

gnation comme garant, réserve d'ailleurs expressément les dispositions de l'art. 59 CF; la loi genevoise prémentionnée admet ainsi elle-même que la distraction de for qu'elle autorise dans le cas de garantie ne saurait porter atteinte au for naturel d'un garant domicilié dans un autre canton, à moins que celui-ci ne se soit engagé, en renonçant par là même au bénéfice de l'art. 59 CF, à soutenir le procès en lieu et place du garanti; mais rien de semblable n'a eu lieu dans l'espèce.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et l'assignation signifiée au recourant Savoy, de comparaître devant le Tribunal de 1^{re} instance de Genève, est déclarée nulle et de nul effet.

3. Gerichtsstand des Begehungsortes. — For du délit.

Vergl. Nr. 52.

VII. Gleichstellung der Nichtkantonsbürger im Verfahren. — Assimilation

des non-ressortissants aux citoyens du canton en matière administrative et judiciaire.

Vergl. Nr. 50 Erw. 1, Nr. 63 Erw. 2.

VIII. Derogatorische Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht.

Force dérogatoire du droit fédéral vis-à-vis du droit cantonal.

61. Urteil vom 19. Mai 1909 in Sachen Sandolt gegen Numund.

Verhältnis von Art. 111 und 112 OR zum Befehlsverfahren des zürch. RPfG. — Unrichtige Auslegung des bundesgerichtlichen Urteils vom 29. Nov. 1906 i. S. Muggli gegen Gerber (AS 32 I S. 659 ff.) seitens des Rekurrenten.

A. — Die Parteien stehen in einem Vertragsverhältnis, welches sich auf den Verkauf von Rechenmaschinen bezieht.

Am 6. Januar 1908 gelangte der Rekursbeklagte an den Präsidenten des Bezirksgerichts Horgen mit dem Gesuch, es möchte dem Rekurrenten befohlen werden, innert anzusehender Frist die genauen Adressen derjenigen Personen anzugeben, denen er seit 9. Oktober 1906 bis 20. November 1908 vom Petenten bezogene Addiermaschinen „Conto“ geliefert habe. Ferner habe der Impetrat auch die Nummern der an diese Personen gelieferten Maschinen anzugeben. Mit diesem Befehl sei die Androhung zu verknüpfen, daß bei Nichtbeachtung der Fristansetzung der Impetrat auf seine Kosten seine Bücher und Geschäftspapiere durch einen Experten untersuchen zu lassen habe, welcher dann die Käufer der Maschinen und die Maschinennummern festzustellen habe.

Der Rekurrent anerkannte seine Verpflichtung, dem Rekursbeklagten seine Abnehmer zu nennen, behauptete aber u. a., er sei damit nicht im Rückstande.

Am 20. Januar 1909 erließ der Gerichtspräsident, gestützt auf § 577 Ziff. 1 zürch. RPfG, folgende Verfügung :

Dem Karl Sandolt wird befohlen, binnen 14 Tagen von der Mitteilung dieser Verfügung an gerechnet, dem J. Numund, Ingenieur in Zürich IV, die genauen Adressen derjenigen Personen

anzugeben, denen er vom 9. Oktober 1906 bis 20. November 1908 Abdiermaschinen „Conto“ geliefert hat, mit gleichzeitiger Angabe der Nummern dieser Maschinen, unter der Androhung, daß nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist J. Numund berechtigt wäre, auf Kosten des Landolt diese Feststellungen aus den Büchern und Papieren des Landolt durch einen gerichtlichen Experten machen zu lassen.

Auf eine von Landolt gegen diese Verfügung ergriffene Beschwerde hin fällt am 20. Februar 1909 die Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts folgenden Entscheid:

Der Rekurs ist unbegründet und es wird dem Impetraten neuerdings eine zehntägige Frist (von der Mitteilung dieses Beschlusses an) angesetzt, um Dispositiv 1 der vorinstanzlichen Verfügung nachzukommen, ansonst der Petent berechtigt wäre, die Vorlegung sämtlicher Bücher, Verträge und Korrespondenzen, die sich auf den Verkauf der streitigen Abdiermaschinen „Conto“ beziehen, zu verlangen, um selbst oder eventuell durch einen gerichtlich bestätigten Sachverständigen die nötigen Erhebungen im Sinne des Klagepetitums zu machen.

Aus den Erwägungen dieses Entscheides ist ersichtlich, daß auch die Rekurskammer die zu erlassende Verfügung als einen Befehl im Sinne von § 577 Ziff. 1 NPsG auffaßte.

Die angeführte Gesetzesbestimmung lautet:

Das Befehlsverfahren ist zulässig zur schnellen Handhabung klaren Rechtes bei nicht streitigen oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen.

Ferner bestimmt § 579 NPsG:

Die Verfügungen im Befehlsverfahren können bestehen:

1. In allgemeinen Verböten unter Androhung einer Polizeibüße gegen Ungehorsame, welche nicht innerhalb einer anzusetzenden Frist die Klage auf ein das Verbot ausschließendes Recht beim Friedensrichteramt einleiten;

2. in Befehlen und Verböten gegen bestimmte Personen unter Androhung von Rechtsnachteilen, Exekution, Ordnungsbüße oder Überweisung wegen Ungehorsams, welche letztere jedoch nur ausnahmsweise angedroht werden darf;

3. in Auflegung von Sicherstellung;

4. in Anordnungen, durch welche der Beflagte in der Verfügung über bestimmte Vermögensobjekte gehindert wird.

B. — Gegen den Beschluß der Rekurskammer des Obergerichts hat Landolt rechtzeitig und formrichtig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Begehren um Aufhebung desselben.

Der Rekurs wird damit begründet, daß durch den angefochtenen Entscheid die derogatorische Kraft des eidgenössischen Rechtes verletzt werde. Wie nämlich das Bundesgericht in seinem Urteil vom 29. November 1906 in Sachen Muggli gegen Gerber (US 32 I S. 654 ff.) erkannt habe, verbiete Art. 111 OR derartige Befehle.

C. — Der Rekursbeflagte hat Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da der Rekurrent sich über Verletzung von Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur BB beschwert, so ist der vorliegende staatsrechtliche Rekurs statthaft, sofern nicht etwa ein anderes Rechtsmittel zulässig gewesen wäre. Als solches hätte wohl einzig die Kassationsbeschwerde im Sinne von Art. 89 OG in Betracht kommen können. Diese war aber deshalb nicht zulässig, weil der angefochtene Entscheid im Befehlsverfahren erfolgt ist und daher (vergl. Sträuli, Kommentar zum zürcherischen NPsG, Anmerkungen 2 und 3 zu § 561) kein Haupturteil darstellt, die Kassationsbeschwerde jedoch (vergl. BGE 28 II S. 176 Erw. 3), wie die Berufung, nur zur Anfechtung von Haupturteilen gegeben ist.

2. — Für seine Behauptung, daß der angefochtene Entscheid gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht verstoße, beruft sich der Rekurrent auf die Ausführungen des bundesgerichtlichen Urteils vom 29. November 1906 in Sachen Muggli gegen Gerber (US 32 I S. 659 ff. Erw. 5 ff.), wo das Bundesgericht ausgesprochen hat, daß nach den Art. 111 und 112 OR bei Verbindlichkeiten, die auf ein Tun oder Nichttun gehen, ein direkter oder indirekter Zwang gegen die Person des Schuldners unzulässig sei und daß daher kantonale Prozeßvorschriften, die einen solchen Zwang sank-

tionieren, hier nicht anwendbar seien. Indessen bedeutet der angefochtene Entscheid keine nach dieser Auslegung der Art. 111 und 112 OR unzulässige Naturalexécution, und es liegt daher auch z. Bt. keine Veranlassung vor, die im genannten Urteil vertretene Rechtsauffassung einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

Zunächst ist von jenem Standpunkt aus nichts dagegen einzuwenden, daß dem Rekurrenten überhaupt richterlich befohlen wird, in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung innert Frist dem Rekursbeklagten die sogenannten Referenzlisten anzufertigen und zu übergeben. Dieses Urteil Muggli gegen Gerber ist nämlich, wie der ganze Zusammenhang der Erwägungen zeigt, nicht dahin zu verstehen, daß bei den auf ein Tun oder Nichttun gerichteten Verbindlichkeiten nach Art. 111 und 112 OR der Schuldner überhaupt nur zu Schadenersatz und nicht zur Naturalleistung verurteilt werden könne (weil der bloße Verzug eine Umwandlung der ursprünglichen Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung in eine Verpflichtung zu Schadenersatz bewirkt hätte). Wenn auch, was speziell die Verpflichtung, etwas zu tun, anbelangt, der Wortlaut von Art. 111 Satz 1, gleich seinem Vorbilde, dem Art. 1142 des französischen Code civil, der Annahme Vorschub leistet, daß es ins Belieben des Schuldners gelegt sei, durch die bloße Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit deren Umwandlung in eine Verpflichtung zu Schadenersatz herbeizuführen und daß eine Verurteilung zur Realerfüllung ausgeschlossen sei, so ist doch eine solche auch praktisch durchaus unannehmbare Interpretation schon im Anwendungsgebiete des Code civil in Doktrin und Praxis ganz überwiegend abgelehnt worden (vergl. Krell in der Zeitschrift für französisches Zivilrecht, 19 S. 162 ff., speziell 175 ff.), und sie wollte auch im Urteil Muggli gegen Gerber nicht für das OR vertreten werden. Konnte aber demnach der Rekurrent ohne Verstoß gegen Art. 111 durch den ordentlichen Richter zur Erfüllung der fraglichen Leistung *in natura* verurteilt werden, so muß es auch zulässig sein, daß ihm dies durch einen Befehl des summarischen Verfahrens befohlen wird. Es kann sich nur fragen, ob die mit dem Befehl verknüpfte Androhung als eine unstatthafte Exekution im Sinne des Urteils Muggli gegen Gerber sich darstellt. Auch dies ist aber zu verneinen.

Die Androhung geht dahin, daß beim Ungehorsam des Rekurrenten der Rekursbeklagte berechtigt sei, die Vorlegung der erforderlichen Materialien vom Rekursbeklagten zu verlangen, um selbst oder durch einen Sachverständigen die nötigen Erhebungen zu machen. Es ist klar, daß in dieser im zweiten Satz von Art. 111 ausdrücklich vorgesehenen Art der Vollstreckung vertretbarer Leistungen an sich weder ein direkter noch ein indirekter Zwang gegen die Person des Rekurrenten liegt: die Erstellung der Referenzlisten durch den Rekursbeklagten selber oder einen Sachverständigen setzt freilich eine gewisse Mitwirkung des Rekurrenten — die Vorlegung der nötigen Materialien — voraus. Was aber zu geschehen habe, falls der Rekurrent sich in dieser Beziehung renitent verhalten sollte, ist im angefochtenen Entscheide noch nicht vorgesehen, sondern wird nötigenfalls vom Richter erst noch zu bestimmen sein. Auch in diesem Punkte kann daher von einer bundesrechtlich unzulässigen Realvollstreckung nach den Ausführungen des Urteils in Sachen Muggli gegen Gerber zur Zeit jedenfalls keine Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.