

zuerkennen, ohne dass auf die übrigen Rechtsstandpunkte des Klägers (Art. 21, 29 und 30 OR) eingetreten zu werden braucht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. August 1914 bestätigt.

88. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Dezember 1914
i. S. Holzer, Beklagter,
gegen Grande Brasserie et Beauregard, Klägerin.

Rechtliche Natur der Einrede aus Art. 265 (Fehlen neuen Vermögens seit dem Konkurs). Form ihrer Geltendmachung (mittels begründeten Rechtsvorschlages? mittels Einrede im Rechtsöffnungsverfahren? mittels Einrede im ordentlichen Forderungsprozess, bezw. im Aberkennungsprozess?). — Vom Gericht einzuschlagendes Verfahren, wenn die Einrede im ordentlichen Forderungsprozess, bezw. im Aberkennungsprozess erhoben wird.

A. — Der Beklagte schuldete, solidarisch mit seinen drei Geschwistern, der Banque de Montreux einen Betrag von 4248 Fr. 60 Cts., als er am 8. Februar 1911 in Konkurs erklärt wurde. Die genannte Bank unterliess es, ihre Forderung im Konkurse anzumelden, wurde aber am 25. März 1913 von der Klägerin, die sich dafür solidarisch verbürgt hatte, für den gesamten Schuldbetrag nebst den bis Ende 1912 berechneten Zinsen und Zinseszinsen (insgesamt 4732 Fr. 40 Cts.) befriedigt, worauf die Bank der Klägerin am gleichen Tage ihre Rechte gegen den Beklagten abtrat.

Am 6./20. Oktober 1913 liess die Klägerin dem Beklagten für den von ihr bezahlten Betrag von 4732 Fr. 40 Cts. nebst 6 % Zins seit 25. März 1913 einen Zahlungs-

befehl zustellen. Der Beklagte erhob Rechtsvorschlag ohne Begründung. Ein von der Klägerin gestelltes Begehren um Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung wurde abgewiesen, und zwar letztinstanzlich deshalb, weil keine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 SchKG vorliege. Auf Art. 265 hatte sich der Beklagte, soviel aus den Akten ersichtlich ist, im Rechtsöffnungsverfahren nicht berufen. Nachdem das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen worden war, liess die Klägerin den Beklagten zum Aussöhnungsversuch über folgendes Rechtsbegehren vorladen :

« Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin einen bestrittenen Betrag von 4732 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 6 % seit 1. Januar 1913 und 1 Fr. 60 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Im Vermittlungsvorstand gab der Beklagte folgende Erklärung ab :

« Der vorgeladene Rudolf Holzer bestreitet die ans
» Recht gestellte Forderung, soweit die Kapitalforde-
» rung bis zum Ausbruch des Konkurses der Geschwister
» Holzer darstellend nicht. Dagegen bestreitet er die
» Zinspflicht seit Ausbruch des Konkurses und bes'reitet
» die Zahlungspflicht des ganzen eingeklagten Betrages
» nebst Zins und Folgen, unter Kostenfolge. Rudolf
» Holzer ist nämlich s. Z. in Konkurs gefallen und seither
» nicht zu neuem Vermögen gelangt. Die eingeklagte
» Forderung ist eine solche, die im Konkurse des Rudolf
» Holzer eingegeben wurde oder hätte eingegeben werden
» sollen. »

Nichtsdestoweniger erfolgte darauf die Einreichung der vorliegenden Klage, mit dem im Aussöhnungsverfahren angekündigten, oben wiedergegebenen Rechtsbegehren.

Nachdem der Beklagte in der Hauptverteidigung seine im Vermittlungsvorstand abgegebene Erklärung wiederholt hatte, mit den Anträgen :

« 1. Auf das Rechtsbegehren der Klage sei nicht einzutreten.

» 2. Eventuell : Die Klägerin sei mit dem Begehren ihrer Klage abzuweisen, beide Begehren unter Kostenfolge, »

wurde die Klagforderung in der Replik auf den Betrag der Forderung bei Ausbruch des Konkurses (4248 Fr. 60 Cts.) reduziert, das Begehren um Verurteilung des Beklagten zur *Z a h l u n g* aber aufrechterhalten.

B. — Durch Urteil vom 22. September 1914 hat der Appellationshof des Kantons Bern erkannt :

« 1. Der Beklagte ist mit seinem Nichteintretensschluss abgewiesen.

» 2. Der Klägerin ist ihr Klagsbegehren zugesprochen
» in einem Betrage von 4248 Fr. 60 Cts. nebst 1 Fr. 60 Cts.
» Betreibungskosten.

Dieses Urteil ist in der Hauptsache folgendermassen begründet : Die Einrede des Schuldners, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen sei, qualifiziere sich als eine solche rein betreibungsrechtlichen Charakters und habe mit der Frage der Geltendmachung der in Betreibung liegenden Forderung auf dem Wege des Zivilprozesses nichts zu tun. Sie habe lediglich den Zweck, eine gegen den Schuldner, *der sich darauf berufe*, angehobene Betreibung zu hemmen. Sie sei in Form eines Rechtsvorschlages anzubringen, und es könne daraus keine Bestreitung der *K l a g b a r k e i t* der Forderung hergeleitet werden. Nun habe der Beklagte allerdings die gegen ihn angehobene Betreibung durch Erhebung eines Rechtsvorschlages gehemmt, allein ohne diesen zu begründen, speziell ohne sich auf das Nichtvorhandensein neuen Vermögens zu berufen, wozu er verpflichtet gewesen wäre. Anlässlich des Aussöhnungsversuches habe er dies nicht nachholen können. Im ordentlichen Prozesse bleibe für die Erhebung jener Einrede kein Raum. Die Klägerin habe auch ein rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung ihrer Forderung, da sie habe annehmen können, diese werde vom Beklagten grund-

sätzlich bestritten. Der Nichteintretensschluss des Beklagten sei daher abzuweisen und die Klage gutzuheissen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell Nichteintreten, unter Kostenfolge.

Die Klägerin hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

D a s B u n d e s g e r i c h t z i e h t i n E r w ä g u n g :

1. — Die Frage, ob das angefochtene Urteil sich als ein Haupturteil im Sinne des Art. 58 OG qualifiziere, ist jedenfalls aus dem Grunde zu bejahen, weil dieses Urteil — im Gegensatz zu frühern Fällen, in welchen das Vorhandensein eines Haupturteils verneint wurde (vgl. BGE 25 II S. 551 und die dortigen Zitate, sowie 29 II S. 757 f.) — nicht einen Entscheid über die Einrede aus Art. 265 darstellt, sondern im Gegenteil die eingeklagte Forderung mit der Begründung gutgeheissen hat, dass im ordentlichen Prozesse « für die Geltendmachung der besagten Einrede kein Raum » sei. Es kann deshalb hier unerörtert bleiben, ob gegebenenfalls an der bisherigen Praxis festzuhalten wäre, wonach die Eigenschaft eines Haupturteils nicht nur denjenigen Entschieden abgesprochen wurde, welche lediglich die Frage der Vollstreckbarkeit einer Forderung mit Rücksicht auf Art. 265 entscheiden und also noch kein *E n d u r t e i l* darstellen, sondern auch denjenigen Urteilen, durch welche im Anschluss an den Entscheid über die Einrede aus Art. 265 die eingeklagte *F o r d e r u n g s e l b e r* gutgeheissen oder abgewiesen wird.

2. — Zur Entscheidung der Frage, ob die Vorinstanz mit Recht die vom Beklagten gestützt auf Art. 265 erhobene Einrede unberücksichtigt gelassen habe, ist erforderlich, dass zunächst die rechtliche Natur dieser Ein-

rede, sowie das im Falle ihrer Erhebung einzuschlagende Verfahren festgestellt werde.

Mit Unrecht wird in dem angefochtenen Urteil davon ausgegangen, dass die Einrede aus Art. 265 « eine solche rein betriebsrechtlichen Charakters » sei, dass sie « mit der Frage der Geltendmachung der in Betreibung liegenden Forderung auf dem Wege des Zivilprozesses nichts zu tun » habe, dass sie mittels b e g r ü n d e t e n Rechtsvorschlages angebracht werden müsse, und dass für ihre Geltendmachung im ordentlichen Prozesse « kein Raum » bleibe. Trotz der Formulierung in Art. 265 Abs. 2, wonach das Nichtvorhandensein neuen Vermögens zur Folge zu haben scheint, dass auf Grund des Konkursverlustscheins keine neue Betreibung « angehoben » werden könne, handelt es sich dabei nicht etwa um ein der Betreibung als solcher entgegenstehendes Hindernis — über dessen Vorhandensein die Betreibungsbehörden zu entscheiden hätten —, sondern um eine der F o r d e r u n g entgegenstehende zivilrechtliche Einrede, die auch dann erhoben werden kann, wenn die Forderung gar nicht im Wege der Betreibung, sondern z. B. durch ein Begehren um Konkurseröffnung o h n e Betreibung (Art. 190), oder einfach durch Verrechnung geltend gemacht werden will (vergl. JÆGER, Anm. 8 zu Art. 265), und die (nach Art. 267) ferner auch der Geltendmachung s o l c h e r Forderungen entgegensteht, welche im Konkurse nicht angemeldet worden waren und für welche daher kein Verlustschein im Sinne des Art. 265 existiert. Gleichwie nun alle a n d e r n, der Vollstreckbarkeit einer Forderung entgegenstehenden zivilrechtlichen Einreden, z. B. diejenige der Stundung, im ordentlichen Prozesse zu erheben und vom ordentlichen Richter zu beurteilen sind, so ist grundsätzlich auch die Einrede aus Art. 265 im ordentlichen Forderungsprozesse, bezw. im Aberkennungsprozesse (der sich von jenem nur durch die Umkehrung der Partierollen unterscheidet) zu erheben. Deshalb bestimmt denn auch Art. 69 Ziff. 3, dass « der Schuldner, welcher

die Forderung . . . o d e r d a s R e c h t, s i e a u f d e m B e t r e i b u n g s w e g e g e l t e n d z u m a c h e n, b e s t r e i t e n w i l l » (w o z u u. a. gerade die Einrede aus Art. 265 gehört), dies im Wege des R e c h t s v o r s c h l a g s z u t u n h a b e, z u d e s s e n B e s e i t i g u n g n a c h A r t. 79 « d e r o r d e n t l i c h e P r o z e s s w e g z u b e t r e t e n » i s t. Nun schreibt allerdings Art. 265 Abs. 3 vor, dass über die dem Schuldner in Abs. 2 gewährte Einrede « im beschleunigten Verfahren » zu entscheiden sei. Es wird daher im ordentlichen Forderungsprozess, bezw. im Aberkennungsprozess, die ja beide nicht im beschleunigten Verfahren durchgeführt zu werden brauchen, über jene Einrede in der Regel nicht e n t s c h i e d e n werden können. Daraus folgt indessen, wie das Bundesgericht bereits festgestellt hat (AS 40 III S. 285), keineswegs, dass der Richter im ordentlichen Prozess über die vor ihm erhobene Einrede aus Art. 265 einfach hinwegschreiten und die Forderungsklage zusprechen, bezw. die Aberkennungsklage abweisen dürfe, weil es Sache des Schuldners gewesen wäre, jene Einrede in einem von ihm einzuleitenden « beschleunigten Verfahren » anzubringen und für deren rechtzeitige Beurteilung zu sorgen. Vielmehr hat der Richter (nach den Ausführungen des erwähnten Urteils), sobald die Einrede aus Art. 265 ordnungsgemäss erhoben ist, sei es von sich aus das im dritten Absatz dieses Artikels vorgesehene beschleunigte Verfahren einzuleiten, sei es — ob das eine oder das andere, hängt vom kantonalen Prozessrecht ab — den Gläubiger auf dieses Verfahren zu verweisen und den Prozess unter Fristansetzung an den Gläubiger zu sistieren, oder endlich die Forderungsklage « zur Zeit », d. h. hinsichtlich der vorliegenden Betreibung « abzuweisen », bezw. die Aberkennungsklage « zur Zeit gutzuheissen » und dem Gläubiger das weitere Vorgehen zu überlassen.

Eine Ausnahme hievon ist nur für diejenigen Fälle zu machen, in denen der Gläubiger ausschliesslich auf Feststellung der Forderung als solcher klagt und unter Anerkennung ihrer Nichtvollstreckbarkeit oder unter Vorbe-

halt dieser Frage davon Umgang nimmt, die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung zu verlangen. Nur in diesen Fällen trifft die Erwägung der Vorinstanz zu, dass der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung der Forderung als solcher haben könne.

3. — Im vorliegenden Falle ist nun nicht etwa nur auf Feststellung der Forderung als solcher geklagt worden, sondern die Klägerin hat ausdrücklich die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung beantragt, und es ist auch nicht richtig, dass die Klägerin habe annehmen müssen, die Forderung werde vom Beklagten «grundsätzlich bestritten»; denn aus der Erklärung des Beklagten im Vermittlungsvorstand ergab sich das Gegenteil. Es fragt sich daher, ob die Einrede aus Art. 265 ordnungsgemäss erhoben worden sei. Dies ist im angefochtenen Urteil zu Unrecht verneint worden. Insbesondere ist es rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanz annimmt, dass der Schuldner «mit dieser Einrede einzig im Stadium der betreibungsrechtlichen Zwangsvollstreckung gehört werden» könne, und dass er verpflichtet sei, «seinen Rechtsvorschlag in diesem Sinne zu begründen». Allerdings liegt es im Interesse einer raschen Abklärung der Situation und einer Vereinfachung des Verfahrens, dass der Schuldner, der sich auf Art. 265 zu berufen gedenkt, diese seine Absicht bereits im Rechtsvorschlag ankündige oder doch in seiner Antwort auf ein allfälliges Rechtsöffnungsbegehren die Einrede selber erhebe (in welch' letzterem Fall das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen ist: vergl. das bereits angeführte bundesgerichtliche Urteil, S. 284 und die dortigen Zitate). Allein, da einerseits (vergl. wiederum das angeführte bundesgerichtliche Urteil, S. 284) der Rechtsvorschlag nach Art. 75 überhaupt nicht begründet zu werden braucht, anderseits im summarischen Verfahren, als welches das Rechtsöffnungsverfahren sich qualifiziert, über die Einrede aus Art. 265 ja doch nicht entschieden werden kann, und übrigens ein Rechts-

öffnungsverfahren in vielen Fällen überhaupt nicht stattfindet, so muss dem Schuldner immerhin das Recht zuerkannt werden, die Einrede des mangelnden neuen Vermögens noch im ordentlichen Forderungsprozess, bezw. im Aberkennungsprozess, sei es erstmals zu erheben, sei es wieder aufzunehmen. Im vorliegenden Falle war daher die in der Hauptverteidigung und übrigens schon im Vermittlungsvorstand, also sogar vor Einleitung des Prozesses selbst erhobene Einrede des mangelnden neuen Vermögens in der Tat ordnungsgemäss angebracht, und es durfte deshalb, nach den Ausführungen in Erw. 2 hievor, die Klage nicht zugesprochen werden, bevor die Klägerin in dem von ihr einzuleitenden beschleunigten Verfahren den Beweis geleistet hatte, dass der Beklagte im Sinne des Art. 265 Abs. 2 «zu neuem Vermögen gekommen» sei. Da dieser Beweis nicht vorliegt, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage zur Zeit abzuweisen. Denn mit der Frage, ob der Beklagte nach dem kantonalen Prozessrechte verpflichtet gewesen wäre, einen förmlichen Antrag auf «vorläufige» Abweisung zu stellen und diesen Antrag als eine «fristliche Einrede» zu bezeichnen, wie in der heutigen Verhandlung behauptet wurde, hat sich das Bundesgericht nicht zu befassen. Es genügt, dass der kantonale Richter selber keine Veranlassung genommen hat, das Vorgehen des Beklagten in dieser Beziehung zu bemängeln, dass aber die vom Standpunkte des eidgenössischen Rechtes aus angebrachten Bemängelungen nach den vorstehenden Ausführungen unbegründet sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage zur Zeit abgewiesen wird.