

Urteil aufgeführten drei Merkmale : Heute wie damals fehlt es an einer im voraus festgesetzten Nachlassquote ; heute wie damals ist der Kridarin die Verfügung über ihre Aktiven gänzlich entzogen, und heute wie damals sind diese Aktiven zur ausschlieslichen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger bestimmt (ob infolge « Abtretung » der Gesellschaftsaktiven als solcher, oder infolge « Überlassung » des « Liquidationsergebnisses », ist dabei unerheblich). Heute wie damals handelte es sich somit um eine *Gesamtliquidation*, die sich vom Konkurse im wesentlichen nur durch den Namen und das Verfahren, sowie die Nachwirkungen, dagegen nicht durch die materiellen Verteilungsgrundsätze unterscheidet. Für eine analoge Anwendung des Art. 213 SchKG sprechen deshalb hier genau die nämlichen Erwägungen, die in dem angeführten Urteil enthalten sind und hier nicht wiederholt zu werden brauchen.

Eventuell wäre *Art. 214* analog anwendbar. Denn es steht ausser Frage, dass der Beklagte die beiden bereits minderwertigen Obligationen gerade zu dem Zwecke erworben hat, um seine Verpflichtungen gegenüber der ihm als zahlungsunfähig bekannten « Leihkasse » nicht voll erfüllen zu müssen. Es kann deshalb unerörtert bleiben, *welcher* Zeitpunkt im vorliegenden Falle demjenigen der « Konkureröffnung » gleichzustellen wäre.

Endlich bedarf es auch in *diesem* Zusammenhange keiner Entscheidung der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob an Stelle eines Teils der Subskriptionsschuld des Beklagten (nämlich für die Beträge der beiden ersten Einzahlungen) eine Darlehnschuld getreten sei, oder ob die Subskriptionsschuld noch als solche fortbestehe; ferner ob im letztern Fall, ausser Art. 213 Abs. 2 (bezw. Art. 214), auch noch Art. 213 Abs. 3 analog anwendbar wäre. Denn, ob für einen Teil des streitigen Betrages die Abweisung der Kompensationseinrede speziell mit Rücksicht auf Art. 213 Abs. 3, oder aber wegen Art. 213

Abs. 2 (Ziffer 1 oder 3) erfolgt, macht für das Endresultat keinen Unterschied.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. November 1914 bestätigt.

32. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. März 1915

i. S. Cubasch, Klägerin, gegen Kinder Martin, Beklagte.

Auslegung einer Stundungsbewilligung (Erw. 2 und 3). — Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Begründetheit oder Unbegründetheit einer *Abkennungsklage*, insbesondere hinsichtlich der Fälligkeit der in *Betreibung* gesetzten Forderung (Erw. 4).

A. — Die Beklagten sind Gläubiger von 21 Gülten im Gesamtbetrag von 150,000 Fr., die auf einem Haus in Luzern haften. Sie erwarben sie am 29. November 1910 bei der Teilung des Nachlasses ihres Vaters, während ihre Mutter das Haus zu *Eigentum* übernahm und sich verpflichtete, die Söhne bis zu ihrem 17. Altersjahr zu erziehen, wogegen sie « selbstverständlich » das Vermögen ihrer Kinder « *nutzniessen* » könne. Mit dieser « *Nutzniessung* » erhielt sie aber nicht zugleich das Recht zur *Verwaltung* ; vielmehr wurde den Kindern ein *Vormund* bestellt, der die Gültzinsen einzuziehen, daraus eine *Bankschuld* der Beklagten von 114,000 Fr. zu verzinsen und nur den *Ueberschuss* an die Mutter abzuliefern hatte. Diese verheiratete sich in der Folge wieder ; wann, ergibt sich nicht aus den Akten. Nach dem 1. Januar 1912 blieb die *Vormundschaft* einfach bestehen, ohne dass untersucht wurde, ob ihre *Aufrechterhaltung* durch die *Umstände* geboten sei. Der *Vormund* der Beklagten betrieb

deren Mutter, nunmehrige Frau Nemeth, noch im Januar 1913 für die Zinsen pro 1912 (die im November und Dezember 1912 verfallen waren), wie er sie schon für diejenigen pro 1911 betrieben hatte. Die Schuldnerin erhob keinen Rechtsvorschlag, unterliess aber die Bezahlung. Am 28. März 1913 verkaufte sie die Liegenschaft an die Klägerin. Aus dem Kaufvertrag sind folgende Bestimmungen zu erwähnen :

» Die Käuferin Frau Dr. Cubasch verpflichtet sich, » am Tage der Fertigung den pro 1911 verfallenen Zins » von den Gülten Ziffer 1-21 im Betrage von 6750 Fr. an » Herrn Rud. Zünd als Vormund der Kinder des Herrn » Martin Grüter sel. in baar zu bezahlen.

» Dagegen wird von Herrn Rud. Zünd namens Kinder » Grüter auf das sub 28. Februar 1913 gestellte Begehren » um sofortige Bezahlung des Zinses pro 1912 und » der Tilgung der Gülten Ziffer 17-21 von zusammen » 10,000 Fr. (letzteres auch bei einem Wiederverkauf » durch heutige Käuferin) nebst Marchzins verzichtet.

» Die Käuferin verpflichtet sich ferner, die Zinsen pro » 1912 u. ff. bis zur nächsten Ausdienung der Gülten bis » spätestens 1. Juli nach deren Verfall bezahlen zu wollen » und bei Verspätung der bezüglichlichen Zahlung für den » Kinder den Grüter dadurch entstehenden Schaden von » $\frac{1}{4}$ % Mehrzins auf 114,000 Fr. unbedingt aufkommen » zu wollen. »

Diese Vertragsbestimmungen waren das Resultat von Unterhandlungen nicht nur zwischen der Klägerin als Käuferin und der Mutter der Beklagten als Verkäuferin, sondern namentlich auch zwischen diesen beiden einerseits und dem Vormund der Beklagten anderseits. Der Vormund hatte ursprünglich nicht nur sofortige Zahlung der Zinsen pro 1911 und 1912, sondern auch die Abzahlung des Kapitals der drei letzten Gülten von zusammen 10,000 Fr. verlangt, wozu die Mutter der Beklagten nach dem Erbteilungsvertrag verpflichtet gewesen wäre. Später hatte er verlangt, dass wenigstens der Klägerin

die Verpflichtung überbunden werde, im Falle eines Weiterverkaufs jene Abzahlung zu leisten. Schliesslich hatte er sich mit der sofortigen Zahlung der Zinsen pro 1911 und dem Versprechen betreffend die Zinsen pro 1912 ff. und betreffend den Strafzins (wie in Ziff. 4 und 5 des Vertrages in der vom Vormund verlangten Fassung stipuliert) begnügt.

Am 11. Juli 1913 betrieb der Vormund die Klägerin mit Zahlungsbefehl Nr. 5787 des Betreibungsamtes Luzern auf Bezahlung der Zinsen pro 1912 im Betrage von 6750 Fr., sowie des Strafzinses im Betrage von 285 Fr., nebst 5% Verzugszins seit 10. Juli 1913 ab 7035 Fr. Die Klägerin erhob Rechtsvorschlag und protestierte auch in einem Schreiben an den Vormund gegen die Anhebung der Betreibung. Der Vormund antwortete ihr darauf am 12. Juli, die Betreibung sei gerechtfertigt, weil die Klägerin « auf den bestimmten Termin vom 1. Juli » nicht Zahlung geleistet habe, und fügte bei : « Ihre Reklamation ist umsoweniger begründet, weil vom Verfall der Gültenzinsen bis dato bereits ein halbes Jahr verstrichen ist und wir durch die hypothekarisch gesicherte Abmachung bereits entgegengekommen sind und uns zu weiteren Konzessionen nicht verstehen können. »

Am 22. Januar 1914 wurde den Beklagten für die am 11. Juli gegen die Klägerin eingeleitete Betreibung die provisorische Rechtsöffnung bewilligt.

B. — Am 11. Dezember 1913 hatte unterdessen der Vormund der Beklagten die Klägerin mit Zahlungsbefehl Nr. 10,357 des Betreibungsamtes Luzern auch für die Zinsen pro 1913 im Betrage von 6750 Fr. nebst Verzugszins à 5% seit 11. Dezember 1913 betrieben. Nachdem die Klägerin auch gegen diese Betreibung Rechtsvorschlag erhoben hatte, wurde den Beklagten dafür am 7. März 1914 ebenfalls die provisorische Rechtsöffnung bewilligt.

Auf diese zweite Betreibung bezieht sich die vorliegende Klage, mit dem Begehren um Aberkennung der in

Betreibung gesetzten Forderung, weil diese zur Zeit der Anhebung der Betreibung noch nicht fällig gewesen sei. Die Beklagten bestreiten in diesem Prozess, dass die Bestimmungen des Kaufvertrages vom 28. März 1913 für sie verbindlich seien; namentlich aber bestreiten sie, dass darin eine Stundung der Gültzinsen enthalten sei; vielmehr sei nur der Strafzins versprochen worden für den Fall, dass nicht bis spätestens am 1. Juli nach den Verfalltagen, an denen nichts geändert worden sei, bezahlt werde.

C. — Durch Urteil vom 25. November 1914 hat das Obergericht des Kantons Luzern die Klage abgewiesen, weil die der Betreibung zu Grunde liegende Forderung, wenn sie auch bei Anhebung der Betreibung noch nicht fällig gewesen sei, dies doch noch vor der zweitinstanzlichen Beurteilung der Klage geworden sei, was vom Standpunkte des kantonalen Prozessrechts genüge.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Die Beklagten haben Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Auf die Berufung ist einzutreten, weil eine Stundungs- oder Fälligkeitsvereinbarung streitig ist, die seit dem Inkrafttreten des ZGB abgeschlossen wurde und daher auch dann nach dem neuen Recht zu beurteilen ist, wenn sie sich auf eine altrechtliche Forderung bezieht; denn es handelt sich dabei um eine neue juristische « Tatsache » im Sinne des Art. 1 Abs. 3 SchlT.

2. — Mit Recht hat die Vorinstanz in der Bestimmung des Kaufvertrages vom 28. März 1913, dass die Klägerin die Zinsen pro 1912 und folgende Jahre « bis spätestens 1. Juli nach deren Verfall » zu bezahlen habe, eine

Stundung erblickt, in dem Sinne, dass die Klägerin jene Zinsen, die sonst im November und Dezember fällig gewesen wären, erst am 1. Juli des darauffolgenden Jahres zu bezahlen habe. Die Festsetzung dieses Datums hat dem Zusammenhang nach nicht etwa nur den Sinn, dass, wenn die Zinsen nicht bis spätestens am 1. Juli bezahlt seien, dann der Strafzins von $\frac{1}{4}$ % geschuldet werde; sondern die Klägerin verpflichtete sich erstens zur Zahlung der Zinsen « bis spätestens 1. Juli » « und », d. h. zweitens zur Entrichtung des Strafzinses im Falle der Nichteinhaltung des neuen Fälligkeitstermins. Das Versprechen der Zahlung « bis spätestens 1. Juli » hatte somit eine selbständige Bedeutung. Dass aber durch den Gebrauch des Wortes « spätestens » auf ein Fortbestehen des frühern Verfalltages hingewiesen werden wollte, ist nicht anzunehmen; vielmehr sollte dadurch offenbar nur die Bestimmtheit und Unwiderruflichkeit des neuen Termins zum Ausdruck gebracht werden. Unwesentlich ist sodann, dass nicht ausdrücklich beigefügt wurde, die Klägerin brauche die Zinsen nicht vor dem 1. Juli zu zahlen. Stundungen werden erfahrungsgemäss oft nur in der Form zum Ausdruck gebracht, dass der Schuldner verspricht, bis zu einem spätern als dem ursprünglichen Termin zu zahlen, und dass der Gläubiger dieses Versprechen vorbehaltlos entgegennimmt, worin eben die Gewährung einer weitem Zahlungsfrist zu erblicken ist. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, dass es in demselben Kaufvertrage heisst, der Vormund der Beklagten « verzichte » auf « sofortige Bezahlung des Zinses pro 1912 ». Darin lag in Bezug auf die Zinsen pro 1912 eine ausdrückliche Stundung, die im Zusammenhang mit dem von der Gläubigerschaft entgegengenommenen Versprechen der Schuldnerin, « bis spätestens 1. Juli » zahlen zu wollen, nur dahin verstanden werden kann, dass bis zum 1. Juli gestundet werde. Ebenso muss es sich dann aber auch mit den Zinsen pro 1913 verhalten,

in Bezug auf welche dasselbe Versprechen der Zahlung « bis spätestens 1. Juli » abgegeben und entgegengenommen wurde.

Dafür, dass die Bestimmung betreffend Zahlung der Zinsen « bis spätestens 1. Juli » in der Tat den Sinn einer Stundung hatte, spricht sodann auch das Zeugnis des Dr. Waldis, der beim Kaufvertrag als Urkundsperson zu funktionieren hatte und in jener Bestimmung « ein Entgegenkommen an Frau Dr. Cubasch » erblickte, eine « Erleichterung », welcher als Gegenleistung der Klägerin das Strafzinsversprechen gegenüberstehe.

3. — Der Auslegung der erwähnten Vertragsbestimmungen in diesem Sinne steht der Umstand nicht entgegen, dass die Beklagten bei dem Kaufvertrag über die Liegenschaft nicht Vertragspartei waren. Jene, die Verzinsung der Gülten betreffenden Vertragsbestimmungen stellen sich als solche zu Gunsten eines Dritten dar, die nach der « Willensmeinung » der Kontrahenten (vergl. Art. 112 Abs. 2 OR) auch vom Dritten sollten angerufen werden können, und die denn auch von den Beklagten insoweit angerufen worden sind, als es galt, daraus Rechte abzuleiten (nämlich das Recht auf den Strafzins und das Recht zur Eintreibung der Zinsen ohne Vermittlung der Mutter der Beklagten). Es geht aber selbstverständlich nicht an, dass die Beklagten einerseits aus jenen im Kaufvertrag enthaltenen Bestimmungen über die Gültzinsen für sich Rechte ableiten, andererseits der Klägerin die Ableitung von Rechten aus diesen nämlichen Vertragsbestimmungen verwehren wollen.

Aber auch abgesehen von den erwähnten Bestimmungen des Kaufvertrages liegt eine Stundung der Gültzinsen bis zum 1. Juli vor. Aus den Akten ergibt sich nämlich, dass jene Vertragsbestimmungen nichts anderes waren als die von den Beklagten selbst, bzw. von ihrem Vormund formulierten Bedingungen für den Verzicht der Beklagten auf gewisse Rechte, die sie gegenüber der Verkäuferin besaßen und deren rücksichtslose Ausübung den

Verkauf der Liegenschaft bedeutend erschwert, wenn nicht geradezu verunmöglicht hätte. Im Kaufvertrage sowohl als in der dem Vertragsabschluss vorangegangenen Korrespondenz zwischen dem Vormund und der Hypothekarkanzlei, bzw. dem als Urkundsperson funktionierenden Dr. Waldis, wurden einander wiederholt gegenübergestellt: einerseits der Verzicht des Vormunds auf die Abzahlung von Gülten im Betrage von 10,000 Fr. (worauf die Beklagten nach dem Erbteilungsvertrag zwischen ihnen und ihrer Mutter im Falle des Verkaufs der Liegenschaft ein Recht gehabt hätten), sowie der Verzicht auf sofortige Bezahlung der fälligen Zinsen pro 1912, andererseits das Versprechen der Klägerin, die fälligen Zinsen pro 1911 sofort, und die Zinsen pro 1912 ff. « bis spätestens 1. Juli » bezahlen zu wollen, sowie das Versprechen des Strafzinses für den Fall der Nichteinhaltung dieses Termins. Der Vormund der Beklagten hat selber diejenige Vertragsbestimmung formuliert, aus welcher sich die Stundung der Zinsen pro 1912 ff. bis 1. Juli 1913 ff. ergibt, und kann daher nicht den Standpunkt einnehmen, es handle sich dabei um eine *res inter alios acta*.

Dass übrigens der Vormund jene Vertragsbestimmung in der Tat im Sinne einer für die Beklagten verbindlichen Stundung aufgefasst hat, ergibt sich aus seinem ganzen Verhalten gegenüber der Klägerin seit dem 1. Juli 1913, insbesondere aus dem Zuwarten mit der ersten Betreibung bis zum 10. Juli, sowie aus seinem Briefe vom 12. Juli, wo er die am 10. Juli erfolgte Betreibung damit rechtfertigt, dass die Klägerin « auf den bestimmten » (d. h. vereinbarten) « Termin vom 1. Juli nicht Zahlung leistete », und wo er von den « Konzessionen » spricht, die er namens der Beklagten im Kaufvertrage gemacht habe (« weil wir durch die hypothekarisch gesicherte Abmachung bereits entgegengekommen sind und uns zu weiteren Konzessionen nicht verstehen können »).

4. — Waren somit die streitigen Zinsen pro 1913 bis

1. Juli 1914 gestundet, so waren die Beklagten nicht berechtigt, dafür schon am 11. Dezember 1913 Betreuung anzuheben, wie sie es mit derjenigen Betreuung getan haben, auf welche sich die vorliegende Aberkennungsklage bezieht. Allerdings ist die Fälligkeit seither eingetreten und war sie schon im Momente der vorinstanzlichen Beurteilung der Klage (25. November 1914) gegeben. Auch war es eine Frage des kantonalen Prozessrechts, ob dieser letzere Umstand noch in zweiter Instanz berücksichtigt werden durfte. Vom Standpunkte des Bundesrechtes aus vermag dagegen der erst nach Einleitung der Betreuung erfolgte Eintritt der Fälligkeit die Abweisung der Aberkennungsklage nicht zu rechtfertigen. Diese ist keine gewöhnliche Feststellungsklage, mittels deren eine Feststellung über den Bestand einer Forderung in irgend einem vom kantonalen Prozessrecht zu bestimmenden Zeitpunkt erwirkt werden könnte; sondern ihr Ziel ist durch das SchKG gegeben und besteht in der Aufhebung der Wirkungen des Zahlungsbefehls. Zu entscheiden ist daher im Aberkennungsprozesse nicht, ob die streitige Forderung im Momente der Klaganhebung oder des Urteils (oder der « Litiskonstestation ») bestand oder besteht, sondern, ob der Zahlungsbefehl begründet war, d. h. (vergl. Art. 69 Ziff. 3) ob im Momente seines Erlasses die in Betreuung gesetzte Forderung und « das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen », bestand, also u. a. ob die Forderung zur Zeit der Anhebung der Betreuung fällig war. Nur wenn und insoweit diese letztere Voraussetzung zutrifft, darf die Aberkennungsklage abgewiesen und der Gläubiger dadurch in die Lage versetzt werden, die Betreuung fortzusetzen.

Die strikte Beobachtung des Grundsatzes, dass die Voraussetzungen für die Gutheissung oder Abweisung einer Aberkennungsklage nach dem Zeitpunkte der Einleitung der Betreuung zu beurteilen sind, rechtfertigt sich — von dem bereits Gesagten abgesehen —, namentlich auch

mit Rücksicht auf die im SchKG festgesetzten Zahlungsfristen. Die dem Schuldner durch diese Fristen gewährte Rechtswohltat soll nicht dadurch vereitelt werden können, dass der Gläubiger die Betreuung vor der Fälligkeit seiner Forderung anhebt und darauf spekuliert, dass die Fälligkeit im Laufe des Aberkennungsprozesses eintreten werde und dann nach dem kantonalen Prozessrecht noch berücksichtigt werden müsse oder dürfe. Auch soll es einem Gläubiger nicht ermöglicht werden, auf diese Weise andern Gläubigern, die korrekterweise die Fälligkeit ihrer Forderungen abwarten, zuvorzukommen.

5. — Aus den Ausführungen in den Erwägungen 2 und 3, wonach die streitigen Gültzinsen bis zum 1. Juli 1914 gestundet waren, ergibt sich zugleich, dass die Verzugszinsforderung für die Zeit vom 11. Dezember 1913 bis zum 1. Juli 1914 unbegründet ist, und dass also ein Teil der in Betreuung gesetzten Forderung nicht nur bei Erlass des Zahlungsbefehls nicht fällig war, sondern sogar überhaupt nicht existiert. Für diesen Teil der in Betreuung gesetzten Forderung hätte daher die Aberkennungsklage auch abgesehen von den Ausführungen in Erwägung 4 hievor gutgeheissen werden müssen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird begründet erklärt, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Aberkennungsklage bezüglich der mit Zahlungsbefehl Nr. 10,357 des Betreibungsamts Luzern vom 11. Dezember 1913 in Betreuung gesetzten Forderung von 6750 Fr. nebst 5% Zins seit 11. Dezember 1913 gutgeheissen.