

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-

eigentumsverhältnisses hinzuwirken, sei es, dass mit Zustimmung sämtlicher Miteigentümer (bzw. der Konkursverwaltung an Stelle des in Konkurs geratenen Miteigentümers) und Pfandgläubiger einer der Miteigentümer (oder mehrere zusammen) den Anteil des Gemeinschuldners, einschliesslich der Hypothekenschuldspflicht, übernimmt und den Gemeinschuldner bzw. dessen Konkursmasse dafür abfindet, sei es, dass ebenfalls mit Zustimmung sämtlicher Miteigentümer (bzw. der Konkursverwaltung an Stelle des in Konkurs geratenen Miteigentümers) und Pfandgläubiger eine freiwillige Versteigerung des Grundstückes als solchen unter Überbindung der Hypothekenschulden auf den Ersteigerer angeordnet wird, von deren Erlös alsdann nur ein dem Anteil des Gemeinschuldners entsprechender Teilbetrag in dessen Konkursmasse fällt. Kommt es zu einer derartigen Verständigung nicht und strengt auch kein Miteigentümer binnen der von der Aufsichtsbehörde anzusetzenden zehntägigen Frist Klage auf körperliche Teilung an, oder dringt eine solche Klage nicht durch, so kann das Grundstück selbst zur Konkursmasse gezogen und im Konkursverfahren — zunächst unter den andern Miteigentümern und, wenn noch nötig, öffentlich — versteigert werden, gleich wie wenn es dem Gemeinschuldner allein gehören würde. Tritt dieser Fall ein, so kann es natürlich auch nicht mehr sein. Bewenden dabei haben, dass in Anwendung des Art. 61 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 die auf dem Grundstück lastenden Hypothekenforderungen im Kollokationsplan unter die unversicherten Forderungen aufzunehmen sind. Vielmehr ist dann nach Art. 125 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken ein Verzeichnis der auf dem Grundstück haftenden Lasten anzufertigen, gleich wie wenn das Grundstück dem Gemeinschuldner allein gehören würde, das einen Bestandteil des Kollokationsplanes bildet. Von dem sich allfällig ergebenden Pfandausfall

ist in der fünften Klasse nur der dem Eigentumsanteil des Gemeinschuldners entsprechende Teilbetrag zuzulassen, es wäre denn, dass die Miteigentümer aus einem besonderen Grunde solidarisch für die Hypothekenforderungen haften sollten. Ebenso kann von dem sich allfällig ergebenden Übererlös nur ein verhältnismässiger Teilbetrag zur Konkursmasse gezogen werden, und der Rest ist an die übrigen Miteigentümer herauszugeben.

2. **Gesamteigentum** (Eigentumsgemeinschaft zu gesamter Hand, ZGB Art. 652-654, kraft Erben-gemeinschaft, ZGB Art. 602 ff., Gemeinderschaft, ZGB Art. 336 f., einfacher Gesellschaft, OR 530 ff., Kollektivgesellschaft, OR Art. 552 ff., Kommanditgesellschaft, OR Art. 590 ff.). Es ist davon auszugehen, dass die Eröffnung des Konkurses über einen Gemeinder, einen Gesellschafter, einen Kollektivgesellschaftler oder einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft die Auflösung der Gemeinderschaft, Gesellschaft, Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nach sich zieht (ZGB Art. 343 Ziff. 4 OR, Art. 545 Ziff. 3, 572, 611), wodurch der sofortigen Auseinandersetzung Raum gegeben wird, und dass gleich wie jeder Miterbe, so auch die Konkursverwaltung eines in Konkurs geratenen Miterben jederzeit die Teilung der Erbschaft verlangen kann. Für die Art und Weise der Auseinandersetzung bzw. allfällig der Verwertung des Gemeinschaftsanteiles des Gemeinschuldners sind Art. 16 und die darin zitierten weiteren Vorschriften (Art. 9 Abs. 2 und 11) der Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923 massgebend. Danach ist es also den Organen des Konkursverfahrens zwar nicht geradezu vorgeschrieben, zunächst nach Anleitung des Art. 9 Abs. 1 dieser Verordnung zu versuchen, mit den andern Teilhabern der Gemeinschaft zu einer gütlichen Einigung über die Feststellung des auf den Gemeinschuldner entfallenden Liquidationsergebnisses zu

gelangen; allein ein solches Vorgehen wird sich meist als zweckmässig erweisen und dadurch erleichtert, dass die Konkursverwaltung gemäss Art. 9 Abs. 2 die Vorlage der Bücher und Belege verlangen kann. Gestützt hierauf wird die Konkursverwaltung das Liquidationsbetreffnis einziehen, wenn es durch freiwillige Liquidation flüssig gemacht werden kann, oder aber allfällig unter Abfindung der andern Teilhaber das Gemeinschaftsvermögen in seiner Gesamtheit zur Konkursmasse ziehen und zur Verwertung bringen; letzteres dürfte sich freilich selten als zweckmässig erweisen, weil die Konkursverwaltung zur Abfindung bares Geld aufwenden müsste. Führen die Einigungsverhandlungen nicht zum Ziel, so kann die Konkursverwaltung — mit Ermächtigung des allfällig bestellten Gläubigerausschusses — die zur gerichtlichen Feststellung des auf den Gemeinschuldner entfallenden Liquidationsbetreffnisses und dessen Eintreibung erforderlichen rechtlichen Vorkehren selbst treffen, vorausgesetzt, dass dadurch die Austragung des Konkurses nicht allzusehr in die Länge gezogen wird. Erweist sich ein derartiges Vorgehen als untunlich oder — mangels der für die Prozessführung notwendigen Mittel — als unmöglich, so ist die Abtretung an einzelne Konkursgläubiger gemäss Art. 260 SchKG in die Wege zu leiten, denen alsdann obliegt, die erforderlichen rechtlichen Vorkehren an Stelle des Gemeinschuldners bzw. für dessen Konkursmasse zu treffen. Wird von der Abtretung kein Gebrauch gemacht, so ist der Liquidationsanteil des Gemeinschuldners als solcher zu versteigern, und zwar auch wenn dessen Höhe nicht hat festgestellt werden können. Sache des Ersteigerers ist es dann, die zur Herbeiführung der Auseinandersetzung erforderlichen rechtlichen Schritte zu tun.

Für die Kollokation im Konkurs des einzelnen Teilhabers einer Gemeinschaft der eingangs angeführten Arten fallen diejenigen Lasten auf Gesamthandgrund-

stücken ausser Betracht, bezüglich welcher keinerlei persönliche Schuldpflicht besteht, wie Gülden und Grundlasten, weil das Konkursvermögen nur zur (teilweisen) Tilgung von Schulden herangezogen werden kann, für welche der Gemeinschuldner persönlich haftet. Dagegen sind die eigentlichen gemeinschaftlichen Schulden in vollem Betrage, nicht etwa nur in einem dem Anteilsrecht des Gemeinschuldners entsprechenden Teilbetrage, zuzulassen, weil sämtliche Teilhaber solidarisch dafür haften, und zwar nach Art. 61 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter in der fünften Klasse auch dann, wenn jene pfandversichert sind. Ausserdem sind Art. 216 und 217 SchKG massgebend: Gläubiger, welche aus der Konkursmasse eines Teilhabers teilweise befriedigt werden, können sich nur noch für den Rest an die andern Teilhaber halten, solange diese aufrechtstehen, und wenn die (vom ganzen Schuldbetrag berechnete) Konkursdividende höher ist als der Teilbetrag der Schuld, für welchen der Gemeinschuldner nach dem internen Rechtsverhältnis aufzukommen hat, so kann die Konkursmasse den Rückgriff auf die andern Teilhaber der Gemeinschaft nehmen.

18. Kreisschreiben Nr. 18 vom 1. Februar 1926.

Zusendung der Doppel von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung an den Gläubiger.

Es war bisher Gepflogenheit der Betreibungsämter, dem betreibenden Gläubiger die Doppel von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung ohne weitere Förmlichkeit, z. B. durch gewöhnlichen Brief, zu übersenden. Diese Gepflogenheit mag dadurch veranlasst oder bestärkt worden sein, dass die auf den offiziellen Formularen « Betreibungsbegehren » und « Fortsetzungsbegehren » angegebenen Summen der für Zahlungsbefehl und Konkursandrohung zu leistenden Kostenvorschüsse ohne