

*Considérant en droit :*

Le Tribunal cantonal a admis que c'est sans aucun droit que le recourant a retiré, le 22 décembre 1952, la somme de 2800 fr. du compte de chèques postaux des deux sociétés, car il n'avait plus qualité pour disposer du compte à ce moment-là. Si les billets et les espèces qu'il a retirés avaient été individualisés et qu'ils se fussent trouvés encore en sa possession, ils auraient pu, il est vrai, faire l'objet d'une mesure de séquestration de droit cantonal et la restitution en être exigée sous peine de sanctions en cas d'inexécution. Mais tel n'est pas le sens de la décision attaquée, attendu que les billets et espèces prélevés par le recourant se trouvaient depuis longtemps mélangés avec les siens. La décision tendait en réalité à amener Clivaz à verser la somme de 2800 fr. au compte, autrement dit à la rembourser aux deux sociétés. Le droit fédéral ne s'oppose pas à ce que cette restitution soit ordonnée par une décision provisionnelle, mais l'exécution de cette mesure relève du droit fédéral tel qu'il est réglé par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, celle-ci étant applicable à l'exécution forcée qui a pour objet une somme d'argent, à l'exclusion de toute mesure d'exécution de droit cantonal. Le fait que l'art. 80 LP n'accorde la mainlevée qu'en vertu de décisions judiciaires tranchant définitivement une prétention de droit matériel et n'admet pas qu'une simple décision provisoire puisse constituer un titre propre à justifier la mainlevée ne saurait être considéré comme une raison de permettre aux cantons d'instituer des mesures d'exécution particulières. En matière d'obligations ayant pour objet une somme d'argent, les mesures d'exécution prévues par la loi fédérale sont en effet seules admissibles et ne sauraient être complétées par le droit cantonal. Il n'existe donc pas de moyens de contraindre un débiteur à exécuter une décision provisionnelle. Or la menace dont le recourant était l'objet constituait indiscutablement un moyen de contrainte, et c'est en quoi justement la décision

attaquée viole le droit fédéral. En revanche, rien ne se serait opposé à ce que le Tribunal cantonal ordonnât le blocage du compte de chèques postaux une fois que le recourant eût versé la somme de 2800 fr. ; il n'est pas contraire au droit fédéral d'ordonner des mesures destinées à prévenir des prélèvements sur un compte.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est admis partiellement, en ce sens que le dispositif n° II lettre d du jugement attaqué est annulé. Il est rejeté pour le surplus.

**50. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. April 1953 i. S. VOP-Stadtplan A.-G. gegen Hegner.**

*Art. 181 und 176 OR.*

Bedeutung des Hinweises auf eine Bilanz in der öffentlichen Anzeige an die Gläubiger bei Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven.

Übernahme von in der öffentlichen Verlautbarung erkennbar ausgeschlossenen Verpflichtungen durch Einzelkundgebung gegenüber dem betreffenden Gläubiger.

*Art. 181 et 176 CO.*

Portée de la référence à un bilan dans l'annonce publique aux créanciers faite en vue de la reprise d'une affaire avec l'actif et le passif.

Manifestation particulière de volonté à l'égard d'un créancier, impliquant la reprise d'obligations que l'annonce publique excluait d'une manière reconnaissable.

*Art. 181 e 176 CO.*

Portata del riferimento ad un bilancio nell'avviso pubblico ai creditori in vista dell'assunzione d'un'azienda con l'attivo e il passivo.

Manifestazione particolare di volontà nei confronti d'un creditore, la quale implica l'assunzione di obbligazioni che l'avviso pubblico escludeva in modo riconoscibile.

*Sachverhalt.*

Am 13. Juni 1949 schloss Ernst Lüthi mit Emil Hegner « namens der in Gründung begriffenen VOP-Stadtplan A.-G. » einen Dienstvertrag für die Dauer von zunächst 2 Jahren ab. Darin wurde vereinbart, dass Hegner ein

Monatsgehalt von Fr. 900.— beziehen solle, vorgängig jedoch eine « Interesseneinlage » von Fr. 10,000.— in die Einzelfirma Lüthi zu leisten habe. Letzteres geschah. Hegner trat seine Stelle auf Anfang Juli 1949 an. Am 12. Oktober 1949 wurde dann die VOP-Stadtplan A.-G. gegründet. Sie übernahm durch Vertrag vom gleichen Tage das Geschäft Lüthi mit Aktiven und Passiven in bestimmter Höhe. Weiter sah Ziff. 6 des Abkommens vor, dass die A.-G. an « laufenden Verbindlichkeiten » den Dienstvertrag mit Hegner ab 1. Oktober 1949 übernehme, dagegen allfällige Guthaben Hegners « aus früherer Tätigkeit oder aus anderen Rechtsgründen von Ernst Lüthi persönlich beglichen » würden.

Wenig später, am 22. November 1949, wurde Hegner fristlos entlassen. Gestützt auf den Anstellungsvertrag vom 13. Juni 1949 belangte er die A.-G. u. a. auf Erstattung der Interesseneinlage von Fr. 10,000.— und auf Bezahlung rückständigen Lohnes für die Monate Juli bis September 1949 im Betrage von Fr. 2700.—. Das Obergericht des Kantons Zürich schützte diese Ansprüche mit Urteil vom 26. Juni 1952. Auf Berufung der Beklagten hin bestätigt das Bundesgericht den kantonalen Entscheid.

*Aus den Erwägungen :*

4. — Gemäss Art. 181 OR wird, wer ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden « ohne weiteres », also von Gesetzes wegen verpflichtet, sobald die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgedrückt worden ist.

a) Die erste Voraussetzung, die Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven, ist verwirklicht durch den Übernahmevertrag vom 12. Oktober 1949. Daran ändert nichts, dass nicht alle Passiven der Firma Lüthi einbezogen wurden, sondern nur jene laut Bilanz vom 1. Oktober 1949 und dazu gewisse « laufende Verbindlichkeiten », welche in der Bilanz naturgemäss nicht

zum Ausdruck kommen. Nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung steht die Zurückbehaltung einzelner Aktiven oder die Ausscheidung einzelner Passiven der Geschäftsübernahme im Sinne des Art. 181 OR nicht entgegen (vgl. BGE 60 II 104/5 ; FICK in SJZ 20 S. 221 ff und dortige Literaturvermerke). Eine andere, später zu erörternde Frage ist, wann eine derartige Beschränkung im Einzelfalle vorliege und welche Bedeutung sie habe.

Gegeben ist auch die zweite Voraussetzung, die Kundmachung der Geschäftsübernahme an die Gläubiger, jedenfalls in der allgemeinen Form einer Veröffentlichung der neu gegründeten A.-G. im Handelsamtsblatt vom 20. Oktober 1949.

b) Für die Gläubiger ist hinsichtlich des Umfanges der Geschäftsübernahme, d. h. des Bestandes und Ausmasses übernommener Aktiven und Passiven, nicht der interne Übernahmevertrag massgeblich, sondern die an sie gerichtete Mitteilung oder die öffentliche Verlautbarung (BGE 60 II 104/5). Vom Bezirksgericht wurde das zutreffend festgehalten.

Das Obergericht geht einen anderen Weg. Es stellt an den Anfang seiner Überlegungen die erwähnte Ziff. 6 des Übernahmevertrages vom 12. Oktober 1949, gelangt auslegend zum Schluss, die Bestimmung umfasse die gesamten Verpflichtungen des Vertrages Lüthi/Kläger vom 13. Juni 1949 und behaftet die Beklagte dabei, da sie nicht durch falsche Bekanntmachung nach aussen in Wirklichkeit übernommene Schulden abwälzen könne und eine ausdrückliche Ablehnung einzelner Verpflichtungen fehle. Nun ist aber, wie vorstehend betont, gegenüber Dritten jener interne und unveröffentlichte Vertrag vom 12. Oktober 1949 an sich nicht geeignet zur Ermittlung dessen, was nach Art. 181 OR übernommen wurde, und es kann ihm auch nicht etwa der Charakter einer besonderen Mitteilung an den Kläger zugeschrieben werden. Der Übernahmevertrag wurde abgeschlossen zwischen Lüthi und den Gründern der A.-G., ohne Beteiligung oder

Mitwirkung des Klägers, derer es nicht bedurfte. Seine Bekanntgabe nach aussen war nicht vorgesehen und hat auch nicht stattgefunden. Schon deswegen kann er nicht die Funktion erfüllt haben, welche einer Mitteilung der Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR zukommt, noch kann er als Angebot des Übernehmers zum Abschluss einer gewöhnlichen Schuldübernahme mit dem Gläubiger, hier dem Kläger, aufgefasst werden. Der Kläger selber hat vom Vorhandensein des internen Vertrages längere Zeit nicht einmal gewusst, sondern es erst aus den Akten des Strafprozesses gegen Lüthi erfahren.

c) Die Kundgabe im Handelsamtsblatt vom 20. Oktober 1949 lautet dahin, die am 12. Oktober 1949 neu gegründete A.-G. übernehme von Ernst Lüthi « dessen... VOP-Stadtplangeschäft mit Aktiven und Passiven gemäss Bilanz vom 1. Oktober 1949, wonach die Aktiven Fr. 63,107.05 und die Passiven Fr. 6957.05 betragen, zum Preise von Fr. 56,250.— ».

Grundsätzlich kann in einer solchen Veröffentlichung (entgegen der von FICK, SJZ 20 S. 225, und von WIELAND, Handelsrecht I S. 283, vertretenen Ansicht) keine Beschränkung der Schuldübernahme erblickt werden. Es deckt sich mit dem Vertrauensprinzip, dass auf die Übernahmeerklärung abgestellt wird. Jede Ungewissheit, ob sie eine Einschränkung enthalte, und jede Mehrdeutigkeit geht zu Lasten des Übernehmers. Die Rechtssicherheit gebietet, allen Versuchen zu versteckter Beschränkung zu wehren. Bei einer Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven spricht die Vermutung für Gesamtübergang. Der blosser Hinweis auf eine Bilanz hebt sie nicht auf, weil eben der Gläubiger darunter in guten Treuen die Endbilanz des übernommenen Geschäftes verstehen und deren Richtigkeit und Vollständigkeit von Rechts wegen unterstellen darf. Dasselbe gilt für die Verweisung auf ein Schuldenverzeichnis, das der Übernahme zugrunde liege; es sei denn, dass eigens gesagt werde, der Geschäftserwerber übernehme « nur im beschränkten Ausmass » des Schul-

denverzeichnisses, in welchem Falle dem Gläubiger wohl zumutbar ist, sich zu erkundigen, ob sein Guthaben eingeschlossen sei. Wenn also die Beklagte wissen liess, sie übernehme das Geschäft Lüthi's gemäss einer (zudem noch aus der Zeit vor ihrer Gründung datierten) Bilanz, welche Aktiven und Passiven in bezifferter Höhe ausweise, so liegt darin für den Dritten weder eine ausdrückliche und unmissverständliche noch überhaupt eine erkennbare Beschränkung.

Ein Vorbehalt drängt sich nur da auf, wo die offene Forderung eines einzelnen Gläubigers allein schon die mitgeteilte Passivensumme übersteigt. Für ihn wird sich, bei Aufwendung der vom Mitteilungsempfänger nach Treu und Glauben zu erwartenden Sorgfalt, sofort ergeben, dass sein Guthaben nicht oder doch nicht vollständig inbegriffen sein kann, die « Bilanz » mithin nicht Schlussbilanz des übernommenen Geschäftes ist, sondern auf einer Ausscheidung übernommener von nicht übernommenen Verpflichtungen beruht. Gerade so verhält es sich hier. Dem Kläger ist die unvollständige Schuldübernahme beim Lesen der Veröffentlichung im Handelsamtsblatt nicht entgangen, wie sein Brief vom 24. Oktober 1949 an Lüthi beweist. Für ihn war das damals so klar, dass er auch später, als er die Angelegenheit mit Schreiben vom 16. November 1949 dem Verwaltungsratspräsidenten von Tscharner vortrug, rechtliche Schritte nicht gegen die Gesellschaft, sondern (wie schon im Brief vom 24. Oktober 1949) gegen Lüthi androhte, was allerdings nach seiner Meinung auch der A.-G. Unannehmlichkeiten verursachen musste. Entsprechend ist die Antwort von Tscharner vom 18. November 1949 gehalten, die im übrigen eine reine Empfangsbestätigung war. Bei dieser Sachlage kann der Kläger nicht den Standpunkt verfechten, die Beklagte habe durch ihre Anzeige im Handelsamtsblatt die umstrittenen Forderungen aus dem Vertrag mit Lüthi vom 13. Juni 1949 übernommen.

5. — Indessen bleibt zu prüfen, ob nicht die beiden

Schulden auf Grund einer Einzelkundgebung an den Kläger von der Beklagten übernommen worden sind.

a) Eine schriftliche oder mündliche Zusage der Beklagten an den Kläger, abweichend von der Anzeige im Handelsamtsblatt die Verpflichtung zur Erstattung der Interesseneinlage und zur Zahlung rückständigen Lohnes im Rahmen des Geschäftserwerbs übernehmen zu wollen, ist nie ergangen. Nach Ziff. 6 des internen Vertrages mit Lüthi sollten von ihm persönlich Guthaben des Klägers « aus früherer Tätigkeit (sc. vor dem 1. Oktober 1949) oder aus andern Rechtsgründen (sc. als dem Dienstvertrag) » beglichen werden. Dass Lüthi später als Verwaltungsrat oder Prokurist der A.-G. je deren Haftung dem Kläger zugesichert hätte, ist nicht erwiesen. Was aber Lüthi oder der die Gesellschaftsgründung im Rechtlichen vorbereitende Dr. Beuttner während des Monats September 1949 geäußert haben, ist in diesem Zusammenhange belanglos, weil als Aufhebung oder Änderung der öffentlichen Auskundung nur bei oder nach der Gründung abgegebene Erklärungen in Betracht kommen. Zwar verzeichnet die Vorinstanz aus dieser Periode den von der Angestellten Hodel bezeugten Ausspruch Lüthis, Hegner bekomme sein Geld von der A.-G. Jedoch ist nirgends behauptet oder dargetan, dass Frau Hodel darüber den Kläger verständigt habe.

b) Dagegen sind Willenskundgebungen der Beklagten, den Vertrag vom 13. Juni 1949 in seiner Gesamtheit zu übernehmen, in Gestalt positiver Handlungen zu bejahen.

.....

c) Fragen lässt sich einzig noch, ob der umschriebene Vorgang als Sondermitteilung an den Kläger gemäss Art. 181 OR zu werten sei oder als Abschluss einer mit dem Geschäftserwerb zusammenhängenden gewöhnlichen Schuldübernahme. Naheliegender und angebrachter ist letzteres. Begrifflich wäre freilich auch die andere Anschauung nicht unmöglich. Die Mitteilung nach Art. 181 OR kann in irgendwie geeigneter Weise erfolgen und ist

an keine Form gebunden (BGE 75 II 303/4). Eine Einzelkundgabe wird in der Regel anstelle öffentlicher Verlautbarung ergehen. Immerhin ist sie auch neben einer solchen denkbar. Wenn aber die öffentliche Anzeige gegenüber einem Gläubiger den für ihn erkennbaren und von ihm erkannten Ausschluss von Verpflichtungen enthält, muss ausnahmsweise, um Missbräuchen zu steuern, verlangt werden, dass eine widersprechende Einzelmitteilung ausdrücklich erfolge.

51. Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. August 1953  
i. S. Künzle gegen Bayerische Hypotheken- und Wechselbank.

*Internationales Privatrecht, Kauf; Prozesskosten.*

Befugnis der Parteien, im Gebiet des internationalen Schuldrechts das anwendbare Recht zu bestimmen. Diese Rechtswahl kann auch noch erst im Prozess getroffen werden (Änderung der Rechtsprechung) (Erw. 1).

Kauf, Sukzessivlieferungsgeschäft. Einfluss von Lieferungsverzögerungen des Verkäufers und von Zahlungsrückständen des Käufers für erfolgte Teillieferungen (Erw. 2).

Sicherstellung der Parteientschädigung (Art. 150 Abs. 2 OG), kann nicht verlangt werden für bereits erwachsene Kosten (Erw. 3).

*Droit international privé, vente; frais de procès.*

Pouvoir des parties de déterminer le droit applicable dans le domaine du droit international des obligations. Les parties peuvent déterminer ce droit pendant le procès encore (changement de jurisprudence) (consid. 1).

Vente par livraisons successives. Influence que les retards dans les livraisons du vendeur et les paiements de l'acheteur peuvent avoir sur les livraisons partielles déjà faites (consid. 2).

La fourniture de sûretés en garantie des dépens (art. 150 al. 2 OJ) ne peut pas être demandée pour des frais déjà faits (consid. 3).

*Diritto internazionale privato, vendita; spese processuali.*

Potere delle parti di determinare il diritto applicabile nel campo del diritto internazionale delle obbligazioni. La scelta di questo diritto può essere fatta anche soltanto nel corso della causa (cambiamento della giurisprudenza) (consid. 1).

Vendita con forniture successive. Influsso che i ritardi delle forniture del venditore e i pagamenti del compratore possono avere sulle forniture parziali già eseguite (consid. 2).

La prestazione di garanzie per le spese ripetibili (art. 150 cp. 2 OG) non può essere chiesta per spese già fatte (consid. 3).

A. — Gemäss 3 Kaufverträgen vom 26. Juli 1951 verkaufte Benedikt Schneider in Lindau dem in Kreuzlingen