

S. 125 / Nr. 28 Obligationenrecht (d)

BGE 61 II 125

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Juni 1935 i. S. Bosshard gegen Schweiz. Volksbank.

Seite: 125

Regeste:

Der Beklagte, dessen Einrede der Klageverwirkung im kantonalen Verfahren abgewiesen wurde, der aber materiell obgesiegt hat, darf auf die Berufung des Klägers hin auch im Berufungsverfahren die Verwirkungseinrede wieder erheben (Erw. 1).

Aberkennungsklage, Art. 83 SchKG: Die Vorschrift des kantonalen Prozessrechts, dass zur Behebung formeller Mängel einer Klageschrift eine Nachfrist anzusetzen ist, steht mit den bundesrechtlichen Bestimmungen über die Aberkennungsklage nicht im Widerspruch (Erw. 2 u. 3).

Unzulässigkeit neuer tatsächlicher Behauptungen in der Berufungsbegründung: Art. 80 OG (Erw. 5).

Aus dem Tatbestand:

Ein vom Gläubiger belangter Bürge, dessen Rechtsvorschlag durch provisorische Rechtsöffnung beseitigt worden war, reichte Aberkennungsklage ein, wobei er jedoch nur das Rechtsbegehren stellte und für die schriftliche Begründung angemessene Frist erbat, die ihm gewährt und wiederholt erstreckt wurde. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage wegen Verspätung, sowie aus materiellen Gründen. Die kantonalen Gerichte verneinten die Stichhaltigkeit der Verspätungseinrede, wiesen aber die Aberkennungsklage materiell ab. Die vom Kläger hiegegen eingereichte Berufung wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.- Wie schon vor den Vorinstanzen, so macht die Beklagte auch im Berufungsverfahren in erster Linie geltend, die Aberkennungsklage sei verspätet eingereicht worden. Träfe dieser Einwand zu, so wäre richtigerweise auf die Klage nicht einzutreten gewesen; denn wenn für die Anhebung einer Klage eine gesetzliche oder richterliche Frist vorgeschrieben ist, so zählt die Einhaltung derselben zu den Prozessvoraussetzungen, bei deren Fehlen eine Entscheidung in der Sache selbst nicht erfolgt. Obwohl

Seite: 126

nun der Antrag der Beklagten auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides genau genommen auf materielle Klageabweisung geht, so muss der Beklagten gleichwohl das Recht zugestanden werden, auch im Berufungsverfahren zu ihrer Verteidigung die Einrede der Verwirkung des Klagerechtes zu erheben. Denn aus formellen Gründen verlangen zu wollen, dass die Beklagte, um den Antrag auf Nichtanhandnahme der Klage stellen zu können, ihrerseits die Berufung gegen das auf materielle Klageabweisung lautende Urteil hätte ergreifen müssen, ginge zu weit: Zu einem solchen Vorgehen hatte die Beklagte gar keine Veranlassung, da ihr mit der materiellen Klageabweisung ebenso sehr gedient war, wie mit der Nichtanhandnahme der Klage. Auf die Verspätungseinrede ist daher einzutreten.

2.- Die Beklagte begründet die Verspätungseinrede im wesentlichen damit, dass die Bestimmung von § 126 Abs. 3 der zürcherischen ZPO, - wonach der Richter bei Einreichung einer den Formvorschriften von § 126 Abs. 1 ZPO nicht genügenden Klageschrift dem Kläger eine kurze Frist zur Verbesserung der Mängel anzusetzen hat - im Bereich der Aberkennungsklage bundesrechtswidrig sei; denn der Schuldner dürfe nicht entgegen dem vom Bundesrecht erstrebten Ziel der Raschheit der Betreibung deren Fortgang beliebig hemmen können. Auf die ursprüngliche, einer schriftlichen Begründung entbehrende Klage aber habe das Gericht wegen Nichterfüllung der Formvorschrift von § 126 Abs. 1 ZPO nicht eintreten dürfen.

Diese Argumentation der Beklagten ist jedoch nicht stichhaltig. Art. 83 SchKG stellt lediglich eine Frist für die Anhebung der Aberkennungsklage auf und verweist im übrigen diese ausdrücklich auf den Weg des ordentlichen Prozesses. Dabei ist allerdings für die Frage, wann die Klage angehoben sei, nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht das kantonale Prozessrecht massgebend, sondern der Begriff der Klageanhebung ist in einheitlicher Weise aus dem Bundesrecht zu gewinnen,

Seite: 127

und zwar gilt als solche die erste Handlung, die den Prozess einleitet oder ihn in gesetzlich gültiger Form vorbereitet, mit der also der richterliche Schutz erstmals in bestimmter Form angerufen wird

(JÄGER, Kommentar zu Art. 83 SchKG Anm. 8. S. 218; BGE 58 II S. 385 und dort erwähnte frühere Entscheide). In welcher Form diese Anrufung des Richters zu erfolgen hat, bestimmt jedoch das kantonale Recht, und ebenso liegt es in dessen Befugnis, welche prozessuale Tragweite es der Nichterfüllung der von ihm aufgestellten Formvorschriften beilegen will. Wenn das kantonale Recht diese Formvorschriften als blosse Ordnungsvorschriften behandeln will - und dies ist hier nach der verbindlichen Auslegung durch die Vorinstanz der Fall -, indem es trotz deren Nichterfüllung die Klageschrift als gültige Rechtsvorkehr betrachtet und erst beim Unterbleiben der nachträglichen Behebung des Mangels innert bestimmter Frist prozessrechtliche Sanktionen eintreten lässt, so ist dagegen vom Standpunkt des Bundesrechtes nichts einzuwenden.

3.- Die Beklagte glaubt sich zu Unrecht für ihren Standpunkt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung berufen zu können. In dem von ihr in erster Linie erwähnten Entscheid in Band 38 I S. 664 ff. wurde die Fortsetzung einer Betreibung als zulässig erklärt, nachdem die rechtzeitig angehobene Aberkennungsklage wegen Nichtleistung der Prozesskostensicherheit «einstweilen zurückgewiesen» worden war, obwohl nach dem anwendbaren bernischen Prozessrecht der Prozess damit formell nicht beendet wurde, sondern nur ruhte und bei nachträglicher Kautionsleistung wieder hätte aufleben und weitergeführt werden können (LEUCH, Kommentar zur bernischen ZPO, Anm. 3 zu Art. 76). Diese Annahme des latenten Weiterbestehens des Prozessrechtsverhältnisses trotz Beendigung der Streithängigkeit (LEUCH, Anm. 2 zu Art. 76 ZPO) war es somit, deren Berücksichtigung für die Aberkennungsklage als unzulässig bezeichnet wurde, und zwar deshalb, weil es sonst ein Aberkennungskläger in der Hand gehabt hätte,

Seite: 128

durch Nichtleistung der Prozesskaution die Fortsetzung der Betreibung nach Belieben zu hemmen und damit eine bedeutend vorteilhaftere Stellung erlangt hätte, als dies in andern Kantonen der Fall gewesen wäre, nach deren Prozessrecht die Nichtleistung der Prozesskaution die formelle Erledigung des Verfahrens durch Abschreibung des Prozesses nach sich zieht, wie dies gerade für das zürcherische Prozessrecht zutrifft (§ 126 Abs. 1 ZPO; STRÄULI, Kommentar zur zürcherischen ZPO, Anm. 3 zu § 238).

Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht darum, wie sich die prozessuale Behandlung der Nichteinhaltung der Nachfrist des § 126 Abs. 3 ZPO auf die Aberkennungsklage auswirkt, sondern die Frage ist vielmehr die, ob schon die Ansetzung der Nachfrist als solche bundesrechtlich unzulässig sei. In dieser Hinsicht gestattet der erwähnte Entscheid in Band 38 I S. 664 ff. aber zweifellos keinerlei Rückschlüsse. Nichts deutet darauf hin, dass in jenem Falle schon die Fristansetzung zur Kautionsleistung bundesrechtlich als unstatthaft betrachtet worden wäre; bei Leistung der Kautionsinnert Frist hätte vielmehr das Aberkennungsverfahren seinen Fortgang genommen, ohne dass die durch die Notwendigkeit der Fristansetzung bewirkte Verzögerung des Prozesses unter dem Gesichtspunkt des Bundesrechtes zum Eingreifen geführt hätte.

Ähnlich verhält es sich mit dem von der Beklagten weiter angeführten Entscheid in Band 49 III S. 68, in welchem die Vorschrift eines kantonalen Prozessrechtes, dass eine beim örtlich unzuständigen Richter eingereichte Klage als fristgerecht zu gelten habe, wenn sie innert einer bestimmten Nachfrist beim zuständigen Richter eingereicht werde, für die Aberkennungsklage als unzulässig bezeichnet wurde. Auch hier musste im Interesse der Regelung der Aberkennungsklage in einer für alle Kantone einheitlichen Weise in das kantonale Prozessrecht eingegriffen werden, um zu vermeiden, dass im einen Kanton die Einreichung der Klage beim unzuständigen Richter für die Einhaltung der Frist genüge, im andern dagegen nicht; mit dieser als

Seite: 129

unstatthaft bezeichneten Fiktion der Rechtshängigkeit lässt sich aber der im vorliegenden Fall in Frage stehende Grundsatz, dass eine Klage trotz Nichtbefolgung einer Ordnungsvorschrift gültig eingereicht sei, nicht vergleichen.

Dem schliesslich noch angerufenen Entscheid in Band 53 III S. 68, nach welchem die Betreibungsferien auch bei der Berechnung der 10-tägigen Frist für die Anhebung der Aberkennungsklage zu berücksichtigen sind, ist für den vorliegenden Fall überhaupt nichts zu entnehmen.

4.- ...

5.- Die Aberkennungsklage, auf die nach dem Gesagten somit materiell einzutreten ist, stützt sich in erster Linie darauf, dass der Kläger bei Eingehung der Bürgschaft durch die Beklagte absichtlich getäuscht worden sei, eventuell, dass er sich damals in einem wesentlichen Irrtum befunden habe. Vor der Vorinstanz hat der Kläger diese Einrede in der folgenden Weise begründet: Der Hauptschuldner habe gemeint, es werde ihm der volle Kreditbetrag von 25000 Fr. zur Verfügung gestellt; er habe deshalb dem Kläger nichts davon gesagt, dass sich der Kreditbetrag und die Bürgschaft zum Teil auf die schon bestehenden Verpflichtungen beziehe; bei Kenntnis der wahren

Sachlage hätte der Kläger die Bürgschaft nicht übernommen. Mit Recht haben beide Vorinstanzen diese Behauptung abgelehnt, da doch im Kredit- und Bürgschaftsakt ausdrücklich erwähnt ist, dass der Kredit teilweise zur Ablösung bestehender Schulden Verwendung finden solle. In der Berufungsschrift gibt denn auch der Kläger eine andere Begründung für seine Einrede: Aus der Erklärung des Hauptschuldners, wenn er den Kredit erhalte, so könne er sein Geschäft unbelastet fortführen, habe er, der Kläger, geschlossen, dass der Konto-Korrent-Kredit, soweit er nicht zur Begründung neuer Forderungen dienen sollte, zur Tilgung der vor der Eingehung der Bürgschaft aufgelaufenen Hypothekarzinsen verwendet werde; er habe geglaubt, dass die Zinsen der vorgehenden Hypotheken bei Eingehung der Bürgschaft getilgt seien und dass deshalb

Seite: 130

die zur Sicherstellung der verbürgten Forderung bestellte Grundpfandverschreibung vollwertig sei; hätte er die Höhe der bei Eingehung der Bürgschaft bereits aufgelaufenen Hypothekarzinsen gekannt und gewusst, dass diese nicht getilgt würden, so hätte er die Bürgschaftserklärung nicht abgegeben; dies sei sowohl dem Hauptschuldner, wie der Beklagten bekannt gewesen.

Diese Sachdarstellung findet sich weder in den Rechtschriften, noch in den Vorträgen des Klägers vor den Vorinstanzen, insbesondere nicht im Protokoll des Obergerichtes. Eine derart neue Begründung einer Einrede, in der neue tatsächliche Behauptungen enthalten sind, ist gemäss Art. 80 OG unzulässig. Ob die so begründete Einrede materiell begründet wäre, sei es unter dem Gesichtspunkt der Täuschung, sei es unter dem des wesentlichen Irrtums, braucht unter diesen Umständen nicht näher geprüft zu werden.

6