Urteilskopf

136 III 178

27. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. SA gegen Y. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_640/2009 vom 2. März 2010

Regeste (de):
Art. 93 OR, Art. 11 GestG; Bewilligung eines Selbsthilfeverkaufs; örtliche Zuständigkeit.

Zweck des Selbsthilfeverkaufs nach Art. 93 OR. Die Bewilligung erfordert die blosse Glaubhaftmachung der Voraussetzungen. Überprüfbarkeit des Bewilligungsentscheids in einem späteren ordentlichen Verfahren, beispielsweise um Schadenersatz (E. 5.1). Zuordnung der Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs zur freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 11 GestG (E. 5.2). Frage nach dem Bestand eines alternativen Gerichtsstands am Ort der gelegenen Sache offengelassen (E. 5.3). Regeste b

Regeste (fr):
Art. 93 CO, art. 11 LFors; autorisation de faire vendre la chose; compétence à raison du lieu.

But du droit de vente selon l'art. 93 CO. Le juge examine la réalisation des conditions d'octroi de l'autorisation sous l'angle de la simple vraisemblance. Il est possible de faire contrôler la décision d'autorisation dans une procédure ordinaire ultérieure, par exemple en dommages-intérêts (consid. 5.1). L'autorisation de faire vendre la chose est un acte de la juridiction gracieuse au sens de l'art. 11 LFors (consid. 5.2). La question de l'existence d'un for alternatif au lieu de situation de la chose est laissée indécise (consid. 5.3). Regeste b

Regesto (it):
Art. 93 CO, art. 11 LForo; autorizzazione a far vendere una cosa; competenza territoriale.

Scopo del diritto di far vendere una cosa previsto dall'art. 93 CO. L'autorizzazione viene concessa qualora le condizioni per ottenerla siano rese verosimili. Possibilità di riesaminare la decisione di autorizzazione nel quadro di un successivo procedimento ordinario, ad esempio tendente al risarcimento danni (consid. 5.1). Classificazione dell'autorizzazione a far vendere una cosa fra gli atti di volontaria giurisdizione ai sensi dell'art. 11 LForo (consid. 5.2). La questione relativa all'esistenza di un foro alternativo al luogo di situazione della cosa è stata lasciata aperta (consid. 5.3). Regesto b

Regeste b

Art. 93 OR; Voraussetzung des Annahmeverzugs bezüglich einer Sachleistung. Die Nebenpflicht zur Rückgabe der Sache, die der Schuldner im Rahmen eines Werkvertrags zur Reparatur oder Wartung in Besitz erhalten hat, beschlägt eine Sachleistung (E. 7.1).
Sachverhalt ab Seite 179

A. Die X. SA (Beschwerdeführerin) ist Eigentümerin eines vierstrahligen Geschäftsreiseflugzeugs vom Typ Lockhead L-1329-25 Jetstar II, Baujahr 1979, Werknummer 5233, welches das Schweizer Luftfahrzeugkenn-

zeichen HB-JGK trägt. Dieses befindet sich zur Zeit auf dem Gelände des Flughafens Genf-Cointrin, wo es von der Y. AG (Beschwerdegegnerin) gewartet und instand gestellt wurde. Die Beschwerdegegnerin forderte die Beschwerdeführerin mehrmals erfolglos auf, das fertig gestellte Flugzeug abholen zu lassen.

B. Am 20. Februar 2009 ersuchte die Beschwerdegegnerin beim Zivilgericht Basel-Stadt um Bewilligung der öffentlichen Versteigerung des sich in Genf befindlichen Flugzeugs nach vorgängiger Androhung gegenüber der Beschwerdeführerin. Der Einzelrichter bewilligte am 3. Juni 2009 nach durchgeführter Verhandlung die öffentliche Versteigerung und setzte die Androhungsfrist auf sechs Wochen fest. Als Versteigerungsort bestimmte er Genf. Auf den weiteren Antrag auf Bestimmung des Hinterlegungsortes trat er nicht ein.
Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. Sie beantragte, auf das Gesuch sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen, subeventualiter sei die Sache an die

Erstinstanz zu neuer Entscheidung zurückzuweisen. Mit Urteil vom 14. September 2009 wies das Appellationsgericht (...) die Beschwerde ab.

C. Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, es sei auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin, es sei ihr zu bewilligen, nach vorgängiger Androhung gegenüber der Beschwerdeführerin in Genf das Flugzeug mit dem Kennzeichen HB-JGK des Herstellers Lockhead Aircraft Corporation, Typ 1329-25 Jetstar II, Serie Nr. 5233, zu versteigern, nicht einzutreten. Eventualiter sei dieses Gesuch der Beschwerdegegnerin abzuweisen. Subeventualiter sei der Fall zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...)
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5. Die Vorinstanz befand, dass die Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs nach Art. 93 OR der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehöre. Somit richte sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 11 GestG (SR 272). Zuständig sei demnach das Gericht am Wohnsitz bzw. Sitz der gesuchstellenden Partei, hier Basel. Die Beschwerdeführerin rügt die fehlende örtliche Zuständigkeit der Basler Gerichte. Ihrer Meinung nach bildet die Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs streitige Gerichtsbarkeit. Massgebend sei demnach Art. 3 GestG, sodass der Richter am Wohnsitz bzw. Sitz der Gesuchsgegnerin zuständig sei, hier Genf.

5.1 Ist nach der Beschaffenheit der Sache oder nach der Art des Geschäftsbetriebs eine Hinterlegung nicht tunlich oder ist die Sache dem Verderben ausgesetzt oder erheischt sie Unterhaltungs- oder erhebliche Aufbewahrungskosten, so kann der Schuldner nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters die Sache öffentlich verkaufen lassen und den Erlös hinterlegen (Art. 93 Abs. 1 OR). Das Gesetz regelt die Wirkungen des Gläubigerverzugs bei Sachleistungen (Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf, Art. 92-94 OR) und bei "anderen Leistungen" (Rücktritt vom Vertrag, Art. 95 OR). Zu Recht betont die Vorinstanz den engen Zusammenhang zwischen Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf, bildet Letzterer doch nur eine besondere Form der Hinterlegung. Der Selbsthilfeverkauf bezweckt, eine nicht hinterlegungsfähige Sache durch eine hinterlegungsfähige zu ersetzen. Die Befreiung des Schuldners tritt dabei

nicht bereits mit dem Verkauf der Sache, sondern erst mit der Aushändigung des Verkaufserlöses an den Gläubiger oder bei Annahmeverweigerung mit der Hinterlegung ein. Der Schuldner kann sich ferner dadurch befreien, dass er den Verkaufserlös mit einer Geldforderung gegen den Gläubiger verrechnet (BERNET, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 7 zu Art. 93 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2000, N. 52 zu Art. 93 OR; WEBER, Berner Kommentar, 4. Aufl. 2005, N. 48 ff. zu Art. 93 OR).
Der Schuldner muss den beabsichtigten Selbsthilfeverkauf dem Gläubiger vorgängig androhen. Zudem muss er ihn vom Richter bewilligen lassen. Der Richter bestimmt den Versteigerungsort. Er hat die Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs in einem raschen, summarischen Bewilligungsverfahren zu prüfen, wie dies vorliegend denn auch erfolgte. Der Richter prüft, ob der Gesuchsteller das Vorliegen der Voraussetzungen des Gläubigerverzugs und diejenigen des Selbsthilfeverkaufs glaubhaft gemacht hat. Der Gläubiger ist nach Möglichkeit anzuhören (WEBER, a.a.O., N. 30 ff. zu Art. 93 OR; BERNET, a.a.O., N. 9 zu Art. 93 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 29 ff. zu Art. 93 OR). Die Beurteilung des Richters im summarischen Verfahren bindet den Richter in einem späteren ordentlichen Verfahren (z.B. in einem Schadenersatzprozess) nicht. Nach einhelliger Lehre gilt dies zunächst hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des Gläubigerverzugs (vgl. SCHRANER, a.a.O., N. 32 zu Art. 93 OR; BERNET, a.a.O., N. 9 zu Art. 93 OR). Angesichts des Umstands, dass im summarischen Bewilligungsverfahren die blosse Glaubhaftmachung genügt, muss der ordentliche Richter nach zutreffender Auffassung der herrschenden Lehre aber auch nachprüfen können, ob die besonderen Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs erfüllt waren (SCHRANER, a.a.O., N. 32 zu Art. 93 OR; WEBER, a.a.O., N. 34 zu Art. 93 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1929, N. 5 zu Art. 93 OR; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 2a zu § 219 ZPO/ZH; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 323; DEMIAN STAUBER, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, 2009, S. 173 Rz. 452; Frage offengelassen in BGE 42 II 219 E. 3 S. 224). BECKER (Berner Kommentar, 2. Aufl. 1941, N. 30 zu Art. 92/94 OR) hegt dagegen Bedenken, weil der Schuldner hinsichtlich der besonderen Voraussetzungen, insbesondere der Angemessenheit der dem Gläubiger angesetzten Frist, seine Massnahmen treffen müsse, ohne stets die individuellen

Verhältnisse des Gläubigers zu kennen. Deshalb sei es billig, dass der Entscheid des summarischen Richters endgültig sei und er sich darauf verlassen könne. Dem hält WEBER (a.a.O.) überzeugend entgegen, dass Sinn und Zweck von Art. 93 OR keine Unüberprüfbarkeit des Bewilligungsentscheids verlangen und sich bei unbilligen Schadenersatzforderungen wegen eines ungerechtfertigten Selbsthilfeverkaufs eine Korrektur immer noch dadurch bewirken lasse, dass der Richter bei der Schadenersatzbemessung eine Korrektur vornehme.

5.2 Freiwillige (nichtstreitige) Gerichtsbarkeit meint die Mitwirkung staatlicher Organe, seien es Gerichte oder Verwaltungsbehörden, bei der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Privatrechtsverhältnissen (MAX GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, 1954, S. 2; im Folgenden: Gerichtsbarkeit). Rechtsprechung und Lehre haben sich eingehend mit dem Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit befasst, ohne dass sich dabei eine eindeutige Definition herauskristallisiert hätte (NICOLAS VON WERDT, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Berger und andere [Hrsg.], 2005, N. 6 zu Art. 11 GestG; vgl. auch BGE 118 Ia 473 E. 2c S. 476). Meist tritt nur eine einzige Partei als Gesuchsteller auf. Mitunter handelt die Behörde von Amtes wegen. Das Vorliegen eines Ein- oder Mehrparteienverfahrens bildet nicht das entscheidende Abgrenzungsmerkmal. Zwar besteht das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht

wie bei der streitigen Gerichtsbarkeit darin, dass im Verhältnis zwischen einem Kläger und einem Beklagten entschieden wird, was rechtens ist. Doch erfolgt die Rechtsanwendung auch bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit in einem Verfahren, in dem sich unter Umständen zwei Parteien gegenüberstehen können, aber nicht notwendig gegenüberstehen müssen (GULDENER, Gerichtsbarkeit, a.a.O., S. 2; derselbe, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 42 und 44; im Folgenden: Zivilprozessrecht). Zudem mündet ein solches Verfahren in ein (streitiges) Zweiparteienverfahren, wenn ein Betroffener gegen den Entscheid bzw. eine Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Einspruch erhebt oder ein Rechtsmittel ergreift; diesfalls wird das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sachlich zu einem Zivilprozess, der aber formell als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weitergeführt wird (GULDENER, Gerichtsbarkeit, a.a.O., S. 6; derselbe, Zivilprozessrecht, a.a.O., S. 44). Generell lässt sich sagen, dass im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffene Entscheidungen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, d.h. auf sie zurückgekommen werden

kann (HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl. 1990, S. 80; vgl. z.B. BGE 128 III 318 E. 2.2.1).
Der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 11 GestG werden diejenigen Zivilverfahren zugeordnet, die nicht unter den Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit fallen (VON WERDT, a.a.O., N. 10 zu Art. 11 GestG; CLAUDIA SPÜHLER, in: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Kommentar, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2001, N. 3 zu Art. 11 GestG). Als Zivilrechtsstreitigkeit gilt ein kontradiktorisches Verfahren zwischen mindestens zwei Parteien, das auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse im Sinne einer res iudicata abzielt (vgl. BGE 124 III 44 E. 1a; BGE 123 III 346 E. 1a S. 349). Letzteres Element fehlt bei der Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs. Das richterliche Bewilligungsverfahren dient der Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Selbsthilfeverkauf erfüllt sind. Es führt aber nicht zu einem Urteil mit materieller Rechtskraftwirkung über das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger (vgl. die vorstehende Erwägung 5.1). Dass der Gläubiger nach Möglichkeit anzuhören ist, ändert nichts, da wie ausgeführt auch bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwei Parteien auftreten können (in diesem Sinn auch BGE 118 Ia 473 E. 2c S. 476; BGE 104 II 163 E. 3b). Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, verfängt nicht. Sie argumentiert, durch den Selbsthilfeverkauf werde erheblich in die Rechte des Gläubigers eingegriffen und die ursprüngliche Sachleistungsschuld in eine Geldleistungsschuld umgewandelt; der Richter befreie den Schuldner endgültig von seiner Sachleistungspflicht und ermögliche ihm die Vertragserfüllung durch Aushändigung oder Hinterlegung des Verkaufserlöses; der Selbsthilfeverkauf könne nach seiner Abwicklung nicht mehr rückgängig gemacht werden; es könne damit nicht davon gesprochen werden, dass mit dem Entscheid nach Art. 93 OR keine zivilrechtlichen Verhältnisse im Sinne einer res iudicata geregelt würden. Damit verkennt die Beschwerdeführerin, dass mit der Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs selber noch keine Umgestaltung des Schuldverhältnisses zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner erfolgt. Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdegegnerin denn auch lediglich bewilligt, nach vorgängiger Androhung mit einer Frist von sechs Wochen das Flugzeug öffentlich versteigern zu lassen. Dem Gläubiger steht es innerhalb dieser Frist frei, die Sache entgegenzunehmen und damit den Selbsthilfeverkauf und die Umgestaltung des Rechtsverhältnisses

abzuwenden (vgl. WEBER, a.a.O., N. 26 zu Art. 93 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 27 zu Art. 93 OR). Es kann auch insoweit nicht davon gesprochen werden, dass die richterliche Bewilligung nach Art. 93 OR auf eine endgültige Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse zielt. Das Gesuchsverfahren zur richterlichen Bewilligung

des Selbsthilfeverkaufs zählt demnach zur freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 11 GestG (so auch DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, 2001, N. 19 zu Art. 11 GestG; VON WERDT, a.a.O., N. 64 zu Art. 11 GestG; STAUBER, a.a.O., S. 171 Rz. 449; ohne nähere Begründung a.A.: WIRTH, in: Gerichtsstandsgesetz, Kommentar, Müller/Wirth [Hrsg.], 2001, N. 43 zu Art. 11 GestG).
Nach Art. 11 GestG ist das Gericht am Wohnsitz bzw. Sitz der gesuchstellenden Partei zuständig, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Letzteres trifft für die Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs nach Art. 93 OR nicht zu, weshalb hierfür der Richter am Wohnsitz bzw. Sitz der gesuchstellenden Partei örtlich zuständig ist (so ausdrücklich BERNET, a.a.O., N. 5 zu Art. 93 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 29 zu Art. 93 OR; LOERTSCHER, in: Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2003, N. 8 zu Art. 93 OR; STAUBER, a.a.O., S. 172 Rz. 450 in fine).

5.3 Ob aus Praktikabilitätsgründen und zur Vermeidung unnötiger Kosten neben dem Wohnsitz bzw. Sitz der gesuchstellenden Partei der Ort der gelegenen Sache als alternativer Gerichtsstand in Frage kommt, wie dies mehrere Autoren befürworten (WEBER, a.a.O., N. 30 zu Art. 93 OR; BERNET, a.a.O., N. 5 zu Art. 93 OR; LOERTSCHER, a.a.O., N. 8 zu Art. 93 OR; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 2 zu § 219 ZPO/ZH; STAUBER, a.a.O., S. 172 Rz. 450), braucht nicht entschieden zu werden, da in casu derselbe nicht angerufen wurde.

5.4 Da vorliegend die Bewilligung des Selbsthilfeverkaufs nicht als vorsorgliche Massnahme ausgesprochen wurde (vgl. nicht publizierte E. 3), kommt Art. 33 GestG, der für vorsorgliche Massnahmen zwingend den Gerichtsstandstand der Hauptsache oder des Vollstreckungsortes vorsieht, nicht zur Anwendung.

5.5 Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Einzelrichter des Zivilgerichts Basel-Stadt zu Recht als örtlich zuständig erklärt. (...)

7. Die Vorinstanz entschied, dass der Beschwerdegegnerin das Recht zum Selbsthilfeverkauf zukomme, da sie die Voraussetzungen des

Gläubigerverzugs und die speziellen Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs glaubhaft gemacht habe. Die Beschwerdeführerin bestreitet das eine wie das andere.

7.1 Sie macht zunächst geltend, es liege keine Sachleistung vor. Bestehe die schuldnerische Hauptverpflichtung in einer Arbeitsleistung wie vorliegend in der Wartung oder Reparatur einer Sache, fehle es schon begrifflich an einer Sachleistung. Ein Selbsthilfeverkauf sei daher ausgeschlossen. Als Rechtsbehelf stehe dem Schuldner nur der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 95 OR offen. Ist eine andere als eine Sachleistung geschuldet, zum Beispiel eine Arbeits- oder Dienstleistung, scheidet eine Hinterlegung (mit oder ohne vorausgehendem Selbsthilfeverkauf) selbstredend aus. Es gibt nichts Körperliches, das hinterlegt werden könnte. In diesem Fall greift der Rechtsbehelf des Vertragsrücktritts nach Art. 95 OR. Dieser dient insbesondere dem Unternehmer im Rahmen eines Werkvertrags, wenn der Besteller durch die Verweigerung der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen Beginn oder Vollendung des Werks verhindert (WEBER, a.a.O., N. 11 zu Art. 95 OR mit weiteren Hinweisen). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist die Situation anders bei Werkverträgen, welche die Reparatur oder die Wartung einer Sache zum Gegenstand haben, die der Schuldner in Besitz erhalten hat und die er nach Werkvollendung dem Gläubiger zurückgeben soll. Ist dem Schuldner die Rückgabe der Sache wegen des Gläubigerverzugs verunmöglicht, muss ihm eine Hinterlegung nach den Art. 92-94 OR gestattet sein (SCHRANER, a.a.O., N. 26 zu Art. 93 OR; WEBER, a.a.O., N. 25 zu Art. 93 OR; BERNET, a.a.O., N. 4 zu Art. 93 OR; VON THUR/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl.

1974, S. 82 bei Fn. 53). Die Nebenpflicht zur Rückgabe der Sache beschlägt eine Sachleistung im Sinne von Art. 93 OR. Dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt und demnach kein Bundesrecht verletzt.