

défendeur. Il a enfreint la règle générale de prudence qui lui interdisait de mettre sans droit en danger la sécurité des autres usagers de la route et l'obligeait par conséquent à prendre toutes les mesures propres à diminuer les risques particulièrement grands que, par sa masse, son poids et sa vitesse, l'automobile fait nécessairement courir au public.

Quelles que soient les prescriptions réglementaires — et il est établi que le défendeur ne les a pas violées — l'automobile ne doit jamais circuler à une vitesse telle, que son conducteur ne puisse l'arrêter dans l'espace de route qu'il voit complètement libre devant lui. Or — le juge du fait le constate de manière à lier le Tribunal fédéral — le soir de l'accident, il pleuvait, la visibilité était mauvaise, l'éclairage réglementaire des feux de police « était insuffisant pour permettre au conducteur de voir à quelques mètres devant lui ». En outre, la chaussée était glissante. Ces circonstances devaient engager le défendeur à se montrer extrêmement prudent, en circulant à une allure qui lui permit de s'arrêter instantanément sur place si un obstacle surgissait brusquement devant lui. Le fait qu'il n'a pas vu à temps Barruchet et n'a pu arrêter sa voiture avant de heurter le petit char montre que le défendeur n'a pas observé une vitesse lui permettant de bloquer utilement ses freins dans l'espace de route placé dans son champ visuel extrêmement restreint. D'autre part, s'il n'est pas absolument démontré qu'il ait été inattentif ni que les deux personnes assises à côté de lui l'aient empêché de manœuvrer les leviers, la présence de ces personnes était, à dire d'expert, de nature à le gêner dans ses mouvements, ce qui aurait dû l'engager à redoubler de vigilance.

Par rapport à la faute imputable au conducteur de l'automobile, celle que la Cour cantonale a mise à la charge de Barruchet, et que l'on peut effectivement retenir, apparaît légère. Lorsqu'on apprécie les fautes respectives des divers usagers de la route, on doit tenir compte des risques plus ou moins grands qu'ils font courir au public, et ne pas perdre de vue que leur diligence doit être propor-

tionnée à ce risque. Or, le risque créé par la circulation d'une automobile est très supérieur à celui que présente la circulation d'un petit char à bras. Les perfectionnements apportés aux automobiles permettent aux conducteurs d'en conformer immédiatement la vitesse, l'éclairage, etc., aux circonstances variables du moment. Dès lors, tout bien considéré, la responsabilité paraît devoir être partagée équitablement à raison de deux tiers à la charge du défendeur et d'un tiers à celle de Barruchet.

Le dommage a été fixé par le juge du fait à la somme de 16 702 fr. Cette appréciation ne prêtant point à la critique, c'est une indemnité de 11 134 fr. 66 plus 1500 fr. pour frais de procès, soit au total 12 634 fr. 66 que le défendeur doit payer à la demanderesse.

La Cour de Justice estime avec raison que les circonstances de la cause ne justifient pas l'allocation d'une somme à titre de réparation morale.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours par voie de jonction, admet partiellement le recours principal, en ce sens que le défendeur est condamné à payer à la demanderesse la somme de 12 634 fr. 66 centimes avec intérêts à 5 % dès le 27 novembre 1928, confirme pour le reste l'arrêt attaqué.

49. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Mai 1931
i. S. Rösch gegen Rabbiosi.

Grundpfandschuldübernahme beim Liegenschafts-
kauf. — ZGB Art. 832 ff. setzen als üblich voraus, dass die
Entlassung des bisherigen Schuldners durch den Gläubiger
erst nach der Eigentumseintragung angebahnt werde. Aus-
legung des internen Befreiungsversprechens nach der Ver-
kehrssitte. Darnach und nach Art. 175, 82 und 184 OR hat
der Verkäufer keinen Anspruch auf Befreiung bei der Fertigung
(Erw. 1).

Wegfall einer vorgesehenen Verrechnung infolge Rücktrittes und Schuldpflicht in bar aus dem nicht dahingefallenen Vertrag (Erw. 2).

A. — Durch öffentlich beurkundeten, als Vorvertrag bezeichneten Vertrag vom 8. September 1928 versprach der Beklagte, Angelo Rabbiosi, Baumeister in Neu-Allschwil, dem Kläger, Leopold Rösch-Binoth, Baumeister in Schönau (Baden) das im Grundbuch von Allschwil unter Nr. A. 1747 eingetragene Grundstück zum Preise von 48,000 Fr. zu verkaufen. Der Preis sollte beglichen werden durch Übernahme der bestehenden Grundpfandverschreibung von 39,500 Fr. und durch Verrechnung des Preises von 6000 Fr. für ein Automobil, Marke « Pontiac » und von 2500 Fr. für einen Posten Tapeten, die der Kläger gemäss besonderer Vereinbarung vom Tage vorher dem Beklagten verkauft hatte. Der Antritt der Liegenschaft wurde auf den 1. Oktober 1928 festgesetzt. Die Fertigung sollte spätestens am 1. Februar 1929 stattfinden. Als Vorvertrag wurde das Rechtsgeschäft bezeichnet, weil es dem Kläger freistehen sollte, bis zur Fertigung einen andern zahlungsfähigen Käufer zu stellen, der dann noch den endgültigen Kaufvertrag zu denselben Bedingungen mit dem Beklagten zu schliessen gehabt hätte. Es gelang dem Kläger jedoch nicht, einen solchen Liebhaber zu finden, und er entschloss sich, den definitiven Vertrag selber mit dem Beklagten einzugehen. Dieser verweigerte jedoch den Abschluss, bevor der Kläger solvente Bürgen gestellt und auf diese Weise den Übergang der Hypothek gewährleistet habe. Eine am 29. August 1929 angesetzte Frist bis 6. September 1929 verlief erfolglos, da der Beklagte die Weigerung aufrecht hielt, und der Kläger erklärte darauf am 7. September 1929 den Rücktritt vom Vertrag und verlangte Rückerstattung seiner Anzahlung von 8500 Fr.

B. — Am 23. Oktober 1929 hat Rösch gegen Rabbiosi Klage mit dem Rechtsbegehren erhoben, der Beklagte sei zur Zahlung von 8500 Fr. nebst 5% Zins seit 8. September 1928 zu verpflichten.

C. — Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und folgende Widerklagebegehren gestellt :

1. a) Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verurteilen, den im Vorvertrag vom 8. September 1928 zwischen den Parteien vorgesehenen Kaufvertrag über die Liegenschaft A 1747 im Grundbuch Allschwil zu unterzeichnen.

b) Er sei zu verpflichten, dem Grundbuchamt Binningen die Ermächtigung zu erteilen, ihn als Eigentümer der fraglichen Liegenschaft in das Grundbuch einzutragen.

c) Er sei zu verurteilen, auf den Zeitpunkt der Ausstellung der Ermächtigung zum fraglichen Grundbucheintrag die Schuldentlassung des Beklagten aus der Hypothekarschuld im Betrag von 39,500 Fr. gegenüber der Handwerkerbank in Basel zu erwirken.

2. Es sei dem Kläger und Widerbeklagten eine Frist von 14 Tagen, eventuell eine andere angemessene Frist vom Gericht anzusetzen, innert welcher er die sub 1a) und b) erwähnten Urkunden auszustellen hat, und innert welcher die sub 1c) erwähnte Entlassung des Beklagten zu erfolgen hat.

3. Falls der Kläger innert der ihm gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen sein sollte, sei

a) Das Grundbuchamt Binningen zu ermächtigen, den Kläger als Eigentümer der fraglichen Liegenschaft in das Grundbuch einzutragen,

b) Es sei ferner der Kläger zu verurteilen, dem Beklagten 39,500 Fr. nebst 5½% Zins seit 1. Oktober 1928 zu bezahlen.

c) Ausserdem sei das Grundbuchamt Binningen zu ermächtigen, zugunsten des Beklagten und zulasten des Klägers auf der fraglichen Liegenschaft eine Verkäufershypothek gemäss Art. 837 ZGB im Betrage von 39,500 Fr. nebst 5½% Zins seit 1. Oktober 1928 in das Grundbuch einzutragen.

D. — Das Bezirksgericht Arlesheim hat durch Urteil vom 5. September 1930 die Klage abgewiesen und die

Widerklage unter Ansetzung der im Begehren verlangten Frist von 14 Tagen in vollem Umfang gutgeheissen.

E. — Auf Berufung des Klägers hat das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft die Klage nur angebrachtermassen abgewiesen, die Widerklagebegehren unter Ziff. 1 gutgeheissen, die übrigen Widerklagebegehren aber abgewiesen.

F. — Gegen diesen Entscheid haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Der Kläger hat den Antrag auf Gutheissung der Klage und vollständige Abweisung der Widerklage gestellt.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage sei gänzlich abzuweisen und von der Widerklage sei auch das Begehren um Fristansetzung und um Anordnung der in Ziff. 3 der Widerklage verlangten Rechtsfolgen zu schützen.

G. —

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Es ist zunächst die Hauptklage zu beurteilen, und zwar ist zu untersuchen, ob der Rücktritt des Klägers vom Vorvertrag wegen Weigerung des Beklagten, diesen vor seiner Entlassung als Grundpfandschuldner zu erfüllen, zu Recht erfolgt war. Ist diese Frage zu bejahen, so ist die auf Erfüllung gerichtete Widerklage ohne weiteres abzuweisen und es entfällt dann auch die Frage, wie es sich mit der durch die Widerklage selbst verlangten Vollstreckung der materiellen Widerklageansprüche verhält, bei deren Entscheidung die kantonalen Gerichte voneinander abgewichen sind.

Nach Art. 832 Abs. 2 ZGB wird bei Übernahme der Schuldpflicht für die Pfandforderung durch den neuen Eigentümer der alte Schuldner frei, wenn der Gläubiger nicht binnen Jahresfrist schriftlich erklärt, diesen beibehalten zu wollen, und nach Art. 834 hat der Grundbuchverwalter von der Übernahme der Schuld durch den Erwerber dem Gläubiger Kenntnis zu geben. Das Gesetz

trifft also seine Regelung für den Fall, in dem zur Zeit der Eigentumsübertragung im Grundbuch lediglich das im Kaufvertrag enthaltene Befreiungsversprechen des Erwerbers, der sogenannte interne Schuldübernahmevertrag, vorliegt und die notwendige Auseinandersetzung mit dem Pfandgläubiger noch zu erfolgen hat. Das ergibt sich einwandfrei daraus, dass es von der Übernahme durch den neuen Eigentümer spricht — Eigentümer ist er erst durch den Grundbucheintrag geworden, — dass es den Grundbuchverwalter mitwirken lässt, der ja, wo er nicht zugleich Urkundsperson ist, überhaupt erst durch seine Funktion bei der Eintragung von der Schuldübernahme erfährt, und dass es die für die Erklärung des Gläubigers gesetzte Frist von der Mitteilung des Grundbuchverwalters an laufen lässt (vgl. LEEMANN, Kommentar, Note 29 zu Art. 832 ZGB). Diese Art der Schuldübernahme wird durch Art. 832 und Art. 834 ZGB also als die normale vorausgesetzt (WIELAND, Kommentar, Ziff. 2 lit. a) zu Art. 832 ZGB) und sie ist denn auch im Grundpfandverkehr allgemein üblich (BGE 40 II S. 594).

Ohne Zweifel steht es den Parteien des Kaufvertrages zu, vertraglich eine von der üblichen abweichende Regelung zu treffen und zu bestimmen, dass die Befreiung des Veräusserers vor oder wenigstens bei der Eigentumsübertragung zu geschehen habe. Im vorliegenden Falle enthält der Kaufvertrag jedoch keine solche Bestimmung, sondern es wird darin nur gesagt, dass der Kaufpreis u. a. durch Übernahme der bestehenden Hypothek mit einem angeblichen Rest von 39,500 Fr. geregelt werde. Der Wortlaut gibt also keine Anhaltspunkte, und es ist somit der Parteiwille auf dem Wege der Auslegung und Ergänzung zu ermitteln. Dabei ist nach herrschender Auffassung die Verkehrssitte heranzuziehen (von TUHR, OR I S. 242, BECKER, Kommentar, Note 12 zu Art. 18 OR, OSER, Kommentar, Note 24 zu Art. 18 OR). Als Verkehrssitte kann aber nichts anderes gelten, als die oben festgestellte Übung, zumal keine tatsächliche Feststellung der Vor-

instanz über eine von der allgemeinen abweichende lokale Übung vorliegt. Es ist auch anzunehmen, dass den Parteien die Verkehrssitte bekannt war, sodass sie vernünftigerweise eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen hätten, wenn sie einen andern Willen gehabt hätten.

Der Beklagte scheint nun freilich ausführen zu wollen, es bestehe eine Übung zwar in dem Sinne, und Art. 832 ZGB knüpfe daran an, dass tatsächlich die Befreiung des Veräusserers in der Regel nach der Übertragung des Eigentums geschehe, nicht aber in dem Sinne, dass bei der grossen Mehrzahl der Verträge der Veräusserer nach richtiger Auslegung gar keinen Anspruch auf vorherige Befreiung hätte, wenn er ihn geltend machen wollte. Er hat nämlich behauptet, Art. 832 treffe eine Regelung nur für die Fälle, wo der bisherige Schuldner es aus irgendwelchen Gründen unterlasse, seinen Anspruch vor oder bei der Fertigung durchzusetzen; dann allerdings sei die gesetzliche Regelung aus grundbuchlichen Gründen zur Beseitigung allfälliger Schwierigkeiten zwischen Unternehmer und Gläubiger erforderlich. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigelegt werden. Art. 832 und 834 setzen offenbar voraus, dass dem Normalfall, an den sie anknüpfen, auch die Rechtslage entspreche, mithin, dass der Veräusserer in der Regel keinen Anspruch auf Befreiung vor oder bei der Fertigung habe. Wenn übrigens die Verkehrssitte, also eine blosser Tatsache, bei der Auslegung eines unklaren oder unvollständigen Vertrages massgebend sein soll, geht es überhaupt nicht an, hinterher wieder die Frage aufzuwerfen, ob die Verkehrssitte auf einer richtigen Auslegung und Erfüllung der Verträge beruhe, sonst gerät man in einen *circulus vitiosus*.

Zu einer andern Lösung kommt man auch nicht bei Anwendung des Art. 175 OR, der für das Rechtsverhältnis der Parteien der internen Schuldübernahme massgebend ist (LEEMANN, Kommentar, Note 14 zu Art. 832 ZGB), und der Bestimmungen des Obligationenrechts über die Reihenfolge der Leistungen, insbesondere beim Kauf

(OR Art. 82 und 184 Abs. 2). Nach Art. 175 Abs. 2 kann der Übernehmer zur Erfüllung des Befreiungsversprechens nicht angehalten werden, solange der bisherige Schuldner ihm gegenüber den Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, die dem Schuldübernahmevertrag zu Grunde liegen. Daraus würde sich ergeben, dass die Verpflichtung des Veräusserers, das Eigentum zu übertragen, vorauszufüllen ist und dass also in casu das Begehren des Beklagten unbegründet war (BECKER, Kommentar, Note 1 zu Art. 175, HASLER, Schuldübernahme S. 121). Die Bestimmung des Art. 175 Abs. 2 OR ist jedoch als überflüssige und ungenaue Wiedergabe des in Art. 82 OR enthaltenen Rechtssatzes bezeichnet worden; trotz des irreführenden Wortlautes hätten in Ermangelung einer Verabredung beide Leistungen Zug um Zug zu erfolgen (von TUHR OR II S. 765 Note 19). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Kritik begründet und ob Art. 175 Abs. 2 auf die interne Schuldübernahme nur im Sinne des Art. 82 anzuwenden ist. Jedenfalls ist der Vorinstanz, die im Anschluss an die zitierte Bemerkung aus dem Schrifttum so entschieden hat, entgangen, dass in Art. 82 die Leistung Zug um Zug nicht nur vom Inhalt, sondern auch von der Natur des Vertrages abhängig gemacht wird, und dass nach dem Art. 184 Abs. 2, der auf die Leistungspflicht des Verkäufers anwendbar ist, auch die Übung eine Vorleistungspflicht daraus machen kann. Diese Übung besteht, wie festgestellt wurde, sodass das Ergebnis dasselbe ist wie bei der wortlautgemässen Anwendung des Art. 175 Abs. 2, sofern es sich eben um eine Grundpfandschuldübernahme im Liegenschafts Kauf ohne abweichende Verabredung handelt.

Wenn die Entscheidung des Obergerichtes richtig wäre und wenn die Verkäufer von ihren Rechten auch Gebrauch machen würden, müsste sich daraus nicht nur ergeben, dass die Art. 832 ff. ZGB im Normalfall überflüssig wären, sondern es würde auch zu einer namhaften Erschwerung des Liegenschaftsverkehrs kommen. Ein-

mal müsste der Gläubiger, damit der Austausch wirklich Zug um Zug erfolgen könnte, auch zur Fertigung aufgebieten werden, oder vorher schriftlich eine bedingte Entlassungserklärung abgeben; beides wäre gleich umständlich. Ausserdem ist überhaupt zu beachten, dass der Anspruch des Veräusserers gegenüber dem Erwerber keineswegs auf eine bestimmte Art der Befreiung geht, sondern nur auf Befreiung an sich (BECKER, Kommentar, Note 5 zu Art. 175 OR, OSER, Kommentar, Note 10 zu Art. 175, HELLWIG, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 165), sodass Entlassung des Veräusserers durch den Gläubiger gar nicht Gegenstand des Anspruches des Veräusserers ist, der Zug um Zug zu erfüllen wäre. Die Verkehrssicherheit würde ohne Zweifel darunter leiden, dass der bisherige Schuldner es auf diese Weise in der Hand hätte, seinen naturgemäss inhaltlich unbestimmten Erfüllungsanspruch schon auf den Zeitpunkt der Fertigung geltend zu machen.

Die hier vertretene Lösung wird auch den Interessen des Altschuldners gerecht. Soweit seine Schuld durch das Pfand gedeckt ist, läuft er ohnehin keine Gefahr, und darüber hinaus hat er bei Ausbleiben der Befreiung nach Art. 175 Abs. 3 ein gerechtfertigtes Interesse an der Sicherstellung durch den Übernehmer (LEEMANN, Kommentar, Note 15 zu Art. 832 ZGB). Gerade die Bestimmung des Art. 175 Abs. 3 geht, wenn man sie auf die Übernahme der Grundpfandschulden durch den Liegenschaftserwerber anwendet, von der Voraussetzung aus, dass die Leistung des bisherigen Schuldners schon erfolgt sei, sonst stände ihm der Rücktritt gemäss Art. 107 Art. 107 Abs. 2 zur Verfügung (LEEMANN, Kommentar, Note 15 zu Art. 832).

Da also der Beklagte die Fertigung zu Unrecht abgelehnt hat, durfte der Kläger entgegen der Ansicht der Vorinstanz nach erfolglosem Ablauf der angesetzten Frist gemäss Art. 107 OR von dem zweiseitigen Vertrag zurücktreten. Dem Umstand, dass er seinen Wohnsitz

im Ausland hatte, kommt, das ist noch beizufügen, keine Bedeutung zu; ausserdem hat er mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass er die übrigen 8500 Fr. vertragsgemäss geleistet hatte.

2. — Nach Art. 109 OR hat der Zurücktretende Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten. Darunter ist grundsätzlich die Rückerstattung in natura zu verstehen, und nur wenn das Geleistete nicht mehr vorhanden ist, tritt die Bereicherung, nicht etwa der volle Wert, an seine Stelle (BECKER, Kommentar, Note 2 zu Art. 109). Im vorliegenden Fall ist jedoch über das Automobil und die Tapeten ein gesonderter Vertrag abgeschlossen worden, von dem der Kläger mit seiner Erklärung vom 7. September 1929 nicht zurückgetreten ist. Es ist daher der Preis dieses besondern Kaufes in bar geschuldet, nachdem die in Aussicht genommene Verrechnung mit dem Rest des Liegenschaftskaufpreises nicht mehr möglich ist. Insofern ist es unrichtig, wenn der Anspruch als Rückerstattungsanspruch bezeichnet wurde. Es ist der Erfüllungsanspruch aus dem Vertrag vom 7. September 1928. Der Beklagte hat freilich behauptet, der Preis von 8500 Fr. sei übersetzt gewesen und nur im Hinblick auf den Liegenschafts Kauf gewährt worden. Darin kann jedoch keine zulässige Anfechtung, auch keine Geltendmachung eines Minderungsanspruches hinsichtlich des Fahrniskaufes erblickt werden, wie das Bundesgericht in einem (unveröffentlichten) Entscheid vom 17. September 1930 i. S. Elsener gegen Amsler erkannt hat. Die Klage muss also gutgeheissen werden, während die Widerklage und die Berufung des Beklagten sich als unbegründet erwiesen haben

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung des Klägers und die Klage werden gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Basel-Landschaft vom 6. Februar 1931 wird aufgehoben

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 beigefügt 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