

über die Pfandrechtsansprache des Rekursgegners Weibel an der Maschine entschieden und diese anerkannt worden war, unbestrittenermassen nicht angefochten haben, und diese Kollokation damit rechtskräftig geworden ist, war daher das Konkursamt verpflichtet, den zufolge des Gesamtausgebotes der Maschine und der Liegenschaft erzielten Mehrerlös vorab dem Rekursgegner bis zur vollen Deckung seiner, derjenigen der Rekurrenten vorgehenden, pfandversicherten Forderung zuzuweisen, und es ist diese Verteilung von den Rekurrenten zu Unrecht angefochten worden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
e r k a n n t :

Der Rekurs wird abgewiesen.

Entscheidungen der Zivilkammern. — Arrêts
des sections civiles.

85. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. November 1916
i. S. Müller, Beklagter,
gegen Pestalozzi & Cie und Konsorten, Kläger.

Verpflichtung des Kommanditärs, im Konkurse der Kommanditgesellschaft einen allfällig einbezahlten Teil der Kommandite « zur Masse abzuliefern » (Art. 603 Abs. 3 OR). Paulianische Anfechtbarkeit einer weniger als sechs Monate vor Konkursausbruch vorgenommenen Verrechnung der Kommanditschuld mit einer Darlehnsforderung des Kommanditärs.

A. — Der Beklagte und der Ing. Ed. Zürcher schlossen am 20. Mai 1911 einen Vertrag ab, wonach der Beklagte sich verpflichtete, der « Firma Ing. Ed. Zürcher » (Zentralheizungsfabrik in Zürich) ein « laufendes Darlehn » von 60,000 Fr. zu gewähren, während fernere Einzahlungen des Beklagten bis zum Betrage von weitem 60,000 Fr., als Kommanditeinlage gelten sollten. Der « Gesellschaftsvertrag » sollte am Ende eines jeden Geschäftshalbjahres (31. Mai und 30. November) « halbjährlich kündbar » sein, sobald der jährliche Netto-Reingewinn des verflossenen Jahres nicht mindestens 10,000 Fr. betragen würde; das « Darlehn » sollte dagegen erst dann gekündigt werden können, wenn der jährliche Netto-Reingewinn in z w e i a u f e i n a n d e r f o l g e n d e n Jahren unter jenen Betrag sinken würde, und zwar sollte alsdann das Darlehn « spätestens innert zwei Jahren von der Kündigung an » fällig sein.

Auf Grund dieses Vertrages zahlte der Beklagte am

20. Juni 1911 Fr. 60,000 und am 19. September desselben Jahres 20,000 Fr. ein ; der erstere Betrag wurde vom Beklagten, der zugleich Buchhalter des Zürcher war, im Einverständnis mit Zürcher als « Darlehn » gebucht, der zweite Betrag als « Kommandite ».

Am 18. Oktober 1911 « verpflichtete » sich der Beklagte, bis zum 1. April 1912 « weitere 40,000 Fr. in die Firma Ed. Zürcher & C^{ie} einzulegen gemäss den Bestimmungen des bestehenden Vertrages ».

Am 23. Oktober 1911 wurde die Kommanditgesellschaft Zürcher & C^{ie} in das Handelsregister eingetragen und die Kommandite des Beklagten mit 60,000 Fr. angegeben. Zugleich wurde der Beklagte als Prokurist eingetragen.

Im November 1911 zog der Beklagte von seiner Einlage 5000 Fr. zurück.

Mit Brief vom 2. April 1912 verlangte Zürcher vom Beklagten, dass er die zurückgezogenen 5000 Fr. wiedereingle und ausserdem die weitem 40,000 Fr., die er bis zum 1. April versprochen hatte, einwerfe. Der Beklagte antwortete am 3. April, dass er zur Wiedereinzahlung der 5000 Fr. bereit sei, dagegen nicht zur Einzahlung der weitem 40,000 Fr. ; diese 40,000 Fr. werde er vielmehr höchstens als « Darlehn » geben. Zürcher erklärte sich darauf am 9. April bereit, die 40,000 Fr. als « Darlehn » anzunehmen, wenn der Beklagte die Einzahlung bis 15. April leiste. Der Beklagte ging hierauf nicht ein ; er erklärte am 13. April, bereits 60,000 Fr. als K o m m a n d i t e eingeworfen zu haben, machte dann aber am 30. April doch eine Einzahlung von 15,000 Fr.

Am 23. Mai « kündigte » der Beklagte « den Vertrag » auf den 1. Dezember 1912 für den Fall, dass der Reingewinn für das Geschäftsjahr 1911/12 nach der Ende Mai 1911 zu erstellenden Bilanz nicht mindestens 10,000 Fr. betragen sollte.

Ungefähr zu derselben Zeit verliess der Beklagte das Geschäft, nachdem er noch zuvor (wann, ist nicht fest-

gestellt) die auf seine Einlagen bezüglichen Einträge im « Geheimbuch » der Firma ohne Begrüssung des Zürcher dahin abgeändert hatte, dass er seine Einzahlung vom 20. Juni 1911 (60,000 Fr.) als « Kommandite », dagegen seine Einzahlung vom 19. September 1911 (20,000 Fr.) als « Darlehn » bezeichnete.

Am 31. Mai 1912 schrieb der Beklagte dem Zürcher, die soeben von ihm, dem Beklagten erstellte Bilanz ergebe ein « Defizit » von ca. 1000 Fr.; es müsse daher « Wandel geschaffen » werden.

Nachdem Zürcher noch mehrmals ohne Erfolg die Vervollständigung der « Kommandite » verlangt hatte, kam es am 8. Januar 1913 zum Abschluss eines « Auseinsetzungsvertrags », in welchem erklärt wurde, dass das « gegenwärtige gesamte Buchguthaben » des Beklagten betrage :

a) aus Darlehn 30,000 Fr.

b) aus Kommandite 60,000 Fr.

Am 19. Juni 1913 brach über die Firma Ed. Zürcher & C^{ie} der Konkurs aus. Die Konkursverwaltung nahm den Standpunkt ein, dass der Beklagte in Wirklichkeit nur 30,000 Fr. Kommandite eingezahlt habe, während die übrigen von ihm eingelegten 60,000 Fr. als Darlehn zu betrachten seien. Sie erhob daher die vorliegende Klage. Da jedoch die Mehrheit der Gläubiger auf die Einforderung der fehlenden 30,000 Fr. « verzichtete », erklärte die Konkursverwaltung, den bezüglichen Anspruch den heutigen Klägern « abzutreten », deren Konkursforderungen zusammen ungefähr 15,000 Fr. betragen. Der Prozess wurde infolgedessen von den « Abtretungsgläubigern » durchgeführt.

Ueber die mutmassliche Höhe der Konkursdividende geben die Akten keinen Aufschluss.

B. — Durch Urteil vom 28. Juni 1916 hat das Obergericht des Kantons Zürich erkannt :

« Der Beklagte ist verpflichtet, in die Konkursmasse

» der Firma Ed. Zürcher & C^{ie} 30,000 Fr. ausstehende
» Kommandite einzubezahlen. »

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung mit den Anträgen :

« 1. Die Klage sei gänzlich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger für alle Instanzen.

» 2. Eventuell :

» Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Akten an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Feststellung darüber, in welchem Betrage der Beklagte durch die angeblich anfechtbare Handlung begünstigt, bzw. in welchem Betrage die Gläubiger beeinträchtigt worden seien. »

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. ...

2. — Dadurch, dass er sich im Handelsregister als mit einer bestimmten Kommanditsumme haftbar eintragen lässt, verpflichtet sich der Kommanditär, im Konkurse der Gesellschaft entweder auf die Rückforderung der, normalerweise bereits eingezahlten Kommandite zu verzichten, oder aber, soweit die Einzahlung noch nicht stattgefunden haben sollte, den Betrag der Kommandite in die Masse einzuwerfen. In diesem Sinne bestimmt Art. 603 Abs. 3 OR, dass im Konkurse der Gesellschaft « ihre Gläubiger verlangen können, dass die Kommanditsumme, soweit sie noch nicht eingeworfen oder wieder zurückgezogen ist, zur Masse abgeliefert werde. »

Die hiernach im Konkursfalle vor Allem zu entscheidende Frage, ob und inwieweit die Kommandite bereits eingezahlt worden sei, beurteilt sich grundsätzlich nach den gewöhnlichen Regeln des Obligationenrechts. Insbesondere besteht keine Gesetzesbestimmung, wonach die Kommanditschuld nicht, wie jede andere Schuld, durch Verrechnung getilgt werden könnte. Steht daher dem

Kommanditär gegen die Kommanditgesellschaft eine fällige Geldforderung zu, oder wird eine an sich nicht fällige Geldforderung des Erstern im beidseitigen Einverständnis als fällig erklärt oder, ebenfalls im beidseitigen Einverständnis, eine andere Forderung des Kommanditärs in eine Geldforderung umgewandelt, so genügt die Kompensationserklärung des Kommanditärs oder des Komplementärs, um zu bewirken, dass die Kommandite bis zum Betrag der kleinern der beiden sich gegenüberstehenden Forderungen als eingezahlt zu gelten hat. Bis zu diesem Betrage ist dann im Gesellschaftskonkurse der Kommanditär nur mehr verpflichtet, auf die Rückforderung zu verzichten.

3. — Im vorliegenden Falle hat nun eine Verrechnung der Kommanditschuld des Beklagten im Restbetrage von 30,000 Fr. mit dem entsprechenden Teil seiner Darlehnsforderung von 60,000 Fr. vor dem Konkurse zwar nicht schon durch die einseitigen Erklärungen des Beklagten im Laufe des Jahres 1912 oder durch die von ihm einseitig vorgenommene Abänderung der bezüglichlichen Bucheinträge stattgefunden ; denn seine Darlehnsforderung wäre feststehendermassen erst zwei Jahre später fällig geworden, und zur einseitigen Abänderung der Bucheinträge in seinem persönlichen Interesse war er als Prokurist der Kommanditgesellschaft nicht berechtigt. Wohl aber ist eine Verrechnung dadurch bewirkt worden, dass in dem « Auseinandersetzungsvertrag » vom 8. Januar 1913, also unter Zustimmung des Komplementärs Zürcher, die Forderung des Beklagten « aus Darlehn » auf 30,000 Fr., dessen Forderung « aus Kommandite » dagegen auf 60,000 Fr. angesetzt wurde. Darin lag in der Tat eine Verrechnung der noch ausstehenden Kommanditschuld des Beklagten im Betrage von 30,000 Fr. mit der Hälfte seiner Darlehnsforderung von 60,000 Fr., unter Verzicht des Zürcher auf die Geltendmachung der mangelnden Fälligkeit der Darlehnsforderung. Von der Frage der paulianischen Anfechtbarkeit der Verrechnung abgesehen,

müsste also mit Rücksicht auf die durch die Verrechnung bewirkte Tilgung der Kommanditschuld die Klage abgewiesen werden.

4. — Nun hat aber die Verrechnung weniger als sechs Monate vor der Eröffnung des Konkurses und zwar in einem Zeitpunkte stattgefunden, in welchem die Kommanditgesellschaft nach den aktenmässigen Feststellungen der Vorinstanz bereits überschuldet war. Sie ist somit, weil sie ein ganz aussergewöhnliches Mittel der Tilgung der Darlehns-, wie übrigens auch der Kommanditschuld war und eine Schädigung der Konkursmasse bewirken musste, nach Art. 287 Ziff. 2 SchKG anfechtbar, sofern der Beklagte nicht beweist, dass er die schlechte Vermögenslage der Gesellschaft nicht kannte. Diesen Beweis hat der Beklagte nicht erbracht, und es war sogar von vornherein ausgeschlossen, dass er ihn erbringen könne; denn aus der bei den Akten liegenden Korrespondenz ergibt sich im Gegenteil, dass der Beklagte auf der Befreiung von seiner Verpflichtung zur Vervollständigung der Kommandite gerade deshalb so energisch bestand, weil er als Kommanditär und Buchhalter der Firma den schlechten Status des Unternehmens kannte und sich darüber Rechenschaft gab, dass alles eingelegte oder noch einzulegende Kapital verloren sei.

Ist demnach die Klage als Anfechtungsklage im Sinne des Art. 287 gutzuheissen, so muss der Beklagte zurückerstatten, was er durch die Verrechnung an seine Darlehnsforderung erhalten hat. Gegen diese, aus der Guttheissung der Anfechtungsklage sich ergebende Restitutionspflicht kann er nicht mit seiner Darlehnsforderung kompensieren; denn die letztere lebt erst dann wieder auf, wenn der Beklagte das an Zahlung an sie Erhaltene zurückerstattet hat. Würde übrigens auch angenommen (vergl. BGE 35 II S. 693*), dass der Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, seine Schuld mit der ihm zustehenden Konkursforderung

zu verrechnen, so wäre ihm das Kompensationsrecht gleichwohl deshalb abzusprechen, weil er dadurch, dass er sich am 18. Oktober 1911 « verpflichtete », über die damals bereits eingelegten 20,000 Fr. hinaus noch « weitere 40,000 Fr. gemäss den Bestimmungen des bestehenden Vertrages », also als Kommandite « einzulegen », auf die Verrechnung seiner Kommanditschuld mit seiner Darlehnsforderung verzichtet hat. Mit der Aufhebung des « Auseinandersetzungsvertrages » vom 8. Januar 1913 tritt der Verrechnungsverzicht vom 18. Oktober 1911 wieder in Kraft.

Unter diesen Umständen braucht nicht untersucht zu werden, ob die Verrechnung der Kommanditschuld des Beklagten mit seiner Darlehnsforderung auch deshalb unzulässig sei, weil der Beklagte im Prozesse nur Verrechnung mit der Konkursdividende, also nicht mit dem Nominalbetrag seiner Darlehnsforderung verlangt habe.

5. — Dagegen ist der Beklagte berechtigt, für den infolge der Rückgängigmachung des « Auseinandersetzungsvertrages » wiederauflebenden Teil seiner Darlehnsforderung — sofern nicht schon im Sinne von BGE 41 III S. 243 für den Fall der Guttheissung der Anfechtungsklage eine Eventualkollokation stattgefunden hat — eine nachträgliche Konkurseingabe gemäss Art. 251 SchKG zu machen, worauf die Konkursverwaltung bis zur Erledigung eines allfälligen Kollokationsstreites die auf die 30,000 Fr. entfallende Dividende zurückzubehalten, d. h. von einer Auszahlung des entsprechenden Betrages an die Kläger Umgang zu nehmen hat. Als « Ergebnis » im Sinne der Bedingung N° 3 des Abtretungsformulars (Sammlung der eidg. Erlasse über Schuldbetreibung und Konkurs, S. 181; JAEGER, Komm. II S. 571) erscheint in solchen Fällen nur die Differenz zwischen der in die Masse einzuwerfenden Summe einerseits und der auf die wiederauflebende Forderung des Anfechtungsbeklagten entfallenden Konkursdividende andererseits. Wenn daher die Höhe der Dividende nicht feststeht oder über den Bestand

* Sep.-Ausg. 12 S. 357.

jener wiederauflebenden Forderung als solcher eine Meinungsverschiedenheit vorliegt, darf der Anfechtungsbeklagte nicht etwa zur Zahlung des von ihm einzuwerfenden Betrages an die Abtretungsgläubiger, sondern nur an die Konkursverwaltung verurteilt werden, welche letztere dann für die richtige Verteilung jenes Betrages zu sorgen hat.

In diesem Sinne ist das angefochtene Urteil, wonach der Beklagte 30,000 Fr. « in die Konkursmasse der Firma Ed. Zürcher & C^{ie} einzubezahlen » hat, zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 1916 bestätigt.

86. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. November 1916

i. S. Hirsch & Söhne, G. m. b. H., Klägerin,
gegen Konkursmasse Stücheli, Beklagte.

Der Verkäufer, der im Konkurs des Käufers eine Kaufpreisforderung angemeldet hat, kann darin nicht auch noch eine Schadenersatzforderung aus Nichtbeschaffung der ihm vom Käufer für den Kaufpreis versprochenen Akzente geltend machen.

A. — Die Klägerin lieferte dem K. Stücheli, Müller in Mörikon, seit Jahren Getreide, das Stücheli jeweilen mit Akzepten der Spar- und Leihkasse Eschlikon bezahlte. Im April 1912 bestätigte die Klägerin dem Stücheli eine Bestellung auf rumänischen Weizen « Conditionen gewohnte » Nachdem der Weizen dem Stücheli im Juni 1912 geliefert worden war, geriet Stücheli, ohne der Klägerin vorher Zahlung geleistet oder für den Fakturbetrag Bankakzente verschafft zu haben, in Konkurs, in welchem die Klägerin neben andern Forderungen, die heute keine

Rolle mehr spielen, ihre Kaufpreisforderung von 27,250 Franken nebst Zins für den gelieferten rumänischen Weizen anmeldete. Die Konkursverwaltung anerkannte diese Forderung und kollozierte sie in 5. Klasse. Mit Schreiben vom 6. September 1912 machte die Klägerin eine weitere Forderung von 27,250 Fr. geltend, mit der Erklärung, dass sie von dieser Forderung denjenigen Betrag in Abzug bringen lasse, der die Konkursdividende übersteige, die im Konkurs der Spar- und Leihkasse Eschlikon darauf entfallen wäre. Die Klägerin begründete ihren Anspruch auf Kollokation dieser Forderung mit Hinweis darauf, dass Stücheli sich verpflichtet habe, den Kaufpreis für den ihm im Juni gelieferten Weizen mit Bankakzepten zu bezahlen. Stücheli sei dieser Verpflichtung schuldhafterweise nicht nachgekommen und daher der Klägerin gegenüber zum Ersatz des ihr durch die Nichtübergabe der Akzente entstandenen Schadens verpflichtet. Dieser Schaden bestehe in der Dividende, die auf die Forderung von 27,250 Fr. im Konkurs der Spar- und Leihkasse Eschlikon entfallen wäre; denn wenn die Klägerin für 27,250 Fr. Akzente erhalten hätte, so hätte sie neben der Anmeldung der Kaufpreisforderung im Konkurs Stücheli den nämlichen Betrag auch im Konkurs der Spar- und Leihkasse Eschlikon geltend machen können. Laut Mitteilung vom 4. Oktober 1912 wurde diese Forderung von 27,250 Fr. von der Konkursverwaltung abgewiesen, « weil doppelt eingegeben ». Hierauf leitete die Klägerin die vorliegende Kollokationsklage ein, mit dem Begehren, die Beklagte sei pflichtig, die genannte Schadenersatzforderung im Konkurs in 5. Klasse zu kollozieren. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen. Sie machte geltend, Stücheli habe keine Verpflichtung zur Bezahlung des Weizens mit Akzepten übernommen; jedenfalls könne ihm die Nichtübergabe der Akzente nicht zum Verschulden angerechnet werden.

B. — Durch Entscheid vom 24. August 1916 hat das Obergericht des Kantons Thurgau die Klage abgewiesen,