

nur solche in Betracht kommen, die auf eine abnormale Abnutzung zur Zeit vor dem Verkaufe an den Beklagten zurückzuführen sind. Der Sachverständige Christen stellt nun fest, dass bei den vorhandenen Mängeln nicht von « eigentlichen Defekten » die Rede sein könne, sondern dass es sich nur um « die Abnutzung aneinander reibender Teile » handle. Dass diese Abnutzung abnormal sei, hat der Beklagte, der hiefür beweispflichtig ist, weil er aus dieser Behauptung Rechte ableitet, nicht bewiesen. Es liegen im Gegenteile Anhaltspunkte vor, die gegen eine solche vorzeitige abnormale Abnutzung sprechen, wie der Umstand, dass der Beklagte den Wagen nach dem Kaufe zwei Monate lang gebraucht hat und ferner die Bemerkung des Sachverständigen Käser, die Abnutzung sei deshalb eine grosse gewesen, weil das Auto von einem unkundigen Lenker gesteuert worden sei; der Beklagte beruft sich aber gerade darauf, dass er vom Mechanismus eines Autos nichts verstanden und die Führerprüfung erst anfangs September 1915 abgelegt habe.

Es sind somit keine Mängel nachgewiesen, die der Kläger zu vertreten hat, und es ist daher auch unerheblich, ob die Mängelrüge rechtzeitig und richtig erfolgt sei oder nicht. Sie erscheint übrigens offenbar als verspätet, da sie mehr als zwei Monate nach dem Kaufabschluss erhoben wurde, obwohl der Beklagte schon in der ersten Woche durch den Fachmann Kirchhofer auf die Fehler des Autos aufmerksam gemacht worden war. Statt einer Mängelrüge spricht er dem Kläger noch anfangs September seine Zufriedenheit über das Auto aus und lässt es erst im Oktober von einem Sachverständigen untersuchen, was er, wenn er wirklich nicht über die nötigen Fachkenntnisse verfügte, schon anlässlich des Kaufes hätte tun sollen; denn wer ein altes Auto kauft, weiss, dass er mit einer Abnutzung zu rechnen hat und wird sich besondere Rechenschaft hierüber geben.

Aus diesen Erwägungen ist sowohl die Wandelungs- als die Preisminderungsklage abzuweisen und der Be-

klagte verpflichtet, dem Kläger den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen und seine Aufwendungen für das Auto an sich selbst zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 30. Mai 1919 aufgehoben und das Urteil des Amtsgerichts von Solothurn vom 31. Mai 1918 wiederhergestellt.

13. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. März 1920
i. S. von Salis gegen Wälchli.

Privative oder kumulative Schuldübernahme (nach alt OR)? Insbesondere bei vorbehaltloser Annahme einer Nachlassdividendenzahlung des internen Uebernehmers durch den Gläubiger?

A. — Der Beklagte gewährte im Jahre 1907 dem Kläger und dessen Bruder, unbeschränkt haftenden Mitgliedern der Kommanditgesellschaft Gebr. Wälchli & C^{ie}, Maschinenfabrik Landquart, ein Darlehen von 15,000 Fr., wofür ihm folgender Schuldschein ausgestellt wurde: « Die Unterzeichneten erklären hiemit von Herrn » Prof. Dr. L. von Salis zu Marschline die Summe von » 15,000 Fr. (in Worten fünfzehntausend Franken) als » Darlehen erhalten zu haben, zum Zwecke, diesen Betrag als Betriebsmittel in ihrer Maschinenfabrik zu » verwenden. Sie verpflichten sich in solidarischer Weise » gegenüber dem Gläubiger zur Zinszahlung von 5% » p. a. auf die Schuldsomme, jeweils auf den 15. Juli, » erstmals auf den 15. Juli 1908 und zur Rückzahlung » des Darlehens nach Ablauf von fünf Jahren, also

» auf den 15. Juli 1912. — Sollten die Schuldner mit
 » der Zinszahlung 4 Wochen säumig sein, so kann der
 » Gläubiger das Darlehen sofort auf 6 Wochen kündigen.
 » Die Schuldner verpflichten sich ferner dafür besorgt
 » zu sein, dass der Kapitalkonto ihrer Maschinenfabrik
 » jährlich zum mindesten um den Betrag des ihnen
 » zukommenden Geschäftsgewinnes ansteigt. Landquart,
 » den 23. Juli 1907. sig. A. Wälchli. sig. Fr. Wälchli. »

Im Jahre 1910 erhielt der Beklagte im Nachlassverfahren der genannten Kommanditgesellschaft eine Dividende von 30%, wofür er wie folgt quittierte:

« Hiemit bescheinige ich Ihnen den Empfang von
 » 4631 Fr. 25 Cts. gleich 30% meines Guthabens von
 » 15,437 Fr. 50 Cts. an die Firma Gebrüder Wälchli
 » & C^{ie}, Maschinenfabrik in Landquart, wofür hiemit
 » Saldoquittung. »

Für den Restbetrag seiner Forderung von 10,368 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 1910 und Folgen leitete der Beklagte im Jahre 1919 gegen den Kläger als solidarisch haftenden Schuldner Betreuung ein und erwirkte die provisorische Rechtsöffnung. Darauf erhob der Betriebene Klage auf Aberkennung der Forderung. Er machte geltend, dass es sich nicht um eine Schuld der einzelnen Gesellschafter handle, da sie von Anfang an als Gesellschaftsschuld begründet oder doch infolge Schuldübernahme in eine solche umgewandelt worden sei.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und erklärte den Verzicht auf die Zinsen, soweit sie vor fünf Jahren fällig geworden sind.

Mit Urteil vom 14. November 1919 hat der Appellationshof die Klage gutgeheissen mit der Begründung, dass eine Uebernahme der Schuld durch die Gesellschaft anzunehmen sei.

B. — Gegen dieses Urteil hat Prof. Dr. von Salis die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Darlehensvertrag, auf den sich die streitige Forderung stützt, vom Beklagten nicht mit der Kommanditgesellschaft Gebr. Wälchli & C^{ie}, sondern mit den beiden Gesellschaftern Arnold und Fritz Wälchli persönlich abgeschlossen worden ist. Der Wortlaut des Schuldscheins lässt in dieser Beziehung keine Zweifel zu. Gerade der vom Kläger für die gegenteilige Behauptung angerufene Passus, dass die Darlehenssumme als Betriebsmittel in der Maschinenfabrik zu verwenden sei, weist darauf hin, dass im Verhältnis zur Gesellschaft dem Darlehen die Bedeutung einer Einlage der Gesellschafter zukommen sollte. Hätte der Beklagte das Darlehen der die Maschinenfabrik betreibenden Gesellschaft selbst gewähren wollen, so wäre eine solche ausdrückliche Zweckbestimmung überflüssig gewesen. Dass sich denn auch der Kläger und sein Bruder selbst ursprünglich als persönliche Schuldner des Beklagten ansahen, ergibt sich aus einem von Gebrüder Wälchli & C^{ie} unterzeichneten Schreiben vom 22. Juli 1907, worin sie zunächst dem Beklagten für die Vermittlung eines Darlehens der Firma Guyer-Zeller gegen « erste Hypothek auf unser Etablissement » danken, dann aber zum Schlusse auf « Ihr persönliches Darlehen an unsere Herren Arnold und Fritz Wälchli » zu sprechen kommen und dem Gläubiger die Zusendung des Schuldscheines « Entsprechend seiner Vorschrift » in Aussicht stellen.

2. — Demnach wäre die Aberkennungsklage nur zu schützen, wenn die Kommanditgesellschaft die Schuld übernommen hätte. Und zwar müsste eine privative Schuldübernahme vorliegen, d. h. der Kläger hätte den Nachweis zu erbringen, dass der Gläubiger ihn aus der Schuldpflicht entlassen und an seiner Stelle den neuen Schuldner akzeptiert habe. Hiefür kann der

Buchung des Darlehens als Gesellschaftsschuld, wie sie sich aus dem Kontokorrentbuche der Kommanditgesellschaft ergibt, keine entscheidende Bedeutung zukommen. Sie bildet höchstens ein Indiz dafür, dass diese die Schuld im Innenverhältnis, gegenüber den Gesellschaftern, auf sich nehmen wollte, wie sie denn auch wirtschaftlich zu ihren Gunsten eingegangen worden war. Für das Zustandekommen einer befreienden Schuldübernahme aber war weiterhin erforderlich, dass der Gläubiger von diesem sog. internen Schuldübernahmevertrag Kenntnis erhielt und dass er ihm zustimmte, was auch durch konkludentes Verhalten, insbesondere dadurch geschehen konnte, dass er Zinsen- oder Ratenzahlungen der Gesellschaft vorbehaltlos entgegennahm (vergl. OR Art. 176 Abs. 2 und 3).

Im vorliegenden Falle fehlt jedoch ein Nachweis dafür, dass vor dem Nachlassverfahren dem Gläubiger eine solche interne Vereinbarung bekannt geworden wäre. Ein Kontokorrentauszug der Gesellschaft ist ihm nicht zugestellt worden. Der ihm mitgeteilten Bilanz vom 30. Juni 1908 aber konnte er nicht entnehmen, dass sich die Kommanditgesellschaft als seine Schuldnerin betrachtet wissen wolle. Der Umstand, dass der Posten « Darlehen Prof. Dr. von Salis, Marschline 15,000 Fr. » neben den Einlagen der einzelnen Gesellschafter im Kapitalkonto aufgeführt war, liess ebensowohl die gegenteilige Annahme zu, dass darin lediglich ein Apport der beiden Brüder Wälchli erblickt werden sollte, das bloss der Einfachheit halber mit dem Namen des Dritten bezeichnet wurde, von dem es wirtschaftlich herrührte.

Demnach liegt darin, dass der Beklagte Zinszahlungen der Gesellschaft vorbehaltlos entgegennahm, weder eine Genehmigung einer internen Schuldübernahme, noch die Annahme eines Antrages zu einer privativen Schuldübernahme, wie er in der Mitteilung der internen Abrede an den Gläubiger zu finden gewesen wäre. Erst im

Nachlassverfahren der Gesellschaft und, wie es scheint, erst gegen dessen Ende hin, ist der Beklagte darauf aufmerksam gemacht worden, dass man ihn als Gesellschaftsgläubiger ansehe. Dennoch kann — im Gegensatz zur Vorinstanz — eine Willensäusserung, die eine privative Schuldübernahme zum Abschluss gebracht hätte, darin nicht erblickt werden, dass der Beklagte die Nachlassdividende von 30% entgegennahm und dafür per Saldo quittierte. Dagegen spricht zunächst die Tatsache, dass er zwar wohl die der Firma Guyer-Zeller aus dem von ihm vermittelten Darlehen gegenüber der Gesellschaft zustehende Forderung im Nachlassverfahren eingegeben, seine eigene Darlehensforderung dagegen nicht angemeldet hat. Dieses Verhalten kann nicht anders als dahin ausgelegt werden, dass er an den Gesellschaftern als seinen persönlichen Schuldner festhalten wollte und dass er die Gesellschaft nicht als seine Schuldnerin betrachtete. Wenn daraufhin die Gesellschafter den Beklagten von sich aus auf die Liste der Nachlassgläubiger setzten, so konnten sie vernünftigerweise nichts anderes erwarten, als dass er dies lediglich als kumulative Schuldübernahme auffassen werde. Wenngleich sie auf diesem Wege durch den Nachlassvertrag von ihrer persönlichen Schuld nicht gänzlich befreit wurden, so hatten sie doch immerhin ein Interesse daran, dass ihr Gläubiger wenigstens zum Teil aus dem Gesellschaftskapital befriedigt werde, zu dem neben ihnen auch noch andere beigetragen hatten. Ob sie zu einer solchen Transaktion berechtigt waren, ist hier nicht zu untersuchen. Jedenfalls aber wäre es unter diesen Umständen schlechterdings unbegreiflich, wenn der Beklagte seinen ursprünglichen Standpunkt aufgegeben und die in Zahlungsschwierigkeiten befindliche Kommanditgesellschaft nicht bloss neben, sondern an Stelle der beiden aufrechstehenden Gesellschafter, deren persönliche Schuldnerschaft er sich doch offenbar gerade für diesen Fall aus-

bedungen hatte, als ausschliessliche Schuldnerin angenommen hätte.

Bei dieser Sachlage vermag weder der vom Bundesgericht unter der Herrschaft des hier geltenden alten Rechtes aufgestellte Grundsatz Platz zu greifen, dass in Zweifelsfällen zugunsten der privativen und nicht der kumulativen Schuldübernahme zu entscheiden sei (AS 29 II S. 79) — denn um einen solchen Zweifelsfall handelt es sich nicht — noch wäre die im rev. OR Art. 176 Abs. 3 vorgesehene Vermutung begründet, dass in der vorbehaltlosen Entgegennahme von Zahlungen des Uebernehmers eine Zustimmung des Gläubigers zu einer befreienden Schuldübernahme gelegen sei; denn der Gläubiger musste und durfte hier annehmen, dass es sich lediglich um eine kumulative Schuldübernahme handle, der er ohne Bedenken durch die Annahme der Nachlassquote zustimmen dürfe.

Als privative Schuldübernahme wäre unter diesen Umständen das Vorhalten des Beklagten bloss aufzufassen, wenn zwingende Gründe dafür sprächen, was jedoch nicht der Fall ist. Denn die Saldoquittung, die in dieser Beziehung angerufen wird, ist nicht dahin zu verstehen, dass der Gläubiger auch für die Forderung gegen die Gesellschafter quittieren wollte. Vielmehr weist schon ihr Wortlaut unzweideutig darauf hin, dass damit bloss der Empfang der 30% Dividende bescheinigt werden wollte, womit denn auch die Gesellschaft ihre Verpflichtung, wie sie ihr aus der kumulativen Schuldübernahme erwachsen war, innerhalb der ihr durch den Nachlassvertrag gezogenen Grenzen getilgt hatte.

Durch die Zustimmung zum Nachlassvertrag gegenüber der Gesellschaft hätte der Gläubiger allerdings auch dann seine Rechte gegenüber den Mitschuldnern der Gesellschaft verloren, wenn er die ihm durch Art. 303 Abs. 2 SchKG auferlegten Pflichten nicht erfüllt hätte. Allein das Angebot der Forderungsabtretung ist

hier nur verlangt, um dem Mitschuldner zu ermöglichen, das Stimmrecht des abtretenden Gläubigers auszuüben und kommt daher im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da dem Gläubiger mangels seiner Teilnahme am Nachlassverfahren kein Stimmrecht zustand.

Dass sich die beiden Gesellschafter übrigens selbst anfänglich nicht für befreit erachteten, ergibt sich daraus, dass sie sich einer vom Beklagten mit Schreiben vom 12. Mai 1916 an A. Wälchli gerichteten Mahnung gegenüber nicht etwa sofort auf eine privative Schuldübernahme beriefen, sondern diesen Standpunkt erst in einer nahezu ein Jahr später abgefassten Antwort einnahmen.

3. — ... (Zinsen.)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 4. November 1919 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 4 und 6. — Voir aussi nos 4 et 6.
