

Schurter: Die Theorie der Schuldübernahme, Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F., Bd. 20, S. 303 ff.). Dies letztere gilt unzweifelhaft auch für den vorliegenden Fall. Es ist daher die Schuldpflicht der Frau Suter für alle diejenigen Klageforderungen, welche im Konkurse Hirzel angemeldet und anerkannt worden sind, mit dieser Anerkennung ipso jure erloschen. Eine Mitwirkung der bisherigen Schuldnerin, Frau Suter, ist für diesen Schuldübergang durch Novation nicht erforderlich, so wenig wie bei der Schuldübernahme des gemeinen Rechts überhaupt, da diese als Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner erscheint, bei welchem der alte Schuldner sich in durchaus passiver Stellung befindet.

Demnach ist das streitige Regressrecht, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, nur für die Forderungen der früher speziell erwähnten Gläubiger Meyer, Weber und Feller im Gesamtbetrage von 583 Fr. gutzubeißen.

4. Was das für die eingeklagte Regressforderung beanspruchte Retentionsrecht betrifft, ist dessen Berechtigung zufolge seines accessorischen Charakters nur mit Bezug auf die drei zuerkannten Forderungsbeträge zu prüfen. In diesem Umfange aber ist es mit der Vorinstanz zu verwerfen. Da nämlich zwischen Frau Suter und dem Kreditoren Hirzel zweifellos kein kaufmännischer Geschäftsverkehr im Sinne von Art. 224 III. 2 O.-R. bestand, so ist das Retentionsrecht für die genannten Forderungen, gemäß Art. 224 Alinea 1 ibidem nur an denjenigen angesprochenen Waren begründet, aus deren Anschaffung jede einzelne jener Forderungen resultiert. Nun ergibt sich aus den eingehenden tatsächlichen Feststellungen des Obergerichtes, daß jene speziellen Retentionsobjekte, teils nach ihrer Natur als Eßwaren zu sofortigem Gebrauche im maßgebenden Momente der Konkursöffnung gar nicht mehr vorhanden waren, teils wegen ungenügender Substanziierung der Klage überhaupt nicht mit Sicherheit zu ermitteln sind. Aus diesem Grunde aber fällt das Retentionsrecht, soweit es hinsichtlich des besprochenen Requisites der Konnexität rechtlich begründet wäre, wegen tatsächlicher Unmöglichkeit seiner Exekution ohne weiteres dahin und braucht auf eine Untersuchung, ob dessen übrige Erfordernisse vorliegend zutreffen, nicht mehr eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird abgewiesen und somit der angefochtene Beschluß der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 16. Dezember 1902 in allen Teilen bestätigt.

**12. Urteil vom 20. Februar 1903 in Sachen Comptoir  
d'Escompte du Jura, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Schweizerische  
Kreditanstalt, Bekl. u. Ver.-Bekl.**

*Auftrag zur Einlösung — Ehrenzahlung — eines Eigenwechsels « nach Protest ». Ausführung dieses Auftrages und Deckung des Beauftragten. Präjudicierung des Wechsels infolge unrichtigen Protestes und daherige Abweisung der Regressklage des Auftraggebers gegen den ersten Indossanten. Rückforderungsklage des Auftraggebers gegen den (gedeckten) Beauftragten, gestützt auf die Bestimmungen über Zahlung einer Nichtschuld und unsorgfältige Ausführung des Auftrages. Getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrages. Art. 392 u. 396 O.-R. Wie weit erstreckt sich die Pflicht des Beauftragten, den Protest zu prüfen?*

A. Durch Urteil vom 31. Oktober 1902 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit folgenden Anträgen:

I. Es sei die Klage im vollen Umfange zu schützen und demnach die beklagte Partei zu verpflichten, der Klägerschaft 26,157 Fr. 45 Cts. nebst Zins à 6 % seit 31. August 1898, sowie 700 Fr. und 1699 Fr. 30 Cts. (Rechnung Römer & Götschel) nebst Zins à 5 % seit Einreichung der Klage beim Friedensrichteramt, d. h. seit dem 19. August 1901, zu bezahlen.

II. Eventuell sei die Beklagte grundsätzlich zu verpflichten, der Klägerschaft alle Gerichts- und Anwaltskosten, sowie die Prozeßentschädigung, welche sie infolge des Prozesses gegen die Witwe Landolt bezahlen mußte, nebst Zins zu 5 % je seit dem Tage der Zahlung zu ersetzen.

III. Weiter eventuell sei die Klage im Betrage von 26,157 Fr. 45 Cts. nebst Zins zu 6 ‰, eventuell zu einem geringeren Prozentsatze seit 31. August 1898, eventuell seit einem späteren Zeitpunkte gutzuheissen.

IV. Weiter eventuell seien die Akten an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Anordnung und Durchführung des Beweisverfahrens, in der Meinung, daß die Vorinstanz dann selbst ein neues Urteil auszufällen habe (Art. 82 Abs. 2 Org.-Ges.).

Die Aktenvervollständigung habe sich speziell mit Bezug auf folgende Behauptungen und Tatsachen zu erstrecken:

a) Die Intervention der Beklagten erfolgte nicht unentgeltlich, sondern gegen Vergütung.

b) Alle Angestellten der beklagten Partei, welche bei der Präsentation des Wechsels und der Protesturkunde tätig waren, kennen den Notar Karrer und dessen Substituten Volter persönlich.

c) Diese Angestellten sind sämtlich zur Vertretung der beklagten Partei ermächtigt und haben die entsprechenden Funktionen immer in gleicher Weise ausgeübt.

d) Die Wechselschuldner Schneider und Zmer sind im Konkurse und es ist für die Gläubiger 5. Klasse nichts erhältlich.

e) Die Auslagen der Klägerschaft im Prozesse gegen Witwe Landolt beziffern sich auf 700 Fr. und 1699 Fr. 30 Cts. und zwar ohne die vorbehaltenen Gerichtskosten der kantonalen Instanz und die Kosten der Vertretung vor Bundesgericht. Diese Spesen sind angemessen und wirklich bezahlt worden.

f) Die Deserviten- und Kostenrechnung des Herrn Götschel ist im Moderationsverfahren von der zuständigen Gerichtsstelle auf 1699 Fr. festgesetzt worden.

Der Vorbehalt betreffend Geltendmachung einer weiteren Forderung wurde in der Berufungserklärung ausdrücklich bestätigt.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert und bestätigt der Vertreter der Klägerin seine Berufungserklärung.

Der Vertreter der Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an; der Vertreter der Litisdenunziatin schließt sich diesem Antrage an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 24. Mai 1898 stellte Chr. L. Schneider in Neuenstadt

einen Eigenwechsel aus über die Summe von 26,000 Fr. an die Ordre von Witwe Landolt-Zmer, zahlbar bei der Schweizerischen Kreditanstalt in Zürich als Domiziliatin am 31. August gl. Jz. Dieser Wechsel wurde von Witwe Landolt an L. S. Zmer indossiert, von diesem an die Klägerin, welche das Papier mit einem Blankoindossament versah. Hierauf folgte ein Vollindossament der Solothurner Kantonalbank an die Zürcher Kantonalbank. Als letztere bei Verfall des Wechsels die Beklagte um Zahlung anging, wurde diese mangels vorhandener Deckung verweigert, worauf die Kantonalbank den Wechsel dem Notariate Zürich zur Ausnahme des Protestes übergab. Am 2. September 1898 wies Notariatssubstitut Volter den Wechsel der Beklagten zur Zahlung vor. Diese war inzwischen von der Klägerin mit Brief vom 30. August 1898 ersucht worden, den Wechsel zu ihren (der Klägerin) Lasten „nach Protest“ (« après protêt ») einzulösen. Sie erklärte daher bei der Vorweisung, daß sie vom Schuldner keine Deckung habe, aber bereit sei, Ehrenzahlung zu Gunsten der Klägerin zu leisten. Über den Protestakt wurde dann folgende Protesturkunde aufgenommen: „Heute den 2. September 1898 habe ich unterzeichnete öffentlicher Notar der Stadt Zürich auf Ansuchen der titulierten Zürcher Kantonalbank in Zürich zur Wahrung „aller und jeder gesetzlichen Rechte wegen nicht erfolgter Bezahlung über nachstehend kopierten Wechsel Protest erhoben, da „die Domiziliatin Tit. Schweiz. Kreditanstalt erklärte, vom „Schuldner keine Deckung zu besitzen, um den Wechsel einzulösen, „dagegen sei sie bereit, gegen Aushändigung des Protestes zu „Ehren von Comptoir d'Escompte du Jura zu intervenieren.“ (Folgt die Kopie des Wechseltextes und der Indossamente.) Unterschriften war die Protesturkunde: „Notar der Stadt Zürich: J. U. Karrer.“ Am 3. September 1898 wies die Kantonalbank, gestützt auf die Erklärung der Beklagten, den Wechsel neuerdings an der Kasse der letztern vor und erhielt den Wechselbetrag zuzüglich Spesen, im ganzen 26,015 Fr. 80 Cts. gegen Aushändigung des Wechsels und der Protesturkunde ausbezahlt. Die Beklagte übersandte Wechsel und Protest der Klägerin und erhielt von ihr Vergütung der geleisteten Zahlung. Als jedoch die Klägerin ihrerseits den Negreß auf die erste Indossantin des Wechsels

sels, Witwe Landolt, nahm, bestritt diese die Regreßpflicht und siegte in dem darauffolgenden Prozesse ob, weil das in letzter Instanz angerufene Bundesgericht in seinem Urteile vom 2. März 1901 den aufgenommenen Wechselprotest für ungültig erklärte, indem es davon ausging, daß es dem Art. 815 D.-R. widerspreche, wenn die Protestaufnahme und die Ausfertigung resp. Unterzeichnung der Protesturkunde, wie im vorliegenden Falle, durch verschiedene Personen erfolge.

2. Gestützt auf dieses Urteil verlangt nun die Klägerin von der Beklagten mit der vorliegenden Klage die Rückgabe der der Beklagten bezahlten Regreßsumme — die sie nunmehr auf 26,157 Fr. 45 Cts. beziffert — nebst Zins, sowie den Ersatz sämtlicher im frühern Prozeß erwachsener Spesen. Sie geht davon aus, daß sie, weil die Ehrenzahlung des Beklagten auf einen ungültigen Protest hin geleistet worden sei, keine Verpflichtung zur Vergütung des gezahlten Betrages gehabt, mit dieser Vergütung also eine Nichtschuld bezahlt habe. Daneben macht sie geltend, daß die Beklagte ihr auch wegen nicht gehöriger Erfüllung des erteilten Auftrages — der auf Ehrenzahlung nach gültig erhobenen Proteste gegangen sei — auf Schadenersatz hafte; es treffe die Beklagte ein Verschulden, weil sie die Gültigkeit des Protestes keineswegs mit der ihr obliegenden Sorgfalt geprüft habe. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen, in erster Linie deshalb, weil keine Rede davon sei, daß die Klägerin bei Einlösung des protestierten Wechsels eine Nichtschuld bezahlt habe; da nämlich der Protest eine bloße Beweisurkunde darstelle, so habe ein eventueller Formfehler die Regreßpflicht der Klägerin nicht aufheben können. Auf jeden Fall treffe die Beklagte bezüglich der Einlösung des Wechsels nach keiner Richtung ein Verschulden, und da sie dabei lediglich als Vertreterin der Klägerin gehandelt habe, so könne diese ihre Rechte, wenn ihr wirklich solche zustehen, nur gegen die Zürcher Kantonalbank geltend machen. Die Gründe des die Klage abweisenden vorinstanzlichen Urteils sind, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

3. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, daß auf Grund des bundesgerichtlichen Urteils vom 2. März 1901 in Sachen der heutigen Klägerin als Beklagten gegen Witwe Landolt-Jmer als

\* A. S., XXVII, 2, Nr. 11, S. 74 ff.

Klägerin der Protest als ungültig anzusehen ist. Das ist in jenem Prozesse rechtskräftig entschieden worden, und eine neue Erörterung dieser Fragen (auf die sich die Parteien und teilweise auch die Vorinstanz eingelassen) hat heute nicht stattzufinden. Dabei kann insbesondere auch die — von der Vorinstanz befahnte — Frage unerörtert bleiben, ob die Protesturkunde innerhalb der Protestfrist unterzeichnet sein müsse, damit der Protest gültig sei. (Dieser Ansicht ist allerdings Rehbein, Komm. z. D. W. D., Art. 87 Anm. 96, S. 139 der 5. Aufl.; Staub, Komm. z. D. W. D., 2. Aufl., S. 222, Art. 87, § 10.) Tatsache ist, daß eine unrichtige Beurkundung stattgefunden hat und auf Grund dieser Beurkundung die Wechselsumme von der Beklagten an den Wechselinhaber gezahlt wurde, und jener unrichtig beurkundete Protest dann der Klägerin eingesandt worden ist. Damit aber war, wegen Ungültigkeit des Protestes, das Regreßrecht gegen Indossanten (Vormänner der Klägerin) und Aussteller (letzteres gemäß Art. 828 D.-R., da es sich um einen domizilierten Eigenwechsel handelte) verloren gegangen.

4. Nun hat die Beklagte dem Wechselinhaber — der Zürcher Kantonalbank — die Wechselsumme bezahlt infolge Auftrages der Klägerin, und die Stellung zwischen der Klägerin und der Beklagten, die einzig den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildet, ist daher lediglich zu entscheiden auf Grund der Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag (Art. 392 ff.), wie denn auch die Klägerin die Klage (speziell in der Klageschrift ausschließlich) auf den Boden einer Schadenersatzklage des Mandanten gestellt hat. Die Begründung der Klage auf Grund der angeblichen Zahlung einer Nichtschuld fällt dahin, wenn sich ergibt, daß die Beklagte in getreuer und sorgfältiger Ausübung des Auftrages gehandelt hat, da die Klägerin der Beklagten alsdann nach den Grundsätzen über den Auftrag zur Erstattung der Auslagen und Verwendungen nebst Zinsen verpflichtet ist (Art. 400 D.-R.); ebenso aber ist eine allfällige Schadenersatzforderung der Klägerin unbegründet, wenn die Beklagte ein Verschulden in Ausführung des Auftrages nicht trifft. Ob es sich dabei um einen entgeltlichen oder einen unentgeltlichen Auftrag gehandelt habe, ist nebensächlich; richtig erscheint nach dem Inhalte der Akten das letztere zu sein. Die Entscheidung des

Prozesses hängt somit davon ab, ob die Beklagte den ihr erteilten Auftrag nach dem Willen des Auftraggebers getreu und sorgfältig ausgeführt habe (Art. 392 u. 396 O.-R.). Der Auftrag ging dahin, die Wechselsumme zu Lasten der Klägerin „nach Protest“ einzulösen. Darin lag zweifellos ein Auftrag zur Ehrenzahlung zu Ehren der Klägerin, und die Beklagte hatte damit die Pflicht, für die Erhaltung der Wechselrechte (Negativrechte) der Klägerin zu sorgen. Die Beklagte ist diesem Auftrage insofern nachgekommen, als sie einen Protest hat aufnehmen lassen und den Wechsel eingelöst hat. Dagegen hat sich für die Klägerin, die der Beklagten auf Grund des Mandatverhältnisses die Verwendungen für Einlösung des Wechsels ersetzt hat, ein Verlust ergeben, der zum mindesten der gezahlten Summe gleichkommt, indem der eingelöste Wechsel präjudiziert war, die Negativrechte der Klägerin somit untergingen. Die entscheidende Frage ist nun die, ob die Beklagte bei Auszahlung der Wechselsumme auf den ihr vorgelegten Wechsel und Protest hin mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren ist, oder ob ihr hiebei (in Ausführung des Auftrages) ein Verschulden zur Last fällt. Dabei mag bemerkt werden, daß es wohl nicht richtig ist, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, der Nachweis eines solchen Verschuldens würde der Klägerin (dem Auftraggeber) obliegen; es ist vielmehr Sache des Beauftragten, der wegen nicht getreuer und sorgfältiger Ausführung des Auftrages in Anspruch genommen wird, darzutun, daß ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (vgl. den allgemeinen Grundsatz über Nichterfüllung von Vertragsobligationen in Art. 110 O.-R.). Der Mangel, auf dem die Ungültigkeit des Protestes, die den Wechsel präjudizierte, beruhte, bestand nun darin, daß er, der Wahrheit widersprechend, die Unterschrift eines andern Beamten als desjenigen, der den Protest in Wirklichkeit aufgenommen hatte, trug, und daß der Inhalt der Beurkundung insofern unrichtig war, als beurkundet war, der „unterzeichnete Notar“ habe den Protestakt aufgenommen. Jene entscheidende Frage spitzt sich somit dahin zu, ob die Beklagte (bzw. ihre Organe und Angestellten) diesen Mangel bei gehöriger Sorgfalt hätten kennen müssen; wäre das zu bejahen, so könnte sie wohl der Rechtsirrtum darüber, ob ein derartiger Protest ungültig sei oder nicht, kaum entschuldigen. Nun hat der den Wechsel einlösende Ehren-

zahler oder eine sonstige den Wechsel einlösende Person mit der Pflicht der Erhaltung der Negativrechte die Pflicht, den Protest auf seinen Inhalt zu prüfen. Diese Prüfungspflicht kann sich aber nur darauf erstrecken, ob der Protest äußerlich den gesetzlichen Erfordernissen der Art. 813 ff. O.-R. entspricht. Würde also einem Protest z. B. die Angabe des Ortes oder des Datums fehlen (entgegen Art. 814, Ziff. 4 O.-R.), so würde die Einlösung eines Wechsels trotz solchen Protestes auf das Risiko des Einlösenden geschehen und im Falle eines Auftrages (wie hier) sich als unsorgfältige Ausführung desselben darstellen. Im vorliegenden Falle verhält es sich nun aber anders: der fragliche Protest war äußerlich in Ordnung; der ihm anhaftende Mangel war ein verborgener. Es konnte den Organen und Angestellten der Beklagten, die einen ausgedehnten Geschäftskreis betreibt und ein zahlreiches Personal beschäftigt, nicht zugemutet werden, den Mangel zu erkennen. Richtig ist zwar, daß es (wie der Vertreter der Klägerin heute releviert hat) aktenwidrig ist, wenn die Vorinstanz behauptet, das von der Klägerin angerufene Zeugenprotokoll enthalte keine Angabe des Inhaltes, Notar Karrer gebe sich persönlich mit der Aufnahme von Protesten überhaupt nicht ab: Art. 4, Kopie der Zeugeneinvernahme des Notars Karrer im frühern Prozesse (Witwe Landolt gegen die heutige Klägerin) enthält gegenteils eine ausdrückliche bezügliche Aussage des Zeugen. Allein das ist für die hier einzig entscheidende Verschuldensfrage unerheblich; denn entscheidend wäre, ob die Organe und Angestellten der Beklagten von dieser Tatsache Kenntnis hatten oder hätten haben müssen; dafür aber liegt nichts vor. Trifft aber damit die Beklagte kein Verschulden in Ausführung des ihr erteilten Auftrages, so kann die Klage nicht gutgeheißen werden.

5. Die Stellung der Zürcher Kantonalbank zur Klägerin und zur Beklagten braucht nach dem Gesagten im vorliegenden Prozesse nicht zur Entscheidung gebracht zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Oktober 1902 in allen Teilen bestätigt.