Verkehr standen und vom Publikum benutzt wurden, d. h. einerseits mit dem von den Klägern eingelegten ordinären Papiersack mit seitlicher Öffnung und ohne jegliche dekorative Wirkung, sowie mit der ebenso unschönen, beidseitig offenen Hülle aus steifem Karton, andererseits mit den aus Textilstoffen gefertigten Serviettentaschen, die schon seit Jahren wenigstens im privaten Gebrauche stehen. Gegenüber jenen erscheint der ästhetische Effekt der vorliegenden Tasche als ein origineller. Das genügt, insbesondere bedarf es zur Neuheit im Sinne des revib. MMG keiner schöpferischen Tätigkeit (BGG 31 II S. 752). Danach ist auch die von den Klägern verlangte Aktenvervollständigung abzulehnen. Übrigens hat die Vorinstanz gestützt auf kantonales Prozeßrecht, somit für das Bundesgericht verbindlich, festgestellt, daß die Kläger unterlassen haben, ihre Behauptungen im richtigen Zeitpunkt zu substantiieren.

4. — Was schließlich den Einwand betrifft, der Beklagte bringe seine Serviettentaschen in der Schweiz nicht in angemessenem Umfange zur Ausführung (Art. 11 Ziff. 2 MMG), so ist er mit der Vorinstanz schon deshalb abzuweisen, weil die Kläger nicht einmal behauptet haben, daß der Beklagte im Auslande hergestellte Gegenstände desselben Modelles in die Schweiz einführe, was doch zu den Voraussetzungen des Versalles der Hinterlegung gehört; —

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich V. Abteilung vom 5. Juni 1912 bestätigt.

9. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

110. Urteil der II. Zivil-Abteilung vom 19. September 1912

in Sachen **Morgera**, Dell. u. Ver.-Kl.,
gegen **Cylinder**, Kl. u. Ver.-Dell.

Art. 57 OG: Die Frage, ob ein im Ausland abgeschlossener gerichtlicher Nachlassvertrag in der Schweiz anzuerkennen sei, ist eine solche des eidgenössischen Rechtes. — Staatsverträge vorbehalten, ist ein im Ausland abgeschlossener gerichtlicher Nachlassvertrag vom schweizerischen Richter, auch soweit er einer Forderung entgegengehalten wird, deren Entstehungs- oder Erfüllungsort im Ausland liegt, auf alle Fälle dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger den Nachlassvertrag weder ausdrücklich noch stillschweigend anerkannt hat und ihm die Anerkennung auch sonst nicht zugemutet werden kann.

A. — Cesare Morgera, der Vater und Rechtsvorgänger des Beklagten, war in Neapel domiziliert, betrieb aber während der Sommermonate in Interlaken ein Korallengeschäft, für welches er von der Klägerin Waren bezog. Der Saldo aus diesem Warenbezug belief sich auf zirka 7000 Fr. zu Gunsten der Klägerin, als am 22. Dezember 1906 in Neapel der Konkurs über Morgera eröffnet wurde. Es kam darauf, ebenfalls in Neapel, ein gerichtlicher Nachlassvertrag zu Stande, gemäß welchem der Gemeinschaftschuldner sich verpflichtete, seinen sämtlichen Chirographargläubigern in 10 Raten 30 % ihrer Forderungen abzubezahlen, in der Meinung, daß diese Forderungen darüber hinaus nicht mehr geltend gemacht werden könnten. Zum Zwecke der Ausführung dieses Nachlassvertrages, der am 6. März 1907 gerichtlich bestätigt wurde, bei dessen Zustandekommen die Klägerin jedoch in keiner Weise mitgewirkt hatte, zahlte Morgera der Klägerin in den Jahren 1907 und 1908 in 9 Raten insgesamt zirka 1600 Fr. Die Klägerin erklärte indessen wiederholt, sie anerkenne den Nachlassvertrag nicht und nehme die Zahlungen nur a conto ihrer Gesamtforderung an. So insbesondere:

am 25. August 1907 dadurch, daß sie das ihr von Morgera mit der ersten Abschlagszahlung übersandte Quittungsformular, das die Anerkennung des Nachlassvertrages enthielt, nicht unterzeichnete;

am 20. Oktober 1907 durch folgenden Brief an den Vertreter Morgeras: „Ich bestätige den Empfang des mir mit Schreiben vom 18. ds. M. übersandten Cheques auf Thos Cool & Co. per 203 Kr., welche ich nach Eingang auf meiner Forderung an Herrn Cesare Morgera per 7281 Fr. 51 Cts. ebenso wie die Zahlung vom 23. VIII. per 207 Fr. 85 Cts. in Abrechnung bringen werde, indem ich bemerke, daß Herr Cesare Morgera wohl mehrfach einen Ausgleich von mir zu verlangen suchte, daß jedoch eine diesbezügliche Vereinbarung zwischen uns nie zustande kam, da ich die Vorschläge Morgeras stets ablehnte und diese Ablehnung anlässlich der Zahlung vom 23. VIII. d. J. bei meiner letzten Anwesenheit in Interlaken noch insbesondere hervorhob.“

„Es interessiert mich wirklich, wie lange Herr Cesare Morgera auf seinem ganz unmöglichen Standpunkt verharren wird;“

am 23. Januar 1908 durch folgenden Brief an den Vertreter Morgeras: „Ich bestätige den Empfang des mir mit Schreiben vom 18. ds. übersandten Cheques auf Thos Cool & Son, Wien Nr. 279,847 im Betrage von 199 Kr. 30, welche ich auf meine Forderung an Herrn Cesare Morgera von 7281 Fr. 51 Cts. in Abrechnung bringen werde, indem ich ausdrücklich bemerke, daß Herr Cesare Morgera wohl einen Ausgleich mit mir zu erlangen suchte, daß jedoch Vereinbarungen zwischen uns nie zustande kamen;“

am 22. April 1908 durch folgenden Brief an Morgera: „Ich bestätige den Erhalt von 197 Kr., welche ich wie die vorausgegangenen Zahlungen a conto meiner mir wider Sie zustehenden Gesamtforderung gutbringe. Es wundert mich, daß Sie Ihren Ausgleich noch immer für mich bindend erachten, da doch trotz Ihrer vergeblichen Versuche eine Einigung zwischen uns auf der von Ihnen vorgeschlagenen Basis nie zustande kommt.“

„Ich glaube es wäre in Ihrem Interesse gelegen von Ihrem unhaltbaren Standpunkt abzugehen und in angemessener Weise an mich heranzutreten.“

B. — Auf Grund eines am 5./6. September 1907 in Interlaken erwirkten Arrestes und nach Abweisung einer von Morgera dagegen angestregten Arrestaufhebungsfrage hat die Firma Max Cylinder am 12. Juni 1909 beim Amtsgericht Interlaken die vorliegende Klage gegen den Sohn und einzigen Erben des inzwischen verstorbenen Cesare M. angestrengt, mit folgendem Rechtsbegehren:

„1. Es sei gerichtlich zu erkennen, der Beklagte habe anzuerkennen, die Erbschaft des Cesare Morgera, gewesener Schildkrotwaren- und Korallenhändler in Neapel schulde der klägerischen Firma Max Cylinder in Wien die beiden bestrittenen, von gemachten Warenlieferungen herrührenden Forderungsbeträge von 4604 Fr. und 2881 Fr. 99 Cts., zusammen also die Summe von 7485 Fr. 99 Cts. nebst Zins à 6 % seit 23. August 1907 — abzüglich die erfolgten Teilzahlungen von zusammen 1662 Fr. 80 Cts. — sowie 22 Fr. 60 Cts. Arrest- und Betreibungskosten.“

„2. Der Beklagte als Erbe und Rechtsnachfolger seines Vaters Cesare Morgera sei gerichtlich zu verurteilen, der klägerischen Firma die hievor genannte Schuld nebst Zins und Folgen zu bezahlen.“

Der Beklagte anerkannte einen Betrag von 463 Fr. 65 Cts., den er noch an die Nachlassquote schulde, und beantragte im übrigen, gestützt auf den Nachlassvertrag, Abweisung der Klage.

C. — Durch Urteil vom 26. Juni 1912 hat der Appellationshof des Kantons Bern erkannt:

„1. Es wird davon Akt gegeben, daß der Beklagte anerkennt, der Klägerin einen Hauptbetrag von 463 Fr. 65 Cts. zu schulden.“

„2. Es werden der Klägerin ihre beiden Begehren gutgeheißen und soweit nicht bereits anerkannt, in ihrem vollen Umfange zugesprochen.“

Dieses Urteil beruht einerseits auf der Erwägung, daß der in Neapel abgeschlossene Nachlassvertrag vom schweizerischen Richter nicht zu berücksichtigen sei, anderseits auf einer genauen Berechnung der sich bei Nichtberücksichtigung des Nachlassvertrages ergebenden Schuldsomme, die nach der Annahme des Appellationshofes sogar noch etwas mehr als den eingeklagten Betrag ausmachen würde.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und

formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

E. — In der heutigen Verhandlung hat der Beklagte auf Gutheißung, die Klägerin auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils antragen lassen. Der Beklagte hat für den Fall der grundsätzlichen Gutheißung der Klage die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung der Schuldsomme nicht bemängelt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache ergibt sich aus der Erwägung, daß die Frage, ob und inwieweit ein im Ausland abgeschlossener Nachlaßvertrag in der Schweiz anzuerkennen sei, eine solche des schweizerischen, und zwar des eidgenössischen Rechtes ist. Bei der Beantwortung dieser Frage hat denn auch die Vorinstanz nicht etwa das italienische Zivilrecht, sondern die in der Schweiz geltenden Grundsätze des internationalen Konkursrechts zur Anwendung gebracht.

2. — In der Sache selbst ist vor allem mit der Vorinstanz zu konstatieren, daß im Verhältnis zwischen der Schweiz und Italien keine staatsvertragliche Bestimmung existiert, gemäß welcher ein in Italien zu Stande gekommener gerichtlicher Nachlaßvertrag auch in der Schweiz anzuerkennen wäre. Art. 8 des italienisch-schweizerischen Niederlassungsvertrages vom 22. Juli 1868 bezieht sich (im Gegensatz zu Art. 8 des Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich) bloß auf die Gleichbehandlung der Angehörigen beider Vertragsstaaten hinsichtlich eines und desselben Zwangsvollstreckungsaktes, keineswegs aber auf die Gleichstellung der im einen oder andern Staate vorgenommenen Vollstreckungsakte als solcher.

3. — Ebenfalls mit der Vorinstanz ist sodann an der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis festzuhalten, wonach beim Fehlen einer staatsvertraglichen Regelung dem gerichtlichen Nachlaßvertrag, gleich wie dem Konkurs, grundsätzlich keine internationale Wirkung zukommt, da es sich dabei nicht um ein privatrechtliches, sondern um ein erektionsrechtliches Institut handelt, dessen Zwangswirkungen naturgemäß nicht weiter reichen, als die Befehls-

gewalt desjenigen Staates, der dem betreffenden Nachlaßvertrag seine Genehmigung erteilt hat. Vergl. betr. den Konkurs: Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, §§ 108 ff.; Thaller, Traité de droit commercial, Nr. 1527; Jaeger, Kommentar zum SchRG, Anm. 5 zu Art. 197; BGE 37 II S. 596 E. 4 *; betr. den Nachlaßvertrag: Kohler, a. a. O., § 115; Seuffert, Konkursprozessrecht, § 9 S. 33; Meili, Internat. Konkursrecht, S. 216 ff.; Jaeger, Anm. 3 D zu Art. 311; Blumenstein, Handbuch, S. 918.

Von diesem, in Doktrin und Praxis fast aller Staaten anerkannten Grundsätze ist der richtigen Ansicht nach (vergl. Kohler, Lehrbuch, § 115, speziell S. 640, Leitfaden S. 314; Meili, a. a. O. § 61 sub IV; Reichsger. 21 S. 11; a. W.: von Bar, Lehrbuch des intern. Priv. und Strafrechts, S. 204) auch dann nicht abzuweichen, wenn es sich um eine Forderung handelt, die „materiell dem Gesetze des Konkurs- (oder Nachlaß-)gerichts unterworfen“ ist, bezw. deren Entstehungs- oder Erfüllungsort in dem betreffenden ausländischen Staate liegt; dies wiederum deshalb, weil der gerichtliche Nachlaßvertrag kein privatrechtliches, sondern ein erektionsrechtliches Institut ist, dessen Wirksamkeit sich somit nicht nach dem gleichen Rechte zu beurteilen braucht, wie Entstehung und Untergang der in Betracht kommenden Forderungen als solcher. Diese werden durch den Nachlaßvertrag in ihrem Bestande nicht berührt, sondern sie verlieren bloß ihre Klagbarkeit („Reaktionsmacht“ im Sinne der Ausführungen Kohlers, Lehrbuch § 115). Die Klagbarkeit einer Forderung aber beurteilt sich grundsätzlich weder nach dem Rechte ihres Entstehungsortes, noch nach demjenigen des Erfüllungsortes, sondern nach dem Rechte desjenigen Staates, in welchem die Forderung gerichtlich geltend gemacht wird.

4. — Eine andere Frage ist es, ob nicht nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr eine Ausnahme von dem Prinzip der Territorialität des gerichtlichen Nachlaßvertrages wenigstens zu Ungunsten derjenigen Gläubiger zu machen sei, die den im Auslande abgeschlossenen Nachlaßvertrag ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt haben, oder denen dessen Anerken-

722 A. Oberste Zivilgerichtsinstanz. — I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

nung sonstwie wohl zugemutet werden könnte. Von diesem Gesichtspunkte aus haben einzelne Autoren die Verbindlichkeit des ausländischen Nachlassvertrages in folgenden Fällen postuliert:

wenn der betreffende inländische Gläubiger sich selber am ausländischen Konkurs- oder Nachlassverfahren beteiligt hat (so von Bar, Lehrbuch des intern. Privat- und Strafrechts, S. 204; Petersen-Kleinfeller, Anm. 3 zu § 193 RD, speziell S. 193; dagegen: Kohler, Lehrbuch, S. 638, Leitfaden S. 314; Detker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, S. 230; vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 640 Num. 2, sowie E. Jaeger, Anm. 19 zu § 193 RD);

wenn er dem Nachlassvertrag zugestimmt hat (so: Petersen-Kleinfeller, Anm. 3 zu § 193 RD, speziell S. 594; LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, 2. Auflage, VIII, Nr. 1262 Abs. 3; dagegen: Kohler, a. a. O.; Seuffert, Konkursprozeßrecht, § 9 Anm. 9; vergl. E. Jaeger, a. a. O.);

wenn er die Nachlassdividende oder einen Teil davon in Empfang genommen hat (so: von Bar, Theorie und Praxis des internat. Privatrechts II. § 492; Detker, a. a. O.; dagegen Kohler, a. a. O.; vergl. E. Jaeger, a. a. O.);

wenn er dies vorbehaltlos getan hat (dagegen: Reichsger. 52 S. 157);

wenn er selber in dem Staate, dessen Organe den Nachlassvertrag genehmigt haben, wohnt oder zur Zeit der Genehmigung des Nachlassvertrages wohnte (dagegen Kohler, Lehrbuch, S. 640, Leitfaden S. 314 f.);

wenn er Bürger jenes Staates ist, bzw. war (dagegen Detker, a. a. O., Kohler, Lehrbuch S. 637);

wenn bei der Festsetzung der Nachlassquote ausnahmsweise auch das auswärtige Vermögen berücksichtigt worden ist (was entgegen Kohler, Lehrbuch S. 637 oben, immerhin vorkommen kann).

Indessen braucht zu der Frage, ob mit Rücksicht auf einzelne dieser Faktoren u. U. eine Ausnahme von dem Grundsatz der Territorialität des Nachlassvertrages zu machen sei, anlässlich des vorliegenden Falles deshalb nicht Stellung genommen zu werden, weil hier keines der erwähnten Tatbestandsmerkmale zutrifft. Weder

hat die klägerische Firma je ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung in Italien gehabt, noch hat sie dem Nachlassvertrag ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt, noch hat sie sich in irgend einer Weise an dessen Zustandekommen beteiligt, noch hat sie vorbehaltlos eine Abschlagszahlung an die Nachlassdividende angenommen. Allerdings hat sie in Kenntnis des Nachlassvertrages mehrere Zahlungen entgegengenommen, die der Rechtsvorgänger des Beklagten als Abschlagszahlungen an die Nachlassdividende bezeichnete; allein sie hat dies ausdrücklich unter Protest gegen den Nachlassvertrag getan und bei der Entgegennahme einer jeden Rate stets nur a conto der Gesamtforderung quittiert (vergl. oben Fakt. A). Und endlich ergibt sich aus den Akten, daß anlässlich der Genehmigung des Nachlassvertrages durch den italienischen Richter keine Inventarisierung des in der Schweiz befindlichen Vermögens des Nachlassschuldners stattgefunden hat, ebenso wie es ausdrücklich abgelehnt wurde, die klägerische Firma als „anerkannten und geprüften“ Gläubiger zu behandeln.

Selbst von demjenigen Standpunkte aus, nach welchem auch der im Ausland zu Stande gekommene gerichtliche Nachlassvertrag unter Umständen zu berücksichtigen ist, müßte also im vorliegenden Falle die Anerkennung verweigert werden.

5. — Aus der Unbegründetheit der vom Beklagten und Berufungskläger erhobenen Einrede des Nachlassvertrages ergibt sich ohne weiteres die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Urteils; denn die in diesem Urteil enthaltene ziffermäßige Berechnung des geschuldeten Restbetrages ist als solche, übrigens mit Recht, nicht angefochten worden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 26. Juni 1912 in allen Teilen bestätigt.