

präsidenten von Signau abgegebenen Erklärung nicht richtig, daß das angefochtene Urteil auf Anwendung des kantonalen, statt des eidgenössischen Rechtes beruhe. Aus dieser Erklärung erhellt, daß der Gerichtspräsident bei der die Entscheidung tragenden Erwägung, daß der Vogt verpflichtet sei, für die Beköstigung des Wögtlings aufzukommen, sofern es diesem nicht möglich war, die dahierigen Aufwendungen aus dem eigenen Verdienste zu bestreiten, sich nur nebenbei auf das kantonale Recht berufen hat, indem er bemerkte, diese Verpflichtung ergebe sich „übrigens auch“ aus dem bernischen Vormundschaftsrechte. Jene Erwägung beruhte somit nach dieser Erklärung in erster Linie nicht auf dem bernischen Vormundschaftsrechte; daß der Gerichtspräsident zu derselben auf Grund anderer kantonalfeslicher Bestimmung gelangt sei, geht aus seiner Erklärung nicht hervor; sie beruht vielmehr offenbar auf dem in Art. 33 Abs. 2 D.-R. ausgesprochenen Grundsätze, daß auch der nicht vertragsfähige Kontrahent nach Treu und Glauben aus dem von ihm abgeschlossenen Geschäfte soweit haftet, als die Leistung, für welche die Vergütung gefordert wird, für ihn nützlich verwendet worden ist. Ob nun in casu dieser Thatbestand vorliege oder nicht, hat das Bundesgericht als Kassationsinstanz nicht zu beurteilen. Denn das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde in Zivilsachen ist nicht zur Sicherung der richtigen Anwendung des eidgenössischen Privatrechts, sondern lediglich dazu bestimmt, die Anwendung des kantonalen (oder ausländischen) Rechts zu verhindern, wo eidgenössisches Recht zur Anwendung kommt, und da, wie bemerkt, nicht feststeht, daß der kantonale Richter seine Entscheidung auf das kantonale Recht gestützt hat, muß die Beschwerde abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

VII. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuite pour dettes et faillite.

27. Urteil vom 8. Februar 1900 in Sachen
Burkhalter & Cie. gegen Jörg.

Kollokationsstreitigkeit. — Streitwert, Art. 59 Org.-Ges. — Massgebender Zeitpunkt für Geltendmachung einer Forderung im Konkurse. — Wesen und Wirkungen des Nachlassvertrags, Art. 303, 315 und 316 Betr.-Ges. — Wirkung des spätern Konkurses auf einen frühern Nachlassvertrag.

A. Am 21. Juli 1898 wurde ein von A. Mathys-Jörg, gew. Negotiant in Oberburg, nachgesuchter Nachlassvertrag richterlich bestätigt. Nach diesem Nachlassvertrag hatte der Schuldner Mathys seinen Kurrentgläubigern 30% ihrer Forderungen zu bezahlen und zwar in drei Raten von 10% auf 30. Juni, 31. August und 1. Dezember 1898. In dem Nachlassverfahren hatte die Firma F. Burkhalter & Cie. in Langenthal eine Forderung von 2688 Fr. 75 Cts. eingegeben. An die hierauf entfallende Nachlassdividende bezahlte der Schuldner die beiden ersten Raten; die dritte auf 1. Dezember fällige Rate wurde nicht bezahlt. Die Firma Burkhalter & Cie. verlangte deshalb, gestützt auf Art. 315 B.-G., in betreff ihrer Forderung die Aufhebung des Nachlassvertrages. Dieses Begehren wurde unterm 12. Dezember 1898 von der untern Nachlassbehörde gutgeheißen, und am 28. Januar 1899 bestätigte die obere kantonale Nachlassbehörde auf Berufung hin die erstinstanzliche Verfügung. Inzwischen hatte die Firma F. Burkhalter & Cie. gegen A. Mathys-Jörg das Konkursbegehren gestellt, und am 10. Januar 1899 war gegen letztern der Konkurs eröffnet worden. In diesem gab die genannte Firma ihre ursprüngliche Forderung von 2688 Fr. 75 Cts. unter Abzug der erhaltenen Nachlassraten von 540 Fr. 15 Cts. mit 2148 Fr. 60 Cts. nebst 53 Fr. 30 Cts. Kosten ein und wurde mit diesem Betrage in Klasse V zugelassen. Am Nachlassvertrag des A. Mathys hatte mit seinem nach der Schätzung des Sachwalters

3005 Fr. 85 Cts. betragenden, durch das Pfand nicht gedeckten Teil einer faustpfändlich versicherten Forderung auch Christian Jörg, Negotiant in Sumiswald, teilgenommen. Am 9. Januar 1899 stellte dieser ebenfalls bei der untern Nachlassbehörde das Begehren um Aufhebung des Nachlassvertrages mit Bezug auf seine Forderung, weil Mathys die ihm zukommenden Raten nicht geleistet habe. Dieses Begehren wurde am 18. Januar gutgeheißen, und gestützt hierauf wurde nun auch Jörg auf sein Begehren im Konkurse des A. Mathys für seine ganze ursprüngliche Forderung in Klasse V des Kollokationsplanes aufgenommen.

B. Diese Anweisung sucht die Firma Burkhalter & Cie. gerichtlich an, indem sie folgende Begehren stellte: „1. Es sei die „von Christian Jörg im Konkurse des A. Mathys-Jörg, gew. „Regt. in Oberburg, eingegebene und anerkannte Forderung von „4507 Fr. 10 Cts. um 2104 Fr. 10 Cts. b. h. um 70 % der „Summe von 3005 Fr. 85 Cts., welche als nicht pfandversichert im Nachlassverfahren des A. Mathys partizipiert haben, „herabzusetzen und aus dem Kollokationsplan zu eliminieren. „2. Es sei der Betrag, um welchen der Anteil des Christian „Jörg an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung „von F. Burkhalter & Cie. bis zur vollen Deckung ihrer Forderung mit Einschluß der Prozeßkosten zu verwenden.“ Die Begehren wurden damit begründet, daß im Zeitpunkt der Konkursöffnung der Nachlassvertrag mit Bezug auf die Forderung des Beklagten nicht aufgehoben gewesen sei und daß diese deshalb im Konkurse nur in dem nach Maßgabe des Nachlassvertrages reduzierten Betrage geltend gemacht werden könne. Die erste Instanz hieß die Klage grundsätzlich gut, dagegen erkannte der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern, an den der Beklagte appelliert hatte, unterm 10. November 1899: „Die Klägerschaft, „Firma Burkhalter & Cie., ist mit ihren beiden Klagsbegehren „abgewiesen.“ Im Urteil wird zunächst ausgeführt, daß wenn der Beklagte für die nachgelassenen 70 % nicht als Konkursgläubiger anerkannt werden könne, auch der Klägerin diese Eigenschaft für 70 % ihrer ursprünglichen Forderung fehle; auch zu ihren Gunsten sei nämlich der Nachlassvertrag definitiv erst nach der Konkursöffnung aufgehoben worden, indem der erstinstanzliche

Entscheid vom 12. Dezember 1898 weitergezogen und erst am 28. Januar 1899 oberinstanzlich bestätigt worden sei; der Klägerin fehle danach für 70 % ihrer Forderung die Aktivlegitimation. Ihr Anspruch erweise sich aber überhaupt als unbegründet. Richtig sei zwar, wenigstens im allgemeinen, daß Konkursgläubiger nur derjenige sei, dem zur Zeit der Konkursöffnung eine Forderung an den Gemeinschuldner zustehe; immerhin sei es nicht erforderlich, daß die Forderungen in jenem Zeitpunkte in ihrer vollen rechtlichen Wirksamkeit bestehen, sondern es genüge, wenn sie ihrem Rechtsgrunde nach vorhanden seien. Nun gehe infolge des Nachlassvertrages und seiner Bestätigung der nachgelassene Teil der am Vertrage beteiligten Forderungen nicht unter, sondern es bestehe dieser Teil trotzdem noch fort und sei nur mit einer das Nachforderungsrecht ausschließenden Einrede behaftet. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut von Art. 315 B.-G., wo gesagt sei, daß der Gläubiger mit Bezug auf seine Forderung die Aufhebung des Nachlasses verlangen könne, und werde unterstützt durch Art. 303 B.-G. Dazu komme, daß der Gläubiger durch seine Zustimmung zum Nachlassvertrag nur erkläre, daß er bereit sei, vom Nachlassschuldner eine gewisse Teilleistung als volle Befriedigung anzunehmen, während von einem wirklichen oder präsumtiven Verzichtswillen mit Bezug auf den nachgelassenen Teil der Forderung nicht die Rede sein könne; es handle sich lediglich um eine Zahlungsmodalität, welche den rechtlichen Bestand der Forderung unberührt lasse. Demnach sei im vorliegenden Falle der Beklagte auch für den nachgelassenen Teil seiner Forderung als Konkursgläubiger zu betrachten, trotzdem der Nachlass mit Bezug auf seine Forderung erst nach der Konkursöffnung aufgehoben worden sei, dies um so mehr, als bereits vor der Konkursöffnung objektiv festgestanden sei, daß der Nachlassschuldner ihm gegenüber die Bedingungen des Nachlassvertrages nicht erfüllt habe. Damit sei der Rechtsgrund für die Aufhebung des Nachlasses bezw. für die Beseitigung der der Nachforderung der nachgelassenen Quote entgegenstehenden Einrede geschaffen gewesen.

C. Gegen dieses Urteil hat die Firma F. Burkhalter & Cie. die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, um vor diesem ihr Klagebegehren aufzunehmen.

D. Christian Jörg schließt in erster Linie dahin, es sei der Berufungsklägerin das Forum des Bundesgerichts zu verschließen. In der Sache selbst wird auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach der Praxis des Bundesgerichts bemisst sich der Streitwert in den Kollokationsstreitigkeiten, in denen ein Gläubiger die Zulassung eines andern Gläubigers oder den ihm angewiesenen Rang ansieht, soweit derselbe für die Frage der Zuständigkeit des Bundesgerichts von Bedeutung ist, nach dem Betrage der Forderung, deren Kollokation angefochten wird (vgl. z. B. Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 840). Vorliegend beläuft sich dieser Betrag auf 70% von 3005 Fr. 85 Cts. oder auf 2104 Fr. 10 Cts. Der erforderliche Streitwert ist somit vorhanden. Allerdings erreicht nach den Angaben des Berufungsbeklagten das gegenwärtige streitige Interesse den Betrag von 2000 Fr. bei weitem nicht. Allein in der Regel kann dieses Interesse bei der Erhebung von Kollokationsstreitigkeiten nicht bestimmt werden, da die Kollokation der Verwertung der Aktiven vorangeht (vgl. Art. 244 in Verbindung mit Art. 252 ff. B.-G.), und deshalb auch Kollokationsstreitigkeiten vor der Liquidation der Aktivmasse anzuheben sind und sich meistens ohne Rücksicht auf diese und vor Beendigung derselben abwickeln. Und nun kann die Frage des Streitwertes nicht durch die Zufälligkeit beeinflusst werden, daß sich ein Kollokationsstreit über die Liquidation der Aktiven hinauszieht. Vielmehr müssen für die Beantwortung derselben überall die nämlichen Faktoren maßgebend sein, und ist deshalb auch da, wo ausnahmsweise bei der Klagerhebung oder bei der Berufung an das Bundesgericht feststeht, welche Dividende auf die angefochtene Kollokation entfällt, nicht hierauf, sondern auf den nominellen Betrag der Forderung des Beklagten abzustellen.

2.

3. Die Klage geht davon aus, daß zur Geltendmachung einer Forderung im Konkurse nur derjenige berechtigt sei, dem im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner eine Forderung zusteht. Dieser Satz ist in der Fassung, die ihm von der Vorinstanz gegeben worden ist, daß nur solche Forde-

rungen im Konkurse geltend gemacht werden können, die wenigstens ihrem Rechtsgrunde nach im Zeitpunkte der Konkurseröffnung schon existent waren, nicht zu beanstanden. Der Konkurs setzt eine abnormale Vermögenslage des Gemeinschuldners voraus, die darin besteht, daß derselbe seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann oder will, und er dient dazu, durch zwangsweise Beschlagnahme und Verwertung seiner Aktiven den drohenden Verlusten entgegenzutreten und dieselben möglichst gleichmäßig zu verteilen. Schon der prozessualische Mechanismus, mittelst dessen nach schweizerischem Recht dieses Ziel erstrebt wird, erheischt, daß für die Feststellung der Gläubigergemeinschaft, die am Konkurse teilnimmt, ein fixer Zeitpunkt maßgebend sei, und zwar kann dies nach der ganzen Regelung des Verfahrens nur der Zeitpunkt der Konkurseröffnung sein. Aber auch die Bestimmungen des materiellen Konkursrechts führen zum nämlichen Ergebnis. Wenn das Gesetz die Wirkungen, die der Konkurs auf die Rechte der Gläubiger ausübt, mit der Eröffnung desselben eintreten läßt (vgl. Art. 199, 202 ff., 286 f. B.-G.), so setzt es überall voraus, daß die Forderungen in diesem Zeitpunkt schon bestehen; und wenn der Schuldner mit dem Ausbruch des Konkurses das Recht der freien Verfügung über sein Vermögen verliert (Art. 204), so zeigt dies, daß letzteres für später entstandene Verbindlichkeiten nicht in Anspruch genommen werden darf. Es ist ferner zu beachten, daß grundsätzlich der Zeitpunkt der Konkurseröffnung auch für die Bildung der Aktivmasse entscheidend ist (vgl. Art. 197 Abs. 1 und Art. 265 Abs. 2 B.-G.). Wenn Art. 197 Abs. 2 bestimmt, daß Vermögen, das dem Gemeinschuldner vor Schluß des Konkursverfahrens anfällt, gleichfalls zur Konkursmasse gehöre, so ist dies eine Ausnahme, die wohl wesentlich Erwägungen praktischer Natur, insbesondere dem Bestreben entspringt, solches Vermögen nicht zum Gegenstand eines besondern Exekutionsverfahrens werden zu lassen. Ist aber grundsätzlich die Aktivmasse auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung festzustellen, so muß dasselbe für die Passivmasse gelten, hinsichtlich deren eine dem Abs. 2 des Art. 197 analoge Bestimmung nicht besteht. Sonach fragt es sich denn bloß, ob dem Beklagten beim Ausbruch des Konkurses über Mathys für die bestrittenen

70 % seiner Ansprache in V. Klasse eine exequierbare Forderung an den Gemeinschuldner zustand oder nicht.

4. Diesbezüglich ist zunächst der Vorinstanz darin beizupflichten, daß durch den Abschluß bzw. die Bestätigung des Nachlaßvertrages die dadurch betroffenen Forderungen keineswegs untergegangen sind. Der Nachlaßvertrag ist eine behördlich bestätigte, mit gewissen Zwangswirkungen ausgestattete Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern, bzw. der Majorität derselben, über die Art, wie sich der erstere von seinen Verpflichtungen gegenüber letztern, die er in normaler Weise zu erfüllen nicht im Stande ist, soll lösen können. Der Vertrag bezieht sich somit allerdings nicht bloß auf die exekutiven Rechte der Gläubiger, sondern er berührt auch den materiellen Bestand ihrer Forderungen, indem der Schuldner, wenigstens civiliter, davon befreit werden soll. Diese Wirkung knüpft sich aber nicht unmittelbar an den Abschluß oder die Bestätigung des Vertrages, sondern erst an die Erfüllung der Vertragsbedingungen. Daß die Ansprüche aus dem Nachlaßvertrag mit novierender Wirkung an Stelle der ursprünglichen Forderungen träten oder daß sofort mit dem Perfektwerden des Nachlaßvertrages diese gänzlich oder für den durch die zugesicherte Leistung nicht gedeckten Teil als erloschen zu gelten hätten, könnte höchstens angenommen werden, wenn etwas dergartiges ausdrücklich vereinbart worden wäre. Wo dies, wie im vorliegenden Falle, nicht zutrifft, kann dagegen unter keinen Umständen davon gesprochen werden, daß der Schuldner ganz oder teilweise von seinen Verpflichtungen befreit sei, bevor der Nachlaßvertrag erfüllt ist; m. a. W. es ist der darin enthaltene teilweise Verzicht oder Erlaß der Forderungen unter die Bedingung gestellt, daß dem Gläubiger das im Vertrag Zugesicherte geleistet werde. Diese Auffassung war im bundesrätlichen Entwurfe zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. Februar 1886 zu positivem Ausdruck gelangt, indem darin folgende Bestimmung unter den Vorschriften über den Nachlaßvertrag erscheint: Art. 39: „Der Schuldner wird durch Erfüllung des „Konfordates von jeder weiteren Verpflichtung gegenüber seinen „Gläubigern befreit; vorbehalten bleiben anderweitige Bestimmungen des Konfordates, u. s. w.“ Die Bestimmung wurde in

etwas veränderter Fassung bis zur letzten sog. redaktionellen Bereinigung beibehalten. Näher als der Schluß, daß man mit dem schließlichen Fallenlassen eine materielle Änderung vornehmen wollte, liegt die Annahme, daß man dieselbe als selbstverständlich und somit als überflüssig betrachtete. Allerdings enthielt die Vorschrift nach ihrer Fassung nicht zwingendes Recht. Allein, was man der Disposition der Parteien vorbehalten wollte, und was wohl auch nach Wegfall der Bestimmung ihrer Disposition vorbehalten bleibt, ist nicht sowohl die Stipulation, daß die ursprünglichen Forderungen schon vor der Erfüllung des Nachlaßvertrages erlöschen sollen, als vielmehr die Vereinbarung, daß trotz der Erfüllung der Schuldner von den ursprünglichen Verbindlichkeiten noch nicht befreit sein solle. Diese Lösung ist auch die der Natur der Sache entsprechende. Die Nachlaßgläubiger sind gewiß nicht gewillt, auf die bloße Zusicherung gewisser Leistungen hin ihre Forderungen aufzugeben, und wenn sie sich zu einem teilweisen Verzicht bereit erklären, so geschieht dies nur, weil sie ein sicheres weniger einem unsichern mehr vorziehen. Sicher aber ist eine Leistung nicht schon dann, wenn sie versprochen, sondern erst dann, wenn sie erfüllt ist. Danach wurden denn auch im vorliegenden Falle die Forderungen an den Schuldner Mathys durch den Abschluß bzw. die Bestätigung des Nachlaßvertrages fürs erste in ihrem Bestande nicht berührt, und der damit verknüpfte Erlaß oder Verzicht konnte erst eintreten oder wirksam werden mit dem Eintritt der Bedingung, unter der er zugestanden war, d. h. mit der Zahlung der Nachlaßdividende. Da nun diese Bedingung sich nicht erfüllt hat, ist auch die Wirkung eines teilweisen Erlasses oder Verzichts nicht eingetreten, und stand vom Boden des materiellen Rechts aus nichts entgegen, daß die Forderung des Beklagten im Konkurse des A. Mathys in ihrem ursprünglichen Betrage angemeldet und zugelassen wurde.

5. Nun wird aber aus Art. 315 B.-G. der Einwand hergeleitet, daß im Falle der Nichterfüllung der Bedingungen des Nachlaßvertrages die behördliche Aufhebung des Nachlaßvertrages verlangt und ausgewirkt sein müsse, bevor die Forderung in ihrem frühern Bestande geltend gemacht werden könne, und daß deshalb vorliegend der Beklagte, da die Aufhebung des Nachlasses zu

seinen Gunsten erst nach der Konkursöffnung über A. Mathys erfolgt sei, im Konkurse nicht den ungedeckten Teil seiner ursprünglichen Forderung, sondern nur die nichtbezahlte Nachlassquote habe liquidieren dürfen. Diesbezüglich fällt in Betracht: Es ist richtig, daß ein gültig zu Stande gekommener Nachlassvertrag der exekutiven Geltendmachung der dadurch betroffenen Forderungen gegenüber dem Nachlassschuldner im Wege steht und daß deshalb, sofern der Vertrag noch wirksam sein sollte, solche Forderungen auch in einem später über denselben ausgebrochenen Konkurse nicht geltend gemacht werden könnten. Nach Art. 315 B.-G. fallen ferner in der That die Wirkungen des Nachlassvertrages, wenn dessen Bedingungen nicht erfüllt werden, nicht von selbst dahin, sondern es bedarf, um den Vertrag aus dem Wege zu räumen, eines Ausspruches der Nachlassbehörde, der zudem, im Gegensatz zum Widerruf des Nachlassvertrages wegen Unredlichkeit gemäß Art. 316, nur individuell, für den die Aufhebung verlangenden Gläubiger, und nicht generell, für alle Gläubiger, wirkt. Eines solchen, die Aufhebung des Nachlasses aussprechenden Dekretes der Nachlassbehörde bedarf es jedoch dann nicht, wenn über den Schuldner der Konkurs ausbricht, bevor er die ihm nach dem Nachlassvertrage obliegenden vermögensrechtlichen Leistungen erfüllt hat; vielmehr sind die Gläubiger, denen gegenüber diese Bedingungen beim Ausbruch des Konkurses nicht erfüllt sind, sei es, daß der Schuldner nicht leisten konnte oder wollte, oder daß er noch nicht zu leisten brauchte, ohne weiteres Verfahren berechtigt, ihre Forderungen in ihrem ursprünglichen Betrage — unter Abrechnung allfällig erhaltener Abschlagszahlungen — anzumelden und dafür konkurstmäßige Befriedigung zu verlangen. W. a. W. die Wirkungen des Nachlassvertrages mit Bezug auf die exekutive Geltendmachung der ursprünglichen Forderungen fallen in solchen Fällen, wenigstens für die Dauer des Konkurses, mit dessen Eröffnung dahin. Der Nachlassvertrag ist eine besondere, gegenüber der eigentlichen Zwangsvollstreckung mildere Form der Auseinandersetzung des bebrängten Schuldners mit seinen Gläubigern, die an die Stelle der erstern tritt und nicht neben derselben bestehen kann. Allerdings können ordentlicher Weise während der Abwicklung des Nachlassvertrages nach dessen

Bestätigung neue Spezialexekutionen gegen den Schuldner eingeleitet und es kann gegen ihn auch der Konkurs eröffnet werden; denn der Schuldner ist von der Bestätigung des Nachlassvertrages an in der Regel in seiner Verpflichtungsfähigkeit nicht mehr beschränkt, und auch davon, daß sein Vermögen den Nachlassgläubigern dinglich verhaftet wäre, wird höchstens ausnahmsweise die Rede sein können. Allein wenn auch so unter Umständen eine Zwangsvollstreckung für eine neue Verpflichtung neben der Abwicklung des Nachlassvertrages einhergehen kann, so ist doch ein Ineinandergreifen der verschiedenen Liquidationsverfahren, ein Einwirken derselben aufeinander gänzlich ausgeschlossen, und bei Kollisionen muß das eine vor dem andern zurücktreten. Eine solche Kollision ist nun vorhanden, wenn ein Schuldner, der gemäß Nachlassvertrag seinen Gläubigern zu bestimmten Leistungen aus seinem Vermögen verpflichtet ist, diese Bedingungen allen oder einzelnen gegenüber nicht erfüllt hat und nunmehr über ihn der Konkurs ausbricht. Denn da die Konkursöffnung dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzieht, so ist ihm dadurch die Erfüllung des Nachlassvertrages verunmöglicht. Da ferner für die Konkursgläubiger kein rechtlicher Zwang besteht, die Erfüllung auf sich zu nehmen, so ist die zutreffende Lösung der vorhandenen Kollision die, daß der Nachlassvertrag für die Gläubiger, denen gegenüber er nicht erfüllt ist, mit der Konkursöffnung aufhört, wirksam zu sein, bezw. daß dieselben ohne Rücksicht auf den Vertrag berechtigt sind, statt der akkordmäßigen konkurstmäßigen Befriedigung zu verlangen. Wenn durch den Ausbruch des Konkurses es offenbar geworden ist, daß die Auseinandersetzung mittelst Nachlassvertrages, die zur Abwendung oder zur Aufhebung der Zwangsvollstreckung versucht wurde, nicht zum Ziele geführt hat und nicht mehr dazu führen kann, so muß von selbst den Gläubigern wiederum das Recht erstehen, gemäß ihren materiellen Rechten an der bevorstehenden allgemeinen Zwangsliquidation teilzunehmen; und es erscheint als völlig überflüssig, daß in diesen Fällen auch noch das Verfahren nach Art. 315 durchgeführt werde. Die Einwendungen, die der Schuldner im Falle des Art. 315 vor der Nachlassbehörde erheben könnte, kann er auch im Konkursverfahren vorbringen (vergl.

Art. 244 B.-G.); und soweit mit Art. 315 ein Schutz der Gläubiger gegen unlautere Abmachungen bezweckt sein sollte, entfällt das Bedürfnis nachlassbehördlicher Prüfung der Frage, ob die Bedingungen des Nachlassvertrages erfüllt seien, im Konkurse deshalb, weil die Organe der Gläubigergemeinschaft diese Prüfung vornehmen und den einzelnen Gläubigern erst noch das Recht der Anfechtung von Ansprüchen zusteht, die ihrer Ansicht nach zu Unrecht anerkannt worden sind. Daß der Nachlassvertrag, wenn er dem Schuldner vermögensrechtliche Leistungen auferlegt, nicht zur Folge haben kann, daß in einem vor Erfüllung des Vertrags über ihn ausgebrochenen Konkurs nur die unbezahlte Nachlassdividende liquidiert werden könnte, ergibt sich auch daraus, daß der Anspruch auf letztere ein stringenter und absoluter ist, und eine weitere Schmälerung oder Änderung nicht duldet. Auch diese Betrachtung bestätigt, daß, wenn vor der Erfüllung des Nachlassvertrages der Konkurs ausbricht, in demselben nicht die nicht erfüllten Nachlassleistungen zu liquidieren sind, daß vielmehr die nicht ausgewiesenen Nachlassgläubiger von vornherein und ohne daß es eines Verfahrens nach Art. 315 B.-G. bedarf, mit dem ursprünglichen Betrag ihrer Forderungen als Konkursgläubiger zugelassen werden müssen. Daß der diligente Nachlassgläubiger, der den Konkurs herbeigeführt hat, auf diese Weise um die Früchte seiner Diligenz kommt, mag teilweise richtig sein, entspricht aber durchaus dem den Konkurs beherrschenden Prinzip der Parität der Gläubiger.

6. Die Frage, ob die Klägerin aktiv zur Klage legitimiert sei, bzw. ob ihrer Klage nicht der Einwand entgegenstehe, daß ihre Kollokation mit dem nämlichen Mangel behaftet sei, wie die angefochtene des Beklagten, braucht unter den obwaltenden Umständen nicht nachgeprüft zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird verworfen und das angefochtene Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern in allen Teilen bestätigt.

28. Urteil vom 14. Februar 1900
in Sachen v. Wattenwyl und Konsorten gegen
Konkursmasse Pfister=Dür.

Anfechtungsklage, gestützt auf Art. 287 Ziff. 2 und Art. 288 Betr.-Ges. — Legitimation, Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 eod. — Uebliches Zahlungsmittel?

A. Im Jahre 1895 fiel der Bauunternehmer Michael Meier in Bern in Konkurs. Seitdem betreibt seine Ehefrau, Emma Meier-Freder, das Geschäft auf ihren Namen und ihre Rechnung. Am 25. November 1897 trat sie dem Kaufmann J. J. Pfister=Dür in Burgdorf, mit dem sie in Geschäftsbeziehungen stand, „von ihrem Banguthaben an die Herren Johann Spahni, Heizer, und Johann Spahni, Schlosser, beide in Bern, gemäß Bauvertrag vom 29. Juni 1897 für Erstellung des Hauses „Nr. 44 Hopfenweg, eine Summe von 4000 Fr.“ unter Anzeige an die Drittschuldner förmlich ab, „mit Erkennen, den Gegenwert von Pfister=Dür erhalten zu haben in Lieferungen, dafür quittierend.“ Diese Abtretung fochten Fürsprech v. Wattenwyl in Bern, Johann Müller, Dachbedeckermeister, daselbst, und die Spar- und Leihkasse Bern, die die Frau Meier für verschiedene Forderungen fruchtlos betrieben und am 27. Januar 1898 auch Pfändung auf das an J. J. Pfister=Dür abgetretene Guthaben erwirkt hatten, unter Berufung auf Art. 287 Ziff. 2 und Art. 288 Betr.-Ges., gerichtlich an. Der Beklagte wendete ein: Sein Geschäftsverkehr mit Frau Meier sei von Anfang an auf Grundlage der Bedingung erfolgt, daß Frau Meier ihm für seine Lieferungen Abtretungen auf ihre Klientschaft ausstellen müsse. Auf dieser Grundlage sei auch das Geschäft zu Stande gekommen, wonach Pfister der Frau Meier Backsteine für den Neubau der beiden Spahni lieferte. Beim Abschluß des Geschäfts habe Pfister ausdrücklich die Bedingung gestellt, daß ihm Frau Meier zur Deckung seiner Forderung von über 4000 Fr. für Backsteinlieferungen ihr Guthaben an die beiden Spahni in entsprechendem Betrage abtreten müsse. Diese Vereinbarung sei schon vor dem