

10. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung  
vom 26. Februar 1924

i. S. Standard Metallwerke gegen Alfred Stöckli, Söhne.

Art. 72 OR. Wahlschuld und alternative Ermächtigung.  
Kriterien.

A. — Am 23. März 1922 trat die Theodor Wilhelm-A.-G. in Zürich den Beklagten, Alfred Stöckli, Söhne, Metallwarenfabrik in Netstal, ihr gesamtes Guthaben ab, welches sie aus der Bestellung der Firma Boots Ltd. in London auf 10,000 Isolierflaschen,  $\frac{1}{2}$  Lt. zum Preise von  $\frac{15}{8}$  sh. per Dutzend franko Domizil London besass, wogegen sich die Beklagten verpflichteten, die 10,000 Aluminiumgarnituren, die zur Ausführung jener Bestellung nötig waren, zu 62 Cts. per Stück zu liefern.

Durch Vereinbarung vom 15. Januar 1923 anerkannte Theodor Wilhelm, den Beklagten 15,000 Fr. zu schulden, zahlbar in 4 Raten, wovon die erste von 4200 Fr. am 1. März 1923 zu entrichten war. § 3 der Vereinbarung bestimmt: « Th. Wilhelm ist berechtigt, an Stelle der Barzahlungen Halbliter-Ersatzisolierflaschen zu liefern, in der gleichen Qualität und Ausführung, wie solche bisher von der Theodor Wilhelm-A.-G. in Zürich hergestellt und vertrieben wurden... »

Macht Th. Wilhelm vom Rechte der Naturalabfindung für eine oder mehrere Raten Gebrauch, so ist vereinbart, dass dem Betrage von 4200 Fr. 3000 Halbliter-Ersatzisolierflaschen entsprechen, dem Betrag von 3600 Fr. 2667 Halbliter-Ersatzisolierflaschen. »

§ 4 bestimmt: « Für die Erfüllung der Abzahlungspflicht der Schuld von 15,000 Fr. gemäss Art. 2 und 3 dieses Vergleiches leisten die Standard Metallwerke Zürich Bürg- und Zahlerschaft. »

Mit Schreiben vom 15. März offerierte Wilhelm an Stelle der Halbliter-Ersatzisolierflaschen komplette Isolierflaschen und machte gleichzeitig geltend, es sei ihm

ein Betrag von 1111 Fr. 05 Cts. gutzuschreiben, da der Th. Wilhelm-A.-G. 1792 Flaschenhülsen nicht geliefert worden seien. Demgegenüber verlangten die Beklagten am 16. März strikte Erfüllung der Vereinbarung, d. h. Bezahlung der fälligen 4200 Fr. oder Lieferung von 3000 Ersatzisoliergläsern. Auf diesem Standpunkt beharrten sie auch einer erneuten Offerte gegenüber mit Schreiben vom 17. März 1923, mit dem Bemerkten, sie werden beweisen, dass die Hülsen vollständig geliefert worden seien. Daraufhin ersuchte Wilhelm am 20. März 1923 um Mitteilung, an wen die Ersatzflaschen abzuliefern seien.

Unterm 21. März 1923 setzte der Vertreter der Beklagten sowohl Wilhelm, als der Klägerin eine Nachfrist bis Ende März an zur Lieferung der 3000 Halbliter-Ersatzisolierflaschen oder aber Bezahlung der 4200 Fr., mit der Androhung, dass nach Ablauf der Frist eine Nachlieferung für die erste Rate nicht mehr angenommen, sondern Betreibung für die 4200 Fr. eingeleitet werde. Auf die Anfrage des Wilhelm vom 20. März schrieb der Vertreter der Beklagten am 23. März der Klägerin, dass die Ware nach Netstal zu senden sei, in der gleichen Verpackung, wie die Ersatzflaschen früher von der in Konkurs geratenen Theodor Wilhelm-A.-G. geliefert wurden, und auf eine telephonische Anfrage vom 28. März 1923 hin teilte er ihr am gleichen Tage mit, die Verpackung sei von ihr — der Klägerin — vorzunehmen, dagegen könne sie die Kosten des Packmaterials den Beklagten belasten. Die Klägerin erklärte sich am 3. April 1923 hiezu bereit. Mit Schreiben vom 4. April 1923 stellte jedoch der Vertreter der Beklagten den erfolglosen Ablauf der Nachfrist fest und gab die Erklärung ab, dass die Beklagten eine Nachlieferung für die erste Rate nicht mehr annehmen, sondern für den Betrag von 4200 Fr. Betreibung anheben werden.

B. — Am 19. April 1923 leiteten die Beklagten gegen die Klägerin, als Bürgen des Wilhelm, Betreibung für die am 1. März 1923 fällig gewordene Rate von 4200 Fr. ein und

erwirkten auf erfolgten Rechtsvorschlag hin provisorische Rechtsöffnung. Hiegegen richtet sich die vorliegende Aberkennungsklage mit dem Begehren um Aberkennung der in Betreuung gesetzten Forderung von 4200 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. März 1923, sowie der Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten.

In der Begründung stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, Wilhelm sei erfüllungsbereit gewesen, indem er die Ersatzisolerflaschen den Beklagten am 20. März 1923 in Zürich zur Verfügung gestellt habe. Mangels einer anderweitigen Parteivereinbarung über den Erfüllungsort habe er gemäss Art. 74 Ziff. 2 und 3 OR in Zürich erfüllen müssen. Dies sei auch von den Beklagten selbst durch ihre ausdrückliche Erklärung, dass die Verpackungs- und Versandkosten zu ihren Lasten gehen, anerkannt worden. Sie seien daher nicht berechtigt, die Naturalleistung abzulehnen und Zahlung der Geldsumme zu verlangen. Eventuell müssten sie sich den Betrag von 1111 Fr. 05 Cts. für 1792 nicht gelieferte Hülsen anrechnen lassen.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie im wesentlichen ausführten: Der Standpunkt der Klägerin wäre dann richtig, wenn es sich um eine Alternativobligation handeln würde. Eine solche liege aber nicht vor. Die Forderung der Beklagten betreffe eine Geldschuld, die gemäss Art. 74 Ziff. 1 OR am Wohnsitz des Gläubigers in Netstal zu zahlen war. Der Klägerin sei lediglich die Befugnis eingeräumt worden, diese Barschuld durch Lieferung von Waren zu tilgen. Am Erfüllungsort sei dadurch nichts geändert worden. Die Bereitschaftserklärung zur Übernahme der Transportkosten hätten die Beklagten nur deshalb abgegeben, um endlich eine Leistung zu erhalten.

Die Gegenforderung der Klägerin von 1111 Fr. 05 Cts. werde bestritten, da jeder Beweis dafür fehle, dass von den Beklagten zu wenig Hülsen geliefert worden seien.

C. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage

abgewiesen, das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 22. September 1923.

D. — Eine gegen dieses Urteil mit der Begründung eingelegte Kassationsbeschwerde, das Obergericht habe sich dadurch, dass es auf das Eventualbegehren betreffend den Abzug von 1111 Fr. 05 Cts. und die dafür angetretenen Beweise nicht eingetreten sei, einer Rechtsverweigerung schuldig gemacht, hat das Kassationsgericht am 8. Januar 1924 abgewiesen.

E. — Gegen das obergerichtliche Urteil vom 22. September 1923 hat die Klägerin auch die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage in vollem Umfange, eventuell im Betrage von 1111 Fr. 05 Cts.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Die Aberkennungsklage wird in erster Linie damit begründet, die streitige Obligation stelle eine sogenannte Wahlobligation im Sinne des Art. 72 OR dar, und es sei demzufolge die in Betreuung gesetzte Geldforderung dadurch untergegangen, dass die Klägerin am 20. März 1923 die ihr nach dieser Gesetzesbestimmung zustehende Wahl zu Gunsten der alternativen Ersatzleistung getroffen habe.

Nun wird allerdings nach allgemein herrschender Lehre die Wahlobligation durch die vom Berechtigten getroffene Wahl auf die gewählte Alternative konzentriert, d. h. der gewählte Schuldgegenstand als Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmt, und es erlischt damit das Schuldverhältnis in Hinsicht auf die nicht gewählte Alternative. Allein das bezieht sich nur auf die Fälle, wo es sich um die Wahl zwischen den mehreren Gegenständen der alternativen Obligation handelt, m. a. W. darum, welche der mehreren Leistungen als geschuldet anzusehen sei. Als dann besteht nach getroffener Wahl nur noch eine einfache Obligation, gerichtet auf den durch die Wahlerklärung bestimmten Leistungsgegenstand. Wenn also vor-

liegend nach der Vertragsmeinung die dem Schuldner eingeräumte Alternative den Sinn hätte, dass es ihm zustehen solle, zu wählen, welche Leistung er schulden wolle, die Geldleistung oder aber die Ersatzleistung durch Lieferung von Flaschen, so wäre die Folge seiner Erklärung, dass er die letztere wähle, die, dass damit der Anspruch der Beklagten auf Bezahlung der streitigen ersten Rate von 4200 Fr. erloschen wäre.

Das war aber offenbar nicht der Sinn der Vereinbarung vom 15. Januar 1923. Nichts spricht dafür, dass dem Schuldner von Anfang an die Befugnis habe eingeräumt werden wollen, in einem beliebigen Zeitpunkt zu erklären, die Warenschuld solle an Stelle der Geldschuld treten. Schuldobjekt war vielmehr die festgesetzte Barleistung der 15,000 Fr., bzw. 4200 Fr. schlechthin, und es wollte dem Schuldner in Ziff. 3 nur das Recht eingeräumt werden, sich von seiner Geldschuld durch das Surrogat der Warenlieferung zu befreien, die der Gläubiger an Erfüllungsstatt annehmen musste. Wilhelm blieb und bleibt aber die 4200 Fr. schuldig bis zum Zeitpunkt der Tilgung dieser von vorneherein als Leistungsinhalt vereinbarten Barschuld. Seine Wahlberechtigung bestand nur darin, zu bestimmen, auf welche der beiden alternativ vorgesehenen Arten er sie tilgen wolle, ob durch Barzahlung oder durch Bewirkung der Ersatzleistung. Die Behauptung, die in Betreibung gesetzte Forderung sei schon damit erloschen, dass der Schuldner sich am 20. März 1923 für die Ersatzleistung ausgesprochen habe, hält daher nicht Stich.

2. — Die Aberkennungsklage kann somit nur unter der Voraussetzung gutgeheissen werden, dass der Schuldner nachgewiesen hat, dass er die ihm zustehende und von ihm gewählte Ersatzleistung wirklich gemacht und dadurch die Geldschuld getilgt hat, oder dass sie wenigstens rite angeboten, und ihre Bewirkung durch Annahmeverzug des Gläubigers verhindert worden ist. Nun steht nach den Akten ausser Streit, dass die Ersatzleistung tatsäch-

lich nicht erfolgt ist. Dagegen behauptet die Klägerin, sie sei rechtzeitig und in genügender Weise angeboten worden, und beruft sich zum Beweise hiefür auf das Schreiben des Schuldners an die Beklagten vom 20. März 1923, worin er sie um Mitteilung darüber ersuchte, an wen die Ersatzflaschen abzuliefern, und wie sie einzupacken seien, damit er sukzessive beginnen könne. Die Beklagten haben ihm die Weisung hiefür am 23. März 1923 gegeben, indem sie ihn aufforderten, die Ware nach Netstal zu senden. Wenn der Schuldner diese Weisung als vertragswidrig ansah und glaubte, die Ersatzflaschen seien in Zürich zur Verfügung zu halten, so war er nach Treu und Glauben im Verkehr verpflichtet, den Beklagten hievon sofort Anzeige zu machen. Unter allen Umständen könnte er sich aber nur dann mit Erfolg auf den Standpunkt stellen, er habe das Seinige zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung getan, wenn er nachgewiesen hätte, dass er die Ware auch wirklich den Beklagten in Zürich bereitgehalten habe, wozu natürlich, ausser der Bereitschaftserklärung hiezu, auch die Anzeige an die Beklagten, dass das tatsächlich der Fall sei, gehört hätte. Dieser Nachweis ist aber nicht erbracht worden.

3. — ... (Eventueller Antrag der Klägerin auf Reduktion der Forderung um 1111 Fr. 05 Cts.).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. September 1923 bestätigt.