

*Art. 82 SchKG; Art. 82 OR; Art. 91 OR; Art. 184 OR. – Provisorische Rechtsöffnung kann bei einem synallagmatischen Vertrag grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Betreibende seine Leistung angeboten und bereitgestellt hat (Realoblation). Verbaloblation genügt, wenn die Gegenpartei die zur Erfüllung der Schuld nötigen Vorbereitungs-handlungen unterlässt oder wenn die Gegenpartei zum vornherein nicht bereit ist, die Leistung anzunehmen.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Wie der Rechtsöffnungsrichter zutreffend festhält, handelt es sich beim vorliegenden Kaufvertrag um ein sog. Zug-um-Zug-Geschäft. Verkäufer und Käufer sind verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig zu erfüllen (Art. 184 Abs. 2 OR). Dabei muss der Verkäufer, der Bezahlung des Kaufpreises fordert, die Übergabe des Kaufgegenstandes zumindest anbieten (Art. 82 OR). Das Erfüllungsangebot muss den Anforderungen von Art. 91 OR genügen, d.h. gleich beschaffen sein wie beim Bewirken des Gläubigerverzugs. Grundsätzlich ist somit tatsächliche Bereitstellung der Leistung, Realoblation, erforderlich [BGE 79 II 279]; Verbaloblation genügt nur ausnahmsweise [BGE 111 II 469] (Guhl/Merz/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, S. 22). Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass die Beschwerdeführerin das gekaufte Gemälde dem Beschwerdegegner grundsätzlich hätte überbringen oder zusenden müssen, wobei sie die Aushändigung des Bildes von der gleichzeitigen Bezahlung hätte abhängig machen dürfen. Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, die Sache in dieser Weise angeboten zu haben. Sie behauptet hingegen sinngemäss Verbaloblation. Eine solche genügt gemäss BGE 111 II 469 f. ausnahmsweise, wenn die Gegenpartei die zur Erfüllung der Schuld nötigen Vorbereitungs-handlungen unterlässt, indem sie sich beispielsweise – allenfalls auf entsprechende Aufforderung hin – bei einem Sukzessivlieferungsvertrag weigert, die Ware abzurufen. Eine weitere Ausnahme ist nach einem Teil der Doktrin dann gegeben, wenn die Gegenpartei von vornherein nicht bereit ist, die Leistung anzunehmen (sog. antizipierte Annahmeverweigerung). In jedem Falle ist die Leistungsbereitschaft des Verkäufers vorausgesetzt. Unter den genannten Voraussetzungen genügt Verbaloblation, um die Kaufpreisforderung fällig werden zu lassen (von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3.A., Zürich 1974, S. 49 Anm. 47).

Aufgrund der Akten sind die Voraussetzungen für eine genügende Verbaloblation als gegeben zu betrachten. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Schreiben vom 11. September 1997 an den Beschwerdegegner, in dem festgehalten wird, dass die Beschwerdeführerin mehrmals versuchte, mit dem Beschwerdegegner einen Übergabetermin für das Gemälde zu verabreden, letzterer sich aber offenkundig zur Entgegennahme nicht bereit erklärte, sondern den Liefertermin hinausschob, blieb im vorliegenden Ver-

fahren unbestritten, nachdem der Beschwerdegegner der Rechtsöffnungsverhandlung unentschuldigt fernblieb; auch im obergerichtlichen Verfahren hat er sich nicht vernehmen lassen. Aufgrund dieser Sachlage muss aber von einer antizipierten Annahmeverweigerung gesprochen werden. Hat die Beschwerdeführerin mithin ihre Leistung im Sinne von Art. 82 OR angeboten, kann sie den vereinbarten Kaufpreis fordern, ohne dass der Beschwerdegegner dem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten könnte.

In BGE 79 II 280, auf den sich der Rechtsöffnungsrichter beruft, hat das Bundesgericht zwar tatsächlich noch entschieden, dass die Weigerung des Schuldners, die gehörig angebotene Leistung anzunehmen, ihn nicht der Einrede aus Art. 82 OR beraube, so dass er deswegen nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet werden könne. Davon ist das Bundesgericht indes in seinem neueren Entscheid BGE 111 II 463 abgerückt. Es hat erkannt, dass der Schuldner mit seiner Einrede nicht durchdringt, wenn der Gläubiger bereits erfüllt oder auch nur Erfüllung angeboten habe. Ist dem aber so, ist nicht einzusehen, weshalb, wie dies BGE 79 II 283 noch verlangt hat, der Verkäufer, falls er zur Zwangsvollstreckung schreiten will, sich vorher nach den einschlägigen Vorschriften von Art. 91/92 OR durch Hinterlegung der Sache von der eigenen vertraglichen Verbindlichkeit zu befreien hat.

(Justizkommission, 11. September 1998, i.S. Z. AG / B.)

*Art. 173a SchKG; Art. 174 SchKG. – Aussetzen des Konkursentscheides, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen. Der Richter hat nicht in jedem Fall von sich aus nach Möglichkeiten einer Sanierung zu forschen, bevor er den Konkurs aussprechen darf. Solche Anhaltspunkte müssen sich entweder direkt aus den ihm vorliegenden Akten ergeben, oder sie müssen ihm durch den Schuldner, durch Gläubiger oder Drittpersonen zur Kenntnis gelangen.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Im übrigen kann die Konkurseröffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG nur aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt ist oder der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Diese sogenannten echten Noven sind im Gesetz abschliessend aufgezählt (vgl. Botschaft, Sepa-