

sabilité causale tempérée par la faculté de rapporter la preuve libératoire précisée par la loi.

Les défendeurs ont échoué dans cette preuve. Il suffit à cet égard de constater qu'ils ont chargé leur chauffeur de faire le service de nuit du café de l'Aviation, alors qu'il avait commencé sa journée de travail à sept heures du matin. En surmenant de la sorte leur employé, ils ont manqué de la diligence exigée par l'art. 55 pour leur libération. Rien ne permet en effet de dire que même s'ils avaient confié ce travail à un chauffeur reposé, l'accident se serait quand même produit. Il est au contraire vraisemblable que Meyer, vu sa fatigue, n'était plus capable, vers trois heures du matin, de prêter à la route l'attention voulue et que, pressé de terminer sa longue journée de travail, il a été induit à accélérer son allure au mépris de la prudence la plus élémentaire.

49. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. September 1930

i. S. Dobler gegen Spar- und Darlehenskasse Linkenheim.

Böser Glaube des Indossatars beim Erwerb des Wechsels: Grobe Fahrlässigkeit genügt nicht zum Schutz der *exceptio doli*.

A. — Die Firma Alfred Meng G. m. b. H. betrieb in Linkenheim bei Karlsruhe eine Kochherdfabrik. Durch Vertrag vom 21. März 1928 verkaufte sie der Frau Therese Dobler in Zürich 200 Gasherde und verpflichtete sich, diese samt Zugehör zum vereinbarten Preise und gegen eine Anzahlung von 6000 Fr. nach Zürich zu liefern. Zur Erfüllung der Anzahlungspflicht sandte Frau Dobler am 29. März 1928 einen akzeptierten Wechsel an eigene Ordre, auf dem die Unterschrift des Ausstellers noch fehlte, in der Höhe von 6000 Fr. und mit Verfall am 15. Juli 1928 an Frau Meng, die Ehefrau des Geschäfts-

führers der Alfred Meng G. m. b. H. Dem Wechsel legte sie ausser einem Brief an Frau Meng ein Begleitschreiben an die Spar- und Darlehenskasse Linkenheim bei, worin sie diese Bank anwies, den Wechsel der Alfred Meng G. m. b. H. nur auszuhändigen, wenn bis spätestens 15. April 1928 das Doppel des Frachtbriefes über die Versendung von 100 Herden durch die Firma Meng G. m. b. H. vorgewiesen werde. Nach Empfang des Wechsels teilte Frau Meng von Karlsruhe aus dem Angestellten Zwecker der Spar- und Darlehenskasse Linkenheim telephonisch mit, dass sie das Akzept erhalten habe. Zwecker trug ihr auf, dieses durch den zur Zeit allein in Linkenheim anwesenden Geschäftsführer Dachzelt der Alfred Meng G. m. b. H. unterzeichnen zu lassen. Darauf fuhr Frau Meng am andern Tag nach Linkenheim und zeigte den Wechsel und die beiden Begleitschreiben Dachzelt, der sie in die Hände nahm oder an sich riss, und der sich weigerte, sie zurückzugeben. Es kam zu einem Streit, bei dem Frau Meng sogar den Polizeidiener herbeirufen lassen musste. Es gelang ihr aber nicht, wieder in den Besitz der Papiere zu gelangen. Sie machte dem Angestellten Lang der Spar- und Darlehenskasse, dem Bürgermeisteramt Linkenheim und Frau Dobler Mitteilung vom Verhalten Dachzelt's. Frau Dobler antwortete ihr, sie werde der Bank eine Abschrift des Akzeptes zukommen lassen, und Frau Meng unterliess es darauf, weitere Schritte zu unternehmen. In einem Brief an Frau Dobler vom 2. April 1928 gestand Dachzelt ohne Umschweife zu, dass es ihm « gelungen sei, das Akzept in die Hände zu bekommen ». Er fügte bei, dass er absichtlich nur den Brief an die Bank weitergeleitet habe; das Akzept habe er auf dem Bürgermeisteramt Linkenheim mit der Bestimmung hinterlegt, es herauszugeben, wenn ein der Firma gehörender, Frau Meng in widerrechtlicher Weise durch den Geschäftsführer Meng übergebener Eigentümergrundschuldbrief zurückerstattet werde. Auf dem Bürgermeisteramt blieb der Wechsel etwa zwei Wochen liegen. Inzwi-

schen hatte die Spar- und Darlehenskasse auch durch Dachsel selbst Kenntnis von den Vorgängen und der Wegnahme des Wechsels erhalten. Einige Zeit später, wahrscheinlich am 16. April 1928 brauchte Dachsel flüssige Mittel für die Firma und wollte den inzwischen auch unterzeichneten Wechsel bei der Spar- und Darlehenskasse Linkenheim diskontieren lassen. Die Bank ging darauf ein und schrieb der Alfred Meng G. m. b. H. 4717 RM gut. Am 9. Juli 1928 bestätigte die Spar- und Darlehenskasse der Frau Dobler, den Wechsel in Zahlung genommen zu haben. Alfred Meng teilte ihr am 10. Juli 1928 dasselbe mit. Am 15. Juli, bei Verfall, wurde das Akzept Frau Dobler, nachdem es weiterindossiert worden war, zur Zahlung präsentiert. Sie verweigerte aber die Einlösung. Am 17. Juli brach über die Alfred Meng G. m. b. H. der Konkurs aus. Die Spar- und Darlehenskasse als Ausstellerin hob darauf gegen Frau Dobler eine ordentliche Betreibung an, welche die angebliche Schuldnerin mit einem Rechtsvorschlag beantwortete. In der Verhandlung vor dem Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich zog Frau Dobler den Rechtsvorschlag unter Vorbehalt der Aberkennungsklage wieder zurück.

B. — Am 12. Oktober 1928 hat Frau Dobler gegen die Spar- und Darlehenskasse Klage über die Streitfrage erhoben :

« Sind die Forderungen der Beklagten von 6000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 15. Juli 1928 und von 15 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 15. Juli 1928, sowie für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten, und 60 Fr. für Umtriebe und Entschädigung, für welche der Einzelrichter im summarischen Verfahren der Beklagten am 25. September 1928 provisorische Rechtsöffnung erteilt hat, vollumfänglich abzuerkennen ? »

C. — Das Bezirksgericht Zürich hat die Klage am 24. Oktober 1929 abgewiesen.

D. — Auf Berufung der Klägerin hat auch das Ober-

gericht die Klage durch Urteil vom 12. April 1930 abgewiesen.

E. — Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin rechtzeitig und in der gesetzlichen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Klage sei zu schützen.

F. — ...

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — 3....

4. — Die Klägerin macht zur Begründung der Aberkennungsklage geltend, die Beklagte habe das Akzept bösgläubig erworben, ihr Angestellter Zwecker habe genau gewusst, dass Dachsel den Wechsel widerrechtlich an sich genommen hatte und dass er nur hätte diskontiert und weiterbegeben werden dürfen, nachdem das Frachtbriefdoppel mit der Adresse der Klägerin vorgewiesen worden wäre. Die Klägerin hat selbst mit Recht diese Behauptung als *exceptio doli* bezeichnet. Darunter ist im vorliegenden Fall also die Einrede zu verstehen, die Wechselgläubigerin habe den Wechsel erworben in Kenntnis erstens der widerrechtlichen Aneignung des Blankowechsels durch den Aussteller und zweitens der Einwendungen, welche dem Aussteller entgegengestanden haben. (Vgl. GÖTZINGER, Kommentar zum Wechselrecht S. 407.) Diese *exceptio doli* gehört zu den Einreden im Sinne des Art. 811 OR, die nicht aus dem Wechselrecht hervorgehen, sondern dem Wechselschuldner gegen den Kläger oder Aberkennungsbeklagten persönlich zustehen. (BGE 54 II S. 41.) Damit sie aber begründet sei, genügt nicht der böse Glaube des Klägers (oder Aberkennungsbeklagten) im weitern Sinn, d. h. ein blosses Kennensollen der Einwendungen darf dem tatsächlichen Wissen nicht gleichgestellt werden. Art. 3 Abs. 2 ZGB, der den guten Glauben demjenigen abspricht, welcher bei der gebotenen Auf-

merksamkeit nicht gutgläubig sein konnte, ist also nicht anwendbar; ebensowenig OR Art. 790, der beim Fall des abhanden gekommenen Wechsels auch den tatsächlich Gutgläubigen zur Herausgabe verpflichtet, wenn ihm eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Entgegen der Auffassung des Bezirksgerichtes steht der Arglist also grobe Fahrlässigkeit des Indossators nicht gleich. (Vgl. GÖTZINGER, a. a. O. S. 408.) Allerdings hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in bezug auf die Einrede der Arglist eine Wandlung durchgemacht. Sie steht heute nicht mehr auf dem Boden, Arglist liege nur dann vor, wenn Indossant und Indossatar im Einverständnis miteinander den Wechselschuldner um seine Einreden bringen (BGE 24 II S. 763) sondern sie anerkennt heute, dass der Erwerb des Wechsels auch dann dolos ist, wenn der Erwerber bloss wusste, dass dem Besitzer ein Einwand entgegenstand. (BGE 25 II S. 517, 54 II S. 41.) Immer aber wird ein Wissenmüssen dem wirklichen Wissen nicht gleichgestellt.

In tatsächlicher Beziehung gehen beide kantonalen Gerichte davon aus, dass Frau Dobler den Wechsel der Firma Meng G. m. b. H. nicht übergeben wollte und dass Dachzelt den Wechsel auf eine widerrechtliche Art in Besitz nahm. Entscheidende Tatsache ist jedoch nach dem oben Gesagten, ob Zwecker, der Vertreter der Beklagten, im Zeitpunkt der Entgegennahme des Wechsels wusste, unter welchen Bedingungen der Wechsel der Ausstellerin ausgehändigt werden sollte und dass diese Bedingungen nicht erfüllt waren. Darüber hat das Obergericht ausgeführt, es sei nach den Aussagen der Frau Meng und des Dachzelt nicht ausgeschlossen, dass Zwecker am 31. März 1928 dem Schreiben der Klägerin keine grosse Bedeutung beigemessen habe, dass er sich den Inhalt nicht gemerkt habe und dass er sich an das Schreiben nicht mehr erinnert habe, als der Wechsel diskontiert werden sollte. Darin liegt eine tatsächliche Feststellung des Obergerichtes, an die das Bundesgericht gemäss OG

Art. 81, da Aktenwidrigkeiten weder geltend gemacht, noch vorhanden sind, trotz schwerwiegender Bedenken und Indizien gebunden ist. (Vgl. EGGER, Kommentar zum Personenrecht Note 13 zu Art. 3 ZGB.) Die Annahme des Obergerichtes beruht auf einer Beweiswürdigung, welche das Bundesgericht nicht nachprüfen kann und für welche immerhin angeführt werden muss, dass sich das Bezirksgericht, das damit übereinstimmt, in diesem Fall durch eine Abordnung einen persönlichen Eindruck über die sehr wichtige Glaubwürdigkeit der einzelnen Zeugen bilden konnte. Hatte aber Zwecker bei der Übernahme der Wechsels durch die Beklagte keine Kenntnis oder keine Kenntnis mehr von den Vorgängen bei Dachzelt, insbesondere von der Nichterfüllung der von der Wechselschuldnerin gestellten Bedingung, so ergibt sich ohne weiteres, dass die Aberkennungsklage unbegründet ist, weil Zwecker höchstens eine grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden könnte.

Das Bundesgericht hat allerdings auch schon erklärt, es sei bei der Beurteilung der *exceptio doli* nicht allein auf den bösen Glauben beim Erwerb abzustellen, sondern darauf, ob der Wechselinhaber nach allen Vorgängen, die sich seither abgespielt haben, sich noch im Rechte befinde, wenn er von seinem formellen Rechte zum Nachteil des Ausstellers Gebrauch mache. (BGE 46 II S. 28, 54 II S. 41.) Allein für eine solche Begründung der Klage fehlt im vorliegenden Falle jede Substantierung.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. April 1930 wird bestätigt.