

S. 91 / Nr. 24 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Zivilabteilungen) (d)

BGE 56 III 91

24. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. März 1930 i. S. Spar- und Leihkasse Huttwil gegen Liquidationsmasse Imobersteg-Zeller.

Regeste:

Der Schuldner, der einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger vorschlägt, ist nicht nur gemäss Art. 298 SchKG, sondern gemäss Art. 204 SchKG in der Verfügungsmacht über sein Vermögen beschränkt, kann also namentlich nicht mehr wirksam Schulden anerkennen. Indessen bleiben gutgläubige Dritte in den vor der öffentlichen Bekanntmachung der Nachlassstundung

Seite: 92

unter Erwähnung der Art des vorgeschlagenen Nachlassvertrages erworbenen Rechten geschützt. Daher ist in der öffentlichen Bekanntmachung gegebenenfalls beizufügen, es werde ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgeschlagen.

SchKG Art. 204/5, 298, 314; OR Art. 20, 30.

Le débiteur qui propose à ses créanciers un concordat par abandon d'actif est restreint dans la faculté de disposer de ses biens non seulement en vertu de l'art. 298 mais en vertu de l'art. 204 LP. Il ne peut donc plus reconnaître valablement des dettes. Sont toutefois réservés les droits acquis par des tiers de bonne foi avant la publication officielle du sursis concordataire et du genre de concordat proposé. Le cas échéant, il y aura donc lieu d'ajouter, dans la publication du sursis concordataire, que le projet soumis par le débiteur tend à un concordat par abandon d'actif.

Art. 204/5, 298, 314 LP; Art. 20 et 30 CO.

La facoltà di disporre dei propri beni del debitore che propone ai suoi creditori un concordato mediante abbandono degli attivi è limitata non solo dall'art. 298 LEF, ma eziandio dall'art. 204 LEF. Egli non può quindi più riconoscere validamente un debito. Restano però intatti i diritti acquistati da terzi di buona fede prima della pubblicazione ufficiale della concessione della moratoria indicante il genere di concordato proposto. È quindi eventualmente necessario aggiungere alla pubblicazione ufficiale la menzione che il debitore offre un concordato mediante abbandono degli attivi. Art. 204/5, 298, 314 LEF; Art. 20 e 30 CO.

A. – Johann Imobersteg-Zeller war Masseverwalter der Erbschaft des Gottfried Imobersteg-Schild während des öffentlichen Inventars. Als dann über diese Erbschaft das Konkursverfahren durchgeführt wurde, verlangte und erhielt die Klägerin am 25. November bzw. 8. Dezember 1927 eine Abtretung der Masserechtsansprüche gegen Johann Imobersteg-Zeller wegen Minderung des Massevermögens durch die Art und Weise seiner Verwaltung.

Inzwischen hatte Johann Imobersteg anfangs September 1927 um die Bewilligung einer Nachlassstundung ersucht und dabei zunächst einen 27%-Vergleich vorgeschlagen. Weder während der bis zum 15. Oktober laufenden Eingabefrist, noch überhaupt bis zur gerichtlichen Bestätigung des Nachlassvertrages wurde eine Forderung aus

Seite: 93

Verantwortlichkeit als Masseverwalter der erwähnten Erbschaft angemeldet. Durch Zirkular des Sachwalters vom 27. Oktober wurde dann die Vermögensabtretung an die Gläubiger vorgeschlagen, welchem abgeänderten Nachlassvertragsentwurf die Gläubigerversammlung vom 29. Oktober grundsätzlich zustimmte. Ziffer 7 des Entwurfes sieht vor: «Für die Bildung der Liquidationsmasse, die Rangordnung der Gläubiger und die Verteilung des Erlöses gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs», und nach Ziffer 9 verzichteten die Gläubiger auf den durch die Liquidationsdividende nicht gedeckten Betrag ihrer Forderungen.

Am Tage der Verhandlung über die Bestätigung des Nachlassvertrages, 7. Januar 1928, zu welcher der Vertreter der Klägerin als einziger Gläubiger erschien, drohte dieser dem Nachlassschuldner eine Verantwortlichkeitsklage an, worauf letzterer zu folgendem Vergleich Hand bot:

Die Spar- und Leihkasse Huttwil hat einen Verantwortlichkeitsanspruch gegen Herrn Johann Imobersteg-Zeller ... gemäss Abtretung der Konkursverwaltung Gottfried Imobersteg-Schild vom 8. Dezember 1927.

Die Parteien schliessen ab folgenden Vergleich: «1. Herr Joh. Imobersteg anerkennt, von daher der Spar- und Leihkasse Huttwil einen Betrag von 10000 Fr. schuldig zu sein. Diese Summe ist sofort zahlfällig. 9. Die Spar- und Leihkasse Huttwil verzichtet dagegen auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsklage. Sie gibt ihre Zustimmung zur Durchführung des Nachlassvertrages des Herrn Joh. Imobersteg für diejenigen Forderungen, für die sie die Ermächtigung der Bürgen hat. 3.

Damit sind die Parteien in Bezug auf diesen Verantwortlichkeitsanspruch auseinandergesetzt.»

In der unmittelbar darauf folgenden Verhandlung der Nachlassbehörde erklärte der Vertreter der Klägerin dann die bisher noch nicht erteilte Zustimmung für den grösseren Teil der von ihr eingegebenen Forderungen.

Seite: 94

Von dem eben geschlossenen Vergleiche bezw. der ihr zugrunde liegenden Forderung aus Verantwortlichkeit wurde wie während dem ganzen Nachlassverfahren auch jetzt nichts erwähnt. Dagegen wurde die Vergleichssumme angemeldet, als der von der Nachlassbehörde bestellte Liquidator mit der öffentlichen Bekanntmachung der Bestätigung des Nachlassvertrages (Liquidationsvergleiches) einen neuen Aufruf zur Forderungseingabe bis 31. März 1928 an «diejenigen Gläubiger, die ihre Ansprüche im Nachlassvertrag ... bis jetzt nicht oder in ungenügender Weise geltend gemacht haben», verband mit der Androhung, sie seien im Unterlassungsfalle vom Ergebnis der Liquidation ausgeschlossen. Vom Liquidationsausschuss «mangels Vorlage von Beweismitteln, eventuell wegen Anfechtbarkeit» abgewiesen, macht die Klägerin die Vergleichssumme mit der vorliegenden Kollokationsklage geltend.

B. – Der Appellationshof des Kantons Bern hat am 28. November 1929 die Klage abgewiesen.

C. – Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Zusprechung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. – Die Vorinstanz glaubt, der Vergleich vom 7. Januar 1928 falle unter Art. 314 SchKG, wonach jedes Versprechen ungültig ist, durch welches der Schuldner einem Gläubiger mehr zusichert, als was ihm nach dem Nachlassvertrage gebührt. Indessen könnte ein derartiges Versprechen einer Mehrleistung nur darin gefunden werden, dass der Klägerin die Teilnahme am Nachlassvertrag für eine höhere als die wirklich bestehende oder für eine überhaupt nicht bestehende Forderung aus Masseverwaltungs-Verantwortlichkeit zugestanden werden sei. Ob dies zutrefte, steht jedoch durchaus dahin, da die Parteien Grund und Höhe der betreffenden Forderung im Prozess überhaupt nicht erörtert haben. Woher die Vorinstanz

Seite: 95

unter diesen Umständen ihre Auffassung schöpft, ein Zuspruch der Schadenersatzforderung in der Höhe der Anerkennung durch den Schuldner hätte jedenfalls kaum in Betracht fallen können, ist unerfindlich, zumal da die Akten keinen Anhaltspunkt dafür abgeben, für welchen Betrag – ob nicht für einen viel höheren – Klage erhoben werden wollte. Darin, dass «der unsichere Schuldner die Forderung anerkennt und urkundlich zu zahlen sich verpflichtet, was sonst erst umständlich einzuklagen wäre», kann ein unter Art. 314 SchKG fallendes Versprechen nur in Verbindung mit dem Nachweis gefunden werden, dass die Anerkennung in Wahrheit in einem Umfang ausgesprochen worden ist, der über den möglichen Prozessersfolg hinausgeht. Für das Gegenteil kann die Vorinstanz nicht mit Fug STAUDINGER, BGB § 779 I 4 c in Anspruch nehmen; denn dies wird dort nur in dem Sinn als Gewährung eines Vorteiles des Schuldners bezeichnet, dass beim Hinzutreten eines irgendwie gearteten Nachgebens auf der Gläubigerseite (Stundung, Bewilligung von Teilzahlungen) ein gegenseitiges Nachgeben vorliege, das den Tatbestand des Vergleiches ausmacht, über dessen Rechtswirkungen in dem besprochenen § 779 des deutschen BGB unter einem ganz anderen als dem hier in Rede stehenden Gesichtspunkte gehandelt wird. Ebenso wenig kann etwas aus dem von der Vorinstanz angeführten Urteile des Appellationsgerichtes von Basel-Stadt (Schweiz. Juristenzeitung. 6 S. 336 Nr. 394) gewonnen werden, wo die zugesicherte Mehrleistung in der Bezahlung einer anderen als der im Nachlassverfahren angemeldeten Forderung bestehen sollte.

2. – Die Vorinstanz erachtet den Vergleich auch deshalb als unverbindlich, weil der Nachlassschuldner durch Furchterregung zum Abschlusse bestimmt worden sei. Indessen wird nach dem von der Vorinstanz angeführten Art. 30 Abs. 2 OR die Furcht vor der Geltendmachung eines Rechtes, wozu die freie Entschliessung des Gläubigers über die Stellungnahme zum Nachlassvertragsentwurf

Seite: 96

seines Schuldners gehört, nur dann berücksichtigt, wenn die Notlage des Bedrohten benützt worden ist, um ihm die Einräumung übermässiger Vorteile abzunötigen. Dass dieses Erfordernis, mit dem sich die Vorinstanz nicht weiter befasst hat, erfüllt wäre, kann nach dem sub Erwägung 1 Ausgeführten nicht bejaht, wenn auch natürlich ebenso wenig verneint werden.

3. – Endlich sieht die Vorinstanz im Vergleich auch einen Verstoss gegen die guten Sitten, mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit. Allein die Verwerflichkeit der Gesinnung der Vergleichsschliessenden vermag die Vorinstanz nur durch den Hinweis auf die «Einräumung eines Vorteiles an einen bestimmten Gläubiger und zwar noch zum Nachteile der Gesamtgläubigerschaft» zu begründen. Von einem solchen Vorteile könnte aber höchstens gesprochen werden, wenn die Prozessführung für die

Klägerin eine umständliche gewesen wäre, worüber, mangels jeglicher näherer Anhaltspunkte über die den Schadenersatzanspruch begründenden Tatsachen, Ungewissheit besteht, und der Nachteil für die übrigen Gläubiger würde voraussetzen, dass ein Prozesserfolg im Umfange der Vergleichssumme ausgeschlossen gewesen wäre, was noch umsomehr dahinsteht (vgl. Erw. 1).

4. – Ob dem Vergleiche mit einer paulianischen Anfechtungsklage beizukommen wäre, hängt davon ab, ob der Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gleich wie die Konkurseröffnung das Gläubiger-Anfechtungsrecht zur Entstehung gelangen lässt. Indessen braucht zu dieser von der Vorinstanz nicht gelösten Frage hier ebenfalls nicht Stellung genommen zu werden, weil sich die Klage unter anderem Gesichtspunkt ohnehin als unbegründet erweist.

5. – Gleichwie während des Konkursverfahrens (Art. 204 SchKG) ist der Schuldner auch während des Nachlassverfahrens (Art. 298 SchKG) in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt, jedoch in viel weniger weitgehendem Masse: so zwar, dass der Konkursit mit der Konkurseröffnung

Seite: 97

von jeder Verfügungsmacht, ausser über das konkursfreie Vermögen, ausgeschlossen ist, wogegen die Beschränkung des Nachlassschuldners in der Verfügungsmacht nur seit der öffentlichen Bekanntmachung der Nachlassstundung die Veräusserung und Belastung seiner Liegenschaften, die Bestellung von Pfändern, die Leistung von Bürgschaften und die Vornahme unentgeltlicher Verfügungen betrifft. Namentlich ist dem Konkursiten auch jede Rechtshandlung bezüglich seiner vor der Konkurseröffnung begründeten und daher aus den Aktiven der Konkursmasse zu bezahlenden Schulden versagt (BGE 54 I S. 264), dagegen nicht dem Nachlassschuldner. Letzteres steht im Zusammenhange damit, dass beim Prozentvergleich, auf welchen die gesetzliche Regelung des Nachlassvertragsrechtes zugeschnitten ist, die Vermehrung der Schuldenmasse unmittelbar den Nachlassschuldner selbst trifft, indem er nun einen um so höheren Betrag für die versprochene Nachlassdividende aufwenden muss. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung dagegen führt die Vermehrung der Schuldenmasse gleichwie im Konkurse dahin, dass den übrigen Gläubigern ein verhältnismässig kleinerer Teil des Liquidationsergebnisses verbleibt, und anders als im Konkurs wird der Schuldner von ihr nicht einmal in Gestalt eines entsprechenden Nachforderungsrechtes auf allfälliges neues Vermögen berührt, weil ein solches regelmässig wegbedungen wird. Gerade unter diesem Gesichtspunkte glaubte vorliegend der Nachlassschuldner Johann Imobersteg, die Forderung aus Verantwortlichkeit gegenüber der Erbschaftskonkursmasse Gottfried Imobersteg-Schild, der sich die Klägerin berühmte, unbedenklich anerkennen zu können. Dies zeigt, dass die in Art. 298 SchKG vorgesehene Beschränkung der Verfügungsmacht des Nachlassschuldners für den Fall eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung durchaus nicht ausreicht. Freilich könnte ja in einer die übrigen Gläubiger schädigenden Einwirkung des Schuldners auf die Schuldenmasse eine unredliche

Seite: 98

Handlung gesehen und daran die Verweigerung der Bestätigung oder, sofern sie erst später auskommt, der Widerruf des Nachlassvertrages geknüpft werden. Allein hiemit wäre in den zahlreichen Fällen noch nichts gewonnen, wo nicht nur der Schuldner, sondern vor allem die Gläubiger ein Interesse daran haben, dass die Liquidation nicht konkursmässig stattfindet. Abhilfe bietet auch hier wie in anderen Beziehungen (vgl. BGE 40 III S. 304 f.; 41 III S. 149 ff.; 51 II S. 252 ff.) nur die analoge Anwendung von Vorschriften des materiellen Konkursrechtes, hier des Art. 204 SchKG, auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (so auch PICCARD, Analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht neue Folge 35 S. 19). Sie rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass, wenn beim Erlass des SchKG das Institut des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung bereits bekannt und praktisch von der Bedeutung gewesen wäre wie heute, es unmöglich bei der durch Art. 298 SchKG angeordneten Beschränkung des Nachlassschuldners in der Verfügungsmacht hätte das Bewenden haben können, da beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, anders als beim Prozentvergleich, das Vermögen des Schuldners den Gläubigern in ähnlicher Weise verfangen ist wie im Konkurs.

Schwierigkeiten bietet freilich die Bestimmung des Zeitpunktes, von welchem an diese weitgehende Beschränkung der Verfügungsmacht des Schuldners eingreift. Um die vorliegend streitige Schuldanererkennung als unwirksam erscheinen zu lassen, möchte es vielleicht schon genügen, als massgebenden Zeitpunkt die Bestätigung des Nachlassvertrages gelten zu lassen, weil die Schuldanererkennung in der gleichen Stunde wie die Nachlassvertragsbestätigung ausgesprochen worden sein dürfte, und zudem als von der erst in der gerichtlichen Verhandlung zu gebenden Zustimmung der Klägerin zum Nachlassvertrag bezüglich ihrer übrigen Forderungen abhängige Gegenleistung. Indessen

Seite: 99

gilt es gerade dem Übelstande zu steuern, dass der Schuldner veranlasst werde, die Zustimmung zum Nachlassvertrage durch Anerkennung bestrittener, nicht liquider oder vielleicht überhaupt nicht, mindestens nicht im anerkannten Umfange, bestehender Forderungen zu erkaufen, was nur erzielt werden kann, wenn der Anfangspunkt der weitgehenden Beschränkung seiner Verfügungsmacht spätestens in die Gläubigerversammlung zurückverlegt wird, an der die Zustimmungen frühestens gegeben werden. Letzteres geschieht auf der Grundlage des vom Sachwalter an der Versammlung zu erstattenden Berichtes über die Vermögenslage des Schuldners, der natürlich auch darüber Aufschluss gehen muss, inwieweit Forderungen bestritten werden. Dass der Schuldner den derart bekannt gegebenen Vermögensstand durch weitere Schuldanererkennungen nachträglich einseitig verändere, kann ihm nicht zugestanden werden. Indessen darf diese weitgehende Beschränkung des Schuldners in der Verfügungsmacht füglich schon gerade in dem Zeitpunkt einsetzen, da er einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorschlägt und gestützt darauf die Nachlassstundung erhält. Denn gleich wie er sich durch die Insolvenzerklärung aus freien Stücken in den Zustand des Konkurses begibt, so durch einen derartigen Vorschlag in einen konkursähnlichen Zustand, indem er von jetzt an den Gläubigern die Überlassung seines Vermögens zur Generalliquidation anbietet. Auch dies geschieht ja auf Grundlage der der Nachlassbehörde vorgelegten Bilanz, in der richtigerweise nicht anerkannte Forderungen schon auszuscheiden sind, weshalb die nachträgliche Anerkennung bestrittener oder gar in der Bilanz noch nicht berücksichtigter Forderungen, die nach dem Ausgeführten ausschliesslich zum Nachteile der Gläubiger ausschlägt und den Schuldner selbst nicht berührt, ihm nun nicht mehr erlaubt sein darf. Die Bewilligung der Nachlassstundung ist denn auch schon in anderer Beziehung der Konkurseröffnung gleichgestellt worden (vgl. BGE 51 II S. 254). – Ändert der Schuldner den

Seite: 100

ursprünglichen Vorschlag eines Prozentvergleiches nachträglich im Sinne der Vermögensabtretung ab, so wird die anfänglich gemäss Art. 298 SchKG bestehende Dispositionsbeschränkung im Sinne des Art. 204 SchKG erweitert, sobald dies geschieht.

Inwieweit der Richter die analoge Anwendung des Konkursrechtes auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung platzgreifen lassen will, kann er insofern frei bestimmen, als es sich in Wahrheit um die Entscheidung nach einer im Gesetz fehlenden Regel handelt, die er als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 ZGB). Infolgedessen braucht die in Art. 204 SchKG ausgesprochene Rechtsfolge der Vornahme von dem Schuldner verbotenen Verfügungen, dass sie nämlich ohne Rücksicht auf das Wissen oder Wissenkönnen des Gegenkontrahenten um die Konkurseröffnung regelmässig ungültig sind, was auf eine Ausserachtlassung der Interessen gutgläubiger Dritter hinausläuft, von der analogen Anwendung auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht erfasst zu werden. Vielmehr kann die von Art. 205 Abs. 2 SchKG für Zahlungen an den Gemeinschuldner vorgesehene Ausnahme, dass bei Zahlung vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses Befreiung des zahlenden Drittschuldners von der Schuldpflicht eintritt, wenn ihm die Eröffnung des Konkurses nicht bekannt war, zur Regel für alle unzulässigen Verfügungen des Nachlassschuldners erhoben werden in der Weise, dass Rechtshandlungen, die der Nachlassschuldner in Bezug auf sein Vermögen noch vorgenommen hat, nur ungültig sind, sofern dies nach der öffentlichen Bekanntmachung der Nachlassstundung mit der Angabe, dass ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgeschlagen werde, geschehen ist oder sofern dem Vertragsgegner sonst bekannt war, dass der Schuldner eine Nachlassstundung erhalten und einen solchen Nachlassvertrag vorgeschlagen hatte. Für die Nachlassbehörden ergibt sich hieraus die Pflicht, gegebenenfalls den Sachwalter zu beauftragen, die Bekanntmachung

Seite: 101

der Stundung durch eine solche Angabe zu ergänzen. Zu derartiger Verbesserung der Rechtsstellung gutgläubiger Gegenkontrahenten des Nachlassschuldners kann um so eher Hand geboten werden, als krasse Verstösse des letzteren gegen die ihm auferlegte Beschränkung in der Verfügungsmacht ungeachtet der Gültigkeit des Geschäftes immer noch durch Verweigerung der Bestätigung, eventuell durch Widerruf des Nachlassvertrages geahndet werden können, während im Konkursverfahren natürlich kein derartiges Druckmittel besteht. Hieraus vermag indessen die Klägerin nichts für sich herzuleiten, da ihr der Inhalt des abgeänderten Nachlassvertragsvorschlages bestens bekannt war, als ihr Vertreter sich zur Verhandlung vor der Nachlassbehörde einfand.

6. – Braucht sich somit die Beklagte die nachträgliche Schuldanererkennung des Nachlassschuldners nicht entgegenhalten zu lassen, so erweist sich die Klage als unbegründet, da die Klägerin sie ausschliesslich auf die Schuldanererkennung und nicht auch auf den materiellen Schuldgrund gestützt hat, der infolgedessen nicht geprüft werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 28.

November 1929 bestätigt