

la sua rinuncia al diritto formale d'incassare per via cambiarla il suo credito.

Il Tribunale federale pronuncia :

Il ricorso è respinto e la querelata sentenza 24 settembre 1952 della Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino è confermata.

20. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Juni 1953
i. S. Kady gegen Gutglück.

Nachlassvertrag. Nebenversprechen, Art. 314 SchKG.

Bei Nachlassvertrag einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft wird der Gesellschafter der Schuldnerin gleichgehalten (Erw. 1). Eine nach Bestätigung des Nachlassvertrags ausgestellte Schuldanerkennung auf eine die Dividende übersteigende Leistung fällt ebenfalls unter Art. 314 SchKG, wenn sie *in Erfüllung* (bzw. Erneuerung) einer vor der Bestätigung gegebenen Mehrzusicherung erfolgte (Erw. 1-2), selbst wenn der Schuldner in diesem Zeitpunkte mit der Dividende im Verzug (Erw. 2 a) und sich der Unverbindlichkeit der vorherigen Zusicherung bewusst war (Erw. 2 b, c).

Trotz Dividendenverzug *kein Wiederaufleben* der ursprünglichen Forderung ohne Aufhebungs- oder Widerrufsbeschluss der Nachlassbehörde gemäss Art. 315 bzw. 316 SchKG, auch nicht zufolge dahingehender Vereinbarung (Erw. 2 d).

Concordat. Promesse accessoire, art. 314 LP.

En cas de concordat d'une société en nom collectif ou en commandite, les promesses des associés sont considérées comme émanant de la débitrice (consid. 1).

Une reconnaissance de dette établie après l'homologation du concordat pour une prestation dépassant le dividende tombe également sous le coup de l'art. 314 LP lorsqu'elle a été donnée pour *exécuter* (ou renouveler) une promesse faite avant l'homologation (consid. 1 et 2). C'est le cas même si le débiteur était alors en retard dans le paiement du dividende (consid. 2 a) et savait qu'il n'était pas lié par sa promesse antérieure (consid. 2 b et c).

Bien que le débiteur soit en demeure pour le paiement du dividende, la créance primitive *ne renait* que si le concordat est révoqué en vertu des art. 315 ou 316 LP ; une convention ne suffit pas (consid. 2 d).

Concordato. Promessa a' sensi dell'art. 314 LEF.

Nel concordato d'una società in nome collettivo o in accomandita le promesse dei soci sono equiparate a quelle della debitrice (consid. 1).

Anche un riconoscimento di debito rilasciato *dopo* l'omologazione del concordato per una prestazione eccedente il dividendo cade sotto l'art. 314 LEF se è stato dato in *adempimento* (o rinnovo) d'una promessa fatta *prima* della omologazione (consid. 1-2). Ciò vale anche se il debitore era allora in ritardo col pagamento del dividendo (consid. 2 a) e sapeva di non essere vincolato dalla sua promessa anteriore (consid. 2 b, c).

Anche se il debitore è in mora al pagamento del dividendo, il credito primitivo *non rinasce* che se il concordato è revocato in virtù degli art. 315 o 316 LEF ; una convenzione non basta (consid. 2 d).

A. — Die Kollektivgesellschaft Gutglück & Co. schloss im Jahre 1934 mit ihren Gläubigern einen Nachlassvertrag ab, der eine Dividende von 40 % vorsah, zahlbar in drei Raten binnen 4 Monaten nach der gerichtlichen Bestätigung. Diese erfolgte am 17. Oktober 1934. Unter den anerkannten Forderungen befand sich eine solche des M. L. Waynryb im Betrage von Fr. 23,341.40, herrührend aus Darlehen, für welche die Schuldnerin Wechsel akzeptiert hatte. Die darauf entfallende Nachlassdividende (Fr. 9336.55) war bei Ablauf der Zahlungsfrist noch unbezahlt. Am 7. März 1935 unterzeichnete der Kollektivgesellschaftler der Schuldnerin Simon Gutglück einen Schuldschein, mit dem er dem Waynryb Fr. 15,000.— zu schulden bekannte und in Monatsraten von Fr. 500.— zu zahlen versprach. Diese Schuldanerkennung wurde später durch neue Abzahlungsvereinbarungen ersetzt ; die letzte vom März 1943 sah vor, dass im Falle der Nichteinhaltung der verabredeten Zahlungstermine durch Verzug mit mehr als einer Rate die ganze Forderung in ihrer ursprünglichen Höhe von « über Fr. 23,000.— » abzüglich der inzwischen erfolgten Zahlungen wieder auflebe. Nachdem Gutglück bis zum 30. April 1943 Fr. 7445.— bezahlt hatte, trat Waynryb seine Ansprüche gegen jenen an Dr. Kady ab, der auf Zahlung des von der ursprünglichen Forderung verbleibenden Restes klagte.

Das Bezirksgericht schützte die Klage im Umfange von Fr. 23,237.90 nebst 5 % Verzugszins seit 1. Mai 1934 plus Betreuungskosten (Fr. 6.90) abzüglich der Abzahlungen von total Fr. 7445.—.

B. — Auf Berufung des Beklagten hat das Obergericht dieses Urteil aufgehoben, dem Kläger nur die Differenz zwischen Nachlassdividende und geleisteten Abzahlungen mit Fr. 1891.55 nebst 5 % Verzugszins seit 1. Juli 1944 zugesprochen und die Mehrforderung abgewiesen. Die Begründung geht dahin, das Beweisverfahren habe ergeben, dass Waynryb seinerzeit dem Nachlassvertrag nur zugestimmt habe gegen das Versprechen der Zahlung einer grösseren Summe neben der Nachlassdividende; die spätern Schuldanererkennungen des Beklagten seien in Erfüllung dieses gemäss Art. 314 SchKG ungültigen Nebenversprechens ausgestellt worden; der Kläger habe mithin nur auf die Nachlassdividende abzüglich der erhaltenen Abzahlungen Anspruch. Die mehr als 5 Jahre vor der Klageeinreichung zurückliegenden Verzugszinse seien verjährt.

C. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt der Kläger Wiederherstellung des Entscheides des Bezirksgerichts. Der Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach Art. 314 SchKG ist ungültig jedes Versprechen, durch welches der Nachlassschuldner einem Gläubiger mehr zusichert, als was ihm nach dem Nachlassvertrag gebührt. Versprechungen und Zuwendungen Dritter aus ihrem eigenen Vermögen fallen nicht unter diese Bestimmung. Handelt es sich aber um den Nachlassvertrag einer Kollektiv- (oder Kommandit-) Gesellschaft, so gilt der Kollektivgesellschaftler (bzw. der Komplementär und der Kommanditär) nicht als Dritter (JAEGER, zu Art. 314 SchKG, und dortige Zitate). Im vorliegenden Falle steht mithin die Nichtidentität des Beklagten mit der damaligen Nachlassvertragsschuldnerin der Anwendung des Art. 314 nicht entgegen.

Der Berufungskläger macht nun allerdings in erster Linie geltend, dass der Beklagte mit seiner Erklärung vom

7. März 1935 eine Schuld anerkannt habe, die nicht in seiner gesetzlichen Haftung für die Schulden der Kollektivgesellschaft, sondern in eigenen wechsellässigen Verpflichtungen ihren Grund gehabt habe; trügen doch die meisten Wechsel seine persönliche Unterschrift. Der Beklagte persönlich aber habe 1934 mit seinen Privatgläubigern keinen Nachlassvertrag abgeschlossen, und derjenige seiner Firma berühre seine persönlichen Schulden nicht. Ihm gegenüber habe somit der volle Betrag seiner Wechselverpflichtungen geltend gemacht werden können, der höher als Fr. 15,000.— gewesen sei.

Zu dieser vom Kläger schon vor beiden kantonalen Instanzen aufgestellten Behauptung hat das Obergericht nicht Stellung genommen, vielleicht weil es sie als offensichtlich unrichtig und daher keiner Widerlegung bedürftig erachtete. In der Tat findet sich die persönliche Unterschrift des Beklagten nur auf 8 Wechseln im Gesamtbetrag von Fr. 11,000.—, von denen 5 im Gesamtbetrag von Fr. 6500.— erst noch mangels Angabe des Remittenten ungültig waren, sodass eine eigene wechsellässige Verpflichtung des Beklagten nur für Fr. 4500.— bestand, was zusammen mit der Fr. 4894.— betragenden Nachlassdividende von 40 % auf den übrigen Wechseln nur Fr. 9394.— ergibt. Die 5 ungültigen Wechsel sind denn auch gar nicht protestiert worden. Bei dieser Sachlage kann nicht davon die Rede sein, dass es sich bei der Nichterwähnung dieser Behauptung des Klägers im Urteil der Vorinstanz etwa um ein offensichtliches Versehen handeln würde, was allein das Bundesgericht zu einer Korrektur in diesem Punkte berechtigen würde. Wohl liesse sich denken, dass der Beklagte sich durch seine ungültigen Wechselunterschriften gebunden fühlte oder sich ihrer Ungültigkeit nicht bewusst war und aus einem dieser beiden Gründe die Schuldanererkennung vom 7. März 1935 ausstellte. Diese blosser Möglichkeit aber schliesst die Annahme eines dritten Beweggrundes, nämlich eines Nebenversprechens im Sinne von Art. 314 SchKG,

nicht aus. Der Kläger macht nun freilich weiterhin geltend, die Klage habe sich nie auf die Schuldanerkennung vom 7. März 1935 gestützt, die ja nur auf Fr. 15,000.— laute, sondern auf die spätern Vereinbarungen und die ursprünglichen Wechselverpflichtungen des Beklagten. Was er hieraus ableiten will, ist jedoch nicht ersichtlich. Die nächstfolgende Vereinbarung vom 24. Februar 1936 geht ja wiederum von dem durch eine inzwischen erfolgte Zahlung um Fr. 200.— auf Fr. 14,800.— reduzierten Betrag von Fr. 15,000.— aus, sodass sich auch hier wieder die Frage stellt, was den Beklagten bewogen hat, eine die Nachlassdividende übersteigende Forderung anzuerkennen.

Die Vorinstanz hat nun diese Frage für alle nach der Bestätigung des Nachlassvertrages vom Beklagten ausgesprochenen Schuldanerkennungen dahin beantwortet, dass es sich um die Erfüllung eines *vor* der Bestätigung gegebenen ungültigen Nebenversprechens handle. Diese Annahme ist (unter Vorbehalt der Art. 43 Abs. 3 und 63 Abs. 2 OG) für das Bundesgericht insofern verbindlich, als sie die tatsächliche Feststellung in sich schliesst, dass der Beklagte dem Gläubiger Waynryb vor Abschluss des Nachlassvertrages mehr als die Nachlassdividende zugesichert hat. Die Ausführungen unter Ziff. 4 der Berufungsschrift, mit denen der Kläger die Unrichtigkeit dieser Feststellung dartun will, stellen eine im Berufungsverfahren unzulässige Kritik der Beweiswürdigung dar, weshalb sie nicht gehört werden können. Dass die Feststellung auf einer Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften beruhe, behauptet der Kläger mit Recht nicht. Die Vorinstanz hat allerdings nicht erwähnt, dass anlässlich der Verhandlung vor Bezirksgericht über die Bestätigung des Nachlassvertrages (23. August 1934) der Beklagte auf bezügliche Vorhalte widerstrebender Gläubiger des entschiedensten in Abrede gestellt hatte, dass er oder mit seinem Wissen sonst jemand aus der Firma Sondervergütungen angeboten hätte. Allein auch wenn die Vorinstanz diese frühern Äusserungen übersehen haben sollte, so ist

doch dieses allfällige Versehen nicht *offensichtlich* (Art. 63, Abs. 2/55 Abs. 1 lit. d OG). Die Vorinstanz konnte angesichts der Tatsache, dass der Beklagte bestimmt einmal die Unwahrheit gesagt hat, der Meinung sein, dass dies damals vor Bezirksgericht geschehen sei, zumal anzunehmen ist, dass ein Schuldner, der die erforderlichen Zustimmungen zum Nachlassvertrag durch Nebenversprechungen erwirkt hat, dies der Nachlassbehörde im Bestätigungsverfahren nicht gesteht. Mit einer Behaftung des Beklagten bei seiner damaligen Bestreitung wäre man Gefahr gelaufen, ihn allein und zum Vorteil des widerrechtlich begünstigten Gläubigers für eine Lüge büssen zu lassen, an der dieser sich damals durch Stillschweigen beteiligt hat.

2. — Ist somit davon auszugehen, dass der Beklagte dem Gläubiger Waynryb *vor* der Bestätigung des Nachlassvertrages eine Begünstigung in Aussicht gestellt hat, so fragt es sich weiterhin, ob die *nach* derselben ausgestellten Schuldanerkennungen, auf welche der Kläger seine Klage stützt, mit jenem früheren Versprechen kausal zusammenhängen. Nach der Rechtsprechung wäre eine nach der Bestätigung erfolgte, über die Dividende hinausgehende Zahlung oder Schuldanerkennung gültig, wenn sie freiwillig, nämlich schenkungshalber oder in Erfüllung einer moralischen Pflicht gegeben wurde, nicht aber, wenn sie « in Erfüllung » einer vor dem Zustandekommen des Nachlassvertrages gegebenen, vom Gesetze verpönten Mehrzusicherung erfolgte; in letzterem Falle wird die Schuldanerkennung also der vorher gegebenen gleichgehalten (BGE 40 III 463). Dieser Fall liegt hier vor. Zwar hat keine der von der Vorinstanz einvernommenen Personen eine bestimmte Summe zu nennen vermocht, die der Beklagte anlässlich der Nachlassverhandlungen dem Gläubiger Waynryb versprochen hätte. Allein wenn er ihm auch nur in allgemein gehaltenen Redensarten eine Begünstigung in Aussicht gestellt und der Gläubiger, wie die Vorinstanz annimmt, aus diesem Grunde dem

Nachlassvertrag zugestimmt hat, so ist jede die Nachlassdividende übersteigende spätere Zahlung oder Schuldanerkennung als Erfüllung (oder richtiger: Erneuerung) jenes Versprechens zu würdigen, es sei denn, dass nach der Bestätigung des Nachlassvertrages Umstände eingetreten sind, die *auch ohne* das vorausgegangene Versprechen die später übernommene Mehrleistung zu erklären vermögen.

a) Einen solchen Umstand will der Kläger darin erblicken, dass die Firma Gutglück & Co. im Zeitpunkt der Schuldanerkennung vom 7. März 1935 die damals in ihrem vollen Betrag fällige Dividende noch nicht bezahlt hatte. Daran ist freilich soviel richtig, dass es für einen säumigen Nachlassschuldner sehr nahe liegen kann, den Gläubiger von einem Gesuch um Aufhebung des Nachlassvertrages gemäss Art. 315 SchKG abzuhalten zu versuchen, indem er ihm nachträglich mehr als die Dividende verspricht, was wohl nicht gegen Art. 314 verstossen würde. Allein wenn sich wie hier ein Gläubiger zuerst mehr als die Dividende versprechen lässt und dann nicht einmal diese rücksichtslos eintreibt, so lässt sich dies vernünftigerweise nur so erklären, dass er dem Schuldner die fristgerechte Abfindung der andern, zumal der widerstrebenden Gläubiger ermöglichen wollte, um dann, wenn von daher keine Konkursgefahr mehr droht, seinerseits ungestört die ihm versprochenen Sonderleistungen einzuheimen. Die Nachlassschuldnerin besass, wie den Nachlassakten zu entnehmen ist, sogut wie gar keine Barmittel, um die Dividende zu bezahlen, sondern musste sie sich erst durch den Verkauf ihres Warenlagers beschaffen. Ihre Lage war deshalb derart prekär, dass sich Waynryb von einem rigorosen Vorgehen nicht viel versprechen konnte. Dass er aus diesem Grunde von vornherein dem Beklagten längere Zahlungsfristen einzuräumen bereit war, folgt aus der von der Vorinstanz als glaubwürdig erachteten Aussage Englands, Waynryb habe erklärt, er wolle « sein ganzes Geld haben...; wie er das Geld bekomme, sei ihm gleich ».

b) In dem zitierten Präjudiz wurde dem Tatbestand des Art. 314 SchKG gleichgestellt eine nach Bestätigung des Nachlassvertrages übernommene Mehrleistung, die in Erfüllung einer vorher « vermeintlich übernommenen Rechtspflicht » erfolgt (BGE 40 III 463). Damit wollte indessen nicht gesagt sein, dass die nachherige Erfüllung oder Erneuerung eines vorher gegebenen Mehrversprechens nur dann ungültig sei, wenn der Schuldner sich dabei im Glauben befunden habe, er sei durch die frühere Zusicherung rechtsgültig verpflichtet. Darauf kommt es nicht an, sondern lediglich darauf, dass der Schuldner schon vorher ein Mehrversprechen abgegeben hatte. Dieses war nach Gesetz ungültig, weil gegen die guten Sitten verstossend, und dieser Mangel wird nicht dadurch geheilt, dass es nachher wiederholt erneuert wird. Selbst wenn der Schuldner es erfüllt oder erneuert im Bewusstsein, dass dafür gemäss Art. 314 keine Rechtspflicht besteht, so ist die neue Schuldanerkennung unsittlich, so wie eine entsprechende Erfüllung unsittlich und als sine causa oder ob turpem causam kondizierbar wäre. Wenn im zitierten Präjudiz eine « zum Zwecke der Erfüllung einer moralischen Pflicht » erfolgte nachherige Mehrzahlung oder -Anerkennung als nicht unter Art. 314 fallend bezeichnet wird, so ist dabei natürlich daran gedacht, dass sich der Schuldner nach zustande gekommenem Nachlassvertrag spontan moralisch verpflichtet fühlte, einen Gläubiger für seinen Verlust nachträglich nach Möglichkeit schadlos zu halten, keineswegs aber an den Fall, dass das moralische Pflichtgefühl des Schuldners sich darauf bezieht, ein vorher gegebenes, vom Gesetze als unmoralisch verpöntes Versprechen zu erfüllen oder zu erneuern. Hatte in casu der Beklagte vor dem Abschluss des Nachlassvertrages dem Gläubiger Waynryb die Mehrleistung versprochen, um seine Zustimmung zu erkaufen, so erneuerte und erhöhte er nachher sein Versprechen offenbar angesichts seines Verzugs mit der Dividende im Hinblick auf die immer noch bestehende Drohung der Aufhebung des

Nachlassvertrages gemäss Art. 315 oder 316 und des Konkursausbruchs. Der innere Zusammenhang zwischen dem vorherigen und den nachherigen Mehrversprechen liegt mithin auf der Hand.

c) Der Kläger bestreitet sodann dem Beklagten das Recht zur Anrufung des Art. 314 SchKG, weil letzterer den Nachlassvertrag nicht erfüllt habe und überdies sich nicht auf die Gesetzwidrigkeit der von ihm selbst bösgläubig erklärten Schuldanerkennung, also auf seinen eigenen Dolus berufen dürfe. Es handelt sich indessen hier weder um das Spiel von exceptio und replicatio doli noch um die Regel « nemo audiatur propriam turpitudinem suam allegans », sondern um eine im öffentlichen Interesse aufgestellte, von amteswegen anzuwendende Gesetzesbestimmung. Dürfte sich der Schuldner wegen seiner eigenen Mitwirkung am verpönten Rechtsgeschäft nicht auf dessen Ungültigkeit berufen, so wäre ja Art. 314 SchKG überhaupt sogut wie nie anwendbar.

d) Nun klagt allerdings der Kläger nicht auf Zahlung der vom Beklagten versprochenen Fr. 15,000.—, sondern der ursprünglichen Schuld von Fr. 23,237.90. Soweit er dies damit begründen will, dass der Nachlassvertrag immer noch nicht erfüllt sei, fehlt es für eine Verurteilung des Beklagten zu mehr als dem noch ausstehenden Dividendenbetrag an einem Aufhebungs- oder Widerrufsbeschluss der Nachlassbehörde gemäss Art. 315 bzw. 316 SchKG (BGE 40 III 462 E. 1). Ob Waynryb, wie der Kläger behauptet, sich durch die Versprechungen des Beklagten von einem entsprechenden Vorgehen hat abhalten lassen, ist ohne Belang, weil jener sich nicht abhalten zu lassen brauchte. Dagegen kann man sich fragen, ob nicht eine Aufhebung bzw. ein Widerruf durch die Nachlassbehörde deshalb unnötig war, weil die Parteien in ihren Abzahlungsvereinbarungen ausdrücklich vorgesehen haben, dass bei deren Nichteinhaltung die ganze ursprüngliche Forderung wieder aufleben sollte. Dies ist jedoch zu verneinen. Soweit diese Abrede implicite auch die Zahlung der

Nachlassdividende zu gewährleisten bestimmt war, kann ihr keine die Art. 315/16 SchKG ausser Kraft setzende Wirkung zuerkannt werden. Abgesehen davon ist sie als blosser Bestandteil einer die Erfüllung eines ungültigen Nebenversprechens darstellenden Vereinbarung ohnehin ungültig.

Die Vorinstanz hat daher mit Recht nur den noch ausstehenden Rest der Nachlassdividende zugesprochen.

3. — Was die vom Kläger beanstandete Berechnung des Verzugszinses betrifft, ist es wohl richtig, dass die Verjährung nicht erst durch die Klage, sondern schon durch die Betreibung vom 28. Februar 1947 unterbrochen wurde. Der Verzugszins ist aber überhaupt erst vom Verzuge an geschuldet, und dieser trat nicht ein, solange die Schuld gestundet war. Die letzte Stundungsvereinbarung wurde am 11. September 1944 geschlossen. Mit der Zusprechung eines Verzugszinses vom 1. Juli 1944 an hat somit die Vorinstanz dem Kläger sogar mehr zugebilligt, als was ihm gebührt. Es spielt deshalb auch keine Rolle, dass die Vorinstanz irrtümlich die Verjährungsfrist nach Art. 128 OR berechnet hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 16. Dezember 1952 bestätigt.