

4. — Daraus folgt, dass die Beklagte der Klägerin die geforderten Aufwendungen zu ersetzen hat. Denn es handelt sich bei den streitigen Belastungsbeträgen offensichtlich um Aufwendungen (Auslagen und Verwendungen) im Sinn des Art. 402 OR. Zwar hat die Klägerin nicht die von der Beklagten erhaltenen, in spanischer Währung einbezahlten Summen an die Madrider Akkreditivbank weitergegeben, sondern dieser für die Akkreditivöffnung Deckung in der Weise verschafft, dass sie die Madrider Bank, mit der sie bereits im Kontokorrentverkehr stand, anwies, die an Sanz & Hijo auszahlenden Beträge ihr in laufender Rechnung zu belasten (siehe Schreiben der Klägerin an den Banco Hispano-Americano vom 13. Juli 1918); m. a. W. die Klägerin hat der Beklagten ihren Kredit bei der Madrider Bank zur Verfügung gestellt. Die Belastungen der Klägerin stellen aber, da die Madrider Bank sich aus dem Kontokorrentguthaben der Klägerin bezahlt machte, für diese in gleicher Weise eine Aufwendung dar, wie wenn (wie die Vorinstanz sich ausdrückt) die Klägerin der Bank in Madrid die betreffenden Beträge « vorgeschossen » hätte oder die Auszahlungen an Sanz & Hijo « mit dem von der Beklagten einbezahlten Gelde hätte machen lassen. »

5. — Auch die weitere, von der Beklagten gegenüber der Hauptklage erhobene Einwendung, die Klägerin habe durch die am 30. August 1919 erfolgte Saldoauszahlung von 100,326 Fr. und Pes. 23,332 an die Firma Scheller & C^{ie} auf Rechnung der Beklagten zu erkennen gegeben, dass ihr « aus dem bestandenen Kreditverhältnis irgend welche Ansprüche nicht mehr zustehen », hält nicht stich. Die Umstände bieten für eine derartige Annahme keinen schlüssigen Anhaltspunkt, und es spricht die ganze gewechselte Korrespondenz gegen einen solchen Parteiwillen.

6. — Danach ist in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils die Hauptklage gutzuheissen und die Wider-

klage abzuweisen, indem die Beklagte sowohl den mit der Hauptklage verlangten Betrag, als die 27,882 Pes. 90, die sie mit der Widerklage von der Klägerin zurückfordert, schuldig ist.

Auf die Klagesumme hat die Klägerin in vollem Umfange, einschliesslich der einberechneten Zinsen, Anspruch, da auch diese eine Aufwendung im Sinne von Art. 402 OR darstellen (vgl. OSER, Komm. Anm. 2 b zu Art. 402).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Dezember 1923 dahin abgeändert, dass die Hauptklage gutgeheissen und die Widerklage abgewiesen wird. Demgemäss wird die Beklagte verpflichtet, 38,742 Pes. 09 nebst 6% Zins seit 28. September 1920 an die Klägerin zu bezahlen.

86. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Dezember 1925

i. S. Bödmer gegen Hillebrand.

Wechselverjährung: Art. 806 OR. Unterbrechung durch Anhebung der Betreibung. Nur ein rechtswirksames Betreibungsbegehren ist geeignet, die Verjährung zu unterbrechen. Ein solches liegt in der Wechselbetreibung nicht vor, solange der Wechsel dem Betreibungsamt nicht vorgelegt ist (Art. 177, Abs. 2 SchKG).

A. — Am 18. März 1925 wurde der Kläger vom Beklagten gemäss Zahlungsbefehl Nr. 92 des Betreibungsamtes Erlenbach für die Wechselforderungen von 3109 Fr. 15 Cts. und 2877 Fr. 45 Cts. je nebst 6% Zins seit 8. Februar 1925 betrieben; der Kläger erhob Rechtsvorschlag, worauf dem Beklagten durch Verfügung des Audienzrichters des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. April 1925 für die beiden erwähnten Beträge provisorische

Rechtsöffnung erteilt wurde. Beide der genannten Betreibung zu Grunde liegenden Wechsel wurden am 8. Oktober 1924 von Oskar Heller in Kreuzlingen auf Dr. H. Richter, Apotheker daselbst, trassiert und von letzterem akzeptiert; die Abschnitte waren am 8. Februar 1925 zahlbar. Der eine lautet auf 2850 Fr. und weist folgende Notadresse auf: « im Falle bei Thurgauische Kantonalbank Kreuzlingen »; auf der Rückseite figurieren zunächst Blanko-Indossamente des Oskar Heller und des Klägers und dann dasjenige des Beklagten. Auf Ansuchen der thurgauischen Kantonalbank als letzter Inhaberin des Wechsels wurde dieser am 11. Februar 1925 mangels Zahlung protestiert. Das zweite Akzept lautet auf den Betrag von 3075 Fr. und war zahlbar bei der Eidgenössischen Bank in Zürich; es weist auf der Rückseite ebenfalls die Blankoindossamente Hellers und des Klägers und hernach das an die Ordre der Schweizerischen Genossenschaftsbank lautende Indossament des Beklagten auf. Die Schweizerische Nationalbank in Zürich als letzte Inhaberin des Wechsels liess denselben am 11. Februar 1925 mangels Zahlung protestieren.

Das Betreibungsbegehren des Beklagten vom 10. März 1925 war am 12. März beim Betreibungsamt Erlenbach eingegangen. Es lautet ausdrücklich auf Wechselbetreibung, doch lagen ihm die beiden Wechsel nicht bei. Das Betreibungsamt machte den Beklagten auf den letzteren Mangel aufmerksam, worauf er, laut einer bei den Akten liegenden Kopie, mit Datum vom 13. März antwortete, da der Schuldner nicht im Handelsregister eingetragen sei, möge gewöhnliche Betreibung eingeleitet werden.

Die Klage auf Aberkennung der beiden Wechselforderungen wurde in erster Linie damit begründet, dass die Regressansprüche des Beklagten verjährt seien. Hinsichtlich des Akzeptes von 2850 Fr. stellte sich der Kläger ferner auf den Standpunkt, der Beklagte habe

seinen Regressanspruch verloren, da der Inhaber dieses Wechsels unterlassen habe, denselben spätestens am zweiten Werktag nach dem Zahlungstage dem Notadressaten zur Zahlung vorzulegen und den Erfolg im Protest mangels Zahlung oder in einem Anhang zu demselben vormerken zu lassen (Art. 780 OR).

B. — Durch Urteil vom 8. Juni 1925 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Aberkennungsklage abgewiesen und dem Beklagten für die betriebenen Beträge definitive Rechtsöffnung gewährt. In den Erwägungen wird festgestellt, dass sich die Verjährungseinrede, da es sich um den Regressanspruch des Indossanten handle, nach Art. 805 und zwar speziell Ziff. 1 beurteile. Darnach habe die Verjährungsfrist bezüglich des Wechsels von 2850 Fr. mit dem 13. Februar und bezüglich des Wechsels von 3075 Fr. mit dem 14. Februar 1925 begonnen, an welchen Tagen der Beklagte die Wechsel retour erhalten habe. Das Betreibungsbegehren sei daher vor Ablauf der Verjährungsfrist beim Betreibungsamt eingegangen (12. März). Dieses Begehren sei auch rechtsgültig gewesen. Wenn ihm auch, da die Wechsel nicht beilagen, nicht durch Wechselbetreibung habe Folge gegeben werden können, so sei es doch als Begehren um gewöhnliche Betreibung rechtswirksam geblieben. Übrigens habe der Beklagte mit seiner Zusage vom 13. März, also noch vor Ablauf der Verjährungsfrist sein Begehren dahin präzisiert, dass er die Einleitung der gewöhnlichen Betreibung verlange. Der zweite Einwand des Klägers gegen die Forderung des Beklagten wird mit der Bemerkung zurückgewiesen, dass der Inhaber des Wechsels hier mit dem Notadressaten identisch gewesen und es da, wo der Notadressat selber als Inhaber des Wechsels den Protest erheben lasse, vernünftigerweise nicht verlangt werden könne, dass er den Wechsel noch gegen sich selbst protestieren lasse.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger Bodmer die

Berufung ans Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, die Klage sei gutzuheissen, event. die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Anspruch, dessen Aberkennung mit der Klage verlangt wird, ist der Regressanspruch des Beklagten als Indossanten gegen den Kläger als einen Vormann. Da der Beklagte in der Schweiz wohnt, so trifft für diesen Anspruch nach Art. 805, Ziff. 1 OR die einmonatliche Verjährungsfrist zu, und zwar von dem Zeitpunkt an gerechnet, wo der Beklagte die Wechsel im Regressweg zurückerhalten hat, was für den einen Wechsel am 13. und für den andern am 14. Februar 1925 der Fall war. Die Verjährungsfrist ging daher am 13. bzw. 14. März zu Ende (OR Art. 77^a, 132), sofern sie nicht rechtzeitig unterbrochen wurde.

Nach Art. 806 OR wird die Verjährung u. a. durch « Anhebung der Betreibung » unterbrochen. Unter « Anhebung der Betreibung » ist hier nach Doktrin und feststehender Praxis die Einreichung des Betreibungsbegehrens und nicht erst der Erlass des Zahlungsbefehls durch das Betreibungsamt zu verstehen (JAEGER, Kommentar zum SchKG Art. 67 N. 1; BLUMENSTEIN, Handbuch, 236; FICK, OR Art. 806 N. 3; BGE 39 II 68). Ob es dabei auf das Eintreffen des Begehrens beim Betreibungsamt oder auf die Aufgabe zur Post ankommt, kann dahingestellt bleiben (s. BGE 49 II 42); denn das Betreibungsbegehren des Klägers ist innerhalb der Verjährungsfrist nicht nur zur Post gegeben worden, sondern auch dem Betreibungsamt Erlenbach zugekommen, bei dem es am 12. März eingegangen ist. Von einer Unterbrechung der Verjährung durch Anhebung der Betreibung wird aber nur dann die Rede sein können, wenn das rechtzeitig eingegangene Begehren den wesentlichen gesetzlichen Anforderungen genügt (SchKG Art. 67, 177), d. h. wenn es diejenigen Angaben enthält und

Requisite erfüllt, gestützt auf welche der Betreibungsbeamte allein in der Lage und verpflichtet ist, den Zahlungsbefehl zu erlassen (JAEGER, Art. 67 N. 6; FICK, Art. 806 N. 6). Denn nur soweit das Betreibungsbegehren in diesem Sinn nach seinem Inhalt geeignet ist, das Betreibungsverfahren in Bewegung zu setzen, wird man es als Anhebung der Betreibung gelten lassen können. Weist das Begehren Mängel der gedachten Art auf, so ist die Betreibung erst als angehoben anzusehen, wenn die Mängel durch den Gläubiger gehoben sind; erst dann liegt ein rechtsgültiges, die Betreibung anhebendes Betreibungsbegehren vor. Man kann dabei der Hebung des Mangels nicht etwa rückwirkende Kraft beilegen in dem Sinn, dass dann das Betreibungsbegehren als von Anfang an rechtswirksam und die Verjährung unterbrechend gilt. Das hätte zur Folge, dass unter Umständen die Frage, ob die Verjährung unterbrochen oder vollendet sei, sich in der Schwebe befinden würde bis zu dem Tage, da der Gläubiger den Mangel hebt, was er beliebig lange hinausschieben kann. Ein solcher Schwebezustand würde den Anforderungen der Rechtsgewissheit nicht entsprechen, die verlangen, dass in einem bestimmten Zeitpunkte feststehe, ob die Verjährung eingetreten ist oder nicht.

Der Beklagte hat in seinem Begehren ausdrücklich Wechselbetreibung verlangt, und es ist nach den Akten anzunehmen — das handelsgerichtliche Urteil enthält hierüber keine Feststellung —, dass der Kläger damals der Wechselbetreibung auch unterlag. In der Zuschrift ans Betreibungsamt vom 13. März hat der Beklagte zwar bemerkt, der Kläger sei nicht im Handelsregister eingetragen (wobei indessen die Möglichkeit bestehen blieb, dass seit der Bekanntmachung einer allfälligen Streichung noch nicht 6 Monate verflossen seien, SchKG Art. 40); die im Prozesse aufgestellte Behauptung des Klägers jedoch, dass die Voraussetzungen der Wechselbetreibung vorhanden gewesen seien, hat der Beklagte

unwiderrprochen gelassen (tatsächlich ist der Kläger laut Handelsamtsblatt erst am 31. Dezember 1924 im Handelsregister gestrichen worden). Entgegen der Vorschrift von Art. 177 II SchKG hat es aber der Beklagte unterlassen, die beiden Wechsel dem Betreibungsbegehren beizulegen. Das war ohne Frage ein Mangel im angegebenen Sinn, da es sich hiebei um ein wesentliches Requisite eines Wechselbetreibungsbegehrens handelt. Solange die Wechsel nicht vorlagen, konnte der Betreibungsbeamte einen Zahlungsbefehl in der Wechselbetreibung nicht erlassen (SchKG Art. 178, 39; JAEGER, Art. 39 N. 2). Ebenso wenig durfte er einen gewöhnlichen Zahlungsbefehl erlassen, da ja Wechselbetreibung verlangt war und der Schuldner dieser unterlag; denn die Wechselbetreibung ist von der ordentlichen Betreibung nach Voraussetzungen und Wirkungen wesentlich verschieden. Ein Wechselbetreibungsbegehren, dem der Wechsel nicht beiliegt, kann nur dann als gewöhnliches Betreibungsbegehren rechtswirksam sein, wenn der Schuldner der Wechselbetreibung nicht untersteht, (was der Betreibungsbeamte von Amtes wegen zu prüfen hat). Andernfalls hat der Betreibungsbeamte den Gläubiger auf den Mangel aufmerksam zu machen, wie das auch hier geschehen ist, wobei dieser die Wahl hat, entweder den Wechsel nachträglich einzusenden oder auf die Wechselbetreibung zu verzichten und sich mit der ordentlichen Betreibung zu begnügen. Ein wirksames Betreibungsbegehren liegt dann aber erst vor, wenn der Wechsel oder eine solche Erklärung beim Betreibungsamt eingegangen ist. Damit erst ist die Betreibung angehoben, d. h. ist der Betreibungsbeamte in der Lage, den Zahlungsbefehl, sei es in der Wechselbetreibung, sei es in der gewöhnlichen Betreibung zu erlassen.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte durch die Zuschrift mit Datum vom 13. März ans Betreibungsamt Erlenbach sein ursprüngliches für die Wechselbetreibung unwirksames Begehren dahin modifiziert, dass er

nunmehr die ordentliche Betreibung verlangte. Bis dahin lag nach dem Gesagten kein genügendes Betreibungsbegehren vor, wodurch die Betreibung angehoben worden wäre. Die Verjährung wurde nur unterbrochen, wenn diese Zuschrift spätestens am 13., bzw. 14. März einging. Hierüber enthält das handelsgerichtliche Urteil keine Feststellung. Wenn es sagt, der Beklagte habe « mit Schreiben vom 13. März, also noch vor Ablauf der Verjährungsfrist, sein Begehren dahin präzisiert..... », so wird dabei übersehen, dass massgebend für die Verjährungsunterbrechung nicht das Datum des Schreibens, sondern der Zeitpunkt seines Eingangs ist, und eine Feststellung, dass dieser am 13. März erfolgt sei, wofür die Akten auch keinerlei Anhaltspunkte bieten, kann darin nicht gefunden werden. Da jenes Eingangsdatum eine Tatsache ist, die zum Fundament der Verjährungseinrede entgegengehaltenen Replik der Unterbrechung gehört, so trifft die Behauptungs- und Beweislast dafür den Beklagten. Nach den Akten hat dieser aber sich nicht darüber ausgesprochen, wann der fragliche Brief bei der Post oder dem Betreibungsamt eingegangen und speziell nicht behauptet, dass dies spätestens am 13. bzw. 14. März geschehen sei. Der Umstand, dass das Schreiben nach der bei den Akten liegenden Kopie das Datum des 13. März trägt, bildet natürlich keinen Beweis für die Spedition und Ankunft. Da der Zahlungsbefehl das Datum des 18. März trägt und da er nach Gesetz (SchKG Art. 71) spätestens am Tage nach dem Eingang des Betreibungsbegehrens zu erlassen war, so spricht die Vermutung dafür, dass jener Brief nicht vor dem 17. März beim Betreibungsamt Erlenbach einging und nicht vor dem 16. zur Post gegeben wurde. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass das Schreiben nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist beim Betreibungsamt eingelangt und dass daher der Regressanspruch mangels einer rechtzeitigen Unterbrechung verjährt ist.

2. — Dies führt zur Gutheissung der Berufung und der Klage, ohne dass es notwendig wäre zu dem vom Kläger in Bezug auf den Wechsel von 2850 Fr. weiterhin erhobenen Einwand Stellung zu nehmen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 1925 aufgehoben und die Aberkennungsklage gutgeheissen.

87. Arrêt de la II^e Section civile du 17 décembre 1925
dans la cause **Schaldenbrandt** contre **Hintzy**.

CO art. 216 : Nullité d'une promesse de vente dans laquelle les parties n'ont indiqué qu'une partie du prix effectivement convenu, le solde ayant fait l'objet d'une reconnaissance de dette sous seing-privé.

A. — Le 27 janvier 1925, les parties ont passé en la forme authentique un contrat contenant les stipulations suivantes :

« M. Louis Hintzy promet de vendre à M. Albert Schaldenbrandt, qui promet d'acheter, la totalité des immeubles que M. Hintzy possède à Porrentruy, faubourg St-Germain.

La vente qui aura lieu incessamment se fera pour et moyennant le prix principal de trente mille francs (30 000 fr.) payable le jour de l'entrée en jouissance le premier mai 1925...

Sont également compris dans la vente et sans augmentation de prix, un hangar démontable et toute l'installation électrique des bâtiments... »

Le même jour, Schaldenbrandt a souscrit et remis à Hintzy une reconnaissance de dette libellée comme suit :

« Je soussigné, Albert Schaldenbrandt, négociant à Porrentruy, reconnais devoir à M. Louis Hintzy aux

Côtes (Bourrignon) la somme de 4000 fr. — quatre mille — pour solde du prix des immeubles que M. Hintzy s'est engagé à me vendre suivant promesse de ce jour. Cette somme est payable le 1^{er} mai 1925. »

B. — Hintzy s'étant refusé à passer l'acte de vente, Schaldenbrandt a ouvert action contre lui en concluant à ce qu'il plaise à la Cour d'appel du canton de Berne :

condamner Hintzy à passer l'acte de vente définitif aux conditions stipulées dans la promesse de vente,

lui fixer un délai pour signer le dit acte,

désigner un tiers pour signer l'acte en cas de refus du défendeur,

condamner le défendeur à procéder dans le registre foncier aux inscriptions nécessaires au transfert des immeubles,

éventuellement attribuer au demandeur la propriété des immeubles, le jugement à intervenir devant servir de titre d'acquisition et tenir lieu d'autorisation de transfert,

plus éventuellement, ordonner l'inscription des immeubles au registre foncier comme propriété du demandeur.

Hintzy a conclu au rejet de la demande en excipant de la nullité de la promesse de vente, cette nullité découlant du fait que l'acte n'énonçait qu'une partie seulement du prix convenu, lequel était en réalité de 34 000 fr., ainsi qu'il résultait des termes mêmes de la reconnaissance de dette signée le même jour.

Le demandeur a répliqué que la somme de 30 000 fr. correspondait bien au prix des immeubles et que la différence de 4000 fr. représentait le prix du mobilier consistant dans les installations électriques et un hangar.

Il a soutenu en outre qu'une transaction était intervenue entre parties au cours du procès, transaction aux termes de laquelle Hintzy se déclarait d'accord de donner suite à la promesse de vente moyennant le versement d'une somme supplémentaire de 2000 fr.

Le défendeur a reconnu qu'un projet de transaction