

### 34. Entscheid vom 1. Dezember 1939 i. S. Konrath.

#### *Aberkennungsklage, Form der Einreichung, Wirksamkeit.*

Können formelle Mängel einer binnen gesetzlicher Frist beim zuständigen Richter eingereichten Aberkennungsklage nachträglich verbessert werden?

- Davon hängt die definitive oder provisorische Natur einer vom betreffenden Gläubiger erwirkten Pfändung und demgemäss die Anwendung von Art. 199 Abs. 2 SchKG bei inzwischen über den Schuldner verhängter Konkursöffnung ab.
- Die Frage entscheidet sich nach dem Prozessrecht des Einreichungsortes.
- Ist der Aberkennungsprozess beim Gerichte wegen der Konkursöffnung als gegenstandslos geworden abgeschrieben, so ist die Frage vom Betreibungsamt, das über den Verwertungserlös verfügt, und allenfalls im Beschwerdeverfahren von den kantonalen Aufsichtsbehörden zu entscheiden.

#### *Action en libération de dette. Forme de l'exploit, effets.*

Peut-on remédier après coup à des vices de forme affectant une demande en libération de dette déposée en temps utile devant le juge compétent?

- La réponse à cette question fixe le caractère définitif ou provisoire d'une saisie obtenue par le créancier et décide de l'application de l'art. 199 al. 2 LP dans la faillite prononcée entre temps contre le débiteur.
- La question doit être résolue au regard du droit de procédure en vigueur au lieu d'introduction de l'action.
- Si le juge de l'action en libération de dette a, par suite de la faillite, rayé l'affaire du rôle comme sans objet, c'est à l'office des poursuites chargé de statuer sur l'attribution des biens réalisés de trancher la question, ou, le cas échéant, aux autorités de surveillance cantonales saisies par voie de plainte.

#### *Azione di inesistenza di debito. Forma della domanda, effetti.*

E' possibile rimediare più tardi a vizi di forma che presenta una domanda di inesistenza di debito inoltrata entro il termine legale davanti al giudice competente?

- La risposta a tale questione determina il carattere definitivo o provvisorio di un pignoramento ottenuto dal creditore e decide dell'applicazione dell'art. 199 ep. 2 LEF nel fallimento dichiarato frattanto in odio del debitore.
- La questione dev'essere risolta secondo il diritto processuale in vigore al luogo ove l'azione è stata promossa.
- Se il giudice, presso il quale pende l'azione di inesistenza di debito, ha stralciato, a motivo del fallimento, la causa dai ruoli come divenuta senza oggetto, spetta all'ufficio di esecuzione, che dispone del ricavo dei beni realizzati, decidere la questione ed eventualmente, in caso di reclamo, alle Autorità cantonali di vigilanza.

A. — Alois Konrath hat gegen die in Sargans wohnende Frau Fieseler einen Arrest auf deren in Uster gelegenes Grundstück herausgenommen, für die Forderung am 30.

Juni 1939 provisorische Rechtsöffnung erhalten und die Liegenschaft am 12. Juli pfänden lassen. Das Betreibungsamt bezeichnete die Pfändung mit Rücksicht auf die von der Schuldnerin angehobene Aberkennungsklage als provisorische. Am 4. August gelangte die Liegenschaft auf Begehren eines Grundpfandgläubigers zur Verwertung. Es wurde ein Mehrerlös über die Grundpfandforderungen erzielt, den das Betreibungsamt im Sinne von Art. 144 Abs. 5 SchKG hinterlegte, um den Ausgang des Aberkennungsprozesses abzuwarten. Indessen wurde am 12. August in Sargans über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet, worauf das mit der Aberkennungsklage befasste Bezirksgericht Uster den Prozess als gegenstandslos geworden abschrieb.

B. — Es kam so zu keinem gerichtlichen Entscheid über die Frage, ob der Aberkennungsprozess in wirksamer Weise angehoben worden war. Die Schuldnerin hatte nämlich, nach Erhalt des Rechtsöffnungsentscheides am 1. Juli, statt nach § 125 Ziff. 8 der zürcherischen ZPO die Aberkennungsklage direkt bei dem zur Sachentscheidung zuständigen Gericht einzureichen, am 8. Juli beim Friedensrichteramt Uster zunächst die Anberaumung einer Aussöhnungsverhandlung angebeht, welches Begehren indessen am 11. Juli von Amtes wegen dem Bezirksgericht übermittlelt worden war. Tags darauf hatte der Präsident des Bezirksgerichtes die Klägerin eingeladen, binnen zehn Tagen eine den prozessualen Vorschriften entsprechende Klageschrift samt einer Vollmacht für den Anwalt und einem Ausweis über dessen Berechtigung, vor zürcherischen Gerichten aufzutreten, einzureichen, « wobei es dann Sache des Gerichtes sein wird, über die Anhandnahme, insbesondere auch darüber, ob die Klage auf Grund von § 214 des Gerichtsverfassungsgesetzes noch anhand genommen werden kann, zu entscheiden ». Dieser Einladung war die Aberkennungsklägerin am 18. Juli nachgekommen, doch blieb die vorbehaltenen gerichtliche Entscheidung wie gesagt wegen der Konkursöffnung aus.

C. — Der Übererlös aus der vom Betreibungsamt verwerteten Liegenschaft wurde nun einerseits vom Pfändungsgläubiger Konrath und anderseits von der Konkursmasse beansprucht. Das Betreibungsamt Uster hat das Begehren des Pfändungsgläubigers abgelehnt und die Herausgabe an die Konkursmasse der Schuldnerin unter Vorbehalt der Beschwerdeführung bewilligt. Konrath hat gegen das Betreibungsamt Uster Beschwerde geführt, um sich den erwähnten Mehrerlös zuweisen zu lassen. Von der Aufsichtsbehörde des Kantons Zürich am 9. November 1939 abgewiesen, hat er deren Entscheid im Sinne seines Beschwerdebegehrens an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
zieht in Erwägung:*

Provisorische, für eine nicht endgültig als vollstreckbar festgestellte Forderung erwirkte Pfändung gibt weder ein Recht, die Verwertung zu verlangen (Art. 118 SchKG), noch, wenn auf Begehren eines andern Gläubigers verwertet worden ist, auf sofortige Ausrichtung des auf die betreffende Forderung entfallenden Erlösanteils (Art. 144 Abs. 5 SchKG). Solange die Pfändung provisorisch bleibt, hat der Gläubiger nur ein aufschiebend bedingtes Bezugsrecht, das, wenn nun die Konkursöffnung dazwischentritt, vor den Rechten der Konkursmasse zurückzutreten hat. Das ihm — provisorisch — zugeschiedene Betreffnis fällt in die Konkursmasse (BGE 40 III 90). Somit hat das Betreibungsamt Uster richtig verfügt, wenn die Schuldnerin den Aberkennungsprozess wirksam angehoben und damit eine definitive Pfändung für den Rekurrenten bis zur Konkursöffnung verhindert hat. Gerade dies aber ist hier streitig. Der Rekurrent verneint es und verlangt, dass die von ihm erwirkte Pfändung als von Anfang an definitiv erachtet werde.

Diese Frage hat, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, durch die Eröffnung des Konkurses ihre Bedeutung nicht

verloren. War die Aberkennungsklage nicht wirksam angehoben, so war auch die Betreuung nicht wirksam gehemmt. Das Betreibungsamt hatte die Klage bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über die Prozessfrage allerdings zu beachten (BGE 65 III 89). Erging diese Entscheidung dann aber dahin, dass der Aberkennungsprozess nicht wirksam angehoben worden sei, so war damit dargetan, dass die provisorische Rechtsöffnung und die Pfändung definitiv geworden waren, und zwar jene bereits mit dem Ablauf der eben nicht wirksam benutzten Klagefrist des Art. 83 Abs. 2. Solchenfalls war dann auch, unbekümmert um einen inzwischen über den Schuldner eröffneten Konkurs, das dem Pfändungsgläubiger zugeschiedene Betreffnis ihm nach Art. 199 Abs. 2 auszurichten.

Der Umstand, dass hier ein gerichtlicher Entscheid über die aufgeworfene Frage fehlt und nach der Abschreibung des Aberkennungsprozesses nicht mehr zu erwirken ist, zwingt nun die Betreibungsbehörden, selbst über die Wirksamkeit der Klageführung zu entscheiden. Dem Rekurrenten diese Entscheidung vorzuenthalten, wovon abhängt, ob er oder aber die Konkursmasse der Schuldnerin den Mehrerlös aus der Liegenschaftsverwertung vom 4. August 1939 zu beanspruchen hat, liefe auf eine Rechtsverweigerung hinaus.

Da die Eingabe, womit die Klägerin den Aberkennungsprozess anzuheben gedachte, nach verbindlicher Feststellung der Vorinstanz binnen der Frist des Art. 83 Abs. 2 SchKG beim zuständigen Prozessgericht einlangte, stellt sich die Frage nicht, ob eine binnen dieser Frist unzuständigen Orts eingereichte Aberkennungsklage nach Ablauf der Frist nicht mehr vor das zuständige Gericht gebracht werden könne. Vielmehr handelt es sich hier nur um Mängel der Klageform. Die Möglichkeit wirksamer Verbesserung solcher Mängel binnen angemessener Nachfrist, nach rechtzeitiger Anrufung des zuständigen Gerichts, ist, wie die Form der Klageanhebung selbst, dem kantonalen Prozessrecht anheimgegeben (vgl. BGE 61 II 127 Abs. 1

Sätze 2 und 3). Die Sache ist zur Entscheidung dieser Frage des kantonalen Rechtes mit den sich daraus nach dem Gesagten ergebenden Folgerungen an die kantonale Aufsichtsbehörde zurückzuweisen.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :*

Der Rekurs wird gutgeheissen und die Sache zu neuer Entscheidung an die obere Aufsichtsbehörde des Kantons Zürich zurückgewiesen.

**35. Auszug aus dem Entscheid vom 20. Dezember 1939  
i. S. H. Käser et Cie A.-G.**

*Rechtsstillstand.* Art. 57 SchKG (modifiziert durch Art. 16 der Verordnung des Bundesrates über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung vom 17. Oktober 1939) kommt auch juristischen Personen zugute, sofern die sie ordentlicherweise vertretenden natürlichen Personen sich im Militärdienste befinden.

*Suspension de poursuites.* L'art. 57 LP (modifié par l'art. 16 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 17 octobre 1939 atténuant à titre temporaire le régime de l'exécution forcée) s'applique aussi aux personnes morales, en tant que les personnes physiques qui les représentent ordinairement se trouvent au service militaire.

*Sospensione degli atti esecutivi.* L'art. 57 LEF (modificato dall'art. 16 dell'Ordinanza del Consiglio federale, del 17 ottobre 1939, che mitiga temporaneamente le disposizioni sull'esecuzione forzata) si applica anche alle persone morali in quanto le persone fisiche che le rappresentano ordinariamente si trovano in servizio militare.

Art. 57 SchKG ist für die Dauer des Aktivdienstes durch folgende Bestimmung ersetzt : « Für eine Person, die sich im Militärdienst befindet, und für die Personen, deren gesetzlicher Vertreter sie ist, besteht während der Dauer des Dienstes sowie während der auf die Entlassung folgenden drei Wochen Rechtsstillstand... » (Art. 16 der Verordnung des Bundesrates über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung, vom 17. Oktober 1939). Daraus, dass diese Bestimmung das Wort « Person » sowohl für die im Militärdienst Befindlichen wie dann auch für die durch sie Vertretenen verwendet, schliesst die

kantonale Aufsichtsbehörde, auch als Vertretene seien nur physische Personen in Betracht zu ziehen. Dieses Argument ist nicht schlüssig. Der Ausdruck « Person » umfasst physische und juristische Personen. Wenn er in der vorliegenden Bestimmung mit Bezug auf Militärpersonen nur in der einen Bedeutung gemeint sein kann, so schliesst dies keineswegs aus, dass als Vertretene, für die ja nicht etwa ebenfalls Militärpflicht vorausgesetzt ist, auch juristische Personen in Betracht fallen. Die Bestimmung will nun als « gesetzlich » Vertretene solche Personen schützen, die ordnungsgemäss auf die Vertretung durch den im Militärdienst Stehenden angewiesen sind, im Unterschied zu solchen, die eine Militärperson bloss als gewillkürten, jederzeit ersetzbaren Vertreter bestellt haben. Gemäss dieser Unterscheidung sind der ersten Gruppe neben natürlichen Personen, die durch einen nun einberufenen Wehrmann vertreten sind, auch juristische Personen zuzuzählen, deren ordnungsgemäss bestellte ständige Vertreter sich im Militärdienste befinden ; denn die ordentlichen Vertreter einer juristischen Person, zumal deren Organe, aber auch Prokuristen und andere Handlungsbevollmächtigte, lassen sich nicht mit ad hoc für einzelne Besorgungen Beauftragten auf gleiche Linie stellen ; sie können sowenig wie gesetzliche Vertreter natürlicher Personen ohne weiteres ersetzt werden. Das von der Vorinstanz angezogene Schrifttum hatte Zeiten allgemeinen Friedens im Auge, wo nicht wie jetzt mit Einberufungen auf kurze Frist und in solchem Umfange zu rechnen war und daher juristische Personen nicht wohl in den Fall kamen, sich nicht rechtzeitig vorsehen zu können. Bei den heutigen Verhältnissen lassen sich dagegen die juristischen Personen grundsätzlich nicht mehr von der durch Art. 57 SchKG gewährten Rechtswohltat des Rechtsstillstandes ausnehmen. Eine engere Auslegung lässt sich auch nicht mit dem Hinweis auf den engeren Begriff des gesetzlichen Vertreters in Art. 47 SchKG rechtfertigen ; denn dieser Begriff erklärt sich daraus, dass für juristische Personen hinsichtlich des