

**ZPO 222, ZPO 304, Vollstreckung bei geschuldeter Gegenleistung.** Wie die Gegenleistung zu erbringen ist, bestimmt das zu vollstreckende Urteil abschliessend; in der Vollstreckung kann daran nichts mehr geändert werden.

Sachverhalt:

Der Klägerin hatte ein Urteil erstritten, wonach ihr die Beklagte eine Maschine herausgeben muss, Zug um Zug gegen Bezahlung von Fr. 67'750. Sie gelangt an den Einzelrichter mit dem Begehren, "es sei der Beklagten (unter Androhung der Zwangsvollstreckung sowie der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Zuwiderhandlungsfalle) zu befehlen, das in ihrem Besitz befindliche "Drahterosions–Bearbeitungszentrum ..." sofort Zug um Zug gegen Bezahlung von Fr. 67'750, *wovon Fr. 13'500 in bar und Fr. 54'250 durch Verrechnung bezahlt werden*<sup>1)</sup>, an die Klägerin herauszugeben". Der Einzelrichter dieser erteilt den angebehrten Befehl, wogegen die Beklagte rekurriert.

<sup>1)</sup> Hervorhebung nicht im Original

Aus den Erwägungen:

4. Die angefochtene Befehlsverfügung erging vorab in Anwendung von § 222 Ziff. 1 ZPO zur Vollstreckung des rechtskräftigen Urteils des Kantonsgerichts Zug vom 25. August 2005. Gemäss diesem Urteil wurde die Beklagte verpflichtet, die in ihrem Besitz befindliche Hochgeschwindigkeitsfräse Zug um Zug gegen Bezahlung von Fr. 67'750 an die Klägerin zu übergeben. Damit wurde über die gegenseitigen Ansprüche der Parteien infolge Aufhebung ihres Kaufvertrages entschieden. Nachdem die Klägerin als Verkäuferin vom Vertrag zurückgetreten war, war die Beklagte zur Rückgabe der übernommenen, jedoch unter Eigentumsvorbehalt stehenden Maschine verpflichtet; gleichzeitig hatte die Klägerin die erhaltene Kaufpreisanzahlung abzüglich eigener Gegenforderungen, welche sie aus der Benützung und Abwertung der Maschine durch die Beklagte sowie aus unnütz gewordenen Aufwendungen ableitete, an die Beklagte zurückzuerstatten.

Im Vollstreckungsverfahren gemäss § 222 Ziff. 1 ZPO kann der Befehl zur Herausgabe der Maschine grundsätzlich nicht wiederum Zug um Zug gegen Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages erteilt werden, wie die Vorinstanz verfügte. Dass die Parteien ihre Leistungen Zug um Zug zu erbringen haben,

wurde bereits im Urteil des Kantonsgerichts Zug festgelegt. Ein Befehl im Vollstreckungsverfahren ist vielmehr vorbehaltlos zu erteilen, wenn dafür die Voraussetzungen erfüllt sind. Zu diesem Zweck hat der Kläger (in analoger Anwendung von Art. 82 OR) nachzuweisen, dass er seine Gegenleistung entweder bereits erbracht oder doch gehörig angeboten hat. Im Streitfall kann er in einem Befehlsverfahren nach § 304 Abs. 2 ZPO den Richter darüber entscheiden lassen, ob diese Voraussetzung der Vollstreckung erfüllt sei (vgl. BGE 109 II 28, E.1). Das Leistungsangebot des fordernden Klägers muss grundsätzlich eine Realoblation sein, d.h. die Leistung muss tatsächlich bereitgestellt werden (Guhl/Koller, OR, 9.A., S. 21); die blosser Erklärung, die Sache zur Verfügung des belangten Schuldners zu halten, ist von Ausnahmefällen abgesehen nicht ausreichend (Weber, Berner Kommentar, N 184 zu Art. 82 OR). Der Kläger muss alles zur Erfüllung Notwendige getan haben, so dass der Beklagte die Leistung nur noch anzunehmen braucht (Schraner, Zürcher Kommentar, N 148 zu Art. 82 OR). Die praktisch wichtigste Form der Realoblation ist die Hinterlegung (Weber, a.a.O., N 186). So wird denn auch im Rechtsöffnungsverfahren aufgrund eines Zug um Zug-Urteils Rechtsöffnung nur dann erteilt, wenn der Kläger beweist, dass er seine Gegenleistung (Sachleistung) bereits erbracht oder hinterlegt hat (Weber, a.a.O., N 232 und Schraner, a.a.O., N 228, jeweils zu Art. 82 OR). Dementsprechend hätte auch im vorliegenden Fall die Klägerin, um über einen Vollstreckungstitel zu verfügen, ihre Gegenleistung so sicherzustellen, dass der Geldbetrag unzweifelhaft der Beklagten freigegeben wird, sobald diese ihrerseits erfüllt.

Diese Gegenleistung des Klägers wird im gerichtlichen Urteil festgelegt und kann im Vollstreckungsverfahren nicht erweitert oder reduziert werden. Der Vollstreckungsrichter ist nicht befugt, den Vollstreckungstitel inhaltlich zu ergänzen und so neue Rechte und Pflichten festzulegen. Eine ihm gegen den Beklagten zustehende zusätzliche Forderung könnte der Kläger höchstens dann noch zur Anrechnung bringen lassen, wenn diese Forderung durch ein rechtskräftiges gerichtliches Urteil ausgewiesen wäre. Der Vollstreckungsrichter könnte nicht selber über neue Forderungen befinden und diese dem Kläger zusprechen, mag er auch von einer klaren Rechtslage ausgehen. Es wäre aber

auch unter den Voraussetzungen von § 222 Ziff. 2 ZPO (klares Recht sowie unstreitiger oder sofort beweisbarer Sachverhalt) der Einzelrichter im Befehlsverfahren nicht zuständig, über streitige Geldforderungen zu urteilen (vgl. § 223 ZPO).

5. Die vorliegend angefochtene Verfügung hält sich nicht an diese Grundsätze. Die Klägerin hat ihre Gegenleistung, die sie gemäss dem massgeblichen Urteilsspruch des Kantonsgerichts Zug vom 25. August 2005 Zug um Zug zu erbringen hätte (Zahlung von Fr. 67'750), keineswegs bereit- oder sichergestellt. Sodann reduzierte die Vorinstanz diese Gegenleistung erheblich, indem sie es der Klägerin gestattete, eine zusätzliche Forderung in der Höhe von Fr. 66'250 in Anrechnung zu bringen, so dass die Beklagte nur noch den Differenzbetrag von Fr. 1'500 in bar erhalten würde. Sie wies zur Begründung darauf hin, dass die Beklagte im Prozess am Kantonsgericht Zug einen monatlichen Mietzins von Fr. 6'000 für die Benützung der Maschine anerkannt hätte, und dass gemäss dem kantonsgerichtlichen Urteil die Klägerin aus dem Benützungsverhältnis während 13 Monaten (Januar 2004 bis Januar 2005) einen Betrag von Fr. 78'000 (13 x Fr. 6'000) fordern durfte, welcher zusammen mit weiteren Forderungen (Fr. 44'250) gegenüber der Rückerstattungsforderung der Beklagten (Fr. 190'000) zur Verrechnung gebracht wurde. Die Vorinstanz erwog weiter, dass die Beklagte weiterhin im Besitz der Maschine sei und deshalb einen entsprechenden Mietzins auch für die Monate Februar bis Dezember 2005 zu entrichten habe (11 Monate à Fr. 6'000 = Fr. 66'000). Zudem berücksichtigte sie einen Betrag von Fr. 250, den das Kantonsgericht Zug im gleichen Verfahren mit einem Beschluss vom 16. Juni 2005 (act. 8/3/3) der Klägerin als Umtriebsentschädigung zugesprochen hatte, weil die Beklagte einen Termin versäumt hatte. Dieser Forderungsbetrag von Fr. 250 ist somit durch einen gerichtlichen Entscheid ausgewiesen. Hingegen kann die Forderung im Betrag von Fr. 66'000, welche der Klägerin zustehen soll, weil die Beklagte die Maschine während elf weiteren Monaten im Besitz hatte, mangels einer urteilsmässigen Grundlage im vorliegenden Vollstreckungsverfahren nicht zur Anrechnung gebracht werden. Gemäss dem kantonsgerichtlichen Urteil anerkannte die Beklagte an der Hauptverhandlung einen Mietzins für die Maschine von Fr. 6'000

pro Monat; allein daraus lässt sich keineswegs ableiten, dass die Beklagte eine solche Mietzinsforderung der Klägerin nicht nur für den im Prozess zur Diskussion stehenden Zeitraum von 13 Monaten, sondern darüber hinaus auch für eine weitere noch unbestimmte Dauer ihres Besitzes an der Maschine bis zu deren Rückgabe verbindlich anerkannt hätte. Daran ändert auch nichts, dass die Klägerin im kantonsgerichtlichen Verfahren erklärte, sie behalte sich ein entsprechendes Nachklagerecht vor.

Ob der Klägerin ein solches Nachklagerecht allenfalls zusteht, könnte auch nicht im Befehlsverfahren nach § 222 Ziff. 2 ZPO entschieden werden. Im Übrigen wäre die Rechtslage nicht derart klar wie die Vorinstanz annimmt; es ist durchaus fraglich, ob im Anschluss an das gerichtliche Urteil, welches die Beklagte zur Rückgabe der Maschine verpflichtet, die Klägerin weiterhin monatliche Entschädigungszahlungen fordern darf, wenn die Rückgabe aus irgendwelchen Gründen nicht sofort vollzogen wird und darum die Beklagte noch länger im Besitz der Maschine bleibt.

Es ergibt sich somit, dass die Klägerin die ihr gemäss dem Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 25. August 2005 obliegende Gegenleistung nicht ausreichend erbracht hat, weshalb dieses Urteil heute nicht als Vollstreckungstitel dienen und die Beklagte im vorliegenden Befehlsverfahren nicht zur Herausgabe des Drahterosions–Bearbeitungszentrums verpflichtet werden kann. Infolgedessen ist der Rekurs gutzuheissen und das Klagebegehren abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 24. Mai 2006  
NL060020