

## S. 147 / Nr. 36 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Zivilabteilungen) (d)

BGE 64 III 147

36. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Juli 1938 i. S. Trachsler und Pfenninger gegen Milchgenossenschaft Adetswil-Bäretswil.

Regeste:

Gläubigeranfechtung nach Art. 285 ff. SchKG: Ist Gegenstand der Anfechtung die Tilgung einer in ihrem Bestande nicht angefochtenen Forderung, so treten mit der Rückgewähr des Empfangenen die Gläubigerrechte nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber Bürgen wieder in Kraft. Art. 291, besonders Abs. 2 SchKG. Art. 501 (sowie 94 und 180) OR. (Erw. 1-4).

Verantwortlichkeit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen für die Unterlassung, ein Retentionsrecht im Konkurse des Schuldners geltend zu machen. Art. 509 und 511 OR. (Erw. 5).

Action révocatoire, art. 285 et sv. LP: Lorsque l'action porte sur l'extinction d'une créance non contestée en soi, la restitution de la somme touchée fait revivre les droits du créancier non seulement envers le débiteur, mais encore envers les cautions. Art. 291, spécialement al. 2 LP; 501 (ainsi que 94 et 180) CO. (Consid. 1 à 4).

Responsabilité du créancier à l'égard de la caution lorsqu'il omet de faire valoir un droit de rétention dans la faillite du débiteur. Art. 509 et 511 CO. (Consid. 5).

Azione revocatoria, art. 285 e seg LEF: Se l'azione porta sull'estinzione d'un credito non contestato in sé, la restituzione della somma fa rinascere i diritti del creditore non soltanto verso il debitore ma anche verso i fideiussori. Art. 291 specialmente cp. 2 LEF; art. 501, come pure 94 e 180 CO (consid. 1-4).

Seite: 148

Responsabilità del creditore di fronte al fideiussore per aver ommesso di far valere un diritto di ritenzione nel fallimento del debitore. Art. 509 e 511 CO (consid. 5).

A. - Die Klägerin, Milchgenossenschaft Adetswil-Bäretswil, verkaufte dem Sennen Johann Reimann vom 1. November 1931 hinweg die Milch der Kühe ihrer Mitglieder und Freilieferanten und vermietete ihm ihre Sennhütte. Für Reimanns Verpflichtungen aus diesen Verträgen verbürgten sich die Beklagten Trachsler und Pfenninger solidarisch bis zu Fr. 10000.-. Am 12. September 1936 bat Reimann die Klägerin um Entlassung aus dem laufenden Verträge, weil er fürchte, in Zahlungsschwierigkeiten zu geraten. Schon drei Tage später wurde das Vertragsverhältnis neu geordnet. An Reimanns Stelle trat ein Milchverband in den Vertrag ein. Reimann überliess der Klägerin als Gegenwert für deren Forderung von Fr. 4974.75 (wovon Fr. 1582.30 für Hüttenzins) 30 Schweine, 690 kg Käse und 15¾ kg Butter, was alles der eintretende Verband unter Barzahlung von Fr. 4974.75 an die Klägerin übernahm. Diese gab den Beklagten anfangs Oktober 1936 vom Geschehenen Kenntnis und bemerkte dazu, im Fall erfolgreicher Anfechtung des Tilgungsgeschäftes müsste sie sie dann doch noch als Bürgen belangen.

B. - Zu solcher Anfechtung durch einige Konkursgläubiger gemäss Art. 260 SchKG kam es dann in dem am 18. November 1936 über Reimann eröffneten Konkurse, mit dem Ergebnis, dass die heutige Klägerin, die den Bürgen den Streit verkündigt hatte, sich durch gerichtlichen Vergleich vom 3. Juni 1937 zur Rückgewähr des Betrages von Fr. 4974.75 verpflichtete und den Vergleich dann auch vollzog.

C. - Mit der vorliegenden Klage nimmt sie die solidarische Haftung der Bürgen für den zurückgewährten Betrag samt Zins in Anspruch. Das Obergericht des Kantons Zürich hat die Klage mit Urteil vom 10. Dezember 1937, zugestellt am 25. April 1938, geschützt. Die Beklagten ziehen die Sache an das Bundesgericht weiter und

Seite: 149

beantragen neuerdings vollständige Abweisung der Klage, eventuell Herabsetzung der Urteilssumme um den darin enthaltenen Betrag des Hüttenzinses. Sie sind der Auffassung, ihre Haftung sei zufolge der von Reimann vorgenommenen Tilgung endgültig erloschen. Der Erfolg der gegen die Klägerin gerichteten Anfechtungsklage berühre sie als Drittpersonen nicht. Mit dem Eventualbegehren wird die Klägerin dafür verantwortlich gemacht, dass sie es unterliess, für den Hüttenzins das Retentionsrecht auszuüben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Für den Fall, dass, wie es hier unbestritten zutrifft, die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer nicht bereits anfechtbar begründeten Forderung besteht, bestimmt Art. 291 Abs. 2 SchKG, dass die Forderung mit der Rückerstattung des Empfangenen «wieder in Kraft tritt». Die Klägerin ist denn

auch (in Anwendung des Kreisschreibens Nr. 10 des Bundesgerichtes vom 9. Juli 1915) in Reimanns Konkurse mit ihrer Forderung zugelassen worden, und es werden auch hier im Prozess gegen deren Bestand keine Einwendungen erhoben. Die Beklagten meinen freilich, es handle sich nicht mehr um die seinerzeit von ihnen verbürgte, sondern um eine neue, auf dem Anfechtungsrechte beruhende Forderung. Diese Ansicht scheidet aber am klaren Texte der erwähnten Bestimmung, wonach die anfechtbar getilgte Forderung selbst, nach Massgabe der Rückgewähr, wieder geltend gemacht werden kann. Der französische und der italienische Text stimmen damit überein («Le créancier qui a restitué ce qui lui a été payé ... rentre dans ses droits; ... rientra ne'suoi diritti»).

2.- Ob mit der Forderung auch Nebenrechte, insbesondere gegenüber Dritten, wieder aufleben, ist umstritten. Das Bundesgericht hat bereits in der Sache Joye gegen Caisse d'Epargne et de Prêts de Châtonnaye (BGE 61 III 49) auf die geteilten Lehrmeinungen hingewiesen, die Frage

Seite: 150

aber nicht grundsätzlich entschieden, sondern nur ausgesprochen, dass nach erfolgter Rückgewähr ein Bürge jedenfalls dann wieder hafte, wenn er selbst um die zum Nachteil anderer Gläubiger geleistete Zahlung gewusst und sie veranlasst oder unterstützt hatte. Den hier Beklagten fällt solches Verhalten nicht zur Last; daher ist die grundsätzliche Frage zu beurteilen.

Der Wortlaut des Gesetzes legt weder die eine noch die andere Auslegung nahe. Weder fordert er die Einbeziehung der Nebenrechte, noch schliesst er sie aus. Unter Vorbehalt besonderer Untergangsgründe haben die Nebenrechte im allgemeinen das Schicksal der Forderung zu teilen. Es fragt sich, ob hievon abweichend die vollstreckungsrechtliche Anfechtbarkeit und die allfällige erfolgreiche Anfechtung einer Tilgung einem Bürgen gegenüber unbeachtlich zu lassen sei.

3.- Aus dem Vollstreckungsrechte (Art. 285 ff. SchKG) rechtfertigt sich eine derartige Abweichung nicht. Der Hinweis auf die persönliche Natur des in Art. 291 Abs. 1 SchKG vorgesehenen Erstattungsanspruches, mit dem die Ansprüche gemäss Abs. 2 daselbst auf gleiche Linie zu stellen seien (so neuerdings P. GOETTISHEIM, Die Wirkungen paulianischer Anfechtung auf die accessorischen Rechte im Konkurs; Basler Festgabe für Fritz Goetzinger, 112 ff.), geht fehl. Art. 291 Abs. 1 SchKG gibt dem die Leistung des Schuldners zurückgewährenden Anfechtungsgegner Anspruch auf Erstattung seiner Gegenleistung, soweit sie im Vermögen des Schuldners in Natur oder dem Werte nach noch vorhanden ist. Dafür besteht anerkanntermassen keine blossе Konkursforderung, sondern eine Massverbindlichkeit, wie denn nur so der Austausch von Leistung und Gegenleistung ganz rückgängig gemacht werden kann. Zu bemerken ist, dass als Gegenleistung im Sinne dieser Bestimmung nur in Betracht fällt, was sich der anfechtbaren Handlung des Schuldners selbst als (sei es auch im Verhältnis zum Verluste noch so geringer) Gewinn zuschreiben lässt, nicht dagegen, was dem

Seite: 151

Schuldner bereits unabhängig von der anfechtbaren Handlung vorgeleistet war, wenn auch aus demselben Schuldverhältnis. Bei Vorleistungen im letztern Sinne hat es auch im Falle der Rückgewähr einer anfechtbaren Leistung des Schuldners sein Bewenden. Eine Erstattung als Massverbindlichkeit kommt alsdann nicht in Frage, sondern nur eben die Geltendmachung der ursprünglichen, zufolge der Rückerstattung des Empfangenen nicht mit Erfolg getilgten Forderung, gemäss Abs. 2 daselbst. Daneben mögen wahlweise Ansprüche auf Rückerstattung eigener Leistungen ebenfalls als gewöhnliche Konkursforderungen, unter Rücktritt vom Verträge, erhoben werden können. Aus alldem erhellt, dass Abs. 2 von Art. 291 SchKG nicht bloss einen Anwendungsfall des in Abs. 1 vorgesehenen Erstattungsanspruches regelt. Erstattung gemäss Abs. 1 kann gefordert werden, auch wenn kein Schuldverhältnis besteht, aus dem der Anfechtungsgegner bei Rückgewähr des Empfangenen eine Forderung als nun wieder ungetilgte erheben könnte, und andererseits hängt die Geltendmachung einer solchen Forderung gemäss Abs. 2 nicht davon ab, dass die anfechtbare und nun zurückzugewährende Leistung des Schuldners mit einer speziell dafür als Preis bezahlten Gegenleistung erkaufte worden war. Ansprüche gemäss Abs. 1 und 2 mögen in einem und demselben Anfechtungsfalle nebeneinander erhoben werden können; es handelt sich aber, wie gesagt, um Ansprüche verschiedener Art. Keineswegs kann aus dem Fehlen von Bürgschaften für die allfällige Erstattungsforderung gemäss Abs. 1 geschlossen werden, dass Bürgschaften, die für die vertragliche, nach Abs. 2 wieder auflebende Forderung gültig begründet wurden, nicht gleichfalls als Nebenrechte wieder aufleben.

Mit dem Hinweis auf die persönliche Natur der Anfechtungsklage und auch des Erstattungsanspruches gemäss Art. 291 Abs. 1 SchKG, der nach dem Ausgeführten, sofern die Gegenleistung wenigstens dem Werte nach noch im Schuldnervermögen vorhanden ist, nicht etwa nur eine

Seite: 152

gewöhnliche Konkursforderung darstellt, will indessen noch gesagt werden, die Anfechtungsklage mit allen ihren Folgen berühre nur die Parteien des Anfechtungsprozesses; für an diesem Prozesse nicht als Parteien beteiligte Bürgen sei es so zu halten, wie wenn es gar nicht zur Anfechtung gekommen wäre. Auch diese Betrachtungsweise hält der Prüfung nicht stand. Art. 291 Abs. 2 SchKG gibt dem zurückgewährenden Anfechtungsgegner nicht bloss einen (gegen den Schuldner selbst zu richtenden) vollstreckungsrechtlichen Anspruch, sondern lässt nach seinem klaren Wortlaut die Forderung überhaupt wieder in Kraft treten. Würde übrigens die Vorschrift zunächst einfach dahin verstanden, die Forderung sei bei Rückgewähr des Empfangenen wiederum vollstreckbar, so könnte damit auch nichts anderes gesagt sein, als dass aus der rückgängig zu machenden Tilgung bei tatsächlicher Rückgewähr keine Einwendung gegen den Bestand der Forderung mehr erhoben werden könne, weder in einem zur Beseitigung eines Rechtsvorschlages hängig werdenden Prozesse noch in einem Kollokationsstreite noch in einer neuen, für einen allfälligen Verlustschein einzuleitenden Betreibung. Solche Ausschaltung der auf die rückgängig gemachte Tilgung gestützten Tilgungseinrede hat notwendig materiellrechtliche Bedeutung. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich angesichts der eindeutigen Fassung von Art. 291 Abs. 2 SchKG, wonach von vornherein die Forderung als solche, nicht nur ein Vollstreckungsanspruch wieder in Kraft tritt. Dass die Forderung nicht auch gegenüber Bürgen als ungetilgte wieder anzuerkennen sei, folgt sodann nicht aus der Beschränkung des Kreises der am Anfechtungsprozesse beteiligten Parteien gemäss Art. 290 SchKG. Handelt es sich doch nicht darum, solche Bürgen ähnlich wie den anfechtungsbeklagten Gläubiger zur Preisgabe von Vermögen zu Handen der anfechtenden Gläubigerschaft bzw. Konkursmasse anzuhalten, sondern darum, die Rechte des Anfechtungsgegners womöglich zu wahren, wenn dieser dem

Seite: 153

Anfechtungsansprüche stattgibt. Art. 291 Abs. 2 SchKG setzt, wie dargetan, eine in ihrem Bestande nicht angefochtene Forderung voraus, deren vorzugsweise Erfüllung allein Gegenstand der Anfechtung bildet. In einem solchen Falle wird die Rückgewähr des vom Schuldner Geleisteten nicht dazu verlangt, um den Empfänger nun überhaupt leer ausgehen zu lassen, sondern nur, um ihn in die Lage eines unbefriedigten Gläubigers zurückzusetzen, der wie die andern Gläubiger nach Massgabe des Ranges seiner Forderung sich mit dem darauf entfallenden Verwertungsergebnis (Konkursbetreffnis) begnügen soll. Dem darauf gerichteten Anfechtungsanspruch wird genügt, wenn die angesichts des Unvermögens des Schuldners, alle mindestens im gleichen Range stehenden Forderungen ebenso zu erfüllen, nach Art. 285 ff. SchKG anfechtbare Erfüllung rückgängig gemacht und das Schuldverhältnis so wieder hergestellt wird, wie es war und ohne die anfechtbare Erfüllung geblieben wäre. Gerade um den auf öffentlichem Vollstreckungsrechte beruhenden Eingriff in die Rechte des Anfechtungsbeklagten dementsprechend zu begrenzen, lässt Art. 291 Abs. 2 SchKG die Rechte des Anfechtungsgegners aus dem Schuldverhältnis, soweit sie nicht angefochten sind, bestehen. Aus diesem Gesichtspunkte kann für die Nebenrechte, insbesondere Bürgschaften, nichts anderes gelten als für die Forderung selbst; gehört doch die Anerkennung jener Rechte mit zur Wiederherstellung der Lage des nicht mehr durch vorzugsweise Tilgung begünstigten Gläubigers, und handelt es sich doch um Rechte, die in ihrem Bestande sowenig wie die Forderung selbst angefochten waren und deren Geltendmachung durch den Gläubiger denn auch das Schuldnervermögen nicht berührt, sondern nur den Eintritt des zahlenden Bürgen in die Gläubigerrechte gemäss Art. 505 OR nach sich ziehen kann. Mag die der Anfechtungsklage zugeschriebene persönliche Natur mitunter den Erfolg der Anfechtung beeinträchtigen und demgemäss, anders als im vorliegenden Falle, nur einem teilweisen Wiederaufleben der

Seite: 154

Gläubigerrechte Raum geben, so treten doch nach dem Ausgeführten in dem Umfange wie die Forderung auch die Bürgschaften wieder in Kraft, falls sie nicht etwa aus besondern Gründen, abgesehen von der nun rückgängig gemachten und daher nicht mehr beachtlichen Tilgung, untergegangen sind. Art. 291 Abs. 2 SchKG ist ein Ausfluss des Grundsatzes, dass innerhalb der Schranken des öffentlichen Rechtes begründete Privatrechte geschützt und Eingriffe kraft öffentlichen Rechtes in ihren Auswirkungen auf das beschränkt werden sollen, was das zu wahrende öffentliche Interesse verlangt.

4.- Eine solche Weiterhaftung des Bürgen bei Rückgabe einer zur Tilgung der Forderung anfechtbar vorgenommenen Leistung des Schuldners ist auch vom Standpunkte des Bürgschaftsrechtes aus nicht derart regelwidrig, dass ihre Annahme mangels einer ausdrücklich den Bürgen einbeziehenden Bestimmung bedenklich erschiene. Art. 501 OR, wonach der Bürge durch jedes Erlöschen der Hauptschuld frei wird, bringt lediglich die unselbständige Natur der Bürgschaftsverpflichtung in einer bestimmten Beziehung zum Ausdruck und setzt somit ein gültiges Erlöschen der Hauptschuld voraus. Wie es bei zivilrechtlich einwandfreier, aber aus Vollstreckungsrecht anfechtbarer Erfüllung zu halten sei, lässt sich daraus nicht entnehmen. Doch entspricht der Unselbständigkeit der

Bürgschaftsverpflichtung durchaus die aus Art. 291 Abs. 2 SchKG abzuleitende Lösung, wonach mit der Hauptschuld auch Bürgschaften wieder aufleben. Das OR selbst kennt ein Wiederaufleben der Bürgschaft mit der Forderung auch in Fällen, wo diese zunächst gültig erloschen war (Art. 94 Abs. 2 und 180 OR). Umsoweniger steht der Weiterhaftung des Bürgen entgegen bei erfolgreicher Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG, wo ja die Tilgung schon von Anfang an, in Anbetracht der bei ihrer Vornahme gegebenen Verhältnisse, anfechtbar war, mag damals auch mehr oder weniger Aussicht auf Vermeidung des Vermögenszusammenbruches noch bestanden haben. Hätte der Bürge

Seite: 155

die Gefahr solcher Anfechtung nicht zu tragen, so würde er ungerechterweise entlastet. Er haftet ja für allfällige Zahlungsunfähigkeit des Schuldners: wie der erst bei nachgewiesener Zahlungsunfähigkeit belangbare einfache Bürge (Art. 495 OR) so auch der Solidarbürge. Mit der erfolgreichen Anfechtung einer Tilgung ist nun erwiesen - das ist auch hier unbestritten, wo die Klägerin es nicht auf die gerichtliche Beurteilung des gegen sie angehobenen Anfechtungsprozesses ankommen liess -, dass die angefochtene Vermögensentäusserung über die Verhältnisse des Schuldners ging; die Rückgewähr soll eben dazu führen, die Tilgung der Forderung aus Schuldnervermögen auf das Mass herabzusetzen, das der wirklichen Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Hinblick auf seine sämtlichen Verpflichtungen entspricht. Der Versuch, sich so durch überspannte, der Klage auf Rückgewähr ausgesetzte Beanspruchung von Vermögen des Schuldners unsichere Deckung zu verschaffen, wäre dem Gläubiger nicht zuzumuten, wenn er dabei endgültig die Haftung zahlungsfähiger Bürgen verlieren müsste, und diese könnten von ihm auch gar nicht verlangen, auf die Gefahr einer Rückgewährklage hin sich in solcher Weise an den Schuldner zu halten und sie endgültig zu befreien. Will man demgemäss den mit der Bürgschaft gegebenen Haftungsverhältnissen Rechnung tragen, so können anfechtbare Leistungen des Schuldners einen Bürgen nur entlasten, soweit der Gläubiger in deren Genuss bleibt, nicht auch für Beträge, die er zurückgewähren muss. Auch so liegt die Annahme der Leistung des Schuldners durch den Gläubiger zumeist im Interesse des Bürgen, zumal des Solidarbürgen, der dadurch wenigstens bis auf weiteres entlastet und je nachdem auch später nicht für das Ganze herangezogen wird. Überliesse ihm der Gläubiger von vornherein gegen Bezahlung der Forderung den Rückgriff auf den Schuldner, so bliebe der Bürge ohnehin auf das Ergebnis der Verwertung angewiesen und hätte eine allenfalls seinerseits erwirkte anfechtbare Leistung des

Seite: 156

Schuldners gleichfalls zurückzugewähren. An diesen Haftungsverhältnissen soll eine vom Gläubiger angenommene anfechtbare Leistung des Schuldners nichts ändern.

Freilich mag sich der Gläubiger bei Annahme einer solchen Leistung vorsehen, in welcher Weise er sie dem Bürgen zur Kenntnis bringt. Lässt er ihn, etwa gar wider besseres Wissen, im Glauben, die Leistung sei unanfechtbar und die Bürgschaft endgültig erloschen, so ist er ihm für dieses Verhalten verantwortlich. Hier aber hat die Klägerin die Beklagten zugleich mit der Bekanntgabe des Abtretungsgeschäftes auf die Gefahr einer Gläubigeranfechtung hingewiesen und die Weiterhaftung der Bürgen für diesen Fall ausdrücklich vorbehalten.

5.- Kann demnach mangels begründeter Einwendungen die Haftung der Beklagten als Bürgen nicht für den Gesamtbetrag der Forderung abgelehnt werden, so erweist sich, entgegen der Entscheidung des Obergerichtes, der Eventualantrag der Berufung als begründet. Die Klägerin hätte sich für den rückständigen Hüttenzins in der Tat durch Geltendmachung eines Retentionsrechtes sichern können und sollen, statt auch die darauf entfallende Forderung als ungesicherte in Reimanns Konkurse vollständig zu Verlust kommen zu lassen. Es handelt sich um den seit Anfang des Jahres 1936 aufgelaufenen Teilbetrag von Fr. 1582.30, wofür die Klägerin an den in der Hütte untergebrachten Schweinen und Käsen von weit höherem Werte und, nach deren Überlassung an sie gemäss dem Verträge vom 15. September 1936, an dem dafür geleisteten Geldersatz Retentionsrecht hatte. Indem sie es unterliess, für den entsprechenden Teil der wiederaufgelebten Forderung nachträglich das Retentionsrecht zur Kollokation anzumelden oder den betreffenden Betrag als retentionsgesichert mit der Rückgewährverpflichtung zu verrechnen, um den ihr kraft des Retentionsrechtes vorweg zukommenden Anteil an der zurückzugewährenden Summe gleich zu beziehen, hat sie die ihr nach Art. 509 Abs. 1 und 511 Abs. 1 OR gegenüber den Bürgen

Seite: 157

obliegenden Pflichten versäumt. Insoweit muss die Bürgenhaftung wegfallen, da die preisgegebenen Sicherheiten für den in Frage stehenden Betrag volle Deckung geboten hätten. Der Umstand, dass Solidarbürgschaft vorliegt, ändert an den erwähnten Pflichten der Klägerin nichts, und deren Verantwortlichkeit für die Preisgabe der Sicherheiten bzw. die Unterlassung einer Ausübung des Retentionsrechtes muss auch bei den etwas verwickelten Verhältnissen des Falles bejaht werden, die

sich übrigens eben wegen der von der Klägerin zu verantwortenden Vereinbarung vom 15. September 1936 so gestaltet haben. Den Beklagten kann endlich nicht vorgehalten werden, sie hätten selbst für die Beachtung des Retentionsrechtes Sorge tragen können; war dies doch nach den angeführten Bestimmungen des Bürgschaftsrechtes in erster Linie Sache der Klägerin selbst.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung der Beklagten wird teilweise gutgeheissen und deren Verpflichtung auf Fr. 3392.45 mit Zins zu 5% seit dem 20. Februar 1937 herabgesetzt