

Urteil der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,
unter Mitwirkung von Oberrichterin Lüthy-Colomb (Referentin), Oberrichterin Pfister Ha-
dorn und Oberrichter Kunz sowie Kammerschreiber Günther

vom 3. August 2009

in der Streitsache zwischen

A.

vertreten durch Rechtsanwalt X.

Gesuchsgegner/Appellant

und

B. SA

vertreten durch Fürsprecher Y.

Gesuchstellerin/Appellatin



Regeste:

- *Die Bestimmungen über die Wechselbürgschaft können auch in einer „normalen“ Betreuung auf Pfändung herangezogen werden, sofern sie von Belang sind. Die Art. 1020 ff. OR enthalten materiellrechtliche Vorschriften des Privatrechts, welche unabhängig von der nach SchKG vorgesehenen Betreibungsart zur Anwendung gelangen; indem in Art. 1022 Abs. 1 statuiert wird, dass der Wechselbürge in gleicher Weise haftet wie derjenige, für den er sich verbürgt hat, sind die Bestimmungen über die Gültigkeit eines Eigenwechsels gemäss Art. 1096 ff. OR zudem auch in einer Betreuung auf Pfändung relevant, falls sich eine nicht-konkursfähige Person als Wechselbürge verpflichtet hat.*
- *Die Form der Wechselerklärung bestimmt sich nach dem Recht des Landes, in dessen Gebiet die Erklärung unterschrieben worden ist (Art. 1087 Abs. 1 OR; vgl. den inhaltlich identischen Art. 3 des von der Schweiz ratifizierten Abkommens über die Bestimmungen des internationalen Wechselprivatrechts). Gemäss Art. 1096 Ziff. 1 enthält der eigene Wechsel die Bezeichnung als Wechsel im Text der Urkunde, und zwar in der Sprache, in der sie ausgestellt ist. Bezüglich Sprache enthält das Gesetz keine Vorschriften, sondern setzt lediglich Schriftlichkeit voraus (vgl. HONSELL/VOGT/WATTER, a.a.O., N 4 zu Art. 991 OR). Die Bestimmung sagt somit nichts dagegen aus, dass der Wechsel in einer Sprache ausgestellt wird, die nicht Landessprache ist, z.B. in der Schweiz Englisch oder Spanisch. Die englische Bezeichnung „Promissory note“ sowie die Verwendung der englischen Sprache für die übrigen Inhaltselemente steht deshalb der Gültigkeit des geltend gemachten Wechsels nicht entgegen, zumal diese Bezeichnung die korrekte, bedeutungsgleiche englische Übersetzung für den Begriff „Eigenwechsel“ darstellt, mithin nicht auslegungsbedürftig ist.*

- *Die Wechselbürgschaft ist nicht subsidiär zur gesicherten Verpflichtung. Vielmehr kann der Avalist belangt werden, ohne dass überhaupt die Leistung vom Avalaten verlangt wurde. Der Wechselbürge tritt als selbständiger, von der Verbindlichkeit des Avalaten unabhängiger Garant der Wechselforderung auf.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Keine.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

[...]

II.

[...]

III.

1.

[...]

2. Die Wechselbürgschaft (Art. 1020 – 1022 OR) ist die auf dem Wechsel oder dem Anhang angebrachte Erklärung, neben einem anderen Wechselverpflichteten für die Zahlung der Wechselsumme ganz oder teilweise mitzuhaften. Die Wechselbürgschaft wird auch als Aval, der Wechselbürge als Avalist und derjenige, auf dessen Verpflichtung sich die Wechselbürgschaft bezieht, als Avalat oder Avalierter bezeichnet. Die Wechselbürgschaft begründet eine selbständige Verpflichtung des Wechselbürgen, die von der Verpflichtung des Avalaten völlig unabhängig ist (fehlende Subsidiarität). Darin unterscheidet sich die Wechselbürgschaft von der gewöhnlichen Bürgschaft gemäss Art. 495 OR (vgl. NETZLE in HONSELL/VOGT/WATTER, BSK-OR II, 3. Auflage 2008, N 1 ff. zu Art. 1020 OR).
3. Der gültige Wechsel gilt in der gewöhnlichen Betreibung für die Wechselforderung als Schuldanerkennung des primären Wechselschuldners, dem Aussteller beim Eigenwechsel und dem Akzeptanten beim gezogenen Wechsel. Ein Protest muss nicht erhoben worden sein. Auch gegen den Wechselbürgen eines Hauptschuldners kann, ohne dass Protest erhoben werden müsste, Rechtsöffnung erteilt werden, denn dieser haftet in der gleichen Weise wie derjenige, für den er sich verbürgt hat (vg. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 152 zu Art. 82 SchKG).

4. Die Appellatin legt vorliegend als Rechtsöffnungstitel ein mit „Promissory note“ betitelttes Dokument, datierend vom 25. April 2008, ins Recht (vgl. Gesuchsbeilage 1). Dabei handelt es sich um einen Eigenwechsel nach Art. 1096 ff. OR, in welchem sich die Ausstellerin, die M. AG mit Sitz in B., verpflichtet, an die Appellatin als Wechselnehmerin gegen Vorlage des Wechsels („at sight“; vgl. Art. 1024 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 1098 Abs. 1 OR) die Summe von USD 1.8 Millionen zu bezahlen. Auf dem Wechsel ist zudem eine Erklärung des Appellanten beigebracht, gemäss welcher er dem Wechselnehmer für den Betrag von USD 180'000.00 bürgt („Avalised for an amount of USD 180.00.—by: Mr. C.“; der Begriff „aval“, wovon sich der aufgeführte Terminus „avalised“ offensichtlich ableitet, ist auch die im Englischen gebräuchliche Übersetzung für Wechselbürgschaft).

Der Eigenwechsel ist ein abstraktes Schuldbekenntnis i.S.v. Art. 17 OR, eine Schuldanerkennung in Wechselform (vgl. HONSELL/VOGT/WATTER, a.a.O., N 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 1096 – 1099 OR, mit Verweis auf BGE 127 III 559, E. 3a). Die Verbindlichkeit des Wechselbürgen entspricht derjenigen des Avalaten. Er muss zahlen, was der Avalat bezahlen müsste, falls er belangt worden wäre, ausser wenn der Wechselbürge seine Haftung auf einen Teil der Wechselsumme beschränkt hat (vgl. HONSELL/VOGT/WATTER, a.a.O., N 2 zu Art. 1022 OR). Der Wechselbürge kann gegenüber dem Wechselgläubiger alle Einreden erheben, die auch dem Avalaten zustehen würden (vgl. HONSELL/VOGT/WATTER, a.a.O., N 4 zu Art. 1022 OR). Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob überhaupt ein gültiger Eigenwechsel vorliegt (Art. 1096 und 1097 OR) und der Appellant eine gültige Wechselbürgschaft eingegangen ist (Art. 1098 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 1020 ff. OR).

Vorab ist jedoch anzumerken, dass die Bestimmungen über die Wechselbürgschaft selbstverständlich auch in einer „normalen“ Betreibung auf Pfändung herangezogen werden könne, sofern sie von Belang sind. Die Art. 1020 ff. OR enthalten materiellrechtliche Vorschriften des Privatrechts, welche unabhängig von der nach SchKG vorgesehenen Betreibungsart zur Anwendung gelangen; indem in Art. 1022 Abs. 1 statuiert wird, dass der Wechselbürge *in gleicher Weise* haftet wie derjenige, für den er sich verbürgt hat, sind die Bestimmungen über die Gültigkeit eines Eigenwechsels gemäss Art. 1096 ff. OR zudem auch in einer Betreibung auf *Pfändung* relevant, falls sich eine nicht-konkursfähige Person als Wechselbürge verpflichtet hat. Aus Art. 177 SchKG kann der Appellant daher nichts zu seinen Gunsten ableiten.

5. Gültigkeit des Wechsels

Die Appellatin macht als Rechtsöffnungstitel den als „Promissary Note“ betitelten, in englischer Sprache abgefassten Wechsel, datierend vom 25. April 2008, ausgestellt von der M. AG, geltend.

Die Form der Wechselerklärung bestimmt sich nach dem Recht des Landes, in dessen Gebiet die Erklärung unterschrieben worden ist (Art. 1087 Abs. 1 OR; vgl. den inhaltlich identischen Art. 3 des von der Schweiz ratifizierten Abkommens über die Bestimmungen des internationalen Wechselprivatrechts). Die diesbezüglich

anwendbaren Gesetzesbestimmungen von Art. 1096 und 1097 OR gründen wie das gesamte schweizerische Wechselrecht auf dem Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz (SR 0.221.554.1) sowie dem Abkommen über die Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Wechselprivatrechts (SR 0.221.554.2), beide abgeschlossen in Genf am 7. Juni 1930 (vgl. die identischen Artikel 75 und 76 der Anlage I zum Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz). Diese Abkommen wurden von den Vertragsstaaten ins jeweils inländische Recht übernommen.

Gemäss Art. 1096 Ziff. 1 enthält der eigene Wechsel die Bezeichnung als Wechsel im Text der Urkunde, und zwar in der Sprache, in der sie ausgestellt ist. Bezüglich Sprache enthält das Gesetz keine Vorschriften, sondern setzt lediglich Schriftlichkeit voraus (vgl. HONSELL/VOGT/WATTER, a.a.O., N 4 zu Art. 991 OR). Die Bestimmung sagt somit nichts dagegen aus, dass der Wechsel in einer Sprache ausgestellt wird, die nicht Landessprache ist, z.B. in der Schweiz Englisch oder Spanisch. Niemandem ist es verwehrt, sich gar in einer völlig exotischen Sprache wechselmässig zu verpflichten (so ausdrücklich: JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check, 1985, § 24, Bst. III. 1., Fussnote 4, S. 148). Entgegen den Ausführungen des Appellanten steht somit die englische Bezeichnung „Promissory note“ sowie die Verwendung der englischen Sprache für die übrigen Inhaltselemente der Gültigkeit des geltend gemachten Wechsels nicht entgegen, zumal diese Bezeichnung die korrekte, bedeutungsgleiche englische Übersetzung für den Begriff „Eigenwechsel“ darstellt, mithin nicht auslegungsbedürftig ist. Die Einhaltung der übrigen Formvorschriften wird vom Appellanten jedenfalls in oberer Instanz zu Recht nicht bestritten: Mit der Vorinstanz kann nämlich festgestellt werden, dass der Wechsel die Bezeichnung als solcher im Text der Urkunde trägt, ein unbedingtes Zahlungsversprechen einer bestimmten Summe bei Vorlage enthält, den Zahlungsort und den Namen, an dessen Ordre gezahlt werden soll, bestimmt, Tag und Ort der Ausstellung angibt sowie die Firma und die Unterschrift des Ausstellers aufführt. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen des Vorrichters unter Ziff. 11 des angefochtenen Entscheids verwiesen werden. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass ein formgültiger Eigenwechsel vorliegt.

Die Vorinstanz hat erwogen, da der Wechsel ein Wertpapier sei, könne die Rechtsöffnung nur erteilt werden, wenn die Originalurkunde vorgelegt werde. In den Beilagen zum Rechtsöffnungsgesuch lege die Appellatin lediglich eine Kopie des Wechsels vor. Da dem Gericht das Original des Wechsels aus dem Verfahren Z 09 678 jedoch vorliege, werde von einem stillschweigenden Antrag der Appellatin auf Edition der Akten des Verfahrens Z 09 678 ausgegangen, welchem stattzugeben sei. Diese Argumentation der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, zumal die Appellatin wohl lediglich im Besitze eines Originalwechsels gewesen ist, welchen sie dem Gericht bereits im Verfahren Z 09 687 hat einreichen müssen. Damit wäre es ihr unmöglich gewesen, ein erneutes Original beizubringen. Die Vorinstanz hat den Originalwechsel deshalb zu Recht zu den Akten erkannt. Dieser liegt auch dem Appellationshof vor.

6. Gültigkeit und Wirkungen der Wechselbürgschaftserklärung

Die Gültigkeit einer Wechselbürgschaft bestimmt sich nach Art. 1021 OR, welcher wie die übrigen Bestimmungen über die Wechselbürgschaft kraft Verweisung in Art. 1098 Abs. 3 OR auch auf den eigenen Wechsel Anwendung findet.

Vorliegend sind die Formvorschriften zweifellos erfüllt: Auf dem ins Recht gelegten Wechsel befindet sich eine Bürgschaftserklärung („avalised for an amount ouf USD 180'000.00“), welche vom Appellanten unterzeichnet worden ist. Die Begriffe „Wechselbürgschaft“ und „Aval“ sind Synonyme (vgl. HONSELL/VOGT/WATTER, a.a.O., N 2 zu Art. 1020 OR), so dass aus der Erklärung des Appellanten ohne weiteres auf das Eingehen einer Wechselbürgschaft geschlossen werden kann. Mangels Erklärung des Bürgen wurde die Bürgschaft für den Aussteller des Wechsels, die M. AG geleistet (Art. 1021 Abs. 4 OR).

Die Verbindlichkeit des Wechselbürgen entspricht derjenigen des Avalaten, ausser wenn der Wechselbürge seine Haftung auf einen Teil der Wechselsumme beschränkt hat (vgl. HONSELL/VOGT/WATTER, a.a.O., N 2 zu Art. 1022 OR). Im zu beurteilenden Fall hat der Appellant seine Haftung auf USD 180'000.00 beschränkt. Entgegen den Ausführungen des Rechtsvertreters des Appellanten ist die Wechselbürgschaft nicht subsidiär zur gesicherten Verpflichtung. Vielmehr kann der Avalist belangt werden, ohne dass überhaupt die Leistung vom Avalaten verlangt wurde. Der Wechselbürge tritt als selbständiger, von der Verbindlichkeit des Avalaten unabhängiger Garant der Wechselforderung auf (JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, a.a.O., § 28, Bst. I. 2., S. 187/188).

7. Der Appellant äussert sich auch in oberer Instanz nicht zur Effektivklausel des vorgelegten Wechsels („for effective USD 1'800'000.00“). Unter diesen Umständen und aufgrund der Tatsache, dass die Appellatin in ihrem Rechtsöffnungsgesuch ausdrücklich die Zahlung von Schweizer Franken und die Umrechnung des entsprechenden Betrags in US Dollars beantragt hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass es der übereinstimmende Wille der Parteien gewesen wäre, die Erfüllung der Forderung nur in der im Wechsel bezeichneten Währung (Fremdwährungsschuld), unter Ausschluss der Umrechnungsmöglichkeit in Schweizerwährung, zuzulassen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Die Rechtsöffnung ist daher auch unter Berücksichtigung von Art. 84 Abs. 2 und 1031 Abs. 3 i.V.m. Art. 1098 Abs. 1 OR zulässig.
8. Soweit der Betrag im Rechtsöffnungstitel in ausländischer Währung festgelegt ist, hat der Kläger den Umrechnungskurs am Tag der Anhebung der Betreibung zu beweisen, um die betriebene Forderung in Schweizer Währung bestimmbar zu machen (vgl. STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, S. 190). Da massgebend für die Umrechnung der Tag der Einreichung des Betreibungsbegehrens ist und die Wechselkurse vergangener Tage kaum als gerichtsnotorisch bezeichnet werden können, muss in allen Fällen dem Rechtsöffnungsbegehren ein Auszug aus einer Tageszeitung oder eine Bankbestätigung mit dem entsprechenden Wechselkurs beigelegt werden (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN,

SchkG I, a.a.O., N 41 zu Art. 82 SchKG, mit Verweis auf BGE 51 III 188). Die Umrechnungsvorschrift von Art. 1031 Abs. 1 OR (auf welche sich der Vorrichter im Übrigen entgegen den Ausführungen des Appellanten nicht berufen hat), wonach für die Umrechnung einer Fremdwährung der Kurs am Verfalltag massgebend ist, findet in einem Betreibungsverfahren keine Anwendung. Diesbezüglich kann auf den BGE 51 III 181 verwiesen werden, in welchem sich das Bundesgericht ausführlich mit dem massgebenden Umrechnungsdatum auseinandersetzt, unter Bezugnahme auf die analoge Vorschrift von Art. 84 Abs. 2 OR.

Gemäss Beleg der Appellatin über den am Tage des Betreibungsbegehrens (20. Februar 2009) geltenden Wechselkurs entsprechen USD 180'000.00 CHF 213'156.00.

Indessen wird im Betreibungsbegehren die Zahlung von lediglich CHF 204'300.00 verlangt. Dieser tiefere Betrag ist für den Rechtsöffnungsrichter massgebend (Art. 202 Abs. 1 ZPO).

Demnach ist der Appellatin für den Betrag von CHF 204'300.00 die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Gegen den Wechselbürgen eines Hauptschuldners kann die Rechtsöffnung erteilt werden, ohne dass Protest erhoben werden müsste (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, SchkG I, a.a.O., N 152 zu Art. 82 SchKG; eine Protestnote des Appellanten würde jedoch vorliegen, vgl. Gesuchsbeilage 8).

9.

[...]

IV.

[...]

Hinweis:

Das Urteil ist in Rechtskraft erwachsen.