

objekt in die Pfändung einzubeziehen, resp. darin zu belassen ist, sofern die übrigen Pfändungsobjekte zur Deckung der Pfändungsgläubiger nicht ausreichen.

Das angefochtene Urteil ist somit in dem Sinne zu bestätigen, daß der gepfändete Schuldbrief von 10,000 Fr., bezw. die ihm zu Grunde liegende Forderung dann, aber auch nur dann zu Gunsten der Beklagten zu verwerten ist, wenn sich ergibt, daß die übrigen Pfändungsobjekte (4759 Liter Wein, sowie das bestrittene Guthaben auf Simon Müller) zur Deckung der Beklagten nicht ausreichen. Dabei ist zu beachten, daß jene übrigen Pfändungsobjekte in der Gruppe I Nr. 69 außer zu Gunsten der Beklagten auch noch zu Gunsten der Gläubiger Simon Müller, Franz Huber und Bessing & Cie. gepfändet sind und deshalb den verschiedenen Gläubigern in Verhältnis der Forderungen haften, die sich auf Grund des Verfahrens nach Art. 148 als Kollationsberechtigt ergeben werden. Sollte also z. B. die von der Klägerin als nicht existierend bezeichnete Forderung des Simon Müller in Wegfall kommen, oder sollte die gepfändete Forderung auf Simon Müller ein so hohes Verwertungsergebnis ergeben, daß die Beklagten, ebenso wie die übrigen Pfändungsgläubiger, auch ohne die Heranziehung des „Schuldbriefes“ von 10,000 Fr. voll befriedigt würden, so dürfte dieser Schuldbrief, bezw. das ihm zu Grunde liegende Guthaben, trotz Abweisung der vorliegenden Klage dennoch nicht verwertet werden, oder es müßte doch dessen Erlös, wenn die Verwertung schon stattgefunden hätte, der Klägerin zurückerstattet werden. Dagegen ist der Erlös in dem Maße den Beklagten verfallen, als diese sonst einen Verlust erleiden würden.

Hieraus ergibt sich zugleich, daß es keiner Rückweisung der Sache an die Vorinstanz behufs Feststellung des definitiven Verlustes der Beklagten (im Sinne des heutigen Beweisanspruches der Klägerin (vergl. oben sub D 2) bedarf.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 1913 im Sinne der Erwägungen bestätigt.

67. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Juni 1913
in Sachen **Lacombe**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen **Blum & Hayum**,
Bekl. u. Ver.-Bekl.

Bürgschaft. Der Bürge kann die vom Gläubiger aus dem Konkurse des Hauptschuldners bezogene Dividende an seiner Schuld abziehen. Die Dividende ist auf den verbürgten wie auf den unverbürgten Teil der Konkursforderung zu verteilen.

A. — Im Herbst 1909 geriet die Firma Regamey & Bornand in Lausanne, die den Beklagten in diesem Zeitpunkte für gelieferte Waren 12,610 Fr. 65 Cts. schuldete, in Zahlungsschwierigkeiten. Um Regamey & Bornand zu helfen, gingen der Kläger und dessen Vater am 8. Oktober 1909 folgende, « cautionnement solidaire » überschriebene Bürgschaftsverpflichtung ein: « Sur une somme de » quatre mille francs de fournitures que s'engagent à livrer » d'ici au 30 novembre 1909 MM. Blum & Hayum à Zurich » à MM. Regamey & Bornand à Lausanne, les soussignés » M. Jean Henri Lacombe à Lausanne et M. Henri Lacombe » fils à Zurich, déclarent par le présent acte garantir solidairement aux prénommés le paiement d'une somme de Deux » mille francs payable pour le 30 juin 1910. » Gestützt auf diese Erklärung lieferten die Beklagten der Firma Regamey & Bornand vom 9. Oktober bis 20. November 1909 Waren für 3995 Fr. 25 Cts. Am 15. Oktober 1909 kam zwischen Regamey & Bornand und einer Anzahl von Gläubigern, zu denen auch die Beklagten gehörten, eine Abmachung zustande, wonach sich Regamey & Bornand verpflichteten, ihr Geschäft innert Jahresfrist zu liquidieren und einer der Hauptgläubiger beauftragt wurde, die Liquidation zu überwachen und die eingegangenen Gelder an die verschiedenen Gläubiger auszuzahlen. Von Ende November an lieferten die Beklagten an Regamey & Bornand noch Waren für 3453 Fr. 85 Cts., welcher Betrag bis auf einen Saldo von 110 Fr. 95 Cts. teils per Nachnahme erhoben, teils mit Wechseln auf 2—5 Monate bezahlt wurde. Diesen Leistungen gingen folgende Zahlungen der Firma Regamey & Bornand an die Beklagten voraus:

am 6. November 1909	Fr. 1660
am 25. November 1909	„ 1500
am 17. Dezember 1909	„ 945

zusammen Fr. 4105

Im Jahre 1910 brach, trotz der versuchten Liquidation, über Regamey & Bornand der Konkurs aus, wobei die Beklagten für ihre Forderung von 13,000 Fr. 15 Fr. eine Konkursdividende von 3130 Fr. 70 Cts. erhielten. Darauf leiteten sie gegen den Kläger als Solidarbürgen Betreibung für 2000 Fr. ein und erhielten am 20. Dezember 1910 provisorische Rechtsöffnung. Mit der vorliegenden Aberkennungsklage verlangt nun der Kläger, es sei die Forderung der Beklagten im Betrage von 2000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 1910, sowie den Betreibungs- und Rechtsöffnungs-kosten als unbegründet abzuweisen.

B. — Durch Urteil vom 13. Februar 1913 hat das Obergericht des Kantons Zürich „die Klage abgewiesen und dem Beklagten definitive Rechtsöffnung erteilt für den Betrag von 2000 Fr. „nebst 5% Zins seit 30. Oktober 1910 sowie für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten und für 15 Fr. Entschädigung für Umtriebe.

C. — Gegen dieses den Parteien am 8. April 1913 zugestellte Urteil hat der Kläger am 28. April 1913 die Berufung an das Bundesgericht erklärt und seine Klagebegehren wiederholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Aus den von der Vorinstanz geltend gemachten Gründen ist in erster Linie die Behauptung des Klägers, es handle sich um eine befristete Bürgschaft, abzulehnen. Die Bürgschaftsurkunde enthält nur eine Zahlungsfrist, d. h. die Angabe, in welchem Zeitpunkt die verbürgte Schuld fällig sei, aber keine Erklärung, daß der Bürge nur bis zu diesem Augenblicke haften solle.

2. — Ebenso ist auch die Frage, auf welche Schuld sich die Zahlungen vom 6. und 25. November und 17. Dezember 1909 beziehen, durchaus klargestellt. Nach Art. 101 aOR ist (andere Abmachung vorbehalten) der Schuldner berechtigt, zu erklären, welche von mehreren Schulden er bei einer Zahlung tilgen will. In concreto geht nun sowohl aus den Bucheinträgen Regameys & Bornands, als aus den jeweiligen Briefen, mit denen sie die Lei-

stungen an die Beklagten begleiteten, hervor, daß die Zahlungen « répartition » unter die der Liquidationsvereinbarung beigetretenen Gläubiger waren, d. h. Verteilungen auf Rechnung der alten Schuld von 12,610 Fr. 65 Cts. Daß der Übereinkunft vom 15. Oktober 1909 nicht alle in Aussicht genommenen oder überhaupt nicht alle Gläubiger beigetreten sind, macht sie nicht ungiltig. Ersteres war nicht Bedingung der Abmachung und ob allfällig eine Anfechtung aus paulianischen Gründen möglich gewesen wäre, ist nicht zu prüfen, da der Aberkennungskläger sich darauf nicht berufen könnte und eine Klage überdies längst verjährt wäre. Ebenso ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagten durch ihr Verhalten gegen Treu und Glauben verstoßen haben sollten. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die verbürgten und in der Zeit vom 9. Oktober bis 20. November 1909 gelieferten Waren bar, also vor der alten Schuld von 12,610 Fr. 65 Cts. hätten bezahlt werden sollen, was, nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, nicht zutrifft. Was sodann die weitere Behauptung des Klägers anbelangt, es seien eventuell die Zahlungen ab Dezember 1909 auf die Bürgschaftsschuld zu beziehen, so ist darauf, weil dieses Anbringen erst vor Bundesgericht, also verspätet geltend gemacht wurde, nicht einzutreten. Diese Behauptung wäre aber auch materiell abzulehnen, indem nach der maßgebenden Erklärung der Beklagten die nach dem 30. November 1909 gelieferten Waren sofort zu bezahlen waren, was mit Rücksicht auf die Lage, in der sich Regamey & Bornand damals befanden, ohne weiteres glaubhaft erscheint.

3. — Mit Bezug auf die Anrechenbarkeit der Konkursdividende stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, daß nach Art. 217 SchRG dem Bürgen der Zugriff auf die Masse überhaupt nicht zustehe, solange er den Gläubiger nicht teilweise befriedigt habe. Deshalb könne (das ist der darin liegende Schluß) der Bürge auch nicht verlangen, daß die Konkursdividende auf die Bürgschaftsforderung angerechnet werde. Dieser Auffassung ist nicht beizupflichten. Art. 217 SchRG enthält nur eine Regel für die aus der Konkursdividende erfolgende Deckung des Gläubigers bei Teilzahlungen von Solidarschuldnern, wenn einer derselben in Konkurs fällt. Diese Regel kann aber nicht Platz greifen, wenn es sich um

die Frage handelt, wie weit der Anspruch des Gläubigers im Verhältnis zu einem Mitverpflichteten gedeckt wurde und welche Forderung der Gläubiger nun noch gegen diesen zu erheben hat. Wenn der Kläger die ganze von den Beklagten im Konkurs eingegebene Forderung von 13,000 Fr. verbürgt hätte, so würde er ein Recht haben, sich von diesem Betrage die von den Beklagten erhaltene Konkursdividende abzuziehen zu lassen. Es ist daher dem Kläger auch diejenige Konkursdividende anzurechnen, die auf den verbürgten Teil von 2000 Fr. entfällt. Da die Konkursdividende für die ganze Forderung rund 3130 Fr. beträgt, ergibt sich für 2000 Fr. eine solche von rund 482 Fr. Dieser Betrag, für den die Klage gutzuheissen ist, ist daher von den 2000 Fr. als getilgt in Abzug zu bringen, so daß der Kläger dem Beklagten aus Bürgerschaft nur noch 1518 Fr. schuldet. Der Berechnungsweise im bezirksgerichtlichen Urteil gegenüber ist insbesondere hervorzuheben, daß nach dem Konkursausbruch über den Hauptschuldner von der Gesamtforderung der Beklagten 2000 Fr. durch Bürgerschaft gedeckt waren. Auf diese Gesamtschuld haben Rogamey & Bornand in der Folge in Form einer Konkursdividende eine Abzahlung gemacht. Diese Zahlung ist, da jetzt eine Gesamtliquidation des Vermögens der Schuldner stattgefunden hat und alle Kurrentschulden gleichen Anspruch auf Deckung haben, auf den verbürgten wie auf den unverbürgten Teil der Schuld zu beziehen. Tatsächlich liegt die Sache nicht anders, als wenn der Kläger den Beklagten vor dem Konkurs die 2000 Fr. bezahlt hätte. In diesem Fall würde sich der Anspruch der Beklagten auf 11,000 Fr. vermindern und der Kläger, bei einer Eingabe im Konkurs, 482 Fr. erhalten haben, die ihm auch jetzt zukommen sollen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, daß die Klage für einen Betrag von 482 Fr. zugesprochen, im übrigen abgewiesen ist.

68. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1913
in Sachen **Waser, Kl. u. Ver.-Kl., gegen**
Obwaldner Kantonalbank, Defl. u. Ver.-Defl.

Verrechnung im Konkurs. Der Konkursgläubiger kann auch mit einer noch nicht fälligen Forderung des Kreditaren an ihn verrechnen.

A. — Josef Halter in Lungern schuldete der Obwaldner Kantonalbank auf zwei verbürgte Wechsel, die am 10. Januar 1912 fällig waren, insgesamt 3600 Fr. Gestützt auf die Tatsache, daß sein Vermögen, nach seiner eigenen Angabe, in letzter Zeit von 12,000 Fr. auf 6500 Fr. zurückgegangen war, war Halter vom Gemeinderat Lungern bereits am 2. Januar 1912 gemäß Art. 370 ZGB unter Vormundschaft gestellt worden. Die Bevormundung wurde aber erst in Nr. 2 des Amtsblattes des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 11. Januar 1912 veröffentlicht, welches (in Sarnen) am Abend des Erscheinungstages der Post übergeben wurde und daher in Lungern nicht vor dem 12. Januar in die Hände der Leser gelangen konnte. Trotz der Bevormundung löste Halter bei der Filiale der Beklagten in Lungern am 11. Januar 1912 die beiden Wechsel, unter anderm durch Hingabe zweier Obligationen der Obwaldner Kantonalbank von je 1000 Fr., ein, wobei er einen Einschlag von 35 Fr. zu bezahlen hatte. Die beiden Obligationen sind gewöhnliche Schuldscheine, die von der Beklagten auf den Namen Ignaz Imfeld, bezw. Geschwister Imfeld am 3. Januar 1908 und am 3. Februar 1910 errichtet und von Ignaz Imfeld dem Halter am 1. Januar 1912 für sein ihm am 21. November 1911 verkauftes Heimwesen Kirchmatten-Räbermatten in Lungern abgetreten wurden. Sie stellen ein verzinsliches Darlehen an die Beklagte dar, unter den in den gedruckten Bestimmungen enthaltenen näheren Bedingungen. Laut diesen Bedingungen kann die Rückzahlung der Titel vom Gläubiger erst nach Ablauf von drei Jahren verlangt werden, sofern die Obligationen wenigstens 6 Monate vor dem Verfalltage gekündigt werden. Erfolgt keine rechtzeitige Kündigung, so bleiben die Titel jeweilen für ein Jahr wieder fest und so fort, bis eine rechtzeitige Kündigung zu Stande kommt. Dagegen behält sich die Bank das Recht vor, die