Urteilskopf

111 II 463

89. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. November 1985 i.S. D. AG gegen L. (Berufung)
Regeste (de):
Endentscheid (Art. 48 Abs. 1 OG). Besonderheit und Voraussetzungen einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (Art. 82 OR).

1. Abweisung einer Klage "angebrachtermassen", gestützt auf Art. 82 OR, stellt einen Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG dar (E. 1).

2. Besonderheit und allgemeine Voraussetzungen der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (E. 2 und 3).

3. Weigert sich der Käufer bei einem Sukzessivlieferungsvertrag, die Ware abzurufen, so stellt eine Verbaloblation des Verkäufers ein gültiges Angebot nach Art. 82 OR dar; der Verkäufer braucht die Ware namentlich nicht zu hinterlegen (E. 4 und 5).

Regeste (fr):
Décision finale (art. 48 al. 1 OJ). Particularité et conditions d'une condamnation à l'exécution simultanée des prestations (art. 82 CO).

1. Le rejet d'une demande en l'état ("angebrachtermassen"), sur la base de l'art. 82 CO, constitue une décision finale au sens de l'art. 48 al. 1 OJ (consid. 1).

2. Particularité et conditions générales d'une condamnation à l'exécution simultanée des prestations (consid. 2 et 3).

3. Lorsque, dans un contrat de vente avec livraisons successives sur appel, l'acheteur refuse de demander la livraison de la marchandise, le vendeur n'a pas besoin de consigner celle-ci; il peut se contenter d'offrir verbalement l'exécution de sa propre obligation pour satisfaire aux exigences de l'art. 82 CO (consid. 4 et 5).

Regesto (it):
Decisione finale (art. 48 cpv. 1 OG). Particolarità e presupposti di una condanna all'esecuzione simultanea delle prestazioni (art. 82 CO).

1. La reiezione di una domanda allo stato attuale ("angebrachtermassen"), fondata sull'art. 82 CO, costituisce una decisione finale ai sensi dell'art. 48 cpv. 1 OG (consid. 1).

2. Particolarità e presupposti di una condanna all'esecuzione simultanea delle prestazioni (consid. 2, 3).

3. Ove, in un contratto di vendita con consegne successive a richiesta, il compratore rifiuti di richiedere la consegna della merce, il venditore non è tenuto a depositarla; per soddisfare all'art. 82 CO è sufficiente che egli offra verbalmente l'esecuzione della propria prestazione (consid. 4, 5).

Sachverhalt ab Seite 464

BGE 111 II 463 S. 464

A.- Mit Vertrag vom 3. Dezember 1980 verpflichtete sich die D. AG, Fichten- und Föhren-Rohhobler schwedischer Herkunft zu liefern. Für beide Holzarten vereinbarten die Parteien "U/S, gute Sortierung, gute Längenverteilung", die Fichten-Rohhobler "möglichst lang". Da L. mit erfolgten Teillieferungen unzufrieden war, erklärte er am 7. Oktober 1981 der Lieferantin, die weitere Erfüllung des Vertrages sei für ihn nicht mehr zumutbar. Daraufhin schlossen die Parteien am 4./7. Dezember 1981 eine Zusatzvereinbarung, aus der sich indes weitere Schwierigkeiten ergaben. L. verweigerte namentlich die Annahme einer für den Monat Februar 1982 vorgesehenen Lieferung und machte hinsichtlich der Zusatzvereinbarung Dissens geltend. Daraufhin berief sich die D. AG wiederum auf den Vertrag vom 3. Dezember 1980. Dessen ungeachtet verweigerte L. die Annahme weiterer Lieferungen.

B.- Die D. AG klagte hierauf gegen L. auf Zahlung von Fr. 281'500.– und Fr. 29'750.–, je nebst 8% Zins seit 1. Januar 1982. Das Bezirksgericht Münchwilen schützte die Klage vollumfänglich, unter Vorbehalt eines Nachklagerechts für Lagergebühren und allfällige Manipulations- und Transportkosten; das Obergericht des Kantons Thurgau wies sie auf Berufung des Beklagten hin mit Urteil vom 20. Dezember 1984, erläutert durch Beschluss vom 11. April 1985, angebrachtermassen ab. Es fand, die Klägerin könne erst dann Leistung des Kaufpreises fordern, wenn sie sich von ihren eigenen Leistungen durch Hinterlegung oder eine ähnliche Handlung befreit habe. Das sei bis anhin nicht geschehen,

BGE 111 II 463 S. 465

weshalb die materielle Begründetheit der Forderung nicht zu prüfen und lediglich ein Prozessurteil zu fällen sei.

C.- Die Klägerin hat eidgenössische Berufung eingereicht und beantragt, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin gegen Erbringung ihrer Leistung die eingeklagten Beträge zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts für Lagergebühren, Manipulations- und Transportkosten. Der Beklagte ersucht, auf die Berufung nicht einzutreten, sie allenfalls abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte beantragt, auf die Berufung nicht einzutreten, weil sie sich nicht gegen einen Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG richte. a) Ein Endentscheid liegt vor, wenn der kantonale Richter über den streitigen Anspruch materiell entschieden oder dessen Beurteilung aus einem Grunde abgelehnt hat, der endgültig verbietet, dass der gleiche Anspruch nochmals geltend gemacht wird (BGE 104 II 217 mit Verweisungen). Gleich sind Ansprüche dann, wenn sie auf denselben Tatsachen gründen; an dieser Voraussetzung fehlt es, wenn eine rechtskräftig beurteilte Forderung neu eingeklagt wird aufgrund von Tatsachen, die nach dem ergangenen Urteil eingetreten sind (BGE 109 II 28 E. 2a mit Hinweisen; KUMMER, in ZBJV 106/1970, S. 126).
b) Die Vorinstanz hat über die Klage endgültig geurteilt, indem sie gestützt auf einen feststehenden Sachverhalt annahm, der Beklagte könne nicht zur Leistung des Kaufpreises verpflichtet werden. Sie fällte damit entgegen ihrer eigenen Meinung kein Prozessurteil, sondern ein Sachurteil. Grund für die Klageabweisung war, dass die Klägerin sich nach Art. 82 OR von ihrer eigenen Leistung noch nicht befreit hatte. Diese Begründung ist

materieller Natur; sie erlaubt der Klägerin, später, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 82 OR erfüllt und damit neue Tatsachen gesetzt haben wird, auf Zahlung des gleichen Betrags zu klagen. Für seine gegenteilige Ansicht kann sich der Beklagte nicht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung berufen. In BGE 93 II 213 ff. hatte die kantonale Instanz keinen materiellen Entscheid gefällt, sondern war auf die kantonale Berufung nicht eingetreten,

weil die Berufungsklägerin auf das Rechtsmittel verzichtet hatte. Ein ähnlicher Sachverhalt lag BGE 95 II 294 E. 2 zugrunde. Dort fällte das kantonale Gericht einen Nichteintretensentscheid, weil die Appellantin durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert war. In beiden Fällen befasste sich das Urteil nicht mit der materiellen Sachlage und dem Klagerecht als solchem. Der Einwand des Beklagten, es liege kein Endentscheid vor, erweist sich daher als verfehlt.

2. Damit die Klägerin vom Beklagten Erfüllung verlangen kann, muss sie nach Auffassung der Vorinstanz entweder selbst bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten. Eine vertragsgemässe Lieferung "franko Domizil" oder eine Hinterlegung sei nicht erfolgt; die Klägerin könne somit nicht auf vorbehaltlose Leistung klagen, sondern nur auf Leistung Zug um Zug. Sie habe sich zwar während des Prozesses bereit erklärt, Zug um Zug zu leisten, falls die Klage gutgeheissen werde; mangels gleichlautendem Antrag im Klagebegehren könne der Beklagte indes nicht zur Leistung Zug um Zug verpflichtet werden, weil das einer Klageänderung gleichkäme, die nach kantonalem Prozessrecht unzulässig sei. Dem hält die Klägerin entgegen, auf die Hinterlegung komme nichts an. Indem der Beklagte die Ware nicht abgerufen habe, sei er in Gläubigerverzug geraten und könne daher bedingungslos verpflichtet werden, den Kaufpreis zu leisten, zumal er sich mit seiner zusätzlichen Weigerung, den Kaufpreis zu zahlen, gleichzeitig im Schuldnerverzug befinde. Der Anspruch auf Leistung Zug um Zug ergebe sich im übrigen aus Bundesrecht und dürfe nicht unter Hinweis auf das Verbot von Klageänderungen nach kantonalem Prozess vereitelt werden.

3. Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Wie in BGE 107 II 223 E. 2b letztmals festgehalten, gibt diese Bestimmung dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf. Der Gläubiger kann sich begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen; es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben. Ist die Einrede berechtigt, hat der Gläubiger also die Leistung weder erbracht noch angeboten, so schützt der Richter die Klage in dem Sinne, dass er den Schuldner zur Leistung Zug um Zug, d.h. zu einer

aufschiebend bedingten Verpflichtung verurteilt (BGE 94 II 268 E. 4, BGE 79 II 277 ff., BGE 58 II 417; GIGER, N. 189 f. zu Art. 184 OR; WEBER, N. 222 ff. zu Art. 82 OR; abweichend WIGET, Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1980, S. 54). Hat der Schuldner die Einrede nach Art. 82 OR zu Unrecht erhoben, sei es, dass der Gläubiger erfüllt oder Leistung mindestens gehörig angeboten hat, sei es, dass die Gegenforderung überhaupt nicht besteht, so wird er vorbehaltlos zur Leistung verurteilt (JEANPRÊTRE, Remarques sur l'exception d'inexécution, in Festgabe DESCHENAUX, Freiburg 1977, S. 284; WEBER, N. 225 zu Art. 82 OR). VON TUHR/ESCHER (S. 61) wollen freilich auch bei gehörigem Angebot nur eine Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug zulassen.

Sie berufen sich dafür auf BGE 79 II 279; aus jenem Urteil ist aber im Gegenteil zu ersehen, dass die Klage, wenn ein gehöriges Angebot vorliegt, bei gegebenen Voraussetzungen bedingungslos gutgeheissen wird. Der Anspruch des Gläubigers auf Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug ist im übrigen bundesrechtlicher Natur. Damit steht fest, dass die Vorinstanz der Klägerin den Anspruch auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht unter Hinweis auf kantonales Prozessrecht und das dort enthaltene Verbot einer Klageänderung absprechen durfte. Die diesbezüglichen Erwägungen verletzen, wie die Klägerin zutreffend einwendet, Art. 82 OR. Anderseits brauchte die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht zu verlangen. Der Richter erlässt ein dahingehendes Urteil auf entsprechende Einrede des Beklagten nach Art. 82 OR. Da der Beklagte vorliegend die Einrede erhoben hat (vgl. nachstehend E. 4) und die Klägerin dessen Verurteilung zu unbedingter Leistung verlangt, erweist sich der subsidiäre Berufungsantrag der Klägerin als gegenstandslos, und es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin, wie der Beklagte einwendet, mit dem subsidiären Antrag unzulässigerweise ein neues Begehren erhoben hat (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).

4. Nach unbestrittener Feststellung der Vorinstanz hatte der Beklagte im bezirksgerichtlichen Verfahren eine "Vorleistungspflicht" der Klägerin im Sinne der Hinterlegung nach Art. 92 OR geltend gemacht. Analog hielt die Vorinstanz der Klägerin entgegen, keine "Handlung im Sinne der Hinterlegung" vorgenommen zu haben, räumte im übrigen aber ein, sie sei leistungsbereit

gewesen, und stellte gegenüber dem Beklagten fest, dass er nicht bereit gewesen sei, den Rest der Waren abzurufen und anzunehmen. Sie prüfte aber nicht, ob die Annahmeverweigerung des Beklagten gerechtfertigt war. Zur Begründung ihrer Auffassung berief sie sich auf Art. 82 sowie 91 f. OR und umriss gleich auch das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander, indem sie erklärte, ohne die Pflicht des Gläubigers zur vorgängigen Hinterlegung nach Art. 92 OR würde die Befugnis des Schuldners, Einrede nach Art. 82 OR zu erheben, aufgehoben.
Die Parteien gehen mit dem Obergericht zutreffend davon aus, dass sie einen Sukzessivlieferungsvertrag, d.h. einen vollkommen zweiseitigen Vertrag abgeschlossen haben. Art. 82 OR findet daher auf das umstrittene Rechtsverhältnis Anwendung. Aus dem angefochtenen Urteil geht indes nicht eindeutig hervor, gestützt auf welche Bestimmung die Klägerin hinterlegungspflichtig sein soll. Der Verkäufer kann den Kaufgegenstand hinterlegen, um ihn gemäss Art. 82 OR anzubieten, um nach der Inverzugsetzung des Käufers sich von der eigenen Schuld zu befreien (Art. 92 OR) und schliesslich muss er - folgt man gewissen Lehrmeinungen - unter bestimmten Voraussetzungen hinterlegen, um die Fälligkeit der Kaufpreisforderung herbeizuführen (zum ersten Fall: JEANPRÊTRE, a.a.O., S. 284; WEBER, N. 184 ff. zu Art. 82 OR; zum zweiten Fall: VON TUHR/ESCHER, S. 74; zum dritten Fall: GIGER, N. 5 zu Art. 213 OR). GIGER, die Vorinstanz und der Beklagte berufen sich zur Begründung der Hinterlegungspflicht auf BGE 79 II 282 E. 2. Nach diesem Urteil kann der Käufer, der die Annahme der Ware verweigert hat, gestützt auf Art. 82 OR die Hinterlegung der Sache nach Art. 91/92 fordern, bevor er leisten muss. Das Urteil bezieht sich aber auf den besondern Sachverhalt der Schuldbetreibung, indem es verlangt, dass der Gläubiger sich vor der Zwangsvollstreckung durch Hinterlegung der Sache von der eigenen vertraglichen Verbindlichkeit befreit (in diesem einschränkenden Sinn auch VON TUHR/ESCHER, S. 60 Anm. 20). Zu andern möglichen Schlussfolgerungen der Lehre aus diesem Urteil braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Um die Fälligkeit der Kaufpreisforderung herbeizuführen, hat der Verkäufer die Kaufsache nur dann zu hinterlegen, wenn ein gehöriges Angebot der eigenen Leistung dafür nicht genügt. Wie im folgenden darzulegen ist, konnte die Klägerin durch gehöriges Angebot nicht nur die Fälligkeit der Kaufpreisforderung bewirken, sondern auch die Einrede des Beklagten aus Art. 82 OR abwehren. Ohne Belang erweist sich daher die Hinterlegung, mit der sich der Verkäufer nach Eintritt des

Gläubigerverzugs des Käufers (Art. 92 OR) oder im Sinne von Art. 82 OR von seiner eigenen Verpflichtung befreit.

5. a) Art. 82 OR verlangt in der Regel Realoblation. Ausnahmsweise genügt freilich Verbaloblation; die Lehre verweist in diesem Zusammenhang auf die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit der Schuldner mittels Verbaloblation den Gläubiger nach Art. 91 OR in Verzug bringen kann. Danach ist Verbaloblation ausreichend, wenn die Gegenpartei die zur Erfüllung der Schuld nötigen Vorbereitungshandlungen unterlässt, indem sie sich beispielsweise - allenfalls auf entsprechende Aufforderung hin - bei einem Sukzessivlieferungsvertrag weigert, die Ware abzurufen. Eine weitere Ausnahme ist nach einem Teil der Doktrin dann gegeben, wenn die Gegenpartei von vornherein nicht bereit ist, die Leistung anzunehmen (sog. antizipierte Annahmeverweigerung). Die Aufforderung des Schuldners zum Abruf und sein Leistungsangebot setzen in jedem Fall Leistungsbereitschaft voraus (BGE 79 II 282 E. 2; SIMMEN, Die Einrede des nichterfüllten Vertrags, Bern 1981, S. 67 f.; VON TUHR/ESCHER, S. 71 f.; WEBER, N. 184 ff. und 189 zu Art. 82 OR, N. 80 ff., 124, 127 f., 134 und 150 f. zu Art. 91 OR). Unter den genannten Voraussetzungen genügt Verbaloblation auch, um die Kaufpreisforderung fällig werden zu lassen (VON TUHR/ESCHER, S. 49 Anm. 47). Zu beachten ist jedoch, dass Gläubigerverzug des Käufers durchaus auch ohne Verbaloblation des Verkäufers eintreten kann. In diesem Sinn hat das Bundesgericht, abweichend von der zitierten Lehrmeinung, entschieden (BGE 35 II 592 E. b). Nach VON TUHR/ESCHER (S. 72) trifft das ferner dann zu, wenn der Gläubiger die Ware von sich aus abrufen muss, seiner Obliegenheit aber nicht nachkommt. In derartigen Fällen genügt es nicht, im Rahmen von Art. 82 OR hinsichtlich der Voraussetzungen einer Verbaloblation auf Lehre und Praxis zur Verbaloblation nach Art. 91 f. OR zu verweisen. Die damit aufgeworfenen Fragen werden freilich gegenstandslos, wenn mit der herrschenden schweizerischen Lehre anzunehmen wäre, der Verzug nach Art. 91 OR schliesse die Einrede des nichterfüllten Vertrages aus (vgl. WEBER, N. 190 f. zu Art. 82 OR mit Hinweis auf die erwähnte herrschende Lehre). Mit dieser Lehre nicht ohne weiteres vereinbar zu sein scheint jedoch BGE 79 II 282 E. 2. Das Urteil nimmt zwar wie erwähnt auf den Sondertatbestand der Schuldbetreibung und der Aberkennungsklage Bezug. Es lag ihm aber doch eine Annahmeverweigerung des Käufers zugrunde, und das Bundesgericht

erklärte beiläufig, auch im ordentlichen Prozessweg bei einer Klage auf Leistung des Kaufpreises habe der Verkäufer "weiterhin" die Einrede nach Art. 82 OR zu gewärtigen. Daraus könnte geschlossen werden, Gläubigerverzug verwehre es dem Käufer nicht, sich auf Art. 82 OR zu berufen. Den aufgezeigten Problemen ist nicht weiter nachzugehen, da hier so oder anders eine gültige Verbaloblation vorliegt, so dass sich eine Antwort auf die Frage, ob Gläubigerverzug die Einrede nach Art. 82 OR ausschliesse, erübrigt (in diesem Sinn generell: WEBER, N. 190 f. zu Art. 82 OR, N. 28 zu Art. 91 OR). b) Die Klägerin mahnte den Beklagten gestützt auf den Vertrag vom 3. Dezember 1980 verschiedentlich schriftlich, die Abholungsdaten einzuhalten. Auch im Rahmen des Vertrages vom 4./7. Dezember 1981 weigerte sich der Beklagte, die angeblich für den Monat Februar 1982 vorgesehene Lieferung anzunehmen. Als die Klägerin sich wieder auf den Vertrag vom 3. Dezember 1980 berief, verweigerte der Beklagte "nach wie vor die Annahme weiterer Lieferungen". Schliesslich erklärte die Klägerin noch im Prozess, bei Gutheissung der Klage Zug um Zug leisten zu wollen. Mit diesen Erwägungen hat die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass die Klägerin selbst dann noch Verbaloblation erbrachte, als der Beklagte sich wiederholt geweigert hatte, die Waren abzurufen und anzunehmen. Verbaloblation lag daher nicht nur vor, sie war unter den konkreten Umständen auch geeignet, dem Beklagten die Einrede aus Art. 82 OR abzuschneiden. Zu hinterlegen brauchte die Klägerin weder nach Art. 82 OR noch um den Beklagten in Gläubigerverzug zu setzen. Die Vorinstanz hat dies übersehen. Das angefochtene

Urteil ist daher aufzuheben mit der Weisung an das Obergericht, den Sachverhalt zu ergänzen. Das Obergericht hat namentlich zu prüfen, ob der Beklagte berechtigt war, das Angebot zurückzuweisen. Dies umfasst die Prüfung aller formrichtig erhobenen Einwendungen des Beklagten gegen die angebotenen Warenlieferungen. Das angefochtene Urteil gibt darüber keine Auskunft. Sollte der Beklagte das Angebot ungerechtfertigterweise zurückgewiesen haben, so ist, wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, die Klage vorbehaltlos gutzuheissen. Hatte der Beklagte dagegen berechtigte Gründe, um auf das Angebot nicht einzugehen, so kann er im besten Fall zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden.

BGE 111 II 463 S. 471

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 20. Dezember 1984 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.