

## S. 157 / Nr. 30 Obligationenrecht (d)

BGE 78 II 157

30. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Januar 1952 i. S. Rosengarten gegen S.A. des Verreries de Scailmont.

Seite: 157

Regeste:

Art. 1043 Abs. 1 OR.

Der ausserhalb des Wechsels vereinbarte Protesterlass hat keine wechsellässigen Wirkungen, ist aber gültig als vertragliche Abrede zwischen den Parteien.

Art. 83 Abs. 2 SchKG.

Identität der Forderung vorausgesetzt, darf der Gläubiger seinen Anspruch im Aberkennungsprozess anders begründen und auf eine andere Schuldurkunde stützen als im Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren.

Art. 1043 al. 1 CO.

La clause «sans protêt» qui n'est pas inscrite sur le titre n'a pas d'effet cambiare, mais est valable comme convention entre les parties.

Art. 83 al. 3 LP.

A condition qu'il s'agisse de la même créance, le créancier peut, dans le procès en libération de dette, justifier son droit autrement et se fonder sur un autre titre de créance que dans la procédure de poursuite et de mainlevée.

Art. 1043 cp. 1 CO.

La clausola «senza protesto che non è iscritta sul titolo non produce effetto cambiario, ma è valida come convenzione tra le parti

Art. 83, cp. 3 LEF.

Purché si tratti dello stesso credito, il creditore può giustificare, nella causa di disconoscimento di debito, il suo diritto in altro modo e fondarsi su un titolo di credito diverso da quello invocato nella procedura di esecuzione e di rigetto dell'opposizione.

In der Zeit von Ende September bis Ende Dezember 1948 lieferte die S.A. des Verreries de Scailmont der Rosengarten A.G. Glaswaren im Gesamtbetrag von bFr. 1354433.95. Die hierfür ausgestellten Rechnungen blieben vorerst unbeglichen. Erst am 29. April 1949 stellte der die Rosengarten A.G. beherrschende A. Rosengarten persönlich drei Anweisungen auf die Schweizerische Bankgesellschaft in Zürich aus, über Fr. 44000.- mit Verfall am 31. Mai 1949, Fr. 44000.- mit Verfall am 30. Juni 1949 und Fr. 45000.- mit Verfall am 31. Juli 1949. Sie wurden indessen von der Bank nicht eingelöst. Die Gläubigerin liess die erste und die zweite Anweisung formgerecht protestieren, nicht aber die dritte. Am 29. Juni

Seite: 158

1949 leistete A. Rosengarten eine Abschlagszahlung von Fr. 10000.-.

Mit Zahlungsbefehl vom 23., 31. August 1949 setzte die S.A. des Verreries de Scailmont die drei Anweisungsbeträge, nebst Zins ab jeweiligem Verfalldatum und Kosten, abzüglich die empfangenen Fr. 10000.-, in Betreibung. Gegen den Rechtsvorschlag des Schuldners erwirkte sie provisorische Rechtsöffnung. Daraufhin klagte A. Rosengarten fristgerecht auf Aberkennung. Er wurde durch die Gerichte des Kantons Zürich, durch das Obergericht mit Urteil vom 24. April 1951, abgewiesen.

Auf Berufung hin bestätigt das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid, u.a. mit nahestehenden Erwägungen..

2.- Zur Sache macht der Kläger in erster Linie geltend, dass mangels Protestes aus der dritten Anweisung gegen ihn keine Rechte hergeleitet werden könnten. Die Vorinstanz hat sich mit dem Einwand befasst und ihn verworfen. Wenn auch richtig sei, wird im angefochtenen Urteil ausgeführt, dass kein Protest erging, noch auf der Anweisung ein Protesterlass verzeichnet wurde, so habe doch der Kläger gegenüber der Beklagten in anderer Form auf Protesterhebung verzichtet, weshalb er die Unterlassung der Vorkehr nicht entgegenhalten könne Art. 1034 OR habe nicht zwingenden Charakter, was sich schon aus dem Institut des Protesterlasses in Art. 1043 OR ergebe.

a) Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass Anweisungen, die im Text der Urkunde nicht als Wechsel bezeichnet sind, aber ausdrücklich all Ordre lauten und im übrigen den Erfordernissen des gezogenen Wechsels entsprechen, nach Art. 1147 OR den gezogenen Wechseln gleichstehen. Dass diese Bestimmung auf die vorliegenden Anweisungen zutrifft, wird mit Recht nicht bestritten.

b) Das revOR sieht in Art. 1043 Abs. 1 vor, dass der Aussteller sowie jeder Indossant oder

Wechselbürge durch den Vermerk 'ohne Kosten', 'ohne Protest oder einen

Seite: 159

gleichlautenden "auf den Wechsel gesetzten und unterzeichneten" Vermerk den Inhaber von der Verpflichtung befreien kann, zum Zwecke der Ausübung des Rückgriffs Protest mangels Annahme oder mangels Zahlung erheben zu lassen. In Art. 763 aOR war nicht eigens vorgeschrieben, dass der Protesterlass auf dem Wechsel selbst anzubringen sei. Deshalb wurde angenommen, dass die Befreiung von der Protestpflicht auch ausserhalb des Wechsels, z.B. in der Korrespondenz oder sogar mündlich, erklärt werden könne, dann aber nur zugunsten desjenigen Wechselgläubigers wirke, dem der Protest erlassen wurde (vgl. GOETZINGER, Kommentar zum aOR, Art. 763 N. 1). Gleich ordnete noch Art. 1022 Abs. 1 des bundesrätlichen Revisionsentwurfes aus dem Jahre 1928. Erst Art. 1023 im Revisionsentwurf von 1932 forderte dann, dass der Protesterlass auf den Wechsel gesetzt und unterzeichnet werden müsse. Bei den parlamentarischen Beratungen wurde aber nach dieser Richtung keine Abweichung von der bisherigen Regelung angezeigt, während das in anderer Hinsicht geschah (vgl. etwa Sten.Bull. NR 1932 S. 491). Und es ist in der Tat nicht einzusehen, warum eine ausserhalb des Wechsels getroffene Vereinbarung nicht wenigstens unter den Parteien gültig sein sollte (derselben Ansicht JENNI, Die Rückgriffshaftung des Wechselindossanten nach schweizerischem Recht S. 50; anderer Meinung, jedoch ohne Begründung, GERBER, Der Protest im schweizerischen Wechsel- und Checkrecht S. 74). Der nicht auf der Wechselurkunde vermerkte Protesterlass hat nur keine wechselförmigen Wirkungen. Er lässt aber nach den allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts eine Haftung entstehen. Wenn daher mit Rücksicht auf die Versicherung eines Rückgriffsschuldners, den Wechsel auch ohne Protest einlösen zu wollen, der Inhaber die Protesterhebung versäumt, so kann er dennoch auf Grund jener als Garantieverprechen zu wertenden Zusage die Einlösung verlangen (vgl. für das analoge deutsche Recht bei STAUB-STRANZ, Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Aufl., Art. 46 Anm. 4).

Seite: 160

c) Damit glaubt sich der Kläger aus prozessualen Überlegungen nicht abfinden zu müssen. Er bringt vor: Begehrt und provisorisch bewilligt worden sei die Rechtsöffnung einzig gestützt auf die Anweisung, welche aber dem Inhaber gemäss Art. 1050 OR zufolge Protestunterlassung keinen Rückgriff erlaube; ein Brief, der einen ausserhalb des Wechsels gewährten Protesterlass belegen solle, sei nicht als Rechtsöffnungstitel verwendet worden somit könne nicht im Aberkennungsverfahren auf eine derartige angebliche Erlasserkklärung Bezug genommen werden, da dies auf eine unzulässige Klageänderung hinausliefe, «indem anstelle einer Wechselverpflichtung nunmehr ein Garantieverprechen eingeklagt würde».

Diese Argumentation ist schon deswegen unbehelflich, weil sie das Wesen der Aberkennungsklage verkennt. Deren Zweck ist es keineswegs, das Urteil, mit dem provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, als solches überprüfen zu lassen. Vielmehr stellt die Aberkennungsklage als negative Feststellungsklage materieller Art die Frage zur Entscheidung, ob im Moment des Erlasses des Zahlungsbefehls die Betreibungsforderung zu Recht bestand. Daher hindert nichts, dass ein Gläubiger seinem Anspruch im Aberkennungsprozess eine andere Begründung gibt als im Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren, und dass er sich in jenem auf eine andere Schuldurkunde beruft als in diesem. Bedingung ist dabei immer nur die Identität der Forderung (vgl. hiezu BGE 57 II 324 ff.). Sie wäre hier selbst dann zu bejahen, wenn die Gläubigerin im Betreibungsverfahren auf die Anweisung, im Aberkennungsprozess aber auf den Kaufvertrag abgestellt hätte. Denn es liegt ausser jedem Zweifel, dass die Anweisungen ausschliesslich zur Abtragung der Kaufpreisschuld ausgestellt wurden und keine Novation bewirkt en. Dem entspricht, dass ja auch dem Schuldner grundsätzlich die Befugnis eingeräumt werden muss, seine materiellen Einwendungen gegenüber der Kaufpreisforderung im Aberkennungsprozess anzubringen. War aber dergestalt der letzte Rechtsgrund

Seite: 161

der umstrittenen Forderung gleichbleibend stets der Anspruch der Verkäuferin auf Bezahlung des Preises für die gelieferten Glaswaren, so drängt sich wie in BGE 57 II 327 der Schluss auf, dass es «ein übertriebener und durch kein schutzwürdiges Interesse des Schuldners gedeckter Formalismus wäre, 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». Nun geht die Beklagte im Aberkennungsprozess gar nicht so weit, die Kaufpreisforderung schlechtweg heranzuziehen. Sie hält sich nach wie vor an die Anweisung und bringt diese lediglich in Verbindung mit einem durch den brieflich zugesagten Protesterlass vermittelten Garantieverprechen. Dass alsdann erst recht Identität der Forderung im weiten Sinne der Praxis anzunehmen ist, braucht nicht näher dargetan zu werden