

la libre disposition de l'immeuble et l'on ne voit pas les motifs pour lesquels il y aurait lieu de faire une exception à cette règle, lorsqu'il s'agit d'un droit d'emption. Il en résulte donc, en principe, que, dès le moment de la saisie, le titulaire du droit d'emption n'est plus fondé à exercer son droit que du consentement de l'office. La question de savoir comment il conviendra de procéder pour ménager à la fois les intérêts du titulaire du droit d'emption et ceux non moins légitimes des créanciers pourra, il est vrai, donner lieu parfois à certaines difficultés. L'instance cantonale semble partir de l'idée que tout conflit entre ces deux intérêts se trouve exclu du fait que le droit d'emption devant être porté à l'état des charges, son titulaire aura toujours la ressource de l'exercer contre l'adjudicataire de l'immeuble. Cette solution n'épuise pas le problème, car il pourra se faire en réalité, que le titulaire du droit d'emption, de par la convention même, soit obligé, sous peine d'extinction du droit, d'en faire usage avant les enchères. De quelque façon que l'on tranche la difficulté, il y a lieu d'observer cependant que la question ne présente guère qu'un intérêt théorique en l'espèce, et qu'il n'y a par conséquent pas lieu d'en aborder ici l'examen. Il est constant, en effet, que non seulement le débiteur a procédé à la vente sans même en prévenir l'office mais que le recourant lui-même n'a jamais annoncé à l'office son intention d'exercer son droit. Il est évident dans ces conditions, quoi qu'il en soit par ailleurs de la validité de cette vente ou de celle qui a suivi, que les immeubles se trouvent toujours frappés de la saisie, que rien ne s'oppose par conséquent à la réalisation et qu'ainsi les conclusions du demandeur sont dépourvues de tout fondement.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.

43. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Oktober 1921

i. S. Aargauische Hypothekenbank gegen Tschabold und Konsorten.

SchKG Art. 259 (135 Abs. 1), 265 ; VZG Art. 130 Abs. 4 ; OR Art. 178 Abs. 2 : Wird die Schuld aus Grundpfandverschreibung oder aus Schuldbrief im Konkursverfahren auf den Erwerber des Grundstückes überbunden, so wird der Gemeinschuldner ohne weiteres frei und kann nicht als Schuldner beibehalten werden, auch wenn die Steigerungsbedingungen dies vorsehen. Dagegen haften die Bürgen weiter.

A. — Am 13. Juni 1916 leisteten die Beklagten der Klägerin Solidarbürgschaft für einen auf dem Grundstück Gasthaus zum Pfauen in Laufenburg lastenden Schuldbrief 1. Ranges von 65,000 Fr., dessen Schuldner der Eigentümer jenes Grundstückes Albert Täschler war. Im nachfolgenden Konkursverfahren über Täschler ersteigerte dessen Ehefrau am 21. November 1918 das Grundstück um 90,000 Fr. auf Grund folgender Steigerungsbedingungen : « Die auf den Liegenschaften haftenden, noch nicht fälligen (oder gekündeten) Kapitalbeträge nebst den laufenden Zinsen werden nach Rang und Titelsrechten im Umfang des Erlöses auf den Erwerber überbunden, wobei die Bestimmungen der Art. 831 bis 834 ZGB zur Anwendung kommen.... Für jeden Kauf hat der Käufer entweder Real-sicherheit zu leisten oder wenigstens zwei annehmbare Bürgen zu stellen. » Hierbei wurde Frau Täschler die persönliche Schuldpflicht für den erwähnten, weder fälligen noch gekündigten Schuldbrief überbunden, und es leisteten Paul Streuli, Kaufmann, und Emil Brendle, Nachtwächter, Solidarbürgschaft für denselben. Am 8. Januar 1919 machte das Grundbuchamt Laufenburg der Klägerin die Mitteilung, dass das Grundstück des Albert Täschler durch Konkurssteigerung an Frau Täschler übergegangen sei und diese die Schuld-

pflicht für den Schuldbrief übernommen habe, « unter Hinweis auf die Ihnen zustehenden Rechte » (ZGB Art. 832 u. 834), sowie, dass sich Streuli und Brendle als Bürgen und Selbstzahler für denselben verpflichtet haben. Am 14. Januar schrieb die Klägerin an Albert Täschler und die Beklagten, sie sei nicht in der Lage, Frau Täschler als Schuldnerin anzuerkennen, sondern müsse Täschler als Schuldner und die Beklagten als Bürgen und Mitschuldner gemäss Art. 832 und 834 ZGB in bisheriger Weise beibehalten. Am 8. April sodann machte die Klägerin die gleiche Mitteilung an Frau Täschler und kündigte ihr gleichzeitig den Schuldbrief « auf die titelgemässe Frist von drei Monaten zur Rückzahlung », nachdem sie das gleiche schon im Dezember ihrem Ehemann und den Beklagten gegenüber getan hatte. Im Mai hob sie gegen letztere « als solidarische Bürgen und Mitschuldner des Konkursiten Albert Täschler » Betreuung für Kapital und Zinsen an. Am 25. Juni leisteten die Beklagten Tschabold und Hofstetter, sowie an Stelle des landesabwesenden Beklagten Moor Notar Härdi in Bern eine neue Solidarbürgschaft für den Schuldbrief, wobei als Schuldnerin Frau Täschler genannt wurde. Infolgedessen zog die Klägerin die Betreibungen gegen die Beklagten zurück, schrieb an Frau Täschler am 7. Juli, sie widerrufe die Anzeige vom 8. April und betrachte sie fortan als ihre rechtmässige Schuldnerin für den Schuldbrief, und hob am folgenden Tage Betreuung auf Grundpfandverwertung gegen sie an. Frau Täschler antwortete am 18. Juli, dass sie « die mir so verspätet zgedachte Rolle der « Schuldnerin » entschieden ablehnen » müsse, da sie seit Mitte Juni nicht mehr Eigentümerin des Pfauen sei, und erhob Rechtsvorschlag. In der Tat hatte sie das Grundstück am 12. Juni an eine neugegründete Immobiliengenossenschaft verkauft, welche die Schuldpflicht für den Schuldbrief übernahm. Auf die Anzeige des Grundbuchamtes von dieser Schuldüber-

nahme vom 21. Juli hin kündigte die Klägerin am 24. Juli den Beklagten Tschabold und Hofstetter, sowie Notar Härdi gegenüber den Schuldbrief und teilte am 1. August Frau Täschler und ihren Bürgen mit, dass sie nicht in der Lage sei, die Immobiliengenossenschaft als Schuldnerin anzuerkennen, sondern die bisherige Schuldnerin Frau Täschler als solche, sowie ihre Bürgen gemäss Art. 832 und 834 ZGB in unveränderter Weise beibehalten müsse. Am 2. August sodann suchte sie um Rechtsöffnung gegen Frau Täschler nach, wurde aber durch Entscheid des Präsidenten des Bezirksgerichts Laufenburg vom 7. August abgewiesen, im wesentlichen mit der Begründung, sie habe ihre frühere Erklärung, Albert Täschler als Schuldner beibehalten zu wollen, nicht wirksam widerrufen können. Darauf hob die Klägerin im September erneut Betreuung gegen die Beklagten « als Bürgen und Mitschuldner des Albert Täschler » an und verlangt nun mit der vorliegenden Klage deren Verurteilung zur Zahlung der verbürgten Schuld unter Solidarhaft, eventuell mindestens die Verurteilung der Beklagten Tschabold und Hofstetter.

B. — Durch Urteil vom 23. Februar hat der Appellationshof des Kantons Bern das Hauptbegehren der Klage abgewiesen, dagegen das Eventualbegehren zugesprochen.

G. — Gegen dieses ihnen am 13. Mai zugestellte Urteil haben die Klägerin und die Beklagten am 30. Mai die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, erstere mit dem Antrag auf Gutheissung des Hauptbegehrens der Klage, letztere mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage, eventuell zur Zeit, subeventuell Rückweisung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Gemäss Art. 259 SchKG findet im Konkursverfahren hinsichtlich der Steigerungsbedingungen u. a.

Art. 135 *l. c.* Anwendung. Nach dieser Vorschrift haben die Steigerungsbedingungen zu bestimmen, dass die Grundstücke mit allen darauf haftenden Belastungen, insbesondere den Grundpfandrechten versteigert werden, unter Ueberbindung der damit verbundenen persönlichen Schuldpflicht auf den Erwerber, soweit es sich nicht um fällige Forderungen handelt; der frühere Schuldner einer überbundenen Schuld aus Grundpfandverschreibung oder Schuldbrief wird aber erst frei, wenn ihm der Gläubiger nicht binnen Jahresfrist erklärt, ihn beibehalten zu wollen (Art. 832 ZGB). Da nun die Konkursöffnung nach Art. 208 SchKG die Fälligkeit der durch Grundstücke des Gemeinschuldners pfandrechtlich gedeckten Schuldverbindlichkeiten nicht bewirkt, würde es bei uneingeschränkter Anwendung des Art. 135 SchKG im Konkursverfahren dem Gläubiger von nicht ohnehin fälligen grundpfandversicherten Forderungen zustehen, den Gemeinschuldner auch nach der Durchführung des Konkursverfahrens als Schuldner beizubehalten. Dies stünde jedoch im Widerspruch zu dem in Art. 265 SchKG ausgesprochenen Grundsatz, dass nach Durchführung des Konkursverfahrens die Forderungen am Gemeinschuldner nur im Umfange des ungedeckt bleibenden Betrages, für den der Gläubiger einen Verlustschein erhält, bestehen bleiben. Welches dieser Betrag sei, lässt sich im allgemeinen unschwer feststellen, weil die Forderungen am Gemeinschuldner — mit einiger Ausnahme der nicht ohnehin fälligen grundpfandrechtlich gedeckten — im Konkursverfahren bezahlt werden, soweit der bei der Verwertung der Masseaktiven gewonnene Erlös dazu hinreicht. Dagegen gibt das Verfahren für die Ermittlung des ungedeckt bleibenden Betrages derjenigen Grundpfandforderungen, welche auf den Erwerber überbunden werden, keinen zuverlässigen Massstab ab; denn ob sie in Zukunft vom Erwerber auch wirklich voll bezahlt werden, steht dahin. Allein das

Gesetz behandelt trotzdem diese Forderungen in dem Umfange, in welchem das Angebot des Erwerbers des Grundstücks ihre Ueberbindung auf ihn zulässt, als gedeckt. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 219 Abs. 4 SchKG nur den ungedeckten Betrag der pfandversicherten Forderungen am Erlös der ganzen übrigen Konkursmasse teilnehmen lässt, womit nicht die ganze Summe der dem Erwerber des Grundstückes überbundenen Grundpfandschulden, sondern nur der Pfandausfall gemeint sein kann, wie denn auch für diese Forderungen kein Verlustschein ausgestellt wird. Für im Konkursverfahren gedeckte Forderungen aber kann nach dem Gesagten der Gemeinschuldner nicht weiter in Anspruch genommen werden. Demnach lässt sich diejenige Bestimmung des Art. 135 SchKG, welche vorsieht, dass der frühere Schuldner einer überbundenen Schuld aus Grundpfandverschreibung oder Schuldbrief erst frei wird, wenn ihm der Gläubiger nicht binnen Jahresfrist erklärt, ihn beibehalten zu wollen, im Konkursverfahren nicht anwenden; vielmehr wird der Gemeinschuldner infolge der Ueberbindung ohne weiteres frei; für eine Erklärung des Gläubigers, ihn beibehalten zu wollen, ist hier kein Raum. Diese Auffassung lässt sich übrigens mit dem Wortlaut des auf Art. 135 SchKG verweisenden Art. 259 SchKG sehr wohl vereinbaren; denn er erklärt Art. 135 « hinsichtlich der Steigerungsbedingungen » auch im Konkursverfahren anwendbar, während sich der durch Vorstehendes von der Anwendung im Konkursverfahren ausgeschlossene Abs. 1 Satz 2 des Art. 135 SchKG nicht über die Steigerungsbedingungen, sondern über die Wirkung der Schuldüberbindung ausspricht, also materielles Recht enthält. Uebrigens dürfte ohnehin nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe damit, dass er Art. 135 SchKG in Art. 259 SchKG aufführte, ohne den in Rede stehenden Teil jener Bestimmung ausdrücklich auszunehmen, in den Grundsatz einbre-

chen wollen, dass die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche am Konkurse teilgenommen haben, nach dessen Durchführung gegenüber dem Gemeinschuldner nicht mehr in vollem Umfange aufrecht bleiben, sofern ihnen nicht für den vollen Betrag ein Verlustschein ausgestellt worden ist; denn es beruht offenbar lediglich auf einem Uebersehen, dass die schon in der ursprünglichen Fassung des Art. 259 SchKG enthaltene Verweisung auf Art. 135 SchKG keine Einschränkung erfuhr, als letzterem bei Anlass der Anpassung an das ZGB die fragliche Bestimmung eingefügt wurde. Deren Unanwendbarkeit im Konkursverfahren wird denn jetzt auch durch Art. 130 Abs. 4 VZG ausdrücklich ausgesprochen. Steigerungsbedingungen, die trotzdem die Beibehaltung des Gemeinschuldners vorsehen, vermögen natürlich die aus dem System des schweiz. Konkursrechts folgende Befreiung des Gemeinschuldners nicht zu verhindern. Albert Täschler wurde demnach von der seiner Frau überbundenen Grundpfandschuld an die Klägerin ohne weiteres befreit, und deren Erklärung, ihn beibehalten zu wollen, ist wirkungslos.

2. — Damit ist nun aber nicht, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, auch ausgesprochen, dass die Beklagten als Bürgen des Albert Täschler durch die Schuldüberbindung ebenfalls ohne weiteres befreit worden seien. Insbesondere folgt dies nicht aus Art. 114 Abs. 1 OR, wonach, auch wenn die Forderung auf andere Weise als infolge ihrer Erfüllung untergegangen ist, alle ihre Nebenrechte erlöschen, oder Art. 501 OR, wonach der Bürge durch jedes Erlöschen der Hauptschuld befreit wird. Denn die übernommene bzw. überbundene Schuld bleibt bestehen und die Nebenrechte werden gemäss Art. 178 Abs. 1 OR vom Schuldnerwechsel grundsätzlich nicht berührt. Freilich macht Abs. 2 dieser Vorschrift für die Bürgschaft eine Ausnahme, indem er bestimmt, dass die Bürgen dem Gläu-

biger nur dann weiter haften, wenn sie der Schuldübernahme zugestimmt haben. Allein diese Ausnahme steht in untrennbarem Zusammenhang mit dem Charakter der Schuldübernahme als eines Vertrages zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger und muss daher zessieren, wo die Schuldübernahme dieses Charakters entkleidet wird, wie dies im Konkursverfahren bezüglich der nicht fälligen, grundpfandrechlich gedeckten Forderungen der Fall ist. Wird hier der Schuldnerwechsel dem Gläubiger aufgezwungen, ohne dass er in der Lage wäre, den bisherigen Schuldner beizubehalten und dadurch seine Rechte gegen die Bürgen zu wahren, auch wenn sie der Schuldübernahme nicht zuzustimmen geneigt sind, so rechtfertigt es sich gewiss nicht weniger, ihn auch dem Bürgen aufzuzwingen. Freilich wird dessen Rechtsstellung dadurch insofern beeinträchtigt, als er den Regress gegen den Hauptschuldner verliert. Allein es wäre viel unbilliger, dem Gläubiger, der nur gegen Bürgschaft kreditiert hat, seine Ansprüche gegen die Bürgen zu entziehen, als den Bürgen ihren Regressanspruch gegen den Gemeinschuldner, da es doch wohl nur ausnahmsweise vorkommen wird, dass diesem ein höherer Wert beizumessen ist als dem an seine Stelle tretenden Regressanspruch gegen den Erwerber des Grundstücks. Dass der Gesetzgeber, wenn er diese Verhältnisse ausdrücklich geordnet hätte, nicht anders verfügt und die Haftung der Bürgen hätte weiter bestehen lassen, ergibt sich aus der Regelung der ähnlichen Verhältnisse in Art. 303 SchKG für das Nachlassverfahren, wo für den Fall, dass dem Gläubiger ein Nachlass oder eine Stundung der Forderung aufgezwungen wird, die Rechte gegen die Bürgen vorbehalten werden. Ob es zu dieser Wahrung der Haftung des Bürgen einer innert Jahresfrist abzugebenden Erklärung des Gläubigers, ihn beibehalten zu wollen, bedarf, insbesondere ob eine derartige analoge Anwendung des Art. 135 Abs. 1 Satz 2

SchKG auch in Zukunft noch zulässig wäre, obwohl nun die VZG ihn ausdrücklich als im Konkursverfahren unanwendbar bezeichnet hat, kann hier dahingestellt bleiben, da die Klägerin diesem Erfordernis durch ihre Schreiben vom 14. Januar Genüge geleistet hätte.

3. — Nichtsdestoweniger kann der Hauptantrag der Klage deswegen nicht zugesprochen werden, weil die ursprünglichen Bürgschaftsverpflichtungen der Beklagten in der Folge durch den neuen Bürgschaftsvertrag mit Notar Härdi an Stelle des Beklagten Moor aufgehoben wurden, indem nicht angenommen werden kann, weder dass die Bürgen, speziell Härdi, diese neue Bürgschaft neben der bisherigen leisten, noch dass die Klägerin sie anders denn als Ersatz für diese entgegennehmen wollte, wie sie denn auch die auf Grund der bisherigen Bürgschaft gegen die Beklagten angehobenen Betreibungen sofort fallen liess, sobald der neue Vertrag zustande gekommen war. Die von den Beklagten gegen die Verbindlichkeit dieser neuen Bürgschaft erhobenen Einwendungen sind unbegründet. Dass die damit verbürgte Hauptschuld der Frau Täschler ungeachtet der Erklärung der Klägerin, sie nicht als Schuldnerin anerkennen zu können, bestand, ergibt sich daraus, dass es ihr nach dem in Erw. 1 hievor Ausgeführten nicht zustand, den bisherigen Schuldner beizubehalten, anderseits aber jener Erklärung ebenso wenig wie der erneuten Betreibung der Beklagten als Bürgen des Albert Täschler der Sinn eines Verzichts auf ihre Forderung gegen Frau Täschler beigemessen werden darf, weil einem solchen Verzicht die Bedeutung eines Verzichts auf jedes Forderungsrecht überhaupt zuzuschreiben wäre, der zweifellos nicht ausgesprochen werden wollte. Dabei macht es keinen Unterschied, welche Buchungen vorgenommen wurden, so dass dem Antrag auf Rückweisung zwecks Edition der Bücher der Klägerin keine Folge zu geben ist. Auch lässt sich die neue Bürgschaftsleistung nicht mit der

Begründung anfechten, sie sei aus Irrtum darüber erfolgt, dass die frühere Bürgschaft weiterbestanden habe. Abgesehen davon, dass diese angeblich irrige Vorstellung der Beklagten nach dem in Erw. 2 Ausgeführten gar nicht irrig war, betraf sie nicht einen bestimmten Sachverhalt im Sinne des Art. 24. Ziff. 4 OR, dessen Anwendung allein in Frage kommen könnte, sondern die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen, indem die Beklagten nicht behaupten, dass über den Sachverhalt selbst eine irrige Vorstellung obgewaltet habe; es läge also ohnehin nur ein Irrtum im Beweggrunde zum Vertragsschluss vor, der gemäss Art. 24 Abs. 2 OR unbeachtlich ist. Auf die « fristliche Einrede » des Beklagten Moor endlich ist nicht einzutreten, weil Moor, als an der zweiten Bürgschaft nicht beteiligt, die Legitimation, jene Einrede auch mit Wirksamkeit für diese Bürgschaft zu erheben, nicht zuerkannt werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 23. Februar 1921 bestätigt.