

**16. Urteil der II. Zivilabteilung von 19. Mai 1926 i. S.  
Häfeli gegen Spar- und Leihkasse Grenchen.**

Wirkungen eines Konkurses auf einen bestehenden Nachlassvertrag. Ein Nachlassvertrag gilt mit Bezug auf die Forderungen derjenigen Gläubiger, gegenüber welchen die Bedingungen des Nachlassvertrages nicht erfüllt worden sind, als durch die Konkurseröffnung aufgehoben, gleich wie wenn diese Gläubiger jeder einzeln gestützt auf Art. 315 SchKG die Aufhebung verlangt hätten, also « unbeachtet der ihnen durch diesen gewährten Rechte » — i. c. der Sicherstellung durch Bürgschaft (Erw. 1).

Sicherstellung einer Nachlassdividende durch Bürgschaftsverpflichtung (SchKG Art. 306 Ziff. 3). Auslegung und Wirkung der einer solchen Verpflichtung beigefügten Klausel, dass die Gutsprache nur unter der Bedingung erfolge, « dass der gerichtliche Nachlassvertrag zustande kommt und gerichtlich bestätigt und durchgeführt wird » (Erw. 2).

A. — Mit Urteil vom 14. Juli 1923 bewilligte das Obergericht des Kantons Solothurn der Kollektivgesellschaft Gebrüder Gast, Horlogerie in Grenchen, einen Nachlassvertrag, wonach sich diese ihren Gläubigern gegenüber zur Zahlung von 20% ihrer Schulden verpflichtete, zahlbar 10% am 14. August, 5% am 1. Oktober und 5% am 31. Dez. 1923. Sämtliche Gläubiger hatten auf die Sicherstellung ihrer Nachlassdividende verzichtet mit Ausnahme der Spar- und Leihkasse Grenchen, die eine anerkannte Forderung im Betrage von 43,515 Fr. besass. Für diese sowie für einige weitere infolge Privilegierung oder wegen Bestreitung ebenfalls sicherzustellende Forderungen verbürgten sich Ernst Kaufmann in Büren und Andreas Häfeli in Grenchen, indem sie sich am 12. Juli 1923 durch eine schriftliche Erklärung verpflichteten: solidarisch durch persönliche Gutsprache Sicherheit zu leisten, « soweit die Gläubiger auf die Sicherstellung der Dividende nicht verzichtet haben und unter der Bedingung, dass der

gerichtliche Nachlassvertrag zustande kommt und gerichtlich bestätigt und durchgeführt wird ».

Da die Nachlassschuldnerin ihren Nachlassverpflichtungen in der Folge nicht nachkam, erwirkten einige Gläubiger, deren Forderungen nicht sichergestellt worden waren, gemäss Art. 315 SchKG die Aufhebung des Nachlassvertrages und betrieben die Nachlassschuldnerin auf Konkurs, der dann auch am 13. Dezember 1923 durch das Konkursgericht Solothurn-Lebern ausgesprochen wurde.

Daraufhin belangte die Spar- und Leihkasse Grenchen, die auch ihrerseits von der Firma Gast noch nicht befriedigt worden war, den Andreas Häfeli auf Bezahlung ihrer von ihm verbürgten Nachlassdividende von 20% von 43,515 Fr., also 8703 Fr. Häfeli bestritt jedoch seine Zahlungspflicht.

B. — Mit Urteil vom 13. Januar 1926 hat das Obergericht des Kantons Solothurn die von der Spar- und Leihkasse Grenchen in der Folge gegen Häfeli eingereichte Klage auf Bezahlung dieses Betrages nebst 5% Zins seit 3. Januar 1924 und 3 Fr. Betreibungskosten gutgeheissen und den Beklagten zur Tragung der rechtlichen und ausserrechtlichen Kosten verpflichtet.

C. — Gegen diesen Entscheid hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

D. — Die Klägerin beantragt Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Der Beklagte bestreitet seine Zahlungspflicht in erster Linie deshalb, weil mit der Konkurseröffnung über die Firma Gebrüder Gast an Stelle des Nachlassverfahrens unmittelbar das Konkursverfahren und daher an Stelle der Dividendenforderung mit ihren Sicherheiten unmittelbar die ursprüngliche ungekürzte, un-

gesicherte Forderung getreten sei. Diese Auffassung ist nicht richtig. Denn, wie das Bundesgericht schon früher entschieden hat (vgl. BGE 26 II S. 189 ff., 52 III S. 19), gilt mit Bezug auf die Forderungen derjenigen Gläubiger, gegenüber welchen die Bedingungen des Nachlassvertrages nicht erfüllt worden sind, der Nachlassvertrag als durch diese Konkursöffnung aufgehoben, gleich wie wenn diese Gläubiger jeder einzeln gestützt auf Art. 315 SchKG die Aufhebung des Nachlassvertrages verlangt hätten, also « unbeschadet der ihnen durch diesen gewährten Rechte », sodass die Gläubiger ihre durch den Nachlassvertrag begründeten Rechte kumulativ (nicht nur alternativ, wie die Vorinstanz glaubt) mit der Konkursforderung geltend machen können.

2. — Dagegen fragt es sich, ob die Zahlungspflicht des Beklagten nicht deshalb verneint werden müsse, weil dieser, wie er behauptet, seine Haftbarkeit für den Fall, dass über die Firma Gebrüder Gast der Konkurs eröffnet werden sollte, ausdrücklich wegbedungen hatte. Der Beklagte stützt sich hiefür auf den Passus in seiner Bürgschaftserklärung, wonach seine Gutsprache nur unter der Bedingung erfolgte, « dass der gerichtliche Nachlassvertrag zustande kommt und gerichtlich bestätigt und durchgeführt wird ». Die untere kantonale Instanz ist dieser Argumentation gefolgt und deshalb zur Abweisung der Klage gelangt, während die Vorinstanz in dem Ausdruck « und durchgeführt wird » lediglich ein Synonym zu dem vorhergehenden Ausdruck « zustandekommen » erblickt, da eine andere Auslegung gar keinen vernünftigen Sinn ergeben würde. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden. Unter der « Durchführung » eines Nachlassvertrages kann unmöglich dasselbe verstanden werden wie unter dem « Zustandekommen » eines Nachlassvertrages; das sind zwei Ausdrücke, die offensichtlich zwei ganz verschiedene Vorgänge bezeichnen. Dabei führt die nähere Ueberlegung notwendigerweise dazu,

dass die Bürgen durch die Beifügung der Klausel « und durchgeführt wird » in der Tat nichts anderes können zum Ausdruck haben bringen wollen, als dass sie sich nur für den Fall verpflichten wollten, dass auch die Firma Gebrüder Gast wirklich aufrecht bleibe, d. h. dass kein Konkurs über sie ausgesprochen werde. Eine solche Klausel erscheint keineswegs sinnlos angesichts des Umstandes, dass die Bürgschaft sich nur auf einen Teil der fraglichen Forderungen, d. h. nur auf diejenigen, deren Sicherstellung verlangt oder gesetzlich vorgeschrieben war, bezog und daher mit der Möglichkeit gerechnet werden musste, dass — was dann in der Folge auch geschehen ist — einer derjenigen Gläubiger, die auf Sicherstellung verzichtet hatten, bei Nichtbefriedigung die Konkursöffnung erwirken werde. Nun ist ja allerdings richtig, dass die Nachlassbehörde eine mit einer derartigen Klausel behaftete Bürgschaftsverpflichtung nicht als eine genügende Sicherheit im Sinne von Art. 306 Ziff. 3 SchKG hätte erachten dürfen und daher den Nachlassvertrag nicht hätte bestätigen sollen. Daraus darf indessen angesichts des Wortlautes der streitigen Klausel nicht hergeleitet werden, dass deshalb die Bürgen diese Klausel unmöglich in dem angeführten Sinne verstanden haben können. Wie schon die Einfügung der beiden vorangehenden, vollständig überflüssigen Klauseln (dass die Bürgen für die Nachlassdividende nur haften wollen, wenn der Nachlassvertrag zustande komme und gerichtlich bestätigt werde) zeigt, handelt es sich bei diesen Bürgen keineswegs um rechtskundige Leute, so dass nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann, es sei ihnen die Wirkung der Beifügung einer solchen Klausel auf das Zustandekommen des Nachlassvertrages bewusst gewesen. Wenn die Vorinstanz erklärt, dass die Bürgen zweifellos in die Streichung dieser Klausel eingewilligt hätten, wenn deshalb seitens der Nachlassbehörde Bedenken geäußert worden wären, so mag dies zutreffen. Das hätte

aber einen freiwilligen Verzicht auf eine von ihnen ausdrücklich gestellte Bedingung bedeutet und spielt daher heute, nachdem diese Streichung nicht verlangt und daher auch nicht vollzogen worden ist, keine Rolle. Muss also angenommen werden, dass diese Klausel von den Bürgen in dem vom Beklagten angegebenen Sinne verstanden war und dass dieser Sinn der Nachlassbehörde — die als Vertreterin der Gläubigerschaft diese Bürgschaftserklärung entgegengenommen hat — bei genauer Prüfung und Ueberlegung erkennbar gewesen wäre, so ist, nachdem die in dieser Klausel zur Bedingung gemachte Voraussetzung sich nicht erfüllt hat, die Bürgschaftsverpflichtung nicht zustande gekommen und daher die Klage abzuweisen, unbekümmert darum, dass seinerzeit infolge Verkennung der Bedeutung dieser Klausel der Nachlassvertrag dennoch bestätigt worden war.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen und demgemäss das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 13. Januar 1926 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

### III. KREISSCHREIBEN DES GESAMTGERICHTES

#### CIRCULAIRES DU TRIBUNAL FÉDÉRAL.

##### 17. Kreisschreiben Nr. 17 vom 1. Februar 1926.

Behandlung von Miteigentum und Gesamteigentum im Konkurs.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts ist kürzlich in den Fall gekommen, im Anschluss an einen Rekursentscheid auf die Anfrage

der betreffenden kantonalen Aufsichtsbehörde darüber Bescheid zu erteilen, wie das gemeinschaftliche Eigentum an mit Hypotheken belasteten Grundstücken im Konkurs über einen der mehreren Eigentümer zu behandeln sei. Da dieser Bescheid von allgemeinem Interesse ist, glauben wir ihn durch Kreisschreiben zu allgemeiner Kenntnis bringen zu sollen.

1. **Miteigentum** (Eigentumsgemeinschaft nach Bruchteilen, ZGB Art. 646-651). Ist der Gemeinschuldner Miteigentümer eines Grundstückes, so gelten für die Verwertung seines Miteigentumsanteiles nach der verweisenden Vorschrift des Art. 130 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 die Bestimmungen des Art. 73 dieser Verordnung. Zu deren Verständnis ist vorab zu bemerken, dass die Miteigentumsgemeinschaft durch die Konkursöffnung nicht berührt wird, woraus folgt, dass der Anteil des Gemeinschuldners als solcher verwertet werden kann mit der Massgabe, dass Miteigentümer ein Vorkaufsrecht gegenüber einem jeden Nichtmiteigentümer haben (ZGB Art. 682), und mit der Wirkung, dass der Erwerber einfach an die Stelle des Gemeinschuldners in die Miteigentumsgemeinschaft eintritt. Indessen ist zu beachten, dass Art. 73 der Verordnung in dieser Beziehung einen grundsätzlichen Unterschied macht, je nachdem das mehreren Miteigentümern gehörende Grundstück als solches verpfändet worden ist oder nicht. Nur im letzteren Falle wird davon abgesehen, das Grundstück als solches zur Konkursmasse zu ziehen, und beschränkt sich also die Verwertung gemäss Art. 73 litt. *a* in der angegebenen Art und Weise auf den Anteil des Gemeinschuldners. Ist dagegen das Grundstück als solches, also nicht etwa nur der Anteil des einen oder andern Miteigentümers, mit Grundpfandrechten belastet, so ist gemäss Art. 73 litt. *b* die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Und zwar hat nach dieser Vorschrift die Aufsichtsbehörde zunächst auf eine gütliche Auflösung des Mit-