

## S. 411 / Nr. 69 Obligationenrecht (d)

BGE 58 II 411

69. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. September 1932 i. S. Eclairage Dufaux S. A. und Dufaux gegen Sport A.-G.

Regeste:

Verurteilung zu einer Leistung «Zug um Zug». Herbeiführung der Vollstreckbarkeit durch ein weiteres (Feststellungs-) Urteil (Erw. 1). Dieses Feststellungsurteil ist ein Haupturteil in einer Zivilrechtsstreitigkeit des eidgenössischen Rechtes. OG Art. 56 (Erw. 2).

Seite: 412

Die Rechtsbehelfe der Art. 107 ff. OR sind auch nach der rechtskräftigen Verurteilung zur Leistung «Zug um Zug» gegeben (Erw. 3).

Eintritt des Verzuges nach dieser Verurteilung (Erw. 5).

Abweisung der Einrede der abgeurteilten Sache in Bezug auf den Verzugszins, wenn die Verzinsungsfaktoren im ersten Urteil nicht enthalten waren (Erw. 6).

Verzugszinsen tragen auch nach Betreibung oder Klage keine Verzugszinsen. Art. 106 Abs. 3 OR (Erw. 6).

A. - In den Jahren nach 1920 gingen die Parteien, Eclairage Dufaux S. A. und Charles Dufaux einerseits und die Sport A.-G. andererseits, mehrere Verträge miteinander ein, welche die wirtschaftliche Ausbeutung der Erfindung eines Beleuchtungsapparates für Motor- und Fahrräder betrafen.

Im Jahre 1926 kam es vor den Genfer Gerichten zu einem Prozess zwischen den Parteien. Die Streitfrage der Sport A.-G. als Klägerin lautete: «Déclarer bon et valable le laissé pour compte exercé par la Sport A.-G. comprenant:» (Es folgt die Aufzählung der zur Verfügung gestellten Apparate); ausserdem verlangte die Sport A.-G. Bezahlung der Beträge von 56151 Fr. 90 Cts., 45801 Fr. 75 Cts., 1738 Fr. 60 Cts. und 10000 Fr. Zins zu 6% davon seit 13. März 1932, wobei sie aber der Gegenpartei die Kompensation mit dem Betrag von 40000 Fr. für die Lizenzgebühren der Jahre 1924 und 1925 gemäss Vertrag vom 22. Dezember 1922 zugestand. Die Eclairage Dufaux S. A. und Charles Dufaux erhoben Widerklage auf Abnahme und Bezahlung von:

a) 700 Taschenlampen zu 6861 Fr. 40 Cts.;

b) 4241 Reflektoren zu 3816 Fr. 90 Cts.;

c) 6159 Schlusslichter zu 12318 Fr.

sowie auf Verurteilung der Klägerin zur Entrichtung von 3000 Fr. als Schadenersatz für Kreditschädigung und von 40000 Fr. für Lizenzgebühren; schliesslich verlangten die Beklagten Aufhebung des Vertrages vom 22. Dezember 1922.

Nachdem beide Parteien gegen das erstinstanzliche Urteil appelliert hatten, verurteilte die Cour de justice

Seite: 413

civile des Kantons Genf die Sport A.-G. zur Bezahlung von 6841 Fr. 40 Cts. für die Taschenlampen, 12318 Fr. für die Schlusslichter und 40000 Fr. für Lizenzgebühren, alle Summen nebst Verzugszins, und gab der Klägerin Kenntnis, «de ce que contre paiement des sommes ci-dessus visées sous lettres a et b, la S. A. Dufaux et Dufaux sont prêts à livrer à Sport A.-G. sept cents lampes de poche et six mille cent cinquante-neuf feux arrières»; die Verpflichtung zur Bezahlung und Lieferung der Reflektoren fiel weg. Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil am 26. Oktober 1927.

Am 12. November 1927 leiteten die Dufaux S. A. und Charles Dufaux Betreibung für die Summen von 6841 Fr. 40 Cts. und 12318 Fr. ein. Die Sport A.-G. schlug Recht vor und setzte den betreibenden Gläubigern in einem Schreiben vom 21. November 1927 Frist bis 28. November zur Lieferung der Taschenlampen und Schlusslichter an, unter Androhung, dass sie sonst auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz verlangen werde.

Hierauf liessen die Dufaux S. A. und Charles Dufaux durch ihren Anwalt am 25. November 1927 Folgendes antworten:

«Mes clients maintiennent leur offre de livraison, mais la subordonnent en vertu de leur droit de rétention non seulement du prix de vente des dits appareils, qui doit être dans tous les cas payé comptant, mais encore au règlement préalable de la créance entière de mes clients telle qu'elle a été fixée définitivement par justice.»

Am 26. November 1927 liess die Sport A.-G. darauf durch ihren Anwalt erwidern:

«Par la présente vos mandats sont invités encore une fois à livrer ces 700 lampes de poche et ces

6159 feux arrières et la Sport S. A. propose le mode de livraison suivant: Cette marchandise est expédiée grande vitesse à un camionneur à Bienne qui a l'ordre de la délivrer à Sport S. A. uniquement contre versement des sommes visées sous chiffre 1 litt. a et b du jugement, comme le

Seite: 414

jugement le prévoit. La Sport S. A. se réserve naturellement d'examiner cette marchandise. La marchandise doit être expédiée sans faute encore lundi prochain... Si vos mandats ne livraient pas dans le délai, la Sport S. A. renoncerait à la livraison et réclamerait des dommages-intérêts.»

Am 7. Dezember verlangten die Eclairage Dufaux S. A. und Charles Dufaux in der am 12. November gegen die Sport A.-G. eingeleiteten Betreibung Rechtsöffnung, wurden aber durch den Gerichtspräsidenten von Biel abgewiesen, weil das Urteil keine abstrakte Verpflichtung enthalte, sondern bloss die Verpflichtung zu einer Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung. Im gleichen Sinn entschied der Appellationshof des Kantons Bern im Rekursverfahren am 12. Januar 1928. Darauf liessen die Dufaux S. A. und Charles Dufaux der Sport A.-G. schriftlich mitteilen, sie seien nach wie vor zur Lieferung der Ware bereit. Die Sport A.-G. berief sich aber auf die abgegebene Verzichtserklärung. Eine neue Betreibung der Dufaux S. A. und des Charles Dufaux hatte denselben negativen Erfolg; der Rechtsöffnungsrichter erklärte, es müsse im ordentlichen Verfahren entschieden werden, ob die Sport A.-G. zum Rücktritt befugt gewesen sei, und sein Entscheid wurde durch den Appellationshof am 21. März 1928 bestätigt.

B. - Am 27. März 1930 haben die Eclairage Dufaux S. A. und Charles Dufaux gegen die Sport A.-G. in Biel folgende Klage erhoben: Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern zu bezahlen:

a) 5677 Fr. - Cts. nämlich 6% Zins von 20000 Fr. vom 1. Januar 1925 bis 12.

November 1927 = 3438 Fr. 70 Cts. und von 20000 Fr. vom 1.

Januar 1926 bis 12. November 1927 = 2238 Fr. 70 Cts. unter

Abzug des Zinses der Gegenforderungen der Sport A.-G. bis 12.

November 1927:

Seite: 415

b) 6861 Fr. 40 Cts. nebst 6% Zins seit 30. April 1923 als Gegenwert von 700 Taschenlampen;

c) 12318 Fr. - Cts. nebst 6% Zins seit 30. April 1923 als Gegenwert von 6159

Schlusslichtern, und die Kläger haben die Erklärung abgegeben,

gegen Bezahlung dieser Schuld stünden der Beklagten die

Taschenlampen und Schlusslichter nach wie vor zur Verfügung.

Darauf hat der Anwalt der Beklagten den Antrag gestellt, die Beklagte sei zu ermächtigen, sich in ihrer Antwort auf die Einrede der abgeurteilten Sache zu beschränken, sowie auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes. Es handle sich um eine Streitsache, welche bereits durch zwei Genfer Gerichte und das Bundesgericht rechtskräftig beurteilt worden sei.

D. - An der Vorbereitungsverhandlung vor dem Handelsgericht des Kantons Bern haben die Kläger die Erklärung abgegeben, dass sie ihre Leistungsklage in folgende Feststellungsklage abändern:

1. Positiv: Es sei festzustellen, dass die Kläger ihre Bereitschaft, der Sport A.-G. gegen Bezahlung von 6841 Fr. 40 Cts. und von 12318 Fr. 700 Taschenlampen und 6159 rote Schlusslichter zu liefern, erfüllt haben,

2. negativ: dass der von der Sport A.-G. am 29. November 1927 oder später erklärte Verzicht auf die Lieferung der erwähnten Taschenlampen und Schlusslichter ihre Schuldpflicht für die 6841 Fr. 40 Cts. und 12318 Fr. nebst Zins nicht getilgt hat,

3. Positiv: dass die Sport A.-G. den Klägern seit dem 30. April 1923 6% Verzugszins von 6841 Fr. 40 Cts. und 12318 Fr. schuldet und es sei die Sport A.-G. zur Zahlung dieser Zinsbeträge zu verurteilen,

4. Positiv: dass die Sport A.-G. für die laut Urteil des Bundesgerichtes vom 26. Oktober 1927 schuldigen

Seite: 416

40000 Fr. an Zins zu entrichten hat 5677 Fr. wovon in Abzug zu bringen ist der Zins der Gegenforderungen der Sport A.-G. von 1900 Fr. 164 Fr. 80 Cts. und 9118 Fr. 15 Cts. vom Tage der noch zu bestimmenden Fälligkeit bis zum 12. November 1927.

E. - Darauf hat die Vorinstanz das Gesuch der Beklagten als gegenstandslos erklärt.

F. - In der Klagebeantwortung sodann hat die Beklagte um Abweisung der Klagebegehren 1 und 2 und um Feststellung des Gegenteils ersucht und ferner den Antrag gestellt, auf die Rechtsbegehren 3 und 4 sei nicht einzutreten, eventuell seien sie abzuweisen.

G. - Durch Urteil vom 4. Mai 1932 hat das Handelsgericht des Kantons Bern die Klagebegehren 1 bis 3 abgewiesen und Klagebegehren 4 in dem Sinne teilweise geschützt, dass es die Beklagte zur Bezahlung von 2115 Fr. 80 Cts. nebst Zins zu 5% seit 12. November 1927 an die Kläger verpflichtet

hat.

H. - Gegen dieses Erkenntnis haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen; die Kläger haben den Antrag gestellt, es seien die Feststellungsbegehren 1 bis 3 der Klage zu schützen, während die Beklagte beantragt hat, auf Klagebegehren 4 sei nicht einzutreten, eventuell sei es abzuweisen.

I ...

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die zweite Instanz des Kantons Genf hatte in dem vom Bundesgericht bestätigten Urteile vom 3. Juni 1927 eine Verurteilung der damaligen Klägerin und Widerbeklagten «Zug um Zug» ausgesprochen, wie sie das deutsche BGB in § 322 ausdrücklich vorsieht, in der schweizerischen Literatur zugunsten der Abweisung der Klage «zur Zeit» jedoch meistens abgelehnt wird (OSERSCHÖNENBERGER, Kommentar, N. 5 ZU Art. 82 OR; BECKER, Kommentar, N. 1 zu Art. 82 OR). Mit Recht hat jedoch das Handelsgericht ausgeführt, dass heute

Seite: 417

lediglich noch die Frage zur Diskussion stehe, ob das in Rechtskraft erwachsene Urteil von 1927, so wie es damals ausgefällt wurde, vollstreckbar sei, sodass auch nicht mehr zu untersuchen ist, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen für eine Verurteilung «Zug um Zug», allenfalls gegeben gewesen waren. In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht ist nun davon auszugehen, dass die eigentliche Vollstreckung nur beginnen darf, wenn bewiesen ist, dass der Schuldner für seine Gegenansprüche befriedigt ist oder dass er sich im Annahmeverzug befindet (STEIN-JONAS, Die ZPO für das deutsche Reich, Ziff. III zu § 726; ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes S. 582/83). Dieser Beweis kann, wenn der Gläubiger definitive Rechtsöffnung verlangt hat, in der Regel nur an Hand eines zweiten Urteils erbracht werden (vgl. auch JAEGER, Kommentar zum SchKG N. 3 zu Art. 80). Im vorliegenden Fall hat gerade die Feststellungsklage der beiden ersten Rechtsbegehren den Zweck, ein solches Urteil zu beschaffen. Die Frage der Zulässigkeit einer Feststellungsklage wird dabei durch das kantonale Recht beherrscht, sofern das Bundesrecht die Klage nicht ausdrücklich oder implicite vorsieht (BGE 55 II S. 138 ff.), und das Handelsgericht hat denn auch angenommen, dass das durch Art. 174 der bernischen ZPO geforderte rechtliche Interesse an einem Feststellungsurteil in casu vorhanden sei, indem die Klägerschaft der Feststellung eben für die Erlangung der definitiven Rechtsöffnung bedürfe.

2.- Das angefochtene Urteil erweist sich sodann als ein der Berufung unterliegendes, letztinstanzliches kantonales Haupturteil in einer Zivilrechtsstreitigkeit, welche durch das kantonale Gericht unter Anwendung eidgenössischen Rechtes entschieden worden ist (OG Art. 56 und 58). Insbesondere an der Berufungsvoraussetzung, dass es sich um eine Zivilrechtsstreitigkeit handle, kann kein Zweifel bestehen; nachdem das Urteil von 1927 eine Verurteilung «Zug um Zug» verhängt hatte, blieb das

Seite: 418

seinerzeit zwischen den Parteien durch den Kaufvertragsabschluss entstandene Rechtsverhältnis des materiellen Rechtes aufrecht, und der Streit dreht sich nunmehr um die Feststellung, ob die Kläger für ihre daraus hervorgehende Leistung erfüllungsbereit gewesen seien und ob der Rücktritt der Beklagten zu Recht erfolgt sei.

3.- Wer auf Grund einer Verurteilung «Zug um Zug» gegen den andern Teil vorgehen will, muss entsprechend der Bestimmung des Art. 82 OR entweder schon erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten. Dass die Kläger schon erfüllt, d. h. die Taschenlampen und Schlusslichter schon geliefert hätten, ist von ihnen nicht einmal behauptet worden. Streitig ist also, wie auch aus den beiden Feststellungsbegehren hervorgeht, nur die Erfüllungsbereitschaft, und zwar muss zunächst abgeklärt werden, ob die Kläger damals, als die Beklagte den Rücktritt erklärte, erfüllungsbereit oder ob sie im Verzuge gewesen seien, denn es ist klar, dass die gegenwärtige Erfüllungsbereitschaft den Klägern nichts mehr nützen würde, wenn die Beklagte im November 1927 befugt gewesen ist, vom Verträge zurückzutreten.

Die Kläger haben allerdings sowohl vor Handelsgericht, als vor Bundesgericht den Standpunkt eingenommen dass nach der rechtskräftigen Verurteilung «Zug um Zug» eine private Fristansetzung durch die Beklagte nach Obligationenrecht nicht mehr zulässig gewesen sei; vielmehr sei die Beklagte in diesem Stadium ausschliesslich auf die amtliche Vollstreckung angewiesen gewesen und habe sich ihrer rechtskräftig beurteilten Verpflichtung zu einer Geldleistung gegen Warenlieferung nicht mehr entledigen können. Für diese Ansicht haben sich die Kläger auf eine Stelle des Kommentars von LEUCH zur bernischen ZPO (Anm. 5 zu Art. 397) berufen, wonach die Heranziehung obligationenrechtlicher Rechtsbehelfe für die Vollstreckung gerichtlicher Vergleiche ausgeschlossen sei und dies a fortiori auch für die Vollziehung gerichtlicher Urteile gelten müsse. Allein die Vorinstanz hat mit

Seite: 419

Recht bemerkt, dass die Kläger den Ausschluss der Rechtsbehelfe der Art. 107 ff. OR zu Unrecht auch auf die Verurteilung «Zug um Zug» anwendbar wissen wollen, während der Autor des genannten Werkes offenbar nur Vergleiche im Sinne hatte, in denen aus irgend einem Grunde auch der andern Partei eine Leistung auferlegt wird. Wenn das Handelsgericht übrigens entschieden hat, dass neben der amtlichen Vollstreckung eine Fristansetzung durch eine Partei nicht unzulässig sei, hat es unter Auslegung und Anwendung des kantonalen Prozessrechtes so erkannt, denn die Zwangsvollstreckung für die Verpflichtung zur Übergabe von Sachen steht unter der Herrschaft des kantonalen Rechts (OR Art. 97 Abs. 2), und der angefochtene Entscheid ist für das Bundesgericht verbindlich; das Bundesrecht kennt keine Vorschrift, wonach Art. 107 ff. des OR nicht angewendet werden dürften, nachdem die Verpflichtung Gegenstand eines Urteils gebildet hat.

4.- ...

5. Die Kläger haben sodann geltend gemacht, sie seien nicht im Verzuge gewesen, denn die Beklagte habe kein Recht gehabt, Ablieferung der Ware in Biel zu verlangen. Allein diese Argumentation geht insofern fehl, als Erfüllungsort für die Warenlieferung nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR zwar Genf, Bestimmungsort bei diesem Distanzkauf aber Biel war und die Kläger als Verkäufer die Pflicht hatten die Ware zu versenden (OR Art. 189; OSER-SCHÖNENBERGER N. 20 zu Art. 74 OR). Andererseits hatte der Anwalt der Kläger als Antwort auf die erste Fristansetzung der Beklagten vom 21. November 1927 am 25. November 1927 erwidert, dass die Warenlieferung auch an die Bedingung geknüpft werde, dass auch eine weitere Summe bezahlt werde, zu welcher die Cour de Justice die Beklagte zwar verurteilt, welche sie aber nicht der «Zug um Zug»-Leistung unterworfen hatte. Darin lag nun eine entschiedene Lieferungsverweigerung der Kläger, zu welcher sie nicht befugt waren, und welche

Seite: 420

die Beklagte dagegen berechnete, ohne Realangebot ihrerseits Frist anzusetzen. Das hat sie am 26. November 1927 in unzweideutiger Weise getan; hinsichtlich der Einwendung, die Frist sei zu kurz gewesen, ist auf die zutreffenden und erschöpfenden Erwägungen des Handelsgerichtes zu verweisen. Der Rücktritt der Beklagten war deshalb gültig, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen, soweit es die Feststellungsbegehren 1 und 2 der Klage abgewiesen hat.

Damit fällt aber auch das Klagebegehren 3 als unbegründet dahin, denn wenn der Vertrag durch den Rücktritt der Beklagten aufgehoben wurde, fiel auch die Verpflichtung zur Verzinsung der Summen von 6841 Fr. 40 Cts. und 12318 Fr. dahin.

- Hinsichtlich des vierten Rechtsbegehrens der Klage hat das Handelsgericht zum vorneherein den Zinsfuss von 6 auf 5% herabgesetzt, was von den Klägern nicht angefochten worden ist. Diese haben auch keinen Einspruch dagegen erhoben, dass von der so reduzierten Zinssumme von 4726 Fr. eine Gegenforderung der Beklagten von 2610 Fr. 20 Cts. in Abzug gebracht worden ist.

Der Berufungsantrag der Beklagten, es sei auf Punkt 4 der Klage überhaupt nicht einzutreten, da hier die *exceptio rei iudicatae* erhoben werden könne, ist ohne weiteres abzulehnen. Da im ersten Prozess die Faktoren der Verzinsung nicht beurteilt worden sind, kann von einem rechtskräftigen Entscheid darüber nicht die Rede sein. Die Genfer Gerichte hatten in dem vom Bundesgericht bestätigten Erkenntnis lediglich *intérêts de droit* zugesprochen, das heisst die nach Gesetz geschuldeten Zinse, sodass die Höhe für den Streitfall einem spätem Verfahren vorbehalten blieb. Wenn nun aber die Beklagte eventuell Abweisung des Klagebegehrens No. 4 verlangt hat, setzte sie sich in einen offensichtlichen Widerspruch mit ihrer Einrede der abgeurteilten Sache, denn dass grundsätzlich Zinse geschuldet sind, war damals schon erkannt worden.

So bleibt nur noch die Frage streitig, ob die Vorinstanz

Seite: 421

von dem an Zins nach Abzug der Gegenforderung geschützten Betrag von 2115 Fr. 80 Cts. wiederum Zins zu 5% seit der Fälligkeit, d. h. seit dem 12. November 1927 zusprechen durfte, oder ob sie damit gegen Art. 105 Abs. 3 OR verstossen hat. Die Frage ist in letzterem Sinne zu entscheiden; Verzugszinse dürfen nach dem klaren Wortlaut von Art. 105 Abs. 3 auch von der Betreuung oder Klage an keine Verzugszinsen tragen (VON TUHR, OR I 62, II 543/44, a. A. OSER SCHÖNENBERGER, Kommentar N. 4 zu Art. 105 OR).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung der Kläger wird abgewiesen