

da die zu ihrer Festsetzung notwendigen Elemente, als in der Vergangenheit liegend, gegeben sein würden. Es könnte sich dabei, wenn die Ehefrau von ihrem Ehemann längere Zeit nichts gefordert hätte, höchstens fragen, ob eine solche Forderung im Konkurs deshalb nicht zuzulassen sei, weil die Berechtigte zu erkennen gegeben habe, dass sie auf deren Geltendmachung verzichte.

Demnach hat das Bundesgericht  
e r k a n n t

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Bern vom 22. September 1914 bestätigt.

#### 87. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Dezember 1914

i. S. Bosshardt, Beklagter, gegen Stäubli, Kläger.

Nachlassvertrag. Auslegung des Art. 314 SchKG (Un- gültigkeit eines jeden Versprechens, durch welches der Schuldner einem Gläubiger mehr zusichert, als was ihm nach dem Nachlassvertrag gebührt). Kondizierbarkeit, bezw. Anfechtbarkeit der Erfüllung eines solchen Versprechens.

A. — Der Kläger schuldete dem Beklagten 5763 Fr. Am 18. November 1911 bewilligte das Bezirksgericht Horgen dem Kläger einen Nachlassvertrag auf der Basis einer Nachlassdividende von 30 %, zahlbar wie folgt: 15 % Ende Dezember 1911, 15 % Ende Mai 1912. Darauf bezahlte der Kläger dem Beklagten an die Nachlassdividende von 1729 Fr.:

am 31. Januar 1912 . . . . .	Fr. 900
am 20. Juni 1912 . . . . .	» 400

und blieb also mit 429 Fr. im Rückstand.

Am 6. November 1912 stellte der Beklagte beim Bezirksgericht Horgen gestützt auf Art. 316 SchKG das Begehren um Aufhebung des Nachlassvertrages mit Bezug auf seine Forderung. Das Gericht setzte darauf dem

Kläger eine Frist an, um sich darüber auszuweisen, dass er seinen Verpflichtungen aus dem Nachlassvertrag gegenüber dem Beklagten nachgekommen sei. Im Einverständnis mit dem Beklagten verlängerte sodann das Gericht diese Frist um zwei Tage. Innerhalb dieser zwei Tage zahlte der Kläger dem Beklagten die noch ausstehende Nachlassquote von 429 Fr. nebst 32 Fr. 60 Cts. für Zinsen und Spesen und stellte ihm ausserdem (am 20. November 1912) ohne Erwähnung eines Schuldgrundes eine Schuldanerkennung im Betrage von 4037 Fr. 35 Cts. (gleich dem Betrag der ursprünglichen Schuld, abzüglich der bezahlten Nachlassquote, zuzüglich 3 Fr. 35 Cts.) aus. In dieser Schuldanerkennung waren wiederum Ratenzahlungen vorgesehen mit der Bestimmung, dass bei Nichtzahlung einer einzigen Rate die ganze Forderung fällig werde. Darauf zog der Beklagte sein Begehren um Aufhebung des Nachlassvertrages zurück.

Da der Kläger unter Berufung auf Art. 314 SchKG schon die erste der vorgesehenen Raten nicht bezahlte, betrieb ihn der Beklagte auf Zahlung des ganzen Betrages von 4037 Fr. 35 Cts. Der Kläger erhob Rechtsvorschlag, der Beklagte erwirkte jedoch gestützt auf die Schuldanerkennung vom 20. November 1912 die provisorische Rechtsöffnung.

B. — Durch Urteil vom 29. August 1914 hat die I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich die auf Aberkennung der Forderung von 4037 Fr. 35 Cts. nebst Zins gerichtete Klage Stäublis unter Kostenfolge für den Beklagten gutgeheissen.

Dieses Urteil enthält u. a. die Feststellung, dass laut unbestrittener Behauptung in einem Briefe des Klägers vom 19. November 1911 dieser dem Beklagten am 7. August 1911 vier Wechsel im Gesamtbetrage von 4200 Fr. «zur Deckung Ihres Verlustes» ausgestellt hatte. «Diese Wechsel», fährt das Gericht fort, «be- deuteten Mittel zur Erfüllung eines damals von dem »Kläger gegebenen Versprechens, die nachgelassene

» Schuld auch zu bezahlen, und der Schuldschein vom  
 » 20. November 1912 war nichts anderes als ein Beweis-  
 » mittel für dieses Versprechen in dem noch ausstehen-  
 » den Betrage. Die streitige Forderung ist gar nicht erst  
 » durch den Schuldschein begründet worden, sondern  
 » schon vor dem Nachlassvertrag, weshalb sie gemäss  
 » Art. 314 SchKG zu verwerfen ist.»

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung des Beklagten, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht  
 in Erwägung:

1. — Insofern der Beklagte versucht hat, unter Berufung auf Art. 316 SchKG das Wiederaufleben seiner ursprünglichen Forderung aus der Tatsache abzuleiten, dass der Kläger ihm gegenüber die Bedingungen des Nachlassvertrages nicht erfüllt habe, genügt es, auf die Erwägung der Vorinstanz zu verweisen, wonach, wie Art. 316 ausdrücklich vorschreibt, die Nichterfüllung des Nachlassvertrages durch einen förmlichen Beschluss der Nachlassbehörde konstatiert werden muss. Ein solcher Beschluss der Nachlassbehörde ist im vorliegenden Falle nicht ergangen, und es kann daher unerörtert bleiben, ob die vom Kläger im November 1912 geleistete Zahlung der Nachlassquote von 429 Fr. noch rechtzeitig erfolgt sei. Übrigens hat der Beklagte sie entgegengenommen und sein Begehren um Aufhebung des Nachlassvertrages zurückgezogen, was darauf hindeutet, dass er sich offenbar selber nicht für berechtigt hielt, die Zahlung als verspätet zu beanstanden.

2. — Insoweit der Beklagte seine Forderung auf die vom Kläger am 20. November 1912 ausgestellte Schuldanerkennung stützt, kann zwar die Klage nicht schon deshalb gutgeheissen werden, weil der Kläger dem Beklagten in dieser Schuldanerkennung mehr zugesichert

hat, als was dem Beklagten nach dem Nachlassvertrag gebührte. Denn es ist der Vorinstanz darin beizustimmen, dass Art. 314, der « jedes Versprechen, durch welches » der Schuldner einem Gläubiger mehr zusichert, als was » ihm nach dem Nachlassvertrage gebührt, ungültig » erklärt, nur die Übervorteilung der Mitgläubiger anlässlich des Zustandekommens des Nachlassvertrages verhindern will und sich daher nur auf die vor dessen Zustandekommen gemachten Zusicherungen bezieht. Schenkungshalber oder, was rechtlich gleich zu behandeln wäre, zum Zwecke der Erfüllung einer moralischen Pflicht, hätte also der Kläger dem Beklagten immerhin seine ganze ursprüngliche Schuld abzahlen oder ihm gegenüber eine bezügliche neue Verpflichtung eingehen können. Tatsächlich ist nun aber die Schuldanerkennung vom 20. November 1912 nicht schenkungshalber oder zum Zwecke der Erfüllung einer moralischen Pflicht, sondern, wie sich aus den Feststellungen der Vorinstanz in Verbindung mit dem in Abschrift bei den Akten liegenden Brief des Klägers vom 19. November 1911 ergibt, in Erfüllung einer anlässlich der Unterhandlungen über den Nachlassvertrag vermeintlich übernommenen Rechtspflicht erfolgt. Stellte also die Schuldanerkennung vom 20. November 1912 zwar an sich keine Mehrzusicherung im Sinne des Art. 314 dar, so erfolgte sie doch in Erfüllung einer solchen vom Gesetz verpönten Mehrzusicherung. Sie entbehrte somit eines gültigen Rechtsgrundes, bzw. sie erfolgte ob *turpem causam* und ist deshalb nach Art. 62 OR (dem Art. 17 nicht etwa entgegensteht: vergl. HAFNER, Anm. 2 zu Art. 15 alt OR, OSER, Anm. IV und BECKER, Anm. 3 zu Art. 17 neu OR) in demselben Masse anfechtbar, wie eine bezügliche sofortige Zahlung kondizierbar gewesen wäre. Damit entfällt die rechtliche Grundlage der Forderung, für welche der Beklagte die provisorische Rechtsöffnung erwirkt hat, und diese Forderung ist ihm daher ab-

zuerkennen, ohne dass auf die übrigen Rechtsstandpunkte des Klägers (Art. 21, 29 und 30 OR) eingetreten zu werden braucht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. August 1914 bestätigt.

88. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Dezember 1914  
i. S. Holzer, Beklagter,  
gegen Grande Brasserie et Beauregard, Klägerin.

Rechtliche Natur der Einrede aus Art. 265 (Fehlen neuen Vermögens seit dem Konkurs). Form ihrer Geltendmachung (mittels begründeten Rechtsvorschlages? mittels Einrede im Rechtsöffnungsverfahren? mittels Einrede im ordentlichen Forderungsprozess, bezw. im Aberkennungsprozess?). — Vom Gericht einzuschlagendes Verfahren, wenn die Einrede im ordentlichen Forderungsprozess, bezw. im Aberkennungsprozess erhoben wird.

A. — Der Beklagte schuldete, solidarisch mit seinen drei Geschwistern, der Banque de Montreux einen Betrag von 4248 Fr. 60 Cts., als er am 8. Februar 1911 in Konkurs erklärt wurde. Die genannte Bank unterliess es, ihre Forderung im Konkurse anzumelden, wurde aber am 25. März 1913 von der Klägerin, die sich dafür solidarisch verbürgt hatte, für den gesamten Schuldbetrag nebst den bis Ende 1912 berechneten Zinsen und Zinseszinsen (insgesamt 4732 Fr. 40 Cts.) befriedigt, worauf die Bank der Klägerin am gleichen Tage ihre Rechte gegen den Beklagten abtrat.

Am 6./20. Oktober 1913 liess die Klägerin dem Beklagten für den von ihr bezahlten Betrag von 4732 Fr. 40 Cts. nebst 6 % Zins seit 25. März 1913 einen Zahlungs-

befehl zustellen. Der Beklagte erhob Rechtsvorschlag ohne Begründung. Ein von der Klägerin gestelltes Begehren um Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung wurde abgewiesen, und zwar letztinstanzlich deshalb, weil keine Schuldanererkennung im Sinne des Art. 82 SchKG vorliege. Auf Art. 265 hatte sich der Beklagte, soviel aus den Akten ersichtlich ist, im Rechtsöffnungsverfahren nicht berufen. Nachdem das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen worden war, liess die Klägerin den Beklagten zum Aussöhnungsversuch über folgendes Rechtsbegehren vorladen:

« Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin einen bestrittenen Betrag von 4732 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 6 % seit 1. Januar 1913 und 1 Fr. 60 Cts. Betreuungskosten zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Im Vermittlungsvorstand gab der Beklagte folgende Erklärung ab:

« Der vorgeladene Rudolf Holzer bestreitet die ans  
» Recht gestellte Forderung, soweit die Kapitalforde-  
» rung bis zum Ausbruch des Konkurses der Geschwister  
» Holzer darstellend nicht. Dagegen bestreitet er die  
» Zinspflicht seit Ausbruch des Konkurses und bes'reitet  
» die Zahlungspflicht des ganzen eingeklagten Betrages  
» nebst Zins und Folgen, unter Kostenfolge. Rudolf  
» Holzer ist nämlich s. Z. in Konkurs gefallen und seither  
» nicht zu neuem Vermögen gelangt. Die eingeklagte  
» Forderung ist eine solche, die im Konkurse des Rudolf  
» Holzer eingegeben wurde oder hätte eingegeben werden  
» sollen. »

Nichtsdestoweniger erfolgte darauf die Einreichung der vorliegenden Klage, mit dem im Aussöhnungsverfahren angekündigten, oben wiedergegebenen Rechtsbegehren.

Nachdem der Beklagte in der Hauptverteidigung seine im Vermittlungsvorstand abgegebene Erklärung wiederholt hatte, mit den Anträgen:

« 1. Auf das Rechtsbegehren der Klage sei nicht einzutreten.