

etwa nur, wie es infolge eines blossen (im Archiv für SchK 3 Nr. 65 nachgewiesenen) Redaktionsversehens den Anschein hat, bezüglich unfreiwillig abhanden gekommener Sachen, deren Rechtsverhältnisse durch Art. 206 aOR bzw. 934 und 935 ZGB geregelt werden, sondern gemäss der Verweisung auf Art. 207 aOR bzw. den entsprechenden Art. 936 ZGB bezüglich beweglicher Sachen überhaupt, welche der Steigerungskäufer nicht in gutem Glauben erworben hat, nämlich nicht in entschuldbarem Irrtum darüber, dass sie dem betriebenen Schuldner gehörten. Dieser Vorbehalt der Vindikationsklage soll den wahren Eigentümer beweglicher Sachen unter den angegebenen engumschriebenen Voraussetzungen vor dem Rechtsverluste schützen, welchem er andernfalls dadurch ausgesetzt wird, dass seine Sachen in einer ihm fremden Betreibung gepfändet und daraufhin versteigert werden, selbst wenn er gar nicht in die Lage versetzt worden ist, sich nach Massgabe der Bestimmungen über das Widerspruchsverfahren gegen ungerechtfertigte Inanspruchnahme seines Vermögens für fremde Schuld zur Wehr zu setzen. Nun werden ja aber die Vorschriften über das Widerspruchsverfahren nach ständiger (neuerer) Rechtsprechung der eidgenössischen Obergerichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs (seit BGE 29 I S. 558 = Sep.-Ausg. 6 S. 283, deutsche Übersetzung im Archiv für SchK 7 Nr. 124) auch auf gepfändete Forderungen zur Anwendung gebracht. Mag diese Rechtsprechung zwar auf theoretische Bedenken stossen, so haben die Zivilgerichte im Hinblick auf das unabwiesbare praktische Bedürfnis, welches ihr gebieterisch gerufen hat (vgl. den angeführten Entscheid), doch keinen Anlass, sich darüber hinwegzusetzen, sondern werden sie sich bei ihrer Zivil-Rechtsprechung den Konsequenzen nicht entziehen dürfen, welche sich aus der erörterten Rechtsprechung und Rechtsübung der Betreibungsbehörden ergeben. Danach muss dem Gläubiger einer Forderung, welche in einer ihm fremden Betreibung gepfändet und hernach ver-

steigert worden ist, sein Forderungsrecht gegen den Drittschuldner regelmässig abgesprochen werden, selbst wenn er nicht in die Lage versetzt wurde, vor der Versteigerung irgend etwas zur Wahrung desselben zu tun, weil ihm die Pfändung verborgen blieb. Somit macht es für die Beurteilung der vorliegenden Klage keinen Unterschied aus, ob aus dem Briefe des Klägers vom 4. Dezember 1925 geschlossen werden wolle oder nicht, er habe noch vor der Versteigerung der Forderung gegen Saxer von deren Pfändung in den Betreibungen gegen Obrist erfahren, ohne jedoch etwas vorzukehren. Höchstens kann in analoger Anwendung der Art. 108 SchKG und 936 ZGB das Forderungsrecht dem wahren Gläubiger vorbehalten bleiben im Falle, dass der Steigerungskäufer es nicht in gutem Glauben erworben hätte. Allein selbst wer im Gegensatz zu Erw. 1 hievor annehmen wollte, Schaffner und nicht Obrist sei der wahre Gläubiger der Forderung gegen Saxer gewesen, könnte doch der Beklagten Frau Obrist nicht den Vorwurf unentschuldbaren Irrtums machen, wenn sie das wenig durchsichtige Rechtsverhältnis anders, nämlich eben im Sinne der Erw. 1 hievor, beurteilt haben sollte, wie mangels gegenteiligen Beweises anzunehmen ist (vgl. Art. 3 ZGB).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 23. Dezember 1927 bestätigt.

**69. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. September 1928
i. S. Rieben**

gegen Konkursmasse Gottfried Imobersteg-Schilt sel.

Im Konkurs eines Mitbürgen, welcher sich einem andern Mitbürgen ausdrücklich als Rückbürge verpflichtet hat, kann dieser Mitbürge nicht neben dem Gläubiger im Kollokationsplan zugelassen werden. SchKG Art. 217.

Failite d'une caution, engagée comme arrière-caution envers une cocaution ; celle-ci ne saurait être admise à l'état de collocation avec le créancier. Art. 217 LP.

Fallimento di un confidejussore contemporaneamente fidejussore al regresso nei confronti di altro fidejussore: quest'ultimo non potrà essere iscritto in graduatoria accanto al creditore. LEF Art. 217.

A. — Für einen von der Kantonalbank von Bern der Firma Imobersteg & C^{ie} A.-G. eröffneten Kredit leisteten neben fünf weiteren Personen der Kläger Arthur Rieben und Gottfried Imobersteg solidarisch mit der Hauptschuldnerin und unter sich Bürgschaft bis zum Kapitalbetrage von 100,000 Fr. Ausserdem ging Gottfried Imobersteg eine « Rückbürgschaftsverpflichtung » ein, lautend : « Der Unterzeichnete Gottfried Imobersteg... verspricht hiermit dem Herrn Notar A. Rieben... allen Schaden und Nachteil zu ersetzen, der ihm aus der Eingehung der vorbezeichneten Solidarbürgschaft je entstehen könnte, er verpflichtet sich mithin gegenüber Herrn Rieben als Rückbürge im Sinne von Art. 498 al. 2 OR. »

Im Konkurs über die Erbschaft des Gottfried Imobersteg meldeten sowohl die Kantonalbank von Bern als Rieben, jene aus Kreditgewährung an die Imobersteg & C^{ie} A.-G., dieser aus Mitbürgschaft und Rückbürgschaft, Forderungen im Betrage von je 107,725 Fr. an. Die Konkursverwaltung liess die Kantonalbank zu, dagegen wies sie Rieben ab mit folgender Begründung : « Mit Eingaben vom... wird diese Forderung (107,725 Fr.) von der Gläubigerin, Kantonalbank von Bern... eingegeben. Eine Zahlung seitens des Einsprechers ist nicht behauptet worden. Ein Mitverpflichteter des Gemeinschaftschuldners, der noch gar nichts bezahlt hat, ist zur Eingabe nicht berechtigt. Es liegt der Fall des Art. 217 SchKG nicht vor. Die vorliegende Ansprache muss deshalb abgewiesen werden... » Indessen hatte Rieben wenige Tage vor der Auflegung des Kollokationsplanes 20,000 Fr. an die Kantonalbank von Bern bezahlt.

Mit der vorliegenden Klage verlangt Rieben Zulassung mit 107,725 Fr. in der fünften Klasse des Kollokationsplanes.

B. — Durch Urteil vom 1. März 1928 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage im Betrage von 20,000 Fr. zugesprochen, für den Mehrbetrag abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Guttheissung der Klage in vollem Umfang.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Im Falle dass Bürgen ausdrücklich mit dem Hauptschuldner oder (und) unter sich Solidarhaft übernommen haben, schreibt Art. 497 Abs. 2 OR vor, jeder hafte für die ganze Schuld mit verhältnismässigem Rückgriffe gegen die Mitbürgen. Und zwar besteht bei der Bürgschaft der Rückgriff darin, dass auf den Bürgen in derselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte übergehen (Art. 505 Abs. 1 OR). Infolge Zahlung von 20,000 Fr. durch den Kläger an die Kantonalbank von Bern ist also ein entsprechender Teilbetrag ihrer Forderung gegen die Firma Imobersteg & C^{ie} A.-G. auf den Kläger übergegangen, und da die Zahlung den Anteil an der verbürgten Schuld von 107,725 Fr., welchen es den Kläger als einen der sieben solidarischen Mitbürgen trifft, nämlich rund 15,390 Fr., um rund 4610 Fr. übersteigt, so sind auch die Rechte der Kantonalbank gegen die übrigen Mitbürgen in entsprechendem Teilbetrage auf den Kläger übergegangen. Dieser gesetzliche Rückgriff des Klägers gegen seinen Mitbürgen Gottfried Imobersteg steht nicht mehr in Frage, nachdem die Vorinstanzen die Verwaltung des Konkurses der Erbschaft des Gottfried Imobersteg zur Zulassung des Klägers im Kollokationsplan für einen viel höheren Betrag, nämlich 20,000 Fr., verurteilt haben und diese Entscheidung in Rechtskraft erwachsen ist. In der Tat will denn auch der noch streitige Rückgriff — über 20,000 Fr. hinaus — nur aus der besonderen « Rück-

nürschaftsverpflichtung » hergeleitet werden, welche Gottfried Imobersteg gegenüber dem Kläger eingegangen ist. Ausdrücklich hat der Kläger in der Verhandlung vor Bundesgericht erklären lassen, der (gesetzliche Rückgriffs-) Anspruch aus Art. 497 und 148 OR « spiele im Konkurse keine Rolle » und sei auch gar nicht angemeldet worden. Endlich geben die Akten keinen Anhaltspunkt für einen Ersatzanspruch aus anderem Rechtsgrunde, z. B. Auftrag des Gottfried Imobersteg an den Kläger zur Bürgschaftsleistung.

Rückbürgschaft ist die Verpflichtung, dem zahlenden Bürgen für den Rückgriff einzustehen, der diesem gegen den Hauptschuldner zusteht (Art. 498 Abs. 2 OR). Ist die von Gottfried Imobersteg eingegangene Verpflichtung auch nicht mit diesen Worten umschrieben, so kann angesichts der Überschrift derselben, des erklärenden Zusatzes mit dem Hinweis auf Art. 498 Abs. 2 OR und der Bezeichnung des Gottfried Imobersteg als Rückbürgen nicht angenommen werden, dessen Verpflichtung habe einen anderen als den gesetzlichen Inhalt der Rückbürgschaft, mit der Erweiterung freilich, dass der Rückbürge dem zahlenden Bürgen auch für den Rückgriff einzustehen hat, der diesem gegen die (übrigen) Mitbürgen zusteht.

Gegenüber dem Rückbürgen befindet sich der Bürge in der Stellung des Gläubigers einer aufschiebend bedingten Forderung aus Bürgschaft, nämlich bedingt dadurch, dass der Bürge Zahlung leistet. Die Frage, ob der Bürge diese seine eventuelle Forderung aus Bürgschaft für den allfälligen Rückgriff gegen den Hauptschuldner im Konkurse des Rückbürgen geltend machen könne, ist in Anwendung der Art. 210 und 215 SchKG regelmässig bejahend zu beantworten, und zwar gleichgültig, ob dem Bürgen, der noch keinerlei Zahlung geleistet hat, zugestanden werden wolle, seine eventuelle Rückgriffsforderung im Konkurse des Hauptschuldners geltend zu machen. Wenn nämlich der Gläubiger unterlässt, seine Forderung im Konkurse des Hauptschuldners anzu-

melden, so verliert er seine Ansprüche gegen den Bürgen im Umfange der aus dem Konkurs des Hauptschuldners resultierenden Dividende, während andernfalls einfach die vom Gläubiger im Konkurse des Hauptschuldners angemeldete Forderung auf den später zahlenden Bürgen übergeht (Art. 505, 511 OR); danach bedarf es zur Wahrung der Interessen des Bürgen eigentlich der Befugnis gar nicht, im Konkurse des Hauptschuldners die eventuelle Rückgriffsforderung anzumelden, ausser wenn für sie, und nur für sie, also nicht auch für die Hauptforderung, eine akzessorische Sicherheit bestellt worden ist. Im Konkurse des Rückbürgen dagegen kommt eine Forderungsanmeldung des Gläubigers nicht in Frage, weil dieser in keinem Rechtsverhältnisse zum Rückbürgen steht; infolgedessen ist der Bürge darauf angewiesen, selbst seine Rechte zu wahren, eben durch Anmeldung einer bedingten Forderung aus (Rück-) Bürgschaft für den ihm gegen den Hauptschuldner zustehenden Rückgriff.

Vorliegend muss indessen die Zulassung einer (auch nur bedingten) Forderung aus der Rückbürgschaft zugunsten des Klägers verweigert werden wegen der Konkurrenz mit der von der Kantonalbank geltend gemachten Forderung aus der Bürgschaft, weil das Entstehen der Konkursmasse des Gottfried Imobersteg für den allfälligen Rückgriff des Klägers gegen die Hauptschuldnerin Imobersteg & C^{ie} A.-G. über den Betrag von 20,000 Fr. hinaus kraft der Rückbürgschaft voraussetzt, dass der Kläger gerade diejenige Forderung der Kantonalbank tilge, für welche die Kantonalbank die Konkursmasse des Gottfried Imobersteg ohnehin in Anspruch nimmt. Wäre Gottfried Imobersteg nicht in Konkurs geraten, so hätte er nur einmal für die Summe von 107,725 Fr. belangt werden können, sei es von der Kantonalbank selbst, durch deren Befriedigung dann auch die Rückbürgschaft erloschen wäre, sei es durch den Kläger, nachdem dieser die Kantonalbank befriedigt hätte, wodurch Gottfried Imobersteg jeglicher Verpflich-

tung gegen die Kantonalbank selbst enthoben worden wäre (oder endlich von der Kantonalbank und vom Kläger je für einen Teil). Gleichwie aber Gottfried Imobersteg vor der Konkurseröffnung durch Zahlung der verbürgten Schuld von 107,725 Fr. an die Kantonalbank sowohl von der der Kantonalbank geleisteten Bürgschaft, als auch von der dem Kläger geleisteten Rückbürgschaft befreit worden wäre, so entledigt sich nach der Konkurseröffnung über seine Erbschaft die Konkursmasse durch die Ausrichtung der Konkursdividende für die Forderungssumme von 107,725 Fr. an die Kantonalbank jeglicher Verpflichtung aus der Bürgschaft und zugleich auch aus der Rückbürgschaft, da die Konkursmasse durch die Ausrichtung der Konkursdividende auf eine Schuld in gleicher Weise von dieser befreit wird wie der Schuldner selbst durch (volle) Zahlung (vgl. BGE 25 II S. 949). Indem der Kläger *n e b e n* der — in Rechtskraft erwachsenen — Kollokation der Kantonalbank für die ganze Forderung von 107,725 Fr. noch seine eigene Kollokation für einen ebenso hohen Betrag verlangt, verneint er aber gerade, dass die Konkursmasse durch die Ausrichtung der Konkursdividende an die Kantonalbank von der Bürgschaft in gleicher Weise befreit werde, wie wenn Gottfried Imobersteg die Kantonalbank seinerzeit gänzlich befriedigt hätte, also auch von der Rückbürgschaft. M. a. W. der Kläger macht im Konkurs eine Forderung in Konkurrenz mit der Kantonalbank geltend, die vor dem Konkurs nicht in Konkurrenz mit der Forderung der Kantonalbank gegen Gottfried Imobersteg hätte geltend gemacht werden können. Dies ist jedoch nicht zulässig: die Konkurseröffnung berechtigt nicht zur Geltendmachung von Forderungen, welche bis zum Konkurs nicht gegen den in Konkurs geratenen Schuldner geltend gemacht werden konnten. Gerade für den Fall, dass der Gemeinschuldner mit anderen Personen zusammen verpflichtet war, soll unter möglichster Wahrung der Gläubigerrechte die kumulative Belastung der Konkurs-

masse mit der Schuld gegenüber dem Gläubiger und Rückgriffsschulden gegenüber den Mitverpflichteten durch die Vorschrift des Art. 217 SchKG verhindert werden. Danach ist ungeachtet teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch einen Mitverpflichteten des Gemeinschuldners und ungeachtet daheriger Rückgriffsberechtigung jenes Mitverpflichteten gegen den Gemeinschuldner im Konkurs einzig und allein die Forderung des Gläubigers in ihrem vollen ursprünglichen Betrag aufzunehmen und kommt der auf die Forderung entfallende Anteil an der Konkursmasse dem Gläubiger bis zu seiner vollständigen Befriedigung zu; erst aus einem allfällig nach vollständiger Befriedigung des Gläubigers verbleibenden Überschuss erhält der rückgriffsberechtigte Mitverpflichtete den Betrag, den er erhalten würde, sofern ihm nicht verwehrt worden wäre, sein Rückgriffsrecht selbständig geltend zu machen. Die Anwendung dieser Vorschrift ist ihrem Wortlaute nach nicht beschränkt auf das von Gesetzes wegen bestehende Rückgriffsrecht des zahlenden Mitverpflichteten, sondern muss ihrem Zwecke nach auch gegenüber vertraglicher Ausdehnung des Rückgriffsrechtes platzgreifen (vgl. BGE 25 II S. 952). Letzteres läuft nicht etwa auf die Ausserachtlassung derartiger Vereinbarungen hinaus; denn sobald nach vollständiger Befriedigung des Gläubigers ein Überschuss verbleibt, vermögen sie zugunsten des rückgriffsberechtigten Mitverpflichteten ihre Wirkungen zu entfalten. Nur die Folge darf den Vereinbarungen über das Rückgriffsrecht nicht zugestanden werden, dass, während der Schuldner selbst nur entweder mit der Forderung des Gläubigers oder aber dem Rückgriffsrecht eines zahlenden Mitverpflichteten zu rechnen hatte, als Konkursforderungen die Forderung des Gläubigers und das Rückgriffsrecht des zahlenden Mitverpflichteten nebeneinander geltend gemacht und auf diese Weise die Passivmasse des Konkurses doppelt belastet werde.

Nun ist ja freilich die Forderung des Klägers aus der

Rückbürgschaft nicht eine eigentliche Rückgriffsforderung aus der gegenüber der Kantonalbank eingegangenen Mitbürgschaft, sondern eine Forderung aus Bürgschaft für seine Rückgriffsforderungen gegen die Hauptschuldnerin und die übrigen Mitbürgen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es diese Rückgriffsforderungen sind, für welche der Kläger gestützt auf die Rückbürgschaft aus dem Konkursmassevermögen des Gottfried Imobersteg sich bezahlt machen will, welches auch die Kantonalbank selbst gestützt auf die Bürgschaft in Anspruch nimmt. Indessen ist eben nach der angeführten Vorschrift des Art. 217 SchKG eine die Deckung von Rückgriffsforderungen anderer Mitverpflichteter bezweckende Anteilnahme derselben am Ergebnis des Konkurses über einen der Mitverpflichteten verpönt, solange der Gläubiger selbst an der Konkursmasse Anteil nimmt und nicht für ihn ein Überschuss sich ergibt. Damit ist die Anwendung der Art. 210 und 215 SchKG auf die von einem Mitbürgen einem anderen Mitbürgen geleistete Rückbürgschaft ausgeschlossen, sofern der Gläubiger selbst seine Forderung im Konkurse jenes Mitbürgen geltend macht und solange nicht für ihn ein Überschuss sich ergibt. Für die Ordnung dieses letzteren Falles bedarf es auch gar keiner — nach dem Ausgeführten unzulässigen — Kollokation des rückgriffsberechtigten Mitverpflichteten neben dem Gläubiger, sondern genügt die blosser Erwähnung des Rückgriffsrechtes unter Nennung des bezahlten Betrages (vgl. JAEGER, Note 7 zu Art. 217 SchKG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 1. März 1928 bestätigt, soweit angefochten.

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.
Poursuite et faillite.

ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER

ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES ET DES FAILLITES

70. **Entscheid vom 5. November 1928**

i. S. Kaulen & Herzog G. m. b. H.

Gepfändete Forderungen sind (mit Ausnahme der in Art. 132 SchKG angeführten Ansprüche sowie der noch nicht verdienten, gepfändeten Lohn Guthaben) innert der Frist des Art. 122 SchKG zu verwerten, unbekümmert, ob deren Zahlung mit grösserer oder weniger grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

Ein von einem Gruppengläubiger gestelltes Verwertungsbegehren wirkt zu Gunsten aller Gruppengläubiger. SchKG Art. 117.

Les *créances saisies* (à l'exception des prétentions prévues à l'art. 132 LP et des salaires futurs saisis par avance) doivent être réalisées dans le délai institué par l'art. 122 LP sans égard à la plus ou moins grande probabilité de leur recouvrement.

La *réquisition de vente* formulée par l'un des créanciers d'une série vaut pour tous les créanciers de la série (art. 117 LP).

I crediti pignorati (eccetto le pretese di cui all'art. 132 LEF e i salari pignorati prima della scadenza) devono essere realizzati entro il termine previsto dall'art. 122 LEF senza riguardo alla maggiore o minore probabilità del loro incasso. La domanda di vendita fatta da un membro di un gruppo profitta a tutti gli altri (art. 117 LEF).

A. — In der auf Grund eines Arrestbefehles eingeleiteten Betreuung Nr. 1701 des Betreibungsamtes