

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est partiellement admis, l'arrêt attaqué est annulé et la recourante est condamnée à payer 6213 fr. 60 à l'intimé, contre livraison par celui-ci de 152 appareils « Perfecta » suivant contrat du 13 août 1948.

**48. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Mai 1953**  
i. S. Füglistaler gegen Firma Möbel-Hurst.

*Aberkennungsklage.*

Ihr Wesen und ihre Wirkung.

Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung des Anspruches aus einem zweiseitigen Verträge, der zur Leistung Zug um Zug verpflichtet.

*Action en libération de dette.*

Notion et effets.

Conditions auxquelles est soumise l'exécution forcée d'une prétention fondée sur un contrat bilatéral en vertu duquel les prestations doivent être simultanées.

*Azione di disconoscimento di debito.*

Nozione ed effetti.

Condizioni cui è sottoposta l'esecuzione forzata d'una pretesa fondata su un contratto bilaterale che prevede prestazioni simultanee.

A. — Am 24. Mai 1951 unterzeichneten Hans Füglistaler und Ernst Grossert « für die in Gründung begriffene Aktiengesellschaft Interra » mit der Firma Möbel-Hurst einen Kaufvertrag über die Lieferung von Möbeln, die zur Ausstattung von Büro-, Arbeits- und Konferenzräumen hätten dienen sollen und von denen gewisse Stücke nach besonderen Plänen herzustellen waren. Am 3. Juni 1951 machte die Verkäuferin eine Teillieferung. Da weder Anzahlung noch Sicherheit geleistet wurde, nahm sie die Möbel am 4. Juli 1951 wieder zurück. In einem Schreiben vom gleichen Tage teilte sie Füglistaler mit, sie halte die Möbel bei ihr lagernd zur Verfügung und setze eine Frist von 5 Tagen zur Abnahme gegen Bezahlung. Schliesslich leitete sie am 11. Juli 1951 für den Fakturabetrag von Fr. 5241.— mit Zins und Kosten gegen Füglistaler Betrei-

bung ein und erwirkte auf Rechtsvorschlag hin die provisorische Rechtsöffnung durch Einzelrichterverfügung vom 8. August 1951.

B. — Innert nützlicher Frist klagte Füglistaler auf Aberkennung der ganzen Forderung. Da die Beklagte einzelne Möbel aus der für den Kläger angefertigten Lieferung verkauft hatte, nahm das Bezirksgericht mangelnde Erfüllungsbereitschaft an und schützte die Klage zur Zeit. Anhand nachträglichen Vorbringens der Beklagten ergab sich jedoch im zweitinstanzlichen Verfahren, dass die betreffenden Möbelstücke ersetzt worden und im Verkaufsgeschäft vorhanden waren. In Anbetracht dessen wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage mit Urteil vom 28. November 1952 ab.

C. — Diesen Entscheid zog der Kläger mittels Berufung an das Bundesgericht. Er verlangt die Gutheissung des Aberkennungsbegehrens.

Die Beklagte beantragt Abweisung.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Als die Beklagte am 4. Juli 1951 im Einverständnis mit dem Kläger ihre Lieferung wieder abholte, beugte sie einer Auslegung dieser Massnahme als Rücktritt vom Verträge durch schriftliche Erklärungen vor, in denen sie als Grund das Ausbleiben von Zahlung oder Sicherheitsleistung nannte, die Möbel am Lager zur Verfügung stellte und unter Androhung von Zwangsvollstreckung Frist zur Abnahme gegen Bezahlung setzte. Die Berufung wendet ein, dass zur Zeit der Klagebeantwortung die Erfüllungsbereitschaft gefehlt habe, da die Möbel unmittelbar nach der Rechtsöffnungsverhandlung durch Inserat zum Kaufe angeboten und wenigstens teilweise verkauft worden seien, und dass darin der Rücktritt vom Verträge durch schlüssiges Verhalten liege. Allein die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, der Kläger könne nichts daraus herleiten, dass der Kaufsgegenstand vorübergehend nicht übergabebereit war, nachdem er seinerseits die Beklagte

nicht in Verzug gesetzt noch ihr Zahlung angeboten habe. Konkludenter Rücktritt vom Vertrage entfällt, weil ja die Beklagte die Möglichkeit hatte, die Möbel wieder anzufertigen, und das auch tat.

2. — In der Bestreitung der Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers durch den auf Zahlung des Kaufpreises betriebenen Käufer liegt eingeschlossen die Einrede, dass der Käufer nur Zug um Zug zu leisten habe. Sie ist von der Vorinstanz nicht beachtet worden. Wenn das angefochtene Urteil, das die Aberkennungsklage abweist und damit die provisorische Rechtsöffnung zur definitiven werden lässt (Art. 83 Abs. 3 SchKG), bestehen bliebe, würde die Vollstreckung ihren Fortgang nehmen, ohne dass der Schuldner noch in der Lage wäre, den Kaufpreis erst gegen Lieferung der Ware zu entrichten. Er müsste dann die Verkäuferin, sofern sie ihrem Erfüllungsangebot nicht freiwillig nachkäme, auf Lieferung der unter Zwang bezahlten Möbel in einem neuen Prozess belangen. Dieses Ergebnis wäre unzulässig, weil gleichbedeutend mit der Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug. Wohl bestimmt Art. 82 OR, dass, wer bei zweiseitigen Verträgen den andern zur Erfüllung anhalten wolle, entweder bereits erfüllt haben oder « die Erfüllung anbieten » müsse. Aber unter dem Angebot ist im allgemeinen die Realoblation, das effektive Anbieten vertragsgemässer Leistung zu verstehen. Mag ausnahmsweise unter besonderen, vorliegend übrigens nicht verwirklichten Umständen (vgl. darüber z. B. VON TUHR, OR II S. 471, und BECKER, Kommentar zu Art. 82 OR N. 22 f) die Verbaloblation genügen, so jedenfalls nur im Hinblick auf Durchsetzungsmittel, die den Grundsatz des Leistungsaustausches zu wahren erlauben, und nicht für die auf Festlegung einseitiger Leistungspflicht ausgerichtete Schuldbetreibung. Hier kann erst die Hinterlegung gemäss Art. 91/92 OR wegen Verzugs des Lieferungsgläubigers dem Verkäufer gestatten, den Zahlungsbefehl für den Kaufpreis zu erlassen. Gerade für den Kauf geht das schon aus der gesetzlichen

Ordnung hervor. Art. 213 OR bestimmt, dass ohne Verabredung eines anderen Zeitpunktes der Kaufpreis mit dem Übergange des Kaufgegenstandes in den Besitz des Käufers fällig wird. Darin sieht BECKER (Kommentar zu Art. 213 OR N. 1) richtig eine Anwendung der Regel, « dass im Zweifel Zug um Zug zu erfüllen sei ». Auch VON TUHR (OR II S. 462) betrachtet die Leistung des Verkäufers als Voraussetzung des Anspruches an den Käufer. Scheitert die Übergabe der Sache an der Annahmeverweigerung des Käufers, so ändert das, selbst wenn man mit VON TUHR (OR II S. 451 N. 47) trotzdem den Eintritt der Fälligkeit unterstellt, die Verpflichtung zur Erfüllung Zug um Zug nicht dahin ab, dass nunmehr der Käufer vorzuleisten hätte. Vielmehr handelt es sich nach wie vor um eine Austauschschuld. Durch ihre Vorenthaltung kommt der Käufer in Verzug. Und der Verkäufer hat, falls er zur Zwangsvollstreckung schreiten will, sich vorher nach den einschlägigen Vorschriften in Art. 91/92 OR durch Hinterlegung der Sache von der eigenen vertraglichen Verbindlichkeit zu befreien. Denn würde er im ordentlichen Prozesswege auf Leistung des Kaufpreises klagen, so hätte er weiterhin die Einrede zu gewärtigen, dass der Käufer nur gegen Übergabe der Kaufsache zur Zahlung verpflichtet sei, und das Urteil würde alsdann nur unter entsprechender Auflage an den Kläger den Beklagten zur Erfüllung verhalten. Diese Rechtslage darf nicht dadurch umgangen werden, dass der Verkäufer — wie das die eigentümliche Ausgestaltung der schweizerischen Schuldbetreibung, deren Anhebung keinen vollstreckbaren Titel voraussetzt, an sich erlaubt — für die Verfolgung seiner Kaufpreisforderung direkt das Zwangsverfahren wählt, in welchem der Anspruch des Betriebenen auf die Gegenleistung nicht mehr zur Geltung gebracht werden kann.

3. — Es ist auch nicht angängig, die Aberkennungsklage mit der Einschränkung abzuweisen, dass der Kläger nur gegen Leistung bestellungskonformer Möbel seitens des

Verkäufers zur Zahlung verpflichtet sei, wie die Berufungsantwort andeutet. Der Zahlungsbefehl, als bedingungslose Aufforderung zur Entrichtung des Kaufpreises, ist nicht begründet, und er kann nicht durch einen solchen Vorbehalt hinterher zum begründeten gemacht werden. Dass für Zahlung gegen Lieferung im Betreibungsverfahren kein Raum ist, wurde bereits dargelegt. Aus dem Gesagten erhellt weiter, dass nicht etwa — sollte die Beklagte derartige Vorstellungen hegen — eine so beschränkte Klageabweisung die Rechtsöffnung in Abhängigkeit vom Realangebot der Gegenleistung zu bringen vermöchte. An das Aberkennungsurteil schliesst sich kein zweites Rechtsöffnungsverfahren an, weil eben jenem vom Gesetz direkte Wirkung auf den Fortgang der Betreibung verliehen ist. Davon abgesehen könnte im Aberkennungsprozess die nach Zustellung des Zahlungsbefehls entstandene oder erst noch entstehende Begründetheit der Betreibungsforderung nicht beachtet werden. Wenn die neuere Rechtsprechung zwar die frühere Praxis gelockert hat, dass im Aberkennungsstreit bloss darüber zu befinden sei, ob die Forderung und das Recht zur Durchsetzung im Betreibungswege bei Erlass des Zahlungsbefehls bestanden, so erachtet sie doch beides als notwendig für die Klageabweisung, weshalb nachträglich eingetretener Schuldgrund nicht weniger als nachträglich eingetretene Fälligkeit unberücksichtigt zu bleiben hat (vgl. BGE 72 III 56, 68 III 87).

4. — Da durch einfachen Schutz der Aberkennungsklage die Schuld rechtskräftig verneint würde, das Urteil also auch einem neuen Zahlungsbefehl nach Hinterlegung der Möbel entgegenstände, ist die Gutheissung nur zur Zeit auszusprechen, wie es das Bezirksgericht getan hat. Was die Berufung hiegegen vorträgt, beruht auf Verkennung der Natur der Aberkennungsklage. Diese ist negative Feststellungsklage, welche sich allerdings an Betreibungseinleitung und Rechtsöffnung angliedert, aber nicht, wie die formell betreibungsrechtlichen Klagen, in der betrei-

bungsrechtlichen Auswirkung erschöpft, sondern auf Feststellung mit materieller Rechtskraft zielt. Wahr ist, dass im nämlichen Betreibungsverfahren nur eine Aberkennungsklage angestrengt werden kann. Aber das ist Folge der Einfügung dieser materiellrechtlichen Klage in den Ablauf der Zwangsvollstreckung, liegt nicht in ihrem Wesen begründet und ist darum kein Argument gegen die Zulässigkeit einer Gutheissung zur Zeit.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Es wird die Berufung gutgeheissen, das Urteil der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichtes vom 28. Dezember 1952 aufgehoben und die Aberkennungsklage zur Zeit geschützt, demzufolge die mit Einzelrichterverfügung vom 8. August 1951 in der Betreibung Nr. 15075 des Betreibungsamtes Zürich 2 für den Betrag von Fr. 5241.— nebst 5 % Zins ab 5. Juli 1951 sowie Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten und Fr. 5.— Umtriebsentschädigung erteilte provisorische Rechtsöffnung beseitigt.

49. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour civile du 8 septembre 1953 dans la cause Clivaz contre de Bary et consorts.

En matière d'obligations ayant pour objet une somme d'argent, les mesures d'exécution prévues par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite sont seules admissibles (art. 38 LP).

Est par conséquent illégale la décision qui ordonne à un débiteur à titre de mesure provisoire de restituer une somme d'argent sous la menace de sanctions pénales (art. 2 disp. trans. Cst.).

Bei Verpflichtungen, deren Gegenstand in einer Geldsumme besteht, sind nur die im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetze vorgesehenen Vollstreckungsmassnahmen zulässig (Art. 38 SchKG).

Ungesetzlich ist daher die Entscheidung, die einem Schuldner im Sinn einer einstweiligen Verfügung unter Strafandrohung aufgibt, eine Geldsumme zurückzuerstatten (Art. 2 Üb.-Best. zur BV).

In materia d'obbligazioni che hanno come oggetto una somma di denaro sono ammissibili soltanto le misure esecutive previste dalla legge sull'esecuzione e il fallimento (art. 38 LEF).