischen Haushalts⁶⁶⁷. Die Gewerbesteuer war mit lediglich 12,3 % beteiligt⁶⁶⁸. Preußen und Baden erzielten um die Mitte des 19. Jahrhunderts 28 % ihrer Einnahmen aus direkten und rund 47 % aus indirekten Steuern und sonstigen Einnahmen⁶⁶⁹. In Bayern war dieser Anteil nur geringfügig niedriger⁶⁷⁰. Mit der Gründung des Norddeutschen Bundes bzw. des Deutschen Reiches wurde die Verteilung der Einkünfte zwischen Bundes bzw. Reichs- und Bundesstaaten neu geordnet. Das Reich erhielt vor allem den Reinertrag aus Zöllen und Verbrauchssteuern. Einigen süddeutschen

⁶⁶² Vgl. GSO, Motive, S. 333; Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 257.

⁶⁶³ Antrag Nr. 40 (von Schmitt), BArch 690, 49.

⁶⁶⁴ Born, S. 70.

⁶⁶⁵ Henning, S. 624 ff.

⁶⁶⁶ Vgl. Fischer, S. 417 ff.

⁶⁶⁷ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 796.

⁶⁶⁸ Vgl. Spindler-Zorn, Bd. IV, 2. Teilbd.; S. 796.

⁶⁶⁹ Vgl. zu den Staatseinnahmen: Henning, S. 622.

⁶⁷⁰ Zur damaligen bayerischen Steuer- und Haushaltspolitik: Hesse, S. 198.

Bundesstaaten, so auch Bayern, wurde jedoch vorbehalten, eigene Biersteuern und auch Branntweinsteuern zu erheben und einzubehalten⁶⁷¹. Besonders in der Fiskalpolitik rangen die politischen Kräfte der zentralen Macht im Deutschen Reich sowie in den Bundesstaaten um Kompetenzen und öffentliche Einnahmen. Der bayerische Staatshaushalt hatte sich nach einem kurzen Aufschwung durch eine französische Kriegsentschädigung in den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts zunehmend defizitär gestaltet⁶⁷². Dies beeinflusste wohl auch die Haltung Bayerns bei der Schaffung der Reichskonkursordnung.

Für eine Beseitigung des fiskalischen Vorrechts für Steuerrückstände, Gebühren, Auslagen und sonstige zu Gunsten der öffentlichen Verwaltung begründete Forderungen sprach die Erwägung, daß "bei einer geordneten Staatsverwaltung, der Ausfall welchen der Staat in Konkursen erleidet, für den Staatshaushalt kaum ins Gewicht fallen möchte, und daß es wirtschaftlich richtiger sei, wenn der Verlust sich auf die Gesammtheit aller Steuerpflichtigen vertheilt, als wenn die wenigen, durch den Konkurs ohnehin beschädigten Gläubiger den Ausfall des Staates zusammen steuern."⁶⁷³ Man vertrat auch die Auffassung, daß der Staat und die öffentliche Verwaltung kraft der ihnen zur Verfügung stehenden Mittel zur Durchsetzung und Sicherstellung ihrer Forderungen weniger schutzbedürftig seien.

(1) Stellungnahme des bayer. Finanzministeriums

Diesen Standpunkt teilte Bayern, insbesondere dessen Finanzministerium nicht. In den im königlichen Staatsministerium der Finanzen bearbeiteten "Bemerkungen zu dem Entwurf einer deutschen Gemeinschaftsdordnung" hielt der Referent ein "Plädoyer" für einen Vorrang der Forderungen öffentlicher Stellen, insbesondere der Staatskassen.

"Es mag ein eitles Bemühen sein, in einer Zeit, wo man, wie man zu sagen pflegt, Alles über einen Büsten zu schlagen bestrebt ist, für Vorrechte überhaupt und insbesondere für ein Vorrecht des Fiskus, einzutreten - gleichwohl mögen in dieser Richtung gegenüber der in den Motiven aaO enthaltenen Ausführung einige Worte gestattet sein. In den selben wird anerkannt, daß das fiskalische Vorrecht in allen Staaten der Gegenwart, auch England und die Vereinigten Staaten nicht ausgenommen, überall, aber nicht in Massen bestehe und daß es ein durch tausendjährigen Besitz wohl erworbenes Recht geworden sei. Eine so großartige Uebereinstimmung der verschiedensten Gesetzgebungen, von denen nur eine völlig vereinzelt das Gegentheil eingeführt hat, erscheint aber als das Erzeugniß uralter, in den Rechtsüberzeugungen der verschiedensten Völker und Zeiten wurzelnder Nationalansicht, und man wird schwerlich behaupten können, die Moral oder Würde des Staates erfordere, daß ein solches Vorrecht, welches in der so allseitig und so lange Zeit anerkannten Rücksicht auf das öffentliche Wohl einen Grund hat, beseitigt werde. Keiner der vielen Staaten, bei denen das selbe besteht, wird beschuldigt werden können, daß er die Moral und Würde des Staates außer Acht gelassen habe, wenn er verlangt, daß jeder Bürger ihm eine Schuld ungeschmälert entrichte. Oder entspricht es vielleicht der Moral und Würde des Staates mehr, wenn er, um zu verhindern, daß die übrigen Staatsbürger nicht diejenige Last zu übernehmen haben, welche dem saumseligen Schuldner obliegt, ohne Weiteres zur Zwangsvollstreckung schreitet? Kein Organ der Staatsverwaltung wird die Verantwortlichkeit für den Vorwurf auf sich nehmen wollen, daß es die Zahlungsfähigkeit des Schuldners des Staates nicht aufmerksam geprüft oder überwacht, und sich um Einziehung der fälligen Schuld nicht rechtzeitig bemüht habe. Ein

⁶⁷¹ Vgl. Spindler, Bd. IV, 2. Teilbd., S. 796.

⁶⁷² Spindler, Bd. IV, 1. Teilbd., S. 288 m.w.N.

⁶⁷³ GSO, Motive, S. 331 f. ; vgl. auch Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 254.

energisches, rücksichtsloses Drängen auf Einhaltung der vorhandenen Verbindlichkeiten wird die Folge der Aufhebung des fiskalischen Vorrechtes sein, man müßte dann voraussetzen wollen, daß der Staat die Hand dazu bieten soll, die Einziehung einer fälligen Schuld zu versäumen.

Nicht deshalb, weil in dem Haushalt eines Staates der Ausfall, welchen er in dem Concourse unvermögender Schuldner erleiden mag, einen gewichtigen Posten bildet, sondern deßhalb, weil es ein Vorrecht ist, wenn die Schuld eines Steuerpflichtigen auf den Schultern der übrigen Staatsbürger gewälzt wird, ist es nothwendig, daß Niemand von der ihn gesetzlich obliegenden Verbindlichkeit, zu den Bedürfnissen des Staates dasjenige beizutragen, frei gelassen wird. Wenn ferner in den Motiven (...) begründet wird, es sei wirthschaftlich richtiger, daß die wenigen durch den der Konkurs des Schuldners ohnehin beschädigten Gläubiger den Ausfall des Staates zusammensteuern, so darf dieser Behauptung die Frage entgegengestellt werden, ob die Lage der Gläubiger sich besser gestalte, wenn das Staatsärar im Wege der Zwangsvollstreckung sich die Rechte der Faustpfandgläubiger, welche dem selben nach Ziffer 7 § 49 des Entwurfes vorbehalten werden sollen, verschafft und die rechtzeitig gepfändete Sache den übrigen Gläubigern entzieht, daß aber solche Maßnahmen nicht ausbleiben werden, ist oben schon angedeutet worden. Steuerkredite, welche die Motive zum Entwurfe selbst als wohlfeilig anerkennen, werden immer seltener werden und die hierauf erwachsende Unzufriedenheit wird sich gegen die Staatsregierung kehren. "Kein Vorzugsrecht des Fiskus ist aufrecht zu erhalten", sagen die Motive. Nun, wenn dieser Gemeinatz durchgeführt werden soll, so muß folgerichtigerweise auch das Recht des Staatsärars fallen, welches in § 12 des bayerischen Hypothekengesetzes dem selben vorbehalten ist und wonach der Staat einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek hat. Dieses Vorrecht soll aber aufrechterhalten bleiben."

Außer den nur noch eingeschränkten Möglichkeiten der Steuerkreditierung rügte das bayerische Ministerium auch, daß es inkonsequent und nicht einzusehen sei, die im Entwurf der Gemeinschuldordnung bevorzugten Gläubiger, namentlich die Gläubiger der Vergütung für Dienstleistungen sowie die Forderungen der Kinder- und Pflegebefohlenen zu berücksichtigen, Ansprüche öffentlicher Stellen hingegen jedoch gänzlich außen vor zu lassen. So wird in der Stellungnahme des Finanzministeriums weiter ausgeführt:

"Uebrigens scheint nicht unbeachtet gelassen werden können, daß nach den §§ 61 und 62 des Entwurfes die für das letzte Jahr vor Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauernden Diensten verdungen hatten, sowie die Forderungen der Kinder- und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners aus einer Veruntreuung gesetzlich der Verwaltung oder dem Nießbrauch des Gemeinschuldners unterworfenen Vermögens Vorzugsrechte genießen sollen. Es wird billig die Frage aufgeworfen werden dürfen, ob die in den §§ 61 und 62 genannten Gattungen von Gläubigern eine größere Berücksichtigung verdienen, als die Steuerforderungen des Staates, an deren wichtigem Eingange jeder einzelne Staatsbürger betheilt ist und auf deren ungeschmälerte Einhebung der letztere gewissermaßen ein Recht hat. Betrachtet man den Vorschlag, kein Vorrecht des Fiskus aufrecht zu erhalten, von der Kehrseite, wie diese oben zu schildern versucht wurde, so ergibt sich allerdings, daß eine unmittelbare Gefährdung des Staatsärars nicht dessen unmittelbare Folge sein wird. Rücksichtslose Zwangsvollstreckungen werden im Stande sein, Verluste auf ein geringes Maß zu beschränken. Es ist also nicht eine Vorliebe für Vorrechte des Fiskus, welche veranlassen, zu bemerken, daß der Entwurf der deutschen Gemeinschuldordnung in der besprochenen Richtung eine Aenderung erleide; es ist vielmehr die einer wohlwollenden Regierung sich empfehlende Möglichkeit, Härten in der Beitreibung der Staatsgefälle zu vermeiden, welche bei obiger Betrachtung leitet. Da nach der bayerischen Prioritätsordnung § 12 Ziffer 4 diejenigen Forderungen, welche in § 61 des Entwurfes benannt sind, mit den Ziffern

6, 7 und 8 bezeichneten Schuldgattungen im Range gleichgestellt sind in der Art, daß die ersterwähnten Forderungen den Vorzug vor den Letztgedachten haben, so möchte eine gleiche Maßregel auch in dem Entwurfe der deutschen Gemeinschuldordnung zu treffen sein."⁶⁷⁴

Unabhängig von der Auffassung des bayerischen Finanzministeriums war auch die Haltung der bayerischen Vertreter in Berlin klar dahin ausgerichtet, eine Aufnahme des Vorrechts der Reichs- und der Staatskasse sowie auch bezüglich der Forderungen von Gemeinden wegen öffentlicher Abgaben zu erreichen. So brachte Schmitt als offiziellen Antrag⁶⁷⁵ ein, daß eine Vorschrift als § 61 a zu ergänzen wäre. Nach seinem Vorschlag sollten nach den Gläubigern von Dienstbezügen und vor den Ansprüchen von Kinder- und Pflegebefohlenen wegen Veruntreuung von Vermögen

"II. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden wegen öffentlicher Abgaben für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens"

vorrangig befriedigt werden.

Die von Schmitt ins Auge gefaßten Änderungsvorschläge, die dem Finanzministerium noch zur Kenntnis gelangten, während dieses seine schriftliche Stellungnahme verfaßte, waren aus Sicht des Ministeriums noch nicht weitgehend genug. Seitens des Finanzministeriums dachte man daran, die Stellung der Forderungen des Staates und der Gemeinden im Rahmen des gesamten Insolvenzverfahrens noch weiter dadurch zu stärken, daß man diesen nicht nur einen Vorrang bei den allgemeinen Konkursforderungen einräumen, sondern diese sogar als Massekosten ansetzen sollte. Allerdings zeigte man sich skeptisch, inwieweit diese Vorstellungen in Berlin durchsetzbar waren. Zumindest aber sollte nach den Vorstellungen des Ministeriums eine Bevorzugung der Staats- und Gemeindekasse vor den sonstigen Konkursgläubigern stattfinden. In den "Bemerkungen zu dem Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung" wird insoweit als Nachtrag ausgeführt:

"Nachdem vorstehende Bemerkungen niedergeschrieben worden waren, erfolgte die Mittheilung der Vorschläge, welche der Herr Justizministerialrath Dr. Schmitt unter dem 11. des Monats gemacht hat. Dies veranlaßt zu folgendem Nachtrage:

Es wird vor allem begutachtet, in nachstehender Richtung Änderung zu beantragen.

Es sei entweder in § 57 ein weiterer Absatz einzustellen:

"Zu den Kosten der Verwaltung sind insbesondere zu rechnen, alle direkten, ordentlichen und außerordentlichen Staats- und Gemeindeabgaben, soweit die selben neben dem bei Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens laufenden Jahre noch von zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren rückständig sind."

Oder (eventuell) als § 60 a die Bestimmung aufzunehmen:

"I. Alle direkten, ordentlichen und außerordentlichen Staats- und Gemeindeabgaben, soweit dieselben noch von den zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren rückständig sind."

⁶⁷⁴ Bemerkungen zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶⁷⁵ Antrag Nr. 40 (von Schmitt), BArch, 690, 49.

Was nun vorerst die erste Alternative anbelangt, so würde durch diese das Staatsärar wenigstens bezüglich der direkten Steuern in äußerst günstige Lage kommen; diese Lage würde diejenige noch übertreffen, welche bisher dem Fiskus durch die Landesgesetzgebung zugewiesen war, indem sodann die direkten Steuern nach § 56 des Entwurfes vor den Gemeinforderungen aus der Gemeinmasse würden berichtigt werden, während sie bisher mit den Gemeinforderungen konkurrierten und aus der Gemeinmasse befriedigt wurden. Ob es gelingen werde, eine solche bevorzugte Stellung des Staatsärars zur Geltung zu bringen, nachdem laut der Motive (...) als Massekosten nur die im Interesse aller bei der Masse beteiligten entstehenden Kosten, welche erforderlich sind, um das Befriedigungsverfahren durchzuführen, betrachtet werden sollten, mag dahingestellt bleiben.

Würde der in der ersten Alternative gestellte Vorschlag nicht angenommen, so wäre, wie oben darzulegen versucht wurde, eine bedeutende Gefährdung des Staatsärars insofern nicht zu befürchten, als letzteres einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek hat und von dieser Befugnis deshalb Gebrauch zu machen im Stande ist, weil der Schuldner zur Hypothekbestellung geeignete Objekte in Besitze hat. Für diejenigen Fälle, in welchen die oben erwähnte Voraussetzung nicht zutrifft, wäre die Annahme des obigen Vorschlags von höherem Werte, indem dann das Staatsärar nicht gezwungen wäre, durch rücksichtsloses Drängen bei Eintreibung der direkten Steuern auf dem Wege der Zwangsvollstreckung die Rechte eines Faustpfandgläubigers sich zu verschaffen (...)

Anlangend die zweite Alternative (...) unterscheidet sich dieser Vorschlag von dem oben angeführten zuvörderst dadurch, daß in dem selben den direkten Steuern der Vorrang selbst vor den für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen (...) eingeräumt werden soll, (...). Gegenüber den ausgeprägten Bestrebungen, kein Vorrecht des Fiskus aufrecht zu lassen, wird es kaum rätlich sein, für das Staatsärar noch mehr Vorrechte in Anspruch zu nehmen, als dem selben seither durch die Landesgesetzgebung, welche in den § 12 Ziffer 4 und 14 der Prioritätsordnung von 1822 dem Liedlohn der verbrödeten Diener des Gemeinschuldners für den Rückstand eines Jahres neben dem bei Eröffnung des Konkurses laufenden Jahre den Vorzug vor den direkten Staatsabgaben einräumt, zustanden.⁶⁷⁶

(2) Schmitt und die Kommissionsberatung

Schmitt berücksichtigte diese Wünsche des Finanzministeriums hinsichtlich der Formulierungsvorschläge und Ergänzung von Bestimmungen, die weitreichendere Vorrechte des Fiskus begründen sollten, jedoch nicht. Vielmehr beließ er es bei dem oben dargestellten von ihm formulierten Antrag, der bezweckte, den Forderungen der Reichs- und Staatskasse sowie der Gemeinden einen Vorrang an zweiter Stelle einzuräumen. Dies mag daran gelegen haben, daß er die vom Finanzministerium geäußerte Auffassung als zu weitgehend empfand und nicht teilte oder aber daran, daß er die relativ weitgehenden Vorschläge für nicht durchsetzbar hielt und es für diplomatisch geschickter erachtete, eine weniger weitreichende Forderung zu stellen, damit keine generell ablehnende Haltung erzeugt und die Ziele Bayerns zumindest im gehobenen Maße erreicht würden.

Im übrigen scheint er sich allerdings erfolgreich auf die Argumentation des Ministeriums gestützt zu haben. Über den Antrag Schmitts, das Vorrecht des Fiskus in die Konkursordnung aufzunehmen, beriet die Kommission in der 17. Sitzung am 21.04.1874. Als man zur Diskussion über die Rangfolge unter den Konkursforderungen schritt, kam Schmitts Antrag auf Einräumung eines Vorrechts des Fiskus zuerst zur

⁶⁷⁶ Bemerkungen zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung, BayHStA Abt.I I, MJu 12845.

Sprache und fand bei den Kommissionsmitgliedern eine breite Unterstützung. Dies mag daran gelegen haben, daß Schmitt mit seiner Argumentation die überwiegende Zahl der Kommissionsmitglieder überzeugen konnte, oder daran, daß auch die Vertreter der anderen Bundesstaaten von vornherein nicht auf das auch ihren Staatshaushalt betreffende Vorrecht verzichten wollten. Maßgeblich für die breite Zustimmung, die sich im Ergebnis der Abstimmung widerspiegelt, die mit lediglich zwei Gegenstimmen eine Annahme des Antrags von Schmitt zur Folge hatte, mögen auch wirtschaftliche Erwägungen gewesen sein.

Hagens notierte in seinen Nebenprotokollen⁶⁷⁷ als Anmerkung zu den einzelnen Wortmeldungen:

"Fiscus hat den Kredit nicht bloß im eigenen Interesse als Gläubiger zu bewilligen, sondern im Interesse des öffentlichen Wohls (Kredits), damit der tüchtige Privatmann zahlungsfähig erhalten und dessen Gläubiger von Verlusten bewahrt werden. Daher Vorrecht vor diesem. (Fiscus gewährt den Gläubigern auf deren Kosten eine Wohlthat)."⁶⁷⁸

Diese Überlegungen kamen dann auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck, wo es heißt:

"Kreditbeschränkungen würden selbst in ruhigen Zeiten dem allgemeinen Interesse nicht dienlich sein; in Zeiten allgemeiner Geschäftsstockung aber tritt der Anspruch auf Nachsicht wegen Steuerzahlung an den Fiscus in erheblich verstärkter und in völlig anderer Weise heran, als an Privatgläubiger, in Zeiten einer Krise hat der Fiscus den Kredit nicht so sehr im eigenen Interesse, wie jeder Gläubiger, sondern im Interesse des öffentlichen Wohls zu bewilligen. In der That rechtfertigt das öffentliche Interesse daher für kreditierte und nichtkreditierte Steuerforderungen ein Vorrecht."⁶⁷⁹

Bayern hat durch seinen Antrag auf Einräumung eines Vorranges für Forderungen der Reichskasse und der Gemeinden auch den Anstoß dafür gegeben, daß ebenfalls mit Rücksicht auf das „öffentliche Wohl“ und „zum Schutz von Kreditgebern, die nach den socialen Verhältnissen kreditieren müssen“⁶⁸⁰ der Wunsch nach einer Bevorzugung weiterer Gläubiger laut wurde, die fast in allen deutschen Einzelstaaten dem Fiskus gleichgestellt waren. Außer den Gemeinden, für deren Bevorzugung auch Schmitt eintrat, sollten nach den Vorstellungen des baden-württembergischen Vertreters Kohlhaas auch "die größeren Verbände", namentlich Provinzial-, Kreis- und Amtsverbände bezüglich der von ihnen zu erhebenden öffentlichen Abgaben eine Vorrangstellung erhalten. Mit einem insoweit von ihm in die Sitzung eingebrachten "Unteramendment zu Schmitt"⁶⁸¹ stellte er einen entsprechenden Antrag, der sogar mit lediglich einer Gegenstimme angenommen wurde.

⁶⁷⁷ Nebenprotokoll zur 7. Sitzung vom 21.04.1874, BArch 688/2, 48.

⁶⁷⁸ Die aus Kürzeln und abgekürzten Worten bestehende Notiz wurde hier zur verständlicheren Darstellung ausgeschrieben.

⁶⁷⁹ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 255.

⁶⁸⁰ Seuffert, Konkursprozeßrecht, S. 60.

⁶⁸¹ Nebenprotokoll zur 7. Sitzung vom 21.04.1874, BArch 688/2, 48.

bb) Forderungen gemeinnütziger Einrichtungen

Ohne daß von bayerischer Seite hierzu ausdrücklich die Initiative ergriffen worden wäre, kam es gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Rangordnung der allgemeinen Konkursgläubiger bezüglich der eben genannten Gläubigerkategorien noch zu einer anderen gravierenden Änderung.

Ein ebenfalls im Anschluß an die Diskussion von Schmitts Vorschlägen gestellter Antrag von Amsberg, außerdem auch die Kirch-, Pfarr- und Schulverbände zu privilegieren, fand nach den Gesetzesberatungen ebenfalls noch Aufnahme in die Vorschrift des § 61 Konkursordnung. Mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse sah das Gremium auch die Notwendigkeit, Forderungen der Kirchen und öffentlichen Schulen sowie von Stiftungen und anderen gemeinnützigen unter der Autorität des Staates stehenden Instituten zu privilegieren. In gewisser Weise war auch die Tradition für die Wiederaufnahme der Begünstigung ausschlaggebend. So war es "althergebracht, den Kirchen und den Schulverbänden die selbe Begünstigung wie dem Staate und den politischen Gemeinden zu theil werden zu lassen."⁶⁸² Um dieses Vorrecht nicht ausufern zu lassen, entschied man sich für eine Beschränkung des Vorrechts auf die öffentlichen Abgaben und Leistungen, welche nach dem Gesetz oder der Verfassung an Kirchen oder Schulen entrichtet werden mußten. Eine extensive Auslegung dahingehend, daß die Regelung auf Forderungen von Pfarreien, Geistlichen, Schulbedienten oder Privatschulen ausgedehnt werden sollte, beabsichtigte die Kommission nicht. Obwohl Bayern auf eine entsprechende Regelung nicht durch einen ausdrücklichen Antrag hinwirkte, ist der Anteil an der Aufnahme der Vorschrift nicht gering zu schätzen. Vielmehr hat Bayern durch sein Bemühen, ein Vorrecht des Fiskus und der Gemeinden festzuschreiben, maßgeblich darauf hingewirkt, daß im Zuge einer Anerkennung dieser Vorrechte auch die ähnlichen Forderungen sonstiger öffentlicher Stellen zu bevorzugen waren.

cc) Beiträge zu Brandversicherungsanstalten

Auch ein Privileg für öffentliche Feuerversicherungsanstalten fand noch Aufnahme in die dritte Kategorie der Konkursgläubiger. Die Bevorzugung der staatlichen Brandversicherer, die auch schon im bayerischen Recht gegolten hatte, wurde durch den für diese bestehenden Kontrahierungszwang gerechtfertigt⁶⁸³.

dd) Vorzugsrecht bei Bier- und Branntwein

Dem Ziel der Verfasser der Gemeinschaftsordnung eine Beseitigung aller Vorrechte zu erreichen, fiel auch das in der Prioritätsordnung vorgesehene bayerische Vorzugsrecht für Bier und Branntwein zum Opfer⁶⁸⁴. Zum einen sah man diese Vorrechte als "rein partikulär"⁶⁸⁵ an, zum anderen hielt man die Inhaber oder Pächter von Brauhäusern und Brennereien für nicht schutzbedürftiger als sonstige Gläubiger.

⁶⁸² Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 256.

⁶⁸³ Vgl. Jaeger-Lent, S. 862.

⁶⁸⁴ Der Malzaufschlag, die Biersteuer war in Bayern die bedeutendste indirekte Steuer, Vgl. Zorn, S. 177.

⁶⁸⁵ GSO, Motive, S. 330.

Hiergegen wendete sich Bayern nicht. Das Finanzministerium legte allerdings Wert darauf, daß sichergestellt werden sollte, daß die Forderungen des Fiskus für Abgaben (indirekte Steuern) auf Branntwein und Bier privilegiert würden. Es drängte insoweit auf eine Klarstellung im Wortlaut des Gesetzesentwurfs beziehungsweise des hierzu von Schmitt unterbreiteten Vorschlags.

In den Bemerkungen des bayerischen Finanzministeriums zu dem Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung⁶⁸⁶ heißt es:

"Da in den Vorschlägen des Herrn Ministerialrathes Dr. Schmitt, (...), bloß von direkten Steuern gesprochen wird, so wäre nach dessen Anschauung in Ansehung der indirekten Steuern, (...) ein dieselben berücksichtigender Zusatz in den Formulierungen (...) entsprechend. Die Landesgesetzgebung hat hinsichtlich der Stellung der Steuern im Gemeinschuldverfahren keinen Unterschied gemacht, ob dieselben direkte oder indirekte waren (...). Ob aus der Bestimmung in Art. 35 II der Reichsverfassung, daß in Bayern die Besteuerung des inländischen Branntweins und Bieres der Landesgesetzgebung vorbehalten bleibe, die Schlußfolgerung gezogen werden kann, der Landesgesetzgebung sei auch die Bestimmung darüber vorbehalten, welche Stellung die auf den inländischen Branntwein und das Bier gelegten Steuern in einem Gemeinschuldverfahren einzunehmen haben, müßte bezweifelt werden können. Nur die Besteuerung als solche ist der Landesgesetzgebung vorbehalten. Bisher hat aber auch das Landesrecht nicht für nöthig erachtet, für die Steuer auf Branntwein und Bier ein Absonderungsrecht in dem von Herrn Ministerialrath Dr. Schmitt vorgeschlagenen Sinn, daß Befriedigung aus den gesamten Gewerbsvorräten und beweglichen Gewerbs- vor- und -einrichtungen des Pflichtigen verlangt werden könne, einzuführen. Würde ein solches Absonderungsrecht zu erlangen sein, (...) so wäre ein Vorbehalt etwa in der Fassung einzufügen:

"Was die in Art. 35 II der Reichsverfassung bezeichneten Steuern betrifft, so wird auf das Reichseinführungsgesetz verwiesen."

Nach den Kommissionsberatungen sprach man sich bezüglich dieser Problematik im Ergebnis dahingehend aus, daß das Vorrecht des Fiskus sich auch auf indirekte Steuern erstrecken sollte. Zwar hielt man für kreditierte, indirekte oder direkte Steuern ein Vorrecht vom fiskalischen Standpunkt für nicht geboten, jedoch entschied man sich dennoch für ein solches. Bei Beseitigung des Vorrechts hätten die vielfachen Begünstigungen, die mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse den Steuerpflichtigen bei Steuerkrediten bisher gewährt werden konnten und damit letztlich mittelbar auch den Gläubigern zugute kamen, ihnen entzogen oder erheblich beschränkt werden müssen. Bezüglich der indirekten Steuern sah man außerdem die Schwierigkeit, daß die Abgabeschulden nach der damaligen Steuergesetzgebung erst einige Zeit nach ihrem Entstehen fällig wurden.

"Wenn also ein Brennereibesitzer (...) in Conkurs geräth, so werden regelmäßig indirekte Steuern zu fordern sein, deren Beitreibung vor der Concurseröffnung noch nicht möglich war. Solche Rückstände beruhen nicht auf ertheiltem Credite, vielmehr auf gesetzlicher Nothwendigkeit und die Hinausschiebung der Fälligkeitstermine, welche die Steuergesetzgebung festgesetzt hat, beruht wiederum auf einem thatsächlichen Bedürfnisse des öffentlichen Verkehrs. Die Bevorzugung solcher Rückstände ist darnach sowohl für die Staatsverwaltung als auch für den öffentlichen Verkehr nothwendig."⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶⁸⁷ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 255.

Insoweit ist dem Vorschlag des bayerischen Finanzministeriums, eine Gleichbehandlung der direkten und indirekten Steuern zu erreichen - auch wenn sich dies nicht ohne weiteres aus der späteren Gesetzesformulierung zu § 61 der Konkursordnung entnehmen läßt - durch die klarstellende Begründung in den Motiven zur Konkursordnung Rechnung getragen worden,

ee) Medizinalkosten

Für die Aufnahme des Vorrechts der Medizinalkosten - beschränkt auf das letzte Jahr vor Konkurseröffnung - sprach nach Auffassung der Kommission "allgemein Sitte und Sittlichkeit"⁶⁸⁸, "denn Sitte und Menschlichkeit verbieten den zur Hülfe von Kranken gerufenen Personen ihre Hilfsleistung davon abhängig zu machen, ob der Kranke die selbe sofort zu vergüten oder Vergütung sicher zu stellen vermag."⁶⁸⁹ Den Aufzeichnungen Hagens sowie der Korrespondenz zwischen dem bayerischen Vertreter in Berlin und München läßt sich zwar nicht entnehmen, wie sich die bayerischen Vertreter bezüglich der Aufnahme dieses Vorrechtes bei der Abstimmung verhielten, jedoch werden diese nur wenig Einwände dagegen gehabt haben, nachdem der Entwurf der Konkursordnung dadurch dem bayerischen Recht näher gebracht wurde.

ff) Geldstrafen

Auf Bedenken stieß die in dem Entwurf zur Gemeinschaftsdordnung in § 65 vorgesehene Bestimmung, daß Strafgeelder in Gemeinschaftsverfahren generell nicht geltend gemacht werden können sollten. Auch hier sah man das Interesse des Staats und der Allgemeinheit an einer Beitreibung - ähnlich wie bei den Steuern und Abgaben - gefährdet. Das bayerische Finanzministerium sprach sich in den "Bemerkungen zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschaftsdordnung" gegen die im Entwurf vorgesehene Regelung aus.

"Nach § 65 des Entwurfes sollen Strafgeelder im Gemeinschaftsverfahren gar nicht geltend gemacht werden können. Dieselben sind ebensogut Forderungen desjenigen geworden, in dessen Kasse sie fließen, wie alle übrigen Forderungen an den Gemeinschaftsdner und wenn sie rechtzeitig eingetrieben werden, so gehen sie immer an der Gemeinschaftsdmasse ab. Wirft man sie ganz und gar aus der letzteren hinaus, so wird aber die Folge die sein, daß sie mit rücksichtsloser Strenge eingehoben werden. Es dürfte somit kein Grund vorhanden sein, sie im Concourse gar nicht zu berücksichtigen. Ziffer 3 des § 65 des Entwurfes wäre daher zu streichen."

Die Anregung einer entsprechenden Änderung im Sinne des Finanzministeriums wurde allerdings - soweit aus den Akten des bayerischen Justizministeriums und des Reichskanzleramts ersichtlich - von den bayerischen Vertretern in Berlin nicht aufgegriffen. Zu klar war wohl die in der Kommission vorherrschende Auffassung, daß die von dem Gemeinschaftsdner zu entrichtenden Geldstrafen nicht mit den übrigen Verbindlichkeiten gleichgestellt sein sollten, da sie weniger ihn strafen, als vielmehr die

⁶⁸⁸ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 257.

⁶⁸⁹ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 257.

schuldlosen Konkursgläubiger schädigen könnten, die durch eine Verringerung der Konkursmasse benachteiligt würden⁶⁹⁰.

In einer Stellungnahme des Finanzministeriums an das Justizministerium vom 30.05.1874⁶⁹¹ hielt man folgendes fest:

"Was die Geldstrafen betrifft, wird bezüglich dieser nichts anderes erübrigen, als gegen den Schuldner rücksichtslos vorzugehen, da dieselben im Konkursverfahren nicht mehr geltend gemacht werden können. In Fällen dieser Art, wo immer ein Verschulden vorliegt, wird einem tatkräftigen Vorgehen, um die Vorrechte des Faustpfandgläubigers zu erlangen, der Vorwurf der Härte weniger gemacht werden können, als in denjenigen Fällen, wo es sich um die Beitreibung eines sonstigen Staatsgefälles handelt."

14. Teilhabe von Absonderungsgläubigern an der Masse

Hinsichtlich der Regelung der Frage, inwieweit Absonderungsgläubiger berechtigt sein sollten, ihre Forderung auch gegen die Konkursmasse geltend zu machen, stellte sich der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung auf einen ähnlichen Standpunkt wie das bayerische Recht. Insoweit war ein Einschreiten aus Sicht Bayerns nicht erforderlich.

a) Bayerisches Recht

Artikel 1300 BayCPO sah vor, daß ein Gläubiger, der ein Faustpfand hatte, es jedoch noch ungewiß war, ob bzw. in welchem Umfang seine Forderung hieraus befriedigt werden würde, er einstweilen bezüglich der übrigen Masse und bei der Verteilung so zu behandeln war, als wenn das Pfand nicht Bestand hätte. Er konnte insoweit mit seiner allgemeinen Forderung am Verfahren teilnehmen. Sofern später allerdings eine Befriedigung aus dem Pfand möglich war, mußte er den sonstigen Gläubigern, die durch die vorläufige Berücksichtigung der Forderung eines Faustpfandgläubigers einen Nachteil hatten, Ersatz leisten⁶⁹².

b) Gemeinschuldordnung und Kommissionsberatung

Der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung bestimmte in § 66, daß ein Gläubiger, der ein Recht auf abgesonderte Befriedigung beansprucht, eine Forderung zu dem Betrag gegen die Gemeinmasse geltend machen konnte, mit dem er auf eine abgesonderte Befriedigung verzichtet hatte oder mit dem er bei dieser ausgefallen ist. Für die zu schaffende Konkursordnung sah man es als Selbstverständlichkeit an, daß jeder Absonderungsgläubiger bei einer Geltendmachung seiner persönlichen Forderung zur Konkursmasse denselben Vorschriften und Beschränkungen unterworfen sein sollte, wie alle sonstigen Konkursgläubiger. Während das gemeine Recht eine Benachteiligung der Separatisten insoweit vorsah, als diese bei einem Ausfall ihres Absonderungsrechts erst nach den sonstigen Konkursgläubigern ihre Ansprüche

⁶⁹⁰ Vgl. GSO, Motive, S. 351; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 270.

⁶⁹¹ Brief vom Staatsministerium der Finanzen an das Königliche Staatsministerium der Justiz vom 30.05.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁶⁹² Vgl. Barth, Bd. III, S. 399.

durchsetzen konnten, behandelten die Preußische Konkursordnung und das ihr folgende Gesetz der bayerischen Zivilprozeßordnung die Absonderungsberechtigten günstiger, indem ein Absonderungsgläubiger seine Forderung gleichzeitig zur Konkursmasse anmelden konnte⁶⁹³. Eine der bayerischen Regelung entsprechende Vorschrift, die eine Reservierung von Ansprüchen für den Absonderungsgläubiger ermöglichte, sah man als unpraktisch an. Kritikpunkt war vor allem, daß die umständliche Vorgehensweise, die die Vornahme immer wieder neuer Verteilungen und Berechnungen zur Folge gehabt hätte, zu einer Verfahrensverzögerung führen konnte⁶⁹⁴. Die Kommission entschied sich daher in Übereinstimmung mit dem Entwurf zur Gemeinschaftsordnung dafür, einen absonderungsberechtigten Konkursgläubiger erst nach Verzicht auf sein Absonderungsrecht oder (teilweise) erfolglosem Zugriff auf den Sicherungsgegenstand mit der nicht gedeckten Summe am allgemeinen Konkursverfahren teilnehmen zu lassen⁶⁹⁵. Diese Abweichung vom bayerischen Recht änderte allerdings nichts an dem grundsätzlichen Prinzip, so daß die bayerischen Vorstellungen wohl hinreichend berücksichtigt waren.

15. Bedingte Forderungen

Hinsichtlich der Behandlung noch nicht fälliger Forderungen in der Insolvenz, konnten sich für Bayern keinerlei Beanstandungen ergeben, nachdem sich bereits der vorliegende Entwurf stark an der bayerischen Prozeßordnung orientierte und diese sogar gegenüber den Regelungen anderer deutscher Gesetze favorisierte. Art. 1217 BayCPO sprach aus:

"Nach der Ganteröffnung sind bedingte Ansprüche an den Gantschuldner wie unbedingte, noch nicht fällige wie bereits verfallene zu behandeln (...)."

Der Grund hierfür war, eine möglichst gleichzeitige und beschleunigte Abwicklung zu erreichen. Wäre eine Berücksichtigung der Forderung erst nach einer während des laufenden Verfahrens eingetretenen Fälligkeit erfolgt, hätte dies wiederum verschiedenste Verteilungsmassen hervorgerufen und eine immer wieder neue Berechnung der auszukehrenden Summen notwendig gemacht.

Dieses Problem wollte man auch für die Reichskonkursordnung beseitigen. Insbesondere hielten die Verfasser der Gemeinschaftsordnung

"die Vorschriften der Preußischen Konkursordnung (...) und der meisten deutschen Gesetze, welche nur den Ansatz der noch nicht fälligen Forderungen bei der Vertheilung der Masse in Betracht ziehen, zu beschränkt. Sie nur durch Zurückbehalten eines Betrages aus der Masse bis zu ihrer Fälligkeit sicherzustellen, würde dem Zweck des Verfahrens dem Interesse der betagten und dem aller übrigen Konkursgläubiger zuwider laufen. Der Entwurf sagt deshalb, ähnlich dem Artikel 1217 der Bayerischen Prozeßordnung nur von den Konkursforderungen aber für alle Beziehungen "betagte Forderungen gelten als fällig."⁶⁹⁶

Bezüglich der bedingten Forderungen enthielt das bayerische Recht allerdings in Art. 1300 III BayCPO noch einen Hinweis dahingehend, daß die Auskehrung einer unter

⁶⁹³ GSO, Motive, S. 354.

⁶⁹⁴ GSO, Motive, S. 354.

⁶⁹⁵ Vgl. hierzu Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 272 ff.

⁶⁹⁶ GSO, Motive, S. 358/359; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 276.

aufschiebender Bedingung stehenden Forderung durch den Gläubiger nur gegen Stellung einer Sicherheit verlangt werden konnte. Auch insoweit entschied sich die Kommission zur Beratung der Reichskonkursordnung für eine entsprechende mit den übrigen deutschen Gesetzgebungen konform gehende Vorschrift⁶⁹⁷.

2. Teil: Formelles Insolvenzrecht

Den Vorschriften über die einzelnen Teile des Verfahrens und dessen Gang waren einige allgemeingültige Bestimmungen betreffend die Organe des Verfahrens und deren Zuständigkeit und Aufgaben vorangestellt.

1. Konkursgericht

Zunächst war zu behandeln, welches Gericht für die Durchführung des Konkursverfahrens zuständig sein sollte.

Nach der Bayerischen Civilproceßordnung war eine ausschließliche Zuständigkeit dem Bezirksgericht, also einem Kollegialgericht eingeräumt⁶⁹⁸. Die Verfasser des Entwurfs der Gemeinschuldordnung hielten es jedoch für sinnvoller - und dem widersprach Bayern letztlich auch nicht - eine Zuständigkeit des Einzelrichters am Amtsgericht allgemein einzuführen.

Maßgebend hierfür waren insbesondere die Aufgaben, die dem Konkursgericht zuteil werden sollten. Bei Schaffung der Reichskonkursordnung war man bestrebt, die administrative Tätigkeit des Gerichts auf ein Mindestmaß zu reduzieren⁶⁹⁹. Eine unmittelbare Teilnahme an der Verwaltung sollte dem Gericht nicht mehr zustehen und der Wirkungskreis lediglich auf Formalakte beschränkt sein⁷⁰⁰. In dieser Funktion war die Beteiligung eines Richterkollegiums nicht nur nicht notwendig, sondern mitunter auch hinderlich. So hatte auch der bayerische Gesetzgeber aufgrund dieser Schwierigkeit, die rein administrativen Tätigkeiten in die Hand eines selbständigen Kommissars gelegt. Da das neue Insolvenzrecht die richterliche Kompetenz auf Entscheidungen beschränken sollte, die das Rechtsverhältnis aller Konkursgläubiger zum Gemeinschuldner oder zum Verwalter zum Gegenstand haben, also unmittelbar das gesamte Verfahren betrafen, war es zweckmäßig, etwaige Entscheidungen durch einen Einzelrichter treffen zu lassen. In den wenigsten Fällen handelte es sich nach Einschätzung der Gesetzgeber um die Entscheidung zweifelhafter Fragen. Diese wiesen ohnehin meist eher im tatsächlichen als im rechtlichen Bereich Schwierigkeiten auf. Durch den Rechtsbehelf einer sofortigen Beschwerde gegen Entscheidungen des Amtsrichters war hinreichend die Möglichkeit zur Überprüfung erstinstanzlicher Entscheidungen gegeben. Außerdem sprachen gegen eine Zuständigkeit der Landgerichte auch praktische Gesichtspunkte. Nach dem bei Beratung der Konkursordnung vorliegenden Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes war eine

⁶⁹⁷ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 280; Art. 1217 bzw. 1300 BayCPO jeweils i.V.m. Art. 1118 BayCPO.

⁶⁹⁸ Fuchs, S. 30; Barth, Bd. III, S. 307; Schmitt, Bd. I, S. 162; Art. 1177 BayCPO.

⁶⁹⁹ Fitting, S. 243, vergleicht das Konkursgericht mit einer „Obervormundschaftsbehörde“ mit der Aufgabe, das Verfahren zu eröffnen und zu schließen und während seiner Dauer zu leiten und zu beaufsichtigen.“

⁷⁰⁰ Vgl. auch Völderndorff, S. 4 ff zur Rolle des Konkursrichters.

verhältnismäßig geringe Zahl von Landgerichten in sehr großen Bezirken vorgesehen. Aufgrund der relativ großen Entfernungen der verschiedensten Verfahrensbeteiligten zu dem zuständigen Gericht konnte die "Raschheit und Einfachheit des Verfahrens" erheblich beeinträchtigt werden und zusätzliche Kosten verursachen⁷⁰¹.

In Erwägung zu ziehen war außerdem noch, ob - wie im preußischen Recht - bei einem Konkursverfahren über das Vermögen eines Kaufmanns eine besondere funktionelle Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben sein sollte. Hierüber war sich selbst der Handelsstand⁷⁰² uneinig. Letztlich setzten sich Zweifel durch, ob die dem Konkursgericht vorbehaltenen Entscheidungen tatsächlich eine genauere Kenntnis kaufmännischer Gebräuche erforderten. Ferner wollte man vermeiden, die an sich aufgegebene - früher vor allem im preußischen Recht zu findende - Unterscheidung nach kaufmännischem und gemeinem Konkurs indirekt wieder ins Leben zu rufen. "Alle diese Erwägungen haben es rätlich erscheinen lassen, in Uebereinstimmung mit den Gesetzgebungen von Bayern, Württemberg, Baden und Bremen die Handelsgerichte, unbeschadet ihrer Zuständigkeit in den vorkommenden Spezialprozessen, von der Behandlung der Konkurse gänzlich auszuschließen."⁷⁰³

2. Verfahrensgrundsätze

Bei der Durchsicht der Notizen von Hagens zu den Kommissionsverhandlungen fällt bei den Beiträgen des bayerischen Vertreters Schmitt auf, daß dieser bei seinen Erwägungen häufig Bezug genommen hat auf Vorschriften der ZPO. Dies war insbesondere bei aus seiner Sicht notwendigen Verweisungen und sprachlichen Änderungen der Fall. Auch wenn an dieser Stelle nicht auf jeden dieser Beiträge eingegangen werden kann, zeigt sich doch an den folgenden Beispielen, daß Schmitt in den Gesetzesberatungen seine Erfahrungen bei der Kodifikation des Zivilprozeßrechts und seine besonderen Kenntnisse im Verfahrensrecht zugute kamen und dies letztlich auch zu einer besseren Abstimmung der Konkursordnung auf die in ihrer Entwicklung bereits weiter vorangeschrittene Zivilprozeßordnung führte⁷⁰⁴.

Daß den Konkursgerichten die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen auf Antrag oder von Amts wegen gestattet sein sollte, unterlag allseits keinen Bedenken. Insbesondere galt dies auch für Bayern. Dort galt mit Art. 1193 II BayCPO eine entsprechende Vorschrift, allerdings mit der Abweichung, daß die Ermittlungen durch einen seitens des Gerichts zu ernennenden Kommissär durchzuführen waren und dessen Aufklärungsbemühungen sich insbesondere auf die Frage der Vermögenslosigkeit beziehungsweise Überschuldung konzentrieren sollten.

"Der erwähnte Commissär (...) hat seine Erhebungen auf das für die Beantwortung der Frage, ob Ueberschuldung gegeben sei, Nothwendige zu beschränken und zu diesem Zwecke zunächst von dem Antragsteller, falls aber dieser ein Gläubiger ist, auch von dem Gemeinschuldner, wenn dieser sich im Gerichtsbezirke befindet, die nöthigen Aufklärungen und Belege durch

⁷⁰¹ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 294 und 295; GSO, Motive Bd. II, S. 4.

⁷⁰² In Bayern wurde dies vom Handelsstand befürwortet; vgl. Vorstellung der Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern an das k. Staatsministerium des Handels und der öffentlichen Arbeiten vom 07. März 1871. Bayer. Wirtschaftsarchiv, Akt zum Konkursrecht.

⁷⁰³ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 296; GSO, Motive Bd. II, S. 6..

⁷⁰⁴ Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 278 lobt, daß die Konkursordnung sorgfältig auf das Vollstreckungsrecht der ZPO abgestimmt worden sei.

persönliche Vernehmung auf Vorrufen zu erholen, kann sich auch nöthigenfalls zu weiteren Erhebungen der betreffenden Einzelgerichte bedienen. (...) Ist das Gericht über die Vermögensinsuffizienz oder darüber, ob die besonderen Voraussetzungen, von welchen die Zulässigkeit einer Ganteröffnung von Amts wegen abhängt, gegeben sind, im Zweifel, so wird auch hier ein Commissär ernannt und hat dieser in analoger Weise, wie wenn ein Antrag auf Ganteröffnung vorliegt, die nöthigen Recherchen zu pflegen."⁷⁰⁵

Der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung enthielt eine Vielzahl von Spezialbestimmungen, die den Regelungen der ZPO ähnlich waren. Zu nennen ist hier unter anderem die ursprünglich vorgesehene Vorschrift des § 75 der Gemeinschuldordnung, nach der das Gericht berechtigt sein sollte, auf Antrag zur Aufklärung der das Gemeinschuldverfahren betreffenden Verhältnisse Zeugen zu vernehmen. Diese Vorschrift hielt Schmitt für überflüssig⁷⁰⁶. Schmitt nahm seinen Antrag auf Streichung der Bestimmung zum Anlaß, darauf hinzuweisen, daß generell auf die Anwendung von ZPO-Vorschriften verwiesen und dann aber in der Konkursordnung viel gestrichen werden könne. Er formulierte daher in der 20. Sitzung den Antrag, folgende grundsätzliche Regelung einzufügen:

"Die Vorschriften der CPO finden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, für das Verfahren entsprechende Anwendung."

Der Vorschlag stieß dann auch auf Zustimmung. In den Motiven zur Konkursordnung⁷⁰⁷ findet sich zur Begründung der Vermerk:

"Das Konkursverfahren ist (...) der Anwendung prozeßrechtlicher Vorschriften nicht bloß zugänglich, sondern bedürftig. Der Entwurf beruht auf den Vorschriften der Civilproceßordnung und setzt diese als integrirenden Theil voraus. Er könnte nicht ohne erhebliche Aenderungen aus Prozeßgesetzen Ergänzung finden, welche auf anderen Grundlagen, als der Entwurf der Civilproceßordnung beruhen."

Schmitt war auch bezüglich der Frage, ob und inwieweit mündliche Verhandlungen im Konkursverfahren stattfinden sollten⁷⁰⁸, um Gesetzesvereinfachung durch Aufstellung eines Verfahrensgrundsatzes bemüht. Statt einer Anzahl von einzelnen Bestimmungen, in welchen ausgesprochen war, daß eine Entscheidung erst nach vorheriger mündlicher Verhandlung ergehen konnte, regte er im Antrag Nr. 55⁷⁰⁹ einen grundsätzlichen Verzicht auf eine mündliche Verhandlung an.

"Die Entscheidungen des Konkursgerichts können, soweit das Gesetz nicht anders bestimmt, ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Gegen Entscheidungen des Konkursgerichts, welche ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, findet sofortige Beschwerde statt."

⁷⁰⁵ Barth, Bd. III, S. 314 und 315.

⁷⁰⁶ Vgl. hierzu Antrag Nr. 55 (von Schmitt), BArch, 690, 69; Nebenprotokoll zur 20. Sitzung vom 27.04.1874, BArch, 688/2, 52.

⁷⁰⁷ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 297.

⁷⁰⁸ In Bayern entschied das Gantgericht grundsätzlich ohne vorherige mündliche Verhandlung, wenn es nicht um Streitigkeiten über angemeldete Forderungen oder Anfechtungen ging.

Vgl. Schmitt, Bd. I, S. 103.

⁷⁰⁹ Antrag Nr. 55 (von Schmitt), BArch 690, 69.

Der Umstand, daß Schmitt als Rechtsbehelf eine "sofortige Beschwerde" statt einer einfachen Beschwerde einführen wollte, zeigt, daß es ihm um eine möglichst weitgehende Beschleunigung des Verfahrens ging.

In den Nebenprotokollen⁷¹⁰ ist die Argumentation Schmitts wie folgt skizziert:

"Es dürfen nirgends Zweifel übrig bleiben und es muß eine Regel aufgestellt werden. Freilich der Begriff "mündliches Verfahren" ist im Entwurf (...) gleichbedeutend - zum Beispiel Quid § 87 II CPO für Zwangsvollstreckung 621 - der Regel nach gleichfalls keine mündliche Verhandlung - Konkurs ist kein Prozeßverfahren - mündliche Verhandlung nicht notwendig und zulässig."⁷¹¹

Die Argumentation führte zu einer einstimmigen Annahme seines Antrags und fand Niederschlag in den Motiven zur Konkursordnung. Dort wird ausgeführt, daß das Konkursverfahren weder ein Versäumnis-, noch ein Endurteil, also überhaupt kein Urteil im Sinne der Prozeßordnung zulasse und daher die Entscheidungen im Konkurs eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht als notwendig voraussetzen. Eine einschränkende Gesetzesformulierung, die in Ausnahmefällen dem Gericht dennoch anheimstelle, geeignetenfalls eine mündliche Verhandlung oder Anhörung der Beteiligten stattfinden zu lassen, sah man allerdings als zweckmäßig an.

3. Stellung und Aufgaben des Konkursverwalters

Ebenso unterschiedlich wie die Befugnisse des Insolvenzverwalters waren die Voraussetzungen über dessen Ernennung in den deutschen Einzelstaaten geregelt. Insbesondere war umstritten, in welchem Maß den Gläubigern Einfluß auf dessen Berufung eingeräumt sein sollte. Nach den Gesetzen, in denen die Konkursverwaltung in eine vorläufige und in eine definitive aufgeteilt war - wie in Preußen, Baden und Bayern - war allein das Konkursgericht zur Ernennung des einstweiligen Verwalters befugt⁷¹². Bezüglich der Berufung eines definitiven Verwalters war den Gläubigern ein Wahlrecht eingeräumt⁷¹³. In Preußen war die Auswahl durch den Richter nach Maßgabe einer Vorschlagsliste zu treffen, die für das Gericht bindend war. Andernorts⁷¹⁴ stand die Wahl generell unter dem Vorbehalt gerichtlicher Bestätigung. Im Gegensatz hierzu war in Bayern das Wahlrecht der Gläubigerversammlung unbeschränkt. In Art. 1280 BayCPO sollten "die in der Verhandlungstagfahrt versammelten Gläubiger und Vertreter (...) über diejenigen Gegenstände, welche das gemeinschaftliche Interesse betreffen, Beschluß (...) fassen." Hierher gehörte nach Ziffer 1 der Bestimmung insbesondere die Wahl des definitiven Masseverwalters⁷¹⁵.

⁷¹⁰ Nebenprotokoll zur 21. Sitzung vom 28.04.1874, BArch, 688/2, 54.

⁷¹¹ Die aus schwer leserlichen Abkürzungen bestehende Anmerkung ist hier ausgeschrieben.

⁷¹² Vgl. Art. 1195 Nr. 2 BayCPO.

⁷¹³ GSO, Motive Bd. II, S. 7.

⁷¹⁴ Z.B. in Bremen.

⁷¹⁵ Barth, Bd. III, S. 384.

a) Wahl und Abberufung

Der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung sah in den dortigen §§ 76 und 78 eine vermittelnde Lösung vor. Demnach sollte der Gemeinverwalter zunächst von dem Gericht ernannt und verpflichtet werden. Die Gläubiger konnten jedoch in der nächsten Gläubigerversammlung statt des Ernannten eine andere Person wählen. Mit der entsprechenden Regelung sollte einerseits dem in gewisser Weise öffentlichen Charakter des Amtes des Konkursverwalters Rechnung getragen werden, welches nur durch eine obrigkeitliche Verleihung erlangt werden konnte, zum anderen war gewährleistet, daß den Verfahrensbeteiligten ein überwiegender Einfluß auf die Auswahl des Verwalters eingeräumt war⁷¹⁶.

Dieses Widerspruchs- und Wahlrecht der Gläubiger dürfte den bayerischen Wünschen vollauf entsprochen haben, zumal Schmitt eine ähnliche, im Vergleich zum bayerischen Recht sogar weniger weit gehende Regelung vorschlug⁷¹⁷. Er regte an, den Gläubigern ein Anhörungsrecht insoweit einzuräumen, als sie sich über die Person des ernannten Verwalters in der ersten Gläubigerversammlung erklären können sollten. Das Gericht hatte dann "zu diesem Zweck und zur Beschlußfassung über die Bestellung eines Gläubigerausschusses einen besonderen, nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin bestimmen."

Allerdings blieb es letztlich nicht bei der zunächst im Entwurf zur Gemeinschuldordnung vorgesehenen, zum bayerischen Recht analogen Regelung. Das Kommissionsmitglied von Kohlhaas stellte nämlich in der 20. Sitzung vom 27.04.1874⁷¹⁸ einen Antrag dahingehend, daß das Gericht die Bestätigung der von den Gläubigern vorgenommenen Wahl versagen können sollte. Diese Einschränkung, die den Gedanken der obrigkeitlichen Verleihung des Amtes stärkte, fand nahezu ungeteilte Zustimmung in der Kommission, die mit nur einer Gegenstimme für den Vorschlag stimmte. Überzeugend waren wohl außer dem Argument, daß der Verwalter nicht aufgrund privatrechtlicher Vollmacht handeln solle, auch die Erfahrungen der Praxis, die gezeigt hatten, daß die Entscheidung der Gläubiger wohl nur aus triftigen Gründen von dem Gericht unbeachtet bleiben würde und fast immer eine Berücksichtigung des Willens der Gläubiger und Bestätigung von deren Wahl zu beobachten sei. "Diese Thatsache dürfte beweisen, daß der Streit um eine Erweiterung der Gläubigerrechte, so lebhaft derselbe zuweilen geführt worden, auf diesem Gebiete von mehr theoretischer, als praktischer Bedeutung ist."⁷¹⁹ Man wird daher davon ausgehen können, daß auch die bayerischen Vertreter mit der angesprochenen Änderung einverstanden waren.

b) Sicherheitenbestellung

Der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung sah in § 76 S. 2 vor, daß der Gemeinverwalter und sein eventueller Stellvertreter eine Sicherheit bestellen sollten, wenn "dieselben nicht vermöge eines Amtes öffentlichen Glauben haben", die nach Art und Betrag vom Gericht zu bestimmen war. Dies sollte die Schadloshaltung der Gläubiger im Falle etwaiger Mißwirtschaft des Insolvenzverwalters ermöglichen. § 79

⁷¹⁶ Kohler, S. 401, sah in dem Konkursverwalter ein „Organ der Gläubigerschaft“.

⁷¹⁷ Vgl. Antrag, Nr. 65 (von Schmitt), BArch, 690,81.

⁷¹⁸ Nebenprotokoll zur 20. Sitzung vom 27.04.1874, BArch, 688/2, 52.

⁷¹⁹ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 303.

der Gemeinschuldordnung sah vor, daß die Gläubiger die Befugnis hatten, die Bestellung einer Sicherheit zu erlassen. Die Frage einer Kautionspflicht des Verwalters war in den deutschen Einzelstaaten und auch im Ausland unterschiedlich geregelt. Teilweise war von Gesetzes wegen eine Verpflichtung festgelegt, teilweise war hierüber vom Gericht von Amts wegen zu entscheiden, teilweise lag die Frage der Sicherheitsbestellung gänzlich im Ermessen der Gläubiger⁷²⁰.

In Bayern war hierüber keine Bestimmung getroffen, was wohl vor allem daran gelegen hat, daß der Konkursverwalter dort ohnehin nur in eingeschränktem Maß zu einer selbständigen Geschäftsführung berechtigt war. Insoweit hielt man es wegen des geringeren Handlungsspielraums wohl nicht für notwendig, die Gläubigerschaft mit besonderen Garantien zu versehen.

Aus dem Antrag Schmitts⁷²¹, der lautete:

"Der Gläubigerausschuß und die Gläubigerversammlung kann dem Verwalter und Stellvertreter die Bestellung einer Sicherheit auferlegen."

ergibt sich, daß der bayerische Vertreter die Möglichkeit einer verpflichtenden Hinterlegung für sinnvoll hielt. Bei kleineren Verfahren hielt Schmitt aber eine obligatorische Kautionsleistung für nicht zulässig und möglich⁷²². Das Ansinnen Schmitts, eine Kautionsleistung vom Ermessen der Gläubiger abhängig zu machen, scheiterte jedoch mit insgesamt lediglich drei befürwortenden Stimmen. Die Mehrheit der Gesetzgebungskommission vertrat die Auffassung, daß den Gerichten die Befugnis eingeräumt sein sollte, den Verwalter zur Kautionsleistung anzuhalten. Bei den weitgehenden Befugnissen des Verwalters erschien eine solche Ermächtigung - wenigstens für die Zeit der provisorischen Verwaltung, während der den Gläubigern eine unmittelbare Einwirkung auf die Geschäftsführung entzogen war - angezeigt, selbst wenn eine Mehrheit von Gläubigern auf eine Sicherheitsleistung verzichten wollen würde. Den Besonderheiten des Einzelfalles sei dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß dem Gericht ein Ermessen hinsichtlich der Bestimmung der Art und Höhe eingeräumt werden sollte⁷²³.

c) Aufsicht

Die Verfasser des Entwurfs der Deutschen Gemeinschuldordnung unterwarfen den Verwalter der Aufsicht des Gerichts, welches befugt sein sollte, bei pflichtwidrigen - nicht jedoch lediglich unzulässigen - Handlungen des Verwalters disziplinarische Maßnahmen gegen diesen zu ergreifen⁷²⁴. Die Regelung befand sich mit dem bayerischen Recht insoweit nicht in völliger Übereinstimmung, als dort den Gläubigern die umfassenden Kontroll- und Entscheidungsrechte bezüglich des Masseverwalters, der als Vertreter der Gläubigerschaft und der Masse galt, eingeräumt waren⁷²⁵.

⁷²⁰ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 305 m.w.N.

⁷²¹ Antrag Nr. 55 (von Schmitt), BArch 690, 69.

⁷²² Nebenprotokoll zur 20. Sitzung vom 27.04.1874, BArch, 688/2, 52.

⁷²³ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 305.

⁷²⁴ Vgl. § 82 Gemeinschuldordnung.

⁷²⁵ Vgl. insbesondere in § 1280 BayCPO.

Von einer Übertragung der Aufsicht über den Insolvenzverwalter auf den Gläubigerausschuß sah der Gesetzgeber jedoch ab, weil das Verhältnis zwischen Gläubigern und dem Verwalter nach dem Grundprinzip des Entwurfs ein koordiniertes sein sollte und die offizielle Stellung des Konkursverwalters dagegen sprach, den Gläubigern eine Kontrollfunktion über diesen zu geben. Hiergegen wendete sich Bayern nicht. Änderungsbedarf sah Schmitt allerdings insoweit, als nach dem ursprünglichen Entwurf die Verhängung eines Ordnungsgeldes beziehungsweise eine Entlassung des Verwalters jeweils durch das Gericht erst nach vorheriger mündlicher Verhandlung zulässig sein sollte. Dies war mit dem Bedürfnis nach dringenden Entscheidungsfindungen zur Beschleunigung des gesamten Verfahrens nicht vereinbar. Das bayerische Kommissionsmitglied beantragte⁷²⁶ daher eine Änderung des ursprünglichen § 82 dahingehend, daß lediglich eine Anhörung stattfinden und ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichts nicht zulässig sein sollte. Diesen Erwägungen trug die Kommission dann auch zumindest zum Teil Rechnung und führte an Stelle einer Verhandlung eine bloße Anhörung ein.

„(...) die Anrufung eines anderen Gerichts oder die Nothwendigkeit eines förmlichen Prozesses würde mit den Anforderungen einer prompten Geschäftsführung unverträglich sein. Dem Verwalter gegenüber wird eine sorgfältige Erwägung des Gericht durch die ihm gesicherte Anhörung verbürgt.“⁷²⁷

Zu weit ging der Kommission allerdings das Ansinnen des süddeutschen Kommissionsmitglieds, ein Beschwerderecht des Konkursverwalters gegen entsprechende Entscheidungen des Gerichts auszuschließen.

d) Vergütungsbewilligung

Die weitreichenden Entscheidungskompetenzen der Gläubigerschaft im bayerischen Recht zeigen sich auch daran, daß dort der Gläubigerausschuß für die Festsetzung der Entlohnung des Masseverwalters zuständig war⁷²⁸. Dementsprechend sollte nach der Gemeinschaftsordnung zwischen dem Gläubigerausschuß und dem Verwalter eine freie Vereinbarung über die Höhe des Honorars getroffen werden⁷²⁹. Die Kommission sah aber zum einen die Gefahr, daß die unabhängige Stellung des Insolvenzverwalters beeinträchtigt werden konnte und zum anderen das Problem, daß den Gläubigern häufig auch die zur objektiven Beurteilung des Aufwandes des Gesamtvollstreckungsverwalters erforderliche Information fehlte⁷³⁰.

4. Gläubigerausschuß

Ebenso wie das preußische und bayerische Recht sah auch der Entwurf der Reichskonkursordnung einen Gläubigerausschuß als Vertretungsorgan der Gläubiger vor. Abweichungen zum bayerischen Recht sind außer bezüglich der Zahl der Mitglieder, die in Bayern auf 3 bis 5 eingegrenzt war, in den zusätzlichen Befugnissen des Gerichtskommissärs zu sehen. Dieser sollte für den Fall, daß ein Gläubigerausschuß

⁷²⁶ Antrag Nr. 55 (von Schmitt), BArch 690, 69.

⁷²⁷ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 307.

⁷²⁸ Art. 1280, 1293 BayCPO.

⁷²⁹ Vgl. GSO, Motive, Bd. II, S. 15.

⁷³⁰ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 307.

- der nicht obligatorisch, sondern nur fakultativ⁷³¹ war - nicht bestellt wurde, die dem Gläubigerausschuß sonst gesetzlich zugewiesenen Genehmigungen und Ermächtigungen ausüben dürfen. Außerdem sollte der Gerichtskommissär den Vorsitz in den Sitzungen des Gläubigerausschusses führen und bei Stimmgleichheit entscheiden können. Die Reichskonkursordnung schloß sich entsprechenden Vorschriften nicht an. Hiergegen sprach, daß die Einsetzung eines Gläubigerausschusses rein fakultativ bleiben und bei einem Absehen von einer Bestellung nicht durch anderweitige Organe ersetzt werden sollte. Dies war mit der gewollten Selbständigkeit eines Gläubigerausschusses und der lediglich eine Rechtsaufsicht ausübenden Stellung des Gerichts nicht vereinbar⁷³². Angesichts dieser nur relativ geringfügigen Unterschiede war es für Bayern nicht geboten, auf eine stärkere Angleichung an das bayerische Recht hinzuwirken.

5. Gläubigerversammlung

Durch die Einsetzung des oben erwähnten Gläubigerausschusses sollte ermöglicht werden, "die Gesamtheit der Gläubiger von der eigentlichen Verwaltung fern zu halten."⁷³³ Nichtsdestoweniger waren die Verfasser des Gesetzesentwurfs der Auffassung, daß eine Reihe von Gegenständen, zum Beispiel die Bestimmung über die Art der Geschäftsführung, der Hinterlegung oder Anlegung von Geldern, über eine Unterstützung des Gemeinschuldners oder die Annahme bzw. Ablehnung von Vergleichsvorschlägen und über das Schicksal von nicht zu verwertenden Vermögensstücken, der Beschlußfassung einer Gläubigerversammlung vorbehalten sein sollte⁷³⁴. Dies sei teilweise wegen der besonderen Wichtigkeit der zu entscheidenden Fragen und im übrigen deswegen erforderlich, weil es in der Natur der Sache liege, daß die Gläubiger hierüber zu befinden haben.

a) Stimmberechtigung

Umstritten war insgesamt vor allem, inwieweit Gläubiger, deren Forderungen bestritten waren, an der Entscheidungsbildung teilnehmen durften. Vielen Gesetzen erschien eine absolute Ausschließung dieser Personen bedenklich. In Preußen und Österreich fand vor der Entscheidung über die Stimmrechte noch ein gesondertes, weitläufiges Erörterungsverfahren statt⁷³⁵. Man suchte daher einen Mittelweg zu beschreiten, indem den Gerichten bezüglich der Zulassung dieser Gläubiger an einer Abstimmung ein Ermessen eingeräumt war. Eine nur in der BayCPO – sonst nirgendwo - zu findende Regelung dahingehend, daß der Gerichtskommissär in Streitfällen über das Stimmrecht zu entscheiden hatte⁷³⁶ konnte sich nicht durchsetzen. Man hielt es auch nicht für angemessen, die Stimmberechtigung – wie in Bayern – an weitere Bedingungen wie die Vorlage von Bescheinigungen bzgl. der Forderungen zu knüpfen und hierdurch das freie Ermessen des Gerichts einzuschränken⁷³⁷. Dem bayerischen Recht trat man aber in dem Entwurf insoweit relativ nahe, als die grundsätzliche Möglichkeit von vorläufigen

⁷³¹ Kohler, Leitfaden, S. 225.

⁷³² Vgl. GSO, Motive Bd. II, S. 22; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 310 und 313.

⁷³³ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 313.

⁷³⁴ GSO, Motive Bd. II, S. 22.

⁷³⁵ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 314; GSO, Motive Bd. II, S. 24.

⁷³⁶ Barth, Bd. III, S. 385; Art. 1281 III BayCPO.

⁷³⁷ GSO, Motive Bd. II, S. 24; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 315.

Stimmrechten für die Gläubiger bestrittener Forderungen nicht nur – wie in anderen Staaten⁷³⁸ – für die Beschlußfassung bezüglich einer Vergleichsannahme gelten sollte. Insoweit waren für die bayerischen Vertreter keine Einwände veranlaßt. Die Entscheidung über die Stimmrechte wurde in den ersten Prüfungstermin gelegt. In Zweifelsfällen sollte das Konkursgericht entscheiden.

b) Beschlußfassung

Die Frage, was zu einem Mehrheitsbeschluß gehören sollte, beantworteten die Partikularrechte unterschiedlich⁷³⁹. Gebräuchlich war insbesondere eine Entscheidung entweder nach Kopf- oder nach Summenmehrheit. Das bayerische Recht sah insoweit in Art. 1281 I BayCPO vor, daß Beschlüsse der Gläubigerversammlung durch Stimmenmehrheit, welche nach den Forderungsbeträgen zu bemessen war, gefaßt werden mußten⁷⁴⁰. Demnach war für die Entscheidung die Meinung derjenigen Gläubiger maßgeblich, welche nach ihren zusammengezählten Forderungen die größere Summe zu liquidieren hatten. Also konnte eine Minderheit von Gläubigern eine Mehrzahl überstimmen, wenn die auf die Minorität entfallenden Gesamtansprüche höher waren. Bei Kopfmehrheit wäre es demgegenüber unabhängig von der Höhe der Forderungen beteiligter Gläubiger nur auf die einfache Stimmenmehrheit nach Personen angekommen.

Der Entwurf der Gemeinschuldordnung befürwortete eine Kombination zwischen den Abstimmungsmethoden dahingehend, daß Beschlüsse der Gläubigerversammlung "nach einfacher Mehrheit der Zahl der Personen und zugleich der Summe ihrer Forderungen" gefaßt werden sollten⁷⁴¹. Hiergegen richtete sich ein Antrag von Schmitt, der eine Regelung entsprechend dem bayerischen Recht anstrebte⁷⁴². In der 23. Sitzung der Kommissionsberatung hob er hervor, daß es bei einer Entscheidung nach Summenmehrheit nur selten unbillige Härten gebe und daß es letztlich doch nur um das Geldinteresse der Gläubiger ginge. Den Notizen von Hagens in seinen Nebenprotokollen⁷⁴³ läßt sich weiter entnehmen, daß Schmitt dahingehend argumentierte, daß der zur Beratung vorliegende Entwurf die kleinen Gläubiger zu sehr berücksichtige und das Einflußrecht der übrigen Gläubiger schwäche. Zudem sei es schwierig, die Anforderung eines Zusammentreffens von Personen- und Summenmehrheit zu ermöglichen. Ein entsprechender Beschluß komme nicht zustande, wenn es bei dem vorgesehenen gesetzlichen Modus bleibe.

Diese Überlegungen finden sich sinngemäß auch in der späteren Gesetzesbegründung⁷⁴⁴ wieder. Schmitt zog seinen eigenen Antrag - mit Rücksicht auf einen ähnlichen Antrag von Hertz, der dann mit 9:2 Stimmen Annahme fand - zurück. Der Entwurf entschied sich letztlich im bayerischen Sinne für eine Beschlußentscheidung durch Stimmenmehrheit, da die Überstimmung der kleinen Gläubiger durch die großen Summen eine geringere Härte bedeutete und das Interesse des Rechts der Gläubiger zur Teilnahme am Konkursverfahren sich letztlich durch die Höhe der Forderungen

⁷³⁸ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 315.

⁷³⁹ GSO, Motive Bd. II, S. 25.

⁷⁴⁰ Barth, Bd. III, S. 384.

⁷⁴¹ § 91 Gemeinschuldordnung.

⁷⁴² Vgl. hierzu Antrag Nr. 55 (von Schmitt), BArch, 690, 69.

⁷⁴³ Nebenprotokoll zur 23. Sitzung vom 2.5.1874, BArch 688/2, 57.

⁷⁴⁴ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 316.

bestimme. Die Stimmenzahl nach Köpfen fand lediglich noch insoweit Berücksichtigung, als dies bei - ohnehin nur selten vorkommender - Summengleichheit bei der Abstimmung den Ausschlag geben sollte.

6. Eröffnungsgrund

Eine einheitliche Rechtsauffassung, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein Insolvenzverfahren in Gang gesetzt werden konnte, bestand zur Zeit der Entstehung der Reichskonkursordnung in den deutschen Einzelstaaten nicht. Die Meinungen gingen dahin, daß entweder Vermögensunzulänglichkeit, Zahlungsunfähigkeit, eine Zahlungseinstellung oder eine Überschuldung vorliegen mußte⁷⁴⁵.

a) Bayerische Civilproceßordnung

In Bayern war gemäß Art. 1173 BayCPO Voraussetzung für die Zulässigkeit der Gant in der Regel, daß das Vermögen, das die Gantmasse bilden sollte, zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichte⁷⁴⁶. Ausnahmsweise konnte allerdings gemäß Art. 1176 BayCPO die Gant dennoch eintreten⁷⁴⁷. Dies war dann der Fall, wenn über das Vermögen einer Gesellschaft oder Genossenschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet worden war und deren Mitglieder solidarisch mithafteten⁷⁴⁸. Über deren Privatvermögen konnte dann ein Konkursverfahren unabhängig von dem Stand des Vermögens betrieben werden. Mit der Regelung orientierte sich Bayern entsprechend dem früheren Gemeinrecht an dem Kriterium der Vermögensunzulänglichkeit. Einer Zahlungseinstellung als Eröffnungsgrund war Bayern lediglich beschränkt auf Kaufleute gefolgt⁷⁴⁹.

b) Gemeinschuldordnung

Bei dem Entwurf der Gemeinschuldordnung setzte sich die Auffassung durch, daß der Kredit "nicht mehr etwas dem kaufmännischen Gewerbe Eigentümliches"⁷⁵⁰ sei. Maßgeblich für die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Kaufleuten und sonstigen Personen war auch die Abgrenzungsproblematik. Insoweit entsprach die für die Gemeinschuldordnung getroffene Regelung und die Argumentationsbasis der bayerischen Sichtweise⁷⁵¹. Allerdings knüpfte man für jedermann - ob Kaufmann oder Nichtkaufmann - die Eröffnung eines Konkursverfahrens an die Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit und nicht der Vermögensunzulänglichkeit⁷⁵².

⁷⁴⁵ Vgl. GSO, Motive Bd. II, S. 34 ff; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 319.

⁷⁴⁶ Barth, Bd. III, S. 303.

⁷⁴⁷ Näher hierzu: Vierling, S. 450.

⁷⁴⁸ Kohler, Lehrbuch, S. 77.

⁷⁴⁹ Art. 1175 I Nr. 2 BayCPO; Barth, Bd. III, S. 304.

⁷⁵⁰ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 321; GSO, Motive Bd. II, S. 41.

⁷⁵¹ Siehe oben B. 2. Teil: III. 2.

⁷⁵² GSO, Motive Bd. II, S. 38 f.

c) Kommissionsberatung

Bezüglich der Abweichung vom bayerischen Recht dahingehend, daß nicht die Vermögensunzulänglichkeit, sondern die Zahlungsunfähigkeit Grund der Konkursöffnung sein sollte, schienen die gegen die bayerischen Vorschriften sprechenden Erwägungen⁷⁵³ überzeugend gewesen zu sein. Zumindest erhob Bayern keine Einwendungen hiergegen. Die Kommissionsmitglieder von Amsberg und von Kohlhaas regten im Rahmen der Diskussion an, alternativ zur Zahlungsunfähigkeit auch eine Überschuldung als Tatbestandsmerkmal aufzunehmen. Dies fand durchaus Schmitts Unterstützung. Er führte bei den Kommissionsberatungen aus⁷⁵⁴:

"Im Falle Spitzeder⁷⁵⁵ fand man (...) eine große, zur Bezahlung aller laufenden Ausgaben völlig ausreichende Summe vor; alle (...) Schulden konnten, noch bezahlt werden (...). Insoweit wäre Zahlungsunfähigkeit zu eng; der Konkurs muß eröffnet werden können. Andererseits Zahlungsunfähigkeit zu weit, wenn schon bei eigentlicher Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung Konkurs zulässig sein sollte. Freilich gibt Zahlungsunfähigkeit eine starke Vermuthung für die Überschuldung. Daher muß schon die Zahlungsunfähigkeit zu dem Antrag auf Konkursöffnung (...) zur Einleitung des Vermögensschutzes berechtigen. Die Überschuldung ist die Grundlage der bisherigen Reichsgesetzgebung (...). Zahlungseinstellung muß auf Einstellung aller Zahlungen und auf Kaufleute beschränkt werden."

Wie vorstehendem zu entnehmen ist, hielt Schmitt eine Beschränkung auf kaufmännische Unternehmungen für angezeigt. Ferner sollte die Frage der Überschuldung auch nach einer äußeren Anknüpfungstatsache, nämlich der Zahlungseinstellung beurteilt werden. Er formulierte in der 25. Sitzung einen eigenen Antrag⁷⁵⁶:

"Dieselbe ist insbesondere anzunehmen, wenn ein Kaufmann, eine Handelsgesellschaft oder eine Genossenschaft ihre Zahlungen eingestellt haben."

Schmitt konnte sich jedoch mit seinem Ansinnen an dieser Stelle nicht durchsetzen. Nachdem vorherige noch weiter gehende Anträge von Kohlhaas und Amsberg gescheitert waren, lehnte man auch Schmitts Antrag mit 7:4 Stimmen ab⁷⁵⁷.

In der Kommission war die Meinung vorherrschend, daß eine Zahlungsunfähigkeit nach außen hervortreten muß. Dies konnte durch eine Zahlungseinstellung geschehen. Diese mußte allerdings ihren Grund in einer Zahlungsunfähigkeit haben. Bei einer Annahme des Vorschlages von Schmitt – selbst bei einer Beschränkung auf Kaufleute – hätte die äußere Anknüpfungstatsache zur Verfahrenseröffnung ausreichen können, obwohl der fehlende Ausgleich von Forderungen durchaus auf einer berechtigten Zahlungsverweigerung beruhen konnte. Die Kommission trat außerdem der Auffassung entgegen, daß eine Zahlungseinstellung bei Kaufleuten eine besondere Bedeutung habe. Eine Zahlungseinstellung sei keineswegs spezifisch für den Handelsverkehr, sondern komme überall, auch bei Privatleuten vor. Häufig betrieben diese ihr Geschäft ohnehin in kaufmännischer Weise, ohne Kaufmann zu sein. Außerdem wäre durch eine

⁷⁵³ Zu diesen insbesondere: GSO, Motive Bd. II, S. 35 f.

⁷⁵⁴ Wie vor. Die aus Kürzeln bestehende Notiz wurde zum besseren Verständnis ausgeschrieben.

⁷⁵⁵ Schmitt nahm insoweit Bezug auf den Zusammenbruch einer Schwindelbank - der sog. Dachauer Bank – der Münchener Schauspielerin Adele Spitzeder im Jahr 1872; hierzu Spindler, Bd. IV, Zweiter Teilbd., S. 818.

⁷⁵⁶ Nebenprotokoll zur 25. Sitzung vom 5.5.1874, BArch, 688/2, 61.

⁷⁵⁷ Nebenprotokoll zur 25. Sitzung vom 5.5.1874, BArch 688/2, 61.

Einführung des Tatsbestandsmerkmals der „Zahlungseinstellung“ bei kaufmännischen Unternehmen die an sich aufgegebene Unterscheidung zwischen kaufmännischem und gemeinem Konkurs teilweise wieder herbeigeführt worden. Der Wunsch Schmitts konnte daher keine Berücksichtigung finden.

Im Rahmen der Beratungen über die Eröffnungsgründe erkannte die Kommission allerdings, daß Aktiengesellschaften und Nachlässen eine andere Behandlung zuteil werden mußte. Bei der Abstimmung über einen Antrag Schmitts zur Frage der Antragsberechtigung beim Nachlaßkonkurs⁷⁵⁸, der „vorbehaltlich späterer Einbringung“ einstweilen angenommen worden war, entschied man den Konkurs über einen Nachlaß und das Vermögen von Aktiengesellschaften durch besondere Bestimmungen gesondert zu regeln⁷⁵⁹. Die Sachverständigen sahen hier eine Überschuldung als ausreichend an. Für die Aktiengesellschaften wurde dies damit begründet, daß die Gläubiger ausschließlich auf das Vermögen der Gesellschaft angewiesen seien. Bei eingetretener Überschuldung sei es diesen nicht zuzumuten, abzuwarten, bis auch eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt. Die Schwierigkeit, einen Nachweis dahingehend zu führen, daß eine Überschuldung vorliegt, war außerdem bei Aktiengesellschaften nicht gegeben, da diese eine Verpflichtung zur Veröffentlichung ihrer Bilanzen traf⁷⁶⁰. Ähnliches galt auch für Nachlässe⁷⁶¹. Für solche war eine entsprechende Bestimmung bereits in § 100 der Gemeinschuldordnung vorgesehen. Auch hier wurde das bereits im bayerischen Recht vorzufindende Erfordernis der Überschuldung als maßgeblich angesehen, da es wesentlich einfacher war, ein Inventar zu erstellen, als bei sonstigen Gemeinschuldern⁷⁶². Insoweit fand die ursprünglich in Bayern regelmäßig geforderte Voraussetzung einer Überschuldung des Vermögens zumindest partiell noch Berücksichtigung in der Konkursordnung.

7. Eröffnungsverfahren

a) Konkursantrag

Außer dem materiell-rechtlichen Grund für eine Insolvenzverfahrenseröffnung stand auch zur Debatte, wer befugt sein sollte, ein solches in Gang zu bringen. Während einige Partikularrechte - so auch das bayerische - eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens von Amts wegen gestatteten, war dies in anderen Staaten ausgeschlossen. Bei der Kodifikation der Reichskonkursordnung trug man einer moderneren Rechtsauffassung Rechnung, die besagte, daß ein Eingreifen des Staats in privatrechtliche Verhältnisse zu vermeiden war⁷⁶³. Ein praktisches Bedürfnis für ein Einschreiten amtlicher Stellen bestand nicht. Statistische Auswertungen hatten gezeigt, daß die Gerichte von der ihnen eingeräumten Befugnis nur selten Gebrauch machten. Dies war auch nicht zum Schutz von Gläubigern geboten. Nach der Auffassung der Gesetzgeber - welcher Bayern nicht entgegentrat - konnte diesen abverlangt werden, daß sie sich über die Vermögenslage ihres Schuldners selbst informierten. "Wer in

⁷⁵⁸ Hierzu weiter unten.

⁷⁵⁹ Nebenprotokoll zur 25. Sitzung am 05.05.1874, BArch 688/2, 61.

⁷⁶⁰ Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 442.

⁷⁶¹ Vgl. Warneyer, S. 377.

⁷⁶² Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 453.

⁷⁶³ GSO, Motive Bd. II, S. 31/32.

dieser Beziehung die nöthige Vorsicht verabsäumt, kann daraus kein Recht ableiten, daß der Staat in bevormundender Sorge für ihn eintrete (...)."⁷⁶⁴

Übereinstimmung bestand mit dem bayerischen Recht dahingehend, daß sowohl der Gemeinschuldner, als auch sämtliche seiner Gläubiger berechtigt sein sollten, die Durchführung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen⁷⁶⁵. Das bayerische Kommissionsmitglied Schmitt widersprach jedoch einer Vorschrift in § 99 des Entwurfs der Gemeinschuldordnung dahingehend, daß bei einem Nachlaßkonkurs ein "Vertreter des Nachlasses" antragsberechtigt sein sollte. Insoweit beantragte er eine Streichung⁷⁶⁶. Schmitt hielt den in der Gemeinschuldordnung vorgesehenen Begriff einerseits für zu eng, andererseits für zu unbestimmt. Er war der Auffassung, daß generell alle Persönlichkeiten, die als rechtliche Repräsentanten des Erblassers anzusehen waren, also auch Nachlaß- und Testamentsverwalter sowie Benefizialerben, zur Antragstellung berechtigt sein sollten⁷⁶⁷. Der Vorschlag Schmitts, die ursprünglich in der Gemeinschuldordnung vorgesehene Bestimmung zu ändern, wurde mit 8:3 Stimmen angenommen. Der Antrag Schmitts führte schließlich zu einer ausführlichen Aufzählung der zur Antragstellung berechtigten Personen⁷⁶⁸. Die Kommission entschied, die einen Nachlaßkonkurs betreffenden Bestimmungen in einem besonderen Abschnitt der Konkursordnung zu regeln⁷⁶⁹.

b) Eröffnung

Soweit sich das früher in Deutschland geltende Konkursrecht an der gemeinrechtlichen Praxis orientierte, war insbesondere problematisch, daß dem Gemeinschuldner, sofern er gegen eine Eröffnung des Verfahrens Widerspruch erhoben hatte, die Vermögensunzulänglichkeit nach strengen Beweisregeln nachgewiesen werden mußte⁷⁷⁰. Hierdurch traten erhebliche Verfahrensverzögerungen ein. Das preußische Recht versuchte, diese Hindernisse zu beseitigen, indem es gänzlich in das Ermessen des Gerichts stellte, ob es vor Eröffnung des Verfahrens noch Ermittlungen zur Vermögenssituation des Schuldners anstellen ließ. Im übrigen war dem Schuldner gegen den sofort vollstreckbaren Beschluß des Gerichts lediglich eine 10-tägige Frist zur Einreichung einer Aufhebungsklage eingeräumt. Diese Regelung war massiver Kritik ausgesetzt.

"Mit bedrohlicher Leichtigkeit kann der Konkurs eröffnet werden und die Beseitigung eines entschuldbaren Mißgriffs ist kaum erreichbar. Oft ist in der Praxis die Eröffnung des Konkurses ohne Anhörung des zur Stelle befindlichen Schuldners ohne gerichtliche Vernehmung des provozierenden Gläubigers oder anderer Personen nicht selten lediglich auf den bescheinigten Antrag beschlossen; und nicht vereinzelt ist vorgekommen, daß ein Erkenntniß auf Wiederaufhebung des zu Unrecht eröffneten Konkurses vollstreckbar wurde zu einer Zeit, als die Masse bereits versilbert und durch Vertheilung nahezu erschöpft war."⁷⁷¹

⁷⁶⁴ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 325.

⁷⁶⁵ GSO, Motive Bd. II, S. 32.

⁷⁶⁶ Antrag Nr. 65 (von Schmitt), BArch 690,81.

⁷⁶⁷ Nebenprotokoll zur 25. Sitzung vom 5.5.1874, BArch 688/2, 61.

⁷⁶⁸ Vgl. § 217 KO.

⁷⁶⁹ Wie vor.

⁷⁷⁰ GSO, Motive Bd. II, S. 35 f.

⁷⁷¹ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 328.

Die erleichterte Möglichkeit zur Konkursverfahrenseröffnung ließ sich auch nicht durch ein Vertrauen in das gewissenhafte Vorgehen des zuständigen Gerichts rechtfertigen, da diesem häufig die nötige wirtschaftliche Sachkenntnis und die erforderlichen Informationen fehlten.

aa) Bayerisches Recht

Auch das bayerische Recht war darum bemüht, sich von strengen Prozeßformen zu befreien. Einerseits war das Vorverfahren so zu gestalten, daß es nicht zu größeren Verzögerungen kommen konnte, andererseits war durch eine tatsächliche und rechtliche Erörterung der Verhältnisse vor dem Gericht materiell-rechtliche Sicherheit über die Voraussetzungen für die Eröffnung des Verfahrens zu erlangen. In Bayern war das Eröffnungsverfahren vor der Reichsgründung zuletzt folgendermaßen geregelt: Den Anlaß zur Ganteröffnung gab in der Regel ein Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers. Mit dem Antrag mußte eine Vermögensaufstellung oder eine sonstige Bescheinigung vorgelegt werden, aus der sich die Überschuldung ergab⁷⁷². Fehlte es an entsprechenden Belegen, so war der Antrag von vornherein zu verwerfen. Ergab sich andererseits, daß eine Überschuldung unzweifelhaft vorlag, war sofort auf Eröffnung des Verfahrens zu erkennen⁷⁷³. In den Fällen, in denen eine tatsächliche Überschuldung zweifelhaft war, war ein Mitglied des Gerichts als Kommissär zur Prüfung der Vermögenslage einzusetzen. Dieser hatte dann weitere Ermittlungen durch Beschaffung von Unterlagen und Vernehmung von Zeugen anzustellen⁷⁷⁴. Die Entscheidung über die Frage der Ganteröffnung erging in öffentlicher Sitzung, allerdings ohne vorherige mündliche Verhandlung (Art. 1195 BayCPO). Diese Vorgehensweise bezeichnet Barth in seiner Kommentierung insofern als "Anomalie, als sonst nur Urtheile, die auf eine mündliche Verhandlung ergangen sind, in der Sitzung publiziert werden."⁷⁷⁵ Gegen die Eröffnung des Verfahrens stand in Bayern dem Gemeinschuldner das "Rechtsmittel der Beschwerde" zu, die innerhalb von 15 Tagen nach der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses zu erheben war (Art. 1204 I BayCPO).

Maßregeln zur Sicherstellung der Masse waren nach bayerischem Recht in der Regel erst nach erfolgter Verfahrenseröffnung zu treffen. Ausnahmsweise bei "Gefahr im Verzug" konnten sie - jedoch lediglich auf Antrag eines Gläubigers - angeordnet werden.⁷⁷⁶

bb) Gemeinschuldordnung

Die in dem Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung hierzu vorgesehenen Vorschriften entsprachen inhaltlich im wesentlichen dem bayerischen Recht. Ein Unterschied fand sich in § 104 I der Gemeinschuldordnung, nach dem das Gericht nach Eingang eines Eröffnungsantrages den Gemeinverwalter ernennen und zunächst einen Termin zur mündlichen Verhandlung über den Eröffnungsantrag anberaumen sollte⁷⁷⁷.

⁷⁷² Vierling, S. 454.

⁷⁷³ Vierling, S. 455.

⁷⁷⁴ Vgl. Barth, Bd. III, S. 314 und 315; Art. 1189 ff. BayCPO.

⁷⁷⁵ Barth, Bd. III, S. 316; das Ganterkenntnis war aber eigentlich kein Urteil, Schmitt, Bd. II, S. 615.

⁷⁷⁶ Barth, Bd. III, S. 315; Art. 1194 I BayCPO.

⁷⁷⁷ GSO, Motive Bd. II, S. 51.

cc) Antrag von Schmitt und Kommissionsberatung

Das bayerische Recht sah – wie eben aufgezeigt - eine gerichtliche Verhandlung zur Entscheidung über den Antrag nicht vor. Vor diesem Hintergrund trat Schmitt im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung und Vereinfachung dafür ein, daß allenfalls eine Anhörung des Schuldners, nicht jedoch eine mündliche Verhandlung vor der Beschlußfassung durchzuführen war. Er schlug daher folgende Regelung vor⁷⁷⁸:

"Erachtet das Konkursgericht den Antrag nicht sofort für unbegründet, so ist der Schuldner darüber zu hören. Widerspricht derselbe der Konkursöffnung, so hat das Gericht, falls es den Widerspruch nicht ohne weiteres als unbegründet erkennt, die nötigen Erhebungen über die Vermögenslage zu pflegen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle darf die Konkursöffnung nur nach vorgängiger Erhebung der Vermögenslage erfolgen."

Im Rahmen der 25. Sitzung, bei dem es zur Abstimmung über diesen Antrag kam, modifizierte Schmitt den ursprünglichen Formulierungsvorschlag. Da es bedenklich erschien, dem Gericht eine Ermessensentscheidung dahingehend zu überlassen, einen Widerspruch als "ohne weiteres (...) unbegründet" zurückzuweisen, regte er stattdessen den Zusatz an, daß das Gericht Ermittlungen anordnen solle, sofern der Gemeinschuldner nicht von sich aus seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumte. In dieser Fassung nahm die Kommission den Antrag Schmitts mit lediglich einer Gegenstimme an⁷⁷⁹.

Hinsichtlich der Anordnung von Sicherheitsmaßnahmen sah der Entwurf der Gemeinschuldordnung ursprünglich vor, daß diese durch den Insolvenzverwalter beantragt werden mußten⁷⁸⁰. Insofern stellte man auch hier, im Gegensatz zu dem bayerischen Recht, nach dem die Gläubiger generell mit umfassenderen Rechten ausgestattet waren und insbesondere die Möglichkeit hatten, auf Sicherungsmaßnahmen hinzuwirken⁷⁸¹ auf den Insolvenzverwalter ab. Der bayerische Vertreter Schmitt setzte sich in diesem Punkt dafür ein, daß "alle Sicherheitsmaßnahmen, welche das Gesetz nach Eröffnung des Konkursverfahrens zuläßt, (...) bis dahin auf Antrag wie von Amts wegen getroffen werden können."⁷⁸² Hierdurch wäre den Gläubigern zumindest eine – wenn auch geringe – Einflußmöglichkeit geblieben. Allerdings kam die Kommission schließlich zum Ergebnis, daß es allein in das Ermessen des Gerichts gestellt werden solle, ob Maßnahmen zur Sicherung der Vermögensmasse angeordnet werden, ohne daß es einer Antragstellung von anderer Seite bedurfte. Hiermit wurde zumindest dem Gedanken Schmitts bzgl. einer Betonung der Handlungsmöglichkeit des Richters Rechnung getragen.

⁷⁷⁸ Antrag Nr. 65 (von Schmitt), BArch 690, 81.

⁷⁷⁹ Nebenprotokolle zur 26. Sitzung vom 6.5.1874, BArch 688/2, 63.

⁷⁸⁰ GSO, Motive Bd. II, S. 48.

⁷⁸¹ Art. 1194 I BayCPO.

⁷⁸² Antrag Nr. 65 (von Schmitt), BArch 690, 81.

8. Teilungsmasse und –verfahren

Die Vorschriften über die Feststellung und Verwaltung der Teilungsmasse, also des Aktivvermögens des Gemeinschuldners, sollten nach dem Willen der Schöpfer der Reichskonkursordnung von dem Prinzip der Selbstverwaltung und der grundsätzlichen Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters beherrscht sein. Da sich die in dem Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung vorgesehenen Regelungen eng an der preußischen Konkursordnung orientierten, die auch als Vorlage für die Bayerische Civilproceßordnung herangezogen worden war, gab es nur unwesentliche Abweichungen vom bayerischen Recht. Im wesentlichen waren die Vorschriften dieses Abschnitts des Gesetzesentwurfs inhaltsgleich. Aus diesem Grund verwundert es nicht, daß Bayern in der Kommission keine Änderungswünsche äußerte. Die diesbezüglichen Vorschriften der §§ 115 bis 135 des Entwurfs der Deutschen Gemeinschuldordnung wurden innerhalb der Kommission in erster Lesung in drei Sitzungen vom 7.5. bis 12.5.1874⁷⁸³. relativ zügig durchberaten und wiesen aus bayerischer Sicht keine besonderen Probleme auf.

Schmitt hat hier – ohne offizielle Anträge zu stellen – lediglich durch Diskussionsbeiträge, in denen er immer wieder auf ZPO-Vorschriften und die notwendige Abstimmung mit diesen hinwies, auf die Beratungsergebnisse beziehungsweise Gesetzesformulierungen eingewirkt. Auch hier läßt sich sagen, daß Schmitt seine Erfahrungen und Kenntnisse im Bereich der Zivilprozeßgebung zugute kamen und er diese in die Kommissionsverhandlungen einbrachte. Letztlich hatte dies eine engere Anlehnung an die Vorschriften über das Einzelzwangsvollstreckungsverfahren zur Folge. An dieser Stelle sei nur beispielhaft angeführt, daß Schmitt die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung eines Offenbarungseides über das Vermögensinventar entsprechend der ZPO-Regelung verteidigte, nachdem das Kommissionsmitglied Albrecht diese Vorschrift in Frage gestellt hatte⁷⁸⁴.

9. Feststellung der Schuldenmasse

Das eben Gesagte gilt im wesentlichen auch für die Debatte über die Vorschriften betreffend die Feststellung der Schuldenmasse. Man ging hier davon aus, daß sich die an das französische Recht angelehnte Preußische Konkursordnung mit den diesem gegenüber vorgenommenen wesentlichen Verbesserungen bewährt hatte⁷⁸⁵. Insoweit entsprach der zur Beratung vorliegende Entwurf im wesentlichen auch bayerischem Recht.

a) Bayerisches Recht und Gemeinschuldordnung

Einigkeit bestand darin, Präklusionsvorschriften aus dem gemeinen Recht hinsichtlich der Anmeldung der Insolvenzforderungen nicht zu übernehmen. Weiterhin legte man Wert darauf, zur Beschleunigung des Verfahrens die Anmeldefrist abzukürzen⁷⁸⁶. Eine Anmeldung sollte nunmehr bei Eröffnung des Verfahrens innerhalb einer Frist von 1 bis

⁷⁸³ Vgl. hierzu Nebenprotokoll, BArch, 688/2, 65-69.

⁷⁸⁴ Vgl. Nebenprotokoll zur 28.Sitzung vom 9.5.1874, BArch, 688/2, 67.

⁷⁸⁵ GSO, Motive, Bd. II, S. 90.

⁷⁸⁶ GSO, Motive Bd. II, S. 90 und 91.

3 Monaten erfolgen. Demgegenüber sah die Bayerische Civilproceßordnung in Art. 1252 und 1254 BayCPO noch vor, daß die Forderungen innerhalb von 30 - 60 Tagen nach der Ediktalladung geltend zu machen waren⁷⁸⁷, welche erst nach Ablauf der 15-tägigen Beschwerdefrist⁷⁸⁸ beziehungsweise Entscheidung über eine Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß erfolgte. Bei einem langwierigeren Beschwerdeverfahren konnte dies zu größeren Verzögerungen führen. Entsprechend der bayerischen Proceßordnung ließ die Gemeinschuldordnung eine weitere (zweite) allgemeine Anmeldefrist nicht zu. Dafür hob man das Präklusionsprinzip auf und gab die Möglichkeit zur nachträglichen Forderungsanmeldung unter der Voraussetzung, daß der Anmeldende die hierdurch entstehenden zusätzlichen Kosten trug oder aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen an der rechtzeitigen Anmeldung der Forderung gehindert war.

Die Vorschrift des § 143 II des Entwurfs der Deutschen Gemeinschuldordnung sprach aus, daß in die Tabelle eingetragene unstreitig gebliebene Forderungen ihrem Betrag und ihrem Rang nach wie rechtskräftige Urteile wirken sollten. Inhaltlich kam dies der Bestimmung der Art. 1270 I i.V.m. Art. 1304 II BayCPO nahe. Demnach war ein Widerspruch gegen eine in der Insolvenztabelle eingetragene Forderung grundsätzlich ausgeschlossen⁷⁸⁹. Hinsichtlich der Behandlung von streitig gebliebenen Forderungen wollte man jedoch dem bayerischen Recht in weiten Teilen nicht folgen. Die "Streitigkeiten über angemeldete Forderungen oder deren Vorzugsrechte" waren in den Art. 1271 ff. BayCPO geregelt. Demnach richtete sich das Verfahren grundsätzlich nach den Vorschriften über Prozesse vor den Bezirksgerichten. Eine Abweichung bestand allerdings insoweit, als keine förmliche Klageschrift, sondern lediglich ein sogenannter "motivierter Antrag" als Anspruchsbegründung einzureichen war. Nach bayerischem Recht war dies den Gläubigern sowie dem Gemeinschuldner möglich. Der Insolvenzverwalter war hierzu nicht berechtigt. Das Verfahren richtete sich dann gegen diejenigen, die die Forderung bestritten. In dem Prozeß zur Entscheidung über streitige Forderungen bestand Anwaltszwang. Die Antragschrift war mindestens 8 Tage vor dem Verhandlungstermin einzureichen. Trat eine Partei in dem Termin nicht auf, konnte Versäumnisurteil oder eine Entscheidung nach Lage der Akten ergehen. Sofern mehrere Streitigkeiten gleichzeitig zur Entscheidung reif waren, konnte hierüber in einem Urteil befunden werden.

Die Verfasser der Gemeinschuldordnung sahen keine Veranlassung dazu, die Gläubiger streitig gebliebener Forderungen durch entsprechende Regelungen gewissermaßen zu einer Weiterverfolgung ihrer Ansprüche zu zwingen. Der Entwurf zur späteren Reichskonkursordnung ging davon aus, daß eine prozessuale Austragung des Rechtsstreits nicht notwendig Teil des Konkursverfahrens sein sollte.

"Nichts hat mehr als die, freilich mit der komplizierten Vorrechtsordnung im Zusammenhang stehende Einrichtung des gemeinschaftlichen Liquidations- und Prioritäts-Erkenntnisses dazu beigetragen, den Abschluß jedes gemeinrechtlichen Konkurses, auch des einfachsten, in unabsehbare Ferne zu rücken und diesen zu einer Kalamität für jeden dabei Beteiligten zu machen. Aus der Natur des Konkurses ergibt sich kein Grund, die Schicksale sämtlicher Gläubiger mit einander zu verketteten; für den Gläubiger einer unstreitigen oder spruchreifen Forderung ist es vielmehr eine Art Rechtsverweigerung, wenn ihm zugemuthet wird, auf die Feststellung derselben und damit auf seine Befriedigung so lange zu warten, bis es gelungen ist,

⁷⁸⁷ Vierling, S. 478; Barth, Bd. III, S. 359.

⁷⁸⁸ § 1204 I BayCPO

⁷⁸⁹ Vgl. hierzu Barth, Bd. III, S. 373.

nach oft jahrelangen Verhandlungen die Forderungen aller seiner Mitgläubiger gleichfalls zu Ende zu instruieren."⁷⁹⁰

Der Entwurf folgte insoweit hinsichtlich einer Aufspaltung in eigenständige Spezialprozesse dem preußischen Konkurs in konsequenterer Weise als die Bayerische Civilproceßordnung. Während die bayerischen Vertreter in Berlin diese relativ geringfügige Abweichung vom bayerischen Recht widerspruchslos hinnahmen, meldete Schmitt hinsichtlich der Behandlung bestrittener, jedoch zuvor titulierter Ansprüche Bedenken an.

b) Kommissionsberatungen

Schmitt gelang es zunächst zu erreichen, daß entgegen dem ursprünglichen Entwurf auch eine nachträgliche Berücksichtigung von Vorrechten nach Ablauf der Anmeldefrist noch entsprechend der Regelung bei sonstigen Ansprüchen ermöglicht wurde⁷⁹¹.

Gegen eine im Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung vorgesehene Aufhebung einer Differenzierung zwischen titulierten Ansprüchen zu sonstigen unstreitigen Forderungen⁷⁹² wendeten sich zunächst die Kommissionsmitglieder von Kohlhaas und von Amsberg mit einem gemeinsamen Antrag dahingehend, die titulierten Ansprüche im Konkursverfahren grundsätzlich anzuerkennen⁷⁹³. Hagens notierte hierzu, die Forderung eines Gläubigers, der einen "Vollstreckbarkeitstitel hat, muß (...) im Konkurs so lange akzeptiert werden, als nicht ihre Unrichtigkeit erwiesen ist." Der bayerische Vertreter Schmitt schloß sich dem Antrag im Prinzip an und teilte die Auffassung, daß der Liquidant eines vollstreckbaren Schuldtitels anders gestellt werden müsse, als sonstige Gläubiger. Allerdings hielt er eine weitere Unterscheidung von rechtskräftigen und lediglich vollstreckbaren Titeln für notwendig. Er sah es als willkürlich an, nicht titulierte, vorläufig vollstreckbare sowie rechtskräftig festgestellte Forderungen gleich zu behandeln. Er regte daher an, das im Entwurf der Gemeinschuldordnung in § 142 III vorgesehene System einer vorläufigen Zulassung streitiger Forderungen nach vorheriger Parteiverhandlung zu beseitigen. In der Kommission setzte sich dann hierzu schließlich die Meinung durch, daß ein vor der Insolvenzverfahrenseröffnung erlangter vollstreckbarer und rechtsgültiger Schuldtitel gegenüber den Verfahrensbeteiligten maßgeblich sein sollte.

Schmitt warf dann die Frage auf, wer im Falle eines Bestreitens der Forderung gehalten sein sollte, die Feststellung im Insolvenzverfahren zu betreiben.

"Wer soll in den Fällen § 142 a Nr. 2 klagen, - der Liquidant (Entwurf) oder der Bestreitende?"⁷⁹⁴

Schmitt sprach sich dafür aus, daß der Widerspruch gegen eine Forderung, für die ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel ein Endurteil oder ein

⁷⁹⁰ GSO, Motive Bd. II, S. 98; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 364.

⁷⁹¹ Nebenprotokoll zur 32. Sitzung vom 16.5.1874, BAArch, 688/2, 76.

⁷⁹² GSO, Motive Bd. II, S. 97 ff.

⁷⁹³ Nebenprotokoll zur 32. Sitzung vom 16.5.1874, BAArch, 688/2, 76.

⁷⁹⁴ Nebenprotokoll zur 32. Sitzung vom 16.5.1874, BAArch, 688/2, 78.

Vollstreckungsbefehl vorliegt, von dem Widersprechenden zu verfolgen sei. Dieser Antrag wurde mit 6:4 Stimmen angenommen⁷⁹⁵.

Obwohl dies nicht ausdrücklich in die Kodifikation mit aufgenommen wurde, bestand in der Kommission Einigkeit darüber, daß der Widersprechende die titulierte Forderung nur mit den Mitteln angreifen konnte, die gegenüber dem Titel selbst in Betracht kommen konnten; also bei rechtskräftigen Urteilen durch eine Restitutions-, Nichtigkeits- oder Vollstreckungsgegenklage, bei sonstigen Titeln, waren Einspruch oder ein Rechtsmittel gegeben. Wenn und solange ein Bestreitender die Geltendmachung oder Verfolgung seines Widerspruchs unterließ, stand der Anspruch bei der Verteilung einer festgestellten Forderung gleich⁷⁹⁶.

10. Verteilungsverfahren

Die Verteilung des vorhandenen Schuldnervermögens unter die Gläubiger bildete den letzten Schritt des Verfahrens. Einigkeit bestand seit jeher darin, daß danach zu streben war, den Gläubigern so bald wie möglich die vorhandene Vermögensmasse zur Verfügung zu stellen und ihre Verluste durch eine rasche, einfache und kostengünstige Verteilung einzuschränken⁷⁹⁷. Daß dies nur selten gelang, lag wohl mehr an den mit Vorrechten überladenen Bestimmungen des materiellen Rechts als an den Verteilungsvorschriften. Sicherlich war auch äußerst problematisch, daß vor einer Verteilung von Vermögenswerten an die Gläubiger zunächst die komplette Verwertung der Masse abzuwarten war. Die hierdurch eintretenden Verzögerungen traten jedoch gegenüber denjenigen, die dadurch bedingt waren, daß zuerst alle mit dem Insolvenzverfahren zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten erledigt werden mußten, in den Hintergrund.

Durch eine Einschränkung der Vorrechte erzielte zunächst die Preußische Konkursordnung deutliche, verfahrensbeschleunigende Fortschritte. Auch das Verteilungsverfahren, welches vorsah, daß bereits nach Ablauf der allgemeinen Anmeldungs- und Prüfungsfristen und nach Einsetzung eines definitiven Verwalters die Auskehrung von Vermögenswerten an die Gläubiger erfolgen konnte, trug zu einem rascheren Ablauf bei.

a) Bayerisches Recht

Zumindest im letzten Punkt - dem Verfahrensrecht - folgte das bayerische Insolvenzrecht in der Bayerischen Civilproceßordnung dem preußischen Vorbild und wies hierzu praktisch keine Unterschiede auf⁷⁹⁸. Der Kommissär beziehungsweise der Verwalter entwarf – erforderlichenfalls unter Hinzuziehung eines "Rechnungsverständigen" - einen Verteilungsplan. In diesem war der verfügbare Massebestand unter Abzug der Massekosten und Masseschulden festzustellen. Aus dem Verteilungsplan sollte im übrigen hervorgehen, welche Forderung mit welchem Betrag

⁷⁹⁵ Wie vor.

⁷⁹⁶ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 367.

⁷⁹⁷ GSO, Motive Bd. II, S. 103 f.

⁷⁹⁸ Außer den oben B. 2. Teil: III. 2. skizzierten.

zum Zuge kam. Sobald der öffentlich auszulegende Entwurf fertiggestellt war, waren hiervon der Schuldner sowie sämtliche Schuldner zu benachrichtigen sowie aufzufordern, etwaige Erinnerungen gegen den Verteilungsplan innerhalb einer zu bestimmenden Frist zu erheben. Wurden keine Einwände vorgebracht, galt der Verteilungsplan als genehmigt. Lagen jedoch Erinnerungen vor, fand hierüber vor dem Kommissär eine Verhandlung zwischen denjenigen Personen statt, deren Ansprüche berührt waren. Diese Erörterung hatte den Charakter eines Güetermins. War der Vermittlungsversuch nicht erfolgreich, so war ein Spezialprozeß wie im Liquidationsverfahren durchzuführen. Dies galt auch dann, wenn die zum Güetermin geladenen Parteien nicht erschienen⁷⁹⁹.

b) Gemeinschaftsdordnung

Die Schöpfer der Reichskonkursordnung erkannten allerdings, daß auch diese Verfahrensgestaltung nicht den zu stellenden Anforderungen genüge. In der Insolvenzrechtspraxis hatte sich gezeigt, daß die Anfertigung des Teilungsplans ein kompliziertes Rechenwerk erforderte, das mit erheblichen Kosten und einem beträchtlichen Zeitverlust verbunden war. Ferner ließ sich bei Erstellung des Teilungsplans die Zahl der Teilnahmeberechtigten noch nicht überschauen, da nicht nur bis zum Abschluß desselben, sondern bis zum Ablauf der jeweiligen Einwandsfristen neue Gläubiger hinzutreten konnten. Dies hatte dann zur Folge, daß der zunächst mühsam aufgestellte Verteilungsplan vollständig umzuarbeiten war. Problematisch war außerdem, daß sogar die Anmeldung offensichtlich unbegründeter Ansprüche zur Folge hatte, daß der verantwortliche Kommissar, Verwalter oder Richter - aus Furcht vor eventuellen Regreßforderungen gegen ihn - häufig übervorsichtig agierte und einen Teil der an sich zur Auszahlung der Konkursgläubiger bestimmten Summe zurückhielt, wodurch die Vornahme von Abschlagszahlungen zur Ausnahme wurde⁸⁰⁰. Ziel des Entwurfs der Gemeinschaftsdordnung war es, ein übersichtliches Verteilungsverfahren zu entwickeln und Weitläufigkeiten zu vermeiden. Die Möglichkeit für die Verfahrensbeteiligten, über jede erdenkliche Streitigkeit bei der Verteilung eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, war daher einzuschränken. Andererseits sollte dennoch eine Berücksichtigung der Interessen von zunächst noch unbekanntem oder nicht berücksichtigten Gläubigern möglich sein.

Die Verfasser der Gemeinschaftsdordnung schlugen daher in ihrem Gesetzesentwurf vor, anstelle eines vollständigen Teilungsplanes lediglich ein Gläubigerverzeichnis anzufertigen, daß auf der Grundlage der Tabelle der angemeldeten Forderungen zu erstellen sein sollte⁸⁰¹. In das Verzeichnis waren die teilnahmeberechtigten Forderungen aufzunehmen. Auf diese Ansprüche war ein annähernd nach dem Betrag der Masse zu berechnender Prozentsatz anzuweisen, um vorläufige Leistungen zu ermöglichen. Der Entwurf gliederte sodann das Verfahren in Abschlags-, Schluß- sowie Nachtragsverteilungen⁸⁰². Zunächst war das Gläubigerverzeichnis öffentlich bekannt zu machen. Die Gläubiger konnten nun - soweit noch nicht geschehen - die unverzügliche Prüfung nachträglich angemeldeter oder die prozessuale Geltendmachung bestrittener

⁷⁹⁹ Vgl. Barth, Bd. III, S. 395-403; Art. 1294-1312 BayCPO; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 370 und 371.

⁸⁰⁰ Vgl. GSO, Motive Bd. II, S. 106; Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 371.

⁸⁰¹ Vgl. hierzu: GSO, Motive Bd. II, S. 108 f.

⁸⁰² Vgl. hierzu auch Fitting, S. 314 ff.

Forderungen veranlassen. Die Angabe der zur Verfügung stehenden Teilungsmasse und der bereits teilnahmeberechtigten Forderungsbeträge versetzte jeden Verfahrensbeteiligten in die Lage abzuschätzen, inwieweit es überhaupt wirtschaftlich Sinn machte, sich noch um eine Berücksichtigung bei der anstehenden Verteilung zu bemühen. Eine Ausschlußfrist von 2 Wochen sollte gewährleisten, daß sich mit Sicherheit übersehen ließ, welche Gläubiger mit welchem Betrag an der Verteilung teilnahmen⁸⁰³. Außer den festgestellten und denjenigen Forderungen, für die ein vollstreckbarer Titel oder ein Endurteil vorlag, sollten nur diejenigen Konkursforderungen berücksichtigt werden, von denen rechtzeitig nachgewiesen war, daß sie durch Klage oder Fortsetzung eines Klageverfahrens verfolgt wurden. Sämtliche noch nicht geprüften Forderungen wurden ausgeschlossen. Gläubiger streitiger Forderungen konnten eine Berücksichtigung ihrer Forderung bei der Verteilung nur beanspruchen, wenn es ihnen nicht oblag, noch die Feststellung ihrer Forderung zu betreiben. Eine Auskehrung von Vermögenswerten an diese Gläubiger sollte jedoch nur dann stattfinden, wenn es der einer Forderung Widersprechende unterließ, den Widerspruch durch ein gerichtliches Verfahren durchzusetzen⁸⁰⁴.

Mit dem Ablauf der Ausschlußfrist trat nach den Vorstellungen des Gesetzgebers für die Vornahme der Verteilung eine tatsächliche Präklusion der nicht geprüften Forderungen und der Ansprüche ein, für die der Gläubiger den Nachweis schuldig geblieben war. Nach Ablauf der Frist war erforderlichenfalls unverzüglich (innerhalb von drei Tagen) ein geändertes Gläubigerverzeichnis zu erstellen und möglichst damit zu beginnen, Abschlagsverteilungen vorzunehmen. Sobald die Verwertung der realisierbaren Masse beendet war, sollte die Schußverteilung mit der anschließenden Aufhebung des Verfahrens stattfinden⁸⁰⁵. Sofern nach der Schlußverteilung noch bis dato nicht berücksichtigte Vermögensstücke ermittelt oder zunächst zurückbehaltene Beträge für die Konkursmasse frei wurden, war eine Nachtragsverteilung als Fortsetzung des bisherigen Verfahrens und nach Maßgabe des geänderten Gläubigerverzeichnisses durchzuführen⁸⁰⁶.

Mit der im Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung vorgesehenen verfahrensrechtlichen Vorgehensweise bestand von Seiten Bayerns offenbar Einverständnis. Die Verfasser des Entwurfs hatten überzeugend dargelegt, daß die Modifikationen gegenüber den Regelungen der Preußischen Konkursordnung und somit auch der Bayerischen Civilproceßordnung eine Verbesserung und Beschleunigung des Insolvenzverfahren im Interesse der Verfahrensbeteiligten bewirkten. Im übrigen war für Bayern auch deshalb kein Anlaß zu Beanstandungen gegeben, da man sich - von den oben angesprochenen Punkten abgesehen - am preußischen und somit auch am bayerischen Verteilungsverfahren orientierte.

⁸⁰³ GSO, Motive Bd. II, S. 110.

⁸⁰⁴ Vgl. Bleyer, S. 398.

⁸⁰⁵ Hierzu näher: GSO, Motive Bd. II, S. 117 f.

⁸⁰⁶ Fitting, S. 337.

c) Anträge Schmitts und Kommissionsberatungen

Der bayerische Vertreter Schmitt äußerte für diesen Verfahrenabschnitt nur wenige Änderungswünsche, die lediglich sprachliche, nicht jedoch inhaltliche Umgestaltungen bewirken sollten⁸⁰⁷. Deutlich wird insbesondere, daß es Schmitt darum ging, Verfahrensgrundsätze zusammenzufassen und hervorzuheben, um dadurch die Vorschriften übersichtlicher zu gestalten. So führte Schmitt in seinem Antrag aus:

"Ich gebe überhaupt anheim, nach Feststellung des Titels vom Vertheilungsverfahren anstelle dieser immer wiederholten Vorschrift eine allgemeine Bestimmung dahin aufzunehmen: "Eine Anfechtung der im Vertheilungsverfahren erlassenen Beschlüsse des Konkursgerichts findet nicht statt."

Außerdem stellte er hinsichtlich der gerichtlichen Mitteilungen zur

"Erwägung, ob nicht eine Vorschrift über die Form dieser oft wiederkehrenden Benachrichtigungen in dem Sinne zu treffen sei, daß die Einhaltung dieser Form als hinreichend zur Erfüllung der erforderlichen Benachrichtigung zu betrachten sei."⁸⁰⁸

Letztere Anregung bezog sich darauf, daß im Gesetz an verschiedensten Stellen unterschiedlich geregelt war, wie Verfahrensbeteiligten eine Kenntnisnahme von Beschlüssen und Entscheidungen ermöglicht werden sollte. Bei den Verteilungsverfahrensvorschriften war einerseits von "besonderen Benachrichtigungen" andererseits von „öffentlichen Bekanntmachungen“ die Rede. Die letzterwähnten Vorschläge Schmitts fanden allerdings keine Berücksichtigung.

Von größerer Bedeutung war ein Beitrag des bayerischen Kommissionsmitglieds in der 35. Sitzung am 20.5.1874. Dort wurde diskutiert, wie die Konkursforderungen von Absonderungsgläubigern zu behandeln seien, die aus ihrem Vorrecht keine Befriedigung erlangen. Der Entwurf der Gemeinschaftsdordnung sah vor, daß auch diese innerhalb von 2 Wochen ihre Ansprüche bei dem Verwalter zu erheben hatten und anderenfalls ein Recht auf Auszahlung der festgesetzten Prozentsätze nicht bestand. Im Rahmen der Diskussion vertrat Schmitt zunächst die Ansicht, daß die Absonderungsgläubiger als bedingt berechnigte Gläubiger aufzufassen seien. Also sollte die Masse nur für den noch nicht feststehenden Ausfall haften. Die Forderung dürfe dann zum vollen Betrag sichergestellt werden⁸⁰⁹. Nachdem Schmitt erkennen mußte, daß dieser Vorschlag nicht durchsetzbar war, regte er in der folgenden Kommissions-sitzung⁸¹⁰ eine Fassung der Vorschrift dahingehend an, daß Absonderungsgläubiger dem Verwalter bis zum Ablauf der 2-Wochen-Frist den Nachweis ihres Verzichts oder Ausfalls führen sollten und den Betrag des Ausfalls glaubhaft zu machen hatten, um bei der Verteilung Berücksichtigung zu finden⁸¹¹. Dieser Vorschlag konnte sich mit 6:5 Stimmen knapp durchsetzen.

⁸⁰⁷ Vgl. Anträge Nr. 82 (von Schmitt), BArch 690, 104.

⁸⁰⁸ Wie vor.

⁸⁰⁹ Nebenprotokoll von Hagens zur 34. Sitzung vom 19.5.1874, BArch 688/2, 82.

⁸¹⁰ Gewissermaßen als Analogie zu der bereits gefundenen Regelung für Gläubiger strittiger Forderungen, die ihre Ansprüche innerhalb gleicher Frist nachweisen sollten. Siehe hierzu oben.

⁸¹¹ Nebenprotokoll von Hagens zur 35. Sitzung am 20.5.1874, BArch, 688/2, 84.

11. Vergleichsverfahren

Die Zahlungsunfähigkeit eines Gemeinschuldners brachte seit jeher mit sich, daß Gläubiger bezüglich ihrer Forderungen erhebliche Abstriche machen mußten, um überhaupt noch eine teilweise Befriedigung erlangen zu können. Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens war noch nie in der Lage, sämtliche Gläubiger zufriedenzustellen. Es diente mehr oder weniger der "Schadensbegrenzung". Wenn es aber schon unabwendbar war, daß in einem Insolvenzverfahren den Beteiligten Opfer aufzuerlegen waren, sollte zumindest ein Weg gefunden werden, das eigentliche Ziel eines Konkursverfahrens - eine möglichst weitgehende Befriedigung der Ansprüche der Gläubiger - rascher zu erreichen. Die übliche Verfahrensweise der Einziehung und Versilberung des Schuldnervermögens mit anschließender Verteilung konnte regelmäßig nicht alle Gläubiger berücksichtigen. Meist brachte erst der tatsächliche Ausgang des Verfahrens Gewißheit, was und an wen gezahlt wurde. Um eine frühere Klarheit über die Befriedigung der Ansprüche auf einem kostengünstigeren Weg zu erlangen, kam eine vergleichsweise Einigung in Betracht. Im Grundsatz war anerkannt, daß eine vorzeitige Einigung im wirtschaftlichen Interesse der Verfahrensbeteiligten lag - sowohl in dem der Gläubiger als auch des Schuldners, dem so die Möglichkeit zu einem frühzeitigen Neuanfang gegeben werden konnte⁸¹².

"So verlangt der Vergleich zur Wohlthat für den Schuldner, vornehmlich aber im Interesse der Gläubiger und aus volkswirtschaftlichen Gründen seine Stelle im Konkurs, nicht als Mittel zur Beseitigung, sondern als ein ordnungsmäßiger Ausgang des Verfahrens; und wenn zwar der Weg des Vergleiches nicht wie der der Vertheilung anwendbar ist auf jeden einzelnen Fall, so erscheint er dieser gegenüber da, wo er nach Lage des Falles betreten werden kann, als der vortheilhaftere für alle Betheiligte. Die Vortheile des Vergleiches erkennend, hat die Gesetzgebung die vergleichsweise Erledigung des Konkurses stets zu befördern gesucht; theils hat sie dieselbe, wiewohl die Einwilligung aller Gläubiger verlangend der Fürsorge des Gerichts empfohlen, theils aber Zwangsvergleiche zugelassen, die, obwohl nur von einer Mehrheit der Gläubiger angenommen, unter gewissen Voraussetzungen dennoch für alle, auch für die nicht konsentirenden Gläubiger bindend sein sollen."⁸¹³

Ein wesentliches Merkmal des bayerischen Vergleichsrechts bestand darin, daß ein Zwangsvergleich ausgeschlossen war. Eine Einigung zwischen den Gläubigern und dem Schuldner bedurfte der Zustimmung sämtlicher Gläubiger, da diese nicht durch die Entscheidung von Mitgläubigern ihrer erworbenen Rechte verlustig gehen sollten. Die Mehrheit der deutschen Partikulargesetze sprach allerdings einem vorschriftsmäßig zustande gekommenen Vergleich verbindliche Kraft gegenüber sämtlichen - auch den nicht zustimmenden Gläubigern - zu⁸¹⁴.

a) Stellungnahme des Deutschen Handelstages

Im Vorfeld der Beratungen zum Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung kam außer der Diskussion, wie ein Vergleichsverfahren im Rahmen eines Konkurses gestaltet sein sollte, auch eine Debatte über die Einführung eines gesonderten Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf. Für letzteres machte sich

⁸¹² Fitting, S. 347.

⁸¹³ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 391; GSO, Motive Bd. II, S. 126.

⁸¹⁴ Ausführlich zu den verschiedenen zeitgenössischen Regelungen: Kohler, Lehrbuch, S. 476; Kohler, Leitfaden, S. 277.

besonders der Handelsstand stark. Diesen bezog man bei der Vorberatung derjenigen Fragen, die im Zusammenhang mit einer Verfahrensbeendigung durch einen Vergleich standen, in besonderer Weise ein. Mit Schreiben vom 14.2.1871⁸¹⁵ hatte der Vorsitzende des "bleibenden Ausschusses des Deutschen Handelstages" die Mitglieder gebeten, ihre Ansichten zu einem Vergleichsverfahren mitzuteilen und zu einem vom Handelstag auf Veranlassung des preußischen Handelsministers gefertigten Gutachten⁸¹⁶ Stellung zu beziehen. In der Rückäußerung gegenüber dem preußischen Ministerium sprach sich der Handelstag⁸¹⁷ grundsätzlich für ein Vergleichsverfahren aus, wies allerdings darauf hin, daß über die Grundlagen im einzelnen noch zu diskutieren sei.

"Wir sprechen (...) Excellenz unsern ehrerbietigsten Dank für das Vertrauen aus, uns bereits in einem verhältnismäßig frühen Stadium der Vorbereitung zu einer gesetzgeberischen Arbeit Mittheilung zu machen und unsere Ansicht über dieselbe zu erfordern.(...)

Einerseits haben wir uns an unsere sämtlichen Mitglieder mit der Bitte gewendet, uns ihre Aeußerung über den vorgelegten Gesetzentwurf zugehen zu lassen und werden das Material, sobald es uns eingegangen sein wird, in verarbeiteter Gestalt (...) Excellenz vorlegen.

Andererseits haben wir aber geglaubt, auch inmitten unseres Ausschusses selbst den uns vorgelegten Entwurf einer Besprechung und Begutachtung unterziehen zu müssen. Bei dieser Besprechung haben zwei verschiedene Standpunkte sich herausgestellt: die Majorität - und diese war vorzugsweise aus Mitgliedern aus Preußen zusammengesetzt - nahm an, daß die zukünftige gemeinsame Konkurs-Ordnung des Deutschen Reiches wesentlich auf denselben Grundlagen beruhen würde, wie die gegenwärtige Preußische Konkurs-Ordnung, denn das letztere Gesetz, obwohl es mancherlei Mängel und Lücken zeige, habe sich dennoch im Ganzen bewährt und habe sich namentlich als der Entwicklung und Verbesserung fähig erwiesen. Der uns vorgelegte Entwurf sei daher aufzufassen als stehend im Rahmen einer Deutschen Konkurs-Ordnung, welche der gegenwärtigen Preußischen in vieler Beziehung ähnlich sei. Von dieser Grundlage ausgehend sprach sich nun die Majorität dahin aus, daß der vorliegende Gesetzentwurf auf das glücklichste eine Lücke ausfülle, welche im Verkehr mannigfach empfunden wurde und das demselben daher mit verhältnißmäßig geringen Modificationen die Zustimmung zu ertheilen, sei.“

Im folgenden zeigt sich die Skepsis, die gegenüber einer „blinden“ Übernahme preußischer Gesetzgebung und deren liberalem Einschlag herrschte.

„Die Minorität dagegen sprach das Bedenken aus, es sei mißlich, sich über eine gesetzgeberische Arbeit zu äußern, welche nicht im Zusammenhang vorliege. Die Motive des Entwurfs räumten selbst ein, daß derselbe auf eine verhältnißmäßig nur geringe Anzahl von Fällen Anwendung finden könne; man wisse nicht, wie sich nach dem auszuarbeitenden Entwurf das Konkursverfahren selbst gestalten würde. Man wisse nicht, ob dem vom Handelsstande vielfach ausgesprochenen Wunsche nach einer Regelung des Accordes in vollem Umfang Rechnung werde getragen werden; man setzte sich (...), der Gefahr aus, eine Abschlagszahlung anzunehmen, welche zu gering sei im Verhältniß zu der Summe der Forderungen, die man geltend machen wolle. Es komme für sie die Rücksicht hinzu, daß sie mit der Preußischen Konkurs-Ordnung bisher nicht bekannt seien und daß sie sich daher nicht ein zureichendes Bild davon machen könnten, wie nach der Ausdehnung derselben auf ganz Deutschland das Verfahren sich gestalten werde. Es scheine nach den Aeußerungen der Preußischen Mitglieder das Gesetz einen liberalen Charakter zu haben und eine Befreiung von aller richterlichen Einmischung in sich zu schließen. Man könne indeß nicht übersehen, ob

⁸¹⁵ Bayerisches Wirtschaftsarchiv, Akt zum Konkursrecht.

⁸¹⁶ Stellungnahme vom 13.2.1871, Bayerisches Wirtschaftsarchiv, Akt zum Konkursrecht.

⁸¹⁷ Zur Gründung von Handelskammern und der Dachorganisation des Deutschen Handelstages: Willoweit, S. 253.

dadurch nicht für die außerpreußischen Gebiete Deutschlands der Anfang einer Reaction bezeichnet sei. Die Grundprincipien, auf denen das Gesetz beruhe: Verwaltung des Aktivvermögens durch den Gemeinschuldner selbst und Erforderniß der Einstimmigkeit in Accorde, erschienen ihnen beide gleich bedenklich; sie würden sich daher der Mitwirkung an der Beschlußfassung über das Gesetz enthalten, wengleich sie nicht damit zurückhalten würden, auch im ferneren Laufe der Discussion ihre Bedenken darzulegen."

In dem vorgelegten Gesetzesentwurfs bezüglich eines Vergleichsverfahrens außerhalb des Konkurses war für das Zustandekommen eines Vergleichs das Erfordernis der Einstimmigkeit vorgesehen. Dies wurde im Handelstag teilweise bemängelt. Die überwiegende Meinung sprach sich jedoch dafür aus.

"Es sei nicht zulässig, daß ein einzelner Gläubiger aus Eigensinn oder Eigennutz dem Abschluß eines Accordes widerstreite. Es wurde hierauf entgegnet, daß wo das außerkursliche Vergleichsverfahren scheitere, noch immer die Möglichkeit eines Accordes innerhalb des Konkurses gegeben sei und daß nach dem Vorbilde des Preußischen Verfahrens bei diesem Accorde an dem Princip des Zwangserlasses voraussichtlich werde festgehalten werden, an dem Princip, daß eine gewisse Majorität die Minorität zur Annahme des Accordes zwingen könne. Unvermeidlich sei es, daß da, wo ein Zwang durch die Majorität erfolgen darf, alle Gläubiger zu derselben Quote befriedigt werden müssen, während da, wo man die Freiheit hat, dem einen Gläubiger mehr zu gewähren als dem anderen, an dem Princip der Einstimmigkeit festgehalten werden müsse, da andernfalls betrügerischen Manipulationen Thür und Thor geöffnet worden sei. (...) Scheitert der Versuch auf dem Wege der Einigkeit, wenn auch unter vorzugsweiser Berücksichtigung einzelner Gläubiger, einen Vergleich herbeizuführen, so bleibt noch immer die Möglichkeit offen, auf dem Wege eines Majoritätsbeschlusses unter Wahrung des Principes der Gleichheit, einen Accord herbeizuführen, der einer Distribution durch das Gericht vorbeugt. Es entschied sich daher die Majorität mit Entschiedenheit für die Beibehaltung des Erfordernisses der Einstimmigkeit".

Aus der Stellungnahme wird deutlich, daß man zwar für ein außergerichtliches Vergleichsverfahren - entsprechend dem in Bayern geltenden Recht – am Einvernehmen sämtlicher Gläubiger festhalten wollte, für einen Vergleich im Rahmen des laufenden Insolvenzverfahrens allerdings ein Zwangsvergleich zulässig sein sollte.

b) Stellungnahme der Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern

Auch in Bayern legten die Ministerien Wert auf eine Äußerung des Handelsstandes zur Frage eines Vergleichsverfahrens. Daher wandte sich das Königlich-Bayerische Staatsministerium des Handels und der öffentlichen Arbeiten mit Schreiben vom 18.02.1871 an die Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern⁸¹⁸:

"Bei der bereits in Angriff genommenen Ausarbeitung einer Deutschen Concursordnung ist die Vorfrage hervorgetreten, ob Bestimmungen über ein Vergleichsverfahren zum Zwecke der Abwendung des Concurs-Verfahrens zweckmäßig erscheinen?"

Theils die praktischen Erfahrungen, die in den freien Städten durch solche Vorvergleiche gemacht worden sind, theils mehrfache aus der Mitte des Handelsstandes, für welchen eine solche Einrichtung von besonderem Interesse zu sein scheint, hervorgetretene Wünsche haben auf diese Frage hingeführt. Es läßt sich ja doch nicht verkennen, daß die Bejahung der Frage eine zweifelhafte ist, denn offenbar tritt die Nützlichkeit eines Verfahrens, welches den Zweck hat, das förmliche Concursverfahren mit seiner Weitläufigkeit und Kostspieligkeit, sowie mit

⁸¹⁸ Bayerisches Wirtschaftsarchiv, Akt zum Konkursrecht.

seinen eingreifenden Rechtswirkungen für den Gemeinschuldner abzuwenden, zurück, wenn das Concursverfahren selbst von der Weitläufigkeit und Kostspieligkeit befreit wird, die jetzt noch vielfach in einzelnen deutschen Staaten besteht und deren Beseitigung durch die Deutsche Concursordnung erstrebt werden will. Gleichwohl lassen sich doch noch manche Zweckmäßigkeit-Gründe für ein solches Vorverfahren, insbesondere im Interesse des Handelsstandes geltend machen, und diese Erwägungen haben dazu geführt, einen bezüglichen Gesetzentwurf ausarbeiten zu lassen, welcher eventuell entweder als ein besonderer Abschnitt der Deutschen Concursordnung einzureihen oder ihr als ein Nebengesetz beizufügen sein würde.

Um über die Frage der Zweckmäßigkeit des Entwurfes zu größerer Gewißheit zu gelangen, scheint es wünschenswerth, die Ansicht des deutschen Handelsstandes und insbesondere auch der Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern hierüber zu vernehmen."

Die Handelskammer antwortete, daß ein Vergleichsverfahren grundsätzlich zu begrüßen sei. Man sprach sich insofern auch für eine Rechtsvereinheitlichung aus, versäumte allerdings nicht zu betonen, daß das bayerische Insolvenzrecht, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vergleichs, einer weiteren Diskussion zugrundeliegen sollte.

"Wir verkennen durchaus nicht, dass die jüngste bayerische Gesetzgebung über das Concurswesen, (...) soweit überhaupt nach so kurzer Wirksamkeit ein entscheidendes Urtheil gefällt werden darf, Vorzüge besitzt, welche ein Vergleichsverfahren entbehrlich erscheinen lassen könnten; indem gerade die in den Motiven des Entwurfes selbst betonten Voraussetzungen der Ueberflüssigkeit einer solchen Einrichtung sich in diesem bayerischen Gesetze vorfinden: richtige Stellung des Akkordes im Concourse, möglichste Beschleunigung des Akkordes, die nöthigen Garantien für einen solchen und der Umstand, dass im Concourse vor Abschluß eines Akkordes den Gläubigern eine freie Einwirkung auf die Verwaltung der Aktiv- und die Feststellung der Passivmasse verliehen wird.

Trotz alledem glauben wir aber doch ein Vergleichsverfahren zur Abwendung des Concurses nur freudigst begrüßen zu sollen.

Und zwar fürs Erste schon desswegen, weil es sich hier um ein allgemeines deutsches Gesetz handelt und noch dazu in einer Materie, welche wie das Creditwesen anerkanntermaßen zu den wichtigsten Gebieten der Volkswirtschaft zählt.

Die Vielgestaltigkeit, die Kostspieligkeit und die Weitläufigkeit, sind Eigenschaften des Deutschen Debitwesens, welche einer Reform und Vorzugsweise einer gemeinsamen und umfassenden Reform dringend das Wort sprechen.

Aber auch der Umstand spricht lebhaft dafür, dass Angehörige des bayerischen Staates nicht selten in der Lage sein werden, an ausserbayerischen Falliten Theil zu nehmen, somit Gelegenheit haben, an den Vortheilen den dieses Verfahren für anderen ältere, noch nicht auf die Höhe der bayer. stehenden Concursordnungen im Gefolge hat, zu participiren.

Was nun das Vergleichsverfahren an sich anbelangt, so glauben wir doch, dass einzelne Modifikationen des Entwurfes nicht entbehrlich erscheinen, wie solche zum grossen Theile schon seitens des bleibenden Ausschusses des Deutschen Handelstages, sowie des Aeltesten Collegiums der Kaufmannschaft zu Berlin hervorgehoben wurden und dieses um so mehr, als sie mehr oder weniger sich an jenes Concursverfahren, welches seit dem 1. Juli vorigen Jahres bei uns Geltung hat, anlehnen."⁸¹⁹

Die Vertreter der bayerischen Handelskammer betonten, daß der Zweck des Gesetzes sein solle, „solchen Gemeinschuldnern, deren Zahlungsunfähigkeit ohne ihre Schuld

⁸¹⁹ Vorstellung der Handels- und Gewerbe-Kammer für Oberbayern an das K. Staatsministerium des Handels und der öffentlichen Arbeiten vom 7. März 1871, veröffentlicht als Erste Beilage zu Nr. 11 der "Bayerischen Handelszeitung", Bayerisches Wirtschaftsarchiv, Akt zum Konkursrecht.

durch unglückliche Zeitverhältnisse oder andere besondere Unglücksfälle eingetreten ist, die Regulierung ihres Schuldenwesens zu erleichtern.“ Man sprach sich dagegen aus, die Möglichkeit zur Durchführung des Vergleichsverfahrens an einen bestimmten Prozentsatz von Deckungsvermögen zur Begleichung der Verbindlichkeiten zu knüpfen. Außerdem sollten dem Schuldner grundsätzlich seine Verfügungs- und Verwaltungsrechte belassen bleiben und nur bei ernsthafter Gefährdung der Gläubigerinteressen Sicherheitsmaßnahmen angeordnet werden können. Ferner sprach sich die Handelskammer dahingehend aus, die Leitung von Vergleichsverfahren Handelsrichtern zu übertragen, wobei allerdings eingeräumt wurde, daß sich dies mit der damals geltenden Gerichtsverfassung an sich nicht vereinbaren ließ.

Nach der Behandlung dieser und anderer Detailfragen wird am Ende der Stellungnahme der Handelskammer ausgeführt:

"Wir haben bereits eingangs die Aufmerksamkeit Eurer Königlichen Majestät für unsere bayerische Prozessordnung gegenüber dem Vergleichsverfahren in Anspruch zu nehmen erlaubt, wir glauben aber (...) nochmals die prinzipielle Einfachheit des bayerischen Concursverfahrens betonen zu sollen, welches uns zwischen dem an positive Erfordernisse geknüpften Akkorde des vorliegenden Entwurfes und den rein negativen Voraussetzungen des neuen österreichischen Zwangs- (weil durch Majoritätsbeschluss erreichten) Ausgleichsverfahrens die richtige Mitte zu halten scheint: es stellt als die Stützen des Verfahrens einerseits den Willen jener, deren Interessen vor Allem geschützt sein wollen, der Gläubigerschaft, und begrenzt den selben wieder durch das Ermessen des Gantcommissärs, welcher somit die Interessen des Gemeinschuldners und der nicht vertretenen Gläubigerschaft zu schützen berufen ist. Sollte daher es sich seinerzeit um die Berathung eines allgemeinen deutschen Concursgesetzes handeln, so glauben wir Anwartschaft auf Berücksichtigung dieser Gesetzgebung zu haben, soweit sie sich in der That auch in längerer Praxis, als es bisher möglich gewesen, bewährt haben wird."

c) Konkursabwendender Vergleich

Die Frage, inwieweit ein gerichtliches Vergleichsverfahren außerhalb des Konkurses möglich sein sollte, war in den Einzelstaaten umstritten und unterschiedlich geregelt. Entsprechende Vorschriften zur Vermeidung eines Konkurses fanden sich insbesondere in Bremen und Sachsen⁸²⁰. In entgegengesetzter Richtung hatte sich die preußische und bayerische Gesetzgebung entschieden. Hier war jedes gerichtliche Verfahren zur Abwendung des Konkurses ausgeschlossen. Art. 1317 BayCPO sah vor, daß „durch außergerichtliche Unterhandlungen über einen Zustande zu bringenden Accord (...) das Gantverfahren nicht aufgehalten“ werde und „auch kein Gläubiger genöthigt werden“ kann, „auf solche Unterhandlungen sich einzulassen.“⁸²¹

Der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung enthielt in seinem 4. Buch in den §§ 233 bis 256 ein „Vergleichsverfahren zur Abwendung des Gemeinschuldverfahrens“⁸²². Ein konkursabwendender Vergleich sollte nach dem Entwurf der Gemeinschuldordnung einem unverschuldet Zahlungsunfähigen gewährt werden⁸²³ (§ 233), wenn die

⁸²⁰ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 431.

⁸²¹ Barth, Bd. III, S. 410.

⁸²² Siehe: GSO, Motive Bd. II, S. 218 ff.

⁸²³ GSO, Motive Bd. II, S. 224.

Gläubiger einen einstimmigen, durch das Gericht zu bestätigenden Beschluß über den Vergleichsvorschlag gefaßt hatten (§ 250).

Im Rahmen der 44. Sitzung der Sachverständigenkommission kam es am 3.6.1874 zu einer Generaldebatte über die Beibehaltung dieses Gesetzesabschnitts, nachdem von Amsberg eine Streichung der Vorschriften beantragt hatte⁸²⁴. Die Kommissionsmitglieder vertraten bei der Diskussion kontroverse Standpunkte, ohne daß sich eine allein den staatlichen Interessen verbundene Meinungsbildung feststellen ließe. Außer von Amsberg war auch Warschauer der Auffassung, daß ein konkursabwendender Vergleich nicht gesetzlich geregelt sein sollte. Demgegenüber sprachen sich vor allem die Vertreter des Handelsstandes, Schütte und Albrecht, für eine Beibehaltung der Regelungen aus. Dem schloß sich Harrassowitz an.

Das bayerische Kommissionsmitglied Schmitt betonte, daß er grundsätzlich ein Abwendungsverfahren befürworten würde. Gleichzeitig wies er aber darauf hin, daß er die im Entwurf der Gemeinschuldordnung vorgesehene gerichtliche Verfahrensweise ablehne. Hagens notierte hierzu:

„Das hier vorgeschlagene Verfahren reicht nicht aus.“⁸²⁵

Nicht ganz klar ist, wie Schmitt letztlich bei der Abstimmung über den Antrag auf Streichung der Vorschriften über einen konkursabwendenden Vergleich votierte. Da der Antrag jedoch mit 5:4 Stimmen angenommen wurde und sich Schütte, Albrecht und Harrassowitz für eine Beibehaltung ausgesprochen hatten, ergibt sich, daß zumindest ein bayerischer Vertreter, entweder Schmitt oder Neumayr gegen die entsprechenden Regelungen stimmte.

Das Vergleichsverfahren außerhalb des Konkurses wurde von der Mehrheit in der Sachverständigenkommission teilweise als überflüssig und auch als unzulässig angesehen. Sofern der Schuldner in der Lage war, durch die Zustimmung seiner Gläubiger einen Vergleich zu erzielen, bedurfte es eines gesonderten Verfahrens vor Gericht nicht. Ein gerichtliches Verfahren hätte eine Zwangswirkung gegenüber den Gläubigern haben müssen. Um einem Vergleich Wirkung auch gegen widersprechende Gläubiger zukommen lassen zu können, war allerdings eine richterliche Mitwirkung notwendig, auch um eine Kontrolle über die angemeldeten Forderungen zu gewährleisten. Anderenfalls wäre es denkbar gewesen, daß auch nichtberechtigten oder überhöhten Forderungen von den Gläubigern eingebracht und letztlich im Vergleichsverfahren hätten befriedigt werden können. Man war der Auffassung, daß diese formalen, verfahrensmäßigen Notwendigkeiten den Wert eines Vergleichsverfahrens so sehr minderten, daß es als Alternative zu dem eine größere Sicherheit gewährleistenden Konkursverfahren nicht mehr in Betracht kam. Auch waren nach der Meinung der Kommission keine entscheidenden Vorteile hinsichtlich der Verfahrensdauer und -kosten mehr ersichtlich. Gegen das konkursabwendende Vergleichsverfahren sprach auch, daß dem Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht gänzlich entzogen werden konnte. Hierin lagen Risiken für die Gläubiger, deren Benachteiligung man befürchtete. Letztlich vertrat man daher die Ansicht, daß in der Praxis einem Schuldner, der durch Unglücksfälle zahlungsunfähig geworden und in der Lage war, Garantien für seinen Zahlungswillen zu geben, auch

⁸²⁴ Nebenprotokoll zur 44. Sitzung vom 3.6.1874, BArch 688/2, 98.

⁸²⁵ Nebenprotokoll zur 44. Sitzung vom 3.6.1874, BArch 688/2, 98.

ohne gerichtliche Prozedur in der Lage sein würde, durch außergerichtliche Verhandlungen eine Einigung mit seinen Gläubigern zu erzielen⁸²⁶.

Es wäre rein hypothetisch, Mutmaßungen darüber anzustellen, welchen Ausgang die Abstimmung genommen hätte, wenn der in der damaligen Sitzung beurlaubte von Kohlhaas aus Baden, wo ähnliche Regelungen zum konkursabwendenden Vergleich galten, mitgestimmt hätte. Ohne, daß eine erneute Diskussion der Thematik in zweiter Lesung stattfand und die Vorschriften über den konkursabwendenden Vergleich nochmals Gegenstand der Kommissionserörterungen wurden, beließ man es jedoch bei dem in erster Lesung gefaßten Beschluß.

Die Möglichkeit des konkursabwendenden Vergleichs setzte sich als Alternative zum Konkurs mit einem Zwangsvergleich erst deutlich später, nämlich im Jahre 1914 und 1916 mit einer "Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses" und mit der späteren Vergleichsordnung von 1927 durch.

d) Zwangsvergleich

Insgesamt war das Institut des Zwangsvergleichs in den einzelnen Staaten umstritten⁸²⁷. Zu der Problematik vertrat das bayerische Recht insoweit eine vermittelnde Auffassung, als das Zustandekommen eines Vergleiches zwar grundsätzlich von der Zustimmung aller erschienen Gläubiger abhängig sein sollte, jedoch bei Ausbleiben von Gläubigern deren Einverständnis unterstellt wurde.

aa) Gemeinschaftsordnung

Mit dem überwiegenden Teil deutscher Partikulargesetze sprach sich auch der Entwurf der deutschen Gemeinschaftsordnung für einen Zwangsvergleich aus.

Es sei

"überall geltendes Gewohnheitsrecht, daß die Gläubiger durch einen auf die Summenmehrheit gegründeten richterlichen Ausspruch sowohl zu einer Stundung als zu einem theilweisen Erlaß ihrer Forderungen gezwungen werden können. Die Bedürfnisse des Lebens haben die theoretischen Bedenken überwunden; (...) die Konkursgläubiger bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten; der Konkursanspruch Aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschaft und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen finden selbst im formalen Recht ihre Geltung. Jedenfalls in dem höheren Werthe materieller Gerechtigkeit. Der gleiche vernünftige Zweck einzelner Schicksalsgenossen ist der sittliche Wille Aller. Ihm sich fügen müssen, beschädigt nicht die persönliche Freiheit; - ihn dem Widerspruch weniger Gläubiger zum Opfer bringen, beschädigt das allgemeine Recht. Oftmals beruht der Widerspruch Einzelner nur auf Eigensinn, Rachsucht oder unlauteren Nebenabsichten. (...) Der Zwangsvergleich ist gerechtfertigt und ist nicht zu

⁸²⁶ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 433 ff.

⁸²⁷ Völderndorff, S. 525, führt insoweit aus: „Schwieriger fand das Institut in Deutschland Eingang. Bis in die neueste Zeit sträubte sich die Doktrin und die Gesetzgebung der einzelnen Partikularstaaten dagegen. (...) ein Vergleich, zu dem der sich Vergleichende gezwungen wird, ist ein solches Monstrum, daß man der Theorie nicht verargen darf, wenn sie davor zurückschreckte.“

entbehren. Freilich muß die richtige Gestaltung des selben nach Inhalt und Gegenstand gesucht werden."⁸²⁸

Der Entwurf der deutschen Gemeinschuldordnung forderte in § 177 für eine Annahme des Vergleichs die Zustimmung der Mehrzahl der in einem besonderen Termin anwesenden stimmberechtigten Gläubiger. Die konsentierenden Gläubiger mußten außerdem mindestens 3/4 der Gesamtsumme der stimmberechtigten Forderungen auf sich vereinen. Diese Hürde schützte die Gläubiger vor dem Zustandekommen leichtfertiger Akkorde. Um als zusätzliche Sicherheit den Vergleich auch formal auf eine rechtsverbindliche Basis zu stellen, sah der Gesetzgeber außerdem vor, daß die Wirksamkeit des Vergleiches von einer gerichtlichen Prüfung und Bestätigung abhing. Letztere war allerdings auf die Zulässigkeit und formale Rechtmäßigkeit beschränkt und erstreckte sich nicht auf die Zweckmäßigkeit.

bb) Anträge Schmitts und Kommissionsberatung

In der Kommissionsberatung versuchten die bayerischen Vertreter eine Regelung entsprechend dem Recht der bayerischen Zivilprozeßordnung zu erreichen. Zu Beginn der Debatte über den sechsten Titel des Gesetzesentwurfes stellte Schmitt in der 36. Sitzung am 21.05.1874 den Antrag,

"den ganzen Zwangsvergleich zu streichen und statt dessen nur für einen einstimmig angenommenen Vergleich eine Zwangswirkung gegen die Ausbleibenden zuzulassen."⁸²⁹

Aus den Nebenprotokollen ergibt sich, daß der Antrag Schmitts nicht geeignet war, eine nähere und weitläufigere Diskussion zu entfachen. Es kam vielmehr sofort zu einer Abstimmung, die eine klare Ablehnung des bayerischen Antrags gegen lediglich zwei Stimmen (wohl Schmitt und von Neumayr) zur Folge hatte. Der ohnehin wohl nur zaghaft unternommene Versuch Bayerns, eine Abschaffung des Zwangsvergleiches für die Reichskonkursordnung zu bewirken, wurde insoweit bereits "im Keim erstickt".

Mehr Rechnung trug die Kommission den Vorstellungen Schmitts hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Bestimmungen im einzelnen. Schmitt schlug vor, statt - wie im Entwurf zur Gemeinschuldordnung vorgesehen - durch Endurteil, gegen welches ein Rechtsmittel zulässig sein sollte, lediglich durch Beschluß über die Bestätigung oder Verwerfung eines Zwangsvergleiches zu entscheiden. Dieser Beschluß sollte lediglich für Konkursgläubiger beschwerdefähig sein, die dem Vergleich nicht ausdrücklich zugestimmt hatten⁸³⁰. Der bayerische Vertreter befürchtete hier anderenfalls wiederum - wie auch an anderen Stellen des ursprünglichen Gesetzesentwurfes - mögliche Verfahrensverzögerungen.

Vor diesem Hintergrund sprach er sich auch gegen eine im ursprünglichen Entwurf vorgesehene Bestimmung aus, nach welcher im Rahmen der Vorschriften über einen Zwangsvergleich über eine eventuelle Versagung der Schuldenbereinigung wegen unlauteren Verhaltens des Schuldners verhandelt werden sollte. Schmitt faßte die

⁸²⁸ GSO, Motive Bd. II, S. 127 und 128; Hahn, Motive zur Konkursordnung, Seite 392 und 393; zu den Argumenten für einen Zwangsvergleich auch: Hellmann, S. 525 f.

⁸²⁹ Nebenprotokoll zur 36. Sitzung am 21.05.1874, BArch 688/2, 86.

⁸³⁰ Antrag Nr. 92 (von Schmitt), BArch, 690, 115.

gerichtliche Bestätigung des Zwangsvergleichs nicht als zivilprozessualen Akt, sondern als Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf⁸³¹. Er vertrat in der 39. Sitzung am 28.5.1874 die Auffassung, daß für diese Fälle eine Anfechtungsklage nach den allgemeinen Vorschriften zu führen sei. Anderenfalls - bei einer Klärung im Rahmen des Zwangsvergleichsverfahrens - bestünde die Gefahr, daß ein jahrelanger Prozeß mit eventuellen Beweisaufnahmen und sonstigen Verfahrensverzögerungen entstände. Schmitts Antrag hinsichtlich des Beschlußverfahrens wurde in der 40. Sitzung vom 29.5.1874 mit 8:3 Stimmen angenommen.

Weitgehende Einigkeit bestand bei der Frage, welche Wirkung dem Zwangsvergleich zukommen sollte, darin, daß dieser für und gegen alle nicht bevorrechtigten Gläubiger verbindlich sein müsse. Problematischer war allerdings, inwieweit Dritte sich den Vergleich entgegenhalten lassen mußten. § 153 III des Entwurfs der Gemeinschaftsdordnung regelte insbesondere die Vollstreckbarkeit gegen einen Vergleichsbürgen. Insoweit war vorgesehen, daß gegen denjenigen Dritten, der in einem Vergleich selbstschuldnerisch für die Erfüllung gegenüber den Gläubigern eintrat, die Zwangsvollstreckung aus dem Zwangsvergleich stattfinden konnte. Mangels anderweitiger gesetzlicher Vorschriften hierzu bedurfte es einer Regelung in der Konkursordnung. Wie sich aus den Notizen Hagens ergibt, unterstützte Schmitt im Grundsatz den zur Beratung vorliegenden Entwurf. Er führte aus, daß jemand sich nicht einerseits verbürgen, aber andererseits "sich reservieren" kann, alle Forderungen zu bestreiten⁸³². Er fand den Entwurf trotzdem verbesserungsbedürftig und vertrat die noch strengere Auffassung, daß nicht bloß gegenüber "festgestellten", sondern gegenüber sämtlichen „angemeldeten und von dem Gemeinschaftsdner nicht ausdrücklich bestrittenen Forderungen Einwendungen abgeschnitten sein müßten". Er hielt es außerdem für angezeigt, auf die entsprechenden Zwangsvollstreckungsvorschriften in der ZPO zu verweisen⁸³³. Diese Detailvorschläge Schmitts zur Regelung der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich fanden mit einem Abstimmungsergebnis von 7:2 deutliche Zustimmung, so daß der Formulierungsvorschlag in die spätere Konkursordnung⁸³⁴ Eingang gefunden hat.

An den eben angeführten Beispielen für die Mitwirkung Schmitts bei den Beratungen über den Zwangsvergleich zeigt sich, daß sich dieser nicht lediglich darauf beschränkte, die bayerischen Interessen zu vertreten, sondern auch aktiv an der Gestaltung des Gesetzes mitwirkte, soweit es nicht darum ging, die Wünsche Bayerns zur Geltung zu bringen bzw. ein solcher Versuch gescheitert war. Dies zeigt sich insbesondere an den Verfahrensvorschriften der Konkursordnung, v. a. soweit eine Verbindung zum allgemeinen Zivilprozeßrecht bestand, wo Schmitt seine besonderen Kenntnisse und Erfahrungen auf dem Gebiet der Zivilprozeßgebung einbringen konnte.

⁸³¹ Vgl. Nebenprotokoll zur 39. Sitzung vom 28.5.1874, BArch, 688/2, 91.

⁸³² Nebenprotokoll zur 41. Sitzung am 30.5. 1874, BArch 688/2, 93.

⁸³³ Vgl. Antrag Nr. 92 (von Schmitt), BArch 690, 115.

⁸³⁴ § 194 KO.

12. Beendigung des Verfahrens

Die Bestimmungen des Entwurfs der Deutschen Gemeinschuldordnung bezüglich der Einstellung des Insolvenzverfahrens standen mit den bayerischen Regelungen nicht im Widerspruch. Insoweit bestand für die bayerischen Vertreter kein Anlaß zu inhaltlichen Beanstandungen. Insbesondere bezüglich der Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung mangels Masse, die z. B. im preußischen Recht nicht vorgesehen war, folgte der Entwurf der bayerischen Zivilprozeßordnung. Schmitt beschränkte sich im wesentlichen darauf, einige sprachliche Umgestaltungen ohne inhaltliche Abweichung anzuregen⁸³⁵. Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang nur, daß Schmitt darauf hinwirkte, daß sämtliche im damals vorliegenden Entwurf verstreuten Bestimmungen über Gründe der Aufhebung des Verfahrens, die Einstellung oder sonstige Beendigungen sowie die Vorschriften über die formellen Voraussetzungen hierfür im 7. Titel zusammengefaßt wurden⁸³⁶.

13. Besondere Bestimmungen

In der Reichskonkursordnung wurden im achten Titel des zweiten Buches besondere Bestimmungen betreffend die Konkurse von juristischen Personen, Gesellschaften, Genossenschaften und Nachlässen zusammengefaßt.

a) Bayerisches Recht

Ein dementsprechender besonderer Gesetzesabschnitt fand sich in der Bayerischen Civilprozeßordnung nicht. Dennoch enthielten die Art. 1175 und 1176 BayCPO spezielle Regelungen für Gesellschaften, Kaufleute sowie Nachlässe. Man ging davon aus, daß über entsprechende besondere Vermögensteile eines Schuldners ein Partikularkonkurs durchgeführt werden konnte⁸³⁷. Eine Entsprechung hierzu fand sich in § 8 der Prioritätsordnung. Nach den Bestimmungen des zuletzt geltenden bayerischen Prozeßrechts konnte die Eröffnung des Verfahrens von Amts wegen geschehen, wenn der Gemeinschuldner entweder flüchtig war und sich die Unzulänglichkeit seines Vermögens herausgestellt hatte, bei einem Kaufmann, wenn er seine Zahlungen eingestellt hatte und flüchtig war und bei Erbmassen, wenn die Erbschaft angetreten wurde und sich aus dem Inventar die Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Begleichung der Verbindlichkeiten ergab. Abgesehen von den eben dargestellten Gründen für eine Insolvenzverfahrenseröffnung von Amts wegen, blieben die übrigen Fälle, in denen die Eröffnung auf Antrag stattfinden konnte, unberührt. Das bayerische Recht sah für das Vermögen einer Gesellschaft oder Genossenschaft außerdem vor, daß vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmungen auch über das Privatvermögen eines solidarisch haftenden Mitglieds ein Verfahren eröffnet werden konnte, wenn bei einer Gesellschaft ein Insolvenzverfahren im Gang war.

⁸³⁵ Vgl. Antrag Nr. 95 (von Schmitt), BArch 690, 119.

⁸³⁶ Vgl. Antrag Nr. 96 (von Schmitt), BArch, 690, 120.

⁸³⁷ Vgl. Barth, Bd. III, S. 303 f.

b) Gemeinschuldordnung

Bei einer Betrachtung des Entwurfs der Gemeinschuldordnung fällt auf, daß deren Verfasser noch keine vollständige Abkehr von dem Prinzip einer Unterscheidung in Universal- und Parikularkonkurse vorgenommen hatten⁸³⁸. Als drittes Buch fanden sich hier in den §§ 216 – 232 „Besondere Bestimmungen für das Gemeinschuldverfahren über Theilmassen“. Obwohl bereits im Entwurf zur Gemeinschuldordnung ausgesprochen war, daß über Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Gemeinschuldverfahren stattfinden konnte (§ 221) war die Rechtsfigur des Partikularkonkurses noch nicht beseitigt. Insbesondere war für Nachlaßkonkurse bestimmt, daß ein abgesondertes Gemeinschuldverfahren hierüber stattfinden konnte (§ 230).

c) Kommissionsberatung

Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder ging bei der Beratung davon aus, daß der frühere Begriff und die Lehre vom Partikularkonkurs rein theoretisch und ohne praktische Bedeutung sei. An sich habe ein Partikularkonkurs auch keine andere Behandlung erfahren als ein Universalkonkurs. Es seien lediglich einzelne besondere Vorschriften für Handelsgesellschaften, Genossenschaften und Nachlässe notwendig, ohne eine Unterscheidung zwischen Universal- und Partikularkonkurs aufrecht zu erhalten⁸³⁹. Es setzte sich die Auffassung durch, daß ein Nachlaß oder das Vermögen von Gesellschaften nicht als Teil des Vermögens einer natürlichen Person anzusehen waren, sondern einen für sich bestehenden Vermögensbegriff darstellte, der ein völlig selbständiges Konkursverfahren zuließ⁸⁴⁰. Für noch weniger anwendbar hielt man die Vorschriften über einen Partikularkonkurs bei Genossenschaften. Obwohl die Genossenschaft die Merkmale einer juristischen Person hatte, haftete nämlich der einzelne Genossenschafter neben dem Genossenschaftsvermögen.

Für eine Eröffnung des Konkurses von Amts wegen, sah man entgegen dem in Bayern zuvor geltenden Recht auch bei Kaufleuten und juristischen Personen keine Veranlassung.

Bayern und seine Kommissionsvertreter scheinen mit den im Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung vorgesehenen Regelungen weitestgehend einverstanden gewesen zu sein. Dies läßt sich daraus schließen, daß keinerlei nennenswerte Anträge in den Debatten gestellt wurden. Schmitt wirkte hauptsächlich durch Wortmeldungen an der Detailgestaltung der Vorschriften über den Nachlaßkonkurs mit.

Er versuchte allerdings entsprechend dem bayerischen Recht die Aufnahme einer Bestimmung dahingehend zu erreichen, daß im Falle der Eröffnung eines Konkursverfahrens über ein Gesellschaftsvermögen „jeder Gesellschaftsgläubiger, die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters (...) beantragen“ konnte, „auch wenn der

⁸³⁸ Vgl. hierzu auch: GSO, Motive Bd. II, S. 201; dort wurde ein Partikularkonkurs bei inländischem Vermögen eines Ausländers, Handelsgesellschaften sowie bei Nachlässen angenommen.

⁸³⁹ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 441.

⁸⁴⁰ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 440.

Gesellschafter in Ansehung seines Privatvermögens zahlungsfähig⁸⁴¹ war. Mit diesem Ansinnen scheiterte Schmitt jedoch.

Man war nicht der Auffassung, daß ein Konkursverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft ungeachtet seiner Vermögenslage ohne weiteres auch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters nach sich ziehen konnte. Zwar sei davon auszugehen, daß in vielen Fällen eine Gesellschaft ihre Zahlungen erst dann einstellen wird, wenn auch deren persönlich haftende Gesellschafter nicht mehr im Stande sind, die Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen zu unterstützen, jedoch gehe die Vermutung, daß bei einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auch von einer solchen bei dem Gesellschafter auszugehen sei, zu weit. Es sei gerade nicht notwendigerweise so, daß die Voraussetzungen für die Eröffnung zweier Konkurse gleichzeitig vorliegen. Aus der Überlegung heraus, daß eine persönliche Haftbarkeit des Gesellschafters auch nicht gewissermaßen als Vermögensbestandteil der Gesellschaft aufgefaßt werden kann und außerdem die Insolvenz der Gesellschaft und die eines Gesellschafters voneinander unabhängig sind und sich nicht bedingen, sah man für die Reichskonkursordnung davon ab, eine Regelung aufzunehmen, durch die ein Insolvenzverfahren über das Privatvermögen ungeachtet der Vermögenssituation des Schuldners hätte durchgeführt werden können⁸⁴².

VI. Das Einführungsgesetz zur Konkursordnung

Nachdem die erste Lesung in der 51. Kommissionssitzung am 13.6.1874 abgeschlossen war, trat man in die zweite Lesung des Gesetzesentwurfs ein, die etwa eine Woche vom 29.6. bis 6.7.1874 dauerte und zunächst nur den materiell-rechtlichen Teil umfaßte. Die Beratungen wurden dann mit dem verfahrensrechtlichen Teil zwischen der 62. Sitzung am 15.7.1874 bis zur 70. Sitzung am 25.7.1874 fortgeführt. Die entscheidenden, strittigen Fragen waren bereits weitestgehend in der ersten Lesung geklärt worden, so daß es in der zweiten Lesung, ebenso wie auch in der dritten Lesung in den letzten beiden Sitzungen am 30. und 31. 7. 1874 mehr um sprachliche Verbesserungen sowie die Reihenfolge bestimmter Vorschriften ging.

Die zweite Lesung wurde durch eine eingeschobene Beratung des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung unterbrochen. Dieses wurde in der 58. bis 61. Kommissionssitzung zwischen dem 7.7. und 11.7. 1874 diskutiert. Einen Schwerpunkt bildete hierbei die Behandlung etwaiger Vorrechte von Gläubigern der Pfandbriefe und Bodenkreditobligationen.

1. Pfandbriefe und Bodenkreditobligationen

Im Rahmen der 17. Sitzung der Kommission war auf den Antrag des preußischen Kommissionsmitgliedes Makower⁸⁴³ die weitergehende Erörterung der Frage, welche Vorzugsrechte den Gläubigern von Pfandbriefen oder Bodenkreditobligationen zustehen sollten, verschoben worden.

⁸⁴¹ Antrag Nr. 109 (von Schmitt), BArch 690, 137.

⁸⁴² Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 450.

⁸⁴³ Antrag Nr. 83 (von Makower), BArch 690.

Notwendig war eine Regelung hierzu wegen der häufig - auch in Bayern - anzutreffenden Praxis, daß aufgrund von ausdrücklichen Bestimmungen in Statuten und Prospekten den Inhabern von ausgegebenen Pfand- und Hypothekenbriefen bei Zahlungsunfähigkeit ihres Schuldners ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus bestimmten Gegenständen bzw. Hypothekenforderungen zustand⁸⁴⁴.

Für die nach Inkrafttreten der Konkursordnung begründeten Rechtsverhältnisse und bei zukünftigen Ausgaben von Schuldverschreibungen sahen sich die Gesetzgeber vor dem Problem, die Grundsätze der Konkursordnung mit dem Bedürfnis nach erhöhter Sicherheit für den Verkehr der fraglichen Papiere miteinander in Einklang zu bringen. Ob Vorbehalte für die Landesgesetzgebung oder eine wegen des Umfangs und der räumlichen Erstreckung der Schuldverhältnisse einheitliche Regelung durch Reichsgesetzgebung vorzuziehen waren, ließ der Entwurf offen. Im Grundsatz sprach man sich dafür aus, daß an sich allein die Konkursordnung maßgeblich sein sollte und erklärte⁸⁴⁵:

"die Konkursordnung entscheidet exklusiv, ob und welche Wirksamkeit einer Sicherung für den Konkurs eingeräumt wird."

Soweit allerdings eine Regelung durch die Reichsgesetzgebung⁸⁴⁶ nicht erfolgen würde, sollte es - im Zuge der eingetretenen Modifikation der Hypotheken- und der vertragsmäßigen Generalrechte - der Landesgesetzgebung offengehalten werden, eine notwendige Sicherung zu gewähren. Nach langen Debatten über die Frage, ob die Regelung der Landesgesetzgebung überlassen werden solle oder vom Reich selbst in die Hand zu nehmen sei, beschränkte sich die Kommission auf das Erstere⁸⁴⁷. Für die vor Inkrafttreten der Konkursordnung ausgegebenen Schuldverschreibungen kam man überein, der Landesgesetzgebung vorzubehalten, die Forderungen entsprechender Gläubiger in der Rangfolge vor den Konkursgläubigern zu befriedigen. Der Entwurf wollte allerdings nur die Schuldverhältnisse berücksichtigen, die in größerem Umfang für den öffentlichen Kredit Bedeutung hatten. Unter die maßgeblichen Papiere fielen Banknoten, Pfandbriefe sowie Teilschuldverschreibungen, ungeachtet dessen, ob sie auf Inhaber oder Namen lauteten oder übertragbar waren. Die Schuldner anbelangend, sollten nur Gemeinden, Verbände, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften und Genossenschaften Berücksichtigung finden. Ein Bedürfnis zur Einbeziehung von Privatpersonen oder Personengesellschaften sah man nicht⁸⁴⁸. Da sich eine Übergabe der zur Sicherheit dienenden Gegenstände an die einzelnen Gläubiger rein praktisch nicht bewirken ließ, forderte man - gemäß dem Offenkundigkeitsprinzip - zur Begründung eines Pfandrechts eine Erkennbarkeit nach außen dadurch herzustellen, daß der Pfandbesitz für alle Gläubiger durch einen gemeinschaftlichen Vertreter nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften ausgeübt werden sollte. Das Entstehen eines Vorrechts vor anderen Gläubigern sollte dadurch ermöglicht werden, daß das Bestehen der fraglichen Obligationen, ihr Inhalt sowie ihr Umfang in ein öffentliches Schuldenbuch einzutragen war, um eine Publizität zu gewährleisten⁸⁴⁹.

⁸⁴⁴ Siehe oben C. 1. Teil: 10. d) aa).

⁸⁴⁵ Hahn, Motive zur Konkursordnung, S. 479.

⁸⁴⁶ Dies avisierte man dann erneut nach Inkrafttreten der Reichskonkursordnung.

⁸⁴⁷ Völderndorff, S. 111 EinfG; allerdings wurden bereit 1879 von seitens des Reichsjustizamts Entwürfe für eine reichsgesetzliche Regelung ausgearbeitet.

⁸⁴⁸ Vgl. Hahn, Motive zur Konkursordnung, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁴⁹ Wie vor.

§ 14 des Entwurfs des Einführungsgesetzes sah vor, daß Gemeinden, Verbände, Gesellschaften und Genossenschaften, denen das Recht zustand, Banknoten oder Inhaberschuldverschreibungen auszugeben, an einzelnen Sachen oder Vermögenswerten ein Absonderungsrecht gewähren können sollten. Dafür war der Pfandbesitz einem von der Landesbehörde zu bestellenden Vertreter zu übertragen. Ferner sollte die Möglichkeit bestehen, durch Eintragung in ein öffentliches Generalschuldenbuch nach Vorschriften der Landesgesetzgebung, ein allgemeines Vorrecht vor den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstanden waren, einzuräumen. Hierdurch wurde der Konflikt mit dem Grundprinzip der Gemeinschaftsduldung gelöst, nach der bei der Konkursmasse allein durch einen Vertrag kein Vorrecht und durch eine Verpfändung ohne Besitz an der Sache kein Absonderungsrecht entstehen konnte.

Im Vorfeld der Beratungen über das Einführungsgesetz schrieb Schmitt am 01.07.1874 an das Staatsministerium der Justiz⁸⁵⁰:

„Sehr wünschenswerth wäre mir eine gnädige Mittheilung darüber, ob § 14 des Einf.Gesetzes den bayr. Intentionen (...) genügen kann.“

Insoweit bezog sich Schmitt auf das ihm übermittelte Gutachten des Referenten im Finanzministerium Dr. Hauser⁸⁵¹, mit dem zur Frage der Behandlung von Pfandbrief- und Bodenkreditobligationen Stellung genommen worden war.

Schmitt erhielt auf seine an das Staatsministerium der Justiz gerichtete Anfrage, inwieweit die beabsichtigte Regelung im Einführungsgesetz den bayerischen Vorstellungen genüge, die Abschrift einer Stellungnahme an das Königlich-Bayerische Staatsministerium des Innern, aus der hervorgeht, daß man die avisierte Regelung akzeptieren wollte⁸⁵²

"Das ergebenst unterfertigte Staatsministerium beehrt sich unter Bezug auf die geschätzte Note vom 16. Mai d.J. (...) die Pfandbriefe der bayerischen Bankanstalten betreffend, die in dem Entwurf eines Einf.Gesetzes zur Concursordnung eingestellte Bestimmung in § 14 (...) mitzutheilen, durch deren Inhalt der vom (...) Staatsministerium des Innern in der Note v. 27. März d.J. angeregte Gegenstand in Beziehung auf Pfandbriefe, welche an den Inhaber lauten, Berücksichtigung findet."

Das bayerische Staatsministerium der Justiz übermittelte Schmitt dieses Schreiben mit folgender Anmerkung, mit der eine ebenfalls diskutierte Erstreckung der Vorschrift auch auf Namenspapiere mit Skepsis betrachtet wurde:

"Auf Ihren im Berichte v. 28. März d. J. (...) ausgesprochenen Wunsch beehre ich mich, Ihnen die Nachricht mitzutheilen, daß der Inhalt des § 14 des EinfGesetzes zur Concursordnung den Gläubigerrechten aus s.g. Pfandbriefen, Bodencredit- und Communalcreditobligationen, sofern sie auf den Inhaber gestellt sind, entsprechende Berücksichtigung gewähren dürfte. Bei der Erweiterung des Gegenstandes, gegen welche nichts zu erinnern sein dürfte, müßte eine Ausdehnung der Bestimmung auf Namenspapiere der bezeichneten Art theils wegen der begrifflichen Unbestimmtheit, (...), theils wegen des in § 14 zu Grunde gelegten Prinzips kaum

⁸⁵⁰ Schreiben von Schmitt an das Staatsministerium der Justiz vom 1.7.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁵¹ Gutachten Dr. Hauser vom 30.05.1874, BayHStA, Abt. II MJu 12845.

⁸⁵² Brief an das Staatsministerium des Innern, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

thunlich erscheinen. Zudem vermögen sich Gläubiger aus Pfandbriefen u.s.w. welche auf Namen lauten durch Umwandlung in Inhaberpapiere, das durch § 14 zu begründende Absonderungsrecht zu erwirken. Mit diesen Erwägungen soll indessen Ihrem Ermessen nach der jeweiligen Lage der Angelegenheit in den Commissionsberathungen in keiner Weise vorgegriffen werden."

Soweit aus den von Schmitt gestellten Anträgen und den Protokollen der Kommissionssitzungen ersichtlich, machte Schmitt jedoch von dem ihm eingeräumten Spielraum keinen weitergehenden Gebrauch und begnügte sich, ebenso wie die bayerischen Ministerien mit der im Entwurf zum Einführungsgesetz vorgesehenen Regelung.

2. Privatrechtliche Stellung von Vereinen und Gesellschaften

Schmitt hielt es allerdings für erforderlich, in einer anderen Frage auf die Gestaltung des Einführungsgesetzes Einfluß zu nehmen. Einer besonderen Beachtung bedurften bayerische Gesetze vom 29.4.1869 betreffend die privatrechtliche Stellung von Vereinen, sowie Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaften. Bei Einführung des Reichsgenossenschaftsgesetzes hatte Bayern sich vorbehalten, die Rechtsverhältnisse der registrierten Gesellschaften nach wie vor nach bayerischem Recht zu regeln. Demnach waren Gesellschaften und Vereine nicht als juristische Personen klassifiziert⁸⁵³. Allerdings haftete gegenüber den Mitgliedern lediglich das Gesellschafts- oder Vereinsvermögen. Die Mitglieder hafteten nur mit ihren Einlagen. Diese Regelung wich von der Reichsgesetzgebung und den Gesetzen anderer Partikularstaaten ab.

Der bayerische Vertreter berichtete nach München:

"Anliegend versende ich Eurer Exzellenz:

(...)

2. die Motive zum Entwurf eines Einf. Gesetz zur Konkursordnung,

3. die von mir zu §§ 1-13 des Einf.Gesetzes gestellten Anträge (...)

Die Berathung des Einf.Gesetzes wird kaum vor Montag, den 6. Juli beginnen. Anlangend die zu demselben im bayr. Interesse zu stellenden Anträge, so glaubte ich mich zu §§ 1-13 auf die beifolgenden bzw. den Antrag, betreffend die registrierten Gesellschaften und Vereine beschränken zu dürfen; (...)."

Er sprach den Wunsch aus, die Vorschriften der Konkursordnung über Aktiengesellschaften „auf Vereine und registrierte Gesellschaften, welche aufgrund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine, und vom selben Tage betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaften, bestehen“, entsprechend anzuwenden.“⁸⁵⁴ Dies betraf zwei verschiedenartige - damals besondere - Personenvereinigungen des bayerischen Rechts. Die Vereine waren demnach als privatrechtliche Vereine zu verstehen, die nicht Erwerbsgeschäfte betreiben, sondern Wohltätigkeits-, Bildungs- und Unterhaltungszwecke verfolgen. Für Schulden haftete nur das Vereinsvermögen. Registrierte Genossenschaften wurden als Erwerbsgenossenschaften angesehen, mit dem Unterschied, daß Solidarhaft statutenmäßig ausgeschlossen war und Mitglieder nur mit

⁸⁵³ Sarwey, S. 753.

⁸⁵⁴ Antrag Nr. 123 (von Schmitt), BArch 690, 154.

ihren Einlagen und Beiträgen hafteten. Diese Arten von Personenvereinigungen wären mangels ausdrücklicher Erwähnung in den „besonderen Bestimmungen“ der Reichskonkursordnung ohne eine Verweisung im Einführungsgesetz nicht erfaßt worden⁸⁵⁵. Bei den Beratungen diskutierte man dann sogar die eventuelle Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Konkursordnung selbst, stellte die Entscheidung hierüber jedoch einstweilen zurück. Schmitt brachte dann sein Anliegen in zweiter Lesung mit dem Antrag Nr. 179⁸⁵⁶ in Erinnerung.

„Bei erster Lesung des Einführungsgesetzes wurde in Aussicht genommen, die den Konkurs der eingetragenen Genossenschaften berührenden Bestimmungen des betreffenden Spezialgesetzes vollständig in die Konkursordnung zu übertragen. Weiterhin wurde in Aussicht gestellt, die erforderlichen Vorschriften in Ansehung von sonstigen Gesellschaften und Personenvereinen hier aufzunehmen. Ich beschränke mich darauf in letzterer Richtung dasjenige hier zu reproduzieren, was meine Anträge Nr. 123 bezügliches enthalten. Hiernach mögen (...) folgende Bestimmungen Platz finden:

„Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eingetragener Genossenschaften, Gesellschaften und anderer Personenvereine. Dieselben werden im Konkursverfahren (...) durch den Vorstand bzw. die Liquidatoren vertreten. Ein Zwangsvergleich findet nicht statt. Der Konkurs über das Genossenschafts-, Gesellschafts- oder Vereinsvermögen zieht den Konkurs über das Privatvermögen der einzelnen Mitglieder nicht nach sich.“

Der Antrag Schmitts wurde dann kurz vor Ende der Beratungen der Sachverständigenkommission in der 69. Sitzung⁸⁵⁷ wieder in die Debatte über das Einführungsgesetz verwiesen, in das die von Schmitt vorgeschlagene Regelung letztlich auch Aufnahme fand. Man folgte dem Antrag Schmitts, um die konkursrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gesetze nicht ohne weiteres in Wegfall kommen zu lassen. Da nach Auffassung der Gesetzgeber die in Bayern seinerzeit übliche Behandlung der Vereine und Gesellschaften der Rechtssituation bei einer Aktiengesellschaft entsprach, entschied man sich dafür - der Anregung Schmitts⁸⁵⁸ folgend - im Einführungsgesetz auf eine entsprechende Anwendung der reichskonkursrechtlichen Vorschriften zu den Aktiengesellschaften zu verweisen.

VII. Stellungnahme von Dr. Gottfried Schmitt

In dem abschließenden Bericht des bayerischen Kommissionsvertreters Schmitt kommt zum Ausdruck, daß dieser mit den bei den Gesetzesberatungen in Berlin erreichten Ergebnissen durchaus zufrieden war.

Mit Schreiben an das Staatsministerium der Justiz⁸⁵⁹ vom 04.10.1874 gab Schmitt eine durchaus zutreffende und realistische Einschätzung der Resultate aus bayerischer Sicht ab:

"Eu. Exzellenz haben den unterthänigst Unterzeichneten beauftragt, eine Note an die beteiligten Ministerien zu entwerfen, inhaltlich welcher den genannten Ministerien der

⁸⁵⁵ Völderndorff, EinfG, S. 76.

⁸⁵⁶ Antrag Nr. 179 (von Schmitt), BArch 690, 218.

⁸⁵⁷ Nebenprotokoll zur 69. Sitzung vom 24.07.1874, BArch 688/2, 149.

⁸⁵⁸ Antrag Nr. 123 (von Schmitt), BArch 690,154.

⁸⁵⁹ Schreiben von Dr. Schmitt an Dr. von Fäustle vom 4.10.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

commissionell festgestellte Entwurf einer Reichsconcurssordnung mitgeteilt und unter Darlegung des Standpunktes des Justizministeriums um Rückäußerung bzw. Bekanntgabe der im Landesrecht gegen den bezeichneten Entwurf etwa zu erhebenden Erinnerungen ersucht wird.

Da der ehrfurchtsvoll Unterzeichnete bei seiner Anfang August erfolgten Rückkehr nach München das sämtliche die Concurssordnung betreffende Material in Berlin zurückgelassen hatte, ist ihm der Vollzug des hohen Auftrags erst jetzt möglich. Es wird genügen, wenn anschließend die unmaßgebliche Ansicht des gehorsamst Unterzeichneten dargelegt wird.

Eine Vergleichung des ursprünglichen mit dem commissionell festgestellten Entwurf beweist, daß an jenem außerordentlich zahlreiche und wichtige Änderungen vorgenommen sind.

Man wird sich bei eingehenderer Prüfung aber auch davon überzeugen, daß durch diese Änderungen der Entwurf vielfach dem bayerischen Recht noch näher gebracht wurde, als dies ursprünglich schon der Fall war.

Nur einige Fragen dürften es sein, welche Bayern im derzeitigen Stadium noch Veranlassung zur Beanstandung geben könnten.

(1) Nach § 1 des Entwurfs (des Commissionsentwurfs) umfaßt das Concurssverfahren nur das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Concurseröffnung gehörige Vermögen. Das während des Verfahrens von ihm Erworbene fällt nicht in die Masse und soll selbst gegen den Einzel-Concurssgläubiger geschützt sein (...). Hiermit ist eine bekannte gemeinrechtliche Kontroverse gegen das bisherige bayerische (und preußische) Recht entschieden. Die Entscheidung erfolgte mit einer Stimme Majorität auch gegen den ursprünglichen Entwurf.

(2) Die §§ 160 -187 des Entwurfs statuieren den s.g. Zwangsvergleich, ein Institut, dessen letzte Spuren in Bayern durch die Gesetzgebung von 1869 beseitigt wurden.

(3) Die §§ 41, 54 und 56 behandeln den Fiscus als Concurssgläubiger ungünstiger als die bisherige bayerische Gesetzgebung gethan hat.

(4) Der § 17 des Einf.Gesetzes zu der Concurssordnung bietet bezüglich der betreffenden Verhältnisse zwar für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit Abhilfe und dürfte eine viel umfassendere Regelung, etwa nach dem Vorgange Österreichs⁸⁶⁰, keineswegs entbehrlich machen.

Indessen scheint ad 4 eine Concurssordnung in keinem Fall der Ort zu sein für eine solche Regelung. Auch dürfte der allgemeine § 17 im wesentlichen den Intentionen des k.b. Staatsministeriums des Innern (...) betreffend die Pfandbriefe der bayerischen Bankanstalten Rechnung tragen.

Mit den Vorschriften der §§ 41, 54 und 56 des Entwurfs (...) hat sich das k.b. Staatsministerium der Finanzen inhaltlich seiner Noten vom 13. März und 30. März 1874 schriftlich befriedigt erklärt, nachdem hierdurch die ursprünglichen dem Fiscus noch weit ungünstigeren Bestimmungen größtenteils beseitigt sind.

Das Institut des erzwungenen Nachlasses ist thematisch allerdings nicht zu rechtfertigen; indessen standen Bayerns Vertreter mit ihrem Widerspruch gegen die Aufnahme solcher Bestimmungen völlig allein. Es wird ein besseres Resultat auch von den Bundesrathsverhandlungen kaum zu erwarten sein.

Die weitaus bedeutendste Frage bietet § 1 des Entwurfs. Bayern und Preußen wurden in dieser Frage durch die übrigen Commissionsmitglieder, zu welchen sich auch Rechtsanwalt Makower geschlagen hatte, majorisiert. Es ist zu erwarten, daß die preußische Staatsregierung im Bundesrath die Herstellung des Regierungsentwurfs beantragen wird.

⁸⁶⁰ Dort war begonnen worden, die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen und die Vertretung der Rechte der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Teilschuldverschreibungen im Zusammenhang mit dem Grundbuchrecht gesetzlich zu regeln.

Für Bayern dürfte sonach hinreichende Veranlassung zu Beanstandungen des Entwurfs im Bundesrathe im allgemeinen nicht gegeben sein, während sich in Bezug auf § 1 der Anschluß an Preußen empfehlen möchte."

VIII. Stellungnahmen der Ministerien

Offenbar herrschte auch bei den bayerischen Ministerien Zufriedenheit mit dem Erreichten.

Mit Schreiben vom 13.10.1874⁸⁶¹ teilte das Finanzministerium mit,

"daß vom diesseitigen Standpunkt aus gegen die dermalige Fassung der Entwürfe einer Konkursordnung und eines Einführungsgesetzes ein Bedenken nicht veranlaßt"

sei.

Auch das Innenministerium - Abtheilung für Landwirtschaft, Gewerbe und Handel - erklärte sich mit den in Berlin erzielten Resultaten im wesentlichen einverstanden. Insbesondere waren die vormals geäußerten Bedenken bezüglich der Behandlung der Pfandbriefe der bayerischen Bankanstalten ausgeräumt. Dem Justizministerium teilte man mit:

"Die Bestimmung in § 17, Ziff. 2 des Entwurfes eines Gesetzes, betreffend die Einführung einer Concursordnung, dürfte geeignet sein, die Frage wegen vorzugsweiser Befriedigung der Besitzer von Bankobligationen im Wege der Landesgesetzgebung befriedigend zu lösen."⁸⁶²

Aus der Korrespondenz der Ministerien ergibt sich allerdings, daß das Innenministerium es gerne gesehen hätte, wenn den Forderungen für Beiträge zu Brandversicherungsgesellschaften ein Vorzugsrecht im Konkurs, entsprechend den Forderungen der Staatskassen wegen öffentlicher Abgaben eingeräumt worden wäre. Insoweit äußerte das bayerische Innenministerium, Abtheilung für Landwirtschaft, Gewerbe und Handel in einem Schreiben an das Justizministerium vom 17.10.1874⁸⁶³ nach Abschluß der Kommissionsberatungen noch Bedenken:

"Gemäß § 12 der Prioritätsordnung vom 01. Juni 1822 genießen neben den Staatsausgaben und den Beiträgen zu den Gemeindelasten auch die Beiträge zur Brandversicherungsgesellschaft ein Vorzugsrecht im Konkurs. Nach § 54⁸⁶⁴ des Entwurfes einer Konkursordnung greift dieses Vorzugsrecht bloß noch wegen öffentlicher Abgaben Platz. Da die Brandversicherungsanstalt für Gebäude in den Landestheilen diesseits des Rheins, dann die Brandversicherungsanstalt für die Pfalz staatlich geleitet sind, die selben wichtigen öffentlichen Interessen, insbesondere der Förderung des Realkredits dienen, die Erhebung der Beiträge durch öffentliche Organe erfolgt, bei der Größe der Leistungen sehr wichtige materielle Interessen in Frage kommen, außerdem ähnliche Verhältnisse in anderen deutschen Staaten bestehen, wird sich ergebenst anzuregen

⁸⁶¹ Brief des Finanzministeriums an das Staatsministerium der Justiz vom 13.10.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁶² Schreiben des Innenministeriums, Abtheilung für Landwirtschaft, Gewerbe und Handel an das Justizministerium vom 17.10.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁶³ BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁶⁴ Die Reihenfolge der Vorschriften hatte sich nach den wiederholten Lesungen in der Kommission geändert, so daß der ursprüngliche § 61 nach Abschluß der Kommissionberatungen vorläufig zum § 54 wurde.

erlaubt, ob nicht die Beiträge zu den staatlich geleiteten Immobilienbrandversicherungsanstalten den Forderungen der Staatskasse wegen öffentlicher Abgaben entweder ausdrücklich gleichzustellen wären, oder wenn dieses bei dem gegenwärtig bereits weit fortgeschrittenen Stadiums der Gesetzgebungsarbeiten auf Schwierigkeiten stoßen sollten, in den Motiven zu bestimmtem Ausdruck zu bringen wäre, daß die vorerwähnten Beiträge in Ansehung des § 54 Ziffer 2 den Forderungen der Staatskassen wegen öffentlicher Abgaben gleichzustellen seien."

Dieser Vorschlag ist jedoch bereits intern gescheitert. Das bayerische Justizministerium äußerte sich hierzu ablehnend. In einem Antwortschreiben vom 21.10.1874⁸⁶⁵ teilte das Justizministerium mit, daß man es nicht für angezeigt halte, in diesem Punkt nochmals auf eine Änderung bzw. Ergänzung des Gesetzesentwurfes hinzuwirken. Einem eventuellen entsprechenden Antrag maß man keine Erfolgsaussichten bei, da es bereits äußerst schwierig gewesen war, die weitergehende Bevorzugung der Reichs- und Staatskassen in den vorherigen Beratungen zu erreichen. In Anbetracht der ursprünglichen Ausgangsposition, nach der nahezu sämtliche Vorzugsrechte beseitigt werden sollten, glaubte man auch nicht an die Möglichkeit, eine entsprechende Forderung durchsetzen zu können. Ferner sprach die Unterschiedlichkeit der Organisation des Brandversicherungsrechts in den einzelnen deutschen Staaten gegen eine Regelung der Angelegenheit durch ein Reichsgesetz.

"Das ergebenst unterfertigte k. Staatsministerium sieht sich in Betreff (...) der Beiträge zu staatlich geleiteten Brandversicherungsgesellschaften veranlaßt, unmaßgeblichst zu bemerken, daß ein Versuch, solchen Brandversicherungsbeiträgen in der deutschen Konkursordnung einen gleichen Rang mit den Forderungen der Staatskasse wegen öffentlicher Abgaben zu erwirken, um so weniger Aussicht auf Erfolg bieten dürfte, als nach dem ursprünglichen Entwurfe der Gemeinschuldordnung - § 61 - selbst die Forderungen der Reichskasse und der Staatskassen keine bevorzugte Stellung genießen sollten, und die Bestimmung in § 54 Ziff. 2 des jetzigen Entwurfes erst das Ergebnis eingehendster Berathung der Kommission ist, - und als außerdem die Verschiedenartigkeit der Organisation des Brandversicherungswesens in den einzelnen Staaten der Regelung der Sache durch ein Reichsgesetz mit Grund entgegengesetzt werden möchte. Hierbei glaubt das ergebenst unterfertigte k. Staatsministerium nicht unberührt lassen zu sollen, wie ihm eine Gefährdung des sicheren Bezuges der Immobilienbrandversicherungsbeiträge auch bei unveränderter Fassung des Entwurfes der Concursordnung nicht gegeben erscheint, indem nach dem Entwurfe der Deutschen Civilproceßordnung (...) bezüglich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des Aufgebots und Vertheilungsverfahren die Landesgesetzgebung maßgebend bleibt und dieselbe bei Feststellung einer neuen Subhastationsordnung dem angeregten Gedanken einer bevorzugten Berücksichtigung rückständiger Immobilienbrandversicherungsbeiträge im Anschlusse an den in Bayern bestehenden Rechtszustand Rechnung zu tragen ausreichend in der Lage sein wird."

Auf entsprechende Anfrage des Justizministeriums, ob die geäußerten Bedenken aufrechterhalten bleiben sollten, teilte dann das Innenministerium mit Schreiben vom 24.10.1874⁸⁶⁶ mit,

"daß aus den jenseits geltend gemachten Gründen auf die diesseitige Erwägung nicht weiter bestanden wird."

⁸⁶⁵ BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁶⁶ Brief des Innenministeriums an das Justizministerium von 24.10.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Auch das Staatsministerium des königlichen Hauses war der Auffassung, daß die Gesetzesvorlage nunmehr dem bayerischen König unterbreitet werden konnte und gestattete sich mit Schreiben vom 19.10.1874⁸⁶⁷

"die Würdigung der Vorlage (...) und die eventuelle Vortragserstattung hierüber an Seine Majestät den Koenig ganz ergebenst anheim zu stellen."

IX. Bericht des bayerischen Justizministerium an König Ludwig II.

Die innenpolitische Situation Bayerns zur Zeit des Entstehens der Reichskonkursordnung war durch einen Gegensatz zwischen der Mehrheit in der Abgeordnetenkommission, die durch die Patriotenpartei beeinflusst und kirchlich und konservativ-partikularistisch eingestellt war, und den Ministern sowie den Staatsbeamten gekennzeichnet⁸⁶⁸. Die Letztgenannten können als "liberal mit konservativem und national mit bayerisch-patriotischem Einschlag, dem bayerischen Staatsinteresse verpflichtet, aber insgesamt von fragloser Reichsverbundenheit"⁸⁶⁹ charakterisiert werden. Die Patriotenpartei⁸⁷⁰ lehnte den Ausbau einer einheitlichen Zivilrechtsordnung ab, weil sie von der zu erwartenden Liberalisierung negative Auswirkungen auf die gesellschaftlichen Strukturen Bayerns befürchtete. Außerdem wollte man die nach der Reichsverfassung den Bundesstaaten noch verbliebene Gesetzgebungskompetenz, die Bayern noch einen Rest von Eigenstaatlichkeit beließ, nicht ohne weiteres aufgeben⁸⁷¹. Auch König Ludwig II. war gegenüber einer Rechtsvereinheitlichung äußerst zurückhaltend, insbesondere dann, wenn Bayern damit Eigenständigkeit einbüßte. Seine Minister mußten ihm diesbezügliche Entscheidungen, die oft genug mit einschränkenden Bedingungen verknüpft wurden, häufig abringen⁸⁷². Die Hauptaufgabe des bayerischen Justizministers bestand darin, zwischen den Wünschen des Königs und der Partikularisten einerseits und den Anforderungen, die die Reichspolitik stellte, andererseits zu vermitteln. Dies kommt auch in dem Bericht des Justizministers an den bayerischen König vom 26.10.1874⁸⁷³ zum Ausdruck. Ein Vergleich mit dem Bericht von Schmitt zeigt, daß von Fäustle sichtlich darum bemüht war, das in Berlin erreichte Beratungsergebnis als bayerischen Erfolg darzustellen und die Punkte, in denen sich die bayerischen Vertreter nicht hatten durchsetzen können - sicherlich etwas beschönigend - als „unwesentlich“ zu bezeichnen.

Von Fäustle unterrichtete seinen König wie folgt:

"Der treuehormsamst Unterfertigte erlaubt sich hiermit die Bundesrathesdrucksache Nr. 120 vom 4. ds. Mts., enthaltend die Entwürfe einer Konkursordnung und eines Einführungsgesetzes hierzu zur Allerhochsten Kenntnißnahme allerunterthänigst vorzulegen.

⁸⁶⁷ Schreiben des Staatsministeriums des königlichen Hauses an das Staatsministerium der Justiz vom 19.10.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁶⁸ Hierzu: Hartmann, S. 428.

⁸⁶⁹ Schubert, S. 9.; zur politischen Situation ausführlich: Spindler, Bd. IV, 1. Teilbd., S. 283 ff.

⁸⁷⁰ Näher hierzu: Spindler, Bd. IV, 1. Teilbd., S. 298f.; Hartmann, S. 424.

⁸⁷¹ Schubert, Bayern und das BGB, S. 10.

⁸⁷² Schubert, Bayern und das BGB, S. 10.

⁸⁷³ Brief des Staatsministeriums der Justiz an den bayerischen König vom 26.10.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Diese Entwürfe sind das Ergebniß eingehendster Berathungen der Kommission von hervorragenden Juristen und Vertretern des Handelsstandes, welche zur Vorberathung einer Gemeinschuldordnung gemäß Bundesrathsbeschlusses vom 21. Dezember 1873 berufen war, und in welcher in Gemäßheit Allerhöchsten Signates vom 14. Februar d. Js. der Präsident des Bayerischen Obersten Gerichtshofes, Reichsrath Dr. von Neumayr, als Vorsitzender der Kommission und Ministerialrath Dr. Gottfried Schmitt als Kommissionsmitglied thätig waren. Die Kommission erledigte die ihr gestellte Aufgabe in dem Zeitraum vom 16. März bis 31. Juli d. Js. in 73 Sitzungen.

Der Entwurf der Konkursordnung erscheint als nothwendige Ergänzung des bereits im Bundesrathe festgestellten Entwurfes der Civilprozeßordnung und hatte sich daher naturgemäß in verschiedener Beziehung an die dort geregelten Bestimmungen anzuschließen.

Das ganze Material ist nun nach den Kommissionsvorschlägen in drei Gruppen oder Bücher abgeschichtet. In dem ersten Buche ist das materielle Konkursrecht in mehreren Titeln behandelt und sind darin die Wirkungen der Konkursöffnung auf die davon betroffenen Rechtsverhältnisse sowohl im Allgemeinen festgestellt, wie auch insbesondere die Fragen beantwortet, welche Rechte die konkurrierenden Gläubiger auf das unzulängliche Vermögen erwerben, ferner wie sich diese Rechte auf gewisse von dem Gemeinschuldner vor oder nach Einleitung des Konkurses vorgenommene Rechtshandlungen äußern, wie weit und in welcher Ordnung die Gläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ihre Befriedigung erlangen können, und endlich in welches rechtliche Verhältniß durch die Einleitung des Verfahrens die Gläubiger zu dem gemeinsamen Schuldner und zu dritten Personen treten.

In dem zweiten Buche ist das Verfahren selbst möglichst einfach, mit Vermeidung jedes weitläufigen und kostspieligen Apparates unter steter Bezugnahme auf die eingreifenden Bestimmungen des Entwurfes der Civilprozeßordnung geregelt, in dem nach einleitenden allgemeinen Sätzen über die Zuständigkeit- und Thätigkeitsgrenzen des Gerichtes, über die Stellung des Gemeinschuldners, des Verwalters, der Gläubiger und des etwaigen Gläubigerausschusses, die Vorschriften über die formelle Eröffnung des Konkurses, über die Vorkehrungen, welche die Feststellung der Theilungs- und der Schuldnermasse bezwecken, sodann über die Vertheilung das Vergleichsverfahren und die Beendigung des Konkurses folgen, woran sich endlich noch besondere Vorschriften in Betreff überschuldeter Nachlassmassen, sowie bezüglich des Vermögens von Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften und schließlich Bestimmungen in Ansehung der Zwangsvollstreckung in das im Inlande befindliche Vermögen eines im Auslande in Konkurs gerathenen Schuldners anreihen.

Das dritte Buch endlich, - Strafbestimmungen enthaltend, gibt dem in § 2 Absatz 3 des allgemeinen Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche enthaltenen Gedanken Ausdruck, daß nämlich mit Einführung eines Reichsgesetzes über das Konkursverfahren auch die bezüglichlichen Strafvorschriften einheitlich zu regeln und die Lücke des Strafgesetzbuches, welche man bei dessen Redaction wegen der großen Verschiedenheit der einzelnen Konkursrechte offen zu lassen genöthiget war, auszufüllen sei -.

Eine Vergleichung des ursprünglichen Entwurfes einer Gemeinschuldordnung mit den nun kommissionell festgestellten Entwürfen der Konkursordnung und des Einführungsgesetzes hierzu läßt die Vornahme zahlreicher und wichtiger Aenderungen und zwar gerade in der Richtung erkennen, daß durch dieselben dem bis jetzt in Bayern geltenden Konkursrechte näher getreten wurde. Es möge dem treuehorsamst Unterfertigten gestattet sein, in dieser Beziehung anzudeuten, wie die nach dem ursprünglichen Entwurfe dem Fiskus zugebracht gewesene höchst ungünstige Stellung nunmehr durch die Bestimmungen in den §§ 41, 54 und 56 zu einer wesentlich bevorzugten umgestaltet wurde, und das Staatsministerium der Finanzen, welche um Aeüßerung über den nunmehrigen Entwurf ersucht wurde, mit Note vom 13. dieses Monats sich dahin aussprach, daß von seinem Standpunkte aus gegen die dermalige Fassung der Entwürfe einer Konkursordnung und eines Einführungsgesetzes hierzu ein Bedenken nicht veranlaßt sei.

Eine in der vorberathenden Kommission angeregte und durch Wechselverkehr mit dem Staatsministerium des Innern, Abtheilung für Landwirthschaft, Gewerbe und Handel eingehendst erörterte Frage, welches Absonderungsrecht solche Gläubiger, - wie Inhaber von

Pfandbriefen oder Bodenkredit-Obligationen einer Bank - haben sollen, welchen zu ihrer Deckung gewisse Vermögensobjekte dienen sollen, die im Gewahrsam des Schuldners verbleiben oder in Grundbüchern nicht eingetragen sind, sodann welche Formen für die rechtsgültige Erwerbung und für die Geltendmachung solcher Absonderungsrechte zu beobachten sind - hat durch die in § 17 des Entwurfes des Einführungsgesetzes eingestellten Bestimmungen ihre vorläufig befriedigende Erledigung gefunden, in dem daselbst die gesetzliche Regelung der betreffenden Verhältnisse der Landesgesetzgebung vorbehalten ist.

Durch die Bestimmung in § 39 des Entwurfes der Konkursordnung i.V.m. den Vorschriften in den § 704 und 756 des Entwurfes der Civilproceßordnung ist das in Bayern geltende und so tief in die Vermögens- und Creditverhältnisse eingreifende Hypothekenrecht in seinem vollem Umfange unberührt belassen. In Gleichem bestimmt sich gemäß § 45 des Entwurfes der Konkursordnung die Befriedigung der Gläubiger aus Lehen, Stammgütern oder Familienfideikommissen nach den Vorschriften der Landesgesetze.

Im Großen und Ganzen beruht der Entwurf der Konkursordnung auf ganz ähnlichen Grundlagen, wie diejenigen sind, auf welchen die Vorschriften der Bayerischen Proceßordnung über das Gantverfahren aufgebaut wurden, und würde seine gesetzliche Durchführung insbesondere auf die in Bayern bestehende Gerichtsverfassung nicht den geringsten Einfluß üben.

Einzelne von dem in Bayern geltenden Konkursrechte abweichende Bestimmungen, wie etwa jene in § 1 des Entwurfes, daß das Konkursverfahren nur das bei Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner gehörende Vermögen zu umfassen habe oder wie die Bestimmungen über den Zwangsvergleich - §§ 160-187 - berühren mehr theoretische Gebiete und dürften, gegenüber den durch die übrigen Bestimmungen des Entwurfes in Aussicht gestellten Verbesserungen des Konkursverfahrens im Allgemeinen, von ganz untergeordneter Bedeutung sein; denn es darf mit Sicherheit erwartet werden, daß, wenn der Entwurf der Konkursordnung in der durch die vorberathende Kommission festgestellten Fassung zum Gesetze erhoben wird, vorwiegend durch die gesetzliche Erweiterung des Absonderungsrechtes (§§ 49-54) sowie durch die wesentliche Vereinfachung des Verfahrens, die Zahl der Konkurse sich im Allgemeinen vermindern, eine raschere und minder kostspielige Abwicklung der eingeleiteten Konkurse eintreten und so den Interessen der Gläubiger sowohl, wie auch jenen des Gemeinschuldners Rechnung getragen wird.

Der treuehorsaamst Unterfertigte erlaubt sich hiernach, da die Berathung im Bundesrathe über die kommissionell festgestellten Entwürfe der Konkursordnung und des Einführungsgesetzes hierzu für die nächste Zeit in Aussicht genommen ist, um die allergnädigste Ermächtigung aller unterthänigst zu bitten:

Im Bundesrathe dem in der Bundesrathsdrucksache No. 120 niedergelegten beiden Gesetzesentwürfen im Namen Bayerns die Zustimmung erklären lassen zu dürfen."

Die Darstellung des bayerischen Justizministers scheint so überzeugend gewesen zu sein, daß der Monarch keinerlei Rückfragen mehr stellte und unverzüglich und ohne Umschweife seine Zustimmung gab. Bereits am 27.10.1874 erteilte König Ludwig II. "die Ermächtigung, den in der Bundesrathsdrucksache No. 120 enthaltenen beiden Gesetzesentwürfen zuzustimmen."⁸⁷⁴ Die rasche Antwort läßt auch darauf schließen, daß der König sich mit dem ihm vorgelegten Entwurf nicht näher auseinandersetzte und bei der Beurteilung der Angelegenheit auf seine Ministerien vertraute.

⁸⁷⁴ BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

X. Beratungen des Justizausschusses im Bundesrat

Nachdem die Kommissionsarbeiten am 31. Juli 1874 beendet worden waren, wurde der modifizierte Entwurf dem Bundesrat am 4. Oktober 1874 vorgelegt. Dort übertrug man die nähere Erörterung einem Justizausschuß. Diesem lagen allerdings nicht die neuen Motive zu dem geänderten Entwurf, sondern lediglich die Motive zur ursprünglichen Gemeinschaftsdordnung vor. Vor diesem Hintergrund war die Möglichkeit zu einer fach- und sachgerechten Beratung sicherlich eingeschränkt, zumal diese in großer Eile ablief und im Januar 1875 endete⁸⁷⁵. Einige Bundesregierungen versuchten zwar nach Maßgabe der internen Erörterungen in den einzelnen Staaten hier und da noch Änderungen zu erreichen, jedoch blieb dies praktisch ohne Erfolg.

Bayern beschränkte sich darauf, das in den Kommissionsverhandlungen gewonnene zufriedenstellende Ergebnis zu wahren und den Entwurf gegen Abänderungsanträge aus anderen Ländern zu verteidigen. Eigene Anträge oder Initiativen brachte es nicht ein.

Erwähnenswert ist eine Stellungnahme des bayerischen Justizministeriums zu den Hamburgischen Anträgen zur Konkursordnung, in der man sich gegenüber dem bayerischen Bundesratsbevollmächtigten von Riedel⁸⁷⁶ zu Fragen betreffend die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Insolvenzschuldner nach Beendigung des Konkursverfahrens und hinsichtlich der Antragsberechtigung für Nachlaßkonkurse äußerte. Aus dem Schreiben wird im übrigen - im Zusammenhang mit ablehnenden Ausführungen zur Frage der Übernahme eines Vorbehalts für ein in Hamburg gebräuchliches spezielles kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht - deutlich, daß das bayerische Justizministerium grundsätzlich hinter einer Rechtsvereinheitlichung und Verallgemeinerung der Gesetze für sämtliche Einzelstaaten stand.

"Unter Bezugnahme auf das am 4. d. Mts. im angesetzten Betreff aufgegebenes Telegramm folgt im nachstehenden eine kurze Ausführung der Gründe, weshalb den Hamburger Anträgen zur Concursordnung von Seite Bayerns nicht beigestimmt wird. (...)

Der in dem Entwurfe der Concursordnung in § 152 enthaltene Satz, daß nach Aufhebung des Concursverfahrens die nicht befriedigten Gläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen können, ist auch in der Bayer. Proceßordnung von 1869 in Art. 1315 aufgenommen. Durch den Abänderungsvorschlag würde nun aber auf ein mit dem verlassenen Princip der Güterabtretung analoges Verhältniß wieder zurückgegriffen und das hierauf gegründete Recht des Schuldners (...) auch bei selbstverschuldetem Vermögensverfall gewährt werden. Nach dem Vorschlage träte auch eine Bevorzugung der neuen Gläubiger des Gemeinschaftschuldners ein, wofür ein ausreichender Grund nicht gefunden werden kann. Die in dem Entwurfe der Deutschen Proceßordnung (...) getroffenen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung sichern den Schuldner ohnehin auch gegen unbilliges Eingreifen der Gläubiger. Ueberdieß würde die praktische Handhabung der in dem Vorschlage enthaltenen Bestimmung gerade zu jenen Mißständen führen, welche durch denselben vermieden werden sollen. Wenn nämlich die Geltendmachung der nicht zum Zuge gelangten Forderungen der Concursgläubiger davon abhängig gemacht ist, daß das neu erworbene Vermögen des Gemeinschaftschuldners die Forderungsansprüche seiner neuen Gläubiger übersteigt, so liegt es sehr nahe, daß der Schuldner fortan von den nicht befriedigten Concursgläubigern gedrängt wird, um auf diesem Wege thatsächliche Feststellungen über den neuen Vermögensstand des Schuldners zu erlangen, wodurch gerade der wiedererwachte Credit derselben geschädigt werden müßte.

⁸⁷⁵ Vgl. Thieme, S. 62 und 62.

⁸⁷⁶ Brief des bayerischen Justizministeriums an den Bundesratsbevollmächtigten von Riedel vom 4.11.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Die (...) ausgesprochene Besorgniß, daß sich ein dem beendigten Conkurs sofort ein neuer Conkurs anreihen würde, ist durch die Praxis in jenen Ländern widerlegt, in welchen der im Entwurfe statuirte Grundsatz längst geltendes Recht ist.

Die §§ 203-205 des Entwurfes statuiren allgemeine Grundsätze darüber, wann über einen Nachlaß das Concurverfahren eröffnet werden kann, und wer zur Antragstellung auf Concurseröffnung berechtigt sein soll.

Nach dem Abänderungsantrage soll die Entscheidung dieser Frage der Landesgesetzgebung überlassen werden.

Die Begründung des bezüglichen Antrages ist casuistisch und weist schon deßhalb auf das Bedürfnis hin, daß (...) eine gleichmäßige für das ganze Reich geltende Vorschrift getroffen wurde. Der Entwurf fordert - wie dies auch die Bayerische Prozeßordnung in Art. 1175 Ziff. 3 thut - bei Nachlaßmasse als Voraussetzung der Concurseröffnung eine Ueberschuldung. (...) Bei Nachlaßmassen kann nicht von einer Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung gesprochen werden, da es hier an einer (...) Person fehlt, welche als Herr des Vermögens mit der Außenwelt in Beziehung tritt, und bei welcher Erwerbsfähigkeit oder Credit in Berücksichtigung kommen könnte, wie dieses bei anderen Gemeinschuldern der Fall ist. Es kann daher nur die Suffizienz oder Insuffizienz des Nachlasses entscheidend sein. Der persönlich nicht haftende Erbe kann nicht in gleicher Reihe mit dem Erblasser gestellt werden, und es ist geradezu unrichtig, wenn angenommen werden sollte, daß die Zögerung des Beneficial-Erben mit Zahlungen an die Erbschaftsgläubiger schon die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Nachlaßmasse dokumentire, indem der Beneficial-Erbe nach mehreren geltenden Civilrechten die Priorität der Berechtigung der Gläubiger zu berücksichtigen hat.

Das Bedenken, daß die Bescheinigung der Ueberschuldung des Nachlasses nach Umständen Schwierigkeiten bieten könnte, kann zu einer Änderung des Principis keine Veranlassung bieten, ganz abgesehen davon, daß nach der praktischen Erfahrung und bei dem Umstande, daß die Inventarserrichtung bei zweifelhaften Nachlaßbeständen in der Natur der Sache liegt, der Nachweis der Insuffizienz eines Nachlasses nicht leichter ist als die Bescheinigung der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners.

Nach § 205 des Entwurfes sollen zur Antragstellung auf Concurseröffnung berechtigt sein: jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlaßgläubiger. Daß unter den Antragsberechtigten auch der Erbe und nicht bloß der Beneficialerbe aufgeführt ist, wird in den Motiven zum Abänderungsantrage beanstandet. (...) Daß allen Nachlaßvertretern das Recht, den Antrag auf Concurseröffnung stellen zu können, zustehen muß, liegt in der Natur der Sache. Als Nachlaßvertreter erscheint aber nicht bloß der Beneficial-Erbe, sondern jeder Erbe. Hat ein Erbe den Nachlaß unbedingt angetreten, so erscheint er nicht mehr als Vertreter des Nachlasses, es existiert dann kein Nachlaß mehr, über welchen ein Conkurs eröffnet werden könnte, und von einer Anwendung des § 205 auf diesen Fall kann keine Rede mehr sein. (...) Der Entwurf will nur die bemerkten allgemeinen Principien festhalten und in die praktische Handhabung derselben nach den territorial vielfach abweichenden erbrechtlichen Bestimmungen nicht eingreifen. Nach dem letzteren wird sich in jedem concreten Falle feststellen, worauf die Concurseröffnung sich zu beschränken hat, wenn etwa unter mehreren Erben der Erbschaftsantritt theils cum beneficio, theils pure erfolgt ist.

Nach dem Hamburger Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch ist das in letzterem in den §§ 313-315 statuirte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht verallgemeinert und zu einem allgemein civilrechtlichen Rechtssatz erweitert.

Dieses in Hamburg (...) geltende Zurückbehaltungsrecht würde nun allerdings ohne speciellen Vorbehalt im Einführungsgesetze nach den Bestimmungen des Entwurfes der Concurordnung seine Wirkung im Concurse verlieren (...).

Ueberwiegende Gründe sprechen (...) gegen die Annahme eines solchen Vorbehaltes. Fürs erste handelt es sich um [die] Feststellung einer für das ganze Reich gleichmäßig geltenden Concurordnung. Es konnten daher nicht alle in den einzelnen Landesgesetzgebungen für die Gant oder den Conkurs bisher gewährten Privilegien oder Vorzugsrechte gewahrt werden. Ferner ist zu berücksichtigen, daß das in einem Territorium eröffnete Concurverfahren nicht

bloß Beteiligte des betreffenden Territoriums berührt, sondern meist in weit größere Kreise hinaus wirkt, und Rechtsverhältnisse betrifft, welche nicht nach dem einzelnen Territorialrechte beurtheilt oder entschieden werden können. Es ist aber gerade Hauptaufgabe einer Deutschen Concursordnung, daß die Gläubiger und ihre Ansprüche in einem und demselben Concursverfahren möglichst nach gleichen Grundsätzen befriedigt werden."

In den angesprochenen Punkten blieb es dann letztlich auch dem bayerischen Standpunkt folgend bei der in der Sachverständigenkommission beschlossenen Gesetzesvorlage.

Ein Augenmerk lag bei den Arbeiten des Justizausschusses des Bundesrats - wie schon bei den Kommissionsberatungen - auf den Vorrechten sowie der Fassung des § 1, in dem der Umfang des im Konkursverfahren zu berücksichtigenden Schuldnervermögens geregelt werden sollte. So wie es bereits in dem Abschlußbericht von Schmitt angeklungen war, sollte hier gemeinsam mit Preußen versucht werden, eine Fassung des Gesetzes entsprechend der ursprünglich - vor den Kommissionsberatungen - beabsichtigten Regelung zu treffen. Mit Schreiben vom 3.11.1874⁸⁷⁷ bat von Fäustle, den bayerischen Vertreter in Berlin entsprechend anzuweisen

"und die Bitte zu stellen, (...) den k.b. Gesandten und Bundesratsbevollmächtigten Baron von Perglas mit dem Beifügen zu verständigen, daß nach dem Ergebnisse der Berathungen der Kommission über die Fassung des § 1 des Entwurfes der Konkursordnung anzunehmen ist, daß von dem Vertreter der k. preußischen Regierung im Bundesrathe die Herstellung der Fassung des § 1 nach dem ursprünglichen Entwurfe beantragt werden wird, und daß solchen Falles die Unterstützung dieses Antrages von Seite des bayerischen Bundesratsbevollmächtigten um so mehr veranlaßt ist, als die jetzige Fassung des § 1 des Kommissionsentwurfes eine bekannte gemeinrechtliche Kontroverse gegen das bisherige bayerische (und preußische) entscheidet, und diese Entscheidung nur mit einer Stimme Majorität gegen die Vota der bayerischen Kommissionsmitglieder und gegen die Fassung im ursprünglichen Entwurfe erfolgte."

Die Erwartung Bayerns, daß sich Preußen im Sinne einer erneuten Abänderung des § 1 engagieren würde, erfüllte sich jedoch nicht. In der Antragsschrift Preußens⁸⁷⁸, welches neben Sachsen, Oldenburg und Hamburg zumeist nur unwesentliche Änderungen anregte, findet sich ein entsprechendes Gesuch nicht.

Allerdings bemühte sich der aus Baden stammende Referent des Justizausschusses von Freydorf, der nach eigenem Eingeständnis vom Konkursrecht wenig verstand⁸⁷⁹, um eine Ausweitung der Konkursmasse. Nach seinen (oder den badischen) Vorstellungen sollte sich die Konkursmasse auch auf Erbschaften und Vermächtnisse erstrecken, die der Schuldner während der Dauer des Verfahrens erwarb. Er begründete dies damit, daß bezüglich dieser Vermögensteile gegenüber dem Schuldner keine Rücksicht geboten sei und hielt es vielmehr für bedenklich, daß Erbschaften und Vermächtnisse "während der ganzen Dauer des Verfahrens einem Zugriffe von Seiten der Konkursgläubiger entzogen wären und durch den Gemeinschuldner unterdessen verschleudert werden könnten"⁸⁸⁰. Dieser Änderungsantrag fand dann auch Eingang in die offiziellen Anträge

⁸⁷⁷ Schreiben des Justizministers von Fäustle an das Staatsministerium des Äußeren vom 3.11.1874, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁷⁸ Anträge zu dem Entwurf einer Konkursordnung von Preußen, BayHStA, Abt. I, MJu 12845.

⁸⁷⁹ Siehe Thieme, S. 63, Fußnote 95.

⁸⁸⁰ Anträge des Referenten des Justizausschusses zu den Entwürfen einer Konkursordnung, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

des Ausschusses für Justizwesen betreffend die Abänderung der Konkursordnung⁸⁸¹. Bayern stand dem Vorschlag einschränkend positiv gegenüber, wie die nachfolgende Stellungnahme des bayerischen Justizministeriums⁸⁸² zeigt.

"Von prinzipieller Bedeutung erscheint der zu § 1 Abs. II beantragte Zusatz, welcher beabsichtigt, auch Erbschaften und Vermächtnisse, die vom Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens erworben wurden, zur Concursumasse zu ziehen. Nach dieser Intention steht der Vorschlag in Uebereinstimmung mit der Bayer.Concursumordnung (Art. 1208). Allein derselbe leidet in der Anwendung auf Rechtssysteme, welche eine besondere Art der Erbschaftsvermögen von Seite der Erbberechtigten zum erbschaftlichen Erwerbe tendiren, an dem Mangel einer ergänzenden Bestimmung, welche dem Vertreter der Gläubiger die Befugniß gewährt, dem Gemeinschuldner angefallene Erbschaften oder Vermächtnisse statt derselben anzunehmen. Demnach möchte es sich empfehlen, eine Ergänzung des Zusatzes zu § 1 Abs. II der Concursumordnung in dem bezeichneten Sinn zu beantragen. Würde ein solcher Ergänzungsvorschlag nicht die Zustimmung erhalten, so wäre der von dem Ausschusse beantragte Zusatz für Bayern unannehmbar, da hierdurch in den verschiedenen Rechtsgebieten eine unzulässige Verschiedenartigkeit hinsichtlich des Umfangs der zur Concursumasse zu ziehenden Vermögensbestandtheile entstehen würde und es wäre sonach in jedem Falle § 1 Abs. I in der Fassung des Kommissionsentwurfs vorzuziehen."

Bezüglich der übrigen vom Justizausschuß modifizierten Punkte bestand für Bayern kein Handlungsbedarf, da die auf Preußen zurückgehenden Abweichungen vom Kommissionsentwurf in erster Linie Fragen des sprachlichen Ausdrucks und formale Gesichtspunkte betrafen. Die aus bayerischer Sicht grundsätzlich wesentlicheren materiell-rechtlichen Vorschriften sollten nur einer geringfügigen von Bayern hinnehmbaren Abwandlung unterliegen, .

In dem Schreiben an den bayerischen Bevollmächtigten im Bundesrat wird insoweit weiter ausgeführt:

"Anbelangend die weiteren Aenderungsvorschläge des Ausschusses, so bestehen dieselben zum größten Theile in der Annahme der Anträge von Preußen (...). Materielle Aenderungen von erheblicherer Bedeutung, enthalten namentlich folgende Anträge des Ausschusses:

(...) § 54 Ziff. 5 und 6 indem den daselbst bezeichneten Forderungen wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Defekte ein bevorzugter Rang angewiesen wird.

§ 159, insofern bei dem Vertheilungsgeschäfte Masseansprüche, welche nicht bis zum Beginn des Schlußtermins zur Kenntniß des Verwalters gelangt sind, sondern erst im Laufe und bis "zur Beendigung des Schlußtermins" angemeldet werden, noch Berücksichtigung finden.

§ 179, insofern die Vollstreckung aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich nicht schon den bis zur Abstimmung angemeldeten und vom Gemeinschuldner nicht ausdrücklich bestrittenen Forderung gewährt, sondern außerdem von einer Feststellung der Forderungen abhängig gemacht wird."

Gegen die angeregte Erweiterung der Vorrechte auf die einem Gemeinschuldner zur Last fallenden Defekte, machte Bayern geltend, daß eine Bevorzugung von Ersatzforderungen aus Delikten sich nicht rechtfertigen lasse und den betreffenden

⁸⁸¹ Anträge des Ausschusses für Justizwesen, Bundesratsdrucksache Nr. 171, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁸² Brief des Justizministeriums an den Königlich-Bayerischen Ministerialrath und Bundesratsbevollmächtigten Herrn Loë vom 2. Januar 1875, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

Anstalten zu ihrer Sicherung das Mittel der Amtskautionen und einer strengen Kassenkontrolle zur Verfügung stünde⁸⁸³. Im übrigen waren die bayerischen Wünsche in den o.g. Punkten zwar nicht ausdrücklich berücksichtigt worden, jedoch hielt das Ministerium eine ausdrückliche Weisung nicht für angezeigt und überließ es dem Geschick des Gesandten in Berlin, die Interessen Bayerns weiter zur Geltung zu bringen.

"Inwieweit bezüglich dieser Verhältnisse bei dem nunmehrigen Stadium des Gesetzentwurfs etwa noch Modifikationen (...) zu erzielen sein möchten, wird Ihrem freien Ermessen je nach der Lage der Verhandlungen anheim gestellt."

Aus diesem auf dem Schriftstück angebrachten Vermerk läßt sich folgern, daß das bayerische Justizministerium die zur Beanstandung bleibenden Punkte als nicht so wichtig ansah, als daß man nochmal aktiv die bayerischen Standpunkte geltend gemacht hätte.

Von Fäustle ließ dem Staatsministerium des königlichen Hauses eine Abschrift seiner Stellungnahme "mit der Beifügung" zukommen,

"daß gegenüber dem allerhöchstem Signate vom 27. Oktober d. J. nachdem es sich bei den Ausschußanträgen nur mehr um untergeordnete größtentheils nur redaktionelle Streitpunkte handelt, eine wiederholte Berichterstattung an seine Majestät den König nicht veranlaßt sein dürfte."

Der Bundesrat beriet dann letztlich am 16.1.1875 über die Anträge des Justizausschusses. Der wohl wichtigste von dem Referenten aus Baden gestellte Änderungsantrag zu § 1 KO, gerichtet auf Ausdehnung der Konkursmasse auf Erbschaften und Vermächtnisse, wurde einem Gegenantrag Preußens folgend, verworfen "nachdem wieder von vorneherein Bayern auf seine Seite übergetreten war."⁸⁸⁴

Weder Preußen noch Bayern, das sich wohl - letztlich vergebens - auf eine preußische Intervention bei der Fassung des § 1 verlassen hatte, versuchten nochmals auf eine Änderung dahingehend hinzuwirken, daß auch zukünftiges Vermögen des Schuldners, das dieser während des Verfahrens erwarb, zur Masse fiel. In diesem Punkt hat Bayern seine Möglichkeiten nicht ausgeschöpft. In den Kommissionsberatungen hatte sich bei der Frage der Vorrechte des Fiskus gezeigt, daß man durchaus in der Lage war, andere Abstimmungsberechtigte mitzureißen und zu überzeugen.

XI. Beratungen im Reichstag (1875/76)

Mit Schreiben vom 21.1.1875 veranlaßte Bismarck die Vorlage des vom Bundesrat beschlossenen - nur geringfügig abgeänderten Gesetzesentwurfs zur Beratung an den Reichstag. Dieser wiederum setzte eine Kommission von 14 Mitgliedern ein. Diese erledigten ihre Aufgabe in 27 Sitzungen, an denen als Regierungskommissar für Bayern

⁸⁸³ Schreiben des Staatsministeriums der Justiz an das Staatsministerium des Innern vom 13.1.1875, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁸⁴ Thieme, S. 64, Fußnote 99; Protokoll der 4. Sitzung des Bundesraths, Session 1874/1875 vom 16.1.1875, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

der Appellationsgerichtsrat Dr. Hauser teilnahm. Die Erörterungen⁸⁸⁵, die unter fortdauernder Betreuung durch die "geistigen Väter" des Gesetzgebungswerkes, Hertz und Hagens, standen, brachten keine einschneidenden Änderungen⁸⁸⁶. Sie sind nicht sehr zahlreich und beziehen sich meist nur auf die sprachliche Fassung⁸⁸⁷.

Hagens berichtete am 24.10.1876⁸⁸⁸ :

"Den letzten Gegenstand der Berathung und Beschlußnahme des Ausschusses bildeten die Beschlüsse der mit der Vorberathung der Entwürfe einer Konkursordnung und eines Einführungsgesetzes zu derselben betrauten Kommission des Reichstages. (...) Die Änderungen, welche die Kommission an den Entwürfen vorgenommen hat, wurden als theils redaktioneller, theils wiederum untergeordneter Bedeutung anerkannt. Denselben soll die Zustimmung nicht versagt werden (...)."

Erwähnenswert ist allerdings noch eine von der Kommission des Reichstages gefaßte Resolution, daß nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung, welches später zum 01.10.1879 erfolgte, eine Regelung zu den Vorrechten der Gläubiger von Pfandbriefen und Bodenkreditobligationen im Wege der Reichsgesetzgebung herbeigeführt werden solle⁸⁸⁹. Dieses Vorhaben, das bereits in den Gutachten der bayerischen Ministerien als wünschenswert und realisierbar dargestellt worden war, wurde dann schließlich im Rahmen des Hypothekenbankgesetzes von 1899 verwirklicht⁸⁹⁰. Die Regelung des Konkursvorrechts der Pfandbriefgläubiger – eines der Hauptziele bei Schaffung des Hypothekenbankgesetzes für das Reich⁸⁹¹ - hat praktisch allerdings kaum Bedeutung erlangt. Seit Inkrafttreten des Gesetzes ist es nämlich nur zu einem einzigen Konkurs einer Hypothekenbank (der „Deutschen Grundschuldbank“) gekommen⁸⁹².

D. Kritik an der Reichskonkursordnung und Einflüsse auf das heutige Insolvenzrecht

Kaum ein deutsches Gesetz hat eine derart gründliche Vorbereitung erfahren, wie die Deutsche Konkursordnung von 1877⁸⁹³. Ein Verdienst der Reichskonkursordnung war die Aufgabe des Grundsatzes der Universalität des Konkurses in der gemeinrechtlichen Ausprägung. Dort hatte man zwischen verfahrensbeteiligten Gläubigern und den Aus- und Absonderungsberechtigten unterschieden. Indem man für das neuere Konkursrecht von dem Grundsatz einer "vis attractiva", nach der das Konkursgericht zur Entscheidung streitiger Ansprüche berufen war, Abstand nahm, erreichte man eine deutliche Verfahrensbeschleunigung. Das formell ausgestaltete

⁸⁸⁵ Gedruckt bei Hahn, Die gesammten Materialien zur Konkursordnung.

⁸⁸⁶ So auch Thieme, S.65; Jaeger, Einl. XLV.

⁸⁸⁷ Petersen/Kleinfeller, Einl. S. XII; Schultze, S. 3.

⁸⁸⁸ 5. Protokoll des Ausschusses für Justizwesen über die Beratung der Beschlüsse des Reichstages zu dem Gerichtsverfassungsgesetze, der Strafprozeß-, der Zivilprozeß- und der Konkurs-Ordnung, BayHStA, Abt. II, MJu 12845.

⁸⁸⁹ Sarwey, S. 762/763.

⁸⁹⁰ Ausführlich hierzu: Jaeger-Lent, S. 834; auch Hedemann, S. 206.

⁸⁹¹ Bellinger/Kerl, S. 520.

⁸⁹² Bellinger/Kerl, S. 522; die „Deutsche Grundschuldbank“ hatte noch vor Inkrafttreten des Hypothekenbankgesetzes s.g. Realobligationen ausgegeben und geriet noch ehe sie einen Hypothekenpfandbrief ausgeben konnte, durch leichtfertige Geschäftsführung in wirtschaftliche Bedrängnis. Die in den Jahren 1900/1901 bei anderen Hypothekenbanken entstandenen Schwierigkeiten konnten – ohne daß es zu einer Konkursöffnung kommen mußte – durch Sanierung behoben werden.

⁸⁹³ Vgl. Uhlenbruck, S. 18; vgl. auch: Wieacker-Privatrechtsgeschichte, S. 467.

Anmeldeverfahren ersetzte die Streitentscheidung und verwies die endgültige Befriedigung streitiger Forderungen an die Zivilgerichte. Systematische Fortschritte brachte die Konkursordnung auch insofern, als der Gemeinschuldner Eigentümer seines Vermögens blieb und lediglich die diesbezügliche Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verlor⁸⁹⁴. Die Konkursordnung von 1877 hat jedoch nicht nur uneingeschränktes Lob, sondern z.T. auch heftige Kritik erfahren. Bereits in den 30-er Jahren des 20. Jahrhunderts hielt man zumeist das Konkursverfahren für unbefriedigend. Jaeger⁸⁹⁵ formulierte es folgendermaßen:

"Der Konkurs ist ein Wertvernichter schlimmster Art und obendrein das teuerste Schuldentilgungsverfahren. Je größer das ihm verfallende Unternehmen ist, je weitere Wirtschaftskreise der Zusammenbruch in Mitleidenschaft zieht, desto erwünschter muß es sein, wenn Schuldner und Gläubiger durch Vereinbarung eines Ausgleichs dem Konkurs vorbeugen."

Kaum ein Rechtsgebiet war so ständigen und häufigen Reformvorschlägen ausgesetzt, wie das deutsche Insolvenzrecht. Bereits relativ kurze Zeit nach Inkrafttreten der Reichskonkursordnung, Ende 1893 brachten einige Abgeordnete einen auf der zunehmenden Kritik aus der deutschen Kaufmannschaft und aus Handelskreisen beruhenden Antrag betreffend die Abänderung der Konkursordnung in den Reichstag ein⁸⁹⁶. Letztlich fand allerdings eine tiefgreifendere Änderung der Vorschriften, insbesondere bei den Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs, erst im Jahr 1898 im Zuge einer notwendig gewordenen Anpassung der Konkursordnung an das neue Bürgerliche Gesetzbuch statt.

Wenn man Funktion und Erfolg des Insolvenzrechts an der Statistik mißt, so stellt man fest, daß es im Deutschen Reich in den Jahren 1900-1933 durchschnittlich etwa 10.000 Konkurse pro Jahr gab. In den Krisenjahren der Weimarer Republik wurden teilweise bis zu 28.000 Konkurse gezählt. Anfangs scheinen die Regelungen der Reichskonkursordnung ihren Zweck noch erfüllt zu haben. Nur in etwa 20 % aller Fälle fand mangels Masse eine Verfahrenseröffnung nicht statt. Erst in der Weimarer Spätzeit waren dies 40 %. Nach Einführung einer Vergleichsordnung zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens außerhalb des Konkurses machten die vergleichsweise erledigten Insolvenzen bis zu 30 % aus, was die Berechtigung des Vergleichsverfahrens bestätigte. Nach einer relativ niedrigen Insolvenzzahl in den Wirtschaftswunderjahren nach dem 2. Weltkrieg stieg die Zahl der jährlichen Konkurse in der Bundesrepublik stetig an und erreichte in jüngerer Zeit nahezu 30.000. Bedenklich hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Konkursrechts war allerdings nicht allein die Anzahl, sondern der Umstand, daß der Anteil der mangels Konkursmasse nicht eröffneten Verfahren auf ca. 80 % stieg und die Zahl der Vergleichsverfahren nur noch 1% ausmachte⁸⁹⁷. Die Befriedigungsquote sowohl der privilegierten als auch der nicht bevorrechtigten Forderungen nahm immer mehr ab. Um 1990 wurden lediglich noch etwa 25 % der bevorrechtigten Ansprüche und 3,5 bis 7 % der "normalen" Forderungen ausgeglichen. Demgegenüber war zu beobachten, daß die aus- und absonderungsberechtigten, dinglichen Gläubiger, die nicht am Konkurs teilnehmen mußten, sich zu 60-80% schadlos halten konnten.

⁸⁹⁴ Vgl. Uhlenbruck, S. 18.

⁸⁹⁵ Jaeger, Lehrbuch, S. 216.

⁸⁹⁶ Jaeger, Einl. XLIV.

⁸⁹⁷ Baur/Stürner, S. 13.

Zwar spielen auch Ursachen außerhalb des Insolvenzrechts - wie z.B. ungenügende Eigenkapitalausstattung von Unternehmen - eine gewichtige Rolle bei der Entwicklung der Insolvenzergebnisse und es würde auch zu weit führen, die niedrige Deckungsquote für nicht bevorrechtigte Forderungen auf Fehlleistungen des Gesetzgebers zurückzuführen⁸⁹⁸. Jedoch läßt sich nicht leugnen, daß einige in der Reichskonkursordnung getroffene Regelungen die ungünstige Entwicklung förderten. In besonderer Weise gilt dies für die eingeräumten Sicherungs- und Vorrechte⁸⁹⁹. Das nachvollziehbare und vom Privatrecht anerkannte Interesse von Sicherungsgläubigern, im Falle eines Konkurses des Schuldners sich möglichst schadlos zu halten, ist nur schwerlich mit dem insolvenzrechtlichen Prinzip einer Gleichbehandlung und der Verlustgemeinschaft sämtlicher Gläubiger vereinbar. Demgegenüber gab es jedoch immer wieder dem Grundsatz entgegengerichtete Bestrebungen, bestimmte Gläubiger möglichst vor Verlusten zu schützen. Diese Bemühungen gingen bei der Entstehung der Reichskonkursordnung teilweise insbesondere von Bayern aus. Motiv hierfür war einerseits die Förderung des Kreditwesens, andererseits wohl auch das eigene wirtschaftliche Interesse des bayerischen Staates, seine Einnahmequellen, sowie den Finanzhaushalt zu sichern.

Wie oben aufgezeigt, ging die Beibehaltung des Privilegs der Staatskasse auf das Engagement Bayerns zurück. Dies dürfte sogar als der wichtigste Beitrag Bayerns zur Entstehung der Reichskonkursordnung anzusehen sein. Immer wieder wurde der Ruf nach einer Abschaffung dieses Vorrechts des Fiskus laut und letztlich auch in der kürzlich in Kraft getretenen neuen Insolvenzordnung realisiert. Die Argumente, die für eine Privilegierung sprachen - u.a. auch, daß der Fiskus sich seinen Schuldner nicht aussuchen könne - waren angesichts der insgesamt negativen Auswirkungen unterzuordnen⁹⁰⁰. Man schaffte sogar prinzipiell alle Vorrechte ab⁹⁰¹. Eine Rangfolge wurde nur zu Lasten von Nebenforderungen und Forderungen aus Sondertatbeständen eingeführt.

Vor allem zur Zeit der Weltwirtschaftskrise beklagte man niedrige Deckungsquoten und die dem Fiskus eingeräumten Konkursvorrechte. Die Privilegien des Fiskus wirkten sich mit einer Ausweitung und Erhöhung der Steuerlasten in zunehmendem Maße aus. In ihr wurde eine wesentliche Ursache der für andere Gläubiger unbefriedigenden Ergebnisse von Konkursverfahren gesehen⁹⁰². Die Handels- und Bankenkreise wiederum versuchten durch eine stärkere Verbreitung besitzloser Mobiliarsicherheiten wie Eigentumsvorbehalte, Sicherungseigentum und Abtretungen – unterstützt durch die Rechtsprechung – eine möglichst umfassende Befriedigung ihrer Ansprüche zu erreichen.

In der Rückschau erscheint auch der Umstand, daß sich die am Zustandekommen der Reichskonkursordnung beteiligten Gremien - mit Ausnahme der Handelskammern –

⁸⁹⁸ Vgl. Uhlenbruck, S. 21.

⁸⁹⁹ Hierzu u.a. Böhle-Stamschräder, S. 9 f.

⁹⁰⁰ Häsemeyer, S. 62.

⁹⁰¹ Eickmann, S. 2; Schmidt-Räntsch, S. 34; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln, S. 346 u. 347.

⁹⁰² Vgl. Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, Seite 7.

gegen die Schaffung eines konkursabwendenden Vergleich aussprachen, nachteilige Wirkungen gehabt zu haben⁹⁰³. Auch hier hatte die frühere bayerische Regierung - ebenso wie bei der Frage der Voraussetzungen für einen Zwangsvergleich eine zurückhaltende Position vertreten. Das gesetzgeberische Versäumnis wurde dann freilich durch die Vergleichsordnung von 1927 ausgeräumt. Die durch ihre Entstehungsgeschichte zu erklärende Aufspaltung des Konkurs- und Vergleichsrechts in zwei Gesetze, wurde nunmehr durch die neue Insolvenzordnung beseitigt⁹⁰⁴. Durch Aufstellung eines Insolvenzplanes soll eine Neuorganisation des insolventen Unternehmens in flexibler Weise ermöglicht und einem Schuldner die Gelegenheit zur Schuldenbereinigung gegeben werden⁹⁰⁵.

Fragwürdig war seit jeher auch die Herausnahme von Neuvermögen aus der Konkursmasse⁹⁰⁶. Nunmehr stellt § 35 der neuen Insolvenzordnung den Grundsatz auf, daß das Insolvenzverfahren das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, erfassen soll⁹⁰⁷. Insoweit war Bayern, das für die Reichskonkursordnung eine dementsprechende Regelung immer wieder propagiert hatte, in diesem Punkt auf dem richtigen Weg. Den Vorstellungen Bayerns (und auch Preußens) ist - wenn auch über 120 Jahre später - doch noch Rechnung getragen worden. Bayern ließ hier aber seine Möglichkeiten, noch im Bundesrat auf eine entsprechende Regelung in der Reichskonkursordnung hinzuwirken, ungenutzt verstreichen.

Auch was die Behandlung von Geldstrafen⁹⁰⁸ betrifft, folgt die neue Insolvenzordnung den bei Entstehung der Reichskonkursordnung von Bayern geäußerten Wünschen. Nach § 39 InsO sollen nunmehr Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungs- und Zwangsgelder zumindest als nachrangige Forderungen berücksichtigt werden. Dies wird allerdings nur relevant werden, wenn nach vollständiger Befriedigung aller Gläubiger ein Überschuß verbleibt (was in der Praxis ohnehin kaum vorkommen dürfte). Es wäre dann unbillig, den Erlös an den Schuldner auszukehren und die genannten Ansprüche nicht zu berücksichtigen.

Was die Vorschläge Schmitts anbelangt, ist festzustellen, daß die seinerzeit in die Konkursordnung übernommene Konkretisierung der einer abgesonderten Befriedigung unterliegenden unbeweglichen Gegenstände auch in der Insolvenzordnung Berücksichtigung gefunden hat (§ 49 InsO). Die neue Insolvenzordnung dürfte den damaligen Vorstellungen des bayerischen Kommissionsmitgliedes auch insoweit entsprechen, als die Verfahrensgrundsätze in dem von ihm gewünschten Sinn mehr als die Konkursordnung auf eine Verfahrensbeschleunigung ausgerichtet sind. So findet sich auch in § 5 InsO die Regelung, daß Entscheidungen grundsätzlich ohne mündliche Verhandlung ergehen können. In § 6 InsO wurde die sofortige Beschwerde

⁹⁰³ Baur/Stürner sprechen von "einem schwerwiegenden Geburtsfehler", der darin lag, daß nur der konkursbeendende, nicht jedoch der konkursabwendende Vergleich in der Konkursordnung vorgesehen war.

⁹⁰⁴ Häsemeyer, S. 6.

⁹⁰⁵ Vgl. Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, S. 13.

⁹⁰⁶ Uhlenbruck, S. 18.

⁹⁰⁷ Vgl. hierzu Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Referentenentwurf - Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, S. 40; dort sind die bereits bei der Entstehung der Reichskonkursordnung diskutierten Argumente aufgegriffen worden.; vgl. auch Schmidt-Räntsch, S. 215 f.

⁹⁰⁸ Hierzu Schmidt-Räntsch, S. 218 u. 219.

eingeführt. Die Insolvenzordnung ist auch insoweit strenger als die Konkursordnung, als eine Anhörung des Schuldners unter bestimmten Voraussetzungen unterbleiben kann, wenn eine Verfahrensverzögerung zu befürchten wäre (§ 10 InsO). Auch was die Erfordernisse für die Beschlußfassung der Gläubigerversammlung anbelangt, wirken die Vorstellungen Schmitts zur Berücksichtigung der Summenmehrheit bei den Kommissionsberatungen noch fort. Auch § 76 InsO sieht vor, daß die Entscheidungen der Gläubigerversammlung durch eine Mehrheit von über 50 % der Forderungsbeträge zustandekommen. Hinsichtlich der Vorschriften über den Nachlaßkonkurs haben die Anregungen Schmitts bezüglich der Erweiterung des zur Antragstellung berechtigten Personenkreises im Ergebnis ebenfalls Eingang in die Insolvenzordnung gefunden.

Entgegen früherem bayerischen Recht und dem Antrag Schmitts, bei Miete und Pacht ein beiderseitiges Kündigungsrecht für den Fall des Konkurses zuzulassen, der später als § 19 in die Konkursordnung aufgenommen wurde, ist eine entsprechende Regelung in die Insolvenzordnung nicht übernommen worden. Dort ist, wenn der Schuldner Mieter oder Pächter ist, lediglich der Insolvenzverwalter zur Kündigung berechtigt. § 108 der Insolvenzordnung spricht aus, daß Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners grundsätzlich mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen sollen.

Festzuhalten ist weiterhin, daß die von Schmitt vorgeschlagenen Begriffe Aussonderung und Absonderung für die Terminologie im Rahmen der Konkursordnung vollständigen und umfassenden Eingang in den juristischen Sprachgebrauch gefunden haben. Demzufolge finden sich diese Begrifflichkeiten nach wie vor auch im aktuellen Insolvenzrecht. Schließlich sei noch erwähnt, daß die von Bayern ehemals für den Bereich des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung geäußerten und letztlich auch durchgesetzten Intensionen, den Inhabern von Schuldverschreibungen ein Vorrecht einzuräumen, im Rahmen des Hypothekendarlehenbankgesetzes und durch Art. 109 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung, der auf § 17 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung verweist, auch heute noch Bedeutung haben

E. Zusammenfassung

Das Insolvenzrecht wurde in Bayern seit jeher als Prozeßrecht angesehen. Der auf dem gemeinen Recht beruhende 1753 in Kraft getretene Codex Juris bavarici iudicarii (Bayerische Gerichtsordnung), der die bayerische Konkursgesetzgebung auch über weite Teile des 19. Jahrhunderts prägte, führte eine strikte Trennung zwischen formellem und materiellem Recht nicht durch. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurde – wie auch noch in der Folgezeit – stets der unbefriedigende Zustand der Konkursgesetzgebung kritisiert. Das frühe bayerische Gantrecht hatte vor allem den Nachteil, daß das Verfahrensrecht nur wenig praktikabel war. Es fand ein lange andauernder Konkurs statt. Dies lag daran, daß die Verfahren zum einen zu sehr der alleinigen Autorität des Gerichts unterlagen und zum anderen das allzuständige Konkursgericht mit sämtlichen Nebenstreitigkeiten überlastet war. Zu Verfahrensverzögerungen und wenig ergiebigen Konkursergebnissen führte auch die unübersichtliche teilweise komplizierte und zu detaillierte und spezialisierte Rangordnung der zu befriedigenden Gläubiger. Die ohnehin zahlreichen Rangklassen waren nochmals verzweigt und unterteilt in ebenso viele Unterordnungen.

Im Jahr 1822 erfolgte im Zuge einer Neuordnung des Hypothekenrechts eine Ausgliederung eines Teils des Codex Judiciarii, nämlich der Regelung über die Rangfolge der Befriedigung von Gläubigern in Gestalt einer neuen Prioritätsordnung. Von großer Bedeutung war die Einführung des Offenkundigkeitsprinzips. Der gleichsam „automatische“ Hypothekenrechtserwerb wurde zu Gunsten eines bloßen Rechts auf Erwerb einer Hypothek durch Eintragung weitestgehend beseitigt. Ziel der damaligen Gesetzgeber war es, das miteinander verwobene Insolvenz- und Hypothekenrecht im Codex Judiciarii, dem Hypothekengesetz und der Prioritätsordnung miteinander zu verknüpfen. An den Modifikationen der Prioritätsordnung gegenüber dem früheren 19. Kapitel des Codex Judiciarii wird im übrigen deutlich, daß das damals neue Gesetz auch den geänderten Verhältnissen in der Wirtschaft Rechnung tragen sollte. Die neu eingeführte Bevorzugung von staatlichen Leih- und Kreditanstalten zeigt, daß das Insolvenzrecht bereits im frühen 19. Jahrhundert auch als Instrument der Wirtschaftspolitik und zur Belebung des Handels und des Kreditwesens eingesetzt wurde.

Trotz eines unbefriedigenden und den praktischen Anforderungen nicht genügenden Verfahrensrechts gelang es in Bayern trotz einiger Ansätze und Bemühungen bis 1869 nicht, eine umfassende Neuregelung des formellen Insolvenzrechts zu erreichen. Auffallend ist, daß insbesondere nach Schaffung der Preußischen Konkursordnung auch von bayerischer Seite verstärkte Initiativen für eine entsprechende Gesetzgebung ergriffen wurden. Die Vorschriften „über die Gant“ im Rahmen der Bayerischen Civilproceßordnung von 1869 zeigen eine starke Orientierung am preußischen Recht. Gleichzeitig zeigt der Umstand, daß das Konkursrecht in Bayern im Rahmen der Prozeßordnung geregelt war, daß nach wie vor an der Auffassung festgehalten wurde, daß es sich bei dem Konkursverfahrensrecht um Prozeßrecht handele. Die bayerischen Kodifikationsbemühungen waren an sich – gemessen an der Preußischen Konkursordnung und an der späteren Reichskonkursordnung - insoweit unvollständig, als das Gesetzgebungsvorhaben nicht auch die in der Prioritätsordnung enthaltenen materiell-rechtlichen Vorschriften erfaßte. Als Hauptmerkmale der Bayerischen Civilproceßordnung sind die starke Betonung der Gläubigerautonomie und -rechte zu nennen - die mit einer schwächeren Stellung bzw. einer Einschränkung der Befugnisse eines (Konkurs-) Verwalters einherging - und außerdem der Umstand, daß das bayerische Recht einen Zwangsvergleich nicht zuließ. Weiterhin kannte die Bayerische Prozeßordnung keine Unterscheidung des Verfahrens in einen kaufmännischen und gemeinen Konkurs. Trotz einiger Abweichungen bei den Vorschriften über die Verwaltung und Verteilung der Konkursmasse war das Vorbild preußischen Rechts aber nicht zu verkennen. Angesichts der engen Orientierung des insolvenzrechtlichen Teils der Bayerischen Civilproceßordnung an der Preußischen Konkursordnung wäre es daher nicht sachgerecht die Bayerische Civilproceßordnung von 1869 als Vorläufer der Reichskonkursordnung zu verstehen⁹⁰⁹.

Bei den Rechtsvereinheitlichungsbemühungen auf Bundes- bzw. Reichsebene zeigt sich, daß Bayern stets eine treibende Kraft darstellte, soweit nicht – insbesondere durch eine preußische Vormachtstellung – tiefgreifende Eingriffe in das in Bayern geltende Recht zu befürchten waren. Die Frage der Rechtsvereinheitlichung war zunächst stets von Politik und widerstreitenden Machtinteressen der einzelnen Bundesstaaten

⁹⁰⁹ Etwas zu weitgehend insoweit Kilger/Schmidt, S. 2 und Böhle-Stamschräder, S.1; dort wird die BayCPO gemeinsam mit der Preußischen Konkursordnung und dem code de commerce als Vorläufer und Vorbild der Konkursordnung angesehen.

bestimmt. Dies zeigt sich auch noch zu Beginn der Entstehung der Reichskonkursordnung. Die eigentliche Initiative zur Konkursordnung ging vom Norddeutschen Bund und insbesondere Preußen aus, dessen Justizministerium mit dem Vorentwurf befaßt war. Bayern wurde – ebenso wie andere süddeutsche Bundesstaaten – an der Gesetzesentstehung erst nach seinem Reichsbeitritt im Jahr 1871 beteiligt. Die Berichte bayerischer Vertreter in Berlin bezüglich der Personalentscheidungen vor Einsetzung der Kommission zur Beratung der Deutschen Gemeinschuldordnung zeigen, daß bei den einzelnen Staaten Skepsis herrschte, inwieweit deren Interessen Berücksichtigung finden würden. Preußen scheint gewisse Vorbehalte gegen einen zu starken Einfluß Bayerns gehabt zu haben. Dies war umgekehrt ebenso der Fall. Die Vertreter der Einzelstaaten versäumten dennoch nicht, immer wieder darauf hinzuweisen, daß es um die Sache selbst und Reichsinteressen gehen sollte und nicht um die Ziele einzelner Staaten. Die Schriftwechsel zwischen München und Berlin zeigen jedoch, daß es durchaus auch darum ging, eine Wahrung der einzelstaatlichen Interessen zu gewährleisten.

Eine Analyse der Kommissionsberatungen im einzelnen zeigt, daß es letztlich nicht zu den wohl befürchteten größeren Konflikten bei den Gesetzesberatungen – insbesondere zwischen Preußen und Bayern – kam. (Rechts-)politische „Machtkämpfe“ fanden nicht statt. Häufig gingen sogar die bayerischen und preußischen Vorstellungen miteinander konform. Dies gilt in besonderem Maße für das Verfahrensrecht. Hier fanden sich viele Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten, nachdem sich das bayerische Recht ohnehin in sehr starkem Maße an dem preußischen Konkursrecht orientiert hatte. Teilweise übernahmen die Verfasser der Gemeinschuldordnung auch – gegen das preußische Recht – einige bayerische Detailvorschriften. Hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Bestimmungen bestand für die bayerischen Ministerien kein Anlaß, auf das Verhalten der bayerischen Vertreter in der Kommission hinzuwirken. Sowohl von Neumayr, als auch Schmitt, der sich sehr aktiv an den Kommissionsverhandlungen beteiligte, waren bereits im engsten Kreis der Gremien vertreten, die die konkursrechtlichen Vorschriften in der Bayerischen Civilproceßordnung schufen. Da diese Gesetzgebungsarbeiten erst relativ kurze Zeit vor Entstehen der Reichskonkursordnung beendet waren, konnte davon ausgegangen werden, daß die bayerischen Vertreter mit sämtlichen auftauchenden verfahrensrechtlichen Problemen bestens vertraut waren und insbesondere die bayerische Position zu den Fragestellungen kannten und die bayerischen Interessen nach dieser Maßgabe vertreten würden. Den bayerischen Vertretern war hinsichtlich ihres diesbezüglichen Handelns nahezu freies Ermessen eingeräumt.

Hiervon machte vor allem Schmitt Gebrauch, der bei seinen Anträgen und Wortmeldungen in den Kommissionsberatungen durchaus auch Meinungen vertrat, die keine Stütze im bayerischen Insolvenzrecht fanden. Schmitts Interesse ging in Fortführung der Grundsätze der Bayerischen Civilproceßordnung vor allem dahin, eine möglichst weitgehende Verfahrensvereinfachung und –beschleunigung zu erreichen. Hier brachte er in den Detailberatungen einige dieses Ziel begünstigende, zusätzliche Regelungen und Beschränkungen ein. In gesetzssystematischer Hinsicht lag ein großes Verdienst Schmitts darin, daß durch seine Mitwirkung die Vorschriften der Konkursordnung besser auf die Bestimmungen der im Gesetzgebungsverfahren bereits in einem fortgeschrittenen Stadium befindlichen Zivilproceßordnung abgestimmt wurden. Hier kam dem bayerischen Vertreter zugute, daß er bereits in jener Reichskommission ebenfalls die Interessen Bayerns vertreten hatte.

Eigene Ideen entwickelte Schmitt zum Teil auch im Bereich der materiell-rechtlichen Regelungen zur Konkursordnung. Auch hier war ihm seitens des bayerischen Justizministeriums oft freies Ermessen eingeräumt worden. Abweichend vom bayerischen Recht setzte Schmitt ein beiderseitiges Kündigungsrecht bei Pacht oder Miete durch. Eigene Ideen brachte Schmitt auch z.B. bei der Regelung über Fixgeschäfte ein. Bei den Anfechtungsvorschriften erreichte er gemeinsam mit von Albrecht einige Detailänderungen. Schmitt erzielte ferner noch Erfolge bei der Regelung über die Behandlung titulierter Forderungen im Konkurs.

Weniger erfolgreich setzte sich Schmitt gegen eine allzu große Verschlechterung der Stellung des Ehegatten bei der Aussonderung ein. Es gelang auch nicht, eine dem bayerischen Recht entsprechende hervorgehobene, starke Position der Gläubigerschaft zu erreichen. Im Gesetzgebungsverfahren zur Reichskonkursordnung wurde vielmehr das bereits in der Gemeinschuldordnung vertretene Prinzip bestätigt, einem Konkursverwalter umfassende Rechte einzuräumen. Keine Chance bestand für die bayerischen Vertreter, eine dem bayerischen Insolvenzrecht entsprechende Regelung zum Abschluß eines Vergleichs im Konkurs zu erreichen. Entgegen dem Willen Bayerns wurde der Zwangsvergleich in die Konkursordnung aufgenommen.

Das bayerische Justizministerium griff in Abstimmung mit den anderen beteiligten Ministerien, insbesondere dem Innenministerium (Abteilung für Gewerbe, Handel und Landwirtschaft) sowie dem Finanzministerium in das Geschehen in Berlin nur insoweit ein, als dies unbedingt erforderlich war, um bayerische Interessen zu wahren. Hierbei fällt auf, daß es insbesondere darum ging, die Vorrechte für öffentliche Stellen zu sichern und eine Schmälerung des bayerischen Staatshaushalts zu vermeiden. Eine weitere Motivation ging dahin, das Kreditwesen und den Handel zu stärken, was wegen der durchaus erheblichen wirtschaftlichen Betätigung des bayerischen Staates letztlich sicherlich auch der Sicherung des Steueraufkommens und dem Schutz der Staatsfinanzen dienen sollte.

Das bayerische Justizministerium mit seinem Minister von Fäustle fungierte gewissermaßen als „Schaltstelle“ und nahm eine Art Vermittlerrolle zwischen den sonst beteiligten Ministerien und den bayerischen Vertretern in Berlin ein. Das Ministerium leitete die einzelnen Wünsche und Stellungnahmen - mit eigenen Kommentaren versehen - jeweils weiter. Von Fäustle, der grundsätzlich davon ausging, daß die bayerischen Interessen am besten durch den einen oder anderen Kompromiß durchsetzbar waren, stellte den Vertretern vor Ort in der Regel anheim, nach Lage der Dinge und Stimmung in der Kommissionsverhandlung zu entscheiden, ob und gegebenenfalls in welcher Form die bayerischen Wünsche zur Geltung gebracht wurden. Auch aus den Schriftwechseln mit den bayerischen Vertretern in Berlin ergibt sich, daß man für Bayern eine „Politik des Machbaren“ betrieb.

An der Korrespondenz der Ministerien zeigt sich, daß die wichtigsten Diskussionspunkte, die Vorrechte des Fiskus und der Gemeinden, die Sicherung der Vorrechte von Pfandbriefgläubigern und Inhabern von sonstigen Schuldverschreibungen, die Frage der Erstreckung des Vorrechts auf direkte und indirekte Steuern, die Berücksichtigung von Geldstrafen und Beiträgen zur Brandversicherung waren. Durchsetzen konnte sich Schmitt in den Kommissionsberatungen insbesondere bezüglich einer ursprünglich nicht vorgesehenen Bevorzugung des Fiskus. Das Prinzip der Gemeinschuldordnung ging ursprünglich

dahin, nahezu sämtliche Vorrechte zu beseitigen. Diese waren ehemals von nahezu allen Partikulargesetzgebungen in ausufernder Weise eingeräumt worden und hatten die zur Verteilung verbleibende Konkursmasse ausgehöhlt. Den bayerischen Vertretern gelang es - auch unter Zuhilfenahme der Argumentation des bayerischen Finanzministeriums - die Mehrheit der Kommissionsmitglieder davon zu überzeugen, daß das Vorrecht des Fiskus beizubehalten sei. Dies stellte gewissermaßen den Auslöser für die Wiedereinführung anderer Bevorzugungen z. B. der von öffentlichen Verbänden und Schulen dar. Hinsichtlich einer, insbesondere von Bayern angestrebten Lösung zur Berücksichtigung besitzloser Sicherungsgüter bei Pfandbriefen einigte man sich darauf, einen landesgesetzlichen Vorbehalt in das Einführungsgesetz aufzunehmen. Bayern hatte sich zwar auch für eine Aufnahme entsprechender Regelungen in die Konkursordnung selbst ausgesprochen, jedoch konnte der Vorbehalt - auch für die bayerische Gesetzgebung - als Erfolg gewertet werden. Bereits wenige Jahre nach Inkrafttreten der Konkursordnung holte man im Hypothekendarlehenbankgesetz die schon früher angestrebte - doch wohl aus Zeitmangel bei den Beratungen der Konkursordnung zunächst verschobene - gesetzliche Regelung auf Reichsebene nach. Ein Entgegenkommen gegenüber Bayern ist im Rahmen des Einführungsgesetzes auch bei der Behandlung der bayerischen Gesellschaften und Genossenschaften festzustellen. Hier wurde einem Antrags Schmitts entsprechend ebenfalls festgelegt, daß die hierfür in Bayern geltenden Sonderbestimmungen unberührt bleiben sollten. Auch wenn die Aufnahme von Sonderregelungen im Einführungsgesetz letztlich durchaus den bayerischen Interessen entsprach, läßt sich dennoch feststellen, daß an und für sich die bayerischen Wünsche dahin gingen, möglichst eine Gesamtregelung auf Reichsebene zu erhalten. Insoweit stand Bayern - wie schon Mitte des 19. Jahrhunderts - ungeachtet der ohnehin auch politischen Zwänge, in denen es sich seit dem Reichsbeitritt befand beim Insolvenzrecht hinter der Rechtsvereinheitlichung.

Die Berichte des bayerischen Vertreters aus Berlin sowie des Justizministeriums an König Ludwig II. zeigen, daß Bayern mit den bei den Kommissionsberatungen in Berlin erreichten Ergebnissen durchaus zufrieden war. Auch die heutige Nachbetrachtung bestätigt, daß hierfür durchaus Anlaß bestand. Festzuhalten ist, daß insbesondere das in der Gemeinschuldordnung bereits ursprünglich vorgesehene Konkursverfahrensrecht ohnehin dem bayerischen Recht relativ nahe kam, weil Bayern seine diesbezügliche Gesetzgebung eng an der preußischen angelehnt hatte, die wiederum Vorbild für die spätere Konkursordnung war. Schmitt gelang es, im Detail noch einige zusätzliche Angleichungen an das bayerische Recht zu erreichen. Teilweise waren auch bereits für die Gemeinschuldordnung vom preußischen Recht abweichende bayerische Regelungen übernommen worden, soweit diese für sinnvoller gehalten wurden. Dies zeigt, daß die „geistigen Väter“ der Konkursordnung, die Verfasser der Gemeinschuldordnung, Förster und Hagens durchaus auch versuchten, objektiv die bestmögliche Gesetzgebung zu entwickeln und sich nicht allein darauf beschränkten, das zugegebenermaßen damals wohl ausgereifteste Insolvenzrechtsgesetz, die Preußische Konkursordnung, zu übernehmen. Die Schwerpunkte des bayerischen Einflusses lagen im Bereich des materiellen Rechts. Hier gelang es im Rahmen diverser von Bayern ausgehender Initiativen den ursprünglichen - von Preußen vorbereiteten - liberaleren Gesetzesentwurf dem seinerzeit in Bayern geltenden Recht näherzubringen. Als größter "Erfolg" Bayerns kann wohl die Beibehaltung eines Vorrechtes des Fiskus bezeichnet werden. Freilich war dies rückschauend auch einer der größten Schäden, die dem Konkursrecht des nachfolgenden 20. Jahrhunderts zugefügt worden sind. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch die von der Kommission nicht befürwortete

Aufnahme eines konkursabwendenden Vergleichs. Auch hier hatte Bayern eine zurückhaltende Haltung eingenommen. Zumindest eines der bayerischen Kommissionsmitglieder sprach sich gegen entsprechende - ursprünglich in der Gemeinschuldordnung noch vorgesehene - Regelungen aus. Andererseits sind einige von Bayern bzw. seinen Kommissionsvertretern eingebrachte Vorschläge sogar bis in das heute geltende neue Insolvenzrecht mit berücksichtigt worden. Hierzu zählt auch die im bayerischen Recht zu findende Regelung über den Umfang der Insolvenzmasse dahingehend, daß der Schuldner auch mit seinem während des Verfahrens erworbenen Vermögen haften soll. Für die Reichskonkursordnung konnte sich diese Regelung bei den Kommissionsberatungen zum Entwurf der Gemeinschuldordnung nur knapp nicht durchsetzen. Bayern und Preußen versäumten es, in den anschließend mit der Konkursordnung befaßten Gremien noch eine entsprechende Änderung herbeizuführen, die wohl durchaus möglich gewesen wäre. Hier ist Bayern vor allem der Vorwurf zu machen, daß man die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht ausschöpfte und sich lediglich darauf beschränkte, die Fassung des Kommissionsentwurfs bei Vorlage an die Bundesratskommission zu verteidigen, sich dabei teilweise auf Preußen verließ und keine eigenen Anträge stellte. Letztlich läßt sich jedoch durchaus sagen, daß Bayern eine neben Preußen zumindest einigermaßen gewichtige Rolle bei der Entstehung der Reichskonkursordnung zukam.

Lebenslauf

Am 12.10.1968 wurde ich in Bersenbrück/Niedersachsen als Sohn von Brigitta und Karl Heinz Bornhorst geboren. Nach dem Besuch der Grundschule in Memmelsdorf/Kreis Bamberg und des Gymnasiums in Würzburg begann ich nach dem Grundwehrdienst im Wintersemester 1989/90 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Würzburg. Nach dem ersten Staatsexamen 1993 absolvierte ich von 1994-1996 das Rechtsreferendariat. Anschließend begann ich meine berufliche Laufbahn als Rechtsanwalt in Würzburg. Darüber hinaus war ich in den Jahren 1997 und 1998 als Autor wissenschaftlicher Publikationen zum Zivilprozeß- und europäischen Wettbewerbsrecht tätig. Seit 1999 bin ich mit der Juristin Karin Ramona Roxin verheiratet.

