

6. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

135. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. November 1913
in Sachen **Jugler & Cie.**, bezw. deren Konkursmasse,

Kl., Widerbkl. u. Ber.-Kl.,

gegen **Berisch**, Bekl., Widerkl. u. Ber.-Bekl.

1. **Nachlassstundung:** Die Kompensation von erst nach der Stundungsbewilligung entstandenen Forderungen des Gläubigers des Nachlassschuldners mit Forderungen des Nachlassschuldners ist zulässig. —
2. In der Berufungsinstanz kann der Konkurs einer Partei als neue Tatsache nur zur Legitimation zur Berufung, nicht aber zur Ergänzung des Klagefundaments berücksichtigt werden.

A. — Der Beklagte ließ seine Börsegeschäfte (in der Hauptsache Differenzgeschäfte) durch die Klägerin besorgen. Mit Reportanzeige vom 28. Oktober 1912 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß sie per Ende Oktober 20 Aktien der Gesellschaft für elektrische Beleuchtung in Petersburg und 25 Aktien der rumänischen Petroleumindustrie Steaua Romana gekauft und an ihn per Ende November verkauft habe. Am 26. Oktober 1912 stellte die Klägerin ihre Zahlungen ein. Ihre sämtlichen noch laufenden Engagements wurden gemäß den Bestimmungen der Zürcher Effektenbörse liquidiert; so auch die dem Beklagten reportierten, genannten Titel. Mit Zuschrift vom 25. November 1912 forderte die Klägerin den Beklagten zur Zahlung eines Kontokorrentsalbos von 10,100 Fr. 60 Cts. auf. Da der Beklagte dieser Aufforderung keine Folge leistete, stellte die Klägerin mit Klage vom 4. März 1913 die Rechtsfrage: „Ist der Beklagte schuldig, an die Klägerin 10,100 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 30. November 1912 zu bezahlen und haften hiefür als Faustpfand 35 Aktien der A.-G. Chocolat Tobler in Vern?“ Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und widerklageweise unbeschwerte Herausgabe der von der Klägerin als Faustpfand zurückbehaltenen 35 Aktien der Chocoladefabrik Tobler. Der Klage hielt er eine Schadenersatzforderung wegen

Nichtlieferung der ihm auf Ende November verkauften Titel entgegen. Überdies machte er kompensationsweise zwei durch Abtretung erworbene Forderungen im Betrage von 6147 Fr. 60 Cts. und 1257 Fr. geltend.

B. — Mit Urteil vom 4. Juli 1913 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Widerklage abgewiesen und die Klage, unter Kompensation mit den zwei an den Beklagten zedierten Forderungen, für 2696 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 30. November 1912 zugesprochen.

Am 14. Juli 1913 wurde über die Klägerin, welche unterdessen in Nachlassunterhandlungen gestanden hatte, die am 2. Juli zur Verwerfung des Nachlasses führten, der Konkurs eröffnet.

C. — Gegen das Urteil des Handelsgerichtes hat die Konkursverwaltung der Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage, es sei die Klage gutzuheissen und demgemäß der Beklagte zu verpflichten, 10,100 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 30. November 1912 an die Konkursmasse der Klägerin zu bezahlen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Streitig ist nur noch die Frage, ob der Beklagte die beiden durch Abtretung erworbenen Forderungen mit der Forderung der Klägerin verrechnen könne. Daß die Klägerin Schuldnerin dieser Forderungen sei, ist nicht bestritten. Dagegen ist die Kompensabilität an sich in Abrede gestellt worden, weil die auf einem sogenannten Kontrollheft beruhende Forderung von 6147 Fr. 60 Cts. nach den „Bestimmungen“ dieses Heftes, und das Kontokorrentguthaben von 1257 Fr. gemäß den „allgemeinen Kontokorrentbedingungen“ der Klägerin nicht fällig sei. Diese Einwendung erweist sich indessen, abgesehen davon, daß sie vor der kantonalen Instanz nicht geltend gemacht wurde, als unzutreffend. In den „Bestimmungen“ des Kontrollheftes ist nur gesagt, daß für Rückbezüge über 1000 Fr. während 30 Tagen eine Kündigung von zwei bis vier Wochen verlangt werden kann. Ebenso bestimmt Ziffer 5 der „allgemeinen Kontokorrentbedingungen“, daß die Kontokorrentguthaben in der Regel auf erstes Begehren hin zurückbezahlt werden und nur in außerordentlichen Fällen die Zahlungsfrist auf ein bis sechs Monate erstreckt werden kann. Um die Fälligkeit der Forderung aufzuhalten,

bedurfte es demnach zuerst eines bezüglichen Begehrens der Klägerin, worüber in den Akten nichts enthalten ist. Unter diesen Umständen ist es rechtlich bedeutungslos, ob der Beklagte die beiden Forderungen gekündet habe, oder nicht.

2. — Zu untersuchen ist daher einzig, ob die Kompensation wegen der von der Klägerin zur Zeit des Prozesses genossenen Nachlassstundung unstatthaft sei. Mit der Vorinstanz ist vorab davon auszugehen, daß dem Gesetz nirgends zu entnehmen ist, daß die Nachlassstundung das Fälligwerden einer Forderung verhindert. Art. 297 SchRG schließt nur die Anhebung oder Fortsetzung der Betreibung gegen den Schuldner aus. Dagegen ist fraglich, ob die Verrechnung für den Beklagten nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil er durch die Abtretung erst nach der im November 1912 erfolgten Bewilligung der Nachlassstundung Gläubiger der Klägerin geworden ist. In dieser Beziehung nimmt die Vorinstanz eine analoge Anwendung von Art. 213 Ziff. 2 SchRG auf den Nachlassvertrag in der Weise an, daß seit der Stundungsbewilligung entstandene, bezw. erworbene Gegenforderungen nicht zur Verrechnung zugelassen seien (vergl. auch Rechenschaftsbericht des Obergerichts Zürich, 1908, Nr. 379). Wenn die Vorinstanz die Kompensation trotzdem zugelassen hat, so geschah es nur aus dem Grund, weil im vorliegenden Fall der Nachlassvertrag verworfen wurde und die Stundungsbewilligung dahinfiel. Allein die analoge Anwendung des Art. 213 Ziff. 2 SchRG ist überhaupt als unstatthaft zu erklären, wegen der Verschiedenheit der rechtlichen Wirkungen, die der Konkurs und der Nachlassvertrag auf das Vermögen des Gemeinschuldners ausüben (vergl. Jaeger, Komm. zu Art. 298 R. 3, S. 436). Im Konkurs unterliegt dieses Vermögen, soweit es nicht gemäß positiven Bestimmungen oder nach der Natur der Sache der Exekution entzogen ist, dem Konkursbeschlagnahme, kraft dessen dem Gemeinschuldner die Verfügung über sein Vermögen entzogen wird. Nach Art. 205 SchRG können Forderungen des Gemeinschuldners, auf die sich das Beschlagnahme der Gläubiger erstreckt, nicht mehr durch Zahlung an den Gemeinschuldner getilgt werden. Anders verhält es sich dagegen beim Nachlassvertrag. Hier besteht kein Beschlagnahme der Gläubiger auf das Vermögen des Gemeinschuldners. Die wirtschaftliche Existenz des Gemeinschuldners soll

nicht unterbrochen werden. Dem Gemeinschuldner ist nicht, wie im Konkurs, die Verfügungsfähigkeit entzogen, sondern es ist nur ein Verbot, gewisse Geschäfte vorzunehmen, aufgestellt (vergl. Art. 298 SchRG). Im Gegensatz zur entsprechenden Ordnung im Konkurs kann hier ein Drittschuldner an den Nachlassschuldnern gültig bezahlen. Ist dem Drittschuldner aber die Tilgung einer Forderung des Nachlassschuldners im allgemeinen frei gegeben, so kann er auch seine Schuld auf dem Wege der Kompensation tilgen. Während beim Konkurs die Kompensation gegen den Gemeinschuldner mit nach dem Konkursausbruch erworbenen Forderungen eine Verfügung über Vermögen bedeutet, das zur Beschlagnahme gehört, ist dies hier nicht der Fall. Es kann daher für die analoge Anwendung des Art. 213 SchRG auf den Nachlassvertrag nicht geltend gemacht werden, daß durch Kompensation mit seit der Stundungsbewilligung entstandenen Forderungen der Drittschuldner, wie im entsprechenden Falle beim Konkurs, auf Kosten der Nachlassgläubiger d. h. aus Vermögen, das zu ihrer Befriedigung bestimmt ist, besser gestellt wird, als sie selber.

3. — Da seit Erlaß des vorinstanzlichen Urteiles der Konkurs über die Klägerin ausgebrochen ist, könnte es sich noch fragen, ob die Verrechnung nicht auf Grund von Art. 214 SchRG anfechtbar ist, m. a. W. ob die neue Tatsache des Eintrittes des Konkurses berücksichtigt werden kann. Hierbei ist zwischen der prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Bedeutung dieser neuen Tatsache zu unterscheiden. Daß Latumstände, die erst seit dem Erlaß des letztinstanzlichen kantonalen Urteiles eingetreten sind, insofern sie das Prozeßverhältnis der Parteien berühren, auch noch in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen sind, kann nach Art. 85 OG, der auf den Art. 75 Bundes-PPD verweist, nicht zweifelhaft sein (vergl. auch Weiß, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, S. 159 und 160, sowie die dort zitierten Entscheide des Bundesgerichtes). Im vorliegenden Falle war daher hinsichtlich der Frage der Legitimation der Berufungsklägerin zur Berufung auf die neue Tatsache des Konkursausbruches über die Firma Kugler & Cie. Rücksicht zu nehmen. Anders verhält es sich dagegen, sobald der Einfluß einer neuen Tatsache auf die materielle Entscheidung des Prozesses in Frage kommt. Trotz Berücksichtigung der neuen Tat-

sache für die Legitimation zur Berufung, darf in dieser Beziehung der Konkurs der Firma Kugler & Cie. nicht in Betracht gezogen werden. Nach Art. 114 BB besteht das Ziel des Rechtsmittels der Berufung in der Sicherung einheitlicher Anwendung der eidgenössischen Gesetze privatrechtlichen Inhaltes (vergl. US 33 II S. 32 ff., sowie Revue 21 S. 12 ff.). Danach erschöpft sich die Befugnis des Berufungsrichters grundsätzlich in einer reinen revisio in jure des angefochtenen Urteiles, was die Beschränkung der Kognition auf den dem kantonalen Urteile zu Grunde gelegten Tatbestand bedingt. Auf diesem Boden steht denn auch Art. 57 OG, da sich die letzte kantonale Instanz einer Verletzung des Bundesrechtes nur durch rechtsirrtümliche Würdigung des ihr unterbreiteten Tatsachenmaterials schuldig machen kann. Hiemit in Übereinstimmung enthält das Gesetz in Art. 80 OG das absolute Verbot, vor Bundesgericht neue Tatsachen vorzubringen. Ist aber die Tatsache des über die Firma Kugler & Cie. ausgebrochenen Konkurses nicht mehr zu berücksichtigen, so braucht nicht untersucht zu werden, ob die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach Art. 214 SchRG (Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners usw.) gegeben sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgesichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1913 bestätigt.

136. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20./27. Nov. 1913 in Sachen

Konkursmasse der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten,
Kl. u. Hauptber.-Kl.,
gegen **Konkursmasse Müller,** Bekl. u. Anschließber.-Kl.

Anschlussberufung im Falle objektiver Klagenhäufung auch dann zulässig, wenn sie sich auf einen solchen Anspruch bezieht, der nicht Gegenstand der Hauptberufung ist (Erw. 2).

Inkompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der Abtretung zürcherischer Schuldbriefe (Erw. 3).

Dem Fiduzianten steht im Konkurse des Fiduziars hinsichtlich der diesem zu Eigentum anvertrauten Sachen kein Aussonderungsanspruch zu (Erw. 4 und 5).

A. — Der Direktor der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten, Fritz Müller, hatte in den letzten Jahren vor dem Konkurse der Gewerbekasse eine größere Anzahl Liegenschaften und Wertpapiere (namentlich zürcherische Schuldbriefe) auf seinen eigenen Namen, jedoch, wie die Klägerin behauptet, für Rechnung der Bank und aus deren Mitteln erworben. Nach der Darstellung der Klägerin waren die betreffenden Rechtsgeschäfte nur „aus steuerpolitischen Gründen“ auf den Namen des Müller abgeschlossen worden, welcher somit nur der „Strohmann“ oder „Fiduziar“ der Bank gewesen sei.

Nachdem im Oktober oder November 1910 über den Nachlaß des Müller, der am 19. Oktober durch Selbstmord geendet hatte, und am 6. Dezember 1910 auch über die Allgemeine Gewerbekasse Kloten der Konkurs eröffnet worden war, machte die Konkursverwaltung der Gewerbekasse im Privatkonkurse des Müller an den erwähnten Liegenschaften und Wertpapiere einen „Eigentumsanspruch“ geltend. Die Konkursverwaltung Müller bestritt diesen Anspruch und setzte der Ansprecherin am 30. Mai 1911 im Sinne des Art. 242 SchRG eine mit dem 10. Juni ablaufende Klagfrist, die in der Folge bis zum 25. Juni verlängert wurde. Darauf fand am 24. Juni 1911 die Einreichung der vorliegenden Klage statt, mit dem Rechtsbegehren:

„Es sei die Eigentumsansprüche der Klägerin an nachstehend „verzeichneten Liegenschaften und Wertpapiere als rechtlich begründet zu erklären und demgemäß zu schützen:“ (folgt das Verzeichnis der Liegenschaften, von denen heute nur noch streitig sind die Nummern 1, 16—28, 32 und 45, sowie der Wertpapiere, von denen heute noch streitig sind die Nummern 104, 105 und 110, letztere drei sämtlich zürcherische Schuldbriefe).

Zur Begründung dieser „Eigentumsansprüche“ wurde in der Klage lediglich geltend gemacht, daß die Gewerbekasse die Mittel zur Erwerbung der Liegenschaften und der Wertpapiere geliefert habe, — daß, soweit beim Erwerb der Liegenschaften Hypotheken zu übernehmen waren, solche von der Gewerbekasse übernommen worden seien, — daß die verfallenen Hypothekenzinsen nicht etwa