Urteilskopf

109 II 26

8. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Februar 1983 i.S. Intravend AG gegen Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori (Berufung)
Regeste (de):
Vollstreckung eines Wandelungsurteils; Zulässigkeit der Berufung.

1. Entscheide im Befehlsverfahren nach §§ 222 ff. ZPO/ZH als berufungsfähige Zivilrechtsstreitigkeiten im Sinne von Art. 46 OG (E. 1).

2. Befehlsverfahren zur Vollstreckung eines Wandelungsurteils; Frage der Rechtskraft (E. 2a und b).

3. Wandelung Zug um Zug; Voraussetzungen der Haftung des Käufers für die sorgfältige Aufbewahrung der Sache zwischen Wandelung und Rückgabe (analoge Anwendung von Art. 890 ZGB; E. 3).

4. Holschuld und Rückgabeangebot des Käufers; Gläubigerverzug des Verkäufers (E. 4).

Regeste (fr):
Exécution d'un jugement admettant la résolution d'un contrat de vente; recevabilité du recours en réforme.

1. Décisions rendues dans le cadre d'une procédure d'exécution selon les §§ 222 ss de la loi zurichoise de procédure civile, considérées comme concernant des contestations civiles susceptibles de recours en réforme au sens de l'art. 46 OJ (consid. 1).

2. Procédure d'exécution d'un jugement admettant la résolution d'un contrat de vente; force de chose jugée? (consid. 2a et b).

3. Résolution de la vente "trait pour trait"; conditions de la responsabilité de l'acheteur pour une conservation soigneuse de la chose entre la résolution et la restitution (art. 890 CC applicable par analogie; consid. 3).

4. Dette quérable et offre de restitution de l'acheteur; demeure du vendeur, créancier de l'obligation de restitution (consid. 4).

Regesto (it):
Esecuzione di una sentenza con cui è stata stabilita la risoluzione di un contratto di vendita; ammissibilità del ricorso per riforma.

1. Decisioni pronunciate nel quadro della procedura ingiuntiva di cui ai §§ 222 segg. del Codice di procedura civile zurighese, considerate come emanate in cause civili e impugnabili con ricorso per riforma ai sensi dell'art. 46 OG (consid. 1).

2. Procedura ingiuntiva destinata all'esecuzione di una sentenza con cui è stata stabilita la risoluzione di un contratto di vendita; questione relativa alla crescita in giudicato di tale sentenza (consid. 2a, b).

3. Risoluzione mediante prestazioni simultanee della vendita; presupposti della responsabilità del compratore per la custodia diligente della cosa nel periodo di tempo tra la risoluzione e la restituzione (art. 890 CC applicabile per analogia; consid. 3).

4. Obbligazione da adempiere nel luogo in cui si trova la cosa e offerta di restituzione da parte del compra-

tore; mora del venditore, creditore dell'obbligazione di restituzione (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 26

BGE 109 II 26 S. 26

A.- Die Intravend AG verkaufte am 13. Januar 1965 dem Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori eine Grabenmaschine zum Preis von Fr. 185'513.–.

BGE 109 II 26 S. 27

B.- Mit Urteil vom 1. November 1976 hiess das Obergericht des Kantons Zürich eine Widerklage der Käufer auf Wandelung des Vertrages gut, indem es die Intravend AG verpflichtete, dem Consorzio gegen Rückgabe der Maschine "samt aller Zubehör, Bestandteile und Ersatzteile in dem Zustand, in welchem sich diese heute befinden", den bisher geleisteten Kaufpreis von Fr. 110'000.– nebst Zins zurückzuzahlen. Dieses Urteil wurde am 12. Oktober 1977 vom Bundesgericht bestätigt. Auf Begehren des Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori stellte der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich am 30. September 1981 im Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 1 ZPO/ZH fest, die Kläger hätten die Grabenmaschine der Beklagten gehörig zur Rückgabe angeboten. Er befahl der Beklagten daher, die Maschine samt allem Zubehör, den Bestand- und Ersatzteilen in Manno (TI) abzuholen. Ein Rekurs der Beklagten gegen dieses Urteil ist vom Obergericht des Kantons Zürich am 6. September 1982 abgewiesen worden.

C.- Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Sie beantragt, die Entscheide der beiden Vorinstanzen aufzuheben und festzustellen, dass die Kläger ihre Leistung gemäss Urteil vom 1. November 1976 nicht erbracht hätten; eventuell sei die Sache zu weiteren Beweiserhebungen und zu neuer Entscheidung an den Einzelrichter zurückzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Berufung ist abgesehen von den in Art. 44 lit. a bis e und Art. 45 lit. b OG abschliessend aufgezählten Fällen nur in Zivilrechtsstreitigkeiten zulässig (Art. 44 Abs. 1 und Art. 46 OG). Darunter versteht die Rechtsprechung ein kontradiktorisches Verfahren zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen in ihrer Eigenschaft als Trägerinnen privater Rechte oder zwischen solchen Personen und einer Behörde, die nach Bundesrecht die Stellung einer Partei hat; das Verfahren spielt sich vor dem Richter oder einer anderen Spruchbehörde ab und bezweckt die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse (BGE 107 II 501 E. b, 505, BGE 106 II 366, BGE 101 II 368 E. b mit Verweisungen). Diese Umschreibung kann auch Streitigkeiten einschliessen, die im summarischen Verfahren, namentlich im

BGE 109 II 26 S. 28

Befehlsverfahren gemäss §§ 222 ff. ZPO/ZH zu erledigen sind (BGE 106 II 96 E. b mit Verweisungen).
Ist ein Urteil zu vollstrecken, das wie das Wandelungsurteil vom 1. November 1976 die Pflichten einer Partei von einer Gegenleistung abhängig macht oder eine Bedingung enthält, so entscheidet im Streitfall der Richter in einem separaten Prozess, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 74 BZP; BGE 94 II 268 E. 4, BGE 90 III 75, BGE 67 III 116 ff., BGE 58 II 416 f.; siehe auch GULDENER, in ZSR 80/1961 II S. 33; JAEGER, N. 3 und 9 zu Art. 80 SchKG; ferner BGE 103 II 113 E. 5). Das zürcherische Recht sieht gemäss § 304 Abs. 2 ZPO dafür das summarische Befehlsverfahren vor (vgl. STRÄULI/MESSMER, 2. Aufl., N. 11 und 12 zu § 304 ZPO). Indem der Befehlsrichter feststellt, dass die umstrittenen Voraussetzungen vorliegen, ergänzt er das bedingte Urteil, macht es vollstreckbar und befindet so nicht bloss über eine nicht berufungsfähige, einfache Vollstreckungsmassnahme, sondern über eine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinn der genannten Umschreibung. Derartigen Entscheiden im Vollstreckungsverfahren kommt nach § 212 Abs. 1 in Verbindung mit § 222 Ziff. 1 ZPO zudem die nämliche Rechtskraftwirkung zu wie Urteilen im ordentlichen Verfahren. Der angefochtene Beschluss ist daher auch ein Endentscheid im Sinn von Art. 48 OG (BGE 106 II 96 E. b, BGE 104 II 220 E. 3, BGE 103 II 251 /252; STRÄULI/MESSMER, N. 6 zu § 212 ZPO). Der Streitwert gemäss Art. 64 OG ist gegeben. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

2. Nach Auffassung der Vorinstanz haben die Kläger die Rückgabe der Grabenmaschine richtig angeboten, als sie die Beklagte mit Schreiben vom 8. November 1977 aufforderten, die Maschine im damaligen Zustand in Manno (TI) abzuholen und gleichzeitig den Kaufpreis zurückzuerstatten. Die Beklagte erblickt darin eine Verletzung der Rechtskraft des Wandelungsurteils vom 1. November 1976, weil damit den Klägern erlaubt werde, weniger (namentlich nicht alle Bestandteile der Maschine) zurückzugeben, als dieses Urteil ausdrücklich angeordnet habe. a) Gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c OG sind neue Einreden im Berufungsverfahren unzulässig. Die Rechtskraft ist nach der zürcherischen ZPO mittels Einrede geltend zu machen (§ 191 Abs. 4 ZPO; STRÄULI/MESSMER, N. 24 f. zu § 191 ZPO; N. 9 zu § 107 ZPO). Die Beklagte behauptet nicht, diese Einrede in der vom kantonalen Recht vorgeschriebenen Form (vgl. BGE 96 II 450

oben) erhoben zu haben, und auch den Ausführungen im angefochtenen Beschluss ist dazu nichts zu entnehmen. Die Frage, ob die Einrede deswegen unzulässig ist, kann jedoch offen gelassen werden, ebenso, ob bei bundesrechtlichen Ansprüchen die abgeurteilte Sache nur auf Einrede hin oder von Amtes wegen zu beachten sei (vgl. BGE 105 II 155 E. a, BGE 104 II 149, BGE 95 II 643 mit Hinweis auf die Lehre). Nach Bundesrecht steht jedenfalls die Rechtskraft eines früheren Urteils einer neuen Klage nur bei Identität der Ansprüche entgegen; daran fehlt es, wenn der Kläger neue erhebliche, seit dem Vorprozess eingetretene Tatsachen geltend macht (BGE 105 II 270, 151 E. 1, BGE 97 II 395 E. 4). b) Das Urteil vom 1. November 1976 hat über die gegenseitigen Ansprüche der Parteien infolge Wandelung des Kaufvertrages entschieden, wogegen im vorliegenden Verfahren die Rechtsfolgen zu bestimmen sind, die eintreten, weil die Beklagte angeblich mit ihrer Rückleistung des Kaufpreises im Verzug ist und die Maschine als Gegenleistung wegen der seit 1976 eingetretenen Entwertung nicht annehmen will. Es liegen daher neue, den Vollzug des Wandelungsurteils betreffende Tatsachen vor, die mit dem beurteilten Anspruch auf Wandelung selbst nichts zu tun haben. Von einer Identität der Ansprüche kann daher keine Rede sein.

3. Die Vorinstanz nimmt an, die Beklagte habe das Angebot der Kläger auf Rückgabe der Maschine zu Unrecht abgelehnt und befinde sich daher im Annahmeverzug. Sie anerkennt zwar, dass seit dem Wandelungsurteil Bestandteile der Maschine, Zugehör und Ersatzteile abhanden gekommen sind. Es erübrige sich indes,

den Sachverhalt beweismässig näher abzuklären, da seit dem Wandelungsurteil die Beklagte die Gefahr der Sache trage, die Kläger für die Verluste nicht hafteten und die Maschine mit oder ohne die fehlenden Teile ein "Nonvaleur" sei, weshalb die Beklagte nicht auf der Rückgabe dieser Teile beharren dürfe. Die Beklagte hält dem entgegen, ein gehöriges Rückgabeangebot liege nicht vor; die Kläger hafteten gemäss Art. 420 OR für die sorgfältige Aufbewahrung der Kaufsache, ausserdem verletze der Beschluss Art. 4 BV und Art. 8 ZGB. a) Das Wandelungsurteil vom 1. November 1976 geht zutreffend (BGE 83 II 24; von TUHR/ESCHER, § 64 I Anm. 8, S. 58) davon aus, Leistung und Gegenleistung seien analog der Erfüllung zweiseitiger Verträge (Art. 82 OR) Zug um Zug zurückzugeben, so dass grundsätzlich nur derjenige Vertragspartner den andern zur Leistung anhalten darf, der bereits selbst geleistet oder seine Leistung

gehörig angeboten hat. Mit der analogen Anwendung von Art. 82 OR begründet die Rechtsprechung bisweilen auch obligatorische Retentionsrechte (vgl. BGE 92 II 267 E. 3). Die Eigentumsübertragung aufgrund eines Kaufvertrages ist ein kausales Rechtsgeschäft (BGE 96 II 150 E. 3, BGE 93 II 375 E. b, BGE 84 III 154, BGE 55 II 302). Wird der Kaufvertrag infolge Wandelung aufgelöst, steht das Eigentum wieder demjenigen zu, der vor der Lieferung der Sache ihr Eigentümer war, also meistens dem Verkäufer. Gleichzeitig gehen Nutzen und Gefahr der Sache auf den Verkäufer als Eigentümer zurück (CAVIN, in Schweizerisches Privatrecht VII/1, S. 99). Die Beklagte kritisiert den vorinstanzlichen Beschluss in diesem Punkt daher zu Unrecht, womit indes noch nicht entschieden ist, ob die Käufer nicht für die sorgfältige Aufbewahrung der Sache bis zu deren Rückgabe an die Verkäuferin haften. Denn die Regeln über die Gefahrtragung betreffen nur Tatbestände, wo die Sache zwischen der Wandelung und der Rückgabe ohne Verschulden der Parteien, also zufällig untergeht oder verschlechtert wird (CAVIN, a.a.O., S. 27; GIGER, N. 7 zu Art. 185 OR und N. 16 zu Art. 208 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 zu Art. 185 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, 7. Aufl., S. 334 f.). Kann der Verkäufer die Sache abholen, weil er weiss, dass der Käufer sie ihm bedingungslos zur Verfügung stellt, und finden auch die Art. 938bis 940 ZGB keine Anwendung (BGE 84 II 377 E. 4), so ist nicht einzusehen, warum der Käufer noch gehalten sein soll, die Sache sorgfältig aufzubewahren. Will der Käufer die Sache hingegen nur bei gleichzeitiger Rückzahlung des Kaufpreises herausgeben, weil er ein Retentionsrecht beansprucht oder Leistung Zug um Zug verlangt, trifft ihn eine Sorgfaltspflicht, die jedoch entgegen der Meinung der Beklagten nicht den Regeln über die Haftung des Geschäftsführers ohne Auftrag (Art. 420 OR) untersteht, sondern analog der Sorgfaltspflicht des Pfandgläubigers gegenüber der Pfandsache in seiner Hand zu beurteilen ist (Art. 890 ZGB; OFTINGER, N. 159 zu Art. 895 ZGB; GIGER, N. 17 zu Art. 208 OR). Nachdem die Kläger die Rückgabe der Grabenmaschine gegen Leistung des bezahlten Kaufpreises angeboten haben, haften sie daher grundsätzlich für den aus der Wertverminderung der Maschine entstandenen Schaden, sofern sie nicht nachweisen, dass dieser ohne ihr Verschulden eingetreten ist. Bei diesem Ergebnis erscheint es fraglich, ob die Vorinstanz die Haftung der Kläger mit dem Argument verneinen durfte, die Beklagte hätte keine haftungsbegründenden Anhaltspunkte vorzubringen

vermocht. Das Bundesgericht braucht der Haftungsfrage indes nicht weiter nachzugehen, hält doch das Obergericht gestützt auf die Vorbringen der Beklagten die Maschine auch samt den fehlenden Teilen für einen "Nonvaleur". An diese Feststellung tatsächlicher Natur über den wirtschaftlichen Wert der Kaufsache ist das Bundesgericht im Berufungsverfahren gebunden, es sei denn, die Feststellung beruhe auf einem offensichtlichen Versehen oder sei unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen (Art. 63

Abs. 2 OG). Den ersten Einwand erhebt die Beklagte nicht, mindestens nicht in den von Art. 55 OG vorgeschriebenen Formen. b) Dagegen wirft sie dem Obergericht vor, es habe ihre Äusserungen vor dem Einzelrichter über den "Nonvaleur" der Maschine willkürlich ausgelegt und damit Art. 8 ZGB verletzt. Der Einwand ist nicht stichhaltig. Art. 8 ZGB bestimmt nicht, mit welchen Mitteln Beweise zu führen und wie diese zu würdigen sind (BGE 107 II 429 E. b, BGE 106 II 52 oben, BGE 102 II 279, BGE 98 II 79, BGE 95 II 452; KUMMER, N. 58 ff. zu Art. 8 ZGB). Er schliesst insbesondere die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus (BGE 90 II 224 E. b mit Verweisungen). Die Vorinstanz hat Art. 8 ZGB auch nicht dadurch verletzt, dass sie den Beweis über die fehlenden Teile der Maschine nicht zuliess; er erübrigte sich, nachdem feststand, dass die Maschine auch samt den fehlenden Teilen wertlos ist. Wenn die Beklagte einwendet, die Feststellung über den Wert der Maschine sei in Verletzung von Art. 4 BV zustande gekommen, übersieht sie, dass Verstösse gegen Art. 4 BV, namentlich auch willkürliche Beweiswürdigungen, nicht mit Berufung, sondern mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen sind (Art. 43 Abs. 1 OG; BGE 107 II 429 E. b, BGE 103 II 200 E. 1, BGE 95 II 40 E. 3, BGE 94 II 156). Im übrigen hat bereits das Kassationsgericht des Kantons Zürich in seinem Entscheid vom 7. Dezember 1982 über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den hier angefochtenen Beschluss einen ähnlichen Vorwurf abgewiesen, wogegen die Beklagte keine staatsrechtliche Beschwerde eingereicht hat. Die Vorinstanz durfte daher ohne Bundesrecht zu verletzen annehmen, das Schreiben der Kläger vom 8. November 1977 an die Beklagte habe ein in sachlicher Hinsicht vollständiges Angebot zur Rückgabe der Maschine enthalten.

4. Zu prüfen bleibt, ob die Kläger die Rückgabe der Maschine auch hinsichtlich des Erfüllungsortes wirksam angeboten haben.

BGE 109 II 26 S. 32

a) Die Beklagte bestreitet zu Recht nicht, dass bei Holschulden (Art. 74 OR) ein wörtliches Angebot genügt, um den Gläubiger in Verzug zu setzen und dessen Leistung vollstreckbar zu machen (vgl. e contrario BGE 79 II 282; GUHL/MERZ/KUMMER, 7. Aufl., S. 21; BECKER, N. 6 zu Art. 82 OR, N. 7 zu Art. 91 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 zu Art. 91 OR; WEBER, N. 188 zu Art. 82 OR; von TUHR/ESCHER, §BGE 65 II 2, S. 70). Sie ist der Auffassung, es liege überhaupt keine Holschuld vor. In der Tat bestimmt Art. 208 OR nicht ausdrücklich, wo der Rückleistungspflichtige seine Schuld zu erfüllen hat. Aus dem Sinn und Zweck von Art. 208 Abs. 2 OR ist aber zu schliessen, dass die Wandelung dem Käufer keine Kosten verursachen soll, der Verkäufer daher, besondere Vereinbarungen vorbehalten, die Transportkosten zu tragen hat. Dies rechtfertigt sich um so mehr, als mit der Wandelung der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung nachträglich dahinfällt und der Käufer das Eigentum an der Sache wieder verliert. Das Obergericht ging daher nicht fehl, wenn es die Rückgabepflicht der Beklagten als Holschuld betrachtete und Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR analog anwendete. b) Daran ändert auch die telefonische Vereinbarung der Parteien vom 14. Oktober 1977 nichts, wonach die Kläger die Maschine gegen Bezahlung von Fr. 300.– nach Zürich zu bringen hätten. Die Beklagte meint, mit dieser Vereinbarung sei aus der Holschuld eine Bringschuld geworden. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben, denn die Beklagte bestand nachweislich nicht mehr auf der Rücksendung der Maschine, nachdem ihr Angestellter Dobler die Maschine am 10. Januar 1978 in Manno besichtigt und den Zustand als sehr mangelhaft beurteilt hatte. Sie verlangte in der Folge von den Käufern nie die Lieferung der Sache und weigerte sich auch, die berechtigte Forderung der Käufer zu erfüllen. Angesichts dieser Umstände verletzte die Vorinstanz kein Bundesrecht, wenn sie die Vereinbarung infolge Verzichts der Parteien als hinfällig betrachtete; die Beklagte kann sich in guten Treuen nicht mehr darauf berufen, um das Angebot der Kläger in Frage zu stellen. Vielmehr geriet sie allein dadurch in Gläubigerverzug, dass sie sich weigerte, ihre Zahlung Zug um Zug zu leisten; die Kläger brauchten sie nicht erneut zu mahnen (Art. 108 Ziff. 1 OR in Analogie; BGE 59 II 308; vgl. auch zum Gläubigerverzug infolge antizipierter Annahmeverweigerung von TUHR/ESCHER, §BGE 65 II 2, S. 71; BECKER, N. 7 zu Art. 91 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 10 zu Art. 91 OR mit Verweisungen).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und der Beschluss des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 6. September 1982 wird bestätigt.