



» versicherungsbrief von Fr. 7000 auf Emil Hörler. Dieser Titel wird von Arnold Hörler benutzt zur Hinterlage bei der Spar- und Leihkasse St. Margrethen behufs Geldaufnahme. Die Spar- und Leihkasse verlangt zwei Bürgen als Sicherung des Versicherungsbriefes. Der Unterzeichnete erklärt sich hiemit als Bürge für die Hälfte des Briefbetrages auf zwei Jahre, resp. allfälligen Verlustes darauf. » Der mit dieser Erklärung versehene Bürgschein wurde von der Bank ohne Beanstandung entgegengenommen. Nachdem dem Arnold Hörler am 12. Juli 1912 eine gerichtliche Nachlassstundung bewilligt worden war, teilte die Bank den Parteien mit Schreiben vom 20. Juli 1912 mit, dass sie die von ihnen verbürgte Forderung, unter Wahrung aller Regressrechte gegen sie, beim Sachwalter eingeben werde. Mit Zuschrift vom 25. gl. Mts. brachte ihnen die Bank weiter zur Kenntniss, dass die im Nachlassverfahren des Arnold Hörler angeordnete Gläubigerversammlung am 21. August 1912, nachmittags 3 Uhr, in St. Margrethen stattfinden werde; zugleich forderte sie sie auf, ihre Interessen dort selber zu vertreten. In der Folge wurde diese Gläubigerversammlung auf den 18. September 1912 verschoben, was der Bank mitgeteilt wurde. Nach der Behauptung des Beklagten erhielten dagegen die Bürgen keine Mitteilung von dieser Verschiebung, und zwar weder durch den Sachwalter, noch durch die Bank. Die Bank nahm dann an der Gläubigerversammlung teil, nicht aber die Parteien. Am 31. August 1912 forderte die Bank den Beklagten auf, für weitere Sicherheiten, sei es durch Bürgschaft oder Faustpfand, besorgt zu sein, ansonst sie sofortige Bezahlung des verbürgten Betrages von ihm verlangen müsste. Daraufhin erbat sich der Beklagte von der Bank eine Abschrift der Bürgschaftsurkunde. Nach Empfang antwortete er der Bank am 3. September 1912 mit folgendem Briefe: « Ich halte mich genau an den Wortlaut meiner eigenen und eigenhändig unterschriebenen Zusage, weiter gehe ich nicht. Nach derselben bin ich

» weder Bürge, noch Selbstzahler von Fr. 7000, sondern » einfach Bürge für die Hälfte eines Versicherungsbriefes » von Fr. 7000. Ihnen kommt zu, in erster Linie nichts » zu versäumen (denn das Versäumte fiel zu Ihren Lasten), dasjenige Ihres Guthabens bei A. Hörler einzuzuziehen, was dort möglich und erhältlich ist. Für Fehlendes steht Ihnen der Versicherungsbrief zur Seite und falls auch dieser nicht reichen sollte, ist am Ende die Bürgschaft da. Das ist der Gang der Dinge, von meinem Standpunkt aus besehen. » Die Bank antwortete dem Beklagten mit Schreiben vom 9. September 1912, sie müsse ihn, nachdem dem Arnold Hörler eine gerichtliche Nachlassstundung bewilligt worden sei und sie daher gegen Hörler keine weiteren Schritte mehr unternehmen könne, neuerdings zur Leistung weiterer Sicherheiten für seinen Anteil durch Bürgschaft oder Faustpfand ersuchen. Mit Zuschrift vom 18. September 1912 verlangte die Bank vom Sachwalter des Arnold Hörler Stellung eines dritten Bürgen. Am 12. November 1912 genehmigte das Bezirksgericht Unterrheintal den von Arnold Hörler vorgelegten Nachlassvertrag, wonach Hörler seinen Gläubigern 22 % anbot. Am 9. November 1912 hatte die Bank inbezug auf ihre Zustimmung zum Nachlassvertrag folgende Erklärung abgegeben: « Die unterzeichnete Faustpfandgläubigerin im Nachlassverfahren A. Hörler, zum Bahnhof, St. Margrethen, für einen Betrag von Fr. 16,300 erklärt hiemit, gegen den projektierten Nachlassvertrag keinerlei Einwendungen zu erheben, wenn in Bezug auf die Hinterlagen Versicherungsbrief Nr. 1946 und 1453 von je Fr. 7000 die im Schreiben vom 18. September 1912 geforderten Bürgschaften erbracht werden, oder dann, wenn die Stellung von Ersatzbürgschaft nicht möglich sein sollte, die auf den Nominalbetrag der beiden Titel (Fr. 14,000) entfallende Quote in Deposition gestellt wird. » Diese Erklärung wurde vom Sachwalter nicht als Zustimmung zum Nachlassvertrag aufgefasst. Am 22. Februar 1913

belastete die Bank den Kläger für seine volle Bürgschaftsschuld samt Zins mit 7562 Fr. Am 13. März 1913 gelangte die Liegenschaft des Emil Hörler, der unterdessen in Konkurs geraten war, zur Versteigerung. Dabei kam der auf dieser Liegenschaft errichtete und als Faustpfand der Bank haftende Titel von 7000 Fr. gänzlich zu Verlust. Am 4. April 1913 leitete der Kläger gegen den Beklagten Betreibung ein für die 3781 Fr. betragende Hälfte der von ihm an die Bank bezahlten Bürgschaftsschuld, wegen der Beklagte Rechtsvorschlag erhob.

Mit Klage vom 30. Mai 1913 verlangte der Kläger vom Beklagten Bezahlung von 3011 Fr. gleich dem in Betreibung gesetzten Betrag abzüglich der Hälfte der unterdessen an den Kläger zur Auszahlung gelangten Nachlassdividende von 1540 Fr., nebst 5 % Zins seit 22. Februar 1913. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er bestritt in erster Linie, dass eine Bürgschaft rechtsgiltig zustande gekommen sei, weil sich der Kläger und der Beklagte nach dem von der Bank vorgelegten Bürgschaftsschein als Solidarbürgen hätten verpflichten sollen, die Erklärung des Beklagten aber bloss auf eine einfache Bürgschaft gehe, so dass eine Willenseinigung zwischen der Bank und den Bürgen nicht zustande gekommen sei und der Kläger eine Nichtschuld bezahlt habe. Eventuell machte der Beklagte geltend, dass er sich nur als einfacher Bürge für 3500 Fr. verpflichtet habe, wovon die Nachlassdividende von 1540 Fr. abzuziehen wäre, so dass auf ihn nur die Hälfte von 1960 Fr. mit 980 Fr. entfallen würde. Das Rückgriffsrecht des Klägers für diesen Betrag sei aber untergegangen. Denn es habe die Bank ihre Zustimmung zum Nachlassvertrag des Arnold Hörler gegeben, ohne den Parteien zuvor Zeit und Ort der Gläubigerversammlung mitgeteilt und ihnen die Abtretung ihrer Forderung gegen Bezahlung angeboten zu haben. Nach Art. 303 Abs. 2 SchKG seien die Bürgen daher befreit worden.

B. — Durch Urteil vom 22. Oktober 1913 hat das

Kantonsgericht des Kantons St. Gallen die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Mit der Vorinstanz ist in erster Linie davon auszugehen, dass die vom Beklagten geleistete Bürgschaft in rechtsgiltiger Weise zustande gekommen ist. Wenn sich auch der Beklagte ursprünglich als Solidarbürge für das ganze dem Arnold Hörler gewährte Darlehen hätte verpflichten sollen, so hat sich die Bank dann doch mit der vom Beklagten eingegangenen einfachen Bürgschaft für die Hälfte des Darlehensbetrages begnügt. Von mangelnder Willenseinigung zwischen der Leih- und Sparkasse St. Margrethen und dem Beklagten kann somit keine Rede sein.

2. — Dagegen fragt es sich, ob dem Kläger gegen den Beklagten ein Rückgriffsrecht zustehe. Der Beklagte behauptet, die Bürgschaft des Klägers sei unter der stillschweigenden und für die Bank erkennbaren Bedingung geleistet worden, dass sich noch jemand anders neben ihm als Solidarbürge verpflichte, was nicht geschehen sei, so dass der Kläger nach Art. 497 Abs. 3 OR befreit worden sei. Wenn er trotzdem bezahlt habe, so könne er daher gegen den Beklagten keine Regressrechte mehr geltend machen. Richtig ist, dass der « Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung » überschriebene Bürgschein, auf dem sich der Kläger verpflichtete, von den « Unterzeichneten » spricht und daher wenigstens zwei Solidarbürgen vorsah. Es ist auch sehr wahrscheinlich, dass der Kläger die Bürgschaft nur unter der Bedingung eingegangen ist, dass sich neben ihm noch eine andere Person als Solidarbürge verpflichte. Da diese Voraussetzung nicht eingetreten ist, hätte sich der Kläger daher zu seiner Befreiung darauf berufen können. Aus dem

Umstand, dass er dies unterlassen hat, folgt aber nicht, dass er seines Rückgriffsrechtes gegen den Beklagten verlustig gegangen ist, wenn ein solches bestanden hat. Nach Art. 506 OR ist der Bürge unter der Androhung des Verlustes seines Rückgriffsrechtes nur verpflichtet, dem Gläubiger die Einreden entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner zustehen. Dass der Bürge dem Gläubiger auch diejenigen Einreden entgegenzuhalten hat, die ihm persönlich zustehen, ist dagegen im Gesetz nirgends ausgesprochen. Dies hat seinen Grund darin, dass der Bürge, der die Geltendmachung von Einreden, die ihm persönlich zustehen, unterlässt, die Rechte oder Interessen des andern Bürgen nicht verletzt. Der Kläger konnte daher auf die Geltendmachung der Ungültigkeit seiner Bürgschaftsverpflichtung verzichten, ohne sein Regressrecht gegen den Beklagten zu verlieren. Denn wenn sich auch der Kläger auf Art. 497 OR berufen hätte und in der Folge befreit worden wäre, so würde die Verpflichtung des Beklagten auf Grund seiner Bürgschaft dennoch weiter bestanden haben, mit dem einzigen Unterschied, dass der Beklagte jetzt direkt der Bank, anstatt dem Kläger hätte zahlen müssen.

3. — Der Beklagte ist aber auch nicht gestützt auf Art. 303 Abs. 2 SchKG befreit. Nach dieser Bestimmung geht ein Gläubiger, der dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, seiner Rechte gegen Bürgen verlustig, sofern er ihnen nicht mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitgeteilt und ihnen nicht die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat. Voraussetzung für die Befreiung des Bürgen ist somit in erster Linie, dass der Gläubiger dem Nachlassvertrag zugestimmt hat. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so behält der Gläubiger gemäss Art. 303 Abs. 1 SchKG seine Rechte gegen den Bürgen weiter. Für die Zustimmung der Bank zum Nachlassvertrag des Arnold Hörler beruft sich der Beklagte einzig auf das Schreiben der Bank vom 9. November 1912. Darin erklärt die Bank,

die, abgesehen von dem am 25. Oktober 1910 dem Hörler gewährten Darlehen von 7000 Fr., noch für einen weitem, ebenfalls durch einen Versicherungsbrief von 7000 Fr. und durch zwei Bürgschaften gesicherten Betrag von 7000 Fr. Gläubigerin des A. Hörler war, dass sie sich dem Nachlassvertrag nicht widersetze, wenn hinsichtlich der beiden Versicherungsbriefe Nr. 1946 und Nr. 1453 die im Schreiben vom 18. September 1912 verlangte Bürgschaft erbracht oder die auf den Nominalbetrag der beiden Titel entfallenden Nachlassquoten deponiert würden. Zu Unrecht hat die Vorinstanz in dieser Erklärung eine bedingte Zustimmung zum Nachlassvertrag erblickt, die durch den Eintritt der Bedingung (Zahlung der auf den Nominalbetrag entfallenden Dividende) zu einer definitiven geworden sei. Dass die erste Bedingung (Herbeischaffung der am 18. September 1912 verlangten Bürgschaft) nicht erfüllt worden ist, bedarf keiner weiteren Erörterungen. Mit Bezug auf die zweite Bedingung ist aber zu sagen, dass die Bank, deren Pfand am 9. November 1912 (zur Zeit ihrer Erklärung) noch nicht verwertet worden war, sich damit die Bezahlung einer Nachlassdividende für den ganzen Betrag ihrer Forderungen sichern wollte für den Fall, dass die Titel später zu Verlust kommen sollten. Zu diesem Zwecke wollte sie sich nicht mit den allgemeinen Sicherheiten begnügen, die der Schuldner gemäss Art. 306 Ziff. 3 SchKG zu leisten hat, um die Bestätigung des Nachlassvertrages zu erwirken. Sie verlangte vielmehr eine besondere Sicherstellung durch Deponierung der auf den Nominalbetrag ihrer Titel entfallenden Dividende. Nach ihrer Auffassung, sollte diese Sicherstellung der Bestätigung des Nachlassvertrages vorausgehen, dem sie nur nach erfolgter Hinterlegung der verlangten Dividende zuzustimmen beabsichtigte. Nun ist aber diese Bedingung weder vor noch nach der Bestätigung des Nachlassvertrages erfüllt worden. Der Bank wurde sogar nicht einmal eine Nachlassdividende ausbezahlt, vielmehr erhielt sie den ganzen Betrag ihrer

Forderung samt Zinsen am 22. Februar 1913 vom Kläger, dem selber erst nach dem 4. April 1913 (Datum der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Beklagten) vom Schuldner 1540 Fr. als Nachlassdividende (22 %) ausbezahlt wurden. Unter diesen Umständen ist klar, dass die erst mehrere Monate nach Bestätigung des Nachlassvertrages und zwei Monate nach gänzlicher Befriedigung der Bank erfolgte Aushändigung der Nachlassdividende zu Gunsten der Bürgen nicht als Erfüllung der von der Bank gestellten Bedingung angesehen werden kann. Daraus folgt, dass die Bank dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat und daher ihrer Rechte gegen die Bürgen nicht verlustig gegangen ist.

4. — Dass die Spar- und Leihkasse St. Margrethen bzw. die Rheintalische Kreditanstalt dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat, muss auch noch aus einem andern Umstande geschlossen werden. Nach Art. 305 SchKG gilt der Nachlassvertrag als angenommen, wenn zwei Dritteile der Gläubiger demselben zugestimmt haben und die von ihnen vertretene Forderungssumme zwei Dritteile des Gesamtbetrages der Forderungen ausmacht. Damit eine Annahme im Sinne dieser Bestimmung zustande kommt, ist daher nötig, dass der Gläubiger durch seine Zustimmung mit seinen Forderungen in die Reihe der für die Annahme des Nachlassvertrages erforderlichen zwei Dritteile der Gläubiger tritt, m. a. W., dass er durch seine Zustimmung die Bestätigung des Nachlassvertrages ermöglicht. Nun bestimmt der zweite Absatz des Art. 305 SchKG, dass pfandversicherte Forderungen nur zu demjenigen Betrag mitzählen, der nach der Schätzung des Sachwalters ungedeckt ist. Daraus folgt, dass ein Pfandgläubiger nur für diesen ungedeckten Betrag und nicht für den nach der Schätzung des Sachwalters durch das Pfand gesicherten Teil erklären kann, er stimme dem Nachlassvertrag zu oder nicht. Die Zustimmung eines Pfandgläubigers für den durch das Pfand gedeckten Betrag seiner Forderung kann daher nicht als Annahme im

Sinne des Art. 305 SchKG betrachtet werden. Im vorliegenden Falle war nun die Bank zur Zeit der Bestätigung des Nachlassvertrages Gläubigerin des Arnold Hörler für zusammen 17,915 Fr. (worunter die von den Parteien verbürgte Forderung von 7000 Fr.), welcher Betrag durch zwei Versicherungsbriefe von je 7000 Fr. und, wie es scheint, noch durch andere Pfänder gesichert war. Der Sachwalter hätte daher bei der Aufnahme des Inventars diese Pfänder zur Bestimmung des eventuell ungedeckt bleibenden Teiles der Forderungen, für den die Bank hätte erklären können, ob sie dem Nachlassvertrag zustimme oder nicht, schätzen sollen. Dies ist nicht geschehen; die als Pfand bestellten Titel sind nicht einmal unter die Aktiven des Inventars aufgenommen worden. Dagegen wurden die Forderungen der Bank im Kollokationsplan bis zum Betrage von 16,300 Fr. als durch zwei Versicherungsbriefe von je 7000 Fr. und durch Werte im Betrag von 2300 Fr. pfandversicherte Forderungen kolloziert. Der 1615 Fr. ausmachende Restbetrag der Forderung der Bank wurde in V. Klasse aufgenommen. Der Sachwalter hat also den beiden verpfändeten Versicherungsbriefen einen ihrem Nominalbetrag gleichkommenden Wert beigemessen und die Bank nur für 1615 Fr. als Chirographargläubigerin betrachtet. Gestützt hierauf hat der Sachwalter bei Aufstellung der Liste der dem Nachlassvertrag zustimmenden Gläubiger die als gedeckt geschätzte Forderung der Bank von 16,300 Fr. nicht berücksichtigt: in bezug auf diesen Forderungsbetrag befindet sich die Bank weder unter den dem Nachlassvertrag zustimmenden, noch unter den den Vertrag verwerfenden Gläubigern. Dagegen figuriert sie für die in V. Klasse kollozierte Forderung von 1615 Fr. unter den Gläubigern, die dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben. Gegen diese Behandlung ihrer Forderung hat nun die Bank keine Einwendungen erhoben. Sie hat daher die Schätzung anerkannt, durch welche der Sachwalter den beiden verpfändeten Versicherungsbriefen einen Wert

von je 7000 Fr. und den übrigen Pfändern einen solchen von 2300 Fr. beilegte. Unter diesen Umständen kann ihrer Erklärung vom 9. November 1912, die sie ausdrücklich in ihrer Eigenschaft als Pfandgläubigerin abgegeben hat und die sich ausschliesslich auf die als gedeckt bezeichnete Summe von 16,300 Fr. bezog, angesichts des Art. 305 SchKG rechtlich keine Bedeutung beigemessen werden, auch wenn sie eine unbedingte Annahme des Nachlassvertrages enthalten würde. Die einzige Forderung, für die die Bank dem Nachlassvertrag hätte zustimmen können, war die nicht gedeckte Forderung von 1615 Fr.; für diese Forderung figurirt aber die Bank, wie bereits hervorgehoben, auf der vom Sachwalter aufgestellten Liste unter den den Nachlassvertrag verwerfenden Gläubigern.

5. — Besteht somit die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten weiter zu Recht, so fragt es sich, ob und inwieweit der Kläger gegen den Beklagten rückgriffsberechtigt sei. Art. 497 OR bestimmt, dass mehrere Bürgen, die gemeinsam die nämliche teilbare Hauptschuld verbürgt haben, für ihre Anteile als einfache Bürgen und für die Anteile der übrigen als Nachbürgen haften; haben sie ausdrücklich mit dem Hauptschuldner oder unter sich Solidarhaft übernommen, so haftet jeder für die ganze Schuld mit verhältnismässigem Rückgriff gegen die Mitbürgen. Das Gesetz sieht dagegen den Fall nicht vor, in welchem sich, wie hier, ein Bürge solidarisch mit dem Hauptschuldner für die ganze Schuld verbürgt, während der andere sich nur als einfacher Bürge und nur für die Hälfte der Schuld verpflichtet hat. Ob dem Kläger unter solchen Umständen gegen den Beklagten überhaupt ein Regressanspruch zusteht, braucht indessen nicht untersucht zu werden. Denn der Beklagte hat nicht nur nicht bestritten, sondern sogar ausdrücklich zugegeben, dass wenn die von ihm geltend gemachten Einreden nicht begründet sein sollten (was nach dem Gesagten der Fall ist), dem Kläger ein Rückgriff für die Hälfte der von ihm

(dem Beklagten) verbürgten Forderung abzüglich der Nachlassdividende zustehe. Der Beklagte hat damit das Rückgriffsrecht des Klägers grundsätzlich anerkannt. Es kann sich daher nur noch fragen, für welchen Betrag der Kläger rückgriffsberechtigt sei. Da sich der Beklagte nur für 3500 Fr. verbürgt hat, zwei gemeinsame Bürgschaftsverpflichtungen somit nur für diesen Betrag zustande gekommen sind, steht dem Kläger ein Rückgriffsrecht nur für die Hälfte der um die Hälfte der Nachlassdividende von 1540 Fr. verminderten Bürgschaftsschuld von 3500 Fr. zu, also für 1365 Fr.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird unter Aufhebung des angefochtenen Urteils dahin gutgeheissen, dass der Beklagte an den Kläger 1365 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 22. Februar 1913 zu bezahlen hat.