

und der Beklagte und Widerkläger wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten 8500 Fr. nebst 5% Zins seit 8. September 1928 zu bezahlen.

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.

50. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 23. Juni 1931

i. S. Cina und Erben Tenud gegen Schnyder.

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 40,000 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) ; 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

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 nicht 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 1 zu Art. 82 SchKG). Es wäre in einem solchen Fall auch

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 Guttheissung 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 eintreten würden. Der Brief vom 3. März

1923 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 blosse 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).

51. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 1931 i. S. Küng gegen P. Gimmi & C^{ie}.

Konkurrenzverbot im Dienstvertrag.

Der Dienstherr verliert seinen Anspruch wegen Verletzung desselben auch dann, wenn die Aufhebung des Vertrages durch ordentliche Kündigung geschehen ist, sofern er durch sein Verschulden dem Dienstpflichtigen einen wichtigen Grund gegeben hat.

Der Begriff des wichtigen Grundes nach OR Art. 360 Abs. 2 stimmt mit demjenigen des Art. 352 OR nicht überein; nach Art. 360 Abs. 2 genügt ganz allgemein ein Grund, der vernünftigerweise einen erheblichen Anlass zur Kündigung bildet.

A. — Durch Dienstvertrag vom 24. November 1923 stellte die Beklagte Firma P. Gimmi & C^{ie}, Papierhandlung in St. Gallen den Kläger, Willy Küng, als Reisenden für die Westschweiz, Basel und einen Teil des Kantons Bern an. Sein Monatsgehalt betrug ursprünglich 300 Fr. und wurde im Laufe der Zeit auf 525 Fr. erhöht. Ausserdem erhielt er eine Umsatzprovision von 2% auf den von ihm eingebrachten Aufträgen, und es wurden ihm die Spesen vergütet. Für allfällige Unregelmässigkeiten hatte er der Dienstherrin eine Kautions zu stellen, die zuletzt in einem Stammanteil der Schweizerischen Volksbank von 1000 Fr., einer Obligation von Dubied & C^{ie} von 1000 Fr. und drei Obligationen der Hypothekbank Winterthur von zusammen 1500 Fr. bestand. Ziffer 14 des Vertrages bestimmte: « Ferner verpflichtet sich Herr Willy Küng, während zwei Jahren nach seinem eventuellen Austritt aus der Firma P. Gimmi & C^{ie} weder auf dem Gebiet hiesiger Stadt, noch auf dem Gebiet derjenigen Kantone, die Herr Willy Küng für die Firma P. Gimmi & C^{ie} bereiste, weder ein gleiches Geschäft wie dasjenige der Firma P. Gimmi & C^{ie} zu gründen oder zu führen, noch in irgendwelcher Weise in einem solchen beteiligt oder betätigt zu sein. Die Konventionalstrafe beträgt 5000 Fr., welche letzterer Betrag sofort nach Verletzung des Vertrages ausbezahlt werden müsste. »

Auf Ende Oktober 1929 kündigte der Kläger den Vertrag. Dann trat er sofort als Reisender bei E. Ziegler-Huber, Papiere en gros, in Zürich ein, um für diese Firma dasselbe Gebiet zu bereisen, wie für die Beklagte. Als er von dieser Bezahlung des ausstehenden Monatslohens von 525 Fr. und der angeblich ausstehenden Provision von 350 Fr., sowie Herausgabe der hinterlegten Wertschriften verlangte, wurde ihm dies unter Berufung auf die Übertretung des Konkurrenzverbotes verweigert.