

Verkäufers zur Zahlung verpflichtet sei, wie die Berufungswantwort 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).

È quindi illegale la decisione che ordina ad un debitore, a titolo provvisorio, la restituzione d'una somma di denaro sotto comminatoria di sanzioni penali (art. 2 disp. trans. CF).

A. — Clivaz était administrateur-directeur de la Société immobilière Vert-Vennes S.A. et de la Société La Messagère S.A., qui possédaient un seul et même compte de chèques, n° II 15737 à Lausanne. A la demande de Raymond de Bary, principal sinon seul actionnaire des deux sociétés, il a donné, le 9 décembre 1952, sa démission tant de ses fonctions d'administrateur que des autres emplois qu'il exerçait dans lesdites sociétés. Alors que celles-ci avaient renouvelé leurs conseils d'administration, Clivaz a contesté la validité de sa démission pour cause de vices de volonté, a retiré le carnet de chèques postaux du coffre où il était enfermé et s'est fait remettre la somme de 2800 fr. sur le montant du compte.

Par exploit du 23 décembre 1952, Raymond de Bary a demandé au Président de la Cour civile du Tribunal cantonal d'ordonner notamment à Clivaz, à titre de mesures provisoires, « de verser immédiatement au compte de chèques postaux n° II 15737 la somme de 2800 fr. prélevée indûment », dire que « séquestre est imposé sur cette somme en quelques mains qu'elle se trouve et qu'il lui est interdit d'en disposer sous les peines de droit », — la police locale étant d'ores et déjà requise de prêter main-forte pour l'exécution de l'ordonnance.

Le 10 janvier 1953, le Président de la Cour civile a rendu une ordonnance ainsi conçue :

« I. Interdiction est faite à René Clivaz d'engager par sa signature la Société immobilière Vert-Vennes S.A. et la Société La Messagère S.A.

» II. Défense est faite à René Clivaz de faire un prélèvement quelconque sur le compte de chèques postaux II 15737 et l'Office de Lausanne, ainsi que dans les banques détenant de l'argent pour le compte des deux sociétés précitées, notamment l'Union de banques suisses à Lausanne.

» III. Défense est faite à René Clivaz de pénétrer dans les immeubles propriété de deux sociétés précitées.

» IV. René Clivaz est tenu de consigner immédiatement au service des consignations juridiques de la Banque cantonale vaudoise à Lausanne la somme de 2800 fr. qu'il a prélevée le 22 décembre 1952 sur le compte de chèques postaux II 15737.

» V. Faute par René Clivaz de procéder à cette consignation dans le délai de trois jours dès signification du présent prononcé, la somme précitée sera séquestrée... »

Sur recours de Clivaz, la Cour civile du Tribunal cantonal a rendu la décision suivante :

« I. Le recours est admis partiellement.

II. L'ordonnance de mesures provisionnelles rendue par le Président de la Première Chambre de la Cour civile le 10 janvier 1953 est réformée en ce sens que les chiffres IV et V du dispositif sont annulés et remplacés par les dispositions qui suivent :

a) René Clivaz est autorisé à charger à ses frais l'expert Bernard Amstutz de dresser un inventaire sommaire des objets mobiliers lui appartenant et de ceux qui sont la propriété des intimés ou de tiers qu'il a transportés des établissements « La Messagère » et « Vert-Vennes » à son domicile personnel ou de celui-ci dans l'un ou l'autre desdits établissements.

b) Acte est donné à René Clivaz de l'offre des intimés de lui remettre, dès qu'il aura donné à l'expert les moyens d'ouvrir les coffres, secrétaire et autres objets mobiliers dont il détient les clefs, son livret de service, les deux passeports personnels et tous les autres papiers d'état civil de lui-même ou de sa famille qui peuvent s'y trouver.

c) René Clivaz est tenu de reverser immédiatement au compte de chèques postaux n° II 15737 dont sont titulaires la clinique « La Messagère » et la maison de convalescence « Vert-Vennes », Lausanne 10, la somme de 2800 fr. qu'il y a prélevée sans droit le 22 décembre 1952.

Sitôt ladite somme reversée par Clivaz, l'office postal bloquera à concurrence de 2800 fr. le compte précité jusqu'à jugement définitif ou accord de déblocage des deux parties.

d) Faute de reverser ladite somme dans le délai de six jours dès la signification du présent arrêt, René Clivaz pourra être puni des arrêts ou de l'amende (art. 292 CPS).

L'ordonnance du 10 janvier 1953 est maintenue pour le surplus.

III. Toutes autres conclusions sont rejetées. »

B. — Clivaz a interjeté contre ce jugement un recours en nullité. Ce recours tend à la nullité des lettres c et d du chiffre II du dispositif du jugement.

Le recourant soutient que l'ordre qui lui a été intimé de verser la somme de 2800 fr. au compte de chèques postaux et la décision de bloquer cette somme une fois versée est en réalité une mesure destinée à garantir le recouvrement d'une créance et qu'il s'agit là par conséquent d'une matière exclusivement régie par le droit fédéral.

L'intimé de Bary a conclu au rejet du recours.

*Considérant en droit :*

Le Tribunal cantonal a admis que c'est sans aucun droit que le recourant a retiré, le 22 décembre 1952, la somme de 2800 fr. du compte de chèques postaux des deux sociétés, car il n'avait plus qualité pour disposer du compte à ce moment-là. Si les billets et les espèces qu'il a retirés avaient été individualisés et qu'ils se fussent trouvés encore en sa possession, ils auraient pu, il est vrai, faire l'objet d'une mesure de séquestration de droit cantonal et la restitution en être exigée sous peine de sanctions en cas d'inexécution. Mais tel n'est pas le sens de la décision attaquée, attendu que les billets et espèces prélevés par le recourant se trouvaient depuis longtemps mélangés avec les siens. La décision tendait en réalité à amener Clivaz à verser la somme de 2800 fr. au compte, autrement dit à la rembourser aux deux sociétés. Le droit fédéral ne s'oppose pas à ce que cette restitution soit ordonnée par une décision provisionnelle, mais l'exécution de cette mesure relève du droit fédéral tel qu'il est réglé par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, celle-ci étant applicable à l'exécution forcée qui a pour objet une somme d'argent, à l'exclusion de toute mesure d'exécution de droit cantonal. Le fait que l'art. 80 LP n'accorde la mainlevée qu'en vertu de décisions judiciaires tranchant définitivement une prétention de droit matériel et n'admet pas qu'une simple décision provisoire puisse constituer un titre propre à justifier la mainlevée ne saurait être considéré comme une raison de permettre aux cantons d'instituer des mesures d'exécution particulières. En matière d'obligations ayant pour objet une somme d'argent, les mesures d'exécution prévues par la loi fédérale sont en effet seules admissibles et ne sauraient être complétées par le droit cantonal. Il n'existe donc pas de moyens de contraindre un débiteur à exécuter une décision provisionnelle. Or la menace dont le recourant était l'objet constituait indiscutablement un moyen de contrainte, et c'est en quoi justement la décision

attaquée viole le droit fédéral. En revanche, rien ne se serait opposé à ce que le Tribunal cantonal ordonnât le blocage du compte de chèques postaux une fois que le recourant eût versé la somme de 2800 fr. ; il n'est pas contraire au droit fédéral d'ordonner des mesures destinées à prévenir des prélèvements sur un compte.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est admis partiellement, en ce sens que le dispositif n° II lettre d du jugement attaqué est annulé. Il est rejeté pour le surplus.

**50. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. April 1953 i. S. VOP-Stadtplan A.-G. gegen Hegner.**

*Art. 181 und 176 OR.*

Bedeutung des Hinweises auf eine Bilanz in der öffentlichen Anzeige an die Gläubiger bei Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven.

Übernahme von in der öffentlichen Verlautbarung erkennbar ausgeschlossenen Verpflichtungen durch Einzelkundgebung gegenüber dem betreffenden Gläubiger.

*Art. 181 et 176 CO.*

Portée de la référence à un bilan dans l'annonce publique aux créanciers faite en vue de la reprise d'une affaire avec l'actif et le passif.

Manifestation particulière de volonté à l'égard d'un créancier, impliquant la reprise d'obligations que l'annonce publique excluait d'une manière reconnaissable.

*Art. 181 e 176 CO.*

Portata del riferimento ad un bilancio nell'avviso pubblico ai creditori in vista dell'assunzione d'un'azienda con l'attivo e il passivo.

Manifestazione particolare di volontà nei confronti d'un creditore, la quale implica l'assunzione di obbligazioni che l'avviso pubblico escludeva in modo riconoscibile.

*Sachverhalt.*

Am 13. Juni 1949 schloss Ernst Lüthi mit Emil Hegner « namens der in Gründung begriffenen VOP-Stadtplan A.-G. » einen Dienstvertrag für die Dauer von zunächst 2 Jahren ab. Darin wurde vereinbart, dass Hegner ein