

## S. 324 / Nr. 50 Obligationenrecht (d)

## BGE 57 II 324

50. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Juni 1931 i. S. Cina und Erben Tenud gegen Schnyder.

## Regeste:

Aberkennungsklage. Die Geltendmachung einer andern Begründung des Anspruches und die Berufung auf eine andere Schuldurkunde als im Zahlungsbefehl durch den Gläubiger im Aberkennungsprozess ist bei Identität der Forderung zulässig. SchKG Art. 83 Abs. 2. (Erw. 1.) Verzugszinsen beim Regress des zahlenden Bürgen gegen die Mitbürgen. Verzinslichkeit gemäss Art. 402 und 422 OR oder auch bei gesetzlichem Übergang des Gläubigerrechtes. Eventuell wäre in einer wiederholten Anfrage des Bürgen an die Mitbürgen, ob sie ihren Teil zu übernehmen bereit seien, eine Mahnung zu erblicken. (Erw. 4).

## Aus den Erwägungen:

1. – Die Kläger sind weder Akzeptanten, noch Wechselbürgen der fünf Wechsel vom 6. Februar 1923 im Betrage von 40000 Fr., sodass die im Betreibungsbegehren und Zahlungsbefehl angegebene Begründung mindestens teilweise nicht zutrifft und vom Beklagten im Aberkennungsverfahren mit Recht fallen gelassen worden ist. Es fragt sich jedoch im Anschluss daran, ob die Aberkennungsklage nicht gerade deswegen in vollem Umfange hätte gutgeheissen und ob der Beklagte auf eine neue Betreibung hätte verwiesen werden sollen.

Die Vorinstanz hat diese Frage gestützt auf ein Urteil des Bundesgerichtes verneint, wonach gemäss Bundesrecht der Erhebung einer Widerklage im Aberkennungsverfahren kein Hindernis entgegensteht (BGE 41 III S. 310);

## Seite: 325

wenn eine Widerklage, die eine andere als die in Betreibung gesetzte Forderung zum Gegenstand habe, im Aberkennungsprozess durchgesetzt werden könne, so dürfe dem Aberkennungsbeklagten auch nicht verwehrt werden, die in Betreibung gesetzte Forderung anders als im Zahlungsbefehl und Rechtsöffnungsverfahren zu begründen. Dieser Erwägung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Durch die Zulassung der Widerklage im Aberkennungsprozess wird nur eine objektive Klagenhäufung, jedoch mit verschiedenen Parteirollen, ermöglicht; dagegen hat als selbstverständlich zu gelten, dass nur in Bezug auf die Hauptklage betreibungsrechtliche Wirkungen erzeugt werden, d. h. dass der Gläubiger bei Gutheissung der Widerklage für die damit geltend gemachte Forderung die Betreibung nicht fortsetzen kann, sondern erst eine Betreibung anheben muss, wie das Bundesgericht in dem von der Vorinstanz zitierten Urteil ausdrücklich beigelegt hat (BGE 41 III S. 313). Wenn im vorliegenden Fall dagegen die Aberkennungsklage mit der Vorinstanz teilweise gutgeheissen würde, trotzdem sich der Beklagte in der Betreibung nicht auf die Bürgschaft berufen hat, so könnte er auf Grund des Urteils die angehobene Betreibung einfach fortsetzen. Aus dem angeführten Entscheid und der Zulässigkeit einer Widerklage auch nach Walliser Prozessrecht lässt sich also für die Beurteilung der von den Klägern und von Amtes wegen aufgeworfenen Frage nichts ableiten.

Die Aberkennungsklage ist allerdings materiellrechtlicher Natur und im Grunde die Anerkennungsklage des Art. 79 SchKG, aber mit vertauschten Parteirollen (BGE 31 II S. 166, 41 II S. 312, JAEGER, Praxis zum SchKG I S. 24, II S. 27). Allein es ist der Vorinstanz entgangen, dass dieser Satz wegen der Eingliederung des Aberkennungsprozesses in das Betreibungsverfahren Einschränkungen erleidet, indem nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Aberkennungsprozess nicht einfach auf Feststellung des Nichtbestandes der Forderung geklagt

## Seite: 326

wird, sondern ausschliesslich darüber zu erkennen ist, ob bei Erlass des Zahlungsbefehles die in Betreibung gesetzte Forderung zu Recht bestand, m. a. W., ob der Zahlungsbefehl begründet war (BGE 41 III S. 157, 56 II S. 136; JAEGER, Praxis II S. 27 Ziff. 10), sodass die Aberkennungsklage schon dann gutzuheissen ist, wenn die Forderung nach Zustellung des Zahlungsbefehls, aber vor Fällung des Urteils fällig wurde (BGE 41 III S. 158 ff., JAEGER, Praxis II S. 27). Ganz allgemein kann gesagt werden, dass der Gläubiger eine Betreibung für eine Forderung nicht fortzusetzen im stande sein und dass die Aberkennungsklage daher gutgeheissen werden soll, wenn er zu früh betrieben hat (BGE 41 III S. 159), dass die Aberkennungsklage aber auch zu schützen ist, wenn die im Aberkennungsprozess scheinbar aufrechterhaltene Forderung in Wirklichkeit neu geltend gemacht worden und mit der in Betreibung gesetzten nicht identisch ist. Die Identität der Forderung ist also Kriterium für die Entscheidung der aufgeworfenen Streitfrage; wo eine im Prozess anders als in der

Betreibung begründete Forderung überhaupt als andere Forderung anzusprechen ist, muss die Klage gutgeheissen werden, auch wenn die Forderung der Höhe nach mit der in Betreibung gesetzten übereinstimmt. Massgebend ist also auch nicht, dass der Gläubiger, der auf Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung verzichtet und den Forderungsprozess gemäss SchKG Art. 79 anhebt, seiner Forderung im Prozess eine andere Begründung geben könne, als im Betreibungsbegehren, denn dies trifft nicht schlechthin zu; die Identität ist nachzuprüfen, und wenn der Gläubiger im Anerkennungsprozess eine andere, aber gleich grosse Forderung durchgesetzt hat, kann von einer Fortsetzung der Betreibung keine Rede sein, so wenig als bei Mangel der Identität, wenn der Rechtsöffnungstitel nicht schon im Zahlungsbefehl genannt ist, die provisorische Rechtsöffnung gewährt werden könnte (JAEGER, Kommentar, Note I zu Art. 82 SchKG). Es wäre in einem solchen Fall auch

Seite: 327

zumeist unbillig, gegen den Schuldner die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten zu vollstrecken. Im vorliegenden Fall ist nun aber der im Zahlungsbefehl genannte Rechtsgrund nicht verschieden von demjenigen, den der Gläubiger im Aberkennungsverfahren geltend gemacht hat. Verschieden ist nur die Forderungsurkunde. Das genügt aber nicht zur Gutheissung der Klage, denn es wäre ein übertriebener und durch kein schutzwürdiges Interesse des Schuldners gedeckter Formalismus, wenn eine Betreibung der Ungenauigkeit des die Forderungsurkunde bezeichnenden Stichwortes zum Opfer fallen würde, wo der Identitätsbeweis geleistet ist und auch der Schuldner nicht zweifeln kann, welcher Anspruch gemeint ist (vgl. JAEGER, Kommentar zum SchKG Note 10 zu Art. 67 und 1 zu Art. 82 und die dort zit. Judikatur). Die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit mit Rücksicht auf eine bestehende Schuld bewirkt mangels anderweitiger Vereinbarung keine Neuerung (OR Art. 116 Abs. 2). Hier fehlt es an einer solchen anderweitigen Vereinbarung, wie noch zu zeigen sein wird, sodass angenommen werden muss, Schnyder habe die Wechselverbindlichkeiten lediglich auf Grund des Bürgschaftsaktes vom 6. Mai 1922 eingegangen und erfüllt. Dann liegt aber der Rechtsgrund des Rückgriffsanspruches, selbst wie er im Zahlungsbefehl genannt ist, in der Bürgschaft der Kläger. Dass die Kläger, beziehungsweise mit Cina der Rechtsvorgänger der Erben Tenud, nicht nur als Rückgriffspflichtige bezeichnet worden sind, sondern auch als Akzeptanten der Wechsel, schadet nicht; sie konnten übrigens nicht im Zweifel darüber sein, um welche Forderung es sich bei der Betreibung handle.

4. – Verzugszinsen sind den Klägern seit dem Tage der Mahnung, dem 1. Januar 1924, auferlegt worden. Die Kläger berufen sich jedoch darauf, dass der erste angebliche Mahnbrief vom 3. März 1923 eine blosser Anfrage anlässlich des Prozesses gegen Dr. Petrig gewesen sei, ob sie einstehen würden. Der Brief vom 3. März 1923

Seite: 328

befindet sich nicht bei den Akten, sodass das Bundesgericht gehalten ist, nach der Bedeutung, die ihm die Vorinstanz gibt, eine Mahnung anzunehmen. Die Anfrage ist übrigens am 23. Juni 1923 wiederholt worden, und in einer doppelten Aufforderung, sich zu erklären, kann sehr wohl eine Mahnung erblickt werden, auch wenn die Frageform im Briefe gewählt ist (OR Art. 102). Dass Schnyder nach der Mahnung nicht unverzüglich vorgegangen ist, sondern zuerst den erfolglosen Prozess gegen Dr. Petrig durchgeführt hat, schadet nicht.

Aber auch wenn in den durch die Kläger als blosser Anfragen hingestellten Briefen keine gültige Mahnung zu erblicken wäre, müsste die Zinsschuld seit dem von der ersten Instanz festgelegten, für den Beklagten rechtskräftig gewordenen Datum geschützt werden. Nach Art. 148 Abs. 2 OR hat der Solidarschuldner Rückgriff auf seine Mitschuldner für den zu viel bezahlten Betrag; damit stimmt Art. 497 Abs. 2 überein. Ob man diesen Rückgriff aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder mit dem gesetzlichen Übergang des Anspruches begründet, macht nichts aus; die Verzinslichkeit, die durch Art. 402 und 422 OR zugunsten des Beauftragten und negotiorum gestor vorgesehen ist, gilt auch bei Berufung auf den gesetzlichen, nicht vertraglichen Übergang des Gläubigerrechtes (vgl. Roos, Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, S. 40