

## **BGE 94 II 263**

Bundesgericht (BGE), 1968-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_94 II 263](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_94%20II%20263)

FR: ATF 94 II 263

IT: DTF 94 II 263

### **Regeste**

Regeste 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).

### **Erwägungen**

#### **E. 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 361 Erw. 2, BGE 77 II 93 ). Sie teilt daher das rechtliche Schicksal des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes. BGE 94 II 263 S. 267 Dieses unterliegt den Vorschriften über den Auftrag ( Art. 394 ff. OR ), welcher spätestens mit Erhebung der Eigentumsklage widerrufen wurde.

#### **E. 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.

#### **E. 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- BGE 94 II 263 S. 268 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.

#### **E. 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. BGE 94 II 263 S. 269 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. aber BGE 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 BGE 94 II 263 S. 270 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.