

Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Neue Folge, Band 112, 1993  
I. Halbband, Heft 2  
Band 134 der gesamten Folge

## Forum: Ein Vorschlag zur Revision des SchKG

*Dispositionsunfähigkeit des Betreibungsschuldners contra Gutgläuberschutz im Sachenrecht*

Rico A. Camponovo, lic. oec. publ., Leiter Fachstab Recht und  
Franco Lorandi, lic. iur., Rechtsanwälte, Visura Treuhand-Gesellschaft

### *Einleitung*

Die bundesrätliche Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 liegt zuhanden der eidgenössischen Räte vor (Bundesblatt Nr. 27, Bd. III, 16. Juli 1991, S. 1 ff.). Die Beratungen in der entsprechenden Kommission des Nationalrates haben begonnen. (Zum aktuellen Stand vgl. den Nachtrag am Ende) Ziel dieses Aufsatzes ist es, eine Ergänzung dieser Gesetzesrevision anzuregen. Obwohl die nachfolgend aufzuzeigende Problematik seit langem bekannt ist, enthält der bundesrätliche Entwurf zur Änderung des SchKG (E SchKG) keinen Vorschlag zu deren Lösung; namentlich sollen die Art. 96, 204, 298 und 316d SchKG keine Änderung erfahren. Die laufende Revision des SchKG bietet die Möglichkeit, diese Probleme gesetzgeberisch zu lösen.

### **I. Problemstellung/heutige Rechtslage**

#### *1. Allgemeines*

Die Betreibung auf Pfändung, der Konkurs und die Nachlassstundung beschränken im Interesse der Gläubiger die Dispositionsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen. Die heutige Regelung ist aber in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht unbefriedigend und in Lehre und Rechtsprechung kontrovers.

#### *2. Zeitliche Unterschiede*

##### **A. Eintritt der Wirkung der Verfügungsbeschränkung im allgemeinen**

In der *Betreibung auf Pfändung* bzw. im *Konkurs* tritt die Dispositionsfähigkeit des Schuldners sofort mit der Pfändung bzw. der Konkurseröffnung ein (Art. 96 SchKG, Art. 204 Abs. 1 SchKG).

Im *Nachlassvertragsrecht* hingegen tritt die teilweise Dispositionsfähigkeit gemäss Art. 298 Abs. 1 SchKG erst im Zeitpunkt der öffentli-

chen Bekanntmachung der Stundung und nicht schon mit deren Gewährung ein. DESCHENAUX vertritt hier entgegen dem Gesetzeswortlaut und der herrschenden Lehre die Ansicht, dass die Verfügungsbeschränkung schon mit der Gewährung der Stundung beginne (DESCHENAUX HENRI, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/3, I, Das Grundbuch, 1. Abteilung, Basel 1988, 355, Anm. 49). Die erweiterte Dispositionsunfähigkeit beim Liquidationsvergleich tritt mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages in Kraft (Art. 316 d Abs. 1 SchKG).

Unverständlich ist diese abweichende Regelung für die Wirkungen der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 1 SchKG). JAEGER begründet diese Abweichung damit, dass diese Geschäfte absolut nichtig seien, im Gegensatz zur relativen Nichtigkeit im Konkurs (JAEGER CARL, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. A., Zürich 1911, N. 2 und 3 zu Art. 298 SchKG). Auf die absolute Nichtigkeit können sich auch Dritte und der Schuldner berufen, auf die relative Nichtigkeit hingegen nur die Gläubiger. Dieser Unterschied rechtfertigt aber u.E. den unterschiedlichen zeitlichen Beginn nicht.

#### B. Eintritt der Wirkung der Verfügungsbeschränkung gegenüber gutgläubigen Dritten

Für die *Betreibung auf Pfändung* sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass das durch die Pfändung bewirkte Verfügungsverbot des Schuldners unter dem Vorbehalt der Wirkungen des Besitzerwerbes durch gutgläubige Dritte steht (Art. 96 Abs. 2 SchKG). Der Dritte, der weder von der Pfändung wusste, noch diese kennen musste (Art. 3 Abs. 2 ZGB), wird in seinem Rechtserwerb geschützt. Dem gutgläubigen Dritten kann die Verfügungsbeschränkung also nicht entgegengehalten werden.

Obwohl die gesetzliche Regelung nur auf *Fahrnis* zugeschnitten ist, gilt diese auch für *Grundstücke* (JAEGER, N. 7 zu Art. 96 SchKG, N. 1 zu Art. 101 SchKG; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Bd I, 3. A., Zürich 1984, 25 Nr. 6; BGE 42 III 245, 44 III 177). Da die Pfändung nicht publiziert wird, kann dem Dritten bei *Fahrnis* meist nur *effektives Wissen* um die Pfändung entgegengehalten werden. Bei Grundstücken kann der gute Glaube des Dritten durch die *Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch* zerstört werden (Art. 101 SchKG; Art. 3 ff., 15 VZG; Art. 960 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; BGE 42 III 245, 44 III 177, 115 III 117).

Art. 204 Abs. 1 SchKG hält für das *Konkursrecht* fest, dass der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung das Verfügungsrecht über die zur Konkursmasse gehörenden Vermögensobjekte verliert. Ein Vorbehalt zugunsten gutgläubiger Dritter entsprechend Art. 96 Abs. 2 SchKG ist nicht vorgesehen. Das Bundesgericht und ein grosser Teil der Lehre gehen trotzdem vom Vorrang des sachenrechtlichen Gutgläubenschutzes aus (vgl. BGE 115 III 113 ff. m.w.H.). Ein ebenfalls beachtlicher Teil der Lehre gibt den Interessen der Gläubiger den Vorzug und schliesst mit der

Konkurseröffnung jeden Rechtserwerb Dritter aus (vgl. HAAB ROBERT, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im SchKG im Jahre 1929, ZBJV 66 (1930), 459-461; HOMBERGER A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung, Besitz und Grundbuch, 2. A., Zürich 1938, N. 38 zu Art. 960 ZGB; DESCHENAUX HENRI, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/3, II, Das Grundbuch, 2. Abteilung, Basel 1989, 683 und Anm. 10 sowie die in BGE 115 III 113 ff. zitierten Autoren). Bei Grundstücken und *Fahrnis* wird der gute Glaube des Dritten neben der effektiven Kenntnis der Konkurseröffnung (z.B. aufgrund einer Spezialanzeige gemäss Art. 233 SchKG) auch durch deren *Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt* (Art. 231 und 232 SchKG) zerstört. Bei Grundstücken wird der gute Glaube zusätzlich durch *Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch* beseitigt (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; Art. 3 ff. VZG).

Im *Nachlassverfahren* sind dem Nachlasspetenten ab Publikation der Stundung u.a. *grundbuchliche Veränderungen* sowie betreffend *Fahrnis* unentgeltliche Verfügungen, namentlich Schenkungen, oder die Bestellung von Pfändern auch gegenüber gutgläubigen Dritten untersagt (Art. 298 Abs. 1 zweiter Halbsatz SchKG). Andere Rechtsgeschäfte über *Fahrnis* sind dem Schuldner beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* (und nur bei diesem) erst mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages durch die Nachlassbehörde untersagt (Art. 316d Abs. 1 SchKG). Hier stellt sich hinsichtlich der Möglichkeit eines Rechtserwerbs durch einen gutgläubigen Dritten dieselbe Problematik wie im Konkurs in bezug auf Art. 204 Abs. 1 SchKG (vgl. dazu oben).

#### C. Analyse der Unterschiede

Die Lösung der Frage nach dem Verhältnis der Dispositionsunfähigkeit zum Gutgläubenschutz ist vom Gesetzgeber auffällig unterschiedlich gelöst worden. Kurz gesagt ist der gutgläubige Dritte in der *Betreibung auf Pfändung* immer, bei Grundstücken bis zum Eintrag der Verfügungsbeschränkung, geschützt, im Konkurs und im Nachlass für kurze Zeit ebenfalls, wobei die Publikation sowie bei Grundstücken die Eintragung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch den guten Glauben zerstört. Nach einem Teil der Lehre geniesst der Dritte im Konkurs gar keinen Schutz. Es stellt sich die Frage, ob der unbeschränktere Schutz in der Pfändungsbetreibung sachlich gegenüber dem relativ kurzen Schutz in den anderen Verfahren gerechtfertigt ist.

MEISTER (MEISTER CHRISTIAN P., Vorsorgliche Massnahmen bei immobilienrechtlichen Streitigkeiten, Diss. Zürich 1977, S. 69 f.) begründet diesen Unterschied damit, dass es bei der Pfändung um die Vollstreckung der Forderung eines einzelnen Gläubigers gehe, bei der Generalexécution hingegen würden sämtliche Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners vollstreckt. Inwiefern dieser Unterschied den weitgehenden Gutgläubenschutz bei der Pfändung rechtfertigen soll, bleibt

unklar. Der Gläubiger kann ja nicht beeinflussen, ob die Betreibung gegen seinen Schuldner in die General- oder Spezialexécution mündet. Weshalb sollte er daher bei der Betreibung auf Pfändung gegenüber gutgläubigen Dritten schlechter gestellt werden als bei der Generalexécution? Auch beim Dritterwerber kann die Interessenlage nicht von der Betreibungsart abhängen. Oder soll es für seinen Schutz darauf ankommen, ob sein Vertragspartner der Spezial- oder der Generalexécution unterliegt?

Der nachfolgende Revisionsvorschlag wird daher mit dem Mittel der Ausweitung des Anwendungsbereiches der paulianischen Anfechtungsklagen den Gutgläubensschutz auch bei der Betreibung auf Pfändung einschränken.

### 3. Inhaltliche Probleme

Im Konkurs besteht unter den Befürwortern des Gutgläubensschutzes eine weitere Kontroverse darüber, ob dieser nur im *Immobilienrecht* (so z.B. JAEGER, N. 7 zu Art. 204 SchKG; FRITZSCHE HANS, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. A., Zürich 1968, 41 f., welcher allerdings noch in der Voraufgabe [1. A., Zürich 1954, 42] die entgegengesetzte Meinung vertrat) oder auch in bezug auf *Fahrnis* gelte (vgl. z.B. STAEHELIN ADRIAN, Probleme aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht, Basel und Stuttgart 1968, 58 ff. insb. S. 62; HINDERLING HANS, Fragen aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Verfahrensrecht, ZSR 83 (1964), 133 Anm. 10). Die unterschiedliche Behandlung von Fahrnis und Grundstücken ist u.E. rechtlich nicht haltbar.

Seit JAEGER (N. 7 zu Art. 204 SchKG) diese Unterscheidung eingeführt hat, wurde diese von zahlreichen Autoren und auch vom Bundesgericht kommentar- und kritiklos übernommen (BGE 55 III 170 bis BGE 115 III 114). JAEGER will dem gutgläubigen Erwerber von *Fahrnis* die Berufung auf Art. 933 ZGB mit der Begründung versagen, die Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners nach Art. 204 Abs. 1 SchKG führe zur Nichtigkeit des Rechtsgrundgeschäftes und damit wegen der Kausalität der Eigentumsübertragung auch zum Dahinfallen des Verfügungsgeschäftes. Somit könne Art. 933 ZGB keine Wirkung entfalten.

Genau umgekehrt argumentiert JAEGER bei den *Grundstücken*. Der gutgläubige Erwerber gemäss Art. 973 ZGB könne sich auf die im Grundbuch eingetragene Berechtigung des Gemeinschuldners verlassen. Das könne nur dazu führen, dass der gutgläubige Erwerber eines Grundstückes nach der Konkurseröffnung in seinem Erwerb geschützt sei.

Art. 973 ZGB erfüllt aber im Immobilienrecht dieselbe Funktion wie Art. 933 ZGB für Fahrnis. Beide Gesetzesbestimmungen vermögen lediglich die mangelnde Verfügungsfähigkeit des Schuldners zu heilen. Wenn man nun davon ausgeht, dass Art. 204 Abs. 1 SchKG zur Nichtigkeit des Rechtsgrundgeschäftes führt, so ist nicht einzusehen, weshalb diese nur bei Fahrnis unheilbar sein soll und weshalb Art. 973 ZGB nun

aber plötzlich die Nichtigkeit des Rechtsgrundgeschäftes bei Grundstücken zu heilen in der Lage sei? Die Erklärung von JAEGER ist unzutreffend und damit jedenfalls nicht geeignet, diese Unterscheidung zu rechtfertigen.

### 4. Unbefriedigende Konsequenzen

Die unterschiedliche zeitliche Wirksamkeit der Dispositionsbeschränkung im allgemeinen und die unterschiedliche Behandlung von Fahrnis und Grundstücken sind nicht gerechtfertigt und verwirrend. Diese unnötigen und sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierungen sollten de lege ferenda abgeschafft werden.

Völlig unbefriedigend ist die Situation im Bereich der zeitlichen Wirksamkeit der Dispositionsbeschränkung gegenüber gutgläubigen Dritten. Z.B. könnte der Schuldner nach heutiger Rechtslage nach der Konkurseröffnung oder Pfändung seine gesamten Immobilien (bei Pfändung auch noch Mobilien) in wirksamer und unanfechtbarer Weise verschenken, sofern die Empfänger der *Schenkung* nur gutgläubig sind. Die Anfechtung nach Art. 286 SchKG des geltenden Rechts bietet dagegen keine Handhabe, richtet sie sich doch ausschliesslich gegen Handlungen die vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurden.

Ebenso entspricht es der heutigen Rechtsprechung, dass der Schuldner nach der Konkurseröffnung oder der Pfändung Fahrnis bzw. Immobilien beliebig mit *Pfandrechten* und *anderen beschränkten dinglichen Rechten* belasten kann, und zwar für neue und alte Forderungen. Bei den alten Forderungen spielt es dabei keine Rolle, ob der Schuldner zur Sicherstellung schon früher verpflichtet war oder nicht. Sofern die Begünstigten gutgläubig sind, bleiben auch diese Rechtshandlungen wirksam und unanfechtbar, da sich Art. 287 SchKG wiederum nur gegen Handlungen richtet, die vor der Konkurseröffnung bzw. Pfändung erfolgten.

Der Schuldner kann somit z.B. nach Konkurseröffnung oder Pfändung in unanfechtbarer Weise ein nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG anfechtbares Pfandrecht begründen. Hätte er dieselbe Handlung vorher vorgenommen, so wäre sie anfechtbar. Dies ist insbesondere paradox, wenn man bedenkt, dass der Schuldner vor Konkurseröffnung oder Pfändung in seiner Dispositionsfähigkeit nicht eingeschränkt ist, dennoch kann das Geschäft angefochten werden, nach der Konkurseröffnung ist er nicht mehr dispositivebefugt, gleichsam ist das Geschäft gültig und unanfechtbar.

## II. Folgerungen

Diese Übersicht zeigt deutlich die Unzulänglichkeiten der heutigen Regelung. Wie die Lösung letztendlich ausfällt, muss im wesentlichen das

Ergebnis der Abwägung der Interessen der Gläubiger auf der einen und diejenigen des Dritten auf der anderen Seite sein. Eine Lösung sollte u.E. jedoch folgenden Anforderungen gerecht werden:

1. Die Wirkungen der Dispositionsbeschränkungen sollten in vergleichbaren Zeitpunkten eintreten.
2. Die unterschiedliche Behandlung von Fahrnis und Grundstücken ist nicht gerechtfertigt.
3. Der Schutz eines gutgläubigen Dritterwerbers sollte unter vergleichbaren Bedingungen in allen SchKG-Verfahren sowohl in zeitlicher wie sachlicher Hinsicht derselbe sein.
4. Sofern der sachenrechtliche Gutgläubensschutz den Dispositionsbeschränkungen gemäss SchKG vorgehen soll, wie es der heutigen Rechtslage entspricht, so müsste u.E. der Anwendungsbereich der paulianischen Klagen erweitert werden, damit die krassen Ungerechtigkeiten des vorrangigen Gutgläubensschutzes behoben werden.

### III. Revisionsvorschläge

#### 1. Variante 1: Vorrang der Interessen der Gläubiger

##### A. Vorschläge

Art. 96 Abs. 2 E SchKG könnte wie folgt ergänzt werden: "Verfügungen des Schuldners sind auch bei gutgläubigem Rechtserwerb ungültig, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden."

Art. 204 Abs. 1 E SchKG könnte folgendermassen ergänzt werden: "Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung in bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber auch bei gutgläubigem Rechtserwerb ungültig."

Art. 298 Abs. 1 Satz 1 und 2 E SchKG wären entsprechend zu fassen: "Der Schuldner darf unter der Aufsicht des Sachwalters sein Geschäft weiterführen. Nach der öffentlichen Bekanntmachung der Stundung (oder: Mit der Bewilligung der Nachlassstundung) kann er jedoch (auch bei gutgläubigem Rechtserwerb) nicht mehr, in rechtsgültiger Weise Grundstücke veräussern oder belasten, Pfänder bestellen, Bürgschaften eingehen und unentgeltliche Verfügungen treffen. ..."

Art. 319 Abs. 1 E SchKG (entspricht 316d Abs. 1 SchKG) könnte dann lauten: "Mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages erlöscht das Verfügungsrecht des Schuldners und die Zeichnungsbefugnis der bisher Berechtigten. Ausgeschlossen ist der gutgläubige Rechtserwerb."

#### B. Bemerkungen

In sachlicher Hinsicht stellen die entsprechenden Präzisierungen *Kollisionsrecht* dar, indem sie die Frage des Normenvorrangs regeln. Durch die entsprechenden Zusätze wird klargestellt, dass es ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Verfügungsbeschränkung des Schuldners keinen gutgläubigen Erwerb von Rechten gibt, soweit die Rechte der Gläubiger tangiert sind. Sofern man bei Art. 298 Abs. 1 E SchKG in zeitlicher Hinsicht weiterhin auf die öffentliche Bekanntmachung der Stundung abstellt, ist eine Präzisierung im Sinne der zweiten Klammerbemerkung nicht notwendig, da mit der Publikation ohnehin der gute Glaube zerstört wird. Eine entsprechende Umformulierung ist somit nur erforderlich, wenn man auf den Zeitpunkt der Stundungsbewilligung abstellen will. Massgebend ist die Rechtskraft des Entscheids, der die Beschränkung der Verfügungsbefugnis auslöst, wie dies Art. 319 Abs. 1 E SchKG dem geltenden Recht entsprechend ausdrücklich hervorhebt.

Der Vorrang der Interessen der Gläubiger wäre eine sachgerechte und durchaus vertretbare Lösung für alle Zwangsvollstreckungsverfahren, wie kurz aufgezeigt werden soll. Sie würde auch mit dem eigentlichen Sinn und Zweck des SchKG harmonieren. Im Konkursrecht und damit auch beim Liquidationsvergleich liesse sich diese Lösung u.E. schon aus dem geltenden Recht begründen. So ist im Konkurs der Wortlaut von Art. 204 Abs. 1 SchKG eindeutig; die Dispositionsunfähigkeit tritt sofort mit der Konkurseröffnung ein. Es gibt keinen Vorbehalt zugunsten gutgläubiger Dritter. Die vorgeschriebene Bekanntmachung des Konkursdekretes ändert nichts daran, sie hat nur untergeordnete Bedeutung (Art. 35 und 232 SchKG; Ausnahme Art. 204 Abs. 2 und 205 Abs. 2 SchKG)

Ein weiterer klarer Hinweis für den Vorrang des Art. 204 SchKG ergibt sich aus Art. 96 Abs. 2 SchKG. Dieser wurde erst mit Inkrafttreten des ZGB geschaffen. Er regelt ausdrücklich, dass der Rechtserwerb eines gutgläubigen Dritten an einem gepfändeten Grundstück gültig sei. Ohne diesen Zusatz wäre auch hier der gutgläubige Dritte nicht geschützt gewesen. An Art. 204 SchKG wurde aber bei Einführung des ZGB nichts geändert.

Der Vorrang der Gläubigerinteressen soll aber hauptsächlich darauf beruhen, dass er zu einer sachlich und zweckmässig adäquateren Lösung führt (ebenso für den Konkurs: JAEGER, N. 7 zu Art. 204 SchKG, S. 52 unten). Es wird das Schutzbedürfnis der Gläubiger besser gewahrt. Sie sollten sich die Verkleinerung des Schuldnervermögens nicht gefallen lassen müssen. Aus der Sicht des Rechtsverkehrs hingegen muss die verschlechterte Verlässlichkeit des Grundbuches negativ beurteilt werden. Gesamthaft gesehen sind aber die Interessen der Gläubiger höher zu gewichten als diejenigen des gutgläubigen Dritten. Die Interessen des normalen Rechtsverkehrs müssen in diesen Spezialfällen der Zwangsvollstreckung zurücktreten. Nicht vergessen werden sollte dabei Art. 3 Abs. 1 ZGB, der die Konkurs- bzw. Liquidationsmasse oder die Abtretungsgläu-

biger vor die häufig unlösbare Aufgabe stellt, den bösen Glauben des Dritten beweisen zu müssen. Ebenfalls beachtet werden muss, dass der Gemeinschuldner sich zumeist sehr wohl bewusst ist, dass das nach der Konkurseröffnung abgeschlossene Rechtsgeschäft unzulässig ist. Er schliesst es dennoch ab, weil er persönlich z.B. aufgrund einer versteckten Vereinbarung davon profitiert.

Auch das Bundesgericht anerkennt in BGE 115 III 111 ff., dass der dem geltenden Recht entsprechende weitreichende Gutgläubensschutz einseitig zulasten der Gläubiger gehe. Daran kann daher nur der Gesetzgeber etwas ändern.

## 2. Variante 2: Vorrang des Gutgläubensschutzes/Anpassung der Paulianas

### A. Vorrang des Gutgläubensschutzes

#### a. Vorschläge

Art. 96 Abs. 2 E SchKG wäre zu präzisieren: "Verfügungen des Schuldners sind ungültig, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden, unter Vorbehalt des gutgläubigen Rechtserwerbs."

Art. 204 Abs. 1 E SchKG könnte durch einen neuen Satz 2 folgendermassen ergänzt werden: "Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung in bezug auf Vermögensstücke vornimmt, die zur Konkursmasse gehören, sind den Konkursgläubigern gegenüber ungültig, unter Vorbehalt des gutgläubigen Rechtserwerbs."

Art. 298 Abs. 1 E SchKG könnte dann lauten: "Der Schuldner darf unter der Aufsicht des Sachwalters sein Geschäft weiterführen. Nach der öffentlichen Bekanntmachung der Stundung (oder: Mit der Bewilligung der Nachlassstundung) kann er jedoch nicht mehr in rechtsgültiger Weise Grundstücke veräussern oder belasten, Pfänder bestellen, Bürgschaften eingehen und unentgeltliche Verfügungen treffen. (, unter Vorbehalt des gutgläubigen Rechtserwerbs.)..."

Art. 319 Abs. 1 E SchKG (entspricht 316d Abs. 1 SchKG) wäre dann wie folgt zu fassen: "Mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages erlöscht das Verfügungsrecht des Schuldners und die Zeichnungsbefugnis der bisher Berechtigten, unter Vorbehalt des gutgläubigen Rechtserwerbs."

#### b. Bemerkungen

Durch die Zusätze wird klargestellt, dass ein gutgläubiger Rechtserwerb auch nach Eintritt der Verfügungsunfähigkeit des Schuldners möglich ist. In zeitlicher Hinsicht ist bezüglich Art. 298 Abs. 1 E SchKG zu bemerken,

dass der eingefügte Vorbehalt nur notwendig ist, wenn auf den Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung abgestellt wird. Soll wie bis anhin erst die öffentliche Bekanntmachung der Stundung massgebend sein, so ist der Vorbehalt obsolet, da ein gutgläubiger Erwerb ab diesem Zeitpunkt ohnehin nicht mehr möglich ist.

In sachlicher Hinsicht kann ein Dritter nur solche Rechte erwerben, für die nach materiellem Recht überhaupt ein Schutz für den gutgläubigen Erwerber besteht. Dies gilt namentlich für dingliche Rechte an Fahrnis und Grundstücken (Art. 933, Art. 973 ZGB). Bei letzteren trifft dies auch auf Vormerkungen im Grundbuch zu. Wo das materielle Recht keinen Gutgläubensschutz kennt, wie z.B. bei der Zession, da soll kein Schutz gewährt werden. Die entsprechenden Vorbehalte stellen somit auch hier nur *Kollisionsrecht* dar, indem sie die Frage des Vorrangs der einen Norm vor der anderen regeln. Eine inhaltliche Ausdehnung des Gutgläubensschutzes des materiellen Rechts durch das SchKG wird nicht beabsichtigt.

### B. Anpassung der Paulianas

#### a. Vorschläge zur zeitlichen Ausdehnung der paulianischen Anfechtungsklagen

Um trotz des Vorrangs des Gutgläubensschutzes zu verhindern, dass der Schuldner zulasten seiner Gläubiger Vermögenswerte auf ungewöhnliche Art veräussert, drängt es sich auf, die paulianischen Anfechtungsklagen zeitlich auszudehnen.

Art. 286 Abs. 1 E SchKG (entspricht im wesentlichen Art. 286 Abs. 1 SchKG) könnte wie folgt ergänzt werden: "Anfechtbar sind, mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung oder danach vorgenommen hat."

Ebenso könnte Art. 287 E SchKG durch einen neuen Absatz 2 (der alte Absatz 2 würde neu zu Absatz 3) wie folgt ergänzt werden: "Die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten ist auch dann anfechtbar, wenn sie nach der Konkurseröffnung oder nach der Pfändung vorgenommen wurde."

Sodann wäre auch Art. 288 E SchKG entsprechend zu ergänzen: "Anfechtbar sind schliesslich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung oder danach in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen."

Folgerichtig müsste auch Art. 331 Abs. 1 SchKG angepasst werden: "Die vom Schuldner vor oder nach der Bestätigung des Nachlassvertrages

vorgenommenen Rechtshandlungen unterliegen der Anfechtung nach den Grundsätzen der Artikel 285-292.

#### b. Bemerkungen

Zu Art. 286 Abs. 1 E SchKG: Die vorgeschlagene Änderung von Art. 286 E SchKG löst das oben unter I Ziffer 4 erläuterte Problem. Weil bei Art. 286 SchKG der gute Glaube des Dritten keine Rolle spielt, können damit alle Schenkungen etc., die in der fraglichen Zeitspanne erfolgen, angefochten werden.

Zu Art. 287 Abs. 2 E SchKG: Die vorgeschlagene Änderung von Art. 287 E SchKG löst das oben unter I Ziffer 4 erläuterte Problem teilweise. Danach ist es in der fraglichen Zeitspanne nicht mehr möglich, bestehende Verbindlichkeiten sicherzustellen. Im Unterschied zu Abs. 1, der die Sicherstellung bestehender Verbindlichkeiten dann erlaubt, wenn der Schuldner schon früher zur Sicherstellung verpflichtet war, wird dies hier generell ausgeschlossen. Die in der Zwischenzeit erfolgte Konkursöffnung oder Pfändung rechtfertigen diesen strengeren Massstab. Der Schuldner soll nach Eintritt des Vollstreckungsbeschlages nicht die Möglichkeit haben, gewisse alte Gläubiger zu bevorzugen. Seine mangelnde Dispositionsfähigkeit sollte voll zum tragen kommen. Auch hier hat der Begünstigte die Möglichkeit zu beweisen, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat.

Mit der vorliegenden Formulierung bleibt es z.B. möglich, dass der Gemeinschuldner neue Schulden zulasten des Konkursvermögens sicherstellt. Ebenso kann er in der fraglichen Zeitspanne beschränkte dingliche Rechte begründen und Immobilien sowie Fahrnis veräussern. Durch eine Ergänzung des neuen Abs. 2 von Art. 287 E SchKG könnten diese Fälle selbstverständlich ebenfalls als anfechtbar erklärt werden. Damit würde sich diese Variante aber immer mehr derjenigen mit dem vollständigen Ausschluss des Gutgläubenschutzes (oben III. Ziffer 1) annähern, wird doch dadurch der Vorrang des sachenrechtlichen Gutgläubenschutzes immer mehr eingeschränkt. Will man aber an dessen Vorrang festhalten, so muss es mit der Verhinderung der krassesten Missbräuche sein Bewenden haben.

Zu Art. 288 E SchKG: Die vorgeschlagene Änderung von Art. 288 E SchKG schliesslich deckt diejenigen krassen Fälle ab, die nicht von den beiden vorhergehenden Artikeln erfasst werden. Dazu würde z.B. die Einräumung eines andern beschränkten dinglichen Rechts als eines Pfandrechts an einen gutgläubigen Dritten (im Sinne des Sachenrechts) gehören, der von der Pfändung oder Konkursöffnung nichts weiss, für den aber die Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht des Schuldners erkennbar war.

#### Nachtrag

In Kenntnis dieses Aufsatzes hat die Kommission des Nationalrates am Entwurf des Bundesrates einige Änderungen vorgenommen, die vom Nationalrat in der Märzsession 1993 diskussionslos genehmigt wurden. Gemäss Art. 101 Abs. 1 E SchKG muss die Vormerkung der Verfügungsbeschränkung neu unverzüglich vorgenommen werden. Damit bleibt es bei der Betreibung auf Pfändung beim Vorbehalt der Wirkungen des Besitzerwerbs durch gutgläubige Dritte (Art. 96 Abs. 2 SchKG).

Nach Auskunft des Bundesamtes für Justiz beabsichtigte die Kommission des Nationalrates für die Generalexécution jeden Rechterwerb durch gutgläubige Dritte ab dem massgeblichen Zeitpunkt auszuschliessen.

Dazu wurden die bisherigen Möglichkeiten auf Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch abgeschafft (vgl. Art. 960 Abs. 1 Ziffer 2 ZGB), indem in dieser Bestimmung die Bezeichnungen Konkurskenntnis und Nachlassstundung gestrichen werden. Dafür wurde in beiden Fällen neu die Anmerkung im Grundbuch vorgesehen (Art. 176 Abs. 2 E und Art. 296 E SchKG in der Fassung des Nationalrates). Auch in diesen Fällen wurde neu bestimmt, dass diese Anmerkungen unverzüglich eingetragen werden müssen.

Ohne zu diesen Änderungen abschliessend Stellung nehmen zu können, drängen sich einige Bemerkungen auf. Erstens bleibt es dabei, dass der Gutgläubenschutz in der Spezialexécution anders als in der Generalexécution geregelt ist. Zweitens kommt bei alleiniger Betrachtung des Wortlautes die vorerwähnte Absicht der Kommission nicht klar zum Ausdruck. Im Gegenteil könnte man die Änderungen auch so interpretieren, dass durch die Abschaffung der Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen der Anwendungsbereich des Gutgläubenschutzes in der Generalexécution ausgedehnt wird.

Drittens betreffen die Änderungen lediglich das Immobiliarsachenrecht. Für Fahrnis bleibt daher die rechtliche Regelung weiterhin unklar. Viertens bleibt es damit in zeitlicher Hinsicht dabei, dass Art. 298 Abs. 1 an die öffentliche Bekanntmachung der Stundung anknüpft, während in allen anderen Fällen die Verfügungsbeschränkung sofort eintritt (Art. 96, Art. 204 Abs. 1 SchKG und 319 Abs. 1 E SchKG).

Die Postulate dieses Aufsatzes wurden nur unvollständig berücksichtigt, mit dieser Lösung bleiben verschiedene Fragen nach wie vor ungeklärt.

Rico A. Campanovo  
Talstr. 80  
8021 Zürich

Franco Lorandi  
Talstr. 80  
8021 Zürich