

Frage der Kenntnis der Überschuldung ein erhebliches Gewicht nicht beigelegt werden. Die aus Art. 287 Abs. 2 Betr.-Ges. hergeleitete Einrede ist sonach zu schützen und die Klage, soweit sie sich auf diesen Artikel stützt, abzuweisen.

5. Zur Begründung der Klage aus Art. 288 Betr.-Ges. gehört der Nachweis, daß beim Schuldner die Absicht obgewaltet habe, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zu begünstigen, und daß dem andern Teil diese Absicht erkennbar gewesen sei. Nach den Verumständigungen, unter denen der Faustpfandvertrag vom 1. Juli 1897 zu stande gekommen ist, kann nun kaum angenommen werden, daß Hildebrand das Bewußtsein gehabt habe, daß er damit eine seine Kreditoren schädigende Handlung begehe. Er hat nicht etwa sofort seine Zahlungen eingestellt, sondern noch mehrere Zahlungen geleistet; insbesondere löste er gerade am 1. Juli und wahrscheinlich mit einem Teile des Geldes, das er von den Beklagten erhalten hatte, eine Tratte des Klägers von 611 Fr. 20 Cts. ein. Dies weist doch darauf hin, daß er damals glaubte, er werde sich halten können und daß von einer fraudulösen Absicht kaum gesprochen werden kann. Vollends aber kann nach den früheren Feststellungen nicht als erwiesen angesehen werden, daß den Beklagten eine solche Absicht erkennbar war. Wie sie nicht wissen konnten, daß Hildebrand, objektiv gesprochen, überschuldet war, so hatten sie auch keinen Anlaß zu der Vermutung, daß er in fraudem creditorum handle. Auch die Klage aus Art. 288 ist deshalb abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird verworfen und das angefochtene Urteil in allen Teilen bestätigt.

### 115. Urteil vom 6. Dezember 1899 in Sachen Boget gegen Braunschweig.

*Art. 216 u. 217 Betr.-Ges. Anwendbarkeit auch im Nachlassverfahren ausser Konkurs.*

A. Mit Urteil vom 8. Juli 1899 erkannte die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über eine Klage des Jules Boget, des Inhabers, der Beklagte S. Braunschweig sei schuldig, anzuerkennen, daß dem Kläger eine Forderung von 2129 Fr. 30 Cts. gegen ihn zustehe, in Abänderung des Urteils der ersten Instanz, welche die Klage gutgeheißen und dem Kläger für seine Forderung Anspruch auf Nachlaßdividende zuerkannt hatte: Die Klage wird abgewiesen.

Der dem Urteil zu Grunde liegende Thatbestand ist folgender: Der Kläger stellte an die Ordre des Beklagten 19 Gefälligkeitswechsel im Gesamtbetrag von 6951 Fr. aus, die er dem Beklagten übergab und die dieser weiter begab. Auf Verfall hatte der Beklagte nicht für Deckung gesorgt und da der Kläger auf Präsentation ebenfalls nicht zahlte, gingen die Wechsel unter Protest an die Inhaber zurück. Diese trieben hierauf den Kläger in Konkurs. Es gelang ihm, einen Nachlaßvertrag abzuschließen, in dem die Wechselpächter 30 % ihrer um den Betrag der Protest- und Retourspesen erhöhten Wechselsforderungen erhielten. Ungefähr gleichzeitig kam ein vom Beklagten außer Konkurs angestrebter Nachlaßvertrag zu Stande, worin den Gläubigern ebenfalls 30 % angeboten wurden. Die Inhaber der Gefälligkeitswechsel des Klägers wurden im Nachlaßverfahren des Beklagten mit ihren ganzen ursprünglichen Forderungen zugelassen. Der Kläger seinerseits machte einen Deckungsanspruch geltend für die von ihm bezahlten 30 % der Wechselsforderungen im Betrage von 2129 Fr. 30 Cts. Vom Sachwalter wurde dieser Anspruch nicht anerkannt, woraufhin Boget denselben einklagte mit der Begründung, daß es sich um eine selbständige civilrechtliche Mandatsklage (Art. 400 D.-R.) und nicht um eine wechselrechtliche Negrellklage handle. Der Beklagte trug auf Abweisung an, indem er

hauptsächlich betonte, daß der Schuldner, der sich durch Abschluß eines Nachlaßvertrages gegenüber dem Gläubiger liberiere, nicht von einem Mitverpflichteten für einen Teil der nämlichen Schuld belangt werden dürfe. Eventuell wurde eine Kompensationseinrede erhoben.

In rechtlicher Beziehung führt die Appellationskammer zunächst, in Übereinstimmung mit der ersten Instanz, aus, daß die rechtliche Grundlage des Klägerischen Anspruchs das zwischen den Parteien bestehende Mandatsverhältnis bilde, weshalb die Klage nicht schon mit der Einrede beseitigt werden könne, daß die Wechselsforderungen aus irgend einem Grunde dem Beklagten gegenüber untergegangen seien. Wohl aber könnte es sich, was die erste Instanz nicht untersucht hatte, fragen, ob ein solcher Anspruch im Nachlaßverfahren gleichzeitig (kumulativ) mit dem Hauptanspruch geltend gemacht und dafür eine besondere Nachlaßdividende beansprucht werden könne. Diese Frage wäre, fährt das Urteil fort, zweifellos zu verneinen, wenn es sich um einen Konkurs, statt um einen Nachlaßvertrag handeln würde, wie sich ohne weiteres aus Art. 216 und 217 Betr.-Ges. ergebe. Die hier getroffene gesetzliche Regelung habe ihren innern Grund offenbar darin, daß das Gesetz verhindern wollte, daß zwei oder mehrere ihrem Inhalte nach identische Forderungen, die in Wirklichkeit nur ein Passivum des Kreditoren darstellen, wie diejenige des Hauptgläubigers und des Mitverpflichteten zum Nachteil der übrigen Konkursgläubiger eine größere Quote der verfügbaren Masse beanspruchen können, als nach reiner Proportionalrechnung (im Verhältnis der Aktiven zu den Passiven) auf sie entfiel (Köhler, Lehrbuch des Konkursrechtes, § 61, und Entscheidungen des deutschen Reichgerichts in Civilsachen, Bd. XIV, S. 172 ff.). Diese eigentlich nur für den Konkurs aufgestellten Grundsätze müßten nun aber auch beim Nachlaßvertrag zur Anwendung kommen. Dieser sei eine im Interesse des Gemeinschuldners eingeführte mildernde Art des Konkurses bezw. der Vermögensliquidation. Daraus folge, daß der Schuldner hiebei seinen Gläubigern gegenüber jedenfalls nicht schlechter gestellt werden dürfe, als er es im Falle des Konkurses wäre. Dies müßte aber geschehen, wenn eine Forderung, die im Konkurse nur einmal zur quotalen Befriedigung käme, im Nachlaßverfahren mehrfach berücksichtigt

werden müßte. Dadurch würde das Zustandekommen eines Nachlaßvertrages unter Umständen erheblich erschwert, indem die übrigen Gläubiger ein Interesse daran hätten, statt des Nachlasses den Konkurs zu verlangen. Zudem setze das Gesetz bei der Regelung des Nachlaßvertrages (Titel XI) stillschweigend voraus, daß dabei die Vorschriften des materiellen Konkursrechts (Titel VI) zur Anwendung kommen, wie sich z. B. daraus ergebe, daß in Art. 305 Abs. 2 von den „privilegierten Gläubigern“ (Art. 219) die Rede sei. Die gegenteilige Auffassung würde endlich zu der sicherlich nicht im Sinne des Gesetzes liegenden Konsequenz führen, daß die rechtliche Lage der Beteiligten beim Nachlaßvertrag außer Konkurs und im Konkurs eine verschiedene wäre, da jedenfalls für Letzteren die durch den Konkursausbruch geschaffene Situation maßgebend sein müsse. Auf die Kompensationseinrede, die die untere Instanz abgewiesen hatte, trat die Appellationskammer nicht ein.

B. Gegen das Urteil der Appellationskammer hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei dasselbe aufzuheben und in Wiederherstellung des erinstanzlichen Urteils zu erklären, es sei der Beklagte schuldig anzuerkennen, daß der Kläger gegen ihn eine Forderung von 2129 Fr. 30 Cts. und hiefür Anspruch auf Nachlaßdividende habe.

C. Der Beklagte schließt auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die erste Instanz hat die Klage geschützt, weil dem Kläger ein auf einem selbständigen Rechtsgrund beruhender Anspruch auf Erstattung der zu teilweiser Bezahlung der Wechselsforderungen ausgelegten Beträge zur Seite stehe und es sich nicht um die Geltendmachung des bezahlten Teils der Wechselsforderungen an Stelle und gemäß den Rechten der ursprünglichen Gläubiger handle. Diese an sich richtige Erwägung entscheidet jedoch, was schon die Appellationskammer erkannt hat, den Rechtsstreit nicht. Die Klage zielt, wie der Anlaß zur Klageerhebung und die Formulierung des Klagebegehrens in der Berufungserklärung zeigen, darauf ab, den Kläger mit der eingeklagten Forderung an dem Nachlaßvertrag des Beklagten teilnehmen zu lassen. Der Nachlaßvertrag ist nun aber eine Auseinandersetzung des Schuldners mit der Gesamtheit seiner Gläubiger. Der Kläger steht somit, wenn er auf Zulassung zum Nachlaßvertrag des Beklagten dringt, nicht

nur diesem, sondern auch den übrigen Gläubigern desselben gegenüber, und es fragt sich, ob nicht mit Rücksicht auf die Rechte dieser letztern der Schuldner sich der Teilnahme des Klägers widersetzen könne.

2. Bevor der Kläger die Wechselloforderungen zum Teil bezahlt hat, war er mit dem Beklagten für die ganzen Beträge nach Wahl der Gläubiger solidarisch haftbar, und Gläubiger wurde er seinerseits erst durch die geleisteten Teilzahlungen. Da diese in der Ausrichtung der von ihm nachlaßvertragsgemäß geschuldeten Dividende bestanden, wurde dadurch der Kläger den Gläubigern gegenüber von seiner Verpflichtung befreit, bezw. konnte diese ihm gegenüber nicht mehr geltend gemacht werden. Dagegen blieb der Beklagte Schuldner der Wechselgläubiger gemäß der ursprünglichen Verpflichtung. Unter normalen Verhältnissen konnten diese allerdings vom Beklagten nur den Rest ihrer Forderungen verlangen, und stand dem Kläger für seine Teilzahlungen das Rückgriffsrecht auf denselben neben den ursprünglichen Gläubigern zu (Art. 166 D.-R.). Nun befindet sich aber der Beklagte in einer abnormalen Vermögenslage, indem er ebenfalls einen Nachlaßvertrag abgeschlossen hat, nach welchem seine Gläubiger nur 30 % ihrer Forderungen erhalten. Und da muß es sich denn fragen, ob die Teilzahlungen des Klägers auch für einen solchen Fall für den Beklagten befriedigend wirkten, ob nicht vielmehr trotz derselben im Nachlaßverfahren die Wechselgläubiger die ganzen ursprünglichen Forderungen geltend machen können und ob nicht infolgedessen die Forderung des Klägers davon auszuschließen sei.

3. Tatsächlich sind im vorliegenden Falle die Forderungen der Wechselgläubiger im Nachlaßverfahren des Beklagten im ganzen ursprünglichen Betrag angemeldet und ohne Widerspruch zugelassen worden. Dies kann jedoch den Rechten des Klägers keinen Eintrag thun, da er nicht in der Lage war, sich gegen die Annmeldung und Zulassung jener Forderungen aufzulehnen. Wenn diese daher zu Unrecht mit den ganzen ursprünglichen Beträgen eingestellt worden wären, während ihnen nur für den ungedeckten Betrag die Nachlaßdividende hätte zuerkannt werden sollen, so kann dies dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen und nicht bewirken, daß er vom Nachlaßvertrag für den Teil ausgeschlossen sei, für den er hätte angewiesen werden sollen.

4. Würde über den Beklagten der Konkurs eröffnet worden sein und es sich um die Teilnahme des Klägers an seiner Konkursmasse handeln, so könnte die Lösung der entscheidenden Fragen nicht zweifelhaft sein. Die Rechtsstellung des Gläubigers zu mehreren Mitverpflichteten und der letztern unter sich hat für den Fall, daß einer der Mitverpflichteten oder mehrere derselben im Konkurs geraten, im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs ihre positive Normierung erfahren in Art. 216 und 217 Betr.-Ges.

Während Art. 216 voraussetzt, daß mehrere Mitverpflichtete gleichzeitig im Konkurse sich befinden und schon auf den analogen Thatbestand successiver Konkurse nicht mehr paßt, bezieht sich Art. 217 auf alle Fälle, in denen ein Mitverpflichteter vor der Konkursöffnung oder während des Konkurses über einen andern Mitverpflichteten dem Gläubiger eine Teilzahlung geleistet hat. Offensichtlich verfolgen beide Bestimmungen den Zweck, zu verhindern, daß ein Mitverpflichteter aus dem Konkurse eines andern Mitverpflichteten etwas erhalte, bevor der Gläubiger gänzlich befriedigt ist. Das Gesetz will den Gläubiger, für dessen Forderung mehrere haften, insofern begünstigen, als er in der Geltendmachung seines Anspruches gegen jeden einzelnen Mitverpflichteten auch dann nicht durch die andern beschränkt werden soll, wenn er aus deren Vermögen teilweise Befriedigung erhalten hat. Daneben liegt den Art. 216 und 217 auch in Hinsicht auf die Interessen des Schuldners und der übrigen Gläubiger ein gemeinsames Moment zu Grunde. Diesen gegenüber stellen sich die Forderung des ursprünglichen Gläubigers und die des Mitverpflichteten, der eine Teilzahlung geleistet hat, als eine materiell, dem Inhalt nach einheitliche Verpflichtung dar. Wie nun vom Schuldner außer Konkurs nicht mehr als die einfache Befriedigung einer solchen Forderung verlangt werden kann, so soll dieselbe auch in seinem Konkurse nicht mehrfach geltend gemacht und es soll seiner Masse nicht mehr entnommen werden dürfen, als die dem Betrag der ursprünglich einheitlichen Schuld entsprechende Dividende. Es wird insoweit die konkursmäßige Befriedigung der effektiven Befriedigung gleichgestellt und als Erfüllung betrachtet. Gemeinsam ist den beiden in Frage stehenden Bestimmungen nur,

aber weiter auch der formale rechtliche Mechanismus, mittelst dessen sie den erwähnten gemeinsamen Zwecken zu genügen suchen. Dem Gläubiger wird das Recht zugestanden, nicht nur ohne Rücksicht auf seine Eingabe im gleichzeitigen Konkurs eines Mitverpflichteten sowie auf die Dividende, die er aus diesem zu erwarten hat, sondern auch ohne Rücksicht auf allfällig schon vorher von einem Mitverpflichteten an ihn geleistete Teilzahlungen im Konkurs eines andern Mitverpflichteten seine ganze Forderung anzumelden und dafür die darauf entfallende Konkursdividende zu verlangen bis zu seiner vollen Befriedigung; erst dann und nur mit Bezug auf einen allfälligen Überschuß, den jene Dividende ergiebt, kann es zu einer Auseinandersetzung zwischen den Mitverpflichteten über ihre gegenseitigen Ansprüche kommen, wenn solche überhaupt bestehen. In dieser Richtung unterscheidet sich die gegenwärtig geltende Fassung des Art. 217 von derjenigen, die in sämtlichen Entwürfen bis zur letzten sog. redaktionellen Vereinigung erscheint. Dort lautete die Bestimmung: „Hat jemand, welchem mehrere Personen für die gleiche Schuld verpflichtet sind, eine Teilzahlung erhalten, so kann er im Konkurs eines Schuldners nur für den Rest seiner Forderung als Gläubiger auftreten. — Dagegen wird ein Mitschuldner oder Bürge, welcher die Teilzahlung geleistet hat, für den Beitrag derselben unter die Konkursgläubiger aufgenommen. Es hat jedoch der Gläubiger das Recht, Anweisung auf den dem Mitschuldner oder Bürgen zukommenden Anteil an der Verteilungsmasse bis zur vollständigen Deckung der Forderung für sich zu verlangen. Der Mitschuldner oder Bürge wird bei der Verteilung erst nach dem Gläubiger und nur insoweit berücksichtigt, als die von ihm geleistete Zahlung seinen Anteil an der Schuld übersteigt.“ Auch mit dieser Fassung wurde dem Gläubiger vor dem Mitverpflichteten, der eine Teilzahlung geleistet hatte, im Konkurs eines andern Mitverpflichteten ein Vorrecht eingeräumt. Während jedoch nach den Entwürfen der Gläubiger im Konkurs des Mitverpflichteten nur den nach Abzug der geleisteten Teilzahlung verbleibenden Rest anmelden durfte, hat er nach dem Gesetz das Recht, für den ganzen ursprünglichen Betrag der Forderung Anweisung zu verlangen, und während nach dem System der Entwürfe das Vorrecht des Gläu-

bigers vor dem Mitverpflichteten in der Weise gewahrt wurde, daß derselbe den Anteil des letztern beanspruchen konnte, schließt das Gesetz die Mitverpflichteten von vornherein von der Teilnahme an der Masse aus, so lange der Gläubiger nicht volle Befriedigung erlangt hat. Die Bestimmung der Entwürfe stammt, wie die Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 (S. 71) ausdrücklich erwähnt, aus dem französischen Rechte (Art. 542—544 des *code de commerce*), dem übrigens in dieser Beziehung auch die Rechte anderer Länder gefolgt sind. Und wenn darin dem Gläubiger in Ergänzung der vorbildlichen Bestimmungen des *code de commerce* ein Vorrecht auf die den Mitverpflichteten für die geleistete Teilzahlung entfallende Konkursdividende anerkannt ist, so ist die Wurzel einer solchen Vorschrift wohl ebenfalls im französischen Rechte, speziell in dem Satz des Art. 1252 des *code civil* zu suchen, daß die Subrogation dem Gläubiger, der nur zum Teil befriedigt worden ist, nicht schaden dürfe. Die Bestimmung geht somit von dem Verhältnis des Gläubigers zu dem Mitverpflichteten aus, der die Teilzahlung geleistet hat, und es ließe sich von diesem Gesichtspunkte aus an Hand der Lehre über die Subrogation die Anschauung begründen, daß das Vorrecht des Gläubigers nur dann Platz greifen dürfe, wenn der Mitverpflichtete, der die Teilzahlung geleistet hat, dem Gläubiger gegenüber noch verpflichtet ist und gemäß dieser Verpflichtung die Dividende, die er aus dem Konkurs eines andern Mitverpflichteten erhält, doch wieder dem Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung herausgeben müßte (vgl. Bischer, *Der Rückgriff des Bürgen nach schweiz. Obl.-Recht*, Zeitschrift des schweiz. Juristenvereins, Bd. XXIX, S. 48 bis 52). Nach der zum Gesetz gewordenen Fassung ist eine solche Beschränkung des Vorrechts des Gläubigers nicht mehr möglich. Der Ausgangspunkt ist demnach nicht mehr das Verhältnis des Gläubigers zu dem Mitverpflichteten, der die Teilzahlung geleistet hat, sondern das Verhältnis desselben zu dem andern Mitverpflichteten, der in Konkurs gefallen ist. Diesem gegenüber ist der Gläubiger unter Umständen berechtigt, trotzdem er von einem andern Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhalten hat, die ganze ursprüngliche Forderung geltend zu machen, wobei das Gesetz ausdrücklich bemerkt, „gleichviel, ob der Mitverpflichtete

gegen den Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht.“ Damit ist gegeben, daß auf die Art der Mitverpflichtung desjenigen, der die Teilzahlung geleistet hat, ob Bürgschaft oder Selbstschuldnerschaft u. s. w., und auf den Grund, weshalb sie geleistet und angenommen wurde, ob dies gezwungen oder freiwillig geschah, nichts ankommen kann. Dann darf aber auch, wenn der Mitverpflichtete rückgriffsberechtigt ist, nicht unterschieden werden, ob man es mit einem auf dem Eintritt in die Rechte des ursprünglichen Gläubigers sich stützenden eigentlichen Regressanspruch oder mit einem auf selbständiger rechtlicher Grundlage beruhenden Anspruch zu thun habe. Und endlich ist es bei einer solchen Regelung des Verhältnisses durchaus gleichgültig, ob der Mitverpflichtete, der die Teilzahlung geleistet hat, noch Schuldner des Gläubigers sei oder nicht. Der Gläubiger geht ihm unter allen Umständen kraft der ihm durch das Gesetz dem Gemeinschuldner gegenüber eingeräumten Rechte vor. Wird die Bestimmung vom Billigkeitsstandpunkt aus betrachtet, so besagt sie, daß weder der Gläubiger noch der Gemeinschuldner bezw. die übrigen Konkursgläubiger durch die Zufälligkeit, daß vor Ausbruch des Konkurses ein Mitverpflichteter eine Teilzahlung geleistet hat, schlechter gestellt werden sollen. Es rechtfertigt sich dies deshalb, weil der Gläubiger, wenn er die Teilzahlung nicht erhalten hätte, seine Forderung, ohne seine Rechte gegen den Mitverpflichteten zu verlieren, im Konkurs des Schuldners ganz hätte eingeben können, während anderseits der Mitverpflichtete sich in diesem Falle aller Regel nach für den Ausfall, den er decken muß, am Schuldner auch nicht erholen könnte, und weil ferner ohne die Teilzahlung der Schuldner bezw. seine Masse für nicht mehr als die ursprüngliche Forderung aufzukommen gehabt hätte. Der rechtliche Gesichtspunkt der neuen Fassung aber ist der, daß eine von einem Mitverpflichteten geleistete Teilzahlung für die andern Mitverpflichteten nicht absolut befreidend wirkt und daß die unter normalen Verhältnissen mit einer Teilzahlung verknüpften Folgen der teilweisen Tilgung der Forderung und eventuell der Erzeugung eines Regressanspruches einem Mitverpflichteten gegenüber, der in Konkurs gerät, erst eintreten, wenn die Forderung ihre gänzliche materielle Befriedigung gefunden hat (vgl. Goldschmidt, Über den Einfluß von Teilzahlungen eines Solidarschuldners auf die

Rechte des Gläubigers gegen andere Solidarschuldner, insbesondere nach eröffnetem Konkurs u. s. w., in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XIV, S. 397; der nämliche, Haupt- und Nachbürge u. s. w., in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. XXVI, S. 345, sowie insbesondere Köhler, Konkursrecht, S. 355 ff. u. S. 366 ff.). Hieraus würde für den vorliegenden Fall, wenn der Bellagte sich im Konkurs befände, folgen, daß die Wechselgläubiger berechtigt wären, ihre ganzen ursprünglichen Forderungen anzumelden und bis zu ihrer vollen Befriedigung zu liquidieren, und daß es anderseits dem Kläger nicht zustände, seine Forderungen neben denjenigen der Wechselgläubiger geltend zu machen, daß derselbe vielmehr nur dann und nur insofern an Stelle der Gläubiger an der Liquidation teilnehmen könnte, als die denselben zukommende Dividende den vollen Betrag ihrer Forderungen übersteigen würde. Wird angenommen, es hätte der Konkurs für die Kurrentgläubiger das gleiche Ergebnis gehabt, wie das Nachlaßverfahren, so würde die letztere Eventualität als nicht zutreffend zu erklären und die Klage somit abzuweisen sein, wie dies übrigens vom Kläger selbst in der Berufungsschrift anerkannt ist.

5. Aus den bisherigen Ausführungen über die rechtliche Grundlage, auf der Art. 217 Betr.-Ges. beruht, ergibt sich nun aber weiter, daß man es dabei nicht mit einem spezifisch konkursrechtlichen Satze, sondern mit einer aus dem Wesen der Solidarforderung herzuleitenden materiellrechtlichen Schlussfolgerung zu thun hat. Diese Auffassung wird dadurch unterstützt, daß schon vor Erlass des eidgenössischen Betriebsgesetzes das Obligationenrecht Bestimmungen über die Rechte des Gläubigers im Konkurse mehrerer Solidarschuldner aufstellte und dieselben unter die Vorschriften über die materiellen Wirkungen der Solidarität einreihte (s. Art. 167 u. 810 D.-R.). Wird hievon ausgegangen, so muß Art. 217 nicht nur im Konkurse, sondern auch im Nachlaßverfahren eines Mitverpflichteten angewendet werden. Auch hier ist die Vermögenslage des Mitverpflichteten eine abnormale und findet mit Rücksicht darauf ein concursus creditorum statt. Auch hier besteht für den Gläubiger, der eine Teilzahlung erhalten hat, die Gefahr, trotz des Vorhandenseins mehrerer Mitverpflichteter nicht ganz gedeckt zu werden, wenn er nur mit dem Rest seiner Forderung

am Verfahren teilnimmt. Es muß ihm daher hier ebenfalls das Recht eingeräumt werden, seine ganze Forderung geltend zu machen. Der Umstand, daß die Art der Liquidation im Nachlaßverfahren eine andere ist, als im Konkurs, vermag hieran nichts zu ändern. Maßgebend ist, daß der Abschluß eines Nachlaßvertrages aller Regel nach wie der Konkurs eine ökonomische Situation des Schuldners zur Voraussetzung hat, die es ihm unmöglich, seine Verpflichtungen gänzlich zu erfüllen. Allerdings sind ferner die Wirkungen des Nachlaßvertrages für die Forderungen der Gläubiger andere, als im Konkurse, indem dieselben gegenüber dem Nachlaßschuldner untergehen, oder doch nicht mehr geltend gemacht werden können. Um so eher muß es aber dem Gläubiger gestattet werden, von diesem, trotz einer von einem andern Mitverpflichteten erhaltenen Teilzahlung, für seine ganze ursprüngliche Forderung die Nachlaßdividende zu verlangen. Fraglicher ist allerdings mit Rücksicht auf die besondern Wirkungen des Nachlaßvertrages, ob es dem Mitschuldner, der die Teilzahlung geleistet hat, nicht billigerweise gestattet werden sollte, neben der Forderung des Gläubigers seinen durch die Teilzahlung erworbene Anspruch im Nachlaßverfahren ebenfalls zu liquidieren. Allein einer solchen Lösung steht die rechtliche, und zwar materiellrechtliche Erwägung zwingend entgegen, daß sich dem Schuldner und seinen übrigen Gläubigern gegenüber die Regressforderung des Mitverpflichteten doch nur als Teil der ursprünglich einheitlichen Forderung darstellt und daß er sich dadurch, daß er sich dem Gläubiger gegenüber von der ganzen Forderung befreit, auch von der durch die Teilzahlung einem Mitverpflichteten entstandenen Teilsforderung löst. Übrigens giebt der Kläger selbst zu, daß beim Nachlaßverfahren im Konkurs Art. 217 zur Anwendung zu kommen habe, weil die Rechtsstellung der Gläubiger dieselbe bleibe, wie sie durch die Konkursöffnung geschaffen wurde. Allein da die Lage, in welche die Gläubiger infolge der Konkursöffnung unter sich geraten, durchaus ähnlich ist derjenigen, in der sie sich in einem außer Konkurs vom Schuldner eingeleiteten Nachlaßverfahren befinden, so muß sich hier die Frage, in welchem Umfange die Gläubiger im Verhältnis zu einander zur Liquidation zugelassen seien, ebenso nach den allerdings ausdrücklich nur für

das Konkursverfahren aufgestellten Grundsätzen beantworten, wie sich ihr Rang nach den konkursrechtlichen Regeln bestimmt. Und anderseits ist es dem Schuldner auch bei dieser Art der Liquidation, bei der er meistens alle verfügbaren Mittel zu teilweiser Befriedigung seiner Gläubiger verwenden wird, nicht zuzumuten, daß er für eine materiell einheitliche Forderung mehr ausrichte, als die auf den ursprünglichen Betrag derselben fallende Quotie. Die Auffassung, daß Art. 217 im Nachlaßverfahren außer Konkurs nicht zur Anwendung komme, ist zudem nicht nur mit den allgemeinen Betrachtungen über den rechtlichen Gehalt und die rechtliche Tragweite der Bestimmung als solche unvereinbar, sondern es stehen ihr auch die von der Vorinstanz hervorgehoben, speziell aus dem Wesen und Zweck des Nachlaßvertrages außer Konkurs geschöpften Argumente entgegen. Es ist diesbezüglich namentlich hervorzuheben, daß die Natur des Nachlaßvertrages als eines Surrogates des Konkurses und die Tendenz des Gesetzes, den Abschluß von Nachlaßverträgen außer Konkurs zu erleichtern, auf die Anwendbarkeit des Art. 217 hinweist, und daß es eine Bekennung jener Momente bedeuten würde, wenn erklärt werden wollte, daß im Nachlaßverfahren außer Konkurs der Gläubiger, der von einem Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhalten hat, nur mit dem Restbetrag zugelassen werde, oder daß derjenige, welcher die Teilzahlung leistete, neben dem mit der ganzen Forderung partizipierenden Gläubiger teilnehme (vgl. hiezu Entscheidg. des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. II, S. 182; Bd. XIV, S. 172 ff.; Köhler, Konkursrecht, S. 464 f.).

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Die Berufung wird verworfen und das angefochtene Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juli 1899 in allen Teilen bestätigt.