

Die betriebs- und konkursrechtliche Behandlung von Mitverpflichtungen

Autor(en): **Roos, G.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **59 (1940)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896180>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Die betreibungs- und konkursrechtliche Behandlung von Mitverpflichtungen.

Von Dr. G. Roos, Sekretär der Justizdirektion
des Kantons Bern.

I.

Mitverpflichtungen spielen im heutigen Rechtsleben eine bedeutsame Rolle. Insbesondere bei Kreditgeschäften ist es eine alltägliche Erscheinung, daß der Kredit von verschiedener Seite dadurch gesichert wird, daß sich eine oder mehrere Personen persönlich neben dem Kreditnehmer verpflichten oder aus ihrem Vermögen ein Pfand bestellen. Wirtschaftlich soll die Mitverpflichtung dem Gläubiger die Aussicht verstärken, für seinen Anspruch befriedigt zu werden. Aktuell wird die Mitverpflichtung daher, wenn einer, mehrere oder sogar alle Mitverpflichteten in Zahlungsschwierigkeiten geraten oder gar zahlungsunfähig werden. Es erscheint deshalb angezeigt, dem Rechtsinstitut der Mitverpflichtung in seiner betreibungs- und konkursrechtlichen Ausgestaltung nachzugehen.

Das SchKG verwendet den Ausdruck „Mitverpflichtete“ an verschiedenen Stellen, ohne selber eine Definition zu geben; indessen handelt es sich um einen Begriff des materiellen Rechts. Im weitesten Sinn kann überall da von Mitverpflichtung gesprochen werden, wo mehrere dem Gläubiger das Ganze oder besser das Gleiche schulden oder wo der eine schuldet und der andere dafür nur haftet.

Typisch ist das Solidarschuldverhältnis. Zum bessern Verständnis der betreibungsrechtlichen Erörterungen erscheint es unumgänglich, einige materielle Grundsätze, die sich am klarsten bei der Solidarschuld zeigen lassen, vorzuschicken. Das Wesen der Solidarschuld besteht nach

Art. 144 OR darin, daß der Gläubiger von allen Solidarschuldern die Leistung verlangen kann und sämtliche Schuldner so lange verpflichtet bleiben, bis die ganze Forderung getilgt ist. Nach moderner, auch dem OR zugrundeliegender Anschauung besteht die Solidarität nicht aus einer Forderung gegen mehrere Schuldner, sondern aus mehreren gegen jeden Schuldner einzeln gerichteten Forderungen, wobei aber alle diese Forderungen im Vermögen des Gläubigers bloß einen Posten darstellen, da sie nur zu einer einmaligen Leistung führen¹⁾. Über jede einzelne Forderung kann der Gläubiger gesondert verfügen, die eine kann bedingt, die andere unbedingt sein, die eine kann ferner durch Pfand oder Bürgschaft gesichert sein, während die andere unversichert ist usf. Wenn demgegenüber Art. 136 Abs. 1 OR bestimmt, daß die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen wirke, so kann dies nur als ein Überbleibsel aus der sonst aufgegebenen gemeinrechtlichen Einheitstheorie der sog. Korrealobligation verstanden werden. Grundlegend für die Erfassung der Solidarschuld ist, daß man sie sich in zwei Rechtskreise zerlegt vorstellt: auf der einen Seite das Verhältnis der Solidarschuldner zum Gläubiger, das Außenverhältnis, auf der andern das Verhältnis der Solidarschuldner unter sich, das Innenverhältnis. Die Hauptfolge des Innenverhältnisses sind die Rückgriffsrechte, welche bezwecken, daß letzten Endes die Schuld auf die einzelnen Schuldner so verteilt wird, wie es der materiellen Grundlage des Verhältnisses entspricht. Im Dienste dieser Ausgleichung steht die Subrogation, kraft deren die Forderung des Gläubigers mit ihren allfälligen Sicherheiten im Umfang seines Rückgriffsrechtes auf den zahlenden Solidarschuldner übergeht²⁾. Trotz Subrogation kann aber der rückgriffsberechtigte Solidarschuldner die übrigen Solidar-

¹⁾ von Thur, Allg. Teil OR II 683, BGE 50 III 85.

²⁾ Roos, Über die Subrogation, Abh. z. schweiz. Recht, Heft 29, 42 ff., BGE 45 III 110, 53 II 30.

schuldner für seinen Rückgriff nicht wieder solidarisch verfolgen; mit der Zahlung der Schuld ist das Außenverhältnis vielmehr erledigt und zurück bleibt nur noch das Innenverhältnis, also die anteilmäßige Haftung.

II.

Aus dieser materiellrechtlichen Grundlage lassen sich die Grundsätze für die Betreibung von Solidarschuldnern unschwer ableiten. Der Gläubiger kann einen der Mitschuldner herausgreifen und auf dem Betreibungsweg belangen, womit er nach der erwähnten Ausnahmebestimmung des Art. 136 Abs. 1 OR die Verjährung gegen alle Solidarschuldner unterbricht. Er kann aber auch alle gleichzeitig betreiben. So wie verschiedene Forderungen bestehen, handelt es sich dabei um soviel Betreibungen, als Schuldner da sind. Für jeden ist daher ein Zahlungsbefehl mit Gläubiger- und Schuldnerdoppel auszufertigen und in jedem Fall sind die vollständigen Gebühren zu berechnen (Art. 70 Abs. 2 SchKG, Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts Nr. 15 vom 16. Februar 1906). Aus der selbständigen Natur der einzelnen Betreibungen ergeben sich folgende betreibungsrechtlichen Folgerungen, um nur die wichtigsten zu nennen: die eine Betreibung kann je nach der Person des Schuldners auf Konkurs gehen, während die andere zur Pfändung führt. Jeder Schuldner erhebt für sich Rechtsvorschlag und gegen jeden muß gesondert Rechtsöffnung erwirkt werden, um die Betreibung gegen ihn fortsetzen zu können. Zahlt der eine die Schuld an das Betreibungsamt oder führt eine Betreibung durch Verwertung zur Befriedigung des Gläubigers, so erlischt unmittelbar nur die gegen diesen Schuldner gerichtete Betreibung; die andern Mitschuldner sind auf den Weg des Art. 85 SchKG verwiesen, d. h. sie haben beim Richter um Aufhebung der Betreibung nachzusuchen, wenn der Gläubiger die Betreibung trotzdem fortsetzen wollte. Ein einem der Mitschuldner nach Art. 123 SchKG gewährter Verwer-

tungsaufschub wirkt einzig für diesen; verlangen mehrere den Verwertungsaufschub, so hat jeder die für ihn individuell festgesetzten Abschlagszahlungen zu leisten und nicht etwa bloß alle zusammen jeweils eine Abschlagszahlung. Ferner kann nur derjenige der Betriebenen, zu dessen Gunsten eine Pfandsicherheit besteht, den Gläubiger auf die Betreibung auf Pfandverwertung verweisen, wobei jedoch zu beachten ist, daß der Mitverpflichtete, der ein Pfand stellt, z. B. der Bürge, damit in der Regel auch seine eigene Verpflichtung sichern will³⁾. Zahlt der rückgriffsberechtigte Mitschuldner, so tritt er kraft Subrogation, die eine gesetzliche Zession ist, wie bei dieser auch in die Betreibungsrechte des Gläubigers gegen den rückgriffsverpflichteten Mitschuldner ein. Will dieser den Bestand oder Umfang des geltend gemachten Rückgriffsrechtes bestreiten, dann hat er dies mit nachträglichem Rechtsvorschlag zu tun, welchen Rechtsbehelf das Bundesgericht in ausdehnender Auslegung von Art. 77 SchKG dem Schuldner zugesteht, wenn der Gläubiger die Forderung während des Betreibungsverfahrens abtritt⁴⁾. Zur Fortsetzung der Betreibung gegen den zur Ausgleichung verpflichteten Mitschuldner hat der Gläubiger dem ihn befriedigenden Mitschuldner die in seinen Händen befindlichen Betreibungsurkunden auszuliefern (Art. 170 Abs. 2 OR).

Eine Ausnahme vom Grundsatz, daß jede Betreibung gegen Mitschuldner eine selbständige Existenz führt, scheint Art. 70 Abs. 2 SchKG aufzustellen, indem diese Vorschrift die Anlegung eines einzigen Zahlungsbefehls gestattet, wenn die Mitschuldner einen gemeinsamen Vertreter haben⁵⁾. Doch kann nach den Zustellungsvorschrif-

³⁾ BGE 50 III 86.

⁴⁾ BGE 22 I 670.

⁵⁾ Ist einer der Mitschuldner zugleich gesetzlicher Vertreter eines andern, so findet Art. 70 Abs. 2 SchKG keine Anwendung, sondern es sind zwei gesonderte Zahlungsbefehle zuzustellen. (BGE 63 III 13.)

ten des SchKG hier nur ein gesetzlicher Vertreter gemeint sein. Dieser Schluß ergibt sich zwingend aus Art. 46 u. 47 SchKG. Betreuungsort ist grundsätzlich der Wohnort des Schuldners, und eine Prorogation des Betreuungsortes ist ausgeschlossen. Hat der Schuldner aber einen gesetzlichen Vertreter, so ist die Betreuung an dessen Wohnsitz anzuheben und es sind diesem die Betreuungsurkunden zuzustellen. Da man nicht unterstellen darf, daß die Mitschuldner alle am gleichen Ort wohnen, ist daher eine Betreuung am Wohnsitz des gemeinsamen Vertreters nur zulässig, wenn dieser ein gesetzlicher ist⁶⁾. Aber auch dann liegt keine eigentliche Ausnahme vom Grundsatz vor, daß für jeden Mitschuldner eine selbständige Betreuung läuft. Der gesetzliche Vertreter ist vielmehr befugt, für den einen durch Rechtsvorschlag die Schuldpflicht zu bestreiten, für den andern aber anzuerkennen, und die Pfändung ist auch bei gemeinsamer gesetzlicher Vertretung mehrerer Mitschuldner gegenüber jedem in der Höhe der ganzen Forderung vorzunehmen; es kann nicht genügen, daß insgesamt die gepfändeten Gegenstände nach ihrem Schätzungsbetrag die Forderung decken, weil sonst die materiellrechtliche Besserstellung des Gläubigers von Mitverpflichteten gegenüber dem Gläubiger eines einzigen Schuldners betreibungsrechtlich nicht zur Geltung käme⁷⁾.

III.

a) Eine Mitverpflichtung liegt nach der gegebenen Definition auch dann vor, wenn der eine schuldet, d. h. mit seinem Vermögen für die Schuld einsteht, der andere aber nur mit einem bestimmten Gegenstand haftet. Dies ist der Fall bei der Verpfändung für fremde Schuld, welche dadurch entstehen kann, daß jemand eine Sache für die Schuld eines andern zu Pfand setzt, oder daß der

⁶⁾ Blumenstein, Schweiz. Schuldbetreibungsrecht 244, Jaeger, Art. 70 N. 8, BGE 41 III 395.

⁷⁾ BGE 63 III 14.

Schuldner eigenmächtig dem gutgläubigen Gläubiger eine fremde Sache verpfändet, oder endlich dadurch, daß ein Dritter die vom Schuldner verpfändete Sache später zu Eigentum erwirbt, ohne daß eine Schuldübernahme stattfindet.

Der Drittverpfänder befindet sich in einer ähnlichen Stellung wie der Bürge. Bürgschaft und Verpfändung für fremde Schuld fallen beide unter den Oberbegriff der Interzession. Der Drittverpfänder hat allerdings keine Verpflichtung, den Gläubiger zu befriedigen (nach Art. 110 Ziff. 1 OR und 827 ZGB hat er aber das Recht, den Gläubiger zwecks Ablösung des Pfandrechts zu befriedigen), seine Rechtspflicht beschränkt sich vielmehr darauf, die Zwangsvollstreckung in der Form der Pfandverwertung in sein Eigentum zu dulden. Bürgschaft und Pfandrecht sind die wirtschaftlich bedeutsamsten Nebenrechte von Forderungen, d. h. ihre Rechtswirksamkeit ist abhängig vom Bestand der Forderung. Daher ist dem Drittverpfänder gleich dem Bürgen das Recht einzuräumen, dem Gläubiger die dem Schuldner zustehenden Einreden entgegenzuhalten, was Art. 845 Abs. 2 ZGB ausdrücklich im Schuldbriefsrecht und § 1137 deutsches BGB allgemein dergestalt aussprechen, daß sie auf die Einreden des Bürgen verweisen. Ein Ausfluß aus diesem Grundsatz ist Art. 831 ZGB, der entsprechend der Regelung bei der Bürgschaft (Art. 500 Abs. 2 OR) verlangt, daß die Forderung sowohl gegenüber dem Schuldner als auch gegenüber dem Eigentümer des Pfandes gekündigt werden muß. Im Gegensatz zum Bürgen hat der Dritteigentümer des Pfandes aber nicht das Recht der Vorausklage; im Gegenteil hat der Schuldner gemäß Art. 41 Abs. 1 SchKG Anspruch darauf, daß der Gläubiger vorerst seine Befriedigung aus den Pfändern suche. Geschieht dies, so subrogiert der Pfandeigentümer grundsätzlich in die Stellung des Gläubigers; denn auch die Pfandverwertung ist eine Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Pfandeigentümers (Art. 110 Ziff. 1 OR, 827 ZGB).

Hat der Dritteigentümer des Pfandes das Recht, den Bestand der Hauptforderung zu bestreiten, so ergibt sich vollstreckungsrechtlich die Konsequenz, daß er im Betreibungsverfahren Parteistellung einnehmen sollte. In dieser Richtung hat sich denn auch die Rechtsprechung seit Einführung des ZGB entwickelt, während nach der ältern Praxis dem Dritteigentümer des Pfandes noch das Recht versagt wurde, Rechtsvorschlag zu erheben, und Art. 153 Abs. 2 SchKG, nach welcher Bestimmung dem Dritteigentümer auch eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls zugestellt werden muß, nur als Ordnungsvorschrift aufgefaßt wurde. Die neue Rechtsprechung hat ihren Niederschlag dann in der VZG von 1920 gefunden⁸⁾. Grundlage bildet der eben erwähnte Art. 153 Abs. 2 SchKG, der nun aber den Charakter einer Gültigkeitsvorschrift aufweist und für die Grundpfandverwertung des nähern durch Art. 88 und 100 VZG ausgestaltet worden ist. Darnach ist dem Dritteigentümer eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls zuzustellen, sobald der betreibende Gläubiger selber das Pfand im Eigentum eines Dritten stehend bezeichnet oder sich dies aus dem Grundbuch ergibt. Bestreitet aber der Gläubiger das Eigentum des Dritten, so muß zuerst das Widerspruchsverfahren durchgeführt werden, es wäre denn, der Ansprecher, wäre als Eigentümer im Grundbuch eingetragen⁹⁾. Hierauf müßte dem Ansprecher, sofern im Widerspruchsverfahren sein Eigentum festgestellt wird, ein Zahlungsbefehl zugestellt werden.

Art. 88 Abs. 1 VZG enthält — wenn auch nicht ausdrücklich — den Grundsatz, daß der Dritteigentümer für das ganze Verfahren als Betriebener zu behandeln ist. Bestätigt wird der Grundsatz durch Art. 100 Abs. 1 VZG, wonach auch im Falle, wo sich das Dritteigentum erst nach Stellung des Verwertungsbegehrens aus dem Grund-

⁸⁾ BGE 38 I 652, 39 I 459, 41 III 258, 42 III 3, 67 und 247, 43 III 166, 44 III 107, 52 III 113.

⁹⁾ BGE 48 III 38.

buch ergibt, die Rechtskraft des dem Dritteigentümer zugestellten Zahlungsbefehls abgewartet und die Verwertungsfrist von sechs Monaten auch ihm gegenüber eingehalten werden muß.

Immerhin ist die Betreibung gegen den Dritteigentümer nur akzessorisch: das Verfahren kann gegen ihn nur so weit fortgeführt werden, als es auch gegen den Schuldner möglich ist (Art. 88 Abs. 3 VZG). Es ist also nicht eine von Anfang an selbständig geführte Betreibung wie bei der Betreibung von Mitschuldnern, vielmehr handelt es sich um eine einheitliche Betreibung mit einer Nummer, aber doppelter Ausfertigung des Zahlungsbefehls. Für das Doppel des Dritteigentümers darf deshalb auch nicht die ganze Ausfertigungsgebühr verlangt werden, sondern es ist nach Art. 18 Geb.Tar. dafür nur die Gebühr von 20 Rp. für Abschriften zu beziehen.

Diese Bestimmungen gelten sinngemäß auch für die Faustpfandverwertung, denn es ist kein Grund ersichtlich, in dieser Hinsicht einen Unterschied zwischen Grundpfand und Faustpfand zu machen¹⁰⁾.

Für den Gläubiger besteht jedoch die Gefahr, daß er dieser Vorschriften wegen mit seiner Betreibung nie fertig würde, indem der Schuldner durch den bloßen Erlaß des Zahlungsbefehls nicht gehemmt wird, über die ihm gehörige Pfandsache weiterzuverfügen. Darum bestimmt Art. 88 Abs. 2 VZG, daß derjenige Dritteigentümer einer verpfändeten Liegenschaft kein Recht auf Zustellung eines Zahlungsbefehls hat, der das Grundstück erst nach Eintragung einer Verfügungsbeschränkung erworben hat, sei es die fakultative, vom Gläubiger speziell nach Rechtskraft des Zahlungsbefehls zu verlangende, oder die obligatorische, nach Stellung des Verwertungsbegehrens (Art. 90, 97 VZG). Bei der Faustpfandverwertung hilft diese Vorschrift aber nichts. Nach ihrem Grundgedanken muß dort indessen entschieden werden, daß derjenige,

¹⁰⁾ BGE 57 III 26.

der im bösen Glauben, d. h. in Kenntnis, daß bereits eine Betreibung auf Pfandverwertung hängig ist, das Eigentum an der Pfandsache erwirbt, von den dem Dritteigentümer gewährten Rechten ausgeschlossen ist. Darüber wäre grundsätzlich im Widerspruchsverfahren zu entscheiden, entsprechend der Frage, ob Verfügungen des Schuldners über eine gepfändete Sache mit Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers gültig sind (Art. 96 Abs. 2 SchKG). Wenn es sich aber ohne weitere Erhebungen ergibt, daß der Erwerber über die Pfandverwertungsbetreibung orientiert war, dann genügt der Beschwerdeweg zur Abklärung der Frage¹¹⁾.

b) Besondere Verhältnisse bestehen bei der Betreibung für Miet- und Pachtzinse. Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters erstreckt sich auch auf Sachen Dritter, sofern er nicht wußte oder wissen mußte, daß sie nicht dem Mieter oder Pächter gehören, oder sofern es sich nicht um verlorene, gestohlene oder sonst abhandengekommene Sachen handelt (Art. 273, 286 Abs. 3 OR). Es läge nun nahe, das System des doppelten Zahlungsbefehls auch in diesen Fällen einzuführen. Das Bundesgericht hat diese Auffassung aber mit Recht abgelehnt. Das Gesetz will dem Vermieter oder Verpächter eine Sicherung für den Mietzins bzw. Pachtzins dadurch verschaffen, daß er vorzugsweise auf die Einrichtung des Schuldners greifen kann, soweit nicht rechtlich geschützte Interessen Dritter entgegenstehen. Hingegen will es ihm nicht zumuten, sich über den Bestand seines Anspruches mit einem außerhalb des Mietverhältnisses stehenden Dritten auseinanderzusetzen. Darum sei dem Dritten, argumentiert das Bundesgericht, einzig das Recht zuzubilligen, geltend zu machen, daß der Vermieter von seinem Eigentum Kenntnis hatte, bzw. daß ihm die Sachen gestohlen oder sonst abhanden gekommen seien¹²⁾. Die bernische Aufsichtsbehörde hat in Ergänzung hierzu ent-

¹¹⁾ BGE 54 III 229.

¹²⁾ BGE 44 III 109.

schieden, daß dem Dritteigentümer in der Betreibung für Miet- und Pachtzinse außerdem der Einwand zugestanden werden müsse, die in seinem Eigentum stehenden retinierten Sachen gehörten nicht zur Einrichtung und Benützung der vermieteten Räumlichkeiten¹³⁾. Schneidet man dem Dritteigentümer diese Einrede ab, so würde man seiner Stellung nicht gerecht werden, denn bei derartigen Gegenständen hat er ja gar keine Veranlassung, dem Vermieter oder Verpächter mitzuteilen, daß sie nicht Eigentum des Mieters oder Pächters seien. Zusammenfassend ist die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Retentionsbetreibung also dahin zu umschreiben, daß er bloß den Bestand des Retentionsrechtes als solches, ohne Beziehung auf die Forderung bestreiten kann. Diese ihm zustehende Einrede gehört nach der Systematik des SchKG ins Widerspruchsverfahren, indem es sich um die Frage dreht, ob der Retentionsbeschlagnahme gegenüber dem Drittsprecher aufrechterhalten werden kann, mit der Ausnahme, daß in liquiden Fällen im Beschwerdeverfahren entschieden werden kann, ob den retinierten Sachen der Charakter von Invekten und Illaten überhaupt zukomme¹⁴⁾.

IV.

a) Was das Konkursverfahren anbelangt, so bestimmt Art. 232 Ziff. 5 SchKG, daß in der Konkurspublikation die Anzeige aufzunehmen sei, auch Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige des Gemeinschuldners seien berechtigt, an der ersten Gläubigerversammlung teilzunehmen. Unklar ist hingegen, ob sie nur mit beratender Stimme teilnahmeberechtigt oder ob sie auch stimmberechtigt seien. Nach Art. 235 Abs. 4 SchKG beschließt die Versammlung mit der absoluten Stimmenmehrheit der

¹³⁾ ZbJV 68, 296, ebenso die Praxis der Zürcher Gerichte, ZR 33, Nr. 117, vgl. auch Usteri, Retention und Betreibung für Mietzinsforderung, ZschwR NF 56, 104.

¹⁴⁾ BGE 44 III 110, 59 III 69, 61 III 11.

Gläubiger. Gestützt auf letztere Vorschrift versagen Jaeger und Blumenstein den Mitverpflichteten das Stimmrecht¹⁵⁾. Ein anderer Schluß erscheint angesichts des Wortlautes von Art. 235 Abs. 4 SchKG in der Tat nicht möglich. Immerhin ist beizufügen, daß soweit der Mitverpflichtete durch ganze oder teilweise Zahlung ein Rückgriffsrecht erworben und dadurch zum Gläubiger des Gemeinschuldners geworden ist, er auch zur Stimmabgabe berechtigt ist. In der zweiten Gläubigerversammlung verhält es sich gleich (Art. 252 Abs. 3 SchKG).

b) Fällt der Dritteigentümer des Pfandgegenstandes in Konkurs, so ist die Forderung als pfandgesicherte einzugeben. Ein allfälliger Ausfall kommt aber nicht in die V. Klasse, da eine persönliche Verpflichtung des Gemeinschuldners für die Forderung ja nicht besteht.

Wenn dagegen über den Schuldner der Konkurs eröffnet wird, so kann das im Eigentum eines Dritten stehende Pfand nicht im Konkurs liquidiert werden. Es gehört nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners und es ist deshalb undenkbar, es zu admassieren. Im Konkurs des Schuldners ist der Anspruch vielmehr als ganzer unter die unversicherten Forderungen aufzunehmen; daneben kann der Gläubiger die Betreibung auf Pfandverwertung gegen den Gemeinschuldner — nicht etwa gegen die Konkursmasse, da deren Vermögen durch Verwertung des Pfandes nicht berührt wird — und den Dritteigentümer durchführen (Art. 61 KV, Art. 89 VZG). Mit Rücksicht auf die Subrogation des Pfandeigentümers bestimmt dann Art. 61 Abs. 2 KV, daß dieser zum Bezuge der Dividende berechtigt ist, sofern die Pfandverwertung vor deren Ausrichtung stattgefunden hat. Doch kann dies nur dann gelten, wenn der Gläubiger durch die Pfandverwertung volle Befriedigung erhalten hat; ist er nur zum Teil befriedigt worden, dann kommt Art. 217 SchKG zur Anwendung (vgl. unten lit. e), und herrscht Streit darüber,

¹⁵⁾ Jaeger, Art. 235 N. 5, 6; Blumenstein a. a. O. 718.

ob der Pfandeigentümer Anspruch auf die Dividende erheben kann, so haben sich die Betreibungsbehörden einer Entscheidung zu enthalten und die Dividende gerichtlich zu hinterlegen¹⁶⁾.

c) Wird über einen Mitschuldner der Konkurs eröffnet, so ist es selbstverständlich, daß der Gläubiger seinen vollen Anspruch eingeben kann, da ihm dieser das Ganze schuldet. Das ist in Art. 215 SchKG ausdrücklich ausgesprochen für Forderungen aus Bürgschaft.

Diese Regel ergibt sich indessen schon nach allgemeinem Konkursrecht, indem Art. 208 SchKG bestimmt, daß die Konkurseröffnung die Fälligkeit aller Ansprüche gegen den Gemeinschuldner bewirke. Daher hat man daraus, daß Art. 215 SchKG eigentlich nichts Neues besagt, schließen wollen, es müsse doch mehr darin liegen¹⁷⁾. Das Bundesgericht ist dieser Argumentation nicht gefolgt, weil kein stichhaltiger Grund ersichtlich sei, warum die Konkursmasse des einfachen Bürgen schlechter gestellt werden soll als dieser selber. Die Einrede der Vorausklage macht die einfache Bürgschaft vielmehr bloß zu einer bedingten. Als solche ist sie zwar zu kollozieren, doch darf die Dividende dem Gläubiger erst ausgehändigt werden, wenn er den Nachweis erbringt, daß er den Hauptschuldner erfolglos betrieben habe und die Pfänder verwertet seien, oder daß der Hauptschuldner in der Schweiz nicht belangt werden könne¹⁸⁾.

d) In folgerichtiger Ausgestaltung des Gedankens, daß jeder Mitschuldner für das Ganze haftet, gibt Art. 216 Abs. 1 SchKG dem Gläubiger das Recht, wenn über mehrere Mitverpflichtete gleichzeitig der Konkurs eröffnet ist, die Forderung in jedem Verfahren im vollen Betrage geltend zu machen. Dasselbe Recht hat er natürlich erst recht, wenn nur einer der Mitverpflichteten in Konkurs gefallen ist. Ist er hiezu auch verpflichtet? Die Antwort

¹⁶⁾ BGE 54 III 69.

¹⁷⁾ Blumenstein a. a. O. 662.

¹⁸⁾ BGE 42 III 477.

auf diese Frage erteilt das materielle Recht. Dieses bestimmt, ob der Gläubiger den andern Mitverpflichteten gegenüber verantwortlich wird, wenn er keine Eingabemacht. Zum Schutze des Bürgen enthält Art. 511 OR eine derartige Bestimmung: Im Konkurs des Hauptschuldners muß der Gläubiger die Forderung eingeben, ferner muß er den Bürgen von der Konkurseröffnung benachrichtigen. Unterläßt er dies, so verliert er seine Ansprüche gegen den Bürgen insoweit, als diesem aus der Unterlassung ein Schaden entstanden ist, also in der Höhe der Konkursdividende, die der Gläubiger erhalten hätte, wenn er seiner Eingabepflicht nachgekommen wäre. Daher hat der Bürge auch kein rechtliches Interesse, bevor er etwas bezahlt hat, sein zukünftiges Rückgriffsrecht im Konkurs des Hauptschuldners einzugeben, ausgenommen den Fall, wo der Hauptschuldner sein Rückgriffsrecht durch Pfandbestellung besonders gesichert hat¹⁹⁾.

Bei der Solidarschuld besteht nur die Pflicht des Gläubigers, die vorhandenen Sicherheiten nicht aufzugeben (Art. 149 Abs. 2 OR): Sind also solche bestellt, so muß er die Forderung im Konkurs des betreffenden Solidarschuldners eingeben, weil die Pfandgegenstände sonst ohne Rücksicht auf das Pfandrecht verwertet würden, was einem Verzicht darauf gleichkommen würde. Die Mitschuldner haben aber wegen ihres Rückgriffsrechtes in jedem Falle ein Interesse, daß der Gläubiger die Forderung eingibt. In dieser Situation hilft ihnen das ihnen zustehende Befriedigungsrecht, durch das sie die Forderung erwerben und dann im Umfang ihres Regreßrechtes im Konkurs des Mitschuldners selber geltend machen können.

Zur Vermeidung kleinlicher Rückgriffsansprüche bestimmt Art. 216 Abs. 3 SchKG, daß die Konkursmassen mehrerer Mitverpflichteter untereinander keinen Rückgriff haben, solange der Gesamtbetrag der verschiedenen

¹⁹⁾ BGE 54 III 303.

Dividenden den vollen Betrag der Forderung nicht erreicht. Selbst wenn die Konkursdividende in einem Fall den Anteil des Gemeinschuldners übersteigt, hat die Konkursmasse im Gegensatz zu Art. 148 Abs. 2 OR kein Rückgriffsrecht, sondern erst, wenn die verschiedenen Dividenden einen Überschuß ergeben, wirken sich die materiellrechtlichen Rückgriffsrechte aus: derselbe fällt nach Art. 216 Abs. 2 SchKG nach Maßgabe der unter den Mitverpflichteten bestehenden Rückgriffsrechte an die Massen zurück; ergibt sich z. B. im gleichzeitigen Konkurs des Dritteigentümers des Pfandes und des Schuldners ein Überschuß, so fällt dieser gemäß Art. 110 Ziff. 1 OR und Art. 827 ZGB der Konkursmasse des Dritteigentümers zu. Sind die Dividenden bereits dem Gläubiger ausgehändigt worden, so muß die rückgriffsberechtigte Masse den Mehrbetrag von ihm mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern; den Konkursverwaltern ist daher zu empfehlen, vor Auszahlung der Dividenden miteinander in Verbindung zu treten, um zum vornherein zu verhindern, daß dem Gläubiger zuviel ausbezahlt wird. Immerhin ist zu beachten, daß Art. 216 Abs. 3 SchKG nur eine konkursrechtliche Spezialvorschrift darstellt, welche im Hinblick auf nicht im Konkurs sich befindende Mitverpflichtete nicht gilt; diesen gegenüber steht der Masse vielmehr das Rückgriffsrecht nach Art. 148 Abs. 2 OR zu, sobald sie mehr als ihren Anteil geleistet hat²⁰⁾.

e) Interessant gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Gläubiger vor der Konkurseröffnung von einem Mitverpflichteten bereits eine Teilzahlung erhalten hat. Diesen Fall regelt Art. 217 SchKG, welcher folgendermaßen lautet:

Ist ein Gläubiger von einem Mitverpflichteten des Gemeinschuldners für seine Forderung teilweise befriedigt worden, so wird gleichwohl im Konkurs des

²⁰⁾ Jaeger, Art. 216 N. 6.

letztern die Forderung in ihrem vollen ursprünglichen Betrage aufgenommen, gleichviel, ob der Mitverpflichtete gegen den Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht.

Das Recht zur Eingabe der Forderung im Konkurs steht dem Gläubiger und dem Mitverpflichteten zu.

Der auf die Forderung entfallende Anteil an der Konkursmasse kommt dem Gläubiger bis zu seiner vollständigen Befriedigung zu. Aus dem Überschuß erhält ein rückgriffsberechtigter Mitverpflichteter den Betrag, den er bei selbständiger Geltendmachung des Rückgriffsrechtes erhalten würde. Der Rest verbleibt der Masse.

Diese Vorschrift mutet auf den ersten Blick eigenartig an; denn der ans Gesetz herantretende Jurist muß sich doch überlegen: Durch die Teilzahlung sind die Mitverpflichteten im Verhältnis zum Gläubiger im Umfang des Geleisteten befreit worden. Wie kann dem Gläubiger nun trotzdem das Recht gegeben werden, im Konkurs eines Mitverpflichteten seinen ganzen zum Teil doch erloschenen Anspruch geltend zu machen? Zum besseren Verständnis dieser Vorschrift sind drei Fälle auseinanderzuhalten.

1. Die Teilzahlung ist von einem voll rückgriffsberechtigten Mitverpflichteten gemacht worden, z. B. vom Bürgen oder Dritteigentümer des Pfandes. In einem solchen Falle hat der Gläubiger noch die Restforderung in der Hand, der bezahlte Teil ist auf den Mitverpflichteten übergegangen. Nach einem Satze des ungeschriebenen Rechts, der in der Rechtsparömie „*nemo subrogat contra se*“ seinen Ausdruck gefunden hat, darf die Subrogation dem Gläubiger jedoch nicht zum Nachteil reichen²¹⁾. Nimmt der Gläubiger freiwillig eine Teilzahlung an — er kann ja eine solche nach Art. 69 OR zurückweisen — so tut er dies, um seine Aussicht auf Befriedigung zu verbessern, oder wenn die Schuld vereinbarungsgemäß ratenweise

²¹⁾ BGE 60 II 189; Roos, a. a. O. 103 ff.

getilgt werden soll, so ist der Sinn der Abmachung doch der, daß sich das Risiko des Gläubigers allmählich verringern soll. In diesem Zusammenhang ist auch auf den allgemeinen Grundsatz hinzuweisen, der in Art. 85 OR niedergelegt ist, den Gedanken nämlich, daß eine Teilzahlung die Stellung des Gläubigers bessern soll, weshalb der Schuldner die Teilzahlung nicht auf den gesicherten oder besser gesicherten Teil der Forderung anrechnen darf. Die konkursrechtliche Auswirkung des Grundsatzes „*nemo subrogat contra se*“ ist nun eben Art. 217 SchKG²²⁾. Der subrogierte Mitverpflichtete soll hinter dem Gläubiger befriedigt werden, aus der Konkursmasse darf er nichts erhalten, solange der Gläubiger nicht voll gedeckt ist. Andererseits kann die Konkursmasse nicht stärker belastet werden, als es der Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung war. Von diesem hatten aber entweder der Gläubiger oder der voll rückgriffsberechtigte Mitverpflichtete, wenn er jenen ganz befriedigt hatte, das Ganze zu fordern, und bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers standen dem rückgriffsberechtigten Mitverpflichteten der Regreßanspruch in der Höhe der geleisteten Zahlung und dem Gläubiger noch die Restforderung zu. Jedenfalls stellte die Forderung im Vermögen des Schuldners nur einen Passivposten dar. Insgesamt kann also auch die Konkursmasse nur einmal für die ursprüngliche Forderung belastet werden. Zum Ausgleich dieser sich widersprechenden Interessen des Gläubigers und der Konkursmasse sah bereits der Entwurf vom 23. Februar 1886 (Art. 224) nach französischem Vorbild vor, daß der Gläubiger nur seine Restforderung und der Mitverpflichtete seinen Rückgriffsanspruch im Konkurs eines Mitverpflichteten anmelden können, doch wurde dem Gläubiger das Recht zugebilligt, sich aus der auf den regreßberechtigten Mitverpflichteten entfallenden Dividende bis zu seiner vollen Befriedigung bezahlt zu machen. Gesetz wurde indessen die in der

²²⁾ BGE 64 III 48. Ohne Bedeutung ist es, ob der Mitverpflichtete nur mit dem Betrage der geleisteten Zahlung haftete.

Durchführung einfachere, im Ergebnis aber entsprechende Lösung des Art. 217 SchKG: Es wird die ursprüngliche Forderung trotz der Teilzahlung kolloziert, auf die Dividende hat der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung Anspruch und nur ein allfälliger Überschuß wird für den rückgriffsberechtigten Mitverpflichteten verwendet, bis zur Höhe der Dividende, die bei selbständiger Geltendmachung auf die Rückgriffsordnung entfallen würde. Diese Zurückstellung verletzt die rechtlichen Interessen des Rückgriffsberechtigten in keiner Weise, da er ja für den Ausfall, den der Gläubiger erleidet, doch wieder eintreten müßte.

2. Auch das Verhältnis mehrerer intern anteilmäßig Mitverpflichteter wird durch Art. 217 SchKG rationell liquidiert. Jeder von ihnen ist interessiert, daß im Konkurs eines von ihnen mindestens dessen Anteil herauskommt, denn das, was bei einem nicht erhältlich ist, haben sie nach Art. 148 Abs. 3 OR gleichmäßig zu tragen. Ist die Dividende sogar höher als der interne Anteil des Gemeinschuldners, so gibt sich der Ausgleich kraft materiellen Rechts dadurch, daß der Konkursmasse für den Mehrbetrag ein Regreßrecht auf die übrigen Mitverpflichteten — vorbehaltlich der Sonderregelung des Art. 216 Abs. 3 SchKG — erwächst. Und erhält der Gläubiger mehr als volle Deckung, so dient der Überschuß wieder zur Befriedigung des Regreßrechtes des Mitverpflichteten, der schon eine Teilzahlung gemacht hat, freilich nur im Rahmen der auf ihn entfallenden Konkursdividende. Auf mehr kann er mit Fug aber auch nicht Anspruch erheben.

3. Verbleibt noch der Fall, wo die Teilzahlung von demjenigen Mitverpflichteten erfolgte, der intern die Schuldenlast ganz zu tragen hat, was z. B. eintritt, wenn der Hauptschuldner den Gläubiger zum Teil befriedigt hat und der Bürge hierauf in Konkurs fällt. Es wurde nun gegen Art. 217 SchKG speziell vorgebracht, daß er diese Fälle unbillig löse. Die Konkursmasse des Bürgen werde zu stark belastet, da die Hauptschuld und damit

die Bürgschaftsschuld vor der Konkurseröffnung schon zum Teil erloschen seien²³⁾). Dieser Vorwurf ist indessen kaum stichhaltig. Soweit die Konkursmasse des Bürgen eine Leistung erbringt, steht ihr nach Art. 505 OR das Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner zu. Daß so das Risiko der Einbringlichkeit im vollen Umfang auf den Mitverpflichteten abgewälzt wird, ist durchaus in Ordnung, denn hierin liegt gerade der Sinn der Mitverpflichtung insbesondere der Bürgschaft. Besonders deutlich wird die Berechtigung des Art. 217 SchKG auch in diesen Fällen, wenn die Teilzahlung des Hauptschuldners aus dessen vorgängigen Konkurs herrührt. Kann nun der Gläubiger im nachfolgenden Konkurs des Mitverpflichteten dennoch die ganze Forderung eingeben, dann tritt dieselbe Rechtslage ein, wie wenn die beiden Konkursverfahren gleichzeitig schwebten, wo er berechtigt gewesen wäre, in jedem den vollen Betrag geltend zu machen. Warum sollte sich aber die Rechtsstellung des Gläubigers infolge der zufälligen Reihenfolge der Konkurse verschlechtern?

Voraussetzung, daß Art. 217 SchKG zur Anwendung gelangt, ist, wie er ausdrücklich sagt, daß ein Mitverpflichteter des Konkursiten eine Teilzahlung gemacht hat. Hat der Konkursit selber vor der Konkurseröffnung die Teilzahlung erbracht, so bleibt für die Anwendung von Art. 217 SchKG kein Raum. Sonst würde die Masse ungebührlich belastet, denn aus diesem Vermögen ist dem Gläubiger bereits eine Leistung zugekommen. Die Regelung des Art. 217 SchKG liegt, wie ausgeführt, auch im Interesse des Mitverpflichteten. Darum gibt Abs. 2 auch diesem das Recht zur Eingabe der Forderung. Dessen Recht ist indessen nur ein stellvertretendes. Gleichgültig, von wem die Forderung angemeldet wird, muß sie im vollen Betrag auf den Namen des Gläubigers kolloziert werden. Nur wenn der Gläubiger vom Mitverpflichteten ganz befriedigt

²³⁾ So Göttinger, Zum Art. 217 des eidg. Betreibungs- und Konkursgesetzes, ZchwR NF 16, 35 ff.

worden ist, scheidet er aus und an seine Stelle tritt der Mitverpflichtete, sofern und soweit er rückgriffsberechtigt ist.

Welche Behandlung wird daneben der Rückgriffsforderung zuteil? Es leuchtet ohne weiteres ein, daß sie nicht neben der im ursprünglichen Betrage geltend gemachten Hauptforderung kolloziert werden kann. Würde man dies gestatten — selbst wenn die Regreßforderung nur als bedingte Forderung kolloziert würde — so würde gerade das Resultat eintreten, das Art. 217 SchKG vermeiden will. Diese doppelte Kollokation käme einer Mehrbelastung der Masse gleich, denn die Regreßforderung ist wirtschaftlich bereits in der auf den Namen des Gläubigers kollozierten vollen Forderung enthalten. Andererseits kann es nicht zweifelhaft sein, daß über den Bestand und die Höhe des Regreßanspruches nicht die Betreibungsbehörden im Verteilungsverfahren entscheiden können; denn das sind Fragen materiellrechtlicher Natur. Aus dieser Sackgasse hat die Praxis folgenden Ausweg gefunden: Die Regreßforderung darf nicht im eigentlichen Sinne kolloziert werden, sie ist aber doch im Kollokationsplan neben der Hauptforderung zu erwähnen²⁴⁾. Man darf sich aber durch den Ausdruck „Erwähnung im Kollokationsplan“ nicht verleiten lassen und glauben, es handle sich dabei nur um eine Vormerkung pro memoria für die Verteilung eines allfälligen Überschusses. Zweck dieser Erwähnung im Kollokationsplan ist vielmehr, den andern Konkursgläubigern Gelegenheit zu bieten, Rechtsbestand und Umfang des angemeldeten Regreßanspruches gerichtlich anzufechten oder den Mitverpflichteten zu zwingen, wenn die Masse sein Regreßrecht nicht anerkennen will, in einem Kollokationsprozeß sein behauptetes Rückgriffsrecht feststellen zu lassen. Ebenso hat der im Kollokationsplan erwähnte Mitverpflichtete das Recht, die Kollokationen der andern Gläubiger anzufech-

²⁴⁾ BGE 46 III 54, 54 III 306, ZbJV 66, 508 ff.

ten. Siegt er ob, so wird sich die Dividende für den Hauptgläubiger erhöhen und damit die Aussicht, einen Überschuß zu erhalten. Nur in einer Beziehung unterscheidet sich diese „Erwähnung“ von einer gewöhnlichen Kollokation, nämlich darin, daß sie dem im Kollokationsplan erwähnten Mitverpflichteten nicht schlechtweg Anspruch auf Ausrichtung der Dividende gibt, sondern einen Dividendenanspruch nur im Rahmen von Abs. 3 entstehen läßt, d. h. nur, wenn der Gläubiger voll befriedigt werden kann und sich darüber hinaus ein Überschuß ergibt. Der regreßberechtigte Mitverpflichtete ist Gläubiger des Konkursiten. Er hat wie jeder andere Konkursgläubiger Anspruch auf Ausstellung eines Verlustscheines für den ungedeckt gebliebenen Betrag; dessen Kollokation bzw. Erwähnung des Regreßrechtes im Kollokationsplan ist deshalb nicht nur von Bedeutung, wenn sich zu seiner Deckung ein Überschuß ergibt, sondern muß auch dann vorgenommen werden, wenn keine Aussicht auf einen Überschuß über die volle Befriedigung des Gläubigers besteht.

In der Regel soll die Erwähnung des Regreßrechtes gleichzeitig mit der Kollokation der Hauptforderung vorgenommen werden. Wird eine Regreßforderung nicht speziell angemeldet, aber geht aus der Konkurseingabe der Hauptforderung hervor, daß eine solche bestehen könnte, so soll sich deshalb die Konkursverwaltung vor der Aufstellung des Kollokationsplanes beim Hauptschuldner oder Mitverpflichteten erkundigen und gestützt darauf im Kollokationsplan eine Verfügung treffen²⁵⁾. Die gleichzeitige Behandlung der Hauptforderung und der Regreßforderung im Kollokationsplan ist naturgemäß nicht möglich, wenn die Teilzahlung des Mitverpflichteten erst nach der Rechtskraft des Kollokationsplanes erfolgt. Das kann aber nichts daran ändern, daß über das allfällige Rückgriffsrecht im Kollokationsverfahren entschieden werden muß; die Konkursverwaltung hat deshalb in einem solchen

²⁵⁾ Bg i. S. Urspruch vom 20. Juni 1929.

Falle den Kollokationsplan durch Erwähnung des Regreßrechtes zu ergänzen und neu aufzulegen²⁶⁾.

Keinen Platz hat Art. 217 SchKG im Pfändungsverfahren. Seiner Anwendung steht schon entgegen, daß das Betreibungsamt die Forderungen im Kollokationsplan der Pfändungsgruppe so aufnehmen muß, wie sie in Betreuung gesetzt wurden. Außerdem kann sie sich nur bei einer Generalliquidation richtig auswirken; denn im Pfändungsverfahren könnte sie ohnehin nur durchgeführt werden, wenn die Restforderung des Gläubigers und die Regreßforderung in der gleichen Pfändungsgruppe teilnehmen würden, was reiner Zufall wäre.

Eine Generalliquidation stellt aber das Nachlaßverfahren dar, das nur ein Surrogat des Konkurses ist. Auch hier würde die Gefahr bestehen, daß der Gläubiger bei nacheinanderfolgenden Nachlaßverträgen immer nur die Nachlaßdividende für die verbleibende Restforderung bekäme und so notwendigerweise einen Verlust erleiden müßte, wenn er nicht befugt wäre, bis zur vollen Befriedigung jedesmal die ganze Forderung einzugeben. Außerdem spricht für die entsprechende Anwendung auch der enge Zusammenhang der Vorschrift mit dem materiellen Recht²⁷⁾.

V.

Die Frage, wieweit ein Nachlaßvertrag zugunsten der Mitschuldner wirkt, ist in Art. 303 SchKG beantwortet. Der Nachlaßvertrag bleibt ohne Wirkung auf die Stellung der Mitverpflichteten, wenn ihm der Gläubiger nicht zustimmt; stimmt er ihm aber ohne weiteres zu, dann berührt der Nachlaßvertrag auch die Verpflichtung der Mitschuldner. Der Gläubiger geht zwar deswegen seiner Rechte gegenüber den Mitverpflichteten nicht schlechtweg verlustig, wie man aus Art. 303 SchKG per argumen-

²⁶⁾ BGE 46 III 54.

²⁷⁾ BGE 25 II 945.

tum e contrario schließen könnte, sondern nur hinsichtlich des Teils der Forderung, den er dem Schuldner nachgelassen hat²⁸⁾. Der Gläubiger kann unbeschadet seiner Rechte aber auch die Mitschuldner über die Zustimmung entscheiden lassen, oder ihnen die Abtretung der Forderung gegen Zahlung anbieten unter Innehaltung einer Frist von 10 Tagen vor der Gläubigerversammlung. Nehmen die Mitverpflichteten letzteres Angebot nicht an, so ist er völlig frei in seiner Stellungnahme.

Schwierigkeiten hat in solchen Fällen die Berechnung der Kopfstimmen geboten. Grundsätzlich hat jeder Gläubiger eine Kopfstimme. Dies wirkte u. U. stoßend; eine Bank z. B., der mehrere verbürgte Forderungen zustanden, konnte nicht als zustimmend mitgezählt werden, wenn die Mitverpflichteten auch nur bei einem Anspruch die Zustimmung verweigerten. Das Bundesgericht hat nun, um diese Unbilligkeit zu vermeiden, dem Gläubiger einer teilweise verbürgten Forderung gestattet, die Zustimmung für den nicht verbürgten Teil abzugeben und die Erklärung für den verbürgten Teil dem Bürgen zu überlassen, wodurch eine Kopfstimme mehr entsteht²⁹⁾. Umso mehr muß dies bei verschiedenen Forderungen in der Hand desselben Gläubigers gelten, bei denen Mitverpflichtungen bestehen. Jede dieser Forderungen ist mithin mit einer Kopfstimme zu berechnen.

²⁸⁾ ZbJV 72, 728; Blumenstein a. a. O. 911.

²⁹⁾ BGE 59 III 145.