

lungsfähig war, ein Entmündigungsgrund also schon damals bestand, und kann demgemäss von den Aufsichtsbehörden nicht nachträglich aufgehoben werden (AS 25 II S. 299 f. = Sep.-Ausg. 2 S. 97 f.). Insbesondere liegt es dem Betreibungsamt nicht ob, der Zustellung vorgängig von sich aus danach zu forschen, ob der Schuldner allfällig wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche nicht urteilsfähig sei. Ueber diese dem materiellen Zivilrecht angehörende Frage zu befinden, steht ihm, und ebensowenig den Aufsichtsbehörden, nicht zu, ganz abgesehen davon, dass sich das Verfahren vor den letzteren für die hiefür nötige Instruktion auch nicht eignet.

2. — Die danach notwendig werdende Entscheidung über die Zulässigkeit des nachträglichen Rechtsvorschlages fällt nicht in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden, sondern wird vielmehr vom Gerichtspräsidenten von Aarau zu treffen sein, der denn auch das Verfahren nur sistiert hat.

*Demnach erkennt die Schuldbetr- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird abgewiesen.

## II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

### ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

#### 55. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Dezember 1921 i. S. Ersparniskasse des Amtsbezirks Interlaken gegen Boss.

Gemeinsamer Erwerb eines Grundstückes auf der Zwangsversteigerung durch zwei Hypothekarsolidarbürgen; Rechtsfolgen. Aus gemeinsamem Angebot mehrerer an einer Zwangsversteigerung entsteht Solidarhaftung für die überbundenen Hypothekarschulden. OR Art. 143, 530, 544; SchKG Art. 1 Abs. 1; VZG Art. 59.

A. — Am 29. September 1905 liess Fritz Kaufmann, Eigentümer des Hotels Bellevue auf der Schynigen Platte, eine dieses Grundstück im zweiten Range belastende Pfandobligation für 62,000 Fr. zu Gunsten der Klägerin, Ersparniskasse des Amtsbezirks Interlaken, errichten. In der Folge leistete der Beklagte Johann Boss zusammen mit Samuel Baumann, Peter Tschienner und Alfred Werren Solidarbürgerschaft für diese Pfandobligation. Im Jahre 1915 geriet Kaufmann in Konkurs. Auf der zweiten Steigerung erwarben der Beklagte und Werren gemeinsam das Hotel um 120,000 Fr. Dabei wurde ihnen die Pfandobligation, die nicht fällig war, in dem durch von Kaufmann geleistete Abzahlungen auf 60,500 Fr. herabgesetzten Betrage überbunden. Seither sind der Beklagte und Werren als Miteigentümer des Hotelgrundstückes im Grundbuch eingetragen.

B. — Mit der vorliegenden, zufolge von Prorogation beim Bundesgericht direkt eingereichten Klage stellt die Ersparniskasse das Rechtsbegehren: « Es sei gerichtlich zu erkennen, es hafte der Beklagte solidarisch (und nicht bloss anteilmässig, d. h. zur Hälfte) mit Al-

fred Werren, Baumeister in Wilderswil für die der Klägerin ihnen gegenüber zustehende, auf Pfandobligation vom 29. September 1905 beruhende Pfandforderung von restanzlich 60,500 Fr. nebst Zinsen, unter Kostenfolge. »

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Solidarität zwischen dem Beklagten und Werren hinsichtlich der mit der Pfandobligation verbundenen persönlichen Schuldpflicht lässt sich nicht aus dem von der Klägerin angerufenen Art. 544 Abs. 3 OR herleiten, wonach Gesellschafter, die gemeinschaftlich Verpflichtungen eingegangen haben, regelmässig solidarisch haften. Dass die beiden einen auf gemeinsamen Erwerb des Hotels Bellevue gerichteten Gesellschaftsvertrag ausdrücklich abgeschlossen haben, behauptet die Klägerin selbst nicht. Aber auch ein stillschweigender Vertragsschluss kann nicht angenommen werden. Denn der Beklagte und Werren haben das Hotel nicht etwa zur gemeinsamen Fortführung des Betriebes erworben, sondern einzig zu dem Zwecke, damit sie nicht aus der von ihnen geleisteten Bürgschaft für den Pfandausfall in Anspruch genommen werden könnten, der sich mangels anderer zureichender Angebote sonst ergeben hätte. Dabei handelte es sich, wie beim Fehlen anderer Anhaltspunkte angenommen werden muss, für jeden von Beiden einzig darum, die ihm selbst drohende finanzielle Einbusse abzuwenden. Der von ihnen verfolgte Zweck war also freilich gleichartig, jedoch nicht gemeinsam. Und er liess sich auch sehr wohl erreichen, ohne dass es des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages bedurfte, der, mindestens beim Fehlen einer gegenseitigen Abrede, Gesamteigentum begründet hätte: — dadurch nämlich, dass sie ohne jede nähere Vereinbarung das Hotel einfach gemeinsam ersteigerten, wodurch sie Miteigentümer desselben wurden. Sie haben denn auch selbst nicht verlangt, als Gesamteigentümer im

Grundbuch eingetragen zu werden, und auch die Klägerin hat gegen ihre Eintragung als Miteigentümer nichts eingewendet.

2. — Dagegen ist, wenn bei einer Zwangsversteigerung mehrere ein gemeinsames Angebot machen, darin ohne weiteres auch die Erklärung zu erblicken, dass jeder einzeln für die Erfüllung der ihnen durch die Steigerungsbedingungen auferlegten Verbindlichkeiten haften wolle, weil ihnen andernfalls der Zuschlag nicht erteilt werden könnte. Dies kann jedenfalls mit Bezug auf die, weil fälligen, bar zu bezahlenden Grundpfandforderungen nicht in Zweifel gezogen werden. Denn würde jeder von mehreren Bietern nur im Verhältnis des ihm zufallenden Miteigentumsanteils haftbar, so könnte dann, wenn einer von ihnen den ihn treffenden Teil nicht rechtzeitig bezahlt, natürlich auch nur die Uebertragung seines Miteigentumsanteils rückgängig gemacht werden, was zur Folge haben müsste, dass sich die infolgedessen notwendig werdende neue Steigerung auf diesen Miteigentumsanteil beschränkte. Nun wird aber der Umstand, dass nur ein Miteigentumsanteil erworben werden kann, das Ergebnis der Steigerung regelmässig empfindlich beeinträchtigen, ohne dass vielleicht der frühere Ersteigerer für den ganzen Ausfall aufzukommen vermag. Ausserdem stellen sich der Versteigerung eines Miteigentumsanteils mindestens dann, wenn das Grundstück als solches verpfändet ist, Schwierigkeiten verfahrensrechtlicher Natur entgegen (vgl. VZG Art. 130 bezw. 73 litt. b). Aus diesen Gründen muss die Zwangsverwertung von Miteigentumsanteilen vermieden werden, wo nicht die materielle Rechtslage dazu zwingt, in. a. W. es muss verhindert werden, dass das Zwangsverwertungsverfahren selbst noch Anlass zu einer solchen Verwertung bietet. Alsdann aber erscheint es ausgeschlossen, dass ein gemeinsames Angebot mehrerer auf einer Zwangsversteigerung berücksichtigt werden könnte, wenn die Bieter für die be-

dungene Barzahlung nicht solidarisch haften wollten. Da nun angenommen werden darf, dass nur Angebote gemacht werden, auf welche hin der Zuschlag erteilt werden kann, so ist davon auszugehen, jedes gemeinsame Angebot mehrerer schliesse auch ihre Erklärung ein, dass jeder einzeln für die Leistung der ganzen bedungenen Barzahlung haften wolle. Haften sonach die mehreren Bieter für die fälligen und daher bar zu bezahlenden Grundpfandschulden solidarisch, so ist nicht einzusehen, wieso für die nicht fälligen und daher gemäss Art. 135 und 259 SchKG zu überbindenden Grundpfandschulden etwas anderes gelten sollte. Insbesondere könnte auch nicht zugelassen werden, dass durch ein gemeinsames Angebot mehrerer die Stellung des Gläubigers insofern erschwert würde, als er, um für einen sich später allfällig ergebenden Pfandausfall Befriedigung zu erlangen, diesen in einzelne Teilforderungen zerlegt bei den mehreren Bietern geltend machen müsste. Hiegegen vermag der Beklagte nicht mit dem Einwand aufzukommen, die Steigerungsbedingungen erwähnen von solidarischer Haftbarkeit nichts. Abgesehen davon, dass nach dem Ausgeführten die solidarische Haftbarkeit durch ein gemeinsames Angebot mehrerer in Verbindung mit dem Zuschlag ohne weiteres begründet wird, waren sie für ein derartiges Angebot gar nicht zugeschnitten, sondern, wie üblich, bloss für den Normalfall des Einzelangebotes.

3. — Uebrigens wäre die Klage auch, wie die Klägerin ebenfalls geltend gemacht hat, in Anwendung des vom Bundesgericht im Urteil v. 5. Oktober 1921 in Sachen Aargauische Hypothekenbank gegen Tschabold und Konkursorten (AS 47 III S. 146 ff hievor) ausgesprochenen Grundsatzes der Weiterhaftung des Bürgen für die im Konkurs auf den Erwerber überbundenen Schulden aus Grundpfandverschreibung und Schuldbrief — dem die bernische Pfandobligation durch Art. 165 EG zum ZGB gleichgestellt worden ist — zuzusprechen. Würde nämlich

davon ausgegangen, der Beklagte und Werren seien nicht durch ihr Angebot ohne weiteres Solidarschuldner der Pfandobligation geworden, sondern jeder nur Schuldner der Hälfte, so wäre jeder kraft der seinerzeit für Kaufmann geleisteten Solidarbürgschaft auch für die seinem Mitbieter überbundene Hälfte haftbar. Eine Entlassung aus dieser Bürgschaft könnte in dem Beschluss des Verwaltungsrates der Klägerin vom 7. Juli 1916, dass der Beklagte und Werren « als neue Schuldner angenommen werden », nicht gesehen werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Klage wird zugesprochen.

## **B. Sanierung von Hotelunternehmungen. Assainissement des entreprises hôtelières.**

**56. Entscheid vom 27. Dezember 1921 i. S. Christen & C<sup>ie</sup>.**

HPfNV Art. 23 Abs. 3: Die Einstellung der **B**etreibung bei Belangung von **S**olidarbürgen oder anderen **s**olidarisch **V**erpflichteten vor dem **H**auptschuldner ist durch den Richter anzuordnen.

A. — Die Rekursgegnerin, die Spar- und Leihkasse Thun, betrieb die Rekurrentin, die Firma Christen & C<sup>ie</sup> in der **B**etreibung Nr. 87,268 am 29. September 1921 auf **Z**ahlung einer auf dem Hotel National in Adelboden haftenden, von ihr (der Rekurrentin) neben andern Bürgen verbürgten **G**rundpfandforderung. Die Rekurrentin erhob **R**echtsvorschlag und reichte am 7. Oktober 1921 sowohl beim **B**etreibungsamt Basel-Stadt, als auch