Urteilskopf

94 II 263

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Oktober 1968 in Sachen Egger gegen Matzinger.
Regeste (de):
Art. 82 OR. Anwendbarkeit auf wesentlich und unwesentlich zweiseitige Verträge (Erw. 3).

Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Einrede des nichterfüllten Vertrages oder des Retentionsrechtes (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 82 CO. Son application aux contrats bilatéraux parfaits et imparfaits (consid. 3).

Condamnation à des prestations qui sont dues simultanément. Exception tirée de la non-exécution du contrat ou du droit de rétention (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 82 CO. Applicabilità ai contratti bilaterali perfetti e imperfetti (consid. 3).

Condanna a prestazioni che devono essere effettuate contemporaneamente. Eccezione dell'inadempimento del contratto o del diritto di ritenzione (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 263

A.- Am 15. April 1947 verkauften die Erben des Johann Ammann der Margarete Egger die Liegenschaft Grundprotokoll Rikon Bd. 25 S. 63 an der Lindauerstrasse in Effretikon-Illnau ZH zum Preis von Fr. 42'000.–. Die Erwerberin tilgte den Kaufpreis durch Übernahme von Fr. 20'000.–, die sie von ihrem Vater Alfred Egger als Darlehen erhalten hatte. Diese Forderung wurde am 25. September 1948 durch Errichtung eines Inhaberschuldbriefes, lautend auf Margarete Egger, auf der Liegenschaft im 2. Rang sichergestellt.
Margarete Egger bewohnte zunächst mit ihren Eltern und ihrem Bruder das erworbene Haus. Als sie sich im April 1951 verheiratete, zog auch ihr Ehemann Emil Matzinger ein. Im Februar 1952 brach in der Hausgemeinschaft Streit aus; die Eheleute Matzinger zogen aus. Bei einem spätern Besuch ihrer Eltern nahm Margarete Matzinger den erwähnten Schuldbrief eigenmächtig in Besitz und übergab ihn ihrem Ehemann. Dieser wurde in der Folge von Vater Egger belangt und mit Urteil des Bundesgerichts vom 12. Mai 1955 zur Herausgabe des Schuldbriefes verpflichtet.

B.- Am 2. März 1953 reichte Alfred Egger gegen Margarete Matzinger-Egger beim Bezirksgericht Pfäffikon Klage ein mit folgenden Rechtsbegehren: "1. Es sei in Berichtigung des Grundbuches die im Grundprotokoll Rikon Bd. 25 pag. 63 bestehende Eintragung von Frau Margaretha Matzinger-Egger als Eigentümerin der

Liegenschaft Assek. No. 2592 mit ca. 5 Aren Land an der Lindauerstrasse, Effretikon gerichtlich zu löschen und der Kläger Alfred Egger als Eigentümer dieser Liegenschaft einzutragen. 2. Eventuell sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 22'000.– nebst 5% Zins seit 5. April 1952 zu bezahlen, alles unter Kosten-und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten." Die Beklagte anerkannte angeblich den Rechtsstandpunkt des Klägers, sie sei nur fiduziarische Eigentümerin der Liegenschaft. Sie erklärte sich zur Übertragung des Eigentums auf den Kläger bereit, jedoch nur unter der Bedingung, dass ihr sämtliche bis zur Aufhebung des fiduziarischen Eigentums entstandenen Auslagen für die Liegenschaft ersetzt würden. Das Bezirksgericht gelangte im Urteil vom 8. November 1955 zur Auffassung, die Beklagte sei nicht nur fiduziarische, sondern wirkliche Eigentümerin der streitigen Liegenschaft. Infolge Fehlentwicklung der familiären Verhältnisse sei aber der Grund für die seinerzeitige Eintragung des Eigentums auf die Beklagte nachträglich dahingefallen. Das Bezirksgericht erachtete die an die Klageanerkennung geknüpfte Bedingung als widerrechtlich, weil die Abklärung der Gegenforderungen einen langwierigen Prozess voraussetzte, die gestellten Ansprüche mit der Liegenschaft zum Teil in keinem Zusammenhang stünden, ihre Anerkennung der Gegenpartei somit nicht zugemutet werden könne. Das Bezirksgericht hiess daher das Hauptbegehren vorbehaltlos gut.

C.- Auf Appellation der Beklagten hob das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) am 24. April 1956 das Urteil des Bezirksgerichts auf und wies die Akten zu neuer Entscheidung an die erste Instanz zurück. Es lehnte das Vorliegen eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses ab, behaftete aber die Beklagte bei der abgegebenen Prozesserklärung, sie sei gegen Ersatz der Aufwendungen für die Liegenschaft zur Übertragung des streitigen Eigentums bereit. Sich selbst hinsichtlicht der Beurteilung der Rechtsbeziehungen widersprechend, wies das Obergericht das Bezirksgericht an, "über die von der

Beklagten gegen den Kläger geltend gemachten Forderungen gemäss dem im einzelnen festzustellenden Inhalt des Treuhandverhältnisses" zu entscheiden "und gegen deren Bezahlung die Klage gutzuheissen".

D.- Am 26. März 1961 starb der Kläger. An seine Stelle trat seine Ehefrau in den Prozess ein.

E.- Am 15. Dezember 1964 fällte das Bezirksgericht Pfäffikon den neuen Entscheid. Entsprechend der im Rückweisungsentscheid und in einem zusätzlichen Erläuterungsverfahren erhaltenen Weisung, erhob es Beweis über die Forderungen der Beklagten und stellte fest, dass die der Beklagten "zu ersetzenden Aufwendungen für ihre Liegenschaft" Fr. 3'725.– und nicht, wie verlangt Fr. 55'401.70, betrügen. Davon zog es verrechnungsweise die der Klägerin aus "früheren Prozessen zustehenden Entschädigungen" von insgesamt Fr. 1'080 ab, was einen Restbetrag von Fr. 2'645.– ergibt. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut, verfügte die Löschung der Beklagten und die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch. Ausserdem nahm es Vormerk von der Verpflichtung der Klägerin, die auf der Liegenschaft lastenden Grundpfandschulden zu übernehmen. In den Erwägungen des Urteils wird erklärt, die Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin vor Übertragung der Liegenschaft die zugesprochene Forderung von Fr. 2'645.– zu begleichen, was durch Verrechnung mit der im Dispositiv zuzusprechenden Prozessentschädigung von Fr. 2'700.– bewirkt werden könne.

F.- Auf Appellation der Beklagten, die Abweisung der Klage, eventuell Gutheissung der Forderung im Umfange von Fr. 55'401.70 zuzüglich Zins verlangte, wies das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) am 24. November 1967 die Klage "zur Zeit" ab. Es kam auf die im Rückweisungsentscheid vom 24. April 1956 vertretene Auffassung zurück und erklärte, "im Hinblick auf die Dispositionsmaxime sei nicht mehr zu prüfen", ob das behauptete Treuhandverhältnis zwischen der Beklagten und ihrem Vater bestehe, sondern es sei angesichts der anerkannten Klagebehauptung als gegeben zu betrachten. Auftragsrecht anwendend, gelangte das Obergericht zum Schluss, die Beklagte könne die Übertragung des Eigentums auf die Klägerin solange ablehnen, bis ihre Aufwendungen für die Liegenschaft ersetzt oder allenfalls sichergestellt

seien. Vater Egger habe im Berufungsverfahren vom Jahre 1956 einen Gegenanspruch der Beklagten von Fr. 2'000.– anerkannt und hiefür Sicherstellung anerboten, diese jedoch nicht geleistet. Auch im vorliegenden Appellationsverfahren habe die Klägerin die vom Bezirksgericht Pfäffikon der Beklagten zugesprochene Forderung von Fr. 2'645.– anerkannt, sie aber weder beglichen noch sichergestellt. Die Einrede der Beklagten sei daher zu schützen und die Klage zur Zeit abzuweisen.

G.- Beide Parteien haben den Entscheid des Obergerichts mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat am 19. April 1968 die Beschwerde der Klägerin, soweit darauf eingetreten werden konnte, abgewiesen und ist auf die Beschwerde der Beklagten nicht eingetreten.

H.- Beide Parteien haben gegen das Urteil des Obergerichts die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, um allfällige Guthaben der Beklagten festzustellen und das Hauptklagebegehren gegen Bezahlung der allfällig ermittelten Forderung der Beklagten gutzuheissen. Die Beklagte hat die Berufung nach Zustellung des kassationsgerichtlichen Entscheides zurückgezogen. Sie beantragt, auf die Berufung der Klägerin nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach verbindlicher Feststellung der Vorinstanz hat die Beklagte die streitige Liegenschaft im Auftrag und mit den Mitteln ihres Vaters gekauft und sich auf Grund der "anerkannten Klagebehauptungen" verpflichtet, sie jederzeit auf die "Klagepartei" zu übertragen. Die Auslegung prozessualer Erklärungen ist vom massgeblichen Verfahrensrecht beherrscht und der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen (vgl. BGE 81 II 528 Erw. 5, BGE 85 II 173). Die Rüge der Beklagten, sie habe das Bestehen eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses nie anerkannt, ist daher nicht zu hören.
Der fiduziarischen Abrede kommt keine selbständige Bedeutung zu (BGE 72 II 361Erw. 2,BGE 77 II 93). Sie teilt daher das rechtliche Schicksal des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes.

Dieses unterliegt den Vorschriften über den Auftrag (Art. 394 ff. OR), welcher spätestens mit Erhebung der Eigentumsklage widerrufen wurde.

2. Die Vorinstanz hat nach Auffassung der Klägerin verkannt, dass beide Parteien das fiduziarische Rechtsverhältnis jederzeit widerrufen und - mangels gegenteiliger Abrede - Zug um Zug Erfüllung der entstandenen Ansprüche verlangen konnten (Art. 82 und 402 OR). Das Obergericht sei daher von Bundesrechts wegen verpflichtet gewesen, die streitigen Forderungen der Beklagten abzuklären und die Klage in dem Sinne gutzuheissen, dass die Klägerin nach Erfüllung der Gegenforderungen im Grundbuch als Eigentümerin der Liegenschaft einzutragen sei.

3. Die Vorinstanz hat nicht entschieden, ob der dem fiduziarischen Eigentum zugrunde liegende Auftrag entgeltlich oder unentgeltlich ist. a) Art. 82 OR bestimmt, wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten wolle, müsse 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 habe. Diese Bestimmung betrifft die Ordnung in der Erfüllung (s. Randtitel) von Leistung und Gegenleistung aus einem zweiseitigen Vertrag. Der unentgeltliche Auftrag ist kein vollkommen zweiseitiger Vertrag. Die Auslagen und Verwendungen des Beauftragten sind nicht als Gegenleistung dessen zu betrachten, was er auf Grund der Geschäftsführung im Sinne von Art. 400 OR dem Auftraggeber abzuliefern hat. Art. 82 OR ist daher nicht unmittelbar anwendbar. Es entspricht aber der Billigkeit und dem tatsächlich geltenden Recht, dass der Auftraggeber seinen Ablieferungsanspruch nicht durchsetzen kann, ohne die Auslagen und Verwendungen des Beauftragten zu ersetzen und dass umgekehrt der Beauftragte die Erfüllung seiner Forderungen nicht verlangen kann, ohne die Gegenleistung zu erbringen. Dieser Zusammenhang wird im schweizerischen Recht - entsprechend § 273 BGB - durch das obligatorische Retentionsrecht hergestellt, vermöge dessen ein Vertragspartner seine Leistung verweigern kann, bis ihm die Gegenleistung aus dem gleichen Rechtsverhältnis gewährt wird (BGE 78 II 378; VON TUHR/SIEGWART, OR II 506; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 16 zu Art. 402 OR; OFTINGER, N. 202 zu Art. 895 ZGB). Der Anspruch des Beauftragten auf Auslagen-

und Verwendungsersatz wird mit seiner Erhebung fällig, wie der Ablieferungsanspruch des Auftraggebers (vgl.BGE 78 II 55, GAUTSCHI, N. 16 zu Art. 400 und N. 13 zu Art. 402 OR). Art. 82 OR ist somit sinngemäss anwendbar. b) Im vorliegenden Fall wäre ein entgeltlicher Auftrag insofern denkbar, als die Beklagte das Haus zusammen mit ihrem Ehemann bewohnte, was unter Umständen als Vergütung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR aufgefasst werden könnte. Damit läge ein wesentlich zweiseitiger Vertrag vor (vgl. GAUTSCHI, N. 16 zu Art. 400 OR; BECKER, N. 10 zu Art. 82 OR; BGE 82 IV 147 /8). Art. 82 OR wäre somit unmittelbar anwendbar.

4. Im Gegensatz zum Bundeszivilprozessrecht (Art. 74) und den Prozessordnungen der Kantone Bern (Art. 397) und Freiburg (Art. 342) enthält die zürcherische Zivilprozessordnung keine Bestimmung, die die Gutheissung einer Klage für den Fall vorsieht, dass eine Bedingung eintritt oder die Gegenleistung erbracht ist. Auch stellt sie kein besonderes Verfahren zur Verfügung, das festzustellen erlaubte, ob die Bedingung eingetreten oder die Gegenleistung erbracht ist. Die Berufung kann daher nur Erfolg haben, wenn die Vorinstanz von Bundesrechts wegen verpflichtet war, Bestand und Höhe der streitigen Forderungen abzuklären und die Beklagte Zug um Zug zur Übertragung der Liegenschaft gegen Empfang der geschuldeten Gegenleistung zu verurteilen. a) Wie erwähnt, wurden durch den Widerruf des fiduziarischen Rechtsverhältnisses die gegenseitigen Ansprüche der Parteien fällig und waren - mangels anderer Abrede - wie die Leistungen des Käufers und Verkäufers (vgl. Art. 184 Abs. 2 OR) gleichzeitig - Zug um Zug - zu erfüllen. Art. 82 OR gelangt daher in jedem Fall zur Anwendung, gleichgültig, ob ein entgeltlicher (Auslagen-und Verwendungsersatz mit Vergütung) oder unentgeltlicher (Auslagen- und Verwendungsersatz) Auftrag vorliegt. b) Ist ein entgeltlicher Auftrag anzunehmen, so wurde die von der Klägerin zu erbringende Gegenleistung (Vergütung) bereits dadurch erbracht, dass die Beklagte das Haus mit ihrem Ehemann bewohnte. Die Klägerin schuldet daher nur noch Auslagen- und Aufwendungsersatz, und das Rechtsverhältnis ist gleich abzuwickeln, wie wenn von Anfang an ein unentgeltlicher Auftrag bestanden hätte.

Im Gegensatz zum wesentlich zweiseitigen Vertrag (vgl. VON TUHR/SIEGWART, OR II S. 503), beruht die Klage aus dem unwesentlich zweiseitigen Vertrag nicht auf der Fiktion, die Pflicht zur Erbringung einer Gegenleistung sei anerkannt. Die Klägerin brauchte daher die bestrittene Leistung weder zu erfüllen, anzubieten, noch sicherzustellen, um die Übereignung der Liegenschaft zu erwirken. Vielmehr war es Sache der Beklagten, Bestand und Umfang der behaupteten Ansprüche als Voraussetzung des Retentionsrechtes nachzuweisen. Die in der Lehre (vgl. VON TUHR/SIEGWART, OR II S. 409; BECKER, N. 4 zu Art. 82 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 zu Art. 82 OR; LEUCH, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Auflage, N. 3 zu Art. 397; GULDENER, Das Schweizerische Zivilprozessrecht, S. 253, N. 7) einhellig befürwortete Abweisung der Klage zur Zeit infolge der Einrede des nichterfüllten Vertrages (oder des Retentionsrechtes) ist daher, sofern überhaupt, nur dann zu erwägen, wenn die zu erbringende Leistung unbestritten ist, jedoch weder erbracht ist noch gehörig angeboten wird (vgl. aberBGE 79 II 279, wonach auch in einem solchen Fall eine bedingte Verurteilung zu erfolgen hat). c) Im vorliegenden Fall ging es schon deshalb nicht an, die Klage zur Zeit abzuweisen, weil durch die Erfüllung oder Sicherstellung der in den beiden Appellationsverfahren unbestrittenen Teilforderungen von Fr. 2'000.– und Fr. 2'645.– die aufschiebende Einrede des Retentionsrechtes nicht entkräftet worden wäre und somit keine Partei etwas gewonnen hätte. Das Vorgehen des Obergerichts führte zu einer unzumutbaren Erschwerung der Rechtsverfolgung, wäre doch die Klägerin genötigt, durch eine negative Feststellungsklage abklären zu lassen, dass sie den bestrittenen Betrag nicht schuldet, bevor sie erneut auf Übereignung der Liegenschaft klagen könnte. Die einzig zweckmässige, mit der Interessenlage der Parteien vereinbare Lösung besteht daher darin, dass die Vorinstanz - prozesskonforme Behauptungen und Beweisanträge der Beklagten vorbehalten - die umstrittenen Ansprüche feststellt und, falls sie ganz oder teilweise begründet sind, ein beschränktes Leistungsurteil fällt (vgl. den in BGE 85 II 488 /9 enthaltenen Urteilsspruch). Dieser Auffassung wird im Entscheid des Obergerichts vom 24. April 1956 dadurch Ausdruck verliehen, dass die Beklagte ihre Ansprüche nicht durch Widerklage zu erheben brauchte, sondern einredeweise geltend machen

konnte. Die in §§ 274 und 322 BGB vorgesehene bedingte Verurteilung ist daher auch dem Obligationenrecht keineswegs fremd und nicht bloss dem kantonalen Prozessrecht vorbehalten, wie LEUCH und BECKER (je a.a.O.) annehmen, sondern ergibt sich hier aus Art. 82 in Verbindung mit Art. 184 Abs. 2 und 402 OR. Solche Urteile werden denn auch in Kantonen erlassen, die sie in der einschlägigen Prozessordnung nicht vorgesehen haben (vgl. EICHENBERGER, Beiträge zum aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949, S. 123). Der von GULDENER (ZschwR 95/1961 S. 33 N. 79) erhobene Einwand, in den Kantonen ohne besonderes Verfahren zur Feststellung, ob die Bedingung eingetreten oder die Gegenleistung erbracht sei, müsse zu diesem Zweck ein zweiter Prozess eingeleitet werden, ist nicht entscheidend. Gebietet das materielle Bundesprivatrecht den Erlass eines bedingten Urteils, so kommt nichts darauf an, ob das kantonale Prozessrecht ein summarisches Verfahren zur Verfügung stellt, das den Eintritt der Bedingung oder die Erfüllung der geschuldeten Gegenleistung festzustellen erlaubt. Besteht kein solches Verfahren, so ist der klagenden Partei zuzumuten, nötigenfalls in einem zweiten, meist einfachen ordentlichen Prozess durch Feststellungsurteil die Voraussetzungen der Vollstreckung, d.h. Eintritt der Bedingung, Erfüllung oder Annahmeverzug der Gegenpartei, nachzuweisen (vgl. EICHENBERGER, a.a.O.).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 24. November 1967 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.