

pas se confondre avec celle de savoir si la clause est également obligatoire pour le juge auquel les parties sont convenues de soumettre l'action. A la différence de la première, cette seconde question relève exclusivement du droit cantonal, et il n'y aurait pas lieu de s'y arrêter si les législations cantonales la tranchaient uniformément dans un sens favorable aux parties. Mais tel n'est pas le cas. Certains cantons dénieient en effet aux tribunaux de façon absolue le pouvoir de se saisir des contestations qui ne rentrent pas dans leur compétence normale ; d'autres leur reconnaissent ce pouvoir, mais à certaines conditions déterminées, et il pourra donc se faire que le débiteur que la convention renvoie à agir devant les tribunaux de ces cantons s'en voie refuser l'accès et cela à un moment où, le délai fixé à l'art. 83 al. 2 LP étant expiré, il ne pourra plus s'adresser en temps utile à la juridiction compétente du for de la poursuite. Qu'il y ait là un grave danger pour le débiteur, cela n'est pas douteux, mais ce n'est pas une raison pour s'écarter des principes exposés ci-dessus. D'une part, on pourrait à la rigueur admettre que celui qui consent à se soumettre à telle ou telle juridiction — et surtout s'il s'agit d'un tribunal ordinaire — doive, avant de s'engager, s'assurer qu'elle se saisira du litige, sans égard au domicile des parties, d'autre part et de toute façon, il resterait encore la ressource de lui octroyer un délai supplémentaire pour porter son action devant le juge compétent, en s'inspirant de la règle énoncée à l'art. 139 CO.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté.

23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. März 1942
i. S. Moser gegen Streit.

Aberkennungsklage, Verrechnung.

Der Schuldner kann der in Betreibung gesetzten Forderung auch eine Gegenforderung, die er erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls erworben hat, zur Verrechnung entgegenstellen.

Action en libération de dette. Compensation.

Le débiteur a le droit d'opposer en compensation à la créance en poursuite même une créance qu'il n'a acquise qu'après la notification du commandement de payer.

Azione di disconoscimento di debito. Compensazione.

Il debitore ha il diritto di opporre a titolo di compensazione del credito in escussione anche un credito acquisito soltanto dopo la notifica del precetto esecutivo.

Aus den Erwägungen :

Die Vorinstanz hat die Zulässigkeit der Verrechnung verneint mit der Begründung, dass im Aberkennungsprozess einzig geprüft werden könne, ob die in Betreibung gesetzte Forderung bei Erlass des Zahlungsbefehls zu Recht bestanden habe oder nicht ; Gegenansprüche könnten nur soweit zur Verrechnung gebracht werden, als sie in diesem massgebenden Zeitpunkt dem Kläger bereits zugestanden hätten. An dieser Voraussetzung fehle es, da die zur Verrechnung verstellte Forderung erst nachher an den Kläger abgetreten worden sei.

Dieser Auffassung kann nicht beige pflichtet werden. Nach der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Meinung handelt es sich bei der Aberkennungsklage nicht um eine Streitigkeit prozessualer Natur mit dem Zwecke, die Betreibbarkeit einer Forderung zu hindern, die erhobene Betreibung und die erteilte Rechtsöffnung zu beseitigen, sondern die Aberkennungsklage ist eine negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Art, welche auf die Feststellung der Nichtexistenz der in Betreibung gesetzten Forderung abzielt (BGE 47 III 104, 41 III 312 und dort erwähnte frühere Entscheidungen). Angesichts der Rechtsnatur des Aberkennungsanspruches

erweist sich daher eine Beschränkung der dem Schuldner aus dem materiellen Recht zustehenden Einreden als unstatthaft. Insbesondere ergibt sich ein Ausschluss der materiellen Einreden, welche erst nach der Zustellung des Zahlungsbefehls entstanden sind, weder aus dem Gesetz noch aus dem Sinn und Zweck des Vollstreckungsverfahrens im Allgemeinen und dem Institut der Rechtsöffnung im Besonderen.

Die Schuldbetreibung gemäss den Vorschriften des SchKG verfolgt den Zweck, bestehende Ansprüche auf Geldzahlung und Sicherheitsleistung zu vollstrecken; sie ist ein Hilfsmittel zur Durchsetzung des materiellen Rechts und als solches vom Bestand desselben abhängig. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass der in Betreibung gesetzte Anspruch gar nie bestand oder nicht mehr besteht oder dass er aus materiellen Rechtsgründen einstweilen nicht geltend gemacht werden kann, so muss dem auch in betreibungsrechtlicher Beziehung Rechnung getragen werden.

Die erste Gelegenheit während des Betreibungsverfahrens, das materielle Recht zu überprüfen, gibt Art. 79 SchKG. Will sich der Gläubiger nach erhobenem Rechtsvorschlag die Wirksamkeit des Zahlungsbefehls erhalten (Art. 88 SchKG), so muss er innerhalb eines Jahres seit Zustellung des Zahlungsbefehls den ordentlichen Prozessweg beschreiten. Dass in diesem Schuldanerkenntnisprozess der Schuldner keiner aus dem Vollstreckungsrecht hergeleiteten Beschränkung in seinen Einreden unterworfen ist, bedarf keiner Erörterung.

Die zweite Gelegenheit zur Überprüfung der materiellen Rechtslage schafft das SchKG mit der Aberkennungsklage. Im Gegensatz zu den in Art. 80/81 SchKG erwähnten Rechtstiteln bieten eine öffentliche Urkunde und eine unterschriftlich bekräftigte Schuldanerkenntnis keine hinreichende Gewähr für den Bestand einer in Betreibung gesetzten Forderung. Die gestützt auf sie erteilte Rechtsöffnung vermag daher den Rechtsvorschlag nur bedingt

zu beseitigen. Formelle Bedingung ist, dass der Schuldner nicht fristgerecht die Aberkennungsklage erhebe; materielle Bedingung, dass dieser Prozess nicht mit einem auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung lautenden Urteil endige. Die einzige Besonderheit der Aberkennungsklage gegenüber der Klage nach Art. 79 SchKG besteht — abgesehen von der Frage des Gerichtsstandes — in der Vertauschung der Parteirollen. Im übrigen aber handelt es sich um eine Auseinandersetzung der Parteien über das materielle Forderungsrecht nach den Vorschriften über das ordentliche Prozessverfahren. Der Betreibene kann alle Einreden gegen die Forderung vorbringen, sowohl diejenigen, die er bereits im Rechtsöffnungsverfahren geltend gemacht hat, die dort aber als unbegründet erklärt wurden, als auch alle andern, selbst wenn sie erst nach der Rechtsöffnung entstanden sind. Eine Beschränkung des Schuldners auf diejenigen Einreden, die bereits im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls bestanden haben, hiesse das formelle Recht dem materiellen in einer Weise voranstellen, die dem oben erwähnten Charakter des Betreibungsrechtes als eines blossen Hilfsmittels für die Verwirklichung des materiellen Rechtes nicht entspreche. Kann doch nach Art. 85 SchKG der Schuldner sogar in *jedem Stadium* des Verfahrens die Einstellung der Betreibung erwirken, wenn er durch Urkunden die Tilgung oder Stundung der Schuld nachweist. Um so mehr ist es am Platze, im Aberkennungsverfahren, beim Streit um das materielle Recht, den Schuldner mit allen Einreden zuzulassen. Es ist einzig dem kantonalen Prozessrecht anheimgestellt, das Stadium zu bezeichnen, bis zu welchem die Einreden spätestens geltend zu machen sind. Der Gläubiger wird durch die Zulassung dieser Einreden in keiner Weise benachteiligt; die Sicherungen, welche er gestützt auf die provisorische Rechtsöffnung gemäss Art. 83 Abs. 1 SchKG erwirken konnte, bleiben ihm ja während der Dauer des Prozesses gewahrt.

Zu Unrecht glaubt die Vorinstanz, sich zur Begründung

ihres Standpunktes auf den Entscheid in Band 41 III S. 158 berufen zu können. Dort wurde die Aberkennungsklage des Schuldners geschützt, weil die streitige Forderung zur Zeit des Erlasses des Zahlungsbefehls noch nicht fällig war, und die nachher während des Prozesses eingetretene Fälligkeit wurde für den Aberkennungsprozess als unbeachtlich bezeichnet. Diese Entscheidung liegt durchaus in der Linie, die durch die oben genannte Zweckbestimmung des Schuldbetreibungsrechts, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen, vorgezeichnet ist: Vom Standpunkt des materiellen Rechts aus stand dem Gläubiger bei Erlass des Zahlungsbefehls das Recht nicht zu, die Forderung auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, weil es an deren Fälligkeit fehlte. Wäre nun die im Verlaufe des Prozesses eingetretene Fälligkeit berücksichtigt und die Aberkennungsklage abgewiesen worden, so hätte man damit dem Gläubiger im Betreibungsverfahren eine Rechtsstellung verschafft, die ihm nach dem materiellen Rechte gar nicht zukam. Er hätte auf diese Weise zum Nachteil des Schuldners und allfälliger anderer Gläubiger sich durch betreibungsrechtliche Mittel, nämlich durch provisorische Pfändung, ein Beschlagnahme- und Beschlagnahme-Verfahren auf Vermögen des Schuldners verschaffen können in einem Zeitpunkt, in welchem er mangels Fälligkeit der Forderung materiellrechtlich noch gar keinen Anspruch darauf hatte. Dagegen war es unzutreffend und bedeutete eine Verkennung des tieferen Grundes, aus dem sich die Gutheissung der erwähnten Aberkennungsklage rechtfertigte, wenn im genannten Entscheide dann als allgemeiner Grundsatz aufgestellt wurde, dass das Ziel der Aberkennungsklage lediglich in der Aufhebung der Wirkungen des Zahlungsbefehls bestehe, womit das Wesen der Aberkennungsklage als negativer Feststellungsklage des materiellen Rechts implicite verneint wurde.

Die Tatsache, dass der Aberkennungskläger die zur Verrechnung verstellte Forderung erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls erworben hat, vermag somit nicht

schon für sich allein die Verrechnungsmöglichkeit auszuschliessen.

Die Berücksichtigung von Einreden, welche erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls entstanden sind, kann zur Folge haben, dass Betreibung und Rechtsöffnung hinfällig werden, obschon sie seinerzeit, nach dem damaligen Rechtszustand, begründet waren. Der dem Gläubiger daraus entstehende Nachteil kann aber dadurch behoben werden, dass im Urteil die Aberkennung nur für die Forderung, nicht aber auch für die Kosten der Betreibung und der Rechtsöffnung, gewährt wird.

24. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Juni 1942
i. S. Jeanneret-Suter gegen Suter.

Verwirkung des Klagerechts nach Art. 83 Abs. 2 SchKG.
Durch ein blosses Gesuch um Ladung zum *Aussöhnungsversuch* ist die Klagefrist dann nicht gewahrt, wenn der *Aussöhnungsversuch* im kantonalen Prozessrecht nach dessen verbindlicher Auslegung durch das kantonale Gericht weder obligatorisch noch auch nur fakultativ vorgesehen ist.

Perte de l'action prévue par l'art. 83 al. 2 LP.
La simple requête en citation à une audience de conciliation ne sauvegarde point le délai de l'action lorsque, d'après l'interprétation du tribunal cantonal qui lie le TF, la procédure cantonale ne connaît ni tentative obligatoire ni tentative facultative de conciliation.

Perenzione del diritto di promuovere azione a' sensi dell'art. 83 cp. 2 LEF.

La semplice domanda di citare le parti all'esperimento di conciliazione non salvaguarda il termine per promuovere azione se, giusta l'interpretazione vincolante del tribunale cantonale, la procedura cantonale non prevede un esperimento di conciliazione né obbligatorio né facoltativo.

A. — Am 18. September 1941 erteilte der Gerichtspräsident von Neuenstadt dem Gläubiger Rudolf Suter für einen gegen den Schuldner A. Jeanneret-Suter in Betreibung gesetzten Betrag von Fr. 4380.80 nebst Zins und Kosten provisorische Rechtsöffnung und stellte diesen Entscheid am 22. September 1941 dem Schuldner zu.

Am 1. Oktober 1941 gab dieser ein Gesuch um Ladung