

qu'allègue le recourant, si le créancier déclare que, faute de paiement, il résilie le contrat et requiert l'expulsion, il modifie, par un acte unilatéral, le fond même du droit. Cette particularité donne à son choix le caractère exclusif qui fait défaut en l'espèce.

5. — Dans son arrêt Heidemann, du 16 mai 1935, le Tribunal a adopté une solution divergente touchant l'application de l'art. 41 al. 2 LP (poursuite tendante au recouvrement d'intérêts ou d'annuités garantis par hypothèque, RO 61 III 70). Il n'y a pas lieu de rechercher, en l'espèce, si les motifs du présent arrêt ne conduiraient pas à un renversement de cette jurisprudence.

*La Chambre des poursuites et des faillites*

rejette le recours.

**37. Entscheid vom 1. September 1941 i. S. Huber.**

Ein Urteil, das den Schuldner nicht unbedingt, sondern nur gegen Empfang der vom Gläubiger zu liefernden Ware (« Zug um Zug ») zur Zahlung verpflichtet, genügt nicht zur Fortsetzung der durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibung, wenn der Schuldner die ihm seit dem Urteil angebotene Ware nicht als vertragsgemäss gelten lässt.

Art. 79 (278) SchKG.

Un jugement qui ne condamne pas le débiteur à payer d'emblée une certaine somme mais seulement contre livraison de marchandises par le créancier (exécutions simultanées) ne permet pas de continuer la poursuite arrêtée par l'opposition, lorsque le débiteur n'accepte pas la marchandise offerte après le jugement, en contestant qu'elle soit conforme au contrat.

Art. 79 (278) LP.

Una sentenza, che non condanna il debitore a pagare incondizionatamente una certa somma, ma soltanto dietro simultanea fornitura di merci da parte del creditore, non basta per poter continuare l'esecuzione contro cui è stata interposta opposizione, qualora il debitore non accetti la merce offerta dopo la sentenza, contestando ch'essa sia conforme al contratto.

Art. 79 (278) LEF.

A. — Für eine Forderung aus Kaufvertrag über 6 Auto-Heizapparate « Moto-Calor » nahm der Rekurrent am

17. Februar 1939 gegenüber dem Rekursgegner einen Arrest heraus, den er dann durch Betreibung und Klage prosequierte. Am 29. August 1940 erlangte er ein rechtskräftiges Urteil des Bezirksgerichts Zürich, das den Beklagten verpflichtete, « an den Kläger — gegen gleichzeitige Übergabe der sechs im Februar 1939 gekauften Moto-Calor-Apparate in Zürich — zu bezahlen Fr. 847.50 nebst 5% Zins... » Am 21. März 1941 hinterlegte der Gläubiger auf dem Betreibungsamte zu Händen des Schuldners 6 Moto-Calor-Apparate und stellte das Pfändungsbegehren. Das Amt gab diesem Folge und teilte dem Schuldner mit, die Apparate stehen zu seiner Verfügung.

B. — Der Schuldner bestritt jedoch die Identität der hinterlegten mit den seinerzeit gekauften Apparaten und rügte verschiedene Mängel. Er focht deswegen die Pfändung auf dem Beschwerdeweg an und erlangte deren Aufhebung in dem Sinne, dass es bis auf weiteres bei der blossen Arrestierung zu bleiben habe. Beide kantonalen Instanzen sind der Auffassung, zur Fortsetzung der Betreibung bedürfte es eines weitern, ein richtiges Erfüllungsangebot des Gläubigers feststellenden Gerichtsurteils oder allenfalls eines Rechtsöffnungsentscheides. Demgegenüber hält der Gläubiger mit dem vorliegenden Rekurs daran fest, dass die Beschwerde des Schuldners abzuweisen sei.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
zieht in Erwägung :*

Mit Recht haben die Vorinstanzen es abgelehnt, über die Einreden des Schuldners hinwegzuschreiten oder sie im Beschwerdeverfahren selbst zu beurteilen. Ein gegenüber dem Rechtsvorschlag des Schuldners vom Gläubiger im Forderungsprozess nach Art. 79 SchKG erstrittenes Urteil, wodurch ihm die Forderung ganz oder teilweise zugesprochen wird, schliesst allerdings nach ständiger Rechtsprechung für den anerkannten Betrag die definitive

Rechtsöffnung in sich, gleichgültig ob der Richter dies ausdrücklich erklärt und ob er überhaupt auf die Betreuung Bezug nimmt (vgl. BGE 64 III 76). Allein dies gilt nicht bei einer nur gegen Übergabe der Ware durch den Gläubiger zu erfüllenden Zahlungspflicht, wie das Bezirksgericht sie in seinem Urteil vom 29. August 1940 ausgesprochen hat, aus der Erwägung, die Zahlungsverpflichtung des Beklagten müsse von der richtigen Übergabe der Apparate abhängig gemacht werden, weil der Kläger es unterlassen habe, über den heutigen Standort der Kaufgegenstände etwas auszuführen. Bei dieser Verurteilung zur Leistung « Zug um Zug » ist zwar die beidseitige Leistungspflicht als bei der Arrestlegung bereits fällige festgestellt, aber nur als gegenseitig bedingte, so dass die Fortsetzung der Betreuung, die nach der Ordnung des schweizerischen Vollstreckungsverfahrens nur eine unbedingte sein kann, auf Grund eines solchen Urteils nicht stattfinden darf. Mit der Wendung « gegen Übergabe... » ist der Beklagte nicht etwa auf eine ihm bereits einwandfrei zur Verfügung stehende Gegenleistung hingewiesen, so dass seine Zahlungspflicht als eine unbedingte ausgesprochen wäre; vielmehr ist die richtige Übergabe der Ware durch den Verkäufer als eine Bedingung vorbehalten, über deren Erfüllung das Urteil nichts enthält, wie denn die Hinterlegung, die der betriebene Schuldner beanstandet, erst mehrere Monate seit Ausfällung des Urteils vorgenommen wurde. Ob angesichts der vom Kläger erst noch zu erfüllenden Voraussetzung die Verurteilung des Beklagten zur Leistung « Zug um Zug » überhaupt am Platze war, oder ob die Klage hätte als vorzeitig abgewiesen werden sollen (vgl. BGE 58 II, 411), haben die Betreibungsbehörden nicht zu prüfen. Wie dem auch sei, ist nach dem rechtskräftigen Urteil des Bezirksgerichts die Zahlungspflicht des Schuldners an eine Bedingung geknüpft, über deren Erfüllung ihrerseits noch keine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorliegt. Dazu wird der Gläubiger kaum auf dem Weg eines

Rechtsöffnungsverfahrens gelangen, wo ja keine über den Inhalt des als Titel vorzulegenden Urteils hinausgehende materielle Entscheidung zu treffen ist, sondern nur mit einer neuen Klage. Er hätte sich die zweimalige Klagerhebung ersparen können, wenn er die Ware schon vor Erhebung der Arrestprosequierungsklage oder doch wenigstens so früh im Sinne von Art. 92 OR hinterlegt hätte, dass über deren Vertragsgemässheit noch im nämlichen Prozesse hätte entschieden und im Falle der Bejahung eine unbedingte Zahlungspflicht des Schuldners ausgesprochen werden können. Die Frage, ob trotz Untauglichkeit des vorgelegten Urteils als Grundlage zu unmittelbarer Fortsetzung der Betreuung der Arrest Nr. 18/1939 noch gewahrt sei, ist nicht Gegenstand dieses Rekursverfahrens.

*Demnach erkennt die Schuldbetr. -u. Konkurskammer:*

Der Rekurs wird abgewiesen.

### 38. Entscheid vom 8. September 1941 i. S. Möhl.

*Betreibungskosten*, durch Militärdienst des Schuldners bedingte: sie fallen nicht zu Lasten des Schuldners (BGE 66 III 45),  
 — handle es sich um ordentliche, wegen des Rechtsstillstandes nicht ausführbare Betreibungsmaßnahmen  
 — oder um besondere, wegen solchen Rechtsstillstandes notwendig werdende Verrichtungen, namentlich die Erkundigung beim militärischen Kommando nach Art. 17 Abs. 3 der Vo des BR vom 24. Januar 1941 über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung und dem Kreisschreiben Nr. 29 des BG vom 7. Februar 1941, S. 1 ff. hiervor;  
 — auf diesen amtlichen Meldedienst kann der Gläubiger durch eine dem Betreibungsamte zum voraus abgegebene Erklärung verzichten.

*Les frais de poursuite* causés par le service militaire du débiteur ne tombent pas à sa charge (RO 66 III 45). Peu importe que ces frais visent  
 — des mesures de poursuite ordinaires rendues inexécutables du fait de la suspension  
 — ou des opérations particulières nécessitées par cette suspension, telles que la demande de renseignements auprès du commandement militaire selon l'art. 17 al. 3 de l'ord. du CF du 24 janvier 1941 atténuant à titre temporaire le régime de l'exé-