

der Verrechnung mit ihrer Forderung aus dem Debitorenkonto für sich beansprucht. Ein Pfandrecht daran ist von ihr damals mit keinem Worte, auch nicht eventuell, weder für den Ausfall auf den erwähnten Gülten noch in ihrer Stellung als Obligationärin der Wirtegenossenschaft geltend gemacht worden, weshalb auch die Konkursverwaltung keinen Grund hatte, sich darüber im Kollokationsplan auszusprechen. Ob die Volksbank Hochdorf die Pfandaussprache nachträglich noch anmelden und damit den Ansprüchen der Kläger aus Art. 260 Abs. 2 SchKG entgegenzutreten könnte, muss dahingestellt bleiben. Da es sich dabei um eine Frage der Verteilung, nämlich darum handelt, welches der Prozessgewinn sei, auf welchen die Kläger infolge ihres Obsiegens im heutigen Prozesse in bezug auf die Verrechnung Anspruch haben, werden darüber die Aufsichtsbehörden im Anschluss an die vom Konkursamt aufzustellende Verteilungsliste zu entscheiden haben. Verneinen sie dabei die Möglichkeit für die Beklagte nachträglich aus diesem Titel auf das Depot zu greifen, so bedarf es auch einer Untersuchung darüber, ob die Pfandansprache an sich materiell begründet gewesen wäre, nicht mehr. Andersfalls wird es Sache der Aufsichtsbehörde sein, den Parteien Gelegenheit zu geben, noch eine gerichtliche Entscheidung hierüber herbeizuführen. Im gegenwärtigen Zeitpunkte besteht kein Anlass, hiezu Stellung zu nehmen und nach dem Vorgang der Vorinstanz den Bestand des behaupteten Pfandrechts materiell zu diskutieren. Es kann deshalb auch offen gelassen werden, inwiefern das Bundesgericht hiezu kompetent wäre oder ob es sich nicht dabei, wenigstens teilweise um die Anwendung alten kantonalen Hypothekarrechten handeln würde, die sich seiner Kognition entzieht.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern I. Kammer vom 15. Ma

1919 aufgehoben und die Klage in dem Sinne gutgeheissen, dass die Beklagte verpflichtet wird, den Saldo der Depotrechnung, herrührend aus dem Verkauf von Einrichtungen und Inventar zum Brauergewerbe etc. der Brauerei « Gütsch » per 30. September 1917 im Betrage von 17,345 Fr. 40 Cts. nebst Zins der Wirtegenossenschaft « Gütsch » in Luzern abzuliefern.

**44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1919**  
i. S. Wüest gegen Rüttimann.

Art. 83 SchKG schliesst für Aberkennungsklagen die Prorogation auf das Bundesgericht als einzige Instanz nach Art. 52 OG nicht aus.

A. — Durch Entscheid vom 12. September, zugestellt am 24. Oktober 1919, hat das Kantonsgericht Zug in den Betreibungen Nr. 112 und 113 des Betreibungsamtes Zug des Beklagten Dr. C. Rüttimann in Zug gegen die Kläger Eheleute Wüest-Rüegger und Julius Blesch in Binningen dem Beklagten für den Betrag von 200,000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 30. April 1917 die provisorische Rechtsöffnung erteilt.

B. — Mit der vorliegenden, am 3. November gestützt auf Art. 52 Ziff. 1 OG beim Bundesgericht als einziger Instanz eingeleiteten Klage beantragen die Kläger, es sei die Forderung, für welche das Kantonsgericht Zug dem Beklagten provisorisch die Rechte geöffnet habe, gänzlich, eventuell zur Zeit abzuerkennen. Hinsichtlich der Kompetenz des Bundesgerichtes wird ausgeführt: Art. 7 des am 5./29. Mai 1917 zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages, auf den der Beklagte seine Forderung stütze, bestimme, dass Streitigkeiten, die aus dem Vertrage entstehen sollten, vom Schweiz. Bundesgericht als

einzigster Zivilinstanz im Sinne von Art. 52 OG zu beurteilen seien. Allerdings müsse nach Art. 83 SchKG die Aberkennungsklage beim Richter des Betreibungsortes angebracht werden, allein diese Vorschrift könne offenbar die Kläger des ihnen kraft des Vertrages vom 5./29. Mai 1917 zustehenden Rechtes auf Beurteilung allfälliger Streitigkeiten durch das Bundesgericht als einzige Instanz nicht berauben.

C. — Der Beklagte, vom Instruktionsrichter aufgefordert, sich einstweilen nur über die Kompetenz des Bundesgerichts auszusprechen, beantragte in seiner Antwort, es sei auf die Klage wegen Unzuständigkeit des Bundesgerichts nicht einzutreten. Art. 7 der Vereinbarung vom 5./29. Mai 1917, machte er geltend, komme nicht in Betracht, weil nur solche Streitigkeiten vertraglichen Schiedsgerichten übertragen werden könnten, hinsichtlich deren den Parteien die freie Verfügung zustehe. Dies treffe aber für Aberkennungsklagen nicht zu, weil Art. 83 SchKG für sie einen ausschliesslichen Gerichtsstand schaffe.

D. — Da die Kompetenz des Bundesgerichts zweifelhaft schien, hat der Instruktionsrichter die weitere Instruktion der Sache sistiert und die Akten dem Gerichte zur Entscheidung der Zuständigkeitsfrage vorgelegt.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Ob eine Aberkennungsklage bei einem vertraglichen Schiedsgerichte angebracht werden kann, d. h. einem Gerichte, das seine Funktionen aus dem Parteiwillen ableitet und dem Gerichtsbarkeit und Amtsgewalt fehlen (WACH, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts S. 64 f.), braucht nicht untersucht zu werden; denn Art. 7 des von den Parteien am 5./29. Mai 1917 abgeschlossenen Vertrages stellt sich nicht als eine Schiedsgerichtsklausel, sondern als eine *Prorogationsklausel* dar. Die Parteien beabsichtigten damit

keineswegs, die aus dem Vertrage entstehenden Streitigkeiten — wenigstens für das Entscheidungsverfahren — der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen, worin das Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit liegt, vielmehr soll nur, kraft Parteivereinbarung, ein anderes Gericht zuständig sein, als das Gericht, das ohne eine solche Vereinbarung nach allgemeinen Regeln des Zivilprozessrechtes zuständig gewesen wäre. Die Begründung der Kompetenz des Bundesgerichts durch eine derartige Parteikonvention ist in Art. 111 BV und Art. 52 OG ausdrücklich vorgesehen, und das Bundesgericht tritt daher, wenn es gestützt auf diese Bestimmungen angerufen wird, nicht als Schiedsgericht, sondern als *ordentliches staatliches Gericht* in Funktion, weil die Beurteilung solcher, durch Vereinbarung der Parteien ihm zur Entscheidung unterbreiteter Prozesse in seinen ordentlichen, durch Bundesverfassung und Organisationsgesetz umschriebenen Kompetenzkreis fällt (AS 20 S. 864 ff.). Es kann sich daher nur fragen, ob Art. 83 Abs. 2 SchKG die Zuständigkeit des Bundesgerichts nach Art. 52 OG ausschliesst. Dies ist jedoch zu verneinen. Art. 83 Abs. 2 SchKG stellt mit Bezug auf das Verfahren zwei Grundsätze auf. Einmal sieht er vor, dass die Aberkennungsklage nicht am Wohnsitze des Beklagten, d. h. des Gläubigers, anhängig zu machen ist, sondern bei dem Gerichte des Betreibungsortes, bei dem der Beklagte in der Regel seinen ordentlichen Gerichtsstand hat, von der Ueberlegung ausgehend, das der Schuldner der als Folge der Rechtsöffnung eintretenden Umkehrung der Parteipollen wegen seines ordentlichen Gerichtsstandes nicht verlustig gehen dürfe; und sodann bestimmt er weiter, dass die Aberkennungsklage « auf dem Wege des ordentlichen Prozesses » d. h. weder im summarischen noch im beschleunigten Verfahren beurteilt werden muss. Beide Voraussetzungen sind für das Bundesgericht als *forum prorogatum* erfüllt. Dass das Verfahren nach dem für die sog. direkten Prozesse massge-

benden BZP ein ordentliches Verfahren ist, kann im Ernste nicht bestritten werden. Hinsichtlich des Gerichtsstandes fällt in Betracht, dass im vorliegenden Falle nur eine Prorogation der sachlichen, nicht aber der örtlichen Zuständigkeit gegeben ist; denn hätten die Parteien die Prorogationsabrede nicht getroffen und hätte daher der Kläger die Aberkennungsklage beim erstinstanzlichen Gerichte in Zug anhängig gemacht, so wäre das Bundesgericht als Berufungsinstanz zuständig gewesen, indem für das vorliegende Streitverhältnis die materiellen Voraussetzungen der Berufung (Art. 56 ff. OG) vorhanden sind. Somit ist aber das Bundesgericht Gericht des Betreibungsortes, wenn auch nach allgemeinen Regeln nicht das Gericht erster, sondern das Gericht letzter Instanz. Dass aber die Aberkennungsklage bei dem nach dem in erster Linie massgebenden kantonalen Prozessrechte erstinstanzlichen Gerichte eingereicht werde, verlangt Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht, vielmehr ist der darin enthaltenen Gerichtsstandsvorschrift Genüge geleistet, sofern nur die Klage bei einem am Betreibungsorte zuständigen Gerichte erhoben wird. Gleich wie nach verschiedenen kantonalen Prozessrechten die Parteien, auch wenn der Prozess an einem Spezialgerichtsstand zu führen ist, was die Prorogation *ratione loci* in der Regel ausschliesst, vor Friedensrichter oder nach erfolgtem Aktenschluss im erstinstanzlichen Instruktionsverfahren die Uebergehung der ersten kantonalen Instanz konvenieren können, so muss in solchen Fällen, sofern die Streitigkeit in die endgültige Zuständigkeit des Bundesgerichts als Berufungsinstanz fällt, die Uebergehung beider kantonalen Instanzen durch Parteivereinbarung gestattet sein, weil dadurch mit Bezug auf die örtliche Zuständigkeit nichts geändert wird. Ob die Parteien die Vereinbarung wie hier, vor der Einleitung des Prozesses oder erst nach Eintritt der Litispendenz abschliessen, ist natürlich unerheblich. Wollte man in einem Falle, wie dem vorliegenden, die Zuständigkeit des Bundesgerichts ablehnen, so läge es,

sofern die Forderung sich auf einen Schuldtitel stützt, der den in Art. 82 Abs. 1 SchKG aufgestellten Erfordernissen entspricht, im freien Belieben des Gläubigers, derartige Prorogationsabreden dadurch illusorisch zu machen, dass er den Schuldner betreibt und ihn zur Aberkennungsklage zwingt, was natürlich dem Willen des Gesetzes zuwiderlaufen würde. Danach ist aber auf die Klage einzutreten.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Auf die Klage wird eingetreten.

---