

Konkursmasse aufzufassen ist, dessen Entstehung von der Konkurseröffnung abhängig gemacht wäre, sondern, wie bereits bemerkt, als konkursprozessualischer Anspruch, gerichtet auf ein bestimmtes Verhalten der mit der Durchführung des Konkursverfahrens betrauten Organe bei der Verteilung des Verwertungserlöses, so steht nichts der Annahme entgegen, dass es schon von der Entstehung der Forderung an mit ihr verbunden sei, also schon bevor diese in das Konkursverfahren einbezogen wird. Die für den Ausschluss der Höchstpersönlichkeit angeführten Zweckmomente erheischen denn auch, dass die Lohnforderungen schon vor der Konkurseröffnung über den Lohnschuldner mit dem Konkursprivileg ausgestattet übertragen werden können. Nur die *A u s s ü b u n g* des Privilegs setzt die Konkurseröffnung — eventuell die Durchführung eines Betreibungsverfahrens (vgl. SchKG Art. 146 Abs. 2 und 317 *h* in der Fassung der Bundesratsverordnung vom 4. April 1921) — voraus. Der Klägerin ist freilich zuzugeben, dass sich das Lohnprivileg bei dieser Ausgestaltung vom Lohnschuldner selbst als Kreditmittel benützen lässt. Doch darf diese indirekte, rein wirtschaftliche Wirkung gegenüber der Abtretbarkeit des Konkursprivilegs nicht ausgespielt werden, wenn diese von der zweckgemässen Ausgestaltung des Rechtsinstituts erheischt wird. In diesem Zusammenhang mag denn auch darauf verwiesen werden, dass das deutsche und das französische Recht die Abtretbarkeit der Konkursprivilegien positiv vorschreiben; vgl. einerseits deutsches BGB § 401 Abs. 2, andererseits französischer CC Art. 2095, 2101, 2112.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 1923 bestätigt.

53. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Oktober 1923
i. S. Spar- und Leihkasse Oberireiamt gegen Keller.

Eintritt des Zessionars des Betreibungsgläubigers in den Aberkennungsprozess ist bundesrechtlich nicht ausgeschlossen.

SchKG Art. 314 setzt ein Versprechen des Schuldners selbst voraus.

Gemeinsames, nicht solidarisches Schuldbekennnis: Die Ungültigkeit der Verpflichtung des einen Schuldners macht diejenige des andern nicht hinfällig.

OR Art. 143. Die blosse Tatsache der gemeinsamen Verpflichtung begründet noch keine Solidarität.

A. — Am 2. September 1920 genehmigte die obere Nachlassbehörde des Kantons Luzern den von Fritz Keller, Vater, Landwirt in Hochwart, Wolhusen, vorgelegten Nachlassvertrag, nachdem der einzige bisher nicht zustimmende Gläubiger, die Allgemeine Aargauische Ersparniskasse in Muri, am 22. August 1920 erklärt hatte, dass der Viehhändler Moritz Bernheim die ihr abgetretenen und von ihr geltend gemachten Forderungen an Keller wieder übernehme und als nunmehriger Gläubiger dem Nachlassvertrag zustimme.

Kurz vor dieser Erklärung, am 17. August 1920, hatten Rosa und Fritz Keller, die Ehefrau und der Sohn des Nachlassschuldners, dem Bernheim einen Schuldschein ausgestellt, worin sie bekannten, ihm die Summe von 11,500 Fr. schuldig zu sein, und sich zu deren Verzinsung mit 6% sowie zu vierteljährlichen Abzahlungen von 350 Fr. verpflichteten mit der Massgabe, dass bei nicht pünktlicher Zahlung der ganze Betrag fällig werde. Diese Verpflichtung wurde durch drei Personen solidarisch verbürgt. Bernheim seinerseits verpflichtete sich, die Nachlassdividende von Fritz Keller, Vater, an die obengenannte Schuldsumme anzurechnen.

Über das Zustandekommen dieses Schuldbekennnisses führt die Klage aus, Bernheim, der seine Forderung an Vater Keller auf rund 20,000 Fr. bezifferte, habe anlässlich einer Zusammenkunft mit dem Schuldner seine Zustimmung zum Nachlassvertrag von der Übernahme der im Schuldschein enthaltenen Verpflichtung und deren Sicherstellung durch Bürgen abhängig gemacht, den Vater Keller jedoch im Hinblick auf dessen Zahlungsunvermögen als Unterzeichner des Schuldscheins abgelehnt und die Unterzeichnung durch die Ehefrau und den Sohn Fritz Keller verlangt, die dann auf sein und des Vaters Keller Betreiben und nachdem sich Bernheim über die Mündigkeit des Sohnes vergewissert, alsbald unterschrieben hätten, ohne an den vorausgegangenen Verhandlungen Anteil genommen zu haben.

Bernheim bezog nach Angabe der Klage die Nachlassdividende und erhielt am 19. Februar 1921 auf Grund des vorerwähnten Schuldscheins eine erste Abzahlung von 350 Fr., die, wie die Kläger behaupten, vom Vater Keller geleistet wurde.

B. — In der Folge betrieb die Spar- und Leihkasse Oberfreiamt in Muri, an welche Bernheim seine Forderung abgetreten hatte, die Ehefrau und den Sohn Fritz Keller auf Zahlung von 10,718 Fr. 50 Cts. nebst 6% Zins. Die Betriebenen erhoben Rechtsvorschlag und nach erteilter Rechtsöffnung Klage auf Aberkennung der ganzen Forderung. Sie machten geltend: Die Verpflichtung vom 17. August 1920 sei ungültig, weil damit eine Umgehung des Art. 314 SchKG beabsichtigt worden sei; denn sie habe bei der dem Bernheim bekannten Mittellosigkeit der beiden Unterzeichner ja doch nur aus dem Vermögen des Nachlassschuldners getilgt werden sollen. Die Verpflichtung sei in bezug auf die Ehefrau Keller ausserdem ungültig wegen Fehlens der nach Art. 177 Abs. 3 ZGB erforderlichen Zustimmung der Vormundschaftsbehörde; damit falle sie aber auch

für den Sohn Keller nach dem hier analog anzuwendenden Art. 497 Abs. 3 OR sowie nach den Bestimmungen über den wesentlichen Irrtum dahin, weil weder Bernheim noch der Sohn Keller je der Meinung gewesen seien, dass letzterer sich allein verpflichten sollte, vielmehr seine Verpflichtung lediglich akzessorisch zu derjenigen der Ehefrau hätte hinzukommen sollen.

C. — Die Spar- und Leihkasse Oberfreiamt beantragte in ihrer Antwort die Abweisung der Klage. Nach Einreichung der Antwort zederte sie die streitige Forderung an Bernheim zurück, der nun an ihrer Stelle als Beklagter in den Prozess einzutreten begehrte, wogegen die Kläger Einspruch erhoben. Durch richterliche Entscheidung vom 23. Oktober 1922 wurde festgestellt, dass Bernheim den Prozess im Sinne von § 65 Abs. 2 der luzernischen Zivilprozessordnung weiterführe.

D. — Am 21. Dezember 1922 hiess das Amtsgericht Sursee die Aberkennungsklage im ganzen Umfange gut. Die Beklagte zog dieses Urteil nur gegenüber dem Kläger Fritz Keller weiter, sodass es in bezug auf die Ehefrau Keller in Rechtskraft erwachsen ist. Am 5. Juni 1923 bestätigte das Obergericht des Kantons Luzern das erstinstanzliche Urteil mit der Berichtigung, dass als beklagte Partei, als welche das Urteil die Spar- und Leihkasse Oberfreiamt «bezw. Moritz Bernheim» aufführt, nur die genannte Kasse zu betrachten sei.

E. — Gegen das dem Anwalt der beklagten Partei am 13. Juli zugestellte obergerichtliche Urteil hat dieser am 31. Juli «namens der Spar- und Leihkasse Oberfreiamt bezw. des Herrn Moritz Bernheim als Litisdenunziaten» die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, die Klage des Fritz Keller sei vollständig abzuweisen. In der heutigen Verhandlung hat er diesen Antrag erneuert. Der Vertreter des Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung

angetragen; eventuell hat er geltend gemacht, der Berufungsbeklagte hafte, da er sich nicht solidarisch mit der Ehefrau Keller verpflichtet habe, nur für die Hälfte.

F. — (Armenrecht.)

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Was die Frage anlangt, wer in diesem Aberkennungsprozesse Beklagter ist, kann zwar der Ansicht der Vorinstanz, dass als solcher darum nur die Spar- und Leihkasse Oberfreiamt in Betracht komme, weil sie die streitige Forderung in Betreibung gesetzt hat, nicht beigepflichtet werden. Denn der Zessionar tritt durch die Zession auch in Ansehung einer bereits angehobenen Betreibung an die Stelle des Zedenten (vgl. JAEGER ZU SchKG Art. 88 N. 5); er könnte daher, soweit Bundesrecht in Frage steht, sehr wohl die Beklagtenrolle im schwebenden Aberkennungsprozess vom ursprünglichen Betreibungsgläubiger übernehmen. Nun erklärt aber die Vorinstanz ferner, dass die erst nach Begründung der Streithängigkeit erfolgte Rückzession der Forderung nach § 103 Abs. 2 der luzernischen Zivilprozessordnung keinen Einfluss auf den Prozess habe, und in der Tat sagt die angerufene Bestimmung dies ausdrücklich. Dadurch ist für das Bundesgericht festgestellt, dass die Spar- und Leihkasse Oberfreiamt Beklagte geblieben ist, womit die erstrichterliche Entscheidung, dass der Prozess von Bernheim im Sinne von § 65 Abs. 2 des gleichen Gesetzes, d. h. als Vertreter der bisherigen Beklagten weitergeführt werde, nicht im Widerspruch steht.

2. — In der Sache selbst unterliegt es nach den Umständen keinem Zweifel, dass durch das Schuldbekenntnis vom 17. August 1920 dem Gläubiger Bernheim im Hinblick auf den von Vater Keller angestrebten Nachlassvertrag eine weitergehende Befriedigung seiner For-

derung zugesichert werden sollte, als ihm nach dem Nachlassvertrag gebührte. Allein Art. 314 SchKG erklärt solche Zusicherungen nur dann als ungültig, wenn sie durch den Schuldner, nicht auch, wenn sie durch Dritte erfolgen. Die Bestimmung will verhindern, dass Mittel des Schuldners, auf welche ohne den Nachlassvertrag die Gläubiger gleichmässig hätten greifen können, dazu verwendet werden, einen Gläubiger auf Kosten der andern zu begünstigen. Eine derartige Begünstigung aus den Mitteln eines für den Schuldner einspringenden Dritten zu verbieten, besteht dagegen kein Anlass, weil hier den übrigen Gläubigern nichts entzogen wird, woraus sie sich im Falle der Zwangsvollstreckung hätten befriedigen können. Art. 314 kann deshalb, nach dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken, nicht auf Versprechungen Dritter analog angewendet werden. Eine Ausdehnung nach dieser Richtung aus andern Erwägungen wäre Sache des Gesetzgebers.

Hier handelt es sich nach dem Wortlaut der verpflichtenden Erklärung um ein Versprechen Dritter, nicht des Schuldners selbst. Dass diese Dritten, die Ehefrau und der Sohn des Schuldners, sich mit Wissen und Willen des Gläubigers nur zum Schein verpflichtet haben, dass also ihr Schuldbekenntnis simuliert ist, wird nicht behauptet und trifft nach ihrer eigenen Darstellung offensichtlich nicht zu; denn es ist unerfindlich, wozu dann überhaupt Bernheim ihre Unterschrift verlangt und sich über die Handlungsfähigkeit des Sohnes Keller vergewissert hätte. Eine Verpflichtung des Vaters Keller, wenn es Bernheim um eine solche zu tun war, wurde ja durch den Schuldschein keinesfalls begründet. Fraglich kann nur sein, ob sich hinter dem Versprechen dieser Dritten noch ein weiteres Versprechen des Schuldners selbst verbirgt, das ihn als den materiell allein Verpflichteten und die Verpflichtung der beiden Unterzeichner des Schuld-

scheins lediglich als zur Umgehung des Art. 314 SchKG eingegangen und deshalb als nichtig erscheinen lässt. Für eine solche Annahme ist aber nach der Aktenlage kein Raum. Denn die Klage behauptet selbst nicht, dass der Vater Keller sich ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet habe, materiell für die Erfüllung des Schuldversprechens vom 17. August 1920 aufzukommen, sei es durch Gewährung der dazu erforderlichen Mittel an die Ehefrau und den Sohn oder durch Schadloshaltung der Bürgen, und dass hierüber Einverständnis mit Bernheim bestand, als dieser das Schuldversprechen entgegennahm. Ob Bernheim auf eine derartige Leistung des Vaters Keller, obschon sie nicht versprochen war, gerechnet hat, ist unerheblich; eine solche einseitige Erwartung kann ihm nicht entgegengehalten werden, so wenig als er selbst Rechte daraus herleiten könnte. Die gelegentlichen Äusserungen des Vaters Keller, er müsse mit Bernheim noch ein Abkommen zu treffen suchen, bezw. er habe es nun mit ihm ausmachen können, lassen sich nicht für eine gegenteilige Entscheidung verwerten; denn sie besagen über die Art und Weise der beabsichtigten bezw. erfolgten Verständigung nichts; diese konnte auch darin bestehen, dass ein Versprechen Dritter beigebracht wurde.

3. — Aber auch der zweite Standpunkt des Berufungsbeklagten, seine Verpflichtung sei hinfällig, weil die im Schuldschein vorgesehene Mitverpflichtung der Ehefrau Keller mangels vormundschaftlicher Zustimmung nicht zu Recht bestehe, ist unrichtig. Er kann vorerst nicht auf Art. 497 Abs. 3 OR gestützt werden. Denn die Anwendung dieser Bestimmung des Bürgschaftsrechts muss wegen der singulären Natur der Vorschrift auf den Fall der Bürgschaft beschränkt bleiben. Hier handelt es sich nicht um eine Bürgschaft, weder nach dem Wortlaut noch nach dem rechtlichen Inhalt der Verpflichtung. Die Unterzeichner des Schuldscheins

vom 17. August 1920 haben sich nicht neben dem Vater Keller verpflichtet, sondern sich anheischig gemacht, eine Leistung zu erbringen für den Fall, dass jener durch den Nachlassvertrag von seiner Verbindlichkeit teilweise befreit würde, und in der Absicht, diese Befreiung zu ermöglichen. Es fehlt also ihrer Verpflichtung die akzessorische Beziehung zu einer Hauptschuld, die ein Merkmal der Bürgschaft ist. Aber auch die Berufung auf wesentlichen Irrtum versagt, zum mindesten aus dem Grunde, weil, wie noch auszuführen sein wird, die Verpflichtung vom 17. August 1920 keine solidarische, sondern nur eine anteilmässig Haftung der Unterzeichner begründet hat. Der Berufungsbeklagte ist also nur für die Hälfte Schuldner geworden und die Ungültigkeit der Verpflichtung der Ehefrau Keller für die andere Hälfte verschlechtert seine Stellung in keiner Weise; ein Irrtum über deren Bestand wäre daher jedenfalls nicht wesentlich. Ohne weiteres ist klar, dass auch OR Art. 20 Abs. 2 — seine analoge Anwendbarkeit auf Fälle teilweiser Nichtigkeit aus andern als den in Abs. 1 genannten Gründen auch vorausgesetzt — hier nicht herangezogen werden kann, da ja der ungültige Teil des Rechtsgeschäftes (die Verpflichtung der Ehefrau Keller) den Berufungsbeklagten überhaupt nicht berührt oder, mit andern Worten, vom Standpunkt des Berufungsbeklagten aus betrachtet gar kein Fall teilweiser Nichtigkeit vorliegt. Dass endlich, wie in der Replik behauptet wurde, die Verpflichtung des Berufungsbeklagten bloss akzessorisch zu derjenigen der Ehefrau Keller hätte hinzukommen sollen, ist durch nichts belegt.

4. — Was die vorweg beantwortete Frage nach dem Umfang der Haftung des Berufungsbeklagten anlangt, so bestimmt OR Art. 143, dass ausser in den vom Gesetz bestimmten Fällen, zu welchen der vorliegende nicht gehört, Solidarität unter mehreren Schuldner nur entsteht durch eine darauf gerichtete Er-

klärung derselben. Wenn nun auch das Bundesgericht in früheren Entscheidungen (AS 15 Nr. 45; PRAXIS 11 Nr. 13) im Hinblick auf den in OR Art. 1 niedergelegten Grundsatz angenommen hat, dass der Wille, sich solidarisch zu verpflichten, auch stillschweigend erklärt werden könne, so hat es immerhin verlangt, dass dieser Wille sich aus den Umständen unzweideutig ergeben müsse. Daran ist festzuhalten, insbesondere darf die Erklärung, solidarisch haften zu wollen, nicht schon in der Tatsache der gemeinsamen Verpflichtung gefunden werden, womit im Widerspruch zum Gesetz eine Vermutung für die Solidarität aufgestellt würde. Sieht man von dieser Tatsache ab, so fehlen im vorliegenden Falle Anhaltspunkte dafür, dass die Unterzeichner des Schuldscheins sich solidarisch, jeder für das ganze, verpflichten wollten; der Umstand, dass in der dem Schuldbekennnis sich unmittelbar anschliessenden Bürgschaftserklärung die Solidarität ausdrücklich stipuliert ist, nicht aber in der Hauptverpflichtung, bildet sogar ein Indiz für das Gegenteil. Der Berufungsbeklagte haftet demnach nur anteilmässig, sodass seine Aberkennungsklage für die Hälfte der in Betreibung gesetzten Forderung zu schützen ist.

5. — (Ziffermässige Bestreitung der Forderung.)

6. — (Kosten.)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird teilweise begründet erklärt und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 5. Juni 1923 dahin abgeändert, dass die Aberkennungsklage des Fritz Keller, Sohn, nur für die Hälfte der in Betreibung gesetzten Forderung gutgeheissen, für die andere Hälfte dagegen abgewiesen wird.

B. Sanierung von Eisenbahnunternehmungen.
Assainissement des entreprises de chemins de fer.

BESCHLÜSSE DER ZIVILABTEILUNGEN
DÉCISIONS DES SECTIONS CIVILES

54 Beschluss der II. Zivilabteilung vom 11. Juli 1923
i. S. Berner Alpenbahn-Gesellschaft, Bern-Lötschberg-Simplon.

Bestätigung des Nachlassvertrages einer Eisenbahnunternehmung.

Erw. 1 : Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen vom 25. September 1917 (VZEG) Art. 63 Abs. 1 : Einteilung der Gläubiger in Gruppen. Verschiedenheit der Opfer ? Zuwendungen Dritter an einzelne Anleiheobligationäre sind bei der Gruppenbildung nicht zu berücksichtigen.

Art. 64 f. VZEG Besteht eine Gruppe aus einem einzigen Gläubiger, der eine schriftliche Zustimmungserklärung abgibt, so braucht keine Versammlung stattzufinden.

Art. 51 Abs. 4 VZEG : Schaffung neuer Prioritätsaktien mit Vorrang vor den bisherigen erheischt die Annahme des Nachlassvertrages durch die einfache Mehrheit der bisherigen Prioritätsaktionäre im Sinne des Art. 65 Abs. 1 VZEG.

Erw. 2 : Art. 68 Ziff. 2 VZEG : Frage der Angemessenheit des Nachlassvertrages. Bemessung der Opfer. Verhältnis der künftigen Schulden zum Schätzwert bei Einführung des variablen Zinsfusses und Stundung der Kapitalamortisation. Stimmrecht der neugeschaffenen Prioritätsaktien im Verhältnis zu demjenigen alter abgeschriebener Aktien. Stimmrecht der alten Prioritätsaktien im Verhältnis zu demjenigen der stärker abgeschriebenen Stammaktien. Abfindung für rückständige Zinse von einer Mehrzahl von Obligationen mit Prioritätsaktien, von einzelnen Obligationen mit Genussscheinen.