S. 142 / Nr. 34 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Zivilabteilungen)(d)

BGE 59 III 142

34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juni 1933 i. S. Portmann gegen Kohlenunion Geldner A.-G.

Seite: 142
Regeste:
Stimmrecht im Nachlassvorfahren mit Bezug auf eine nur teilweise verbürgte Forderung (Art. 303 SchKG):
Der Gläubiger ist befugt, für den unverbürgten Teil der Forderung die Zustimmung zum Nachlassvertrag zu erteilen oder zu verweigern und dem Bürgen die Stellungnahme gemäss Art. 303 Abs. 2 und 3 (nur) für den verbürgten Rest der Forderung zu überlassen.
Droit de vote dans la procédure de concordat relativement à une créance garantie par un cautionnement pour une partie seulement de son montant (art. 303 LP):
Le créancier est en droit d'adhérer ou de refuser d'adhérer au concordat pour la part non garantie de la créance et de laisser à la caution le soin de se déterminer elle-même en conformité de l'art. 303 al. 2 et 3 en ce qui concerne la part garantie.
Concordato. - Diritto di voto in merito ad un credito garantito con sigurtà solamente per una parte del suo importo (art. 303 LEF):
Il creditore può aderire o rifiutarsi di aderire al concordato per la parte non garantita del credito, lasciando alla cauzione la cura di pronunciarsi sull'adesione, conformemento all'art. 303 cap. 2 e 3 LEF, par quanto concerne l'importo garantito.

A. - Gemäss Bürgschaftsverpflichtung vom 24. November 1926 verbürgten der Kläger und Alois Brunner (später Josef Zumbühl) «solidarisch für sich und mit dem Hauptschuldner» gegenüber der Kohlenunion Geldner A.-G., in Basel, einen von derselben dem Louis Zumbühl, in Sursee, gewährten Warenkredit bis zur Höhe von 10000 Fr. für den Maximalbetrag von 12000 Fr. Am 20. November 1930 kündigte Portmann seine Bürgschaft auf den 1. Januar 1932. Die Forderung des Hauptschuldners war

Seite: 143
damals auf rund 29000 Fr. angestiegen. Portmann wies daraufhin, dass bloss ein Warenkredit von 10000 Fr. vorgesehen gewesen sei, und machte unter Hinweis auf Art. 509 OR alle Vorbehalte bezüglich seiner Haftung. Die Beklagte wies diesen Vorbehalt zurück. Im Verlaufe weiterer Korrespondenz erklärte ihr Portmann am 19. Oktober 1931: «Zur Sache selbst sei vorausgeschickt, dass ich auf eine rechtliche Austragung der Zahlungspflicht verzichte. Offen gestanden gehen die Meinungen auseinander». Am 4. Juli 1931 teilte die Beklagte ihm mit, dass sich der Schuldner ausserstande erkläre, die Schuld zu bezahlen, und sie sich bis zum Betrag von 12000 Fr. an die Bürgen zu halten gezwungen sehe, und am 1. Oktober 1931 eröffnete sie ihm, dass der Schuldner eine Nachlasstundung erlangt habe und dass sie die Bürgen für die 12000 Fr. belaste. «Im Nachlassverfahren haben Sie somit diesen Betrag als Forderung Ihrerseits einzureichen, damit Sie ebenfalls in den Genuss der schlussendlich resultierenden Nachlassdividende kommen». Portmann gab dem Sachwalter im Nachlassvertrag eine Forderung aus Bürgschaft zu Gunsten der Firma Geldner A.-G. in Basel im Betrage von 6000 Fr. ein. Der Sachwalter antwortete ihm, dass die Forderung nicht berücksichtigt werden könne, da die Kohlenunion Geldner A.-G. ihren ganzen Forderungsbetrag anzumelden habe. Diese hatte in der Tat ihre ganze Forderung von 26713 Fr. 15 Cts. eingegeben, mit der Bemerkung, dass 12000 Fr. davon von Portmann und Josef Zumbühl verbügt seien. In der Folge gab sie folgende Zustimmungserklärung ab: «Der unterzeichnete Gläubiger mit einer ungedeckten Forderung von 14713 Fr. 15 Cts. gibt hiermit seine Zustimmung zu einem gerichtlichen Nachlassvertrag auf der Basis einer Nachlassdividende von 10% per Saldo. . . Für den verbürgten Teil unserer Forderung in der Höhe von 12000 Fr. überlassen wir die Zustimmungserklärung den Bürgen».
B. - Der Nachlassvertrag kam zustande und der

Seite: 144
Kohlenunion Geldner A.-G. wurden die 10% Dividenden auf ihrer Forderung von 26713 Fr. 15 Cts. ausbezahlt. In der Folge betrieb sie den Bürgen Portmann für den verbürgten Betrag, abzüglich 10%, ausmachend 10800 Fr. nebst Zins und erlangte hierfür provisorische Rechtsöffnung. Im vorliegenden Prozess klagt der Betriebene auf Aberkennung der Forderung, indem er den Standpunkt einnimmt, seine Bürgschaftsverpflichtung sei gemäss Art. 303 SchKG untergegangen; denn die Gläubigerin

habe dem Nachlassvertrag zugestimmt, ohne ihm das Angebot gemäss Art. 303 al. 2 und 3 SchKG zu machen. Zwar habe sie ausdrücklich die Zustimmung auf den nicht verbürgten Teil beschränkt, allein eine solche Beschränkung sei mit Rücksicht auf die Einheit der Forderung nicht möglich gewesen, so dass die Zustimmung für die ganze Forderung gelte. Er nimmt ferner seinen frühern Einwand wieder auf, wonach die Gläubigerin die Interessen der Bürgen gefährdet habe, wenn sie statt dem vorgesehenen Kredit von 10000 Fr. einen weit höhern bewilligt habe. Infolgedessen seien sie gemäss Art. 509 OR freigeworden.
C. - Das Obergericht des Kantons Luzern hat die Klage abgewiesen.
D. - Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig die Berufung erklärt mit dem Antrag auf Aufhebung desselben und Zuspruch der Klage.
Die Beklagte liess Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides beantragen.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.- (Zurückweisung der Einreden des Klägers, die Beklagte sei mit der Wahrnehmung ihrer Rechte gegenüber dem Mitbürgen säumig gewesen, sie habe sich ferner vom Hauptschuldner Schadloshaltung für den Ausfall im Nachlassverfahren zusichern lassen, und sie habe endlich die Interessen des Klägers i. S. von Art. 509 Abs. 1 OR gefährdet.)

Seite: 145
2.- Mit Bezug auf den Einwand aus Art. 303 SchKG steht fest, dass die Beklagte im Nachlassverfahren ihre volle Forderung eingegeben, ihre Zustimmung zum Nachlassvertrag aber in der Folge ausdrücklich nur für den unverbürgten Betrag von 14713 Fr. 15 Cts. erteilt, die Zustimmung für den verbürgten Teil von 12000 Fr. dagegen den Bürgen vorbehalten hat. Gegen die Zulassung einer solchen Zerlegung einer nur zum Teil verbürgten Forderung bei der Zustimmung zum Nachlassvertrag lassen sich keine stichhaltigen Gründe anführen. Bedenken könnten sich höchstens wegen der Berechnung der Kopfstimmenmehrheit ergeben. Hier hat jeder Gläubiger, ob er eine einzige oder mehrere Forderungen vertritt, nur eine einzige Stimme. Durch die Zerlegung der Forderung in einen verbürgten und einen unverbürgten Teil erhöht sich die Zahl der Gläubiger um einen; für dieselbe Forderung treten nun zwei Gläubiger auf. Nun kann aber kein Gläubiger daran verhindert werden, durch Abtretung von Teilbeträgen (vor dem Nachlassverfahren) die eine Forderung in mehrere zu zerlegen und so die Zahl der Gläubiger zu erhöhen. Ferner erscheint vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus eine Forderung, von der nur ein Teil verbürgt ist, bereits von vornherein für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zerlegt, d. h. es können praktisch die unverbürgte (Teil-) Forderung des Gläubigers und die Regressforderung des Bürgen unterschieden werden. Es liegt daher nahe, die Teilung in die unverbürgte und die verbürgte Forderung für die Frage der Zustimmung - wenn auch nicht für die Eingabe, vgl. BGE 25 II 929 - zum Nachlassvertrag zuzulassen. Nur auf diese Weise werden dem Gläubiger und dem Bürgen die Entschliessungen ermöglicht, welche ihnen das Gesetz im Nachlassverfahren vorbehalten hat; denn lässt man die Zerlegung nicht zu und behandelt die Forderung als eine Einheit, so entzieht man entweder dem Gläubiger die Freiheit, für den unverbürgten Teil die Zustimmung ohne Einmischung des Bürgen zu gewähren

Seite: 146
oder zu versagen, oder man gibt ihm diese Freiheit und schliesst damit die Bürgen von ihrem Mitspracherecht aus, das ihnen Art. 303 für den von ihnen verbürgten Teil der Forderung gewährleistet. Wenn übrigens in Art. 303 Abs. 2 dem Gläubiger die Rechte gegen seine Bürgen gewahrt werden, sofern er den letztern die Abtretung seiner Forderung gegen Bezahlung angeboten hat, so wird damit die Zerlegung der Forderung vom Gesetz selbst als möglich und zulässig vorausgesetzt; denn dem Gesetzgeber war die Möglichkeit einer bloss teilweisen Verbürgung bekannt; dass er in solchen Fällen dem Gläubiger die Abtretung der vollen Forderung zumuten wollte - der Bürge wäre ja nur zur Bezahlung der Bürgschaftssumme verpflichtet - ist ausgeschlossen; und nichts zwingt zur Annahme, er habe eine Anwendung von Art. 303 Abs. 2 auf diejenigen Fälle beschränken wollen, in welchen die ganze Forderung verbürgt wurde. Ist aber die Teilung der Zustimmung in Fällen des Abs. 2 von Art. 303 möglich, so muss sie auch in denjenigen des Abs. 3 zugelassen werden.
In ihrem Schreiben vom 1. Oktober 1931 ist die Beklagte nun für den verbürgten Teil ihrer Forderung nach Art. 303 Abs. 2 vorgegangen. In ihrer Mitteilung, sie belaste den Bürgen nach Eröffnung des Nachlassverfahrens über den Schuldner mit 12000 Fr. plus Zins und Kosten und erkenne den Hauptschuldner im gleichen Betrag, im Nachlassverfahren habe er somit den Betrag als seine eigene Forderung einzureichen, damit er ebenfalls in den Genuss der Dividende komme, - in dieser Mitteilung lag unmissverständlich das Angebot einer Abtretung des verbürgten Teiles der Forderung, und der Beklagte hat sie auch so verstanden, indem er daraufhin - unnötigerweise - eine eigene Forderung eingab; daran ändert der Umstand nichts, dass er diese Forderung nicht auf 12000 Fr., sondern auf

die ihn im internen Verhältnis zwischen den beiden Bürgen treffende Hälfte bemass. Allerdings war mit der Offerte der Abtretung entgegen

Seite: 147
Art. 303 Abs. 2 nicht auch noch die Mitteilung von Zeit und Ort der Gläubigerversammlung verbunden; allein die Vorinstanz stellt fest, dass diese Daten dem Kläger bereits bekannt waren. Unter diesen Umständen schadete diese Unterlassung der Beklagten nichts (vgl. BGE 31 II 102 E. 5). Auf jeden Fall müsste das Schreiben der Beklagten vom 1. Oktober 1931 als eine Ermächtigung im Sinne von Art. 303 Abs. 3 aufgefasst werden.
Die Beklagte hat daher ihre Rechte gegenüber dem Kläger nicht verwirkt.
3.- Mit Recht hat es übrigens die Vorinstanz als unzulässig erklärt, die Zustimmungserklärung, die die Beklagte abgegeben hat, auf die ganze Forderung zu beziehen. Es geht in der Tat nicht an, einfach darüber hinwegzusehen, dass sich die Zustimmung nach dem ausdrücklich erklärten Willen der Beklagten nur auf den verbürgten Teil der Forderung beziehen sollte. Wollte man eine solche Einschränkung als unzulässig betrachten, so müsste das zur Nichtbeachtung der ganzen Erklärung führen
Demnach erkennt das Bundesgericht.
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 24. Januar 1933 bestätigt