

Prof. Dr. iur. Corinne Zellweger-Gutknecht

Obligationenrecht Besonderer Teil I
Herbstsemester 2023

BGE Sammlung

§ 2. Inhaltsverzeichnis

§ 2. Kaufvertrag.....	5
A. Einführung in das Kaufrecht	5
BGE 55 II 302 («Kausalprinzip bei Mobiliarübereignung»)	5
BGE 45 II 33 («Wertpapiere als Kaufgegenstand»).....	7
BGE 131 III 300 («Standardisiertes Baugerüst»).....	9
BGE 107 II 419 («Kauf von unverbrieften Namenaktien»).....	11
BGer 4A_589/2016 vom 2 März 2017 («Lieferungsverweigerung bei Sukzessivlieferungsverträgen»)	13
BGE 42 II 219 («Chokoladenkauf»)	15
BGE 110 II 148 = Pra 73 (1985), Nr. 173 («Rechtsnatur der Annahme»)	19
BGE 17 I 307 («Verjährung bei Sukzessivlieferungsverträgen»).....	22
BGer 4C.90/2002 vom 08.07.2002 («Mehrwegzylinder»).....	23
BGE 35 II 270 («Tauschvertrag»)	29
BGer 4C. 346/2000 («Kaufvertrag und gemischte Schenkung»).....	30
BGE 117 II 425 («Kaufvertrag oder Werkvertrag 1»)	33
BGE 109 II 432 («Rechtsnatur Architektenvertrag»).....	35
BGer 4A_235/2008 («Silo-Montage»)	37
BGE 118 II 142 («Kauf einer im Bau befindlichen Wohnung»)	40
BGE 93 II 242 («Verjährung von Gewährleistungsansprüchen»)	44
BGE 117 II 273 («Rücktritt bei Werklieferungsvertrag»)	47
BGer 4A_702/2011 («Gartenmängel»)	50
BGer 4C.301/2002 («Innenausbau»)	52
BGE 48 II 366 («Stromlieferung»)	54
BGer 4A_64/2008 («Leasing als Innominatekontrakt»)	57
BGE 132 III 549 («Formbedürftigkeit Immobilien-Leasing»)	60
B. Pflichten der Vertragsparteien.....	64
BGE 96 II 115 («Neutrale Verpackung als Nebenpflicht»).....	64
BGE 87 I 479 («Besitzübertragung bei Grundstücken»).....	67
BGE 79 II 155 («Willensmangel bei Aktienkauf»)	72
BGE 98 IV 241 («Besitzwandlung»).....	74

BGE 132 III 155 («Übergabe der Mittel»).....	76
BGer 4A_25/2023 («Eigentumsverschaffungsplficht»)	79
BGE 142 III 746 = Pra (2018) Nr. 15, 107 («Begründung eines Pfandrechtes an Fahrzeugen»)	84
JdT 1986 I 571 («Klappstuhl-Fall»)	89
BGE 121 IV 10 («Hebebühnenfall»).....	91
BGE 122 III 106 («CIF-Klausel»).....	94
C. Leistungsstörungen	96
BGE 123 III 16 («Gynäkologische Praxis»).....	96
BGE 130 III 591 («Fälligkeit des Schadenszinses»)	99
BGE 120 II 296 = Pra 85 (1996) Nr. 79 («Ferrari»).....	102
BGE 104 II 198 («Analoge Schadensberechnung im kaufmännischen Verkehr»)	104
BGE 65 II 171 («Kauf zum Zweck des Weiterverkaufs»).....	107
BGE 24 II 392 («Kauf zwischen Kaufleuten»).....	109
BGE 116 II 436 = Pra 80 (1991) Nr. 41 («Verzug im kaufmännischen Verkehr»)	111
BGE 90 II 285 («Rücktritt durch Eigentumsvorberhalt»)	114
BGE 138 III 370 = Pra 2022 Nr. 190, 91 («Übergang der Gefahr beim Stückkauf»).....	118
BGE 133 III 257 («Mülleramazonen»).....	120
BGE 121 II 453 («Hubstapler»)	123
BGE 88 II 410 («Fehlen zugesicherter Eigenschaften»).....	126
BGE 91 II 353 = Pra 1966 Nr. 48, 169 («Wertangabe ist keine Zusicherung»)	128
BGE 73 II 218 («Formfreiheit der Zusicherung»)	130
BGE 87 II 244 («Kausalität der Zusicherung für den Vertragsschluss»).....	133
BGE 109 II 25 («Ungültige Freizeichnung»).....	135
BGE 122 III 426 («Abgrenzung der Zusicherung von der Garantie»).....	136
BGer 4A_383/2016 («Gefahr muss bei Gefahrenübergang im Keim vorhanden sein»)	138
BGE 70 II 48 = Pra 1944 Nr. 49, 133 («Anspruch aus Delikt oder Irrtum»)	140
BGE 72 II 267 («Vertrauensprinzip bei der Freizeichnung»)	143
BGE 66 II 137 («Freizeichnung – Arglist der Verkäuferin»)	146
BGE 131 III 145 («Prüfung und Rüge beim Grundstückskauf»)	149
BGE 107 II 172 («Entdeckung eines Mangels»)	150
BGer 4C.152/2003 («Genehmigungsfiktion»)	152
BGer 4C.387/2005 («Arglistiges Abhalten des Käufers von der Rüge»)	155

BGE 67 II 132 («Ansprüche aus Delikt bei geheimen Mängeln»).....	158
BGE 90 II 86 («Konkurrenz Ansprüche aus Gewährleistung und unerlaubter Handlung»).....	159
BGE 133 III 335 («Verschuldensunabhängigkeit der Verjährung»)	161
BGE 102 II 97 = Pra 1976 Nr. 182, 439 («Sinn und Zweck der kurzen Verjährungsfrist»).....	164
BGer 4C.60/2002 («vertragliches Liquidationsverhältnis»).....	167
BGer 4C.57/2005 («Zins auf Kaufpreis»).....	169
BGE 114 II 239 («Rechtsnatur der Wandelung»).....	171
BGE 89 II 239 («Minderung 1»).....	173
BGE 81 II 207 («Minderung 2»).....	177
BGE 117 II 550 («Minderung Zeitpunkt»).....	180
BGE 94 II 26 = Pra 1968, Nr. 145, 513 («Falsches Herstellungsjahr»)	183
BGer 4C.395/2001 = Pra 2003 Nr. 107 585 («Nachlieferung bei Hol-Schickschuld»)	186
BGE 91 II 344 («Nachbesserung nur bei Abrede»)	189
BGE 47 II 82 («Kursverlust als Mangel»)	192
BGE 79 II 376 = Pra 1954, Nr. 103, 35 («Anspruch auf entgangenen Gewinn»)	194
BGE 107 II 161 («Gewährsvoraussetzungen»).....	197
BGer 4C.300/2006 («Konkurrenz Irrtum und Mangel»)	200
BGE 126 III 59 = Pra. 89 Nr. 117, 692 («Freizeichnung schliesst Irrtum aus»).....	202
BGE 100 II 24 («Stärkeres Drittrecht»)	206
BGE 110 II 239 = Pra (1984) Nr. 241, 73 («Lizenz als Drittrecht»).....	209
BGE 109 II 319 («Konkurrenzen Gewährleistung II»).....	212
D. Grundstückskauf	215
BGE 112 II 330 («Beurkundungspflicht»).....	215
BGE 140 III 200 = Pra 103 (2014) Nr. 102 («Konventionalstrafe»)	218
BGE 112 II 107 («Simulation»).....	220
BGE 85 II 474 («Vorkaufsrecht»)	223
BGE 129 III 264 = Pra 92 (2003) Nr. 176 («Bedingter Grundstückskauf»).....	230
BGE 81 II 138 («Gewährleistung nach Art. 219 OR»)	234
E. CISG	237
BGE 138 III 601 («Sachlicher Anwendungsbereich CISG»).....	237
BGE 145 III 383 («Konkludente Abwahl CISG»).....	241

§ 2. Kaufvertrag

A. Einführung in das Kaufrecht

BGE 55 II 302 («Kausalprinzip bei Mobiliarübereignung»)

Regeste:

Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen setzt voraus :

1. (gleichzeitiges) Einigsein der Kontrahenten über den Eigentumsübergang (Erw. 1),
2. ein gültiges Rechtsgrundgeschäft (Erw. 2).

Sachverhalt

A. J. Näf, Automechaniker in Münchwilen, verkaufte am 13. Mai 1927 sein Wohnhaus mit Werkstatt und Ladenlokal um 54,000 Fr. an den in Bern wohnenden Kläger, der sofort eine Anzahlung von 4000 Fr. leistete. Dem Vertrag sind folgende Klauseln zu entnehmen: "16,000 Fr. werden vom Käufer an bar bezahlt bei der Grundbucheintragung dieses Vertrages, welche bis spätestens Ende Juni 1927 zu erfolgen hat. Der Antritt der gekauften Liegenschaft mit den bisherigen Rechten und Beschwerden findet mit 1. Juli 1927 statt. Mitverkauft und in der Kaufsumme inbegriffen sind sämtliche vorhandene Maschinen mit Werkzeug.... und die Ladeneinrichtung samt Korpus.

Mit dem Kaufsantritt übernimmt der Käufer sämtliche noch vorhandene Pneus, Benzin- und Oelvorräte, sowie das ganze Warenlager zu Tagespreisen. Am Tage der Fertigung dieses Vertrages ist der Betrag für das Warenlager mittelst Inhaberschuldbrief.... auf das Kaufobjekt sicherzustellen mit den Verzinsungs- und Bückzahlungsbedingungen wie folgt..."

Der Kläger zog schon ungefähr eine Woche vor dem vorgesehenen Zeitpunkt in das gekaufte Haus ein, worauf sofort mit der gemeinsamen Inventarisierung des Warenlagers begonnen wurde, ohne sie jedoch zu Ende zu führen. Denn schon am 30. Juni liess der Kläger dem Näf eröffnen, dass er den Vertrag als wegen absichtlicher Täuschung für ihn unverbindlich nicht halte, und verlangte er die geleistete Anzahlung zurück. Infolgedessen unterblieb die Grundbucheintragung. Dagegen hob Näf für den inzwischen fällig gewordenen Teil des Kaufpreises von 16,000 Fr. Betreibung an und verlangte gegenüber dem Rechtsvorschlag provisorische Rechtsöffnung und erhielt sie auch, wogegen der Kläger Aberkennungsklage anstrengte. Mittlerweile wurde am 29. August der Konkurs über Näf eröffnet. Auf Verlangen des Konkurs- bzw. Betreibungsamtes wurden am 9. September die sämtlichen verkauften Fahrnisgegenstände in der erwähnten Betreibung gepfändet. Wenig später zog der Kläger wiederum von Münchwilen weg. Seine Aberkennungsklage wurde am 25. April 1928 vom Bezirksgericht Münchwilen zugesprochen; dieses Urteil ist in Rechtskraft getreten. Nun zog die Konkursverwaltung die seinerzeit gepfändeten Gegenstände zu Näfs Konkursmasse.

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger als deren Eigentümer bzw. nach der vereinbarungsgemäss bereits erfolgten Verwertung durch die Konkurs-verwaltung als Eigentümer des Verwertungserlöses von 4200 Fr. Aushingabe.

- B. Das Obergericht des Kantons Thurgau hat am 10. September 1929 die Klage abgewiesen.
- C. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Erwägung 2

Allein selbst wenn die Kontrahenten im massgebenden Zeitpunkt über den Eigentumsübergang einig gewesen wären, so könnte doch wegen des Fehlens eines gültigen Rechtsgrundgeschäftes dem Kläger nicht zugestanden werden, dass er Eigentümer der streitigen Sachen geworden sei. Freilich hat sich das Bundesgericht unter der Herrschaft des aOR im Anschluss an das Gemeine Recht gegen die Abhängigkeit der Gültigkeit der Übertragung des Eigentums an Mobilien von der Gültigkeit des Kausalgeschäftes ausgesprochen

[...]

Nichts zwingt dazu, ihr auf das schweizerische Mobiliarsachenrecht noch einen Einfluss zuzugestehen, zumal nachdem das Immobiliarsachenrecht sich ihr entzogen hat. Will man den dinglichen Vertrag nicht geradezu in das Kausalgeschäft hineinverlegen, so wird man nicht darum herumkommen, im Liegenschaftsrecht mindestens eine in der Anmeldung (Eintragungsbewilligung) liegende dingliche Verfügung des Veräussers, als Gegenstück zum dinglichen Vertrag im Fahrnisrecht, anerkennen zu müssen. Lässt sich aber im Liegenschaftsrecht die abstrakte Natur jener einseitigen dinglichen Verfügung verneinen, wie es eben durch Art. 974 ZGB geschehen ist, so ist dies bei beweglichen Sachen für den dinglichen Vertrag nicht weniger möglich. Schlüssig ist auch nicht der Hinweis darauf, dass der in Art. 63 OR vorgesehenen conditio indebiti das Anwendungsgebiet entzogen wäre, sobald im dort geregelten Fall angenommen würde, der Empfänger erlange durch die Zahlung nicht das Eigentum an den Zahlungsmitteln. Bei der Ausarbeitung des ZGB und Revision des OR befolgten Gesetzgebungsmethode kann keine Rede davon sein, dass dem Gesetzgeber nicht imputiert werden dürfte, er sei sich des Zusammenhangs zwischen der Ordnung des Eigentumserwerbes im ZGB und der schon im aOR getroffenen und einfach von dorther übernommenen Regelung des Konditionen nicht bewusst gewesen.

[...]

So haben denn die Konstruktion der abstrakten Natur der Tradition für das ZGB abgelehnt. Vorliegend würde diese Konstruktion freilich zum Schütze des betrogenen Klägers beigetragen haben. Allein er hätte sich auch durch Ausübung des Retentionsrechtes für die Rückforderung der Kaufpreisanzahlung sichern können.

BGE 45 II 33 («Wertpapiere als Kaufgegenstand»)

Regeste

Constitue non pas une vente immobilière déguisée, passée en fraude de la loi civile, mais une vente mobilière valable, la vente de toutes les actions d'une société immobilière dont le seul à CHF est représenté par un terrain. - La question de savoir si le fisc cantonal est néanmoins fondé à réclamer un droit de mutation relève du droit cantonal. - Le fait que toutes les actions d'une société sont réunies entre les mains d'un seul actionnaire n'entraîne pas la dissolution de la société.

Sachverhalt

A. Par convention du 9 décembre 1913, Filiberti, entrepreneur à Genève, a confié à l'entrepreneur Rastello «les travaux de vitrerie et stores » du bâtiment de la Société immobilière « Asters » (rue des Asters 4). Le prix des travaux était payable « 50% sur situations vérifiées de travaux reconnus, le solde, 50%, comme indiqué - ci après », c'est-à-dire : Filiberti s'engageait à vendre à Rastello, qui s'obligeait à acheter, toutes les actions de la Société immobilière « L'Arbousier », propriétaire de la parcelle 3868 à Versoix pour le prix de 4500 fr., « en premier acompte duquel sera imputé la somme restant due par Filiberti sur le travaus de Rastello. Filiberti avait émis des actions à concurrence de la valeur du terrain sis à Versoix «pour pouvoir transmettre la propriété de la parcelle sans avoir à payer des droits de mutation ». La Société se composait de Filiberti lui-même et de sa famille. Les actions avaient été matériellement créées à la machine à écrire...

B. Par exploit du 18 janvier 1917, Filiberti a assigné Rastello devant le Tribunal de première instance du canton de Genève en paiement de:

1. 4500 fr valeur des actions de la Société l'Arbousier, avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1914.

2 [...]

Le défendeur a conclu à libération des fins de la demande. Il allège qu'il s'agit en réalité non d'une vente d'actions, mais d'une vente immobilière, qui est nulle parce qu'elle n'a pas été passée en la forme authentique (art. 657 CCS).

C. Par jugement du 28 janvier 1918, le Tribunal de 1^{er} instance a condamné Rastello à payer à Filiberti la somme de 4500 fr. avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1914.

Sur appel du défendeur, la Cour de Justice civile du canton de Genève a confirmé ce jugement par arrêt du 1^{er} novembre 1918 en complétant le dispositif dans ce sens que la somme due par Rastello sera payable contre remise de toutes les actions de la Société immobilière L'Arbousier. La Cour a admis qu'on se trouvait en présence d'une vente pure et simple d'actions, l'acheteur s'obligeant en outre à exécuter des travaux.

D. Rastello a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant ses conclusions libératoires. Filiberti a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

Erwägung 2

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

C'est en vain que le défendeur argue de la nullité de la vente des actions parce qu'il s'agirait en réalité d'une vente immobilière et que; d'après l'art. 657 CCS, les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété foncière ne sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Il est vrai que, pour éviter le paiement des droits de mutation cantonaux, le demandeur a vendu au défendeur toutes les actions de la Société immobilière « L'Arbousier » au lieu de procéder aux formalités requises pour le transfert de la propriété foncière. Mais il ne s'ensuit pas que cette opération constitue une vente immobilière déguisée, qui aurait été passée en fraude de la loi civile. L'inscription au registre foncier étant nécessaire pour l'acquisition de la propriété immobilière (art. 656 CCS), la transmission des actions d'une Société immobilière dont le seul actif est représenté par un terrain est sans influence sur le transfert de la propriété foncière. Le terrain demeure, après comme avant, la propriété de la Société. Il est vrai que la possession de la totalité des actions confère au défendeur une position analogue, au point de vue économique, à celle que l'inscription au registre foncier lui aurait procurée, mais il s'agit d'une simple analogie. En achetant les actions, le défendeur n'acquiert pas un droit réel sur le fonds. Il ne peut en disposer librement il ne jouit pas de la protection que l'art. 641 CCS accorde au propriétaire de la chose ; il ne peut disposer du terrain qu'en vertu et dans les limites de ses droits d'actionnaire et, en cette qualité, il court des risques auxquels le propriétaire inscrit au registre foncier n'est pas exposé. L'acquisition du terrain et celle des actions représentant la valeur de ce terrain sont dès lors deux actes juridiques différents. Si donc le défendeur se contente des droits que lui donne l'achat des actions de la Société l'Arbousier, il est libre de choisir cette voie, qui lui permet d'éviter les frais et les formalités inhérents à la vente immobilière. Les parties ayant renoncé au transfert de la propriété foncière, on ne peut leur reprocher de ne pas en avoir observé les formalités. Du seul fait que le résultat pratique de la vente immobilière des actions est analogue à celui de la vente immobilière du terrain, on ne saurait en effet conclure que la validité du premier contrat doive être subordonnée à l'observation des prescriptions de forme auxquelles la validité du second est soumise.

Il est enfin indifférent que les parties aient parlé improprement d'une opération destinée à permettre la transmission « de la propriété de la parcelle I) et de « l'obligation de prendre du terrain I). Il n'y a pas lieu de s'arrêter aux expressions inexactes dont elles ont pu se servir pour désigner le but et la portée de la vente des actions, contrat qui ne pouvait évidemment pas avoir pour objet le transfert de la propriété immobilière.

BGE 131 III 300 («Standardisiertes Baugerüst»)

Regeste:

Der Monteur des Baugerüsts kommt nicht in den Genuss des Bauhandwerkerpfandrechts, unabhängig von der Qualifikation des Vertrages, der ihn mit dem Bauherrn oder dem Unternehmer bindet, zumindest wenn das Gerüst nicht für einen bestimmten Bau hergestellt worden ist (E. 2-4).

Sachverhalt

B. SA, en qualité de maître de l'ouvrage, a conclu un contrat d'entreprise générale avec C. SA, en qualité d'entrepreneur général, pour la construction d'une usine. A la suite d'une offre formulée le 23 février 2001, C. SA a confié, le 18 avril suivant, à A. AG la réalisation des travaux d'échafaudages d'après l'avancement du chantier. Au cours de l'exécution, A. AG a sollicité de C. SA le versement de divers acomptes; ceux-ci ont été honorés, à l'exception du dernier (10'000 fr.), demandé le 19 décembre 2001. Le 27 juin 2002, A. AG a adressé à C. SA sa facture finale, d'un montant total de 58'559 fr. 55, dont le solde s'élevait à 36'365 fr. 70, TVA incluse. Le 29 août 2002, un sursis concordataire a été octroyé à C.

SA; A. AG a produit sa créance le 11 septembre 2002. Ultérieurement, la débitrice est tombée en faillite.

Donnant suite à la requête de A. AG, le Président du Tribunal civil du district du Locle a ordonné le 10 septembre 2002 l'inscription provisoire d'une hypothèque légale d'artisans et d'entrepreneurs à hauteur de 36'365 fr. 70, plus intérêts à 5 % dès le 9 septembre 2002, sur la parcelle de B. SA; il a impari à la requérante un délai de soixante jours pour ouvrir action au fond et dit que l'inscription provisoire serait valable jusqu'à l'expiration d'un délai de dix jours dès l'entrée en force du jugement au fond.

Par jugement du 6 juillet 2004, la 1^{re} Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel a débouté A. AG des fins de son action en inscription définitive de l'hypothèque légale.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme de la demanderesse.

Erwägung 4.2

Le montage d'échafaudages a ceci de commun avec les travaux de construction mentionnés ci-dessus qu'il contribue à créer une plus-value pour l'immeuble. D'autres techniques seraient, certes, envisageables, mais l'échafaudage représente dans la plupart des cas le moyen le plus simple, rationnel et économique. Sous cet angle, il pourrait sembler injuste de traiter le monteur en échafaudages différemment d'un entrepreneur ou d'un artisan ordinaire. Mais il existe d'autres prestations qui, en dépit de leur caractère nécessaire à l'édification de la construction,

ne jouissent d'aucune garantie hypothécaire: tel est le cas pour les prestations intellectuelles, notamment celles des architectes et ingénieurs ; il en est également ainsi pour les livraisons de choses fongibles, comme les briques, tuiles, peintures, portes et fenêtres préfabriquées, installations sanitaires, etc., à tout le moins lorsqu'elles n'ont pas été incorporées à la construction par le fournisseur. Or, des arguments d'équité pourraient pareillement plaider ici en faveur de l'octroi d'une hypothèque légale; le Tribunal fédéral ne les a cependant jamais suivis. Au regard de la réglementation des droits réels, le droit du monteur en échafaudages à l'hypothèque légale n'apparaît pas justifié, du moins lorsqu'il s'agit, comme dans le cas présent, d'un échafaudage qui n'a pas été fabriqué en vue d'une construction déterminée et qui peut, dès lors, être remployé sur un autre chantier. L'échafaudage constitue une chose mobilière, indépendamment de son ancrage à la construction; il est démonté à la fin des travaux et ne devient pas partie intégrante de l'immeuble. Contrairement aux équipements, l'échafaudage n'est pas affecté par le principe de l'accession et, à la différence de l'activité classique des artisans et entrepreneurs, celle du monteur en échafaudages ne s'accomplit pas directement sur la construction, mais sur l'échafaudage. Il découle de ce qui précède que l'échafaudage ne constitue pas une partie - spécialement une partie intégrante - de la construction elle-même, mais une installation de chantier. Or, de telles installations ne profitent pas de la garantie hypothécaire, même si elles sont fixées au sol ou ont été érigées pour une longue période, comme c'est le cas à l'occasion de la construction de ponts, d'autoroutes, de téléphériques, de tunnels, etc..

Une approche économique aboutit au même résultat. Dès lors que l'échafaudage n'est pas incorporé (physiquement) à la construction et qu'il est soustrait d'emblée au principe de l'accession, le monteur en échafaudages peut reprendre son installation en cas d'insolvabilité de son cocontractant et l'utiliser ailleurs; c'est, au reste, la vocation de ce type d'installation une fois les travaux terminés.

Ce matériel n'est donc pas perdu et peut être réutilisé sur d'autres chantiers, du moins quand il n'a pas été conçu "sur mesure". De ce point de vue, la situation du monteur en échafaudages est ainsi comparable à celle du fournisseur de choses fongibles, auquel la jurisprudence a constamment refusé le bénéfice de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.

BGE 107 II 419 («Kauf von unverbrieften Namenaktien»)

Regeste:

Erwerb eines Handelsgeschäfts durch Kauf aller Aktien.

1. Bei unrichtiger Erfüllung kann der Käufer sich wahlweise auf Gewährleistung oder einen Willensmangel berufen. Voraussetzungen einer Gewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR für den wirtschaftlichen Wert der Aktien (E. 1).
2. Prüfungspflicht des Käufers gemäss Art. 201 OR bei Zusicherungen. Umstände, die eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 203 OR ausschliessen (E. 2).
3. Art. 20 Abs. 2 OR. Teilweise Unverbindlichkeit eines Vertrages; Tat- und Rechtsfragen (E. 3a). Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens; Anspruch auf Beweisabnahme gemäss Art. 8 ZGB (E. 3b).
4. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Umstände, unter denen ein Irrtum über die Vermögenswerte der Gesellschaft als wesentlich und kausal für den Vertragsabschluss anzusehen ist (E. 3c).

Sachverhalt

A.- Die Ibelo-F. Neumann-Lienhard AG in Zürich handelt mit Feuerwerkskörpern und anderen Bazarwaren, die zum Wiederverkauf bestimmt sind. Ihr Grundkapital von Fr. 300'000.-- ist in 300 Namenaktien zerlegt.

Mit Vertrag vom 20. Dezember 1977 verkaufte Ferdinand Neumann diese Aktien, die alle ihm gehörten, zum Preise von Fr. 250'000.-- an Willy Grüninger. Fr. 50'000.-- davon waren sofort zu bezahlen; der Rest war mit 5% zu verzinsen und in zwei Raten von je Fr. 100'000.-- Ende 1978 und 1979 zu tilgen. Die aufgeschobenen Forderungen wurden vom Käufer durch eine Bankgarantie im vollen Betrag sichergestellt. Unter Ziff. II des Vertrages erklärten die Parteien, dass der Kaufpreis "sich in genauer Höhe aus der Substanz des Warenlagers und dem Zeitwert des Inventars" vom 30. September 1977 ergebe und "dem inneren Wert" entspreche. Gemäss Bilanz vom gleichen Tag bestanden die Aktiven der Gesellschaft insbesondere aus Waren im Werte von Fr. 306'773.30 und einem Verlustvortrag von Fr. 53'992.38 der zu Fr. 41'596.03 auf 1976 und zu Fr. 12'396.35 auf 1977 entfiel.

Im Juni 1978 verlangte Grüninger eine Herabsetzung des Kaufpreises, weil das Warenlager zahlreiche Ladenhüter umfasste und in der Übernahmobilanz krass überwertet worden sei, was er erst nachträglich erfahren habe. Ferdinand Neumann liess weder das eine noch das andere gelten.

B.- Im Januar 1979 klagte Grüninger gegen Neumann auf Feststellung, dass er ihm nur noch Fr. 65'000.-- nebst Zins seit 1. Januar 1978 schulde und die Forderung am 30. Dezember 1979 fällig sei. Er beantragte ferner, die Bankgarantie auf diesen Betrag herabzusetzen und den Beklagten zu verpflichten, ihm die entsprechenden Bankspesen zu vergüten.

Der Beklagte widersetzte sich diesen Begehren und er hob Widerklage auf Zahlung von Fr. 105'000.-- nebst 5% Zins seit 1. Januar 1979. Er forderte damit die Ende 1978 fällige Rate und Fr. 5'000.-- ausstehende Zinsen.

Das Bezirksgericht Zürich und auf Appellation hin am 25. November 1980 auch das Obergericht des Kantons Zürich wiesen die Klage ab und hielten die Widerklage gut.

Der Kläger beschwerte sich beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, das am 30. Juni 1981 die Erwägungen des Obergerichts, wonach die Herabsetzung des Kaufpreises nur teilweise substanziert worden sei, strich und die Beschwerde im übrigen abwies, soweit darauf einzutreten war.

C.- Eine Berufung des Klägers, der an seinen Rechtsbegehren festhielt, hieß das Bundesgericht dahin gut, dass es das Urteil des Obergerichts aufhob und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückwies.

Erwägung 1

[...]

Darauf zurückzukommen, besteht im vorliegenden Fall kein Anlass, zumal die Vorschriften über die Anfechtung von Verträgen wegen Willensmängeln sich gerade bei einem Aktienkauf als notwendige Ergänzung erweisen.

Ein solches Rechtsgeschäft ist nach den Bestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR) zu beurteilen, selbst wenn die Aktien nicht herausgegeben, folglich auch nicht in Wertpapieren verbrieft worden sind; Art. 187 Abs. 1 OR beschränkt den Gegenstand des Kaufes nicht auf verurkundete Rechte oder körperliche Sachen. Die gesetzliche Gewährleistung bezieht sich aber nicht auf die Vermögenswerte der Gesellschaft, sondern ist auch bei einem Verkauf aller Aktien bloss für den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte gegeben. Für den wirtschaftlichen Wert der Aktien haftet der Verkäufer gemäss Art. 197 OR nur dann, wenn er dafür besondere Zusicherungen abgegeben hat und der Käufer sich seinerseits an die Vorschriften des Art. 201 OR hält. Liegt über die Vermögenswerte der Gesellschaft ein Irrtum vor, so kann der Erwerber den Aktienkauf dagegen wegen des Willensmangels anfechten. Diese Auffassung wird von CAVIN und GUHL/MERZ/KUMMER geteilt, von GIGER aber als zu weitgehend abgelehnt; er möchte bei Verkauf sämtlicher Aktien vom Erfordernis besonderer Zusicherungen abgesehen wissen, weil der Käufer diesfalls die Herrschaft über ein Unternehmen erlangen wolle, das durch die Aktien repräsentiert werde.

BGer 4A_589/2016 vom 2 März 2017 («Lieferungsverweigerung bei Sukzessivlieferungsverträgen»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

B._____ (Verkäufer, Kläger und Beschwerdegegner) lieferte A._____ (Käufer, Beklagter und Beschwerdeführer) im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages seit mindestens 20 Jahren wöchentlich 70 bis 80 Jager (Ferkel, junge Schweine). Eine schriftliche Vereinbarung wurde nicht geschlossen. Zwischen dem 3. Oktober und dem 28. November 2014 erfolgten neun Lieferungen zum jeweiligen Börsenpreis, die jeweils wenige Tage später in Rechnung gestellt, bis heute aber nicht bezahlt wurden. Der Verkäufer machte geltend, das Vertragsverhältnis nach mehrmaliger Zahlungsaufforderung gekündigt und weitere Lieferungen ausgeschlossen zu haben. Nach einer erfolglosen letzten Mahnung leitete er gegen den Käufer für die ausstehenden Beträge Betreibung ein.

Mit Klagebewilligung vom 13. Mai 2015 klagte der Verkäufer vor dem Bezirksgericht Weinfelden auf Zahlung von Fr. 66'262.22 für die unbezahlten Lieferungen nebst Zins und Kosten und verlangte die Aufhebung des vom Käufer erhobenen Rechtsvorschlages. Der Käufer beantragte die Abweisung der Klage und er hob eine Verrechnungseinrede über Fr. 45'000.-- als Ersatz für den durch den abrupten Lieferungsstop entstandenen Schaden. Mit Entscheid vom 6. Oktober / 22. Dezember 2015 schützte das Bezirksgericht die Klage im Umfang von Fr. 66'262.22 nebst (reduziertem) Zins und hob den Rechtsvorschlag im Umfang des zugesprochenen Betrages auf. Der mittlerweile anwaltlich vertretene Käufer er hob Berufung, mit der er die Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht beantragte und eventuell die Gutheissung der Klage im Umfang von Fr. 21'662.22. Mit Entscheid vom 28. Juli 2016 erachtete das Obergericht des Kantons Thurgau die Berufung als unbegründet und schützte die Klage im Umfang, wie sie vom Bezirksgericht gutgeheissen worden war.

Mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragt der Käufer dem Bundesgericht im Wesentlichen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Eventuell beantragt er sinngemäss die Abänderung des obergerichtlichen Entscheids entsprechend dem vor Obergericht gestellten Eventualbegehren. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägung 6.2

Die Anwendung von Art. 82 OR setzt unter anderem voraus, dass die beiden Leistungen fällig sind. Dass sich die Gegenpartei in Verzug befindet, ist nicht notwendig. In Art. 82 OR geht es

um die Verwirklichung des Grundsatzes, wonach der Gläubiger eines zweiseitigen Vertrages, um den Schuldner zur Erfüllung zwingen zu können, selbst bereits erfüllt haben oder Erfüllung anbieten muss. Art. 82 OR beruht auf dem allgemeinen Grundgedanken, dass der Belangte nur insoweit gezwungen werden kann, seine Leistung zu kreditieren, als er vertraglich zur Vorleistung verpflichtet ist. Dieser Grundgedanke trifft insbesondere auch auf Dauerschuldverhältnisse mit zeitlich verschobenen Fälligkeiten innerhalb der einzelnen Leistungspaare zu, wie sie gerade beim Sukzessivlieferungsvertrag vorkommen. Dessen Besonderheit liegt darin, dass das für die Anwendbarkeit von Art. 82 OR maßgebende Austauschverhältnis zwischen allen Raten des Verkäufers einerseits und dem gesamten Kaufpreis anderseits besteht. Davon abgesehen ändert sich an den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einrede nach Art. 82 OR aber nichts. Es genügt, dass die Gegenpartei ihre fälligen Schulden selbst noch nicht beglichen hat. Zum Teil wird sogar explizit darauf hingewiesen, der Rückstand mit einer Lieferung genüge, und es werde nicht verlangt, dass die Gegenpartei bereits in Verzug gesetzt wurde.

BGE 42 II 219 («Chokoladenkauf»)

Regeste:

Recht des Käufers zur Spezifikation der gekauften Ware; Übergang auf den Verkäufer im Verzugsfalle.

Sachverhalt

Die Klägerin, die Compagnie Suisse pour la fabrication des Chocolats et Cacaos in Lugano hat am 7. Dezember 1914 dem Beklagten Berthold Kahn in Basel einige Wagenladungen diverser Chokoladen, « Ausfuhrverbot vorbehalten», angeboten, und es führten die nachherigen Unterhandlungen, namentlich ein Brief der Klägerin vom 21. Dezember, die Antwort des Beklagten darauf vom 22. und eine Erwiderung der Klägerin vom 23. d. M. zu folgender vertraglicher Einigung: Die Klägerin verkauft dem Beklagten 2 Waggons von je 10,000 kg netto Chokolade in Tabletten, jeder enthaltend: 9000 kg Blockchokolade zu 2 Fr. 30 Cts. und 1000 kg fondant Chokolade zu 3 Fr. 20 Cts. das kg. Hinsichtlich der 1000 kg sollte der Beklagte zur Spezifikation der von ihm gewünschten besondern Warenart (ob Milch- oder extra fondant Chokolade usw. und in welchem Verhältnisse) berechtigt sein. Der erste Wagen war Anfang und der zweite Mitte Januar 1915 zu liefern. Die Zahlung hatte « netto Kassa » zu erfolgen bei Auslieferung der Ware in Basel durch den Spediteur der Klägerin. Bei der Bezahlung des ersten Wagens war ein Betrag von 2000 Fr. abzuziehen, den der Beklagte schon am 8. Dezember 1914 der Klägerin als Anzahlung übermacht hatte. Bei Empfang der Faktur für den ersten Wagen war eine weitere Anzahlung von 2000 Fr. für die zweite Sendung zu leisten. Im Falle, dass ein schweizerisches Ausfuhrverbot für Chokolade erlassen würde, sollte der Beklagte nicht mehr zum Bezuge der Ware verpflichtet sein, sondern lediglich Obligationemecht. No 34. ·221 die Hin- und Rückfracht von der Grenze für eventuell bereits unterwegs befindliche Partien zu tragen haben. Am 12. Januar zeigte die Klägerin dem Beklagten an, dass der erste Wagen abgerollt sei, und übermittelte ihm die zugehörige, auf zusammen 24,079 Fr. 20 Cts. lautende Faktur, (hinsichtlich der Milchchokolade lag eine Gewichtsüberschreitung von 56 kg vor, so dass sich der Preis um 179 Fr. 20 Cts. höher stellte). Gleichzeitig ersuchte die Klägerin den Beklagten, die für den zweiten Wagen noch fehlende Einteilung der 1000 kg feiner Chokolade zu machen. Der Beklagte entsprach diesem Ersuchen nicht und ebenso nicht dem wiederholten Begehrungen der Klägerin, die Anzahlung von 2000 Fr. für den zweiten Wagen zu leisten. Vielmehr erklärte er am 19. Januar, dass es ihm infolge der eingetretenen schlechten Geschäftslage im Chokoladeverkauf unmöglich sei, Dispositionen für den zweiten Wagen zu geben. Als der erste Wagen in Basel eintraf, nahm ihn der Beklagte nicht an. Die Klägerin setzte ihm zur Annahme Frist bis zum 25. Januar an, worauf der Beklagte am 26. Januar erklärte, er betrachte den Kaufvertrag hinsichtlich bei der Wagen als aufgehoben, weil die für

die Aufhebung vertraglich vorgesehene Bedingung, der Erlass eines Ausfuhrverbotes, nunmehr eingetreten sei. Demgegenüber wies die Klägerin eine generelle Ausfuhrbewilligung vor. Der Beklagte verlangte statt deren eine Garantierung der Ausführbarkeit, worauf die Klägerin am 9. Januar antwortete: Sie sei auch jetzt noch bereit, die Ausfuhrbev.illigung zu erwirken; der Beklagte brauche bloss den Wagen anzunehmen und den Abnehmer in Deutschland zu nennen. Trotzdem beharrte der Beklagte auf seiner Annahmeverweigerung. Am 13. Februar wurde auf Betreiben der Klägerin die erste Sendung in Anwesenheit des Beklagten von amtlichen Sachverständigen geprüft, die feststellten, dass die Ware der Faktur entsprechend, marktgängig und preiswürdig sei. Am 13. März bewilligte das Dreiergericht der Klägerin die öffentliche 222 Obligationenrecht. N° 34. Versteigerung d~s ersten Wagens. Sie wurde am 15. März vollzogen, wobei die Klägerin selbst die Ware für • 17,.220 Fr. 50 Cts. erwarb. Laut einer Bescheinigung des des Gantbeamten (vom 15. Mai 1915) wurde die Sendung « brutto für netto I) und « ohne Garantie für Ausfuhr und ohne Garantie für Qualität und Gewicht I) vergantet. Die Klägerin erhielt den Steigerungserlös ausgehändigt, unter Abzug von 2000 Fr., die bei der Zivilgerichtsschreiberei hinterlegt blieben. Hinsichtlich des zweiten Wagens hatte unterdessen die Klägerin dem Beklagten am 12. März erklärt, dass sie nach vergeblicher Aufforderung die Einteilung der 1000 kg feiner Chokolade selbst vornehmen und dass der Wagen am 22. März an den Beklagten abgehen werde. Am folgenden Tage gab sie ihm von der vorgenommenen Einteilung Kenntnis. Am 23. März sicherte sie ihm die Exportierbarkeit in gleicher Weise wie für den ersten Wagen zu. Am 25. März übersandte sie ihm die Faktur für den zweiten Wagen, mit gleicher Gewichts- und Preisberechnung wie beim ersten. Am 27. März stellte sie den zweiten Wagen - der identisch war mit dem von der Klägerin ersteigerten ersten - dem Beklagten zur Verfügung. Dieser lehnte die Annahme ab, indem er unter Berufung auf die Identität mit dem ersten Wagen geltend machte, dass er der Bestellung nicht entspreche und dass für versteigerte Ware keine Ausfuhrbewilligung erteilt werde. In letzterer Beziehung anerbte sich die Klägerin nochmals am 3. April zur Aushändigung aller nötigen Ausfuhrdokumente. Nach unbenutztem Ablauf einer dem Beklagten gesetzten Bezugsfrist erwirkte die Klägerin vom Dreiergericht eine neue Versteigerungsbewilligung und die Sendung wurde am 8. Mai netto, aber wiederum unter Ausschliessung der Garantie wie bei der ersten Gant, zum Preise von 13,837 Fr. 16 Cts. versteigert. Im nunmehrigen Prozess hat die Klägerin als Verkäuferin die Begehren gestellt: 1. Der Beklagte habe ihr die Mindererlöse der bei den Sendungen im Verhältnis zu den Obligationenrecht. N° 34. 223 Kaufpreisen (6858 Fr. 70 Cts. und 10,242 Fr. 04 Cts.), abzüglich der Preisanzahlung von 2000 Fr., nebst Verzugszins zu 6 % von den Kaufpreisen seit der Verfügungsbereitschaft bis zum Verkauf der Ware (199 Fr. 65 Cts. und 158 Fr.), zusammen 15,458 Fr. 39 Cts. zu bezahlen und dazu Zins zu 6 % von jenen bei den Mindererlösen, :abzüglich der Anzahlung, seit dem betreffenden Verkauf (15. März und 8. Mai

1915). 2. Die bei der Gerichtskasse zurückbehaltenen 2000 Fr. seien an die Klägerin auszuzahlen und der Beklagte habe der Klägerin von diesem Betrage Zins zu 6 % seit dem 15. März 1915 zu vergüten. 3. Der Beklagte habe der Klägerin die ihr aus ~einem vertragswidrigen Verhalten vor Beginn des Prozesses entstandenen Kosten von 1395 Fr. 35 Cts. (3~9 Fr. ID Cts. Lagergebühren, 335 Fr. 65 Cts. Versteigerungskosten, 45 Fr. 55 Cts. Gerichts- und 695 Fr. 05 Cts. Anwaltskosten) zu vergüten nebst Zins seit dem 31. Mai 1915 (Anhebung der Betreibung). Alles unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten. Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und zur Begründung zunächst eine Anzahl Einwendungen erhoben, die er dann vor Bundesgericht und im wesentlichen auch schon vor der zweiten kantonalen Instanz hat fallen lassen (dass die gelieferte Ware nicht bestellungsgemäss gewesen sei, dass der Beklagte sie nicht habe besichtigen können und dass sie ihm daher ungenügend angeboten worden sei, weshalb kein Annahmeverzug vorliege, dass ein am 22. Januar 1915 erlassenes Ausfuhrverbot den Vertrag aufgelöst habe usw.). Im Streite dagegen liegt noch die Einwendung, die abgehaltenen Selbsthilfeverkäufe seien aus verschiedenen, unten zu erwähnenden Gründen ungültig und dadurch eine Ersatzpflicht des Beklagten dahingefallen. Die Vorinstanz hat mit Urteil vom 8. März 1916 die Klagebegehren 1 und 3 in dem einheitlichen Betrage von 10,000 Fr. nebst Verzugszins zu 6 % seit dem 31. Mai 1915 (Anhebung der Betreibung) gutgeheissen, der Klägerin 224 Obligationenrecht. N° 34. ferner den durch das Klagebegehren 2 verlangten Zins betreffend die hinterlegten 2000 Fr. zugesprochen und • erkannt, dass diese Hinterlage an die Klägerin auszuzahlen sei. In der Berufungsinstanz beantragt die Klägerin gänzlichen Schutz, der Beklagte gänzliche Abweisung der Klage. In eventueller Weise verlangen beide Parteien Akten vervollständigung. 2. - In Frage steht vor Bundesgericht nur noch, ob die Bemängelung der beiden Selbsthilfeverkäufe durch den Beklagten begründet sei, und, soweit dies zu bejahen ist, ob solches zur Abweisung oder allfällig Herabsetzung der Klageansprüche führe.

Erwägung 3

Unter solchen Umständen aber muss, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, das Recht zu; Spezifikation vom säumigen Gläubiger auf den Schuldner übergehen. Ausdrücklich sieht das OR diesen Übergang freilich nicht vor (wie das deutsche HGB in § 375), aber er entspricht seiner Regelung des Gläubigerverzuges, Im Besondern dem Art. 91. Ohne ihn müsste der Schuldner gegen den Gläubiger auf Spezifikation klagen und er würde dadurch, meistens aus reiner Renitenz des Gläubigers, auf längere Zeit hinaus unbilliger Weise verhindert, seiner Erfüllungspflicht ungesäumt Genüge zu tun und die zu seiner Entlastung dienenden Vorkehren (Hinterlegung und allfällig Selbsthilfeverkauf) zu treffen. Berechtigte Interessen des säumigen Gläubigers werden durch die Ausschaltung des Prozessweges nicht verletzt. da es sich ledig-

lich um die Bewirkung einer Erklärung handelt, die er selbst abzugeben hat. Was er vernünftigerweise verlangen kann, ist vielmehr, dass bei Beurteilung der Frage, ob er, wirklich mit seiner Spezifikationserklärung in Verzug gewesen sei, seine Lage und seine Interessen gebührend berücksichtigt werden. Endlich treffen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufes auch insofern zu, als man es mit einer « dem Verderben ausgesetzten Sache» nach Art. 93 OR zu tun hat. Es erscheint dies als ausgewiesen auf Grund der Ausführungen des Vorentscheides, wonach Chokolade in Originalpackung durch längeres Lagern mindestens ~ihr frisches Aussehen verliere, was ihre Verkäuflichkeit beeinträchtige, und wonach die Klägerin mit einer längeren Lagerung habe rechnen müssen. Diese tatsächliche Würdigung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

BGE 110 II 148 = Pra 73 (1985), Nr. 173 («Rechtsnatur der Annahme»)

Regeste:

Sukzessivlieferungskauf auf Abruf des Käufers und mit Vorbehalt der Spezifikation.

1. Weigert sich der Käufer, im Sinne einer vorbereitenden Handlung die zu liefernde Sache zu spezifizieren, weil er den Preis nicht bezahlen will, so finden die Regeln über den Schuldnerverzug Anwendung (Art. 72, 107 bis 109 OR).
2. Das Recht zu wählen und zu spezifizieren geht erst dann vom Käufer auf den Verkäufer über, wenn dem säumigen Käufer eine letzte angemessene Frist für die Spezifikation angesetzt worden ist (Präzisierung der Rechtsprechung).

Sachverhalt

Durch Vertrag vom 25. März 1968 mit der Firma B. & Cie. verpflichtete sich G., der im Kt. Wallis eine Kiesgrube betreibt, zum Kauf von 28 000 kg Motorenöl, das von ihm unter 6 nach Qualität und Preis (von 0,85 bis 2,05 Fr. je kg) verschiedenen Sorten auszuwählen war. Der Vertrag war bis zum 31. Dezember 1975 «limitiert»; bis zu diesem Zeitpunkt kaufte G. insgesamt nur 5367 kg Öl. Im Verlaufe des Jahres 1975 erinnerte die Verkäuferin ihn mehrmals erfolglos daran, dass er noch vor Ende Jahr ca. 22 000 kg bestellen müsse. Am 4. März 1977 stellte sie eine Rechnung über 22 680 kg Öl zu 2,25 Fr. je kg aus. Am 15. Juni 1978 forderte sie G. auf, zu erklären, ob er den Vertrag erfüllen oder sie schadlos halten wolle. G. antwortete zunächst, er habe die Sache für erledigt gehalten, erklärte sich aber am 12. September 1978 bereit, 22 633 kg zu 0,85 Fr. je Liter zu kaufen. Die Verkäuferin lehnte das ab mit der Begründung, die vereinbarten Preise seien nach dem 31. Dezember 1975 nicht mehr gültig. Im September 1981 klagte sie gegen G. auf Zahlung von Fr. 50 924.25 nebst Zins. Am 2. Juli 1982 stellte sie eine neue Rechnung für verschiedene Mengen Öl aus, die sie am gleichen Tag bei einer Drittfirmen hinterlegte. Ihre Klage wurde am 2. Februar 1984 vom Kantg Wallis abgewiesen. Das Bg bestätigte.

Erwägung 1a und b

Die Frage hat in der Lehre keine eindeutige Antwort gefunden. Mehrere Autoren stellen sich ganz auf den Boden des Gläubigerverzugs und zeigen eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der dem Schuldner zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe: Klage auf Vornahme der Auswahl nach Ansetzung einer Frist, innerhalb welcher der Gläubiger seine Wahl zu treffen hat, Auflösung des Vertrages in Anwendung von OR 95, allenfalls Übergang des Rechtes der Auswahl auf den Schuldner, wie im deutschen Recht, BGB 264 II, vorgesehen. Andere Autoren befürworten im Anschluss an von Tuhr die Anwendung der Regeln über den Gläubiger- oder derjenigen über den Schuldnerverzug nach Wahl des Verkäufers; sie führen aus, beim Kauf

sei die Annahme der gekauften Sache gemäss OR 211 eine eigentliche Pflicht des Käufers, so dass die Weigerung, nach Mahnung oder zum vertraglich bestimmten Termin die Wahl zu treffen, auch einen Fall von Schuldnerverzug bilde. Der Verkäufer könne insb. gegen den Käufer auf Vornahme der Auswahl klagen oder den Vertrag auflösen; was den Übergang des Rechtes der Auswahl auf den Verkäufer angeht, wird er teils befürwortet, teils abgelehnt.

Erwähnt sei noch, dass Cavin ganz allgemein und ohne Bezugnahme auf die Wahlobligation und die Spezifikation ausführt, die Weigerung des Käufers, eine richtig angebotene Lieferung anzunehmen, sei ein Gläubigerverzug, und der Verkäufer habe nicht die Wahl zwischen den Regeln über den Gläubiger- und denjenigen über den Schuldnerverzug. Wenn indessen die Annahmeverweigerung oder die Weigerung, die vorbereitenden Handlungen – wie z. B. die Aufgabe der Bestellung – vorzunehmen, mit der Verweigerung der Preiszahlung verbunden sei, liege Verzug des Käufers, des Preisschuldners, vor, mit den Folgen gemäss OR 103-109. Nach der Rechtsprechung befindet sich der Käufer, der sich um eine ihm obliegende, vom Verkäufer für die Vertragserfüllung benötigte Handlung nicht kümmert, nicht nur im Annahmeverzug, sondern macht sich auch einer Zahlungsverweigerung schuldig. Es sind daher die Vorschriften über den Schuldnerverzug anwendbar. Und für den Fall des Spezifikationskaufs hat das Bg in einem vereinzelten älteren Urteil entschieden, dass der Käufer, der die Vorbereitungshandlung der Spezifikation nicht vornimmt, sich im Gläubigerverzug gemäss OR 91 befindet, und dass alsdann das Recht der Spezifikation auf den Verkäufer, der die Lieferung schuldet, übergeht, weil eine Klage auf Vornahme der Spezifikation kaum von Nutzen und unpraktisch wäre.

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und mit Cavin ist davon auszugehen, dass die Regeln über den Schuldnerverzug Anwendung finden müssen, wenn wie hier die Nicht-Vornahme der Vorbereitungshandlung der Spezifikation mit der Nicht-Zahlung des Preises verbunden ist. Mit den Regeln über den Gläubigerverzug könnte der Verkäufer weder Schadenersatz noch vom Käufer die Preiszahlung erhalten; sie würden dem Verkäufer, als dem Schuldner einer Leistung, nur erlauben, sich gültig von seinen Verpflichtungen zu befreien oder vom Vertrag zurückzutreten, übrigens gemäss den Bestimmungen über den Schuldnerverzug (OR 95).

Handelt es sich wie hier um einen zweiseitigen Vertrag, sind OR 107-109 anwendbar. Und diese Vorschriften sind vom Grundsatz beherrscht, dass diejenige Partei, welche die Vertragserfüllung oder Entschädigung für die Folgen der Nichterfüllung will, der im Verzug befindlichen Partei eine angemessene Frist zur Erfüllung ansetzen oder ansetzen lassen muss. Wenn beim Spezifikationskauf, d. h. im Fall des Anspruchs auf die Gegenleistung aus einer Wahlobligation, der Kaufpreisschuldner die ihm obliegende Vorbereitungshandlung (die Auswahl) nicht vornimmt, ist dem Verkäufer nicht allein die (wenig praktische und kaum nützende) Klage auf Vornahme der Auswahl durch den Käufer zuzugestehen, sondern auch das Recht

auf Auswahl an Stelle des Käufers, entsprechend der von der zit. Rechtsprechung (BGE 42 II 225 = Pr 5 Nr. 105) übernommenen Regelung im deutschen Recht. Damit indessen das Wahl- und Spezifikationsrecht in dieser Weise übergehen kann, muss vorher dem im Verzug befindlichen Käufer in Anwendung von OR 107 I eine angemessene letzte Frist zur Erfüllung angesetzt worden sein, unter der Androhung, dass bei Nichterfüllung der Verkäufer die Auswahl vornehmen wird. Die Ansetzung einer solchen letzten Frist gehört zum wesentlichen Inhalt der Vorschriften über den Verzug bei zweiseitigen Verträgen, und darüber darf nicht hinweggegangen werden. Die zit. Rechtsprechung ist in diesem Sinne zu präzisieren.

BGE 17 I 307 («Verjährung bei Sukzessivlieferungsverträgen»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

[...]

Erwägung 4

Nach Artikel 257 OR verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Sachmängeln mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Sache an den Käufer, selbst wenn dieser Mängel erst später entdecken sollte. Die «Ablieferung» an den Käufer ist mit denjenigen Momenten vollendet, wo ihm die Möglichkeit tatsächlicher Verfügung über die Sache, speziell zum Zwecke der Prüfung ihrer Empfangbarkeit, gegeben ist. Nun wurde im vorliegenden Falle die Milch täglich zwei Mal dem Käufer zur Käserei geliefert und ihm dadurch die Möglichkeit der Prüfung der betreffenden Lieferungen gegeben. Von diesem Momenten an läuft für jede einzelne Lieferung die Verjährung der Gewährleistungslagen. [...]

BGer 4C.90/2002 vom 08.07.2002 («Mehrwegzylinder»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

Die Beklagte vertreibt insbesondere Geräte zur Anreicherung von Leitungswasser mit Kohlensäure (sog. Sprudelwassergeräte). Sie lieferte ab 7. September 1998 der Klägerin als Grossistin unter anderem solche Geräte und mit Kohlensäure gefüllte Mehrwegzylinder in Boxen à 14 Stück. Die Beklagte stellte für jeden Zylinder Fr. 37.15, für jede Füllung Fr. 5.88 und für jede Boxe Fr. 35.-- in Rechnung. Die Klägerin bezahlte diese Rechnungen und gab die ihr von den Detaillisten retournierten leeren Zylinder zur neuen Auffüllung der Beklagten zurück. Diese erstattete der Klägerin für die retournierten Zylinder in der Höhe des bezahlten Preises Gutschriften, welche von den nächsten Rechnungen für neue Lieferungen in Abzug gebracht wurden. Die Beklagte hat die leeren Zylinder nicht bloss in einer ihren Teillieferungen genau entsprechenden Anzahl zurückgenommen. Ab Mai 1999 verlangte die Beklagte pro Zylinder Fr. 36.--. Im Frühjahr 1999 schlug sie ein neues Mietpreisvorauszahlungssystem für die Lieferung und Rücknahme von Zylindern vor, welches proportional zur Zeitdauer zwischen Lieferung und Rückgabe der Zylinder eine degressive Rückvergütung vorsah. Dieses System hat die Klägerin abgelehnt.

Anfangs November 1999 löste die Klägerin die Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten auf und bezog von ihr keine Waren mehr. Sie retournierte ihr Zylinder, Boxen und verlangte von der Beklagten die Rückerstattung des dafür bezahlten Preises. Die Beklagte verweigerte dies mit der Begründung, der von der Klägerin bezahlte Preis sei kein Depot, das bei der Rückgabe auch ohne den Bezug eines wiederaufgefüllten Zylinders zurückzuerstatten sei. Vielmehr habe die Klägerin nur das Recht gehabt, die leeren Zylinder beim Kauf gefüllter Zylinder 1:1 einzutauschen.

B. Mit Klage vom 27. Juni 2000 belangte die Klägerin die Beklagte beim Handelsgericht des Kantons Aargau auf Zahlung eines Fr. 8'000.-- übersteigenden Betrages. Mit Eingabe vom 30. Juni 2000 bezifferte die Klägerin den Höchstbetrag ihres Klagebegehrens auf Fr. 350'000.--. Damit verlangte die Klägerin die Rückerstattung des Preises für 6114 retournierte leere Zylinder (Fr. 220'104.--), 467 Boxen (Fr. 16'340.--) und 42 gefüllte Zylinder (Fr 1'759.--). Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 28. Juni 2001 hat die Beklagte die Teilforderung für retournierte Boxen im Betrag von Fr. 16'345.-- anerkannt.

In seinem Urteil vom 15. Januar 2002 verneinte das Handelsgericht bezüglich der Rücknahme der Zylinder durch die Klägerin einen auf den Vollzug von Tauschverträgen gerichteten Willen

der Parteien und nahm an, das Vertragsverhältnis sei als Sukzessivlieferungs und -rückkaufvertrag zu qualifizieren, bei welchem die Klägerin die gefüllten Zylinder kaufte und die Beklagte die (leeren) Zylinder zum gleichen Preis zurückkaufte. Das Vertragsverhältnis habe damit eine Rückkaufsverpflichtung der Beklagten für leere Zylinder beinhaltet. Die Parteien hätten vertraglich nicht bestimmt, ob die Rückkaufsverpflichtung der Beklagten auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gelten soll. Da auch das Gesetz diese Frage nicht regle, liege eine Vertragslücke vor, welche durch den Richter nach dem hypothetischen Parteiwillen zu schliessen sei. Dabei sei die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen. Das Interesse der Klägerin sei dahin gegangen, die bei ihr noch vorhandenen und von den Detaillisten noch zurückgegebenen leeren Zylinder an die Beklagte retournieren zu können, da ein Markt für leere Zylinder nur innerhalb der von den Anbietern von Sprudelwassergeräten aufgebauten Vertriebssysteme bestehe. Ohne eine entsprechende Rückkaufsverpflichtung hätte die Klägerin das Risiko getroffen, nach Vertragsbeendigung auf einer mehr oder weniger grossen Menge leerer Zylinder sitzen zu bleiben, ohne dafür einen vernünftigen wirtschaftlichen Gegenwert erhalten zu können. Das Interesse der Beklagten sei dahin gegangen, bei der Auflösung des Vertragsverhältnisses nicht mehr Zylinder zurücknehmen zu müssen, als sie dem Grosshändler während der ganzen Vertragsdauer geliefert habe. Andernfalls hätte die Beklagte Zylinder zurücknehmen müssen, obwohl sie keine entsprechenden Füllungen hätte verkaufen können. Das Leistungsgleichgewicht des Gesamtvertrages würde durch eine solche überschiessende Rückkaufsverpflichtung der Beklagten gestört. Eine die wirtschaftlichen Interessen ausgleichende Lösung bestehe daher darin, dass der Klägerin über den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung hinaus weiterhin ein Rückgaberecht für leere Zylinder zustehe, dieses aber auf die Gesamtzahl der während der ganzen Vertragsdauer von der Beklagten gelieferten Zylinder zu beschränken. Diese Beschränkung werde nicht überschritten, da die Beklagte der Klägerin 2'535 Zylinder mehr verkauft habe, als ihr nach Angaben der Klägerin zurückgegeben wurden. Bezüglich der im Rahmen der Vertragsergänzung zu bestimmenden Höhe des Rückkaufpreises dränge es sich auf, für die Zeit nach Vertragsende auf den während des laufenden Vertrages jeweils gutgeschriebenen Rückvergütungsbetrag abzustellen. Die Einrede der Beklagten, sie sei nicht verpflichtet gewesen, markenfremde Zylinder zurückzunehmen, sei nicht zu hören. Es stehe fest, dass die Beklagte während der ganzen Vertragsdauer in beträchtlichem Umfang auch Zylinder (Soda-Stream-Zylinder und Solis-Soda-Star-Zylinder) zu denselben Rückkaufpreisen zurückgenommen habe, die nicht aus dem Vertriebssystem der Beklagten stammten. Weil dieses Vorgehen für die ganze Dauer des Vertrages akzeptiert worden sei, bestehe kein Grund, nicht auch für die Zeit nach Auflösung des Vertrages darauf abzustellen. Die Klägerin beanspruche das Rückgabe- und Rückvergütungsrecht auch für 42 gefüllte Zylinder. Da diese in ihrer Gebrauchstauglichkeit nicht eingeschränkt seien, bestehe kein sach-

licher Grund, der Klägerin für diese 42 gefüllten Zylinder das Rückgabe- und Rückvergütungsrecht zu verweigern. Hingegen habe die Klägerin kein Rückvergütungsrecht bezüglich der 42 Zylinderfüllungen. Die Klägerin behauptet, nach Vertragsbeendigung 6'114 leere Zylinder zurückgegeben zu haben, wobei sie für 514 davon keinen rechtsgenüglichen Beleg vorweisen könne, weshalb ihr bloss eine Rückkaufsforderung für 5'699 Zylinder à Fr. 36.-- zustehe, was eine Forderung von Fr. 205'164.-- ergebe. Dazu käme die Forderung in der Höhe von Fr. 1'512.-- für 42 zurückgegebene gefüllte Zylinder à Fr. 36.-- und die anerkannte Forderung für die zurückgegebenen Boxen in der Höhe von Fr. 16'345.--. Demnach werde die Klage im Umfang von Fr. 223'021.-- nebst Zins zu 5 % seit 8. Februar 2000 gutgeheissen.

C. Die Beklagte erhebt eidgenössische Berufung mit dem Antrag, das Urteil des Handelgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägung 3.3

Der Umstand, dass die Beklagte beim Rückkauf von Zylindern zum ursprünglichen Verkaufspreis keinen Gewinn erzielte und dabei Auslagen hatte, zeigt, dass die Beklagte den Zylinderhandel in erster Linie betrieb, um den für sie gewinnbringenden Verkauf von Kohlensäure-Füllungen zu ermöglichen. Zudem konnte sie mit dem Verkauf von Zylindern insoweit einen Gewinn erreichen, als erfahrungsgemäss nicht alle Zylinder zurückgegeben und umgetauscht werden. Der Zweck des umstrittenen Vertragsverhältnisses war damit in erster Linie auf den Verkauf von Füllungen und bloss in zweiter Linie auf den für die Beklagte wirtschaftlich weniger interessanten Verkauf der dazu nötigen Mehrwegzylinder gerichtet. Die nachvertragliche Rückkaufsverpflichtung führte daher nicht zu einer ungerechten Ertragssituation, zumal die Beklagte entsprechend der Anzahl zurückgegebener Zylinder Kohlensäure-Füllungen verkauft haben konnte. Dabei war für sie unerheblich, ob die Klägerin diese auch an Kunden weiterverkaufte, welche das entsprechende Sprudelwasser-Gerät nicht bei der Beklagten erworben haben. Die Rücknahmeeverpflichtung ist auch deshalb nicht als übermässige Belastung zu qualifizieren, weil die Beklagte auch bei der Rückgabe der vollen Zylinder vom Verkauf der Füllungen profitierte und die Beklagte die Mehrwegzylinder in ihrem Vertriebssystem weiterverwenden kann und ihr damit durch den Rückkauf kaum ein Verlust erwachsen dürfte. Zudem spielte es für die Beklagte während des Vertragsverhältnisses keine Rolle, ob die zurückgegebenen Zylinder - abgesehen von Drittmarken - aus einem fremden Vertriebssystem stammten, weshalb die Vorinstanz zu Recht annahm, dies könne auch nach Vertragsbeendigung nicht entscheidend sein. Schliesslich konnte die Beklagte bei der Bestimmung des Preises für die Kohlensäure-Füllungen die mit dem Zylindervertrieb verbundenen Kosten und Risiken einkalkulieren, weshalb diese Risiken entgegen der Ansicht der Beklagten keine nachträgliche Reduktion des Rücknahmepreises rechtfertigen. Aus dem Gesagten folgt, dass das Handelgericht den

Zweck des vorliegenden Vertragsverhältnisses nicht verkannt und das ihm zustehende Ermessen bei seiner richterlichen Vertragsergänzung nicht überschritten hat.

BGE 45 III 441 («Minderungsklage»)

Regeste:

Tausch: Minderungsklage gestützt auf unrichtige Angaben über den Zins ertrag des eingetauschten Hauses. Die Minderung wegen Nichtvorhandenseins zugesicherter Eigenschaften ist nicht nur zulässig, wenn körperliche oder rechtliche sondern auch wenn wirtschaftliche Mängel in Frage stehen: Abweisung der Minderungsklage, weil der Kläger den Beklagten seinerseits auch übervorteilt hat.

Sachverhalt

Am 6. April 1916 verkaufte der Beklagte Garbani dem Kläger Bieri ein in Huttwil gelegenes Hausgrundstück zum Preise 'Von 24,000 Fr. Die Fertigung fand am 11. Mai 1916 statt. Der Kläger seinerseits verkaufte am 2. Mai 1916 dem Beklagten zwei in den Gemeinden Bümpliz und Bolligen gelegene Landparzellen zum Preise von 13,632 Fr. 20 Cts. An diesen letzteren Betrag wurden dem Beklagten für 4632 Fr. 20 Cts. Hypotheken überbunden und die restierenden 9000 Fr. an den Kaufpreis des ersten Geschäftes über das Grundstück in Huttwil angerechnet. Die auf diesem Grundstück in Huttwil noch verbleibende Kaufrestpreis von 15,000 Fr. sodann. regelte der K1äg~r durch' Errichtung eines Schuldbriefes im gleichen Betrag.

B. In der Folge erhob der Kläger die vorliegende Klage auf Preisminderung eventuell Schadenersatz wegen absichtlicher Täuschung. Er nahm den Standpunkt ein, der Beklagte habe ihm erklärt, das Haus in Huttwil habe bisher 1400 Fr. Zins abgeworfen. stattdessen seien aber nur 1180 Fr. bezahlt worden und überdies zwei Mietverträge bei Kaufsschluss bereits gekündigt gewesen. Dieses Verhalten erfülle die Voraussetzungen der Minderungsklage eventuell der Schadenersatzklage gemäss Art. 28 ff. und 41 ff. OR. Der Beklagte wendete demgegenüber ein, die Ansprüche des Klägers seien verjährt. er habe das Geschäft genehmigt und auf alle Fälle sei materiell die Klage unbegründet. Im übrigen habe der Kläger ihn selber übervorteilt und ihm für die beiden Landparzellen einen viel zu hohen Preis angerechnet. Sodann könne, da es sich um einen. einheitlichen Tauschvertrag handle, nur Aufhebung des ganzen Geschäftes verlangt werden. Ganz eventuell aber müsse das Quantitativ reduziert werden.

C. - Der bernische Appellationshof, II. Zivilkammer, schützte die Klage im Betrage von Fr. 2000. Er wies zunächst die Einrede der Verjährung zurück und zwar sowohl vom Gesichtspunkt der Minderungs- als der Schadenersatzklage aus. Ferner erklärte er die Einrede der Genehmigung als unbegründet und nahm sodann materiell an, zwar seien die Voraussetzungen einer Minderung des Kaufpreises nicht gegeben, wohl aber diejenigen eines Anspruches gemäss .Art. 31 Abs. 3 OR, indem als nachgewiesen betrachtet werden müsse, dass der Beklagte den Kläger im Sinne der Darstellung des letzteren getäuscht habe. D. - Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt, es sei seine

Uneinlässlichkeitseinrede zu schützen, eventuell die Klage abzuweisen und ganz eventuell die Sache zur Ergänzung des Tatbestandes zurückweisen. Zur Begründung wurde zunächst darauf hingewiesen, dass das Urteil des Appellationshof entgegen kantonaler Prozessvorschrift keine Zusammenfassung des Tatbestandes aufweise. Im übrigen sodann hat der Beklagte im wesentlichen seine vor kantonaler Instanz eingenommenen Standpunkte beibehalten. Der Kläger hat im wesentlichen unter Berufung auf die vorinstanzlichen Erwägungen auf Bestätigung des angefochtenen Urteils antragen lassen.

Erwägung 2

[...] Die rechtliche Natur der streitigen Transaktionen ist die eines Tausches. Trotzdem nämlich äusserlich zwei getrennte Kaufverträge abgeschlossen wurden, waren die Parteien, wie sich aus den Vorbringen des Vertreters des Beklagten und namentlich auch aus der Deposition des Klägers ergibt (v. Einvernahme vor Richteramt III Bern vom 19. April 1918), doch darüber einig, die beiden Geschäfte gehören so eng zusammen, dass keines ohne das andere hätte abgeschlossen werden wollen. Dazu kommt dass die Kaufpreise, soweit nicht durch Übernahme von Hypotheken beglichen, gegenseitig verrechnet worden sind. Unter diesen Umständen ist dem Beklagten beizupflichten, wenn er annimmt, die getrennte Behandlung beider Geschäfte sei nur eine Formsache, innerlich liege ein einheitliches Rechtsgeschäft, der Austausch der klägerischen Besitzungen in Bümpfiz und Bolligen gegen diejenige des Beklagten in Huttwil vor.

BGE 35 II 270 («Tauschvertrag»)

Regeste:

Tauschvertrag: Rechtsstellung der die Sache, welche sie tauschweise erworben hat, wegen ihrer Mängel zurückbiegenden Partei (Art. 273 OR). Bemessung ihres Schadenersatzansprüche.

Sachverhalt

Durch Urteil vom 12. Dezember 1908 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: «Der Beklagte habe dem Kläger 2400 CHF nebst Zins zu 5% seit 2. September 1907 zu bezahlen. Mit ihrem abweichenden Begehren seien die Parteien abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Begehre, es sei das obergerichtliche Urteil in dem Sinne aufzuheben, dass die Klage abgewiesen werde unter Kostenfolge für den Kläger. Der Kläger hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils, unter Kostenfolge angetragen.

Erwägung 2

"Die Parteien haben im Prozess übereinstimmend den Standpunkt eingenommen, dass der zwischen ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäft nicht als Tauschvertrag, sondern als blosser Kaufvertrag aufzufassen sei. Ihr Streit steht daher bloss um die gegenseitige Beziehung der beiden Käufe: Der Kläger behauptet, sie seien abgesehen von der bei ihrem Abschluss e in Betracht gezogene Bezeichnung der Kaufpreise von einander durchaus unabhängig, so dass durch die Wandlung des einen (um das Pferd) die Verbindlichkeit des anderen auf den sich die Klageforderung stützt, nicht berührt werde. Der Beklagte dagegen macht geltend, er habe den Kauf des Pferdes ausdrücklich an die Bedingung geknüpft, dass der Verkauf des Pferdes zustande komme und es sei deshalb mit der Nichterfüllung beider Bedingungen auch jener Kauf hinfällig geworden.

[...] Da nun dem Beklagten sein Tauschobjekt wegen eines Mangels unbestrittenemassen mit Grund zurückgegeben worden ist, so war der Kläger als dadurch geschädigter Vertragsteil gemäss Art. 273 OR berechtigt, nach seiner Wahl entweder Schadenersatz zu verlangen oder sein eigenes Tauschobjekt zurückzufordern. Folglich kann die eingeklagte Geldforderung mit deren Geltendmachung der Klage, wie übrigens schon vor dem Prozess, die Alternative der Zurücknahme des vom ihm geleisteten Pferdes abgelehnt hat, nur als Schadenersatzanspruch im Sinne jener Gesetzesbestimmung berücksichtigt werden. Dem steht die abweichende rechtliche Begründung der Forderung in der Klage selbst – als Kaufpreis des Pferdes – nicht entgegen, da sie für ihre Beurteilung relevanten tatsächlichen Momente auch in jener Begründung gegeben sind. [...]

BGer 4C. 346/2000 («Kaufvertrag und gemischte Schenkung»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

A.- Die Nachkommen des Josef Fassbind, der Elisa Grüebler und des Walter Fassbind (Kläger) waren Eigentümer der "Landammann-Fassbind-Liegenschaft". Mit Kaufvertrag vom 7. Mai 1960 verkauften sie diese für Fr. 175'000.-- der Gemeinde Arth (Beklagte). Der Kaufpreis wurde erheblich unter dem auf Fr. 270'800.-- geschätzten Verkehrswert festgesetzt.

Dafür musste die Käuferin die folgende in Ziffer 8 des Kaufvertrages stipulierte Verpflichtung eingehen:

" Der Verkauf ist zweckgebunden nach Massgabe folgender Abmachungen zwischen den Parteien:

- a) die Käuferin verpflichtet sich, die Kaufliegenschaften innert 5 Jahren für die Errichtung eines Altersheimes der Gemeinde Arth zu verwenden.
- b) alle Bezeichnungen, die an die Landammanns Fassbind erinnern, sollen erhalten bleiben, besonders die Bezeichnung Fassbind-Heim oder Haus und die Pflästerung beim Eingang der Liegenschaft (Fassbind Wappen).."

Am 12. November 1966 eröffnete die Gemeinde Arth auf der Liegenschaft das Altersheim Fassbind. Die Gemeinde investierte für die Eröffnung und Führung des Heimes einen Betrag von rund Fr. 275'000.--. Da das Altersheim Fassbind den Bedürfnissen der Zeit nicht mehr entsprach und sich zudem das Angebot an modernen Altersheimplätzen in den Achtzigerjahren stark erhöhte, blieben viele Zimmer des Heimes unbelegt.

Die Beklagte gelangte daher an die Klägerin mit dem Wunsch, eine neue Nutzung zu vereinbaren. Die Verhandlungen verliefen ergebnislos. Im Jahr 1986 räumte die Beklagte dem Verkehrsverein ein Baurecht von 25 Jahren ein, damit er eine Minigolfanlage betreiben konnte. Spätestens ab 1988 nutzte die Beklagte das Fassbind-Haus als Asylunterkunft.

B.- Am 17. Oktober 1994 reichten die Kläger beim Bezirksgericht Schwyz Klage ein. Sie verlangten von der Beklagten die Einhaltung der im Kaufvertrag verankerten Auflage, sofern sich die Parteien nicht auf eine andere Nutzungsart einigten. Weiter beantragten sie die Feststellung, dass die derzeitige Nutzung der Liegenschaft als Asylunterkunft und Minigolfanlage nicht der Auflage entspreche. Eventuell und subeventuell verlangten sie die Leistung von Schadenersatz und Genugtuung oder eine Entschädigung für die Ablösung der Auflage.

Mit Urteil vom 8. April 1998 hiess das Bezirksgericht Schwyz die Klage teilweise gut. Es hielt fest, dass die Nutzung eines Teiles der Liegenschaft als Minigolfanlage unzulässig sei. Gleichzeitig gelangte das Gericht mittels richterlicher Vertragsanpassung zum Schluss, die Beklagte sei berechtigt, die Liegenschaft als Asylunterkunft zu benutzen.

Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen, die Gerichtskosten wurden geteilt und die Parteikosten wettgeschlagen.

Gegen dieses Urteil führten beide Parteien Berufung an das Kantonsgericht Schwyz. Mit Urteil vom 12. September 2000 hiess dieses die Berufung der Beklagten teilweise gut und wies die Klage unter Bestätigung des erstinstanzlichen Kostenspruchs vollumfänglich ab.

C.- Gegen dieses Urteil führen die Kläger sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch Berufung ans Bundesgericht.

Auf die Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom heutigen Tag nicht ein. Mit der Berufung verlangen die Kläger die Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie die Gutheissung der Klage. Die Beklagte und das Kantonsgericht Schwyz beantragen die Abweisung der Berufung.

Erwägung 1

1.- Die Kläger rügen, die Vorinstanz habe zu Unrecht den von den Parteien geschlossenen Vertrag als Kaufvertrag qualifiziert, statt von einer gemischten Schenkung mit Auflage auszugehen.

Eine gemischte Schenkung liegt vor, wenn der Zuwendung des Schenkens eine Gegenleistung des Beschenkten gegenübersteht, die der Zuwendung nicht entspricht und auch nicht entsprechen soll. Mit einer (gemischten) Schenkung kann auch eine Auflage verbunden werden. Die Auflage dient dazu, dem Beschenkten ein bestimmtes Verhalten aufzuerlegen, welches in einem Zusammenhang mit der Schenkung steht. Sie darf jedoch nicht dazu führen, dass der Charakter der Unentgeltlichkeit verloren geht. Das mit der Auflage verbundene Verhalten des Beschenkten darf gerade nicht als Gegenleistung für das Empfangene erscheinen.

Ebensowenig darf es der unmittelbare Grund der Zuwendung sein.

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Parteien den Kaufpreis für die Fassbind-Liegenschaft bewusst unter dem wahren Wert der Kaufsache vereinbart haben. Diese Preisreduktion sei jedoch nicht schenkungshalber erfolgt, sondern stelle ein Entgegenkommen dafür dar, dass die Beklagte die Verpflichtung zur Errichtung und Betreibung eines Altersheimes übernommen habe. Die für das Vorliegen einer gemischten Schenkung notwendige Unentgeltlichkeit der Zuwendung bestehe daher nicht. Inwiefern diese Qualifikation gegen Bundesrecht verstossen soll, ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat mit guten Gründen dargelegt, weshalb keine gemischte Schenkung vorliegen kann. Sie hat aufgezeigt, dass die Preisreduktion zugunsten der

Beklagten gerade zugestanden wurde, weil sich diese verpflichtete, ein Altersheim zu betreiben.

In einem Kaufvertrag stehen sich Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis gegenüber. Die Hauptpflicht des Verkäufers ist, dem Käufer Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen. Für den Käufer besteht die Hauptpflicht in der Bezahlung des Kaufpreises (Art. 184 Abs. 1 OR). Zusätzlich können die Parteien Nebenpflichten vereinbaren, wie beispielsweise die Tragung der Transportkosten oder eine bestimmte Verwendung der Kaufsache etc. Von dieser Möglichkeit haben die Parteien Gebrauch gemacht, indem der Beklagten vorgeschrieben wurde, zu welchem Zweck sie die Kaufsache verwenden durfte. Unerheblich ist dabei, dass die der Beklagten durch die Nebenpflicht auferlegte Leistung im Interesse Dritter lag, ist doch eine Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung zugunsten Dritter ohne weiteres zulässig (vgl. Art. 112 OR).

BGE 117 II 425 («Kaufvertrag oder Werkvertrag 1»)

Regeste:

Werkvertrag; Verjährung der Mängelrechte des Bestellers; Art. 210 Abs. 1, 365 Abs. 1 und 371 Abs. 2 OR.

Gehen Sachmängel eines unbeweglichen Bauwerks auf den vom Unternehmer gelieferten Stoff zurück, so gilt nicht die einjährige Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR, sondern die fünfjährige von Art. 371 Abs. 2 OR.

Sachverhalt

Die Pensionskasse einer Bank liess in den Jahren 1983/84 in Baden-Dättwil verschiedene Mehrfamilienhäuser erstellen. Als Generalunternehmerin setzte sie die S. AG ein. Diese vergab die Maurer- und Eisenbetonarbeiten an die R. AG, die ihrerseits Ende 1983 mit Niklaus M. einen Werkvertrag betreffend das Verputzen der Hausfassaden schloss. Die Verputzarbeiten waren Mitte 1984 beendet.

In der Folge bildeten sich verschiedenartige Risse am Verputz der Hausfassaden, wie anlässlich gemeinsamer Augenscheine von Vertretern der R. AG und von M. am 30. April 1986 und 3. September 1986 festgestellt wurde. An diesen Augenscheinen nahmen auch Angestellte der D. AG teil, welche die Mauersteine geliefert hatte.

Da sich die Vertragsparteien bezüglich der Sanierung des Verputzes nicht einigen konnten, klagte die R. AG beim Bezirksgericht Kulm gegen M. mit dem Antrag, diesen zur Nachbesserung des Fassadenverputzes der Mehrfamilienhäuser, eventuell zur Zahlung von Fr. 103'600.- - nebst Zins zu verpflichten.

Das Bezirksgericht wies die Klage am 19. Dezember 1989 ab. Die Klägerin appellierte an das Obergericht des Kantons Aargau, welches den Entscheid des Bezirksgerichts mit Urteil vom 13. Dezember 1990 aufhob und die Streitsache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückwies.

Der Beklagte hat das Urteil des Obergerichts mit Berufung angefochten, die vom Bundesgericht abgewiesen wird.

Erwägung 3

Der Beklagte hält die Ansprüche der Klägerin zudem für verjährt, da sie aus einem Mangel des von ihm gelieferten Stoffes abgeleitet würden und damit gemäss Art. 365 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 210 Abs. 1 OR mit Ablauf eines Jahres nach der Ablieferung verjährt. Das Obergericht ist demgegenüber davon ausgegangen, nicht die einjährige Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR, sondern die fünfjährige von Art. 371 Abs. 2 OR komme zur Anwendung, und hat deshalb die Verjährungseinrede des Beklagten abgewiesen.

Die hier streitige Frage wird auch in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. Ein Teil der Lehre versteht Art. 365 Abs. 1 OR als allgemeine Verweisung auf die gesetzlichen Regeln des Kaufvertrages. In der neueren Literatur wird dagegen überwiegend die Auffassung vertreten, Art. 365 Abs. 1 OR verweise nur bezüglich der Rechtsgewährleistung für den gelieferten Stoff auf die Regeln des Kaufvertragsrechts, während für die Sachgewährleistung das Werkvertragsrecht und insbesondere auch dessen Verjährungsfristen gälten.

Dieser zweiten Auffassung ist zuzustimmen. Sie lässt sich einerseits auf die Entstehungsgeschichte von Art. 365 Abs. 1 OR stützen und ist andererseits allein mit Sinn und Zweck dieser Vorschrift sowie der Systematik des Gesetzes zu vereinbaren. So setzt Art. 371 Abs. 2 OR die Verjährungsfrist für Ansprüche aus Mängeln eines unbeweglichen Bauwerks darum auf fünf Jahre fest, weil oft erst nach längerer Zeit erkennbar wird, ob das Werk stabil gebaut ist oder den Anforderungen der atmosphärischen Verhältnisse standhält. Dieser Zweckgedanke gilt jedoch sowohl hinsichtlich der Eignung des verwendeten Stoffes wie auch der Art seines Einbaus. Die Absicht des Gesetzgebers war daher offensichtlich in den Regelungsbereichen von Art. 219 Abs. 3 OR und Art. 371 Abs. 2 OR die gleiche. Zu berücksichtigen ist zudem, dass auch im Fall des Kaufs einer zukünftigen unbeweglichen Sache die Gewährleistungsansprüche wegen Gebäudemängeln mit Ablauf von fünf Jahren verjähren, und zwar unabhängig von den Ursachen der Mängel. Umso weniger ist es gerechtfertigt, bei einem Werkvertrag, der ein unbewegliches Bauwerk betrifft, von der kürzeren Frist des Mobiliarkaufs auszugehen. Schliesslich wäre ein Auseinanderfallen der Verjährungsfristen hinsichtlich Stoff- und anderen Mängeln auch vom prozessualen Gesichtspunkt aus problematisch, weil es oft schwierig ist, die Zuordnung beweismässig abzuklären. Aus all diesen Gründen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR auch für Ansprüche aus Stoffmängeln eines unbeweglichen Bauwerkes gilt, für das der Unternehmer den Stoff geliefert hat. Der Beklagte bestreitet im übrigen zu Recht nicht, dass der Werkvertrag mit der Klägerin ein unbewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR zum Gegenstand hat. Er erkennt überdies, dass die eingeklagten Ansprüche nicht verjährt sind, falls die fünfjährige Frist zur Anwendung gelangt.

BGE 109 II 432 («Rechtsnatur Architektenvertrag»)

Regeste:

Architektenvertrag: Rechtsnatur, Widerruf, Konventionalstrafe.

Art. 394 Abs. 2 OR verbietet nicht, den Architektenvertrag als einen aus Elementen von Auftrag und Werkvertrag gemischten Vertrag zu qualifizieren (E. 3a-d; Änderung der Rechtsprechung). Befugnis der Parteien, den Gesamt-Architektenvertrag jederzeit gemäss Art. 404 Abs. 1 OR zu widerrufen, im vorliegenden Fall bejaht (E. 3d und e).

Zulässigkeit einer Konventionalstrafe für unzeitigen Widerruf; Anwendung dieser Regel auf den Honorarzuschlag gemäss Art. 8.1 SIA-Norm 102 (1969) (E. 4).

Sachverhalt

Mit schriftlichem Vertrag vom 26. Dezember 1972 übertrug Martha Düssel der Kollektivgesellschaft Dietschi, Boetschi & Moccetti die Architekturarbeiten für eine Grossüberbauung in Zürich. Die Parteien erklärten die SIA-Norm 102 (1969) für die Honorarberechnung als verbindlich. Am 13. Februar 1976 wies Martha Düssel die Architekten an, ihre Arbeiten sofort einzustellen.

Daraufhin klagte die Architekturfirma gegen die Bauherrin auf Zahlung von Fr. 476'907.10 nebst 5% Zins seit 19. Februar 1976. Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage unter Berücksichtigung früherer Teilzahlungen und einer Teilvereinbarung im Prozess im Betrag von Fr. 281'683.-- für Resthonorare und von Fr. 125'526.-- als Honorarzuschlag von 15%, also insgesamt von Fr. 407'209.-- nebst 5% Zins seit 19. März 1976, gut. Auf Appellation der Beklagten hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 20. Januar 1983 dieses Urteil vollumfänglich, und das Kassationsgericht wies am 28. Juli 1983 eine Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten ab, soweit darauf einzutreten war.

Die Beklagte hat Berufung eingereicht und beantragt, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen oder die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Klägerin ersucht, die Berufung abzuweisen.

Erwägung 3d

Soweit ein Architektenvertrag sich beispielsweise auf das Erstellen von Plänen oder die Bauaufsicht beschränkt, ist er wohl problemlos entweder dem Werkvertragsrecht oder dem Auftragsrecht zuzuordnen. Schwieriger wird es, wenn der Architekt mit der Projektierung und Ausführung der Baute insgesamt beauftragt ist. Dem verständlichen Bestreben nach einheitlicher Subsumtion des Vertragsverhältnisses kam die Rechtsprechung seit BGE 98 II 310 E. 3 mit der vorbehaltlosen Anwendung von Auftragsrecht entgegen, wobei sie unbefriedigende Kon-

sequenzen einfach in Kauf nahm oder mit Konstruktionen abwendete, wie sie noch zu erwähnen sind. Anpassungsfähigere Lösungen, die analog etwa der früheren Praxis neben Auftragsrecht Elemente des Werkvertragsrechts zugelassen hätten, verwarf sie mit der Begründung, Art. 394 Abs. 2 OR schliesse im Bereich der Arbeitsleistungen Verträge sui generis aus. In der neueren Lehre ist das auf Kritik gestossen.

Für die strenge Auslegung von Art. 394 Abs. 2 OR sprechen nach GAUTSCHI neben dem Wortlaut auch die Gesetzesmaterialien. Indes belegt BUCHER, dass diese Materialien den Schluss, der Gesetzgeber habe mit der Vorschrift die in Art. 19 OR verankerte Vertragsfreiheit einschränken wollen, nicht rechtfertigen. In der Tat behält Art. 394 Abs. 2 OR auch als dispositives Recht durchaus seine Bedeutung. Nach Ansicht der Mehrheit der Kritiker kann das die Zulassung von Verträgen sui generis rechtfertigen; jedenfalls lassen sich gemischte Verträge, bei denen Elemente eines anderen gesetzlichen Vertragstyps neben solchen des Auftragsrechts gegeben sind, ohne weiteres mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren.

Art. 394 Abs. 2 OR zwingt demnach nicht dazu, ein komplexes Vertragsverhältnis wie den Architektenvertrag entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen. Die Anerkennung gemischter Verträge erlaubt den Vertragspartnern wie dem Richter, den Umständen angepasste Lösungen zu finden, die der Rechtswirklichkeit besser entsprechen als eine einheitliche Qualifikation. Alle Probleme sind damit freilich nicht gelöst. Wo wie bei der Mängelhaftung nur einzelne Leistungen des Architekten zu beurteilen sind, ist eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben kann. Dagegen ist dieser Weg nicht gangbar, wenn die vorzeitige Auflösung eines Gesamtvertrages umstritten ist, der Auftrags- und Werkvertragselemente umfasst. Dabei kommt bei einem Projektierung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrag dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten so viel Bedeutung zu, dass die Auflösungsregel des Art. 404 OR den Vorzug verdient.

BGer 4A_235/2008 («Silo-Montage»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

A. _____ (Beschwerdeführer) betreibt einen Schweinezuchtbetrieb. Er bestellte im Juli 1999 bei der X. _____ AG (Beschwerdegegnerin) ein Z. _____ -Silo Typ 000 samt Entnahmeverrichtung zur Einlagerung von Feuchtgetreide. Die Beschwerdegegnerin bestätigte mit Auftragsbestätigung vom 24. Juli 1999, das Silo zu liefern und zu montieren. Betreffend Garantie wurde Folgendes festgehalten:

"Garantie

Folgende Garantien können wir Ihnen gewähren:

Es gelten die normalen Garantiebedingungen nach SIA 118 und die Lieferbedingungen für Inlandsgeschäfte.

5 Jahre Garantie für die Dichtigkeit und die Standfestigkeit des Silos.

2 Jahre Garantie für die Entnahmeverrichtung."

Das Silo wurde von der Beschwerdegegnerin im Herbst 1999 geliefert und montiert. Im Frühjahr 2000 meldete der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin einen Schadenfall. Aufgrund eines gebrochenen Holms der Schliessmechanik bei der Entnahmeverrichtung schloss die Klappe für den Futterauswurf nicht mehr korrekt. Dies führte zum Eintritt von Sauerstoff ins Silo und zu einer Fehlgärung des Futters. Die Beschwerdegegnerin ersetzte im Frühjahr 2000 den gebrochenen Holm und ihre Betriebshaftpflichtversicherung übernahm die weitere Schadensregulierung. Am 17. Juli 2001 stellte der Beschwerdeführer fest, dass der Holm der Schliessmechanik erneut gebrochen war. Dies führte wiederum zu einer Fehlgärung im Silo und schliesslich zur Vergiftung der vom Beschwerdeführer gehaltenen Schweine.

B.

Der Beschwerdeführer gelangte am 18. November 2002 an das Friedensrichteramt Hünenberg und belangte die Beschwerdegegnerin mit Klage vom 14. Februar 2003 beim Kantonsgericht Zug auf Bezahlung von Fr. 89'000.-- zuzüglich Zins. Das Kantonsgericht wies die Klage am 20. Dezember 2006 mit der Begründung ab, dass die Forderung verjährt sei, weil die Parteien für die Entnahmeverrichtung eine zweijährige Rüge- und Verjährungsfrist vereinbart hätten. Die Klage wäre selbst dann verjährt, wenn die Parteien keine Verjährungsfristen vereinbart hätten, da vorliegend die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts und somit die einjährige Verjährungsfrist von Art. 210 OR zur Anwendung kämen.

Gegen das Urteil des Kantonsgerichts erhob der Beschwerdeführer kantonale Berufung an das Obergericht des Kantons Zug. Er stellte die Rechtsbegehren, das angefochtene Urteil

aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Eventuell sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm Fr. 89'000.-- nebst Zins zu bezahlen. Das Obergericht wies die Berufung am 15. April 2008 ab und bestätigte das Urteil des Kantonsgerichts. Es gelangte ebenfalls (aber mit anderer Begründung als das Kantonsgericht) zum Schluss, die Forderung sei verjährt.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer, das Urteil des Obergerichts vom 15. April 2008 sowie das Urteil des Kantonsgerichts vom 20. Dezember 2006 aufzuheben. Die Sache sei zu neuer Entscheidung an das Kantonsgericht, eventuell an das Obergericht, zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin begeht, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Obergericht schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägung 5

Beim Werkvertrag verjähren die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel eines unbeweglichen Bauwerkes mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme (Art. 371 Abs. 2 OR), während bei den anderen Werken die Verjährungsfrist bloss ein Jahr beträgt (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR). Der Werklieferungsvertrag untersteht, was die Haftung des Unternehmers für die durch mangelhaften Stoff bewirkten Werkmängel betrifft, ebenfalls der werkvertraglichen Verjährungsregelung nach Art. 371 OR.

Nach den kaufrechtlichen Bestimmungen verjährt beim Grundstückkauf die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes mit Ablauf von fünf Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet (Art. 219 Abs. 3 OR). Diese Verjährungsbestimmung bezieht sich auf bebaute und unüberbaute Grundstücke. Bei anderen Sachen verjähren Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer (Art. 210 Abs. 1 OR).

5.2 Die Vorinstanz und die Parteien sind implizit von der Annahme ausgegangen, dass das streitige Silo - im Fall der Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag - ein unbewegliches Bauwerk darstellen würde, hingegen - im Fall des Vorliegens eines Kaufvertrags - nicht als Grundstück zu betrachten wäre. Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass das streitige Silo kein Grundstück im Sinne von Art. 655 ZGB darstellt, auf welches bei Vorliegen eines Kaufvertrags die speziellen Bestimmungen des Grundstückkaufs nach Art. 216 ff. OR und somit die fünfjährige Verjährungsfrist nach Art. 219 Abs. 3 OR zur Anwendung kämen. Demgegenüber ist fraglich, ob das Silo als unbewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR zu qualifizieren ist. Dies beurteilt das Bundesgericht als Rechtsfrage, ohne dabei an die Rechtsauffassung der Vorinstanz oder der Parteien gebunden zu sein (vgl. Art. 106 Abs. 1 BGG).

Es bleibt demnach beim vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt. Gestützt auf diesen ergibt sich aber, dass für den Fall der Qualifikation des vorliegenden Vertragsverhältnisses als Werkvertrag das Silo nicht als unbewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR zu betrachten wäre. Denn da sich das Silo einfach sowie ohne erheblichen Wertverlust wieder abmontieren und an einem neuen Ort aufbauen lässt, ist dieses trotz seiner Montage auf dem vorgelegten Fundament nicht im Sinne eines unbeweglichen Bauwerks dauerhaft fest mit dem Erdboden verbunden. Auch verbietet die Ausgestaltung des Silos als vorfabriziertes Serienprodukt, dieses seiner Natur nach als "Bauwerk" anzusprechen. Schliesslich greift der Zweckgedanke der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR vorliegend nicht. Das Silo bildet nämlich nicht eine Sache, für die typischerweise erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen standhält oder ob sie diesbezüglich mangelhaft ist.

Ob somit die Parteien einen Kaufvertrag, einen Werkvertrag oder einen gemischten Vertrag abgeschlossen haben, kann offen gelassen werden, da dies auf die Dauer der anwendbaren Verjährungsfrist keinen Einfluss hat. Die einjährige Verjährungsfrist kommt sowohl bei einer Qualifikation als Werkvertrag (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR) als auch bei einer Qualifikation als Kaufvertrag (Art. 210 Abs. 1 OR) zur Anwendung. Demzufolge hat die Vorinstanz im Ergebnis nicht Bundesrecht verletzt, indem sie von einer einjährigen gesetzlichen Verjährungsfrist ausgegangen ist.

BGE 118 II 142 («Kauf einer im Bau befindlichen Wohnung»)

Regeste:

Gemischter Kauf-/Werkvertrag über ein Grundstück mit noch im Bau befindlichem Wohnhaus; Haftung für Sachmängel (Art. 18, 370 Abs. 3 und 371 Abs. 2 OR).

1. Auslegung einer Vertragsklausel, mit der vereinbart wird, alle bestehenden Verpflichtungen der Handwerker aus dem Hausneubau gingen vom Verkäufer auf den Käufer über (E. 1).
2. Beweislastverteilung hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge; Bestätigung und Präzisierung von BGE 107 II 176 (E. 3a). Bemessung der Rügefrist (E. 3b).
3. Bedeutung einer vertraglichen Vereinbarung, wonach Nutzen und Schaden auf einen bestimmten, mit der versprochenen Fertigstellung des Hauses übereinstimmenden Zeitpunkt auf den Käufer übergehen, in bezug auf den Beginn der Verjährungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 2 OR (E. 4).

Sachverhalt

Mit Vertrag vom 30. Juni 1982 kaufte Peter S. von Willy L. ein Grundstück samt einem darauf noch im Bau befindlichen Wohnhaus zum Preis von Fr. 430'000--. L. verpflichtete sich, das Haus auf den 1. Oktober 1982 schlüsselfertig und bezugsbereit fertigzustellen. Der Grundbucheintrag erfolgte sofort nach dem Vertragsabschluss, während Nutzen und Schaden gemäss Vereinbarung der Parteien erst am 1. Oktober 1982 auf den Käufer übergehen sollten. In Ziffer 10 des Vertrages vereinbarten die Parteien ausserdem, alle bestehenden Garantie-Verpflichtungen der Handwerker aus dem Hausneubau gingen vom Verkäufer auf den Käufer über.

Entgegen der vertraglichen Vereinbarung war das Haus am 1. Oktober 1982 nicht fertig erstellt. Da sich L. nicht darum kümmerte, verzichtete S. hinsichtlich der noch ausstehenden Arbeiten auf die nachträgliche Leistung, vergab diese Arbeiten an Dritte und machte deren Kosten gegenüber dem Verkäufer gerichtlich geltend. Im Winter 1985/86 traten zudem an den Holzfassaden des Hauses Schäden auf (Verziehen der Bretter, Abblättern des Anstrichs). Mit Schreiben vom 24. Februar 1986 rügte S. diese Mängel. Da L. untätig blieb, veranlasste S. beim Bezirksgericht Aarau eine vorsorgliche Beweisaufnahme und liess darauf die Fassaden durch einen Dritten instand stellen.

Im Dezember 1987 reichte S. beim Bezirksgericht Aarau Klage ein mit dem Antrag, L. zur Zahlung von Fr. 20'563.90 nebst 5% Zins seit 2. November 1987 zu verpflichten. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise den Betrag von Fr. 2'432.50 für die ihm im Zusammenhang mit der vorsorglichen Beweisaufnahme entstandenen Kosten. Mit Urteil vom 26. April 1989 schützte das Bezirksgericht die Klage im Umfang von Fr. 20'018.90 nebst 5% Zins seit 2. November 1987 und wies die Widerklage ab.

Eine Appellation des Beklagten wies das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 27. Dezember 1990 zwar ab; es korrigierte jedoch einen Rechnungsfehler des Bezirksgerichts und hiess deshalb die Klage nur noch im Betrag von Fr. 19'981.40 nebst 5% Zins seit 2. November 1987 gut.

Der Beklagte hat gegen das Urteil des Obergerichts Berufung eingelegt, die vom Bundesgericht teilweise gutgeheissen wird.

Erwägung 1

Der Beklagte beanstandet mit der Berufung, das Obergericht habe die vom Kläger ihm gegenüber geltend gemachten Gewährleistungsansprüche trotz fehlender Passivlegitimation gutgeheissen. Er beruft sich zur Stützung seiner Auffassung auf Ziffer 10 des Kaufvertrages, wonach die Garantie-Verpflichtungen der Handwerker dem Kläger abgetreten worden sind.

a) Wird ein Grundstück verkauft, auf dem ein Gebäude erstellt werden soll oder sich bereits im Bau befindet, so können die Parteien entweder zwei getrennte Verträge (Grundstückkauf und Werkvertrag) abschliessen oder einen einzigen gemischten Vertrag, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet. Im vorliegenden Fall ist ein gemischter Vertrag anzunehmen, da die Entschädigung für den Boden und für die Erstellung des Bauwerks nicht aufgeteilt, sondern in einem Gesamtpreis zusammengefasst worden ist. Auf die Pflicht zur Herstellung bzw. Vollendung der Neubaute sind die werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung anzuwenden, und zwar auch hinsichtlich der Gebäudeteile, die bei Vertragsabschluss bereits erstellt waren

Nach Gesetz haftet der Unternehmer für alle Mängel des abgelieferten Werks (Art. 368 OR). Diese Haftung kann im Rahmen der gesetzlichen Schranken vertraglich wegbedungen werden. Ob und in welchem Umfang die Mängelhaftung des Unternehmers im konkreten Fall wegbedungen worden ist, muss durch die Auslegung der entsprechenden Vertragsklausel ermittelt werden. Solche Freizeichnungsklauseln sind im Zweifel eng und somit zu Ungunsten des Unternehmers auszulegen.

b) Die Abtretung von Forderungen oder Ansprüchen ist ein Verfügungsgeschäft, kraft dessen der Zessionär anstelle des Zedenten Gläubiger wird. Welche Bedeutung der Zession im Verhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionär zukommt, ergibt sich aus dem Grundgeschäft, das den sachlichen Anlass zur Abtretung bildet. Die Übertragung der abgetretenen Forderung kann die Erfüllung eines Kaufvertrages oder eine Schenkung darstellen, an Zahlungs Statt, zahlungshalber, sicherungshalber oder treuhänderisch zum Inkasso erfolgen. Bei der Abtretung zum Zweck der Erfüllung einer eigenen Verpflichtung des Zedenten ist gemäss Art. 172 OR anzunehmen, dass die Abtretung nicht an Zahlungs Statt, sondern nur zahlungshalber erfolgt. Dies entspricht der allgemeinen Regel, wonach bei sogenannten liberatorischen

Rechtsgeschäften jene Partei die Beweislast trägt, die den weitergehenden Inhalt, das heisst die Leistung an Erfüllungs Statt behauptet.

Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber den Handwerkern sagt somit für sich allein nichts aus über den Umfang der eigenen Gewährleistungspflicht des Beklagten gegenüber dem Kläger. Das Obergericht ist zum Schluss gekommen, dass die Parteien nicht eine allgemeine Freizeichnung vereinbaren wollten, sondern nur eine Abtretung des Nachbesserungsanspruchs sowie des Anspruchs auf Ersatz eines allfälligen Mängelfolgeschadens. Gewährleistungspflichtig blieb bei dieser Auslegung der Beklagte. Mit der Abtretung erlangte der Kläger jedoch die Möglichkeit, den dem Beklagten zustehenden Nachbesserungsanspruch gegenüber den Handwerkern selbst geltend zu machen. Alle auf diesem Weg von den Handwerkern erbrachten Leistungen werden dann auf die Gewährleistungspflicht des Beklagten angerechnet.

Der Beklagte bringt mit der Berufung nichts vor, was diese Vertragsauslegung als bundesrechtswidrig erscheinen liesse. Gegen eine allgemeine Freizeichnung spricht schon der Wortlaut von Ziffer 10 des Vertrages, da nirgends von einer Einschränkung der Gewährleistungspflicht des Beklagten die Rede ist. Es wird vielmehr der Eindruck erweckt, damit werde die Stellung des Klägers verbessert bzw. erleichtert, was nur im Fall des Fortbestandes der gesetzlichen Gewährleistungspflicht verbunden mit einer Abtretung erfüllungshalber zutrifft. Hätte der Beklagte von jeder eigenen Gewährleistungspflicht befreit werden sollen, so hätten ihm wenigstens minimale Pflichten auferlegt werden müssen, damit seine Garantieansprüche gegenüber den Handwerkern aufrechterhalten bleiben und diese vom Kläger auch tatsächlich geltend gemacht werden konnten. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip verbietet es deshalb, die erwähnte Klausel als Wegbedingung einer eigenen Gewährleistungspflicht des Beklagten zu verstehen.

c) Wird eine Forderung erfüllungshalber abgetreten, so ergibt sich in Analogie zu Art. 467 Abs. 2 OR für den Zessionar daraus die Verpflichtung, vorerst die abgetretene Forderung geltend zu machen; die vom Zedenten geschuldete eigene Leistung gilt so lange als gestundet. Die Geltendmachung der abgetretenen Gewährleistungsansprüche durch den Kläger setzt jedoch voraus, dass ihm der Beklagte die Namen der beteiligten Handwerker nennt und diese Ansprüche nicht wegen Umständen, die der Beklagte zu verantworten hat, bereits untergegangen sind. Das Obergericht hat dazu festgestellt, der Beklagte habe es unterlassen, den Kläger zu dokumentieren und damit in die Lage zu versetzen, den verantwortlichen Unternehmer zur Nachbesserung der mangelhaften Arbeit anzuhalten. Insbesondere habe er ihm nie eine Handwerkerliste übergeben und den Namen des Zimmereibetriebs, welcher die Holzfassaden erstellt hatte, erst in der Klageantwort preisgegeben. Unterlassen habe der Beklagte auch eine Mängelrüge gegenüber diesem Handwerker nach Eingang der Beanstandung seitens des Klä-

gers. Damit hat er die Verwirkung des abgetretenen Nachbesserungsanspruchs selbst zu verantworten, weshalb er sich nicht auf die mit der Abtretung erfüllungshalber verbundene Stundungswirkung berufen kann. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht angenommen, der Beklagte hafte gegenüber dem Kläger gemäss Art. 368 ff. OR für Mängel des Hauses.

BGE 93 II 242 («Verjährung von Gewährleistungsansprüchen»)

Regeste:

Art. 371 OR.

Ist die Instandstellung der Fassaden eines Hauses (Malerarbeiten) als "Werk" oder "unbewegliches Bauwerk" zu betrachten? Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Bestellers gegen den Unternehmer.

Sachverhalt

A.- Eugen Stauber übertrug Malermeister Max Schwinger gestützt auf dessen Angebot vom 5. Februar 1962 die Instandstellung des Äussern seines Hauses Hadlaubstrasse 36 in Zürich. Schwinger führte die Arbeiten, die im Reinigen und Anstreichen der Mauern, Balkone, Fensterrahmen, Rolladen usw. bestanden, aus und stellte dem Besteller dafür am 20. September 1962 mit Fr. 9228.85 Rechnung. Stauber rügte erstmals am 23. April und 22. September 1965 gewisse Mängel. Im ersten Schreiben beanstandete er nur bestimmte Einzelheiten, im zweiten machte er dagegen geltend, die Fassade sei teilweise abgeblieben und daher zweifarbig geworden. Schwinger wies die Rügen als unbegründet zurück und lehnte es ab, die Mängel zu beheben.

B.- Stauber klagte beim Bezirksgericht Zürich gegen Schwinger. Er beantragte, diesen zu verpflichten, das ganze Haus (Fassade sowie Balkonuntersichten und -brüstungen) neu anzustreichen, eventuell dem Kläger Fr. 12 000.-- nebst Zins zu 5% seit 18. Oktober 1962 zu bezahlen.

Das Bezirksgericht schützte am 28. September 1966 die Verjährungseinrede des Beklagten auf Grund von Art. 371 Abs. 1 OR und wies die Klage ab.

Auf Appellation des Klägers hin verworf das Obergericht am 3. Februar 1967 die Verjährungseinrede, hob das angefochtene Urteil auf und wies den Prozess zur Durchführung des Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die erste Instanz zurück.

Das Obergericht ist der Auffassung, die Gewährleistungsansprüche des Klägers seien nach Art. 371 Abs. 2 OR zu beurteilen. Diese Bestimmung sei "auf alle Werkleistungen anwendbar, für welche die Voraussetzungen erfüllt sind, dass sie einerseits zu einem unbeweglichen Bauwerk gehören und andererseits von jenem Umfang und jener Bedeutung sind, welche die Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist nach deren Zweck als notwendig erscheinen lässt". Die Arbeiten des Beklagten hätten "einerseits nach dem Rechnungsbetrag, vor allem aber nach ihrem gesamten Ausmass und der Vielfalt der einzelnen Leistungen einen solchen Umfang, dass sie nicht leicht überblickbar und nicht leicht kontrollierbar sind".

C.- Der Beklagte hat die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägung 2

2. Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers, also grundsätzlich mit Ablauf eines Jahres seit Ablieferung (Art. 371 Abs. 1, 210 OR). Eine Ausnahme gilt gemäss Art. 371 Abs. 2 OR für die Ansprüche des Bestellers eines "unbeweglichen Bauwerkes"; sie verjähren erst mit Ablauf von fünf Jahren seit dessen Abnahme.

a) Während Art. 362 aoR die längere Verjährungsfrist einfach dem Besteller eines "Bauwerkes" zugute kommen liess, spricht Art. 371 Abs. 2 OR verdeutlichend von einem unbeweglichen Bauwerk (*construction immobilière, costruzione immobiliare*). Das heisst nicht, jedes unbewegliche Arbeitsergebnis, das Gegenstand eines Werkvertrages ist, falle unter diese Bestimmung. Der Begriff des unbeweglichen Bauwerkes ist enger als der des unbeweglichen Werkes schlechthin.

Art. 371 Abs. 2 OR unterscheidet sich in dieser Hinsicht vom österreichischen Recht, das in § 933 ABGB die längere Gewährleistungsfrist (drei Jahre) vorsieht, wenn das Werk "unbewegliche Sachen betrifft", was dahin ausgelegt wird, dass jede Arbeit an einem Grundstück dieser Frist unterstehe. Dagegen stimmt Art. 371 Abs. 2 OR mit dem deutschen Recht überein, denn auch dieses kennt die fünfjährige Verjährungsfrist nur für Ansprüche aus Arbeiten "bei Bauwerken" und lässt die Gewährspflicht aus "Arbeiten an einem Grundstück" in den übrigen Fällen nach einem Jahr verjähren (§ 638 BGB). Die schweizerische Lösung wurde wie die deutsche vom Dresdener Entwurf und mittelbar vom französischen Code civil beeinflusst. Letzterer trifft die verjährungsrechtliche Sonderregelung - sie besteht nicht in der Verlängerung, sondern in der Verkürzung der ordentlichen Verjährungsfrist von dreissig Jahren auf zehn Jahre - nicht schlechthin für Ansprüche aus Arbeiten an Grundstücken, sondern nur für Ansprüche aus der Herstellung von "gros ouvrages" (Art. 2270 Cc), zu denen er unter anderem die "édifices" rechnet (Art. 1792 Cc). Ungefähr auf gleichem Boden wie das französische, das deutsche und das schweizerische Recht steht Art. 1669 Cci, der die zehnjährige Verjährungsfrist für Ansprüche des Bestellers aus Werkverträgen nur anwendbar erklärt, "quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata".

Die Auffassung, der Unternehmer sei für alle Werkleistungen, für die er Anspruch auf Eintragung des in Art. 837 Ziff. 3 vorgesehenen Grundpfandrechtes hat, während fünf Jahren gewährspflichtig, hält nicht stand. Art. 371 Abs. 2 OR trifft nur zu, wenn der Gegenstand des Werkvertrages ein (unbewegliches) Bauwerk ist, während der Unternehmer das Pfandrecht beanspruchen kann, wenn er "zu Bauten oder andern Werken auf einem Grundstücke Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert" hat. Art. 837 Ziff. 3 ZGB dient der Sicherung der Forderung des Unternehmers, Art. 371 Abs. 2 OR will dagegen vermeiden, dass Ansprüche des

Bestellers früher verjähren, als es die besondere Natur des Werkes und der Mängel, die es aufweisen kann, rechtfertigte. Zwischen den beiden Fällen besteht kein sachlicher Zusammenhang. Jeder Unternehmer hat Anspruch auf die Sicherung seiner Forderung, weil es ihm nicht möglich ist, das auf fremdem Boden errichtete Werk dem Besteller erst Zug um Zug gegen die Zahlung zu übertragen oder sich daran das Eigentum vorzubehalten. Dagegen rechtfertigt es sich nicht, jeden Unternehmer, der Arbeiten an einem Grundstück ausführt, während der fünfjährigen Frist für Mängel einstehen zu lassen. Der Grund, aus dem Art. 371 Abs. 1 OR die Gewährspflicht des Unternehmers auf ein Jahr beschränkt, trifft bei unbeweglichen Werken grundsätzlich in gleicher Weise zu wie bei beweglichen. Die kurze Verjährungsfrist soll verhüten, dass der Besteller seine Ansprüche erst in einem Zeitpunkt geltend mache, in dem der Unternehmer nicht mehr auf seine Gewährsleute, besonders auf die Materiallieferanten, zurückgreifen kann. Diese Überlegung hat nur bei (unbeweglichen) Bauwerken vor einer andern dahingehenden Erwägung zurückzutreten, dass oft erst nach längerer Zeit erkennbar wird, ob das Werk den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen standhält. Das ist auch der Grund, weshalb Art. 219 Abs. 3 OR die Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes erst mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet, verjähren lässt.

b) Der Grundgedanke des Art. 371 Abs. 2 OR verbietet auch, in jeder Arbeit an einem unbeweglichen Bauwerk ohne weiteres ein "unbewegliches Bauwerk" zu sehen, also die Ansprüche aus Mängeln von Arbeiten, die z.B. dem gewöhnlichen Unterhalt eines Gebäudes dienen, immer erst nach fünf Jahren verjähren zu lassen. Eine Leistung ist nur dann (unbewegliches) Bauwerk, wenn der Gegenstand des Werkvertrages, durch den sie versprochen wird, nach seiner Natur selber als Bauwerk angesprochen werden kann. Wer z.B. einen Neubau oder eine bedeutende Stützmauer einer Strasse erstellt, erhebliche Teile der Fundamente, der Mauern oder des Daches eines bestehenden Gebäudes erneuert oder ein Haus erweitert oder umbaut, hat allenfalls während fünf Jahren dafür einzustehen, dass das Ergebnis seiner Arbeit mängelfrei sei. Es hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob eine werkvertragliche Leistung, die dem Umbau oder dem Unterhalte eines unbeweglichen Bauwerkes dient, selber als solches gelten kann. Der Wert der Leistung und die Höhe des Werklohnes sind dabei für sich allein nicht entscheidend. Nicht der Umfang des Schadens, den die Mängel dem Besteller verursachen können, sondern nur die Natur des Werkes kann die fünfjährige Verjährung rechtfertigen. Das ergibt sich daraus, dass bewegliche Werke, z.B. Maschinen, oft einen weit grösseren Aufwand an Arbeit und Material erfordern als unbewegliche Bauwerke, aber dennoch der einjährigen Verjährungsfrist unterstehen.

BGE 117 II 273 («Rücktritt bei Werklieferungsvertrag»)

Regeste:

Werklieferungsvertrag mit Suspensivbedingung; Rücktritt des Bestellers (Art. 365 und 377 OR).

1. Werklieferungsvertrag mit suspensiv bedingter Bauverpflichtung. Rechtsnatur und Inhaltskontrolle (E. 3).
2. Der Besteller kann jederzeit nach den Regeln von Art. 377 OR vom Werklieferungsvertrag zurücktreten (E. 4a). Rechtsnatur des dem Unternehmer nach Art. 377 OR zustehenden Anspruchs; Anwendung von Art. 97 ff. OR (E. 4b, 4c).
3. Auslegung der Bauverpflichtung (E. 5).

Sachverhalt

A.- Am 28. Oktober/20. November 1987 schlossen die Parteien einen mit "Bau-Auftrag" überschriebenen Vertrag über die Lieferung eines Typenhauses aus dem Sortiment der Firma S. AG (Klägerin) zum Preise von Fr. 98'849.- inklusive Architekturarbeiten, zu errichten auf einem bauseits zu erstellenden Fundament ab Oberkante Kellerdecke. Darin vereinbarten sie unter anderem: "Dieser Bau-Auftrag wird erst ausgeführt, wenn Herr K./Frl. M. ein Grundstück erwirbt, das nach Lage, Grösse und Preis ihren Vorstellungen entspricht, oder auf einem sonstigen Grundstück baut. Sollten die Bebauungsvorschriften eine andere Hausform, Dachneigung usw. erfordern, wählt Herr K./Frl. M. ein entsprechendes Haus auf gleicher Preisbasis aus dem Programm der Firma aus." Der Werkpreis wurde bis zum Oktober 1989 garantiert.

Mit Schreiben vom 25. November 1987 erklärten Erich K. und Margot M. (Beklagte), "ohne jede Verpflichtung" vom Vertrag zurückzutreten. In der am 27. Januar 1988 nachgereichten Begründung gaben sie an, aus finanziellen Erwägungen auf den Hausbau zu verzichten. Indessen hatten sie bereits im Dezember 1987 ein Baugesuch für die Überbauung eines inzwischen erworbenen Grundstückes eingereicht, welches sie in der Folge in Erfüllung einer im Kaufvertrag eingegangenen Bauverpflichtung ohne Zutun der Klägerin realisierten.

B.- Die Klägerin belangte die Beklagten auf Schadenersatz für entgangenen Gewinn von Fr. 36'018.-- nebst Zins. Das Bezirksgericht Lenzburg wies die Klage am 8. Februar 1990 ab. In teilweiser Gutheissung einer Appellation der Klägerin verpflichtete das Obergericht des Kantons Aargau am 16. August 1990 die Beklagten zur Bezahlung von Fr. 21'400.--. Eine Berufung der Beklagten heisst das Bundesgericht gut und weist die Klage ab.

Erwägung 4

Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten

(Art. 377 OR). Dieses Rücktrittsrecht, welches seinem Wesen nach ein ex nunc wirkendes Kündigungsrecht ist, steht dem Besteller jederzeit zu, solange das Werk nicht vollendet ist, mithin auch bereits vor Inangriffnahme der Arbeiten durch den Unternehmer und selbst bei blos vorvertraglicher Bindung. Die Bestimmung findet auch auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung, zumal nicht geltend gemacht ist, sie habe hinter einer abweichenden Parteiaabrede zurückzutreten; die Frage nach der zwingenden oder dispositiven Natur von Art. 377 OR kann damit offenbleiben. Ebenfalls offenbleiben kann, ob die gesetzliche Ordnung der vorzeitigen Vertragsauflösung als abschliessend zu verstehen ist oder ob dem Besteller daneben ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zuzubilligen ist, welches unter bestimmten Voraussetzungen eine Lösung ohne Pflicht zur vollen Schadloshaltung zulässt. Ein wichtiger Grund ist vorliegend nach Massgabe der tatsächlichen Feststellungen der Vorrinstanz jedenfalls zu verneinen; er könnte insbesondere nicht darin erblickt werden, dass die Beklagten zufolge eines geänderten Bauentschlusses für das vertragliche Werk keine Verwendung mehr hatten oder aus finanziellen Überlegungen von der Projektverwirklichung abgesehen haben.

b) Die Regelung in Art. 377 OR ist insoweit ungewöhnlich, als sie einerseits einen einseitigen, zu Gunsten des Bestellers normierten Einbruch in den Grundsatz der Vertragstreue enthält, diesen aber gleichzeitig durch die Pflicht zur vollen Schadloshaltung relativiert. Sie wird im allgemeinen aus dem Wesen des Werkvertrags hergeleitet, aus dem Grundsatz, dass die Ausführung des Werks nur eine Pflicht, nicht aber ein Recht des Unternehmers sei. Es lässt sich aber auch die Frage stellen, ob sich das Interesse des Unternehmers wirklich in der Vergütung erschöpft, er nicht unter Umständen ebenfalls an der Werkausführung selbst interessiert ist, namentlich im Hinblick auf Referenzen und mögliche Folgebestellungen. Anderseits kann der Bestimmung auch der verallgemeinerungsfähige Gedanke zugrunde liegen, dass der Empfänger einer Sachleistung auf deren Entgegennahme soll verzichten können, wenn er bereit ist, die legitimen Interessen der Gegenseite zu wahren. Damit in Einklang steht die Feststellung, dass die Kündigung eines Werkvertrags nach Art. 377 OR dasselbe Ergebnis zeitigt wie die schuldhafte Nichterfüllung eines Kaufvertrags durch den Käufer; auch sie zieht die Pflicht zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses nach sich. Dem ist jedenfalls beizupflichten, sofern die Annahme des Kaufgegenstandes nicht als Vertragspflicht des Käufers verstanden wird, die Pflicht zur Schadloshaltung nach Art. 377 OR durch eine analoge Anwendung von Art. 43/44 OR (in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR) gemindert werden kann und nicht Genugtuungsansprüche in Frage stehen. Diesfalls unterscheidet sich der Rücktritt nach Art. 377 OR vor Fälligkeit der Arbeitsleistung des Unternehmers von der antizipierten Erfüllungsverweigerung des Sachleistungsempfängers in vergleichbaren Verträgen zwar in der Qualifikation der Haftungsvoraussetzungen, indem die Haftung entweder einer schuldhaften Vertragsverletzung oder einem rechtmässigen Verhalten folgt, nicht dagegen im schadenersatzrechtlichen

Ergebnis, da beiden Haftungen derselbe Schadenbegriff zugrunde liegt. Mithin spricht nichts dagegen, Art. 97 ff. OR auf den vorliegenden Tatbestand analog mitanzuwenden.

c) Das Obergericht lässt die Pflicht der Beklagten zur Schadloshaltung der Klägerin ohne weiteres der Rücktrittserklärung nach Art. 377 OR folgen. Damit verkennt es jedoch die Rechtsnatur des dem Unternehmer nach dieser Bestimmung zustehenden Anspruchs. Wie der Ersatzanspruch des Gläubigers nach Art. 97 ff. OR entsteht auch derjenige nach Art. 377 OR aus der ursprünglichen, bisher auf Erfüllung gerichteten Vertragsforderung und gilt als deren Fortsetzung. Dies bedeutet, dass die Ersatzforderung nur und in demselben Zeitpunkt fällig wird, in welchem bei ordnungsgemässer Vertragsabwicklung die Erfüllung hätte verlangt werden können. Steht daher die Verbindlichkeit eines nach Art. 377 OR gekündigten oder vorzeitig gebrochenen Vertrags unter einer Suspensivbedingung, bestimmt die Bedingung nicht bloss den Erfüllungsanspruch, sondern auch die Ersatzforderung aus Nichterfüllung oder die Forderung auf Schadloshaltung aus dem Leistungsverzicht. Die Beklagten sind daher zur Schadloshaltung der Klägerin nur verpflichtet, wenn bei ungekündigtem Vertragsverhältnis die Bedingung eingetreten wäre, wobei dem Bedingungseintritt dessen treuwidrige Vereitelung gleichgesetzt ist (Art. 156 OR). Anders zu entscheiden wäre bloss, wenn bereits die Verletzung des Anspruchs auf die bedingte Forderung, die Beeinträchtigung der bedingt anwartschaftlichen Rechtsstellung des Gläubigers einen Schaden bewirkte, was indessen für den vorliegenden Sachverhalt nicht zutrifft. Damit verlagert die Streitentscheidung sich auf die Auslegung der Bedingung des Vertrages vom 28. Oktober/20. November 1987 und die Prüfung deren Eintritts.

BGer 4A_702/2011 («Gartenmängel»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

Die X._____ GmbH (Verkäuferin) erwarb am 23. Januar 2008 das Grundstück GB AB._____ und begann mit dem Bau eines Einfamilienhauses. Im August 2008 unterzeichnete sie mit Y._____ (Käufer) einen nicht datierten, handschriftlich abgefassten "Vorvertrag zum Abschluss eines Kaufvertrages".

Am 2. Oktober 2008 schlossen die Parteien einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das Grundstück GB AB._____ zum Preis von Fr. 650'000.--. Zu diesem Zeitpunkt war das Haus im Rohbau fertiggestellt und der Innenausbau weitgehend vollendet, es standen aber noch Umgebungsarbeiten aus. Der Niveauunterschied zwischen Garten und Oberkant Erdgeschoss betrug ca. 50 cm.

Vom Kaufpreis bezahlte der Käufer Fr. 600'000.-- und behielt Fr. 50'000.-- zurück mit der Begründung, das Haus sei wegen des Niveauunterschieds mangelhaft und wegen Nichtfertigstellung des Gartens unvollendet.

Die Verkäuferin betrieb den Käufer am 8. Januar 2009 über Fr. 50'000.-- nebst Zins zu 5% seit 31. Oktober 2008. Der Käufer erhob Rechtsvorschlag und leistete am 28. Januar 2009 eine weitere Zahlung von Fr. 20'000.--.

B.

B.a Mit Klage vom 13. Juli 2009 vor dem Richteramt Solothurn Lebern beantragte die X._____ GmbH (Klägerin und Widerbeklagte) die Verurteilung des Y._____ (Beklagter und Widerkläger) zur Bezahlung von Fr. 30'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Oktober 2008, Fr. 313.86 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Mai 2009 und Fr. 224.--, sowie Aufhebung des Rechtsvorschlages in der Betreibung Nr. 210922 des Betreibungsamtes Region Solothurn vom 8. Januar 2008 für den Betrag von Fr. 30'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Oktober 2008. Der Beklagte und Widerkläger beantragte Abweisung der Klage und widerklageweise die Verurteilung der Klägerin und Widerbeklagten zur Bezahlung von Fr. 15'000.--.

Mit Urteil vom 15. Dezember 2010 wies das Richteramt Solothurn Lebern die Klage ab und hiess die Widerklage gut.

B.b Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin und Widerbeklagte am 17. bzw. 29. Dezember 2010 Appellation an das Obergericht des Kantons Solothurn.

Mit Urteil vom 18. Oktober 2011 bestätigte das Obergericht den erstinstanzlichen Entscheid.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 21. November 2011 liess die X._____ GmbH (Beschwerdeführerin) die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils beantragen und ihre vor dem Richteramt Solothurn-Lebern gestellten Klagebegehren erneuern.

Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2012 liess Y._____ (Beschwerdegegner) Abweisung der Beschwerde beantragen. Die Vorinstanz verzichtete am 7. Dezember 2011 auf Vernehmlassung und beantragte Abweisung der Beschwerde unter Hinweis auf die Akten und die Motive ihres Urteils.

Erwägung 5

Die Vorinstanzen haben den Anspruch des Beschwerdegegners auf Ersatzvornahme gestützt auf Werkvertragsrecht zugesprochen. Die Beschwerdeführerin schliesst sich zwar dieser Qualifikation grundsätzlich an, erhebt aber für den Fall, dass diesbezüglich Kaufrecht anwendbar sein soll, Eventualrügen.

Verpflichtet sich - wie hier - die Veräusserin gegenüber dem Erwerber in einem einheitlichen Vertrag, ein Grundstück zu verkaufen und das darauf im Bau befindliche Gebäude fertigzustellen, weist die Vereinbarung kauf- und werkvertragliche Elemente auf. Diesfalls unterliegt die Mängelhaftung für das Bauwerk dem Werkvertragsrecht, und zwar grundsätzlich auch insoweit, als es bei Vertragsabschluss bereits bestanden hat. Die von der Beschwerdeführerin gestützt auf Kaufrecht erhobenen Eventualrügen zielen damit ins Leere.

BGer 4C.301/2002 («Innenausbau»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

Die X._____ AG (Beklagte) errichtete in den Jahren 1996 bis 1998 als Generalunternehmerin eine Überbauung mit drei Mehrfamilienhäusern in Y._____. A._____ (Klägerin) interessierte sich für den Kauf einer 4½-Zimmer-Wohnung. In der Folge wurde der Klägerin die Möglichkeit gegeben, in Abweichung von der Standardausführung den Innenausbau der Wohnung selber zu gestalten. Von dieser Möglichkeit machte die Klägerin laufend Gebrauch. Insbesondere wurde die offen geplante Küche durch eine Trennwand vom Wohn-Essbereich abgetrennt. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 30. Oktober 1997 kaufte die Klägerin die zu Stockwerkeigentum ausgeschiedene 4½-Zimmer-Wohnung nebst Disponibelraum sowie einen Miteigentumsanteil von 1/30 an der ebenfalls zu Stockwerkeigentum ausgeschiedenen Tiefgarage zum Gesamtpreis von Fr. 427'000--. Am 23. Januar 1998 wurde der Eigentumsübergang im Grundbuch Affeltrangen eingetragen. Am gleichen Tag erfolgte im gegenseitigen Einverständnis der Parteien der Antritt des Kaufobjektes durch die Klägerin.

In der Folge beanstandete die Klägerin zahlreiche Mängel. Abgesehen von verschiedenen Bagatellen - Hicke in den Fensterrahmen, Mängel am Pergoboden und an den Silikonfugen in Küche und Bad etc. - wurden insbesondere Probleme bei der Temperaturregelung in der Küche und im Bereich Wohnen/Essen beanstandet, die darauf zurückzuführen waren, dass nach der Abtrennung der Räume keine separaten Heizkreisläufe installiert wurden. Hinzu kamen gravierende Wassereinbrüche in der gemeinsamen Tiefgarage. Nach diversen, zum Teil erfolglosen Mängelrügen setzte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 22. September 1999 für die Behebung aller in einer Liste zusammengefassten Mängel eine Frist bis am 31. Dezember 1999. Gleichzeitig behielt sie sich die Ersatzvornahme durch einen Dritten auf Kosten der Beklagten vor. Mit Schreiben vom 18. November 1999 nahm die Beklagte zu den gerügten Mängeln Stellung und sicherte die Behebung derjenigen Mängel zu, die sie zu akzeptieren bereit war. Gleichzeitig lehnte sie aber eine Ersatzvornahme durch Dritte mit der Feststellung ab, dass sie allein berechtigt sei, die Mängel beseitigen zu lassen.

B. Mit Weisung des Friedensrichteramtes Amriswil vom 15. Dezember 2000 machte die Klägerin eine Klage auf Wandelung des Kaufvertrages und auf Ersatz weiteren Schadens gegen die Beklagte beim Bezirksgericht Bischofszell hängig. Mit Urteil vom 2. Juli 2001 schützte das Bezirksgericht Bischofszell die von der Klägerin erklärte Wandelung und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 427'000-- sowie Fr. 43'520.30 jeweils nebst 5% Zins seit 30. Oktober 1997 zu bezahlen, wobei die Beklagte berechtigt erklärt wurde, mit diesen Beträgen Fr.

61'200.-- zu verrechnen. Die Klägerin wurde verpflichtet, Zug um Zug nach Eingang der Zahlung, der Beklagten das pfandfreie Eigentum an der Stockwerkeigentumseinheit, am Disponibelraum und an 1/30 Miteigentumsanteil der Tiefgarage zu übertragen. Schliesslich wurde die Beklagte verpflichtet, der Klägerin als Ersatz weiteren Schadens den Betrag von Fr. 7'734.05 nebst 5% Zins seit 20. September 2000 zu bezahlen. Eine von der Beklagten dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Thurgau mit Urteil vom 9. Juli 2002 ab und bestätigte das angefochtene Urteil.

C. Mit Berufung vom 20. September 2002 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 9. Juli 2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Obergericht des Kantons Thurgau schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägung 2.1

Beim Verkauf eines Grundstückes mit einer Neubaute ist insbesondere zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) zu unterscheiden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Herstellungspflicht. Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet ist, ist der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Neubaute verpflichtet. Ein Kauf über eine künftige Sache ist etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübt, d.h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber ist von einem gemischten Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers.

BGE 48 II 366 («Stromlieferung»)

Regeste:

Vertrag über Lieferung elektrischen Stroms. Rechtliche Natur: er ist Kaufvertrag, wenn Vertragsgegenstand lediglich das Zuleiten des Stromes ist. - Fällt der Stromlieferungsvertrag dahin, wenn die Fabrik des Bezügers, für die der Strom ausschliesslich bestimmt war, abgebrannt ist?

Sachverhalt

Die Kläger, Elektrizitätswerke des Kantons Zürich, haben am 26. September / 31. Dezember 1918 mit den Rechtsverfahren des Beklagten, den Gebrüdern Renold, welche in Niederwenningen eine Häckselfabrik betrieben, auf die Dauer von 10 Jahren, vom 1. Januar 1919 hinweg, einen Stromlieferungsvertrag abgeschlossen, laut dem sie den Gebrüdern Renold, als Abonnenten, elektrische Energie im Umfang von zirka 30 KW für Kraftbetrieb und Beleuchtung ihrer Häckselfabrik liefern sollten. Die Kläger erstellten auf ihre Rechnung die Hochspannungszuleitung bis und mit dem Ausschalter vor der Transformatorenstation der Abonnenten. Der Vertrag ordnet sodann die Eigentumsverhältnisse an den Installationen, setzt den Stromabgabepunkt, sowie das Stromsystem und die Stromqualität fest, und regelt den Fall von Unterbrechungen in der Energielieferung. Aus Art. ? sind folgende Vorschriften hervorzuheben: Der Abonnent wird seinen ganzen Energiebedarf bei den Werken decken, sofern und soweit diese in der Lage sind, jenem Bedarf zu entsprechen. Der Abonnent verwendet die Energie nur innerhalb seines industriellen Etablissements und gibt an Dritte keine Energie ab. Art. 8 ordnet die Strompreise, und bestimmt am Schluss: Im Ganzen garantiert der Abonnent den Werken einen Mindest-Nettobetrag jährlicher Strommiete von 1000 Fr.

Am 6. September 1919 brannten die Fabrik und das Lagerhaus der Gebrüder Renold ab. Diese machten den Klägern am 26 September 1919 hievon Anzeige, und erklärten, durch dieses, auf höherer Gewalt beruhende Brandunglück falle auch der Stromlieferungsvertrag dahin.

Die Kläger protestierten hiergegen mit Zuschrift vom 30. September 1919. Sie bestritten, dass höhere Gewalt vorliege, und machten geltend, dass auch eine solche die Abonnenten nicht hindern würde, das Etablissement z. B. mit der Entschädigung der kantonalen Brandassekuranz-Anstalt wieder aufzubauen, und alsdann den Energiebezug fortzusetzen. Dagegen erklärten die Kläger sich aus Entgegenkommen zu einer Sistierung des Stromlieferungsvertrages für die Dauer eines Jahres bereit, unter entsprechender Verlängerung des Vertrages, und in der Meinung, dass nach Ablauf der Frist sie ihre, vertraglichen Rechte, also mindestens den Anspruch auf die vertragliche jährliche Minimalgarantie wieder geltend machen werden.

Die Gebrüder Renold antworteten hierauf am 2. Oktober 1919, sie seien einverstanden, dass der Vertrag solange sistiert bleibe, bis sie nach Vollendung eines Neubaues in die Lage kommen, wieder elektrische Energie zu benötigen, ohne Festlegung einer bestimmten Zeit; eine Aufrechnung der vertraglichen Minimalgarantie falle in der Zwischenzeit dahin. Die Kläger sollen sich darüber aussprechen, ob sie mit diesen Bedingungen einig gehen, worauf der Vertrag weitere Gültigkeit habe; Unvorhergesehenes vorbehalten, werde an den Wiederaufbau prompt möglichst herangetreten werden.

Die Kläger erklärten jedoch mit Zuschrift vom 6. Oktober 1919, dass sie einer Sistierung auf unbestimmte Zeit nicht zustimmen können, sondern an der Beschränkung derselben auf 1 Jahr festhalten.

Nachdem das Geschäft der Gebrüder Renold auf den Beklagten übergegangen war, stellte dieser am 20. August 1920 das Gesuch um eine weitere Sistierung des Vertrages, weil ein Aufschub des Wiederaufbaus wegen der erhöhten Baukosten und der ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnisse angezeigt sei.

Die Kläger erklärten sich in ihrem Schreiben vom 15. September 1920 jedoch nur bereit, den Wiederbeginn 'der Minimalgarantie bis zum 1. April 1921 zu verschieben.

Am 1. April 1921 haben die Kläger sich nicht vernehmen lassen; dagegen stellten sie am 30. Juni 1921, unter Hinweis auf ihre Zuschrift vom 15. September 1920, dem Beklagten Rechnung für das zweite Quartal des Jahres 1921 über 250 _Fr. Minimalgarantie . Eine gleiche Rechnungsstellung erfolgte am 30. September 1921 für das dritte Quartal. Der Beklagte lehnte die Bezahlung beider Beträge ab.

Auch die weitere Korrespondenz (in welcher die Kläger erklärten, in die Aufhebung des Vertrages nur gegen eine Abfindungssumme von 2000 Fr. einzuwilligen) führte zu keiner Einigung.

B. Am 8. September 1921 reichten deshalb die Kläger die vorliegende Klage ein, mit den Rechtsbegehren :

1. Es sei festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei, den Stromlieferungsvertrag vom 1. April 1921 an wieder zu erfüllen.
2. Er sei zu verpflichten, an die Kläger zu bezahlen: 250 Fr. nebst 6% Zins seit 15. Juli 1921, und 250 Fr. nebst 6% Zins seit 15. Oktober 1921, als mit Ende Juni und Ende September 1921 verfallene Minimalgarantien, alles unter Vorbehalt der künftig fällig werdenden Forderungen auf Minimalgarantien.

Dabei erklärten die Kläger, dass sie mit der Feststellungsklage nicht verlangen, dass die Fabrik wieder aufgebaut, und der Vertrag durch effektive Stromabnahme erfüllt werde, sondern nur, dass die Minimalgarantie zu bezahlen sei, solange vom Beklagten nicht entsprechend viel Strom bezogen werde. Der zweite Teil der Klage sei Erfüllungsklage; es handle sich nicht etwa um Schadensersatz.

C. Der Beklagte beantragte Abweisung beider Klagebegehren.

I). Durch Urteil vom 3. April 1922 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage gänzlich abgewiesen. -

E. Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, die Klage sei im vollen Umfange gutzuheissen. Für den Fall, dass das Bundesgericht der Ansicht Wäre, die Klage könne ohne Beweisverfahren nicht geschützt werden, verlangen die Kläger die Anordnung einer Expertise darüber, dass die dem Beklagten für den Wiederaufbau seines Heumagazins zugesicherte Brandentschädigung von 113,340 Fr., bei Vergebung der Bauarbeiten per 1. April 1921, eventuell per 1. April 1922, zum Aufbau des Magazins im bisherigen Umfang genügt haben würde, in der Meinung, dass das Bundesgericht dieses einfache Beweisverfahren selbst durchführe, eventuell die Akten an die Vorinstanz zurückweise

Erwägungen

In der Sache selbst fragt es sich, welchen Einfluss auf die weitere Wirksamkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Elektrizitätslieferungsvertrags die Tatsache ausgeübt habe, dass die Fabrik des Beklagten, zu deren Betrieb und Beleuchtung dieser Vertrag abgeschlossen worden ist, im September 1919, also lange Zeit vor der vertraglich festgesetzten Dauer, durch ein Brandunglück zerstört worden ist.

Bei der Lösung dieser Frage muss von der rechtlichen Natur des Vertrages ausgegangen werden. Bekanntlich ist die juristische Qualifikation der Verträge über Beschaffung elektrischer Energie in der Rechtswissenschaft umstritten. Sie werden von den Einen in der Hauptsache als Werkvertrag, von Andern als Dienstmiete, oder als besondere Art von Sachmiete, oder als Innominatekontrakt bezeichnet. Nach DEBNBURG ist der Vertrag über Lieferung elektrischer Kraft dann ein Werkvertrag, wenn es auf einen Erfolg, z. B. die Beleuchtung eines Gebäudes, ankommt, dagegen ein kaufähnlicher Vertrag, wenn lediglich das Zurverfügungstellen der Kraft Vertragsgegenstand ist.

Im vorliegenden Fall nun besteht die vertraglich vereinbarte Leistung nicht etwa in der Erreichung eines bestimmten, mit der elektrischen Kraft zu erzielenden Erfolges wie dies bei der Übernahme der elektrischen Beleuchtung, oder Beheizung der Fabrikräume zutreffen würde, sondern Gegenstand des Vertrages ist die Zulieferung, das Zurverfügungstellen, Zuleiten des Stromes: die Kläger haben laut Art. 2 die vereinbarte Kraft durch ihre Installation an die Stelle, wo sie durch die Anlagen des Klägers abgenommen wird, zuzuleiten. Es handelt sich also um die Lieferung (die Übergabe) eines (nach Art. 713 ZGB den beweglichen Sachen gleichzustellenden) Verkehrsgutes, si und der Vertrag stellt sich somit seiner Natur nach als Kauf dar.

BGer 4A_64/2008 («Leasing als Innominatkontrakt»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

A. _____ (Beklagter und Beschwerdeführer) und die Garage X._____ AG (Klägerin und Beschwerdegegnerin) unterzeichneten am 31. Oktober 2005 einen Fahrzeug-Kaufvertrag. Kaufgegenstand war ein BMW X3 2.0d mit einem Kaufpreis von Fr. 55'916.-- (inkl. MwSt.). Am 1. Dezember 2005 unterschrieben sie einen neuen Kaufvertrag über das gleiche Fahrzeug. Wegen Änderungen der Ausstattung betrug der Kaufpreis neu Fr. 58'643.-- (inkl. MwSt.). Am 31. Januar 2006 schliesslich signierte der Beschwerdeführer ein als "Orderänderung" bezeichnetes Dokument mit seinem handschriftlichen Vermerk "auf Leder schwarz abgeändert + Preisaufschlag mitgeteilt". Mit Schreiben vom 25. April 2006 teilte die Rechtsschutzversicherung des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin mit, es sei weder ein Kauf- noch ein Leasingvertrag zustande gekommen. Die Angelegenheit sei somit abgeschlossen. Die auf den 28. April 2006 vorgesehene Übergabe des Fahrzeugs erfolgte nicht.

B.

Mit Vorladungsbegehren vom 21. Juni 2006 klagte die Beschwerdegegnerin beim Richteramt Olten-Gösgen gegen den Beschwerdeführer auf Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 9'801.-- und Schadenersatz von Fr. 3'071.--, total somit Fr. 12'872.--, zuzüglich Verzugszins. Die Amtsgerichtspräsidentin verpflichtete den Beschwerdeführer mit Urteil vom 8. Februar 2007, der Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 8'808.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 21. Juni 2006 zu bezahlen.

C.

Gegen dieses Urteil er hob der Beschwerdeführer Appellation an das Obergericht des Kantons Solothurn. Die Beschwerdegegnerin reichte Anschlussappellation ein. Das Obergericht verurteilte den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 8'808.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 21. Juni 2006 zu bezahlen und bestätigte damit das erstinstanzliche Urteil. Es kam zum Schluss, es sei nicht bewiesen, dass die Unterzeichnung der Kaufverträge lediglich der Vorbereitung eines Leasingvertrags gedient habe. Eine Umgehung des im Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG; SR 221.214.1) zum Schutz des Konsumenten vorgesehenen zwingenden Widerrufsrechts liege nicht vor. Der Beschwerdeführer schulde deshalb die vereinbarte Konventionalstrafe, die anhand des Verkaufspreises zu berechnen sei. Der ebenfalls geltend gemachte Schaden aus dem Eintausch des früheren Fahrzeugs des Beschwerdeführers sei mit der Konventionalstrafe abgegolten.

D.

Mit Beschwerde in Zivilsachen bzw. subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 6. Februar 2008 beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn sei aufzuheben und die Klage der Beschwerdegegnerin sei abzuweisen (Ziff. 1), das Betreibungs- und Konkursamt Emmental-Oberaargau sei anzuweisen, die Betreibung Nr. 001 gegen den Beschwerdeführer aus dem Register zu löschen (Ziff. 2) und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Ziff. 3). Er rügt eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung, die Beschwerde in Zivilsachen sowie die subsidiäre Verfassungsbeschwerde seien abzuweisen. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde und beantragt unter Hinweis auf die Akten und die Motive seines Urteils die Abweisung der Beschwerde.

Erwägung 1

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich nur gegeben, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Erreicht der Streitwert den massgebenden Betrag nicht, ist sie dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Dieser Begriff ist sehr restriktiv auszulegen. Soweit es bei der aufgeworfenen Frage lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht, handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Die Voraussetzung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ist hingegen erfüllt, wenn ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen. So hat das Bundesgericht das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Bezug auf die bis anhin noch nicht höchstrichterlich entschiedene Frage bejaht, ob die Schlichtungsstelle in Mietangelegenheiten auch bei Aberkennungsklagen nach Art. 83 Abs. 2 SchKG mit mietrechtlichem Gegenstand anzurufen sei. Auch eine vom Bundesgericht bereits entschiedene Rechtsfrage kann unter der Voraussetzung von grundsätzlicher Bedeutung sein, dass sich die erneute Überprüfung aufdrängt. Dies kann zutreffen, wenn die Rechtsprechung nicht einheitlich oder in der massgebenden Lehre auf erhebliche Kritik gestossen ist oder wenn in der Zwischenzeit neue Gesetzesbestimmungen in Kraft getreten sind (BGE 134 III 115 E. 1.2 S. 117 hinsichtlich der Zuständigkeit der Auffangeinrichtung BVG für die Aufhebung des Rechtsvorschlags, den der Arbeitgeber in einer für die Arbeitgeberbeiträge eingeleiteten Betreibung erhoben hat). Zu berücksichtigen ist weiter, ob die Streitwertgrenze im Zusammenhang mit der umstrittenen Rechtsfrage überhaupt je erreicht werden kann. Soweit es schliesslich um

die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht, für deren Beurteilung dem Bundesgericht im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen dieselbe Kognition zusteht wie bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde, kann nach der Rechtsprechung von vorneherein keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegen.

In der Beschwerdeschrift ist gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG auszuführen, inwiefern eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Es kann nicht Aufgabe des Bundesgerichts sein, selber nach den Gründen zu suchen.

BGE 132 III 549 («Formbedürftigkeit Immobilien-Leasing»)

Regeste:

Formerfordernis bei Immobilien-Leasingverträgen (Art. 216 OR und Art. 657 ZGB).

Begriff des Immobilien-Leasingvertrages (E. 1).

Der Immobilien-Leasingvertrag ist kein Vertrag auf Eigentumsübertragung, welcher gemäss Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB der öffentlichen Beurkundung bedürfte (E. 2.1). Insbesondere sind auch die Vertragsklauseln, welche die Rechtslage nach Ablauf der Leasingdauer regeln, nicht formbedürftig; eine Ausnahme besteht nur insoweit, als dem Leasingnehmer ein Kaufsrecht im Sinn von Art. 216 Abs. 2 OR eingeräumt wird, das Leasingobjekt zu einem voraus bestimmten Preis zu Eigentum zu übernehmen (E. 2.2).

Sachverhalt

Am 30. Juli 1993 schlossen die A. AG und die X. AG einen schriftlichen Immobilien-Leasingvertrag über eine Stockwerkeigentumseinheit in einem Gewerbehaus in Frauenfeld ab. Darin wurde der X. AG das Recht zur Nutzung der erwähnten Stockwerkeigentumseinheit gegen Bezahlung eines Leasingzinses von Fr. 18'570.- pro Quartal eingeräumt. Gemäss Ziff. 3.2. des Leasingvertrages wurde der Vertrag auf den 1. August 1993 in Kraft gesetzt und auf eine feste Dauer von 40 Quartalen abgeschlossen. Unter dem Titel "Vertragsbeendigung" trafen die Parteien in Ziff. 12 des Leasingvertrages folgende Vereinbarung:

[...]

Mit Schreiben vom 16. Januar 2003 teilte die Bank D. (Klägerin), welche die A. AG in der Zwischenzeit übernommen hatte, der X. AG (Beklagte) mit, der Immobilien-Leasingvertrag laufe per 31. Juli 2003 aus; der Leasingnehmer stünden die Optionen Kauf, Rückgabe oder Verlängerung des Leasingvertrages zu neuen Konditionen mit einer Frist zur Ausübung des Wahlrechts bis 28. Februar 2003 offen. Am 21. März 2003 teilte die Beklagte mit, sie habe sich für die Rückgabe des Leasingobjektes entschieden. In der Folge verlängerten die Parteien den Leasingvertrag bis Ende September 2003 und legten den Restwert des Leasingobjektes auf Fr. 716'130.- fest. Am 20. Oktober 2003 veräusserte die Klägerin das Objekt rückwirkend per 1. Oktober 2003 zu einem Preis von Fr. 575'000.-.

Am 18. Februar 2004 belangte die Klägerin die Beklagte beim Bezirksgericht Weinfelden auf Bezahlung von Fr. 145'496.85 nebst 5 % Zins seit 6. November 2003. Bei diesem Betrag handelt es sich um die Differenz zwischen dem Restwert von Fr. 716'130.- und dem Nettoverkaufserlös von Fr. 570'633.15 (Verkaufspreis von Fr. 575'000.- abzüglich Grundbuchgebühren und Handänderungssteuern von Fr. 4'366.85). Mit Urteil vom 18. März 2005 (versandt am 23. März 2005) schützte das Bezirksgericht Weinfelden die Klage im Betrag von Fr. 145'496.85 nebst 5 % Zins seit 21. November 2003.

Gegen dieses Urteil gelangte die Beklagte mit Berufung ans Obergericht des Kantons Thurgau und beantragte im Wesentlichen, die Klage sei abzuweisen. Mit Urteil vom 29. November 2005 (versandt am 15. Februar 2006) schützte das Obergericht des Kantons Thurgau die Klage und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 145'496.85 zuzüglich 5 % Zins seit 21. November 2005 zu bezahlen.

Mit Berufung vom 20. März 2006 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 29. November 2005 aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; eventualiter sei die Streitsache zum Neuentscheid ans Obergericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht hat die Berufung abgewiesen.

Erwägung 1

Die Parteien haben einen Immobilien-Leasingvertrag abgeschlossen. Bei den normalerweise verwendeten Immobilien-Leasingverträgen erwirbt die Leasinggesellschaft nach den Wünschen und Bedürfnissen des Leasingnehmers eine gewerblich oder industriell nutzbare Immobilie, um diese dem Leasingnehmer anschliessend langfristig gegen einen periodisch zu entrichtenden, einen an den steuerlichen Abschreibungssätzen orientierten Amortisationsanteil enthaltenden und ungeachtet der Gebrauchsfähigkeit des Leasingobjektes zu zahlenden Leasingzins zu Nutzung und Gebrauch zu überlassen, wobei der Leasingnehmer das Leasingobjekt am Ende der ordentlichen Leasingdauer zum Preis der nicht amortisierten Investitionskosten kaufen, auf dieser Basis weiterleasen oder zurückgeben kann. Das Bundesgericht hat in einem unpublizierten Entscheid diese Umschreibung übernommen. Der hier zu beurteilende Leasingvertrag entspricht in Bezug auf die umstrittene Regelung nach Ablauf der ordentlichen Leasingdauer den normalerweise verwendeten Verträgen. Auch der vorliegende Vertrag stellt dem Leasingnehmer nach Ablauf der ordentlichen Leasingdauer drei Optionen zur Verfügung, nämlich den Abschluss eines Anschlussvertrages (Ziffer 12.4), die Übernahme des Leasingobjektes gestützt auf ein Kaufsrecht (Ziffer 12.4) oder die Rückgabe des Leasingobjektes gegen Ausgleich der Differenz zwischen Nettoerlös und Restwert (Ziffern 12.2 und 12.3).

Im vorliegenden Fall vermag die Beklagte keine Gesetzesbestimmung anzugeben, die darauf schliessen liesse, dass ein Immobilien-Leasingvertrag als solcher öffentlich beurkundet werden müsste. Insbesondere kann der Immobilien-Leasingvertrag nicht als Vertrag auf Eigentumsübertragung bezeichnet werden, welcher gemäss Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB der öffentlichen Beurkundung bedürfte. Der Leasingvertrag beinhaltet das Recht auf die Nutzung und den Gebrauch des Leasingobjektes während der Leasingdauer gegen Bezahlung eines Leasingzinses durch den Leasingnehmer. Mit einem Grundstückkaufvertrag, der die Eigentumsübertragung gegen Bezahlung eines Kaufpreises zum Inhalt hat, hat der Immobilien-Leasingvertrag nichts zu tun. Nach Ablauf der Leasingdauer ist der Leasingnehmer nicht Eigentümer des Leasingobjektes. Insbesondere besteht auch kein wirtschaftlicher Zwang zum

Kauf des Leasingobjektes. Vielmehr stehen dem Leasingnehmer in der Regel - und auch im vorliegenden Fall - drei Optionen offen, nämlich der Abschluss eines Anschlussvertrages bzw. die Rückgabe oder Übernahme des Leasingobjektes. Nur die Übernahme des Leasingobjektes zu einem vorher bestimmten Restkaufpreis führt zum Übergang des Eigentums. Insofern enthält der Immobilien-Leasingvertrag zwar ein Kaufrecht, welches dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung untersteht (Art. 216 Abs. 2 OR). Allerdings ist dieses Kaufrecht nur Teil eines wesentlich umfassenderen Wahlrechts des Leasingnehmers.

2.1 Zunächst stellt sich die Frage, ob der Immobilien-Leasingvertrag als Ganzes öffentlich hätte beurkundet werden müssen. Die Beklagte begründet diese Auffassung im Wesentlichen damit, dass dem Leasinggeber mit dem Abschluss des Vertrages nur das "nackte Eigentum" verbleibe und der Leasingnehmer faktisch Eigentümerstellung erlange.

2.1.1 Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Das Gesetz geht von Formfreiheit aus. Formzwang besteht nur, wenn eine Gesetzesbestimmung die Formfreiheit beschränkt. Auch Innominatverträge unterliegen - wie alle anderen Verträge - nur dann einem Formzwang, wenn ein formelles Bundesgesetz diesen begründet.

2.1.2 Im vorliegenden Fall vermag die Beklagte keine Gesetzesbestimmung anzugeben, die darauf schliessen liesse, dass ein Immobilien-Leasingvertrag als solcher öffentlich beurkundet werden müsste. Insbesondere kann der Immobilien-Leasingvertrag nicht als Vertrag auf Eigentumsübertragung bezeichnet werden, welcher gemäss Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB der öffentlichen Beurkundung bedürfte. Der Leasingvertrag beinhaltet das Recht auf die Nutzung und den Gebrauch des Leasingobjektes während der Leasingdauer gegen Bezahlung eines Leasingzinses durch den Leasingnehmer. Mit einem Grundstückskaufvertrag, der die Eigentumsübertragung gegen Bezahlung eines Kaufpreises zum Inhalt hat, hat der Immobilien-Leasingvertrag nichts zu tun. Nach Ablauf der Leasingdauer ist der Leasingnehmer nicht Eigentümer des Leasingobjektes. Insbesondere besteht auch kein wirtschaftlicher Zwang zum Kauf des Leasingobjektes. Vielmehr stehen dem Leasingnehmer in der Regel - und auch im vorliegenden Fall - drei Optionen offen, nämlich der Abschluss eines Anschlussvertrages bzw. die Rückgabe oder Übernahme des Leasingobjektes. Nur die Übernahme des Leasingobjektes zu einem vorher bestimmten Restkaufpreis führt zum Übergang des Eigentums. Insofern enthält der Immobilien-Leasingvertrag zwar ein Kaufrecht, welches dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung untersteht (Art. 216 Abs. 2 OR). Allerdings ist dieses Kaufrecht nur Teil eines wesentlich umfassenderen Wahlrechts des Leasingnehmers.

2.1.3 Aus diesen Gründen kann der Immobilien-Leasingvertrag als Ganzes nicht als Vertrag auf Eigentumsübertragung im Sinn von Art. 216 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 657 Abs. 1 ZGB qualifiziert werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann daher keine Rede davon sein, dass der Vertrag als solcher formungsgültig sei.

2.2 Damit ist weiter zu prüfen, ob die in Frage stehenden Vertragsklauseln Ziffer 12.2 und 12.3, auf welche Bestimmungen die Klägerin ihren Anspruch abstützt, hätten öffentlich beurkundet werden müssen.

2.2.1 Die Beklagte begründet ihre Auffassung, dass für die erwähnten Bestimmungen ein Formzwang bestehe, im Wesentlichen damit, dass sie aufgrund der umstrittenen Vereinbarung keine andere Wahl hatte, als den Kaufpreis für das Leasingobjekt zu bezahlen, sei es direkt durch Übernahme desselben, sei es indirekt durch die Verpflichtung, für das Erreichen des vereinbarten Restkaufspreises einzustehen zu müssen.

2.2.2 Diese Begründung ist nicht überzeugend. Die Option des Leasingnehmers, das Leasingobjekt nach Ablauf der Leasingdauer zu einem voraus bestimmten Betrag zu übernehmen, ist klar abzugrenzen von der Möglichkeit, das Leasingobjekt nach Ablauf der Vertragsdauer - unter Ausgleich der Differenz zwischen dem Erlös aus dem Verkauf an einen Dritten und dem Restwert - zurückzugeben. Die Möglichkeit der Übernahme des Leasingobjektes zu einem voraus bestimmten "Restwert" ist als Kaufrecht zu qualifizieren. Die Wahl dieser Option führt zur Eigentumsübertragung. Diese Klausel ist nach Art. 216 Abs. 2 OR öffentlich zu beurkunden, was im vorliegenden Fall nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz auch geschehen ist. Anders verhält es sich mit der Möglichkeit des Leasingnehmers, nach Ablauf der Vertragsdauer das Leasingobjekt zurückzugeben. Bei der Wahl dieser Option resultiert keine Übertragung des Eigentums auf den Leasingnehmer. Vielmehr hat die Leasinggesellschaft gemäss Ziff. 12.2 die Wahl, entweder das Objekt nach Ablauf der Leasingdauer weiter zu verleasen oder das Leasingobjekt an einen Dritten zu verkaufen. Der Umstand, dass der Leasingnehmer im zuletzt genannten Fall die Differenz zwischen dem Nettoerlös und dem Restwert zu tragen hat, läuft nicht auf eine Kaufpreiszahlung hinaus. Der Kaufpreis wird vom Dritterwerber entrichtet. Der Leasingnehmer hat nur die genannte Differenz auszugleichen. Die Option, für welche sich die Parteien im vorliegenden Fall entschieden haben, hat somit keinerlei Gemeinsamkeiten mit einem Grundstückskaufvertrag, der öffentlich zu beurkunden ist (Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB), bzw. mit einem Kaufrecht, das dem gleichen Formzwang untersteht (Art. 216 Abs. 2 OR).

2.2.3 Aus all diesen Gründen kann keine Rede davon sein, dass für die umstrittenen Ziffern 12.2 und 12.3 von einem Formzwang auszugehen ist. Wie die Verpflichtung der Beklagten, die Differenz zwischen dem Nettoverkaufserlös und dem Restwert auszugleichen, zu qualifizieren ist - die Vorinstanz geht von einem formlos gültigen Garantievertrag im Sinn von Art. 111 OR aus -, kann dahingestellt bleiben. Allein entscheidend ist, dass die von der Klägerin angerufene Anspruchsgrundlage entgegen der Darstellung der Beklagten formgültig ist.

B. Pflichten der Vertragsparteien

BGE 96 II 115 («Neutrale Verpackung als Nebenpflicht»)

Regeste:

Kauf, Verjährung.

Art. 97, 127 und 197 OR. Die Vereinbarung über eine "komplett neutrale Verpackung" ist grundsätzlich keine Zusicherung nach Art. 197 OR, sondern eine den Vertrag ergänzende selbständige Nebenabrede über die Geheimhaltungspflicht des Verkäufers. Ihre Verletzung führt zu einem Schadenersatzanspruch (Art. 97 OR), der nach Art. 127 OR in 10 Jahren verjährt (Erw. 2).

Sachverhalt

A.- J. Müller ist Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma mit Sitz in Zürich, die sich mit dem Handel von Eisen und Stahl befasst. Die Transamet SA, ein in Paris niedergelassenes Unternehmen, betreibt gleichartige Geschäfte. Nach längern Verhandlungen kaufte Müller im Sommer 1964 von der Transamet SA 3700 Tonnen kaltgewalztes Blech aus Japan. Mit Schreiben vom 22. Juni 1964 an die Transamet SA nahm Müller auf seine ursprünglich auf 5000 Tonnen Stahlblech lautende Bestellung Bezug und bekräftigte eine dort enthaltene Lieferbedingung wie folgt:

"Wir möchten ausdrücklich betonen, dass die Bleche und die gesamte Verpackung komplett neutral sein müssen. Dies beinhaltet die Metallcontainer, Holzkufen, Signode-Bänder oder irgendwelches Material, das zur Verpackung der Ware dienen könnte."

Mitte Dezember 1964 traf die Ware auf dem Schiffsweg in Antwerpen ein. Ein Teil des Blechs musste, weil es auf dem Transport beschädigt worden war, im Notverkauf abgesetzt werden. Das zur Verpackung verwendete Papier trug lateinische und japanische Schriftzeichen sowie den Namen des Papierherstellers. Mit Schreiben vom 21. Dezember 1964 beanstandete Müller gegenüber der Transamet SA, dass das Stahlblech nicht wie bestellt und bestätigt "komplett neutral" verpackt und versandt worden sei, und wies darauf hin, dass die Beschriftung des Papiers die Herkunft der Ware offensichtlich mache; ferner forderte er die Lieferantin auf, die Ware bis spätestens 15. Januar 1965 in Antwerpen zu besichtigen, und machte sie darauf aufmerksam, dass er nach Ablauf dieser Frist die Blechtafeln in neues wasserdichtes Papier umpacken lassen und ihr dafür Rechnung stellen werde. Die Transamet SA lehnte es am 29. Dezember 1965 ab, auf das erwähnte Schreiben einzugehen, weil Müller die von ihm selber vorgeschlagenen Bedingungen nicht eingehalten habe. Eine von Müller vorsorglich veranlasste Beweisaufnahme bestätigte die gerügten Mängel.

B.- Müller belangte am 21. April 1966 die Transamet SA beim Bezirksgericht Zürich auf Zahlung von belgischen Fr. 483'888.55 nebst 5% Zins seit 18. Januar 1966, eventuell des Gegenwertes in Schweizerfranken. Der eingeklagte Betrag betrifft die Kosten für die Umpackung des Stahlblechs von belgischen Fr. 470'878.55 sowie die Gerichts- und Anwaltskosten für das vorsorgliche Beweisverfahren von belgischen Fr. 13 010.--.

Die Beklagte er hob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, die am 27. Februar 1968 vom Bundesgericht in letzter Instanz verworfen wurde.

Nach Rückweisung und Ergänzung der Akten verwarf das Bezirksgericht Zürich die Verjährungseinrede der Beklagten und hiess am 20. Juni 1969 die Klage gut.

Das Obergericht des Kantons Zürich schützte dagegen die Verjährungseinrede der Beklagten und wies am 23. Januar 1970 die Klage ab.

C.- Der Kläger beantragt mit der Berufung, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage gutzuheissen, eventuell die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückzuweisen. Die Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen, eventuell die Sache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägung 2

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unterliegen die aus Mängeln der Kaufsache abgeleiteten Schadenersatzansprüche den kürzern Verjährungsfristen des Gewährleistungsrechts, und ist daher auch die Prüfung und Mängelrüge nach Art. 201 OR erforderlich. Die Vorinstanz betrachtet die Verpackung als Mangel der Kaufsache selbst, weil sie die japanische Herkunft des Blechs verrate und für beide Parteien erkennbar dessen Verkäuflichkeit beeinträchtige. Sie hat daher den streitigen Anspruch nach den Vorschriften über die Sachmängelgewähr beurteilt und die Klage mit Rücksicht darauf abgewiesen, dass der Kläger die Lieferung im Dezember 1964 in Empfang genommen habe und erst nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist des Art. 210 OR an den Friedensrichter gelangt sei.

a) Der Kläger macht geltend, diese Auslegung verstosse gegen Bundesrecht, da Art. 197 OR sich nur auf die Mängel der Kaufsache (vgl. Randtitel) beziehe, somit die unrichtige Nebenleistung der mangelhaften Hauptleistung gleichzusetzen verbiete. Selbst wenn man Art. 197 OR den vom Obergericht befürworteten Geltungsbereich einräumen wollte, ist nach Ansicht des Klägers die Verwendung von gezeichnetem Packpapier nicht als Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts, sondern als Lieferung einer andern Sache zu verstehen. Damit vertritt er sinngemäss die Auffassung, die Beklagte habe den Vertrag nicht richtig erfüllt (Art. 97 ff. OR) und der streitige Ersatzanspruch unterliege der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR.

b) Ob der Kläger Schadenersatz nach den Vorschriften über die Gewährleistung beim Kauf (Art. 197 ff. OR) oder der unrichtigen Erfüllung des Vertrages (Art. 97 ff. OR) beanspruchen

kann, hängt davon ab, ob die Verpackung zur Ware selbst zu rechnen ist. Das ist nach der deutschen Lehre und Rechtsprechung dann der Fall, wenn die Verpackung mitverkauft ist oder wenn sie nicht bloss der Versendung der Ware dient, sondern ein Mittel zu ihrer Erhaltung, Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit ist. Die Regeln über die Gewährleistung greifen somit Platz, wenn sich eine körperlich mangelhafte Verpackung auf den Zustand des Kaufgegenstandes auswirkt. Im vorliegenden Fall führt indessen der Kläger die mit der Umpackung der Blechtafeln entstandene Kosten nicht auf eine schadhafte Verpackung, sondern auf die angeblich abredewidrige Ausstattung des Packpapiers zurück.

Nach einem Entscheid des Reichsgerichts kann die Vereinbarung über eine neutrale Ausstattung der Verpackung den Regeln über die Zusicherung einer Eigenschaft unterstellt werden. Das treffe etwa dann zu, wenn die verkaufte Sache nicht zur Weiterveräußerung bestimmt sei und der Käufer aus ästhetischen Gründen die Bezeichnung des Herstellers auf der Ware vertraglich ausgeschlossen habe. Dasselbe gelte, wenn die verkaufende und die kaufende Gesellschaft unmittelbar vor der Verschmelzung stünden und die neutrale Ausstattung im Hinblick auf die neue Firma, deren Wahl noch Schwierigkeiten bereite, vereinbart worden sei. Das seien allerdings seltene Ausnahmen. In der Regel verfolge die Abrede den Zweck, die Herkunft der Ware zu verschleiern.

Die Beklagte hält im Berufungsverfahren daran fest, die Abrede "komplett neutrale Verpackung" bezwecke nur, den Namen des Herstellers der Ware geheim zu halten. Das trifft hier nicht zu. Aus dem erwähnten Schreiben vom 22. Juni 1964 geht unmissverständlich hervor, dass der Kläger besondern Wert darauflegte, die Herkunft des für den Wiederverkauf bestimmten Stahlblechs schlechthin geheim zu halten. Die neutrale Ausstattung des Verpackungspapiers war somit nicht eine zugesicherte Eigenschaft im Sinne des Art. 197 OR, sondern eine den Kaufvertrag ergänzende selbständige Nebenabrede über die Geheimhaltungspflicht der Beklagten. Das ergibt sich denn auch daraus, dass die dem Gewährleistungsrecht eigenen Rechtsbehelfe wie Wandelung, Minderung oder Ersatzlieferung ohne weiteres ausscheiden und nur ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Sinne der Art. 97 ff. OR in Betracht fällt. Damit stellt sich die Frage nicht, ob der Kläger die Verletzung der mitvereinbarten Geheimhaltungspflicht nach Art. 201 OR gerügt, sondern ob er den Schadenersatzanspruch fristgemäß geltend gemacht hat. Dieser untersteht der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR, weshalb die Verjährungseinrede der Beklagten zu verwerfen ist. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den streitigen Ersatzanspruch materiell beurteile.

BGE 87 I 479 («Besitzübertragung bei Grundstücken»)

Regeste:

1. Anmeldung eines Kaufvertrages zur Eintragung in das Grundbuch (Art. 963 ZGB). Wegen der Abweisung der Anmeldung kann nur der Anmeldende Beschwerde führen (Art. 103 Abs. 1 GBV), dem es im übrigen anheim steht, die Anmeldung zurückzuziehen, solange die Hauptbucheintragung nicht vollzogen ist. Bestätigung der Rechtsprechung (Erw. 1).
2. Wirkungen einer gerichtlich angeordneten Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 ZGB (Erw. 2).
3. Ob ein Kaufvertrag noch zu Recht bestehe und der sich daraus für den Käufer ergebende Anspruch auf Eigentumsübertragung dem Anspruch eines späteren Käufers desselben Grundstückes vorgehe, ist eine Frage des materiellen Rechtes. Eine für die Dauer des vom ersten Käufer angehobenen Rechtsstreites auf Grund des kantonalen Prozessrechtes getroffene richterliche Anordnung, wonach der zweite Kaufvertrag während der Prozessdauer nicht angemeldet werden dürfe oder eine schon erfolgte Anmeldung zurückgezogen werden solle oder wenigstens vorderhand unter Vorbehalt des Prozessausgangs nicht durch Eintragung in das Hauptbuch vollziehbar sei, ist für das Grundbuchamt verbindlich. (Erw. 3.)

Sachverhalt

A.- Hans Schoch kaufte nach dem Brand des Hotels Glas in Baden am 3. März 1960 von Frau Ida Bernhard-Bühlmann die Liegenschaft Hotel Engel in Baden zum Preise von Fr. 700'000--. Er hatte die Kaufrestanz von Fr. 250'000-- "bis zum Antrittstermin" zu bezahlen, und zwar erst, "wenn er bzw. die Hotel Glas A.-G. den Hausplatz des abgebrannten Hotels Glas ... verkauft hat". Er konnte dann aber die Kaufliegenschaft mit Zustimmung der Verkäuferin nach Anzahlung von Fr. 50'000-- schon am 1. Mai 1960 in Besitz nehmen. Seither betreibt er dort das Gastwirtschaftsgewerbe. Die Zahlung des Restbetrages von Fr. 200'000-- verzögerte sich, da Schoch vorerst nicht die volle Brandversicherungssumme für das Hotel Glas erhielt. Frau Bernhard mahnte ihn mehrmals und setzte ihm am 6. Juli 1960 eine "letzte Frist" bis zum 12. desselben Monats. Auf die Zusicherung, der Käufer werde die Restzahlung bis zum 15. Juli erbringen, ging sie nicht ein, sondern teilte dem Grundbuchamt Baden am 11. Juli mit, nach dem 12. Juli dürfe eine Anmeldung des mit Schoch abgeschlossenen Vertrages nicht mehr entgegengenommen werden. Am 14. Juli 1960 verkaufte sie die Liegenschaft Hotel Engel einem Dritten, Paul Sprenger, zum Preise von Fr. 750'000--.

B.- Nach Überweisung des Restbetrages von Fr. 200'000-- für Schoch meldete Notar Steidel gestützt auf eine Ermächtigung laut dem Kaufvertrag vom 3. März 1960 diesen am 15. Juli um 9.30 Uhr zur Eintragung an. Um 11.50 Uhr desselben Tages folgte die Anmeldung des Kaufvertrages Bernhard/Sprenger durch den beurkundenden Notar Meier. Den ersten Vertrag gab

das Grundbuchamt dem anmeldenden Notar "bzw. der Überbringerin" sofort zurück, schrieb ihn aber gleichwohl unter dem erwähnten Anmeldedatum in das Tagebuch ein und wies die Anmeldung am 25. Juli 1960 ab. Der zweite Vertrag steht ebenfalls mit dem Datum der Anmeldung im Tagebuch; das Grundbuchamt Baden hat diese Anmeldung nicht beanstandet, jedoch die Eintragung mit Rücksicht auf gerichtliche Massnahmen einstweilen nicht vollzogen. C.- Zunächst verweigerte das Grundbuchamt freilich die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen, die das Gerichtspräsidium Baden auf Gesuche des Schoch vom 15. und 18. Juli 1960 sogleich an diesen Tagen vorsorglich anordnete (und mit Entscheiden vom 29. August 1960 bestätigte). Dagegen berücksichtigte es eine dritte gerichtliche Verfügung, die Schoch in einem weiteren Befehlsverfahren "betreffend Suspendierung einer Anmeldung beim Grundbuchamt" am 30. August 1960 vorsorglich erwirkte.

Diese Verfügung lautet:

Es wird festgestellt, dass der Kläger einen Anspruch auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums an GB. Baden Nr. 513, Kat. Pl. 62/519 erhebt. Die Rechtswirkungen (d.h. die mit der Anmeldung verbundene Eintragungsbewilligung) der Anmeldung des zwischen der Beklagten und Herrn Sprenger am 14. Juli 1960 abgeschlossenen Kaufvertrages über die Liegenschaft GB. Baden Nr. 513, Kat. Pl. 62/519 sind daher solange zu suspendieren, bis zwischen den Parteien rechtskräftig entschieden ist, ob dem Kläger, gestützt auf seinen Kaufvertrag vom 3. März 1960 das Eigentum an Grundbuch Baden Nr. 513, Kat. Pl. 62/519 im Sinne von Art. 665 ZGB gerichtlich zugesprochen wird oder nicht."

Am 26. September 1960 bestätigte das Gerichtspräsidium Baden diese Verfügung unter Ansetzung einer Monatsfrist an Schoch zur Einreichung der Hauptklage. Das Grundbuchamt nahm von der gerichtlichen Verfügung Notiz und trug ihr Rechnung, indem es einstweilen von einer Eintragung des Vertrages Bernhard/Sprenger absah. Schoch erhob binnen der ihm dazu eingeräumten Frist beim Bezirksgericht Baden die Hauptklage gegen Frau Bernhard mit den Begehren:

"1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass gestützt auf den zwischen den Parteien am 3. März 1960 abgeschlossenen Kaufvertrag die Beklagte nicht mehr berechtigt war, das Grundstück GB. Baden Nr. 513, Kat. Plan 62/519 mit einem zweiten Kaufvertrag vom 14. Juli 1960 an Herrn Paul Sprenger, Baden, zu verkaufen.

2. Dementsprechend sei die Anmeldung des Kaufvertrages beim GB zwischen der Beklagten und Herrn Sprenger als rechtsunwirksam und zurückgezogen zu erklären und das GB Amt Baden sei zu verhalten, diese Anmeldung abzuweisen. Eventuell sei die Beklagte zu verpflichten, diese Anmeldung sofort zurückzuziehen.

3. Es sei dem Kläger gestützt auf den Kaufvertrag vom 3. März 1960 das Eigentum an GB. Baden Nr. 513 Kat. Plan 62/519 zuzusprechen und das GB. Amt Baden sei richterlich zu verhalten, den Eintrag des Eigentums vorzunehmen."

D.- Wegen der Abweisung der Anmeldung des Kaufvertrages vom 3. März 1960 wie auch wegen der Weigerung des Grundbuchamtes, die vom Richter am 15. Juli 1960 vorsorglich angeordnete Verfügungsbeschränkung vorzumerken, beschwerte sich Schoch bei der kantonalen Justizdirektion als Aufsichtsbehörde über das Grundbuchwesen. Frau Bernhard beschwerte sich ihrerseits bei derselben Behörde über die Berücksichtigung der vom Richter im dritten Befehlsverfahren angeordneten "Suspension", die dem eidgenössischen Grundbuchrecht widerspreche.

Ferner zog sie die gerichtlichen Entscheidungen betreffend Verfügungsbeschränkung und Suspendierung auf dem Beschwerdeweg an das Obergericht weiter. Dieses sistierte indessen mit Beschlüssen vom 28. Oktober und 25. November 1960 die Behandlung dieser Beschwerden bis zur Erledigung der von der Verkäuferin eingereichten Grundbuchbeschwerde.

Während anderseits die Justizdirektion des Kantons Aargau die Beurteilung der Grundbuchbeschwerden beider Parteien "bis zur rechtskräftigen Erledigung des zivilprozessualen Hauptverfahrens" aussetzte, fällte der Regierungsrat am 24. Februar 1961 folgenden Entscheid:

"1. (Aufhebung der Sistierungsverfügung der Justizdirektion.)

"2. Auf die Beschwerde des Herrn Hans Schoch gegen die grundbuchamtliche Abweisung des Vertrages Bernhard/Schoch wird nicht eingetreten.

"3. Die Beschwerde des Herrn Hans Schoch gegen die grundbuchamtliche Abweisung der richterlichen Verfügungsbeschränkung vom 15. Juli 1960 wird abgewiesen.

"4. Die Beschwerde der Frau Bernhard wird teilweise und in dem Sinne abgewiesen, als die mit richterlicher Verfügung vom 30. August 1960 ausgesprochene teilweise Kanzleisperre für vorläufig im Grundbuch Baden in der notierten Form zu verbleiben hat, unter dem Vorbehalt, dass nicht das Obergericht deren materielle Unzulässigkeit feststellt."

E.- Beide Parteien haben Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben, Schoch gegen die Ziffern 2 und 3, Frau Bernhard gegen die Ziffer 4 des regierungsrätlichen Entscheides.

F.- Der Regierungsrat des Kantons Aargau beantragt Abweisung beider Beschwerden.

Frau Bernhard beantragt Abweisung der Beschwerde Schochs und dieser Abweisung der Beschwerde der Frau Bernhard.

Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement erachtet die kantonale Entscheidung als zutreffend und stellt deshalb den Antrag, "es seien die beiden Beschwerden nicht gutzuheissen".

Erwägung 3

Im Unterschied zur erwähnten Verfügungsbeschränkung will das Grundbuchamt die vom Richter angeordnete "Suspendierung" der Wirkungen der den zweiten Kaufvertrag betreffenden Eintragungsbewilligung der Frau Bernhard beachten, und es hat im Grundbuch eine Notiz in

diesem Sinne angebracht. Der Regierungsrat billigt diese Stellungnahme unter Vorbehalt der noch ausstehenden obergerichtlichen Entscheidung über die Begründetheit der "Suspendierung" an sich. Besteht diese zur Verhinderung einer dem Gesuchsteller Schoch nachteiligen Veränderung des Gegenstandes des Hauptprozesses getroffene richterliche Verfügung nach kantonalen Prozessgrundsätzen zu Recht, so ist sie nach Ansicht des Regierungsrates von den Grundbuchbehörden zu respektieren, da keine Normen des eidgenössischen Grundbuchrechtes sie ausschliessen. Man habe es, wird zur Begründung des kantonalen Entscheides ausgeführt, mit einer bloss teilweisen Grundbuchsperrre (Kanzleisperre) zu tun, wie sie eine Reihe von Autoren auf kantonaler Rechtsgrundlage zulassen wollen, namentlich zur Verhinderung von Änderungen eines Streitgegenstandes, im Gegensatz zu einer allgemeinen, jegliche Art grundbuchlicher Verfügung über ein Grundstück verbietenden Sperre.

Diesen Standpunkt nimmt auch das zürcherische Obergericht in seinem Beschluss vom 20. August 1926 betreffend die gerichtliche Anordnung der Grundbuchsperrre im Sinn einer vorsorglichen Massnahme ein.

Ob zum Schutz eines streitigen Anspruchs auf Grund des kantonalen Prozessrechts eine teilweise Grundbuchsperrre, also das Verbot der Eintragung eines andern Rechtes, angeordnet werden könne - was über die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 ZGB und deren Wirkungen nach dessen Abs. 2 hinausgeht - braucht hier nicht in umfassender Weise geprüft zu werden. Hervorzuheben ist, dass eine solche Sperrre sich mit der Rechtsnatur und dem Zweck des Grundbuchs durchaus verträgt. Das Bundesrecht kennt denn auch selbst Eintragungsverbote (vgl. Art. 137 SchKG, Art. 41/42 EntG). Im übrigen erscheint ein solches Verbot auf kantonalrechtlicher Grundlage jedenfalls dann als zulässig, wenn es sich als Reflexwirkung einer das materielle Recht betreffenden gerichtlichen Entscheidung oder Verfügung ergibt. So verhält es sich hier. Die vom Richter ausgesprochene "Suspendierung" der Wirkungen der den zweiten Kaufvertrag betreffenden Anmeldung richtet sich ihrem wahren Inhalte nach in erster Linie an die anmeldende Eigentümerin; sie gestaltet die materielle Rechtslage in einer dann ohne weiteres auch für das Grundbuchamt verbindlichen Weise, so dass sich die teilweise Kanzleisperre nicht als unmittelbarer Befehl an jenes Amt, sondern als Auswirkung einer an und für sich die Rechtsverhältnisse zwischen den in materieller Hinsicht Beteiligten betreffenden prozessualen Verfügung darstellt. Gegen derartige gerichtliche Massnahmen ist vom Standpunkt des eidgenössischen Grundbuchrechts aus nichts einzuwenden. Läge bereits ein rechtskräftiges Sachurteil zu Gunsten Schochs vor, so wäre dadurch der Rechtsgrund der Anmeldung des zweiten Kaufvertrages als den Ansprüchen Schochs nachgehend entkräftet, und es dürfte daher jene Anmeldung gerade auch nach den letztlich vom materiellen Recht beherrschten Regeln des Grundbuchrechts nicht vollzogen werden (Art. 965 ZGB). Es läuft aber diesen Regeln auch nicht zuwider, wenn der Richter zum Schutz eines noch nicht beurteilten, einstweilen streitigen Vorgangsanspruchs eines Klägers dem Beklagten

für die Prozessdauer untersagt, die Eintragung eines Dritten zu bewilligen, oder wenn er ihn verpflichtet, eine bereits vorgenommene dahingehende Anmeldung mit Rücksicht auf die vom Kläger geltend gemachten angeblich vorgehenden Ansprüche zurückzuziehen, natürlich mit dem Vorbehalt, sie je nach dem Ausgang des Rechtsstreites zu erneuern. Solche richterliche Verfügungen darf der Grundbuchführer keineswegs unbeachtet lassen. Liegt in ihnen doch eine auf prozessrechtlicher Grundlage beruhende Gestaltung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten, wonach der im Vertrag mit dem Dritten bestehende Rechtsgrund der Eigentumsübertragung auf ihn einstweilen nicht als vollgültig betrachtet werden darf und daher eine auf diesen Vertrag gestützte Anmeldung für die Dauer des Hauptprozesses als unzulässig und, wenn schon erfolgt, als unwirksam zu gelten hat. Im vorliegenden Fall ist freilich der Richter nicht so weit gegangen, der Verkäuferin den Rückzug der Anmeldung des zweiten, mit Sprenger abgeschlossenen Kaufvertrages aufzugeben. Er hat sich darauf beschränkt, die Rechtswirkungen der Anmeldung für die Prozessdauer einzustellen. Damit ist aber gleichermaßen eine Feststellung über die einstweilige Unsicherheit des Rechtsgrundes dieser Anmeldung getroffen worden, und es ergab sich daraus für das Grundbuchamt ebenfalls die Unzulässigkeit der Eintragung in das Hauptbuch. Die "Suspendierung" war zweifellos als rückwirkend zu verstehen; wurde sie doch mit Rücksicht auf einen allenfalls wegen der zeitlichen Folge der Kaufverträge vorgehenden Erwerbsanspruch Schochs verfügt, einen Anspruch also, der, wenn überhaupt, so schon beim Abschluss des zweiten Kaufvertrages und bei dessen Anmeldung bestanden haben muss. Das in der "Suspendierung" der Anmeldungswirkungen enthaltene richterliche Gebot der Rücksichtnahme auf den Gegenstand der Hauptklage ist vom Grundbuchamt in richtiger Weise durch einstweilige Unterlassung der Eintragung in das Hauptbuch beachtet worden. Dabei wird es für die Prozessdauer zu bleiben haben, sofern das Obergericht die "Suspendierung" nach kantonalem Prozessrecht bestätigen sollte.

BGE 79 II 155 («Willensmangel bei Aktienkauf»)

Regeste:

Kauf von Aktien, Gewährleistung, Irrtum.

Gewährleistung, Art. 197 OR. Bei Wertpapieren kommen als Sachmängel nur Mängel der Urkunde als solcher in Betracht. Für den wirtschaftlichen Wert von Wertpapieren haftet der Verkäufer nur, wenn er dafür besondere Zusicherungen abgegeben hat (Erw. 3).

Grundlagenirrtum, Art. 24 Ziff. 4 OR. Die Anfechtung des Aktienkaufs wegen Irrtums über den wirtschaftlichen Wert der Aktien ist unter besonderen Umständen zulässig.

Sachverhalt

Dr. VV. Frick war Verwaltungsratspräsident der Elwa Elektro A.-G., die zur Ausbeutung von Erfindungen des deutschen Staatsangehörigen Ing. Müller gegründet worden war. Die Elwa erwirkte für einen von Müller erfundenen elektrischen Autoheber und eine elektrische Hebebühne Patente in verschiedenen Ländern, u.a. auch in den Vereinigten Staaten von Amerika. Am Aktienkapital von Fr. 225,000.- waren Dr. Frick und eine durch ihn vertretene Gruppe mit Fr. 175,000.- beteiligt. Wegen Differenzen mit Dr. Frick zog Müller Fürsprech Dr. von Arx als Berater zu. Dieser wünschte als Vertreter eines Konsortiums die in der Hand von Dr. Frick und seiner Gruppe befindlichen Aktien zu erwerben, um die Herrschaft über das Unternehmen zu erlangen. Er trat darüber mit Dr. Frick in Verhandlungen, im Anschluss an welche Dr. Frick am 19. November 1946 ihm eine einlässliche schriftliche Offerte unterbreitete, die er nach weiteren Verhandlungen am 29. Januar 1947 nach verschiedenen Richtungen hin abänderte. Diese bereinigte Offerte nahm Dr. von Arx mit Schreiben vom 31. Januar 1947 an. Gemäss dem so zustandegekommenen Vertrag erwarb Dr. von Arx von Dr. Frick Aktien der Elwa im Nominalbetrag von Fr. 175,000.- sowie sämtliche Forderungen aus Vorschüssen, welche die Gruppe Frick der Elwa gewährt hatte, zum Preis von Fr. 360,000.- Hievon wurden Fr. 160,000.- sofort bezahlt; die restlichen Fr. 200,000.- waren bis Ende 1947 zu begleichen. Im Anschluss an diesen Vertrag trat Dr. Frick als Verwaltungsratspräsident der Elwa zurück.

Im Oktober 1947 focht Dr. von Arx den Vertrag wegen Grundlagenirrtums an, weil sich herausgestellt habe, dass die amerikanischen Patente mit Rücksicht auf die Beteiligung Müllers als feindliches Eigentum beschlagnahmt seien. Der vom Beklagten erhobene Einwand, die Bestimmungen über die Anfechtung wegen Irrtums seien überhaupt nicht anwendbar, wurde von den Gerichten des Kantons Zürich und vom Bundesgericht zurückgewiesen.

Erwägung 4

[...]

Der Einwand des Beklagten, ein Irrtum des Klägers hinsichtlich der freien Verfügungsmöglichkeit über die Patente der Elwa wäre nicht als Grundlagenirrtum anzusehen, weil er sich nicht auf die Kaufsache, d.h. auf die Aktien, beziehe, geht fehl. Notwendige Grundlage des Vertrages kann jeder nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dafür in Betracht kommende bestimmte Sachverhalt bilden. Art. 24 Ziff. 4 OR hat sogar in erster Linie gerade den Fall im Auge, dass sich der Irrtum nicht auf den Vertragsinhalt bezieht, sondern auf einen Umstand, der beim Vertragsschluss als gegeben vorausgesetzt wurde, und der derart wichtig ist, dass er bei objektiver Betrachtung vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus als unerlässlich erscheint, so dass ein Irrtum über ihn nicht als bloßer unbeachtlicher Motivirrtum angesehen werden kann. In der neueren Rechtsprechung wurde dann lediglich festgestellt, dass ein Grundlagenirrtum sich auch auf einen Vertragsbestandteil beziehen könne (BGE 56 II 425) ; es wurde aber keineswegs erklärt, ein Sachverhalt komme für die Irrtumsanfechtung nicht in Betracht, weil er nicht zum Vertragsinhalt erhoben worden sei.

BGE 98 IV 241 («Besitzwandlung»)

Regeste:

Art. 28 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 4 StGB; Strafantrag bei Unterschlagung. Derjenige, welchem der Besitz der Urkunde eines auf seinen Namen lautenden Checks nicht übertragen wird, ist nicht zur Stellung des Strafantrages wegen Unterschlagung berechtigt.

Sachverhalt

X. ist Inhaber eines Postfachs beim Postamt Basel 2. Infolge Irrtums eines Postbeamten wurde ihm Anfang Juli 1971 eine an Y. adressierte Sendung, welche einen auf diesen lautenden Check der Bank of New York über US-Dollar 1'841.24 enthielt, ins Fach gelegt. Obwohl er wusste, dass die Sendung nicht für ihn bestimmt war, sprach er am 12. Juli 1971 beim Schweizerischen Bankverein in Basel vor, gab sich dem Kassier als Y. aus und bat um Einlösung des Checks. Nachdem die Bank fernschriftlich in New York angefragt hatte, ob Deckung bestehe, und obwohl sie darauf keine schlüssige Antwort erhalten hatte, zahlte sie X. auf sein Drängen hin schliesslich am 11. August 1971 den Gegenwert des Checks im Betrag von Fr. 7'539.20 aus. X. verwendete das Geld für private Zwecke.

B.- Am 17. März 1972 verurteilte das Strafgericht Basel-Stadt X. wegen Unterschlagung zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Monaten.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, an welches der Verurteilte die Sache u.a. mit der Begründung weitergezogen hatte, dass kein gültiger Strafantrag vorliege, bestätigte am 9. August 1972 den erstinstanzlichen Entscheid im Schuld- und Strafpunkt.

C.- X. führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Appellationsgerichtes sei aufzuheben und die Sache zur Einstellung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt beantragt Abweisung der Beschwerde.

Erwägung a

Dass Y. kein Eigentum am Papier gehabt hat, wurde auch von der Vorinstanz mit der Begründung angenommen, Y. habe den Check nie in Händen gehabt. In der Tat wäre dieses Recht auch bei gültiger Indossierung des auf seine Person und deren Ordre gestellten Checks (Art. 967 Abs. 2 und 1108 Abs. 1 OR) nur übergegangen, wenn der Besitz an der Urkunde auf ihn übertragen worden wäre (Art. 967 Abs. 1 OR). Ob eine solche Besitzesübertragung stattgefunden habe, entscheidet sich nach den sachenrechtlichen Regeln, wobei als Besitz der reine Sachbesitz an der Urkunde zu verstehen ist. Nach jenen Regeln wird im Normalfall der Besitz durch Übergabe der Urkunde übertragen, die sich in einer qualifizierten Ortsveränderung (Änderung des Gewahrsams mit Willen des Veräusserers), also in einem körperlichen Vorgang äussert. Es kann jedoch unter bestimmten Umständen die Übertragung auch ohne Übergabe

des Papiers geschehen, nämlich bei offener Besitzlage (Art. 922 Abs. 2 ZGB), bei der Besitzwandlung (*brevi manu traditio*), beim Besitzeskonstitut und der Besitzesanweisung (Art. 924 ZGB). In casu ist weder den Akten noch dem angefochtenen Urteil etwas zu entnehmen, was auf eine solche besondere Besitzlage und damit auf eine Besitzesübertragung ohne Übergabe des Papiers vor der Unterschlagung schliessen liesse. Vielmehr steht fest, dass der Aussteller oder die bezogene Bank den Check per Post an die Adresse des Y. abgesandt hat, was erkennen lässt, dass der Besitz an der Urkunde durch deren Übergabe übertragen werden sollte. Tatsächlich hat dann aber die Übertragung auf Y. infolge eines Irrtums der Post nicht stattgefunden. Denn für die Post ist der Absender Auftraggeber. Sie tritt deshalb während des Transports nicht als Mittlerin des Adressaten, sondern als Besitzesdienerin des Absenders auf, für den sie den Besitz an der Sendung bis zu deren Ablieferung ausübt. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Absender Besitzer, der Adressat wird es erst mit der Inempfangnahme der Sendung. Da im vorliegenden Fall die Sendung irrtümlich nicht dem Adressaten, sondern dem Beschwerdeführer abgeliefert wurde, hat Y. vor der Unterschlagung des Checks durch X. am Wertpapier keinen Besitz und damit auch kein Eigentum an der Urkunde erlangt. Er ist - wie die Vorinstanz im Ergebnis richtig angenommen hat - zur Zeit der Tat nicht Berechtigter am Papier gewesen.

BGE 132 III 155 («Übergabe der Mittel»)

Regeste:

Art. 641 Abs. 2 ZGB, Art. 922 ff. ZGB; Übertragung von Besitz und Eigentum an einer Fahrnissache.

Eine Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB) setzt gestuften Besitz voraus. Anerkennt der unmittelbare Besitzer die Herrschaft des mittelbaren Besitzers nicht (mehr) an, verliert dieser seinen Besitz und kann eine Sache nicht mittels Besitzanweisung übertragen (E. 4).

Die Übergabe einer Sache mittels longa manu traditio (Art. 922 Abs. 2 ZGB) setzt eine offene Besitzlage sowie den unmittelbaren Besitz des Veräusserers voraus. Fehlen diese Voraussetzungen ist eine Besitzübertragung durch longa manu traditio ausgeschlossen (E. 5).

Unzulässigkeit der unselbstständigen Vindikationszession: Die Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB stellt kein zulässiges Traditionssurrogat dar. Durch die Abtretung des Vindikationsanspruchs kann kein Eigentum an einer Sache übertragen werden (E. 6.1).

Unzulässigkeit der selbstständigen Vindikationszession: Der Herausgabeanspruch gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB kann nicht selbstständig, d.h. ohne gleichzeitige Übertragung des Eigentums an der Sache, abgetreten werden (E. 6.2).

Der Kläger kann seine Legitimation zur Vindikationsklage nur dann auf eine Bevollmächtigung stützen, wenn dem Vollmachtgeber selber die Herausgabeklage überhaupt zustünde (E. 7).

Sachverhalt

A. Das Hotel H. in S. (S.-Gbbl. x) gehörte ursprünglich der L. AG. Im Rahmen von Neu- und Umbauarbeiten wurde die Liegenschaft gemäss Begründungsakt vom 10. September 1982 in 30 Stockwerkeinheiten aufgeteilt, wobei das Hotelgebäude neu zu der Stockwerkeinheit Gbbl. x-y wurde.

Mit Kaufvertrag vom 30. März 1988 verkaufte die L. AG der M. AG unter anderem das Hotel H. (Stockwerkeinheit Gbbl. x-y). Mit Vertrag vom gleichen Tag leaste die L. AG das eben verkauft Grundstück von der M. AG zurück. In keinem der beiden Verträge findet sich ein expliziter Hinweis bezüglich des Hotelmobiliars.

Mit Schreiben vom 14. September 1994 teilte die M. AG der L. AG mit, dass der Anspruch auf Überlassung des Leasingobjekts infolge Nichtbezahlung der Leasingraten definitiv dahinfalle. In der Folge vermietete die M. AG das Hotel H. mit Vertrag vom 1. April 1995 an das Ehepaar V. und W. Mit Kaufvertrag vom 23. November 1998 erwarb V. schliesslich die Stockwerkeinheit Gbbl. x-y mit dem Hotel H. von der M. AG.

B. Bereits am 19. April 1996 schloss die L. AG mit E. einen Darlehens- und Pfandvertrag ab. Demnach gewährte E. der L. AG ein Darlehen von Fr. 130'000.-. Im Gegenzug räumte die L.

AG E. am Grossinventar des Hotels H. ein Faustpfand ein. Im Vertrag wurde vermerkt, dass sich das Faustpfand im Besitz des jeweiligen Mieters des Hotels H. befindet. Zudem sei E. bei Fälligkeit des Darlehens berechtigt, das Faustpfand zwangsrechtlich oder freihändig zu verwerten und falls gewünscht auch selber zu erwerben.

Am 3. Juli 1997 kam es daraufhin zur privaten Versteigerung des Hotelmobiliars. E. erklärte sich bereit, das gesamte Grossinventar zum Pauschalpreis von Fr. 60'000.- zu übernehmen. Am 30. Oktober 2002 schlossen die Erben des unterdessen verstorbenen E. mit der Y. GmbH und X. einen "Abtretungs- und Übereignungsvertrag" sowie eine "Beteiligungsvereinbarung" ab. Dieser Vertrag enthält eine Bestimmung, wonach die Erbgemeinschaft E. der Y. GmbH und X. unter anderem die Einforderung und gerichtliche Durchsetzung der ihr gegen V. und W. zustehenden Ansprüche überlässt: Der Y. GmbH und X. werden sämtliche durch die Faustpfandverwertung erworbenen dinglichen und obligatorischen Rechte am Hotel-Mobiliar übertragen. Darin ausdrücklich eingeschlossen ist die Übereignung des gesamten Grossinventars des Hotels H.

C. Am 26. Juli 2004 reichten die Y. GmbH und X. (nachfolgend: Kläger) gegen V. und W. (nachfolgend: Beklagte) Klage ein. Sie verlangten im Wesentlichen, die Beklagten seien zu verurteilen, ihnen das im Hotel/Restaurant H. befindlich gewesene bzw. noch befindliche Hotel-Mobiliar (Grossinventar) unverzüglich herauszugeben.

Das Verfahren wurde in der Folge auf die Frage beschränkt, ob die Kläger aktivlegitimiert seien. Mit Urteil vom 29. November 2004 wies der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises S. die Klage ab. Auf Appellation der Kläger wies am 29. April 2005 auch das Obergericht des Kantons Bern die Klage ab.

D. Die Y. GmbH und X. gelangen mit eidgenössischer Berufung an das Bundesgericht. Sie verlangen im Wesentlichen, es sei ihre Aktivlegitimation zur Klage auf Herausgabe des Hotelmobiliars anzuerkennen und die Eigentumsklage gutzuheissen. Eventuell beantragen sie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Die Beklagten schliessen in ihrer Berufungsantwort auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägung 6.1

Die Anerkennung der unselbstständigen Vindikationszession als Traditionssurrogat würde dem nicht besitzenden Eigentümer erlauben, sein Eigentumsrecht an einer Fahrnissache an einen Dritten zu übertragen. Namentlich könnte der Bestohlene, dem - wie oben dargelegt (E. 4.1) - die Besitzanweisung nicht zur Verfügung steht, auf diese Weise eine ihm gestohlene Sache veräussern.

6.1.1 Das deutsche Recht - welches grundsätzlich wie das schweizerische dem Traditionsprinzip folgt - anerkennt die Abtretung des Herausgabebeanspruchs als Ersatz für eine Übergabe. Es regelt diesen Tatbestand ausdrücklich in § 931 BGB. Im ZGB fehlt eine solche rechtliche Grundlage. Namentlich lässt sich die Zulässigkeit der Vindikationszession nicht aus Art. 922 Abs. 1, 2. Halbsatz ZGB ableiten. Unter "Mittel" gemäss dieser Bestimmung ist ein technisches Mittel wie beispielsweise ein Schlüssel zu einem Warenlager zu verstehen. Durch die Übergabe der Mittel wird unmittelbarer Besitz an der Sache verschafft (BGE 109 II 144 E. 3b S. 148 f.). Diese Voraussetzung ist durch die Zession des Herausgabebeanspruchs, welcher als rechtliches Mittel angesehen werden kann, nicht erfüllt.

6.1.2 Es stellt sich die Frage, ob das Gesetz eine zu füllende Lücke enthält, da es dem nicht (unmittelbar oder mittelbar) besitzenden Eigentümer keine Möglichkeit zur Verfügung stellt, sein Recht auf einen Dritten zu übertragen, und diese Lücke durch die Zulassung der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabebeanspruchs zu füllen ist. Im vorliegenden Fall steht die Konstellation im Vordergrund, in der ein Dritter die Sache in seinem Gewahrsam hat.

Dabei ist zu beachten, dass sich der historische Gesetzgeber bewusst für das Traditionsprinzip (und gegen das Vertragsprinzip) ausgesprochen hat. Gleichzeitig hat er erkannt, dass sich dieses nicht ohne Ausnahmen anwenden lässt und hat daher solche ausdrücklich geregelt (vgl. z.B. Votum Berichterstatter Huber vom 13. Juni 1906, Sten.Bull. 1906 N S. 565). Da er sich der Problematik bewusst gewesen ist und eine entsprechend differenzierte Lösung getroffen hat, lässt sich aus der Nichterwähnung der Vindikationszession eher auf ein qualifiziertes Schweigen schliessen. Zudem ist die praktische Bedeutung gering, und als zulässige Alternative steht die Bevollmächtigung zur Ausübung des Eigentumsanspruchs zur Verfügung, evtl. mit Übertragung des Eigentumsrechts durch brevi manu traditio, sobald der Bevollmächtigte in den Besitz der Sache gelangt ist.

6.1.3 Damit ist festzuhalten, dass durch die Abtretung des Herausgabebeanspruchs das Eigentum an einer Fahrnissache nicht übertragen werden kann, da dies mit dem Traditionsprinzip nicht zu vereinbaren ist.

BGer 4A_25/2023 («Eigentumsverschaffungsplficht»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

A.a. A.A._____ (Kläger, Beschwerdeführer) sowie B.A._____ (Beklagter 1, Beschwerdegegner 1), C.A._____ (Beklagter 2, Beschwerdegegner 2) und D.A._____ (Beklagter 3, Beschwerdegegner 3) sind die vier Söhne von E.A._____ sen. und F.A._____. Im Rahmen der Scheidung der Eltern übernahm F.A._____ die Aktien der B._____ AG (nachfolgend: B.______). E.A._____ sen. übernahm grossmehrheitlich die Aktien der C._____ SA (nachfolgend: C.______).

A.b. Am 28. Dezember 2011 schlossen die vier Söhne sowie ihre Eltern eine öffentlich beurkundete Vereinbarung über die Nachfolge in den Familienunternehmen B._____ und C._____ (nachfolgend: Vereinbarung 2011), die unter anderem vorsah, dass E.A._____ sen. die ihm gehörenden Aktien der C._____ den Söhnen zu gleichen Teilen (je 1'375 Namenaktien) und F.A._____ die ihr gehörenden Aktien an der B._____ den Söhnen ebenfalls zu gleichen Teilen (je 2'500 Inhaberaktien) schenken, unter Vorbehalt des Nutzniessungsrechts des schenkenden Elternteils. Das Nutzniessungsrecht von F.A._____ an den B._____ -Aktien endete für die Hälfte der Aktien per 31. Dezember 2018 und dauert für die zweite Hälfte bis längstens 31. Dezember 2023 an. Für den Fall, dass ein Aktionär plane, seine Aktien zu verkaufen, wurde vorgesehen, dass die Aktien zunächst den übrigen Aktionären (Brüdern) zu einem Vorzugspreis anzubieten seien. Die Schenkung der B._____ -Inhaberaktien wurde noch am selben Tag vollzogen.

A.c. Am 22. November 2018 räumte der Kläger der damals von seinem Vater gehaltenen D._____ SA (nachfolgend: D._____) ein unwiderrufliches Kaufsrecht an den ihm geschenkten B._____ -Aktien ein. Die Beklagten erklärten daraufhin dem Kläger, ihr Erwerbsrecht an seinen B._____ -Aktien nach der Vereinbarung 2011 zu gleichen Teilen auszuüben. In der Folge händigte F.A._____ die dem Kläger geschenkten, nicht mehr mit ihrer Nutzniessung belasteten 1'250 B._____ -Inhaberaktien dem Beklagten 1 aus und kündigte dem Kläger an, auch seine restlichen Aktien nach Ablauf des verbleibenden Nutzniessungsrechts Ende 2023 zu übertragen.

B.

B.a. Mit Klage vom 12. Dezember 2019 beim Bezirksgericht Horgen verlangte der Kläger von den Beklagten im Wesentlichen die Herausgabe der ihm geschenkten 2'500 B._____ -Inhaberaktien, im Subeventualbegehren zuletzt (am 29. Juni 2021) die Feststellung, dass er Eigentümer an (inzwischen geschaffenen) 250'000 B._____ -Namenaktien sei, sowie die

Bezahlung der in den Jahren 2019 und 2020 ausgeschütteten Dividenden aus den Aktien. Zudem ersuchte er um vorsorgliche Massnahmen zur Sicherstellung der Realerfüllung. Die Beklagten beantragten die Abweisung der Klage und erhoben Eventualwiderklage, mit der sie die Zustimmung des Klägers zur Übertragung seiner B._____ -Aktien verlangten.

Am 25. August 2020 wurden die B._____ -Inhaberaktien bei gleicher Aktionärsbeteiligung in Namenaktien umgewandelt, was zur Änderung der Klagebegehren führte. Anlässlich einer Verhandlung vom 15. Januar 2021 gelang eine Teilvereinbarung hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen über die Ausgabe neuer Aktienzertifikate durch die B._____. Im Übrigen wies das Bezirksgericht die Massnahmebegehren ab, soweit es darauf eintrat. Eine dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich am 28. Juni 2021 ab, soweit es darauf eintrat.

Mit Urteil vom 22. März 2022 stellte das Bezirksgericht fest, der Kläger sei Eigentümer von 125'000 unbelasteten B._____ -Namenaktien sowie weiteren 125'000 bis 31. Dezember 2023 mit der Nutzniessung von F.A._____ belasteten B._____ -Namenaktien (Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Die Anträge des Klägers auf Erstattung der Dividendenzahlungen wies es ab (Dispositiv-Ziff. 3). Ferner verpflichtete es ihn (in Gutheissung der Eventualwiderklage der Beklagten), seine Zustimmung zur Übertragung der 250'000 B._____ -Namenaktien durch Zession an die Beklagten zu erklären und diese Erklärung F.A._____ anzuzeigen, wobei es anordnete, die Zessionserklärung des Klägers werde sogleich durch das Urteil ersetzt (Dispositiv-Ziff. 4).

B.b. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und verlangte im Wesentlichen, die gerichtliche Zessionserklärung sei aufzuheben und es seien ihm die per 24. Juni 2019 und 23. Juni 2020 ausgeschütteten Dividenden zu erstatten. Die Beklagten erhoben Anschlussberufung, die sich gegen die Feststellung des Bezirksgerichts richtete, der Kläger sei noch immer Eigentümer der ihm geschenkten Aktien der B._____.

Mit Urteil vom 29. November 2022 hiess das Obergericht die Berufung teilweise und die Anschlussberufung vollumfänglich gut, hob die Dispositivziffern 1, 2 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts auf und bestätigte unter anderem die Dispositivziffer 3 (Abweisung der Anträge auf Erstattung von Dividendenzahlungen), unter Abweisung der (geänderten) Klagebegehren des Klägers, dass er Eigentümer von 125'000 unbelasteten und 125'000 mit der Nutzniessung belasteten B._____ -Namenaktien sei.

Es erwog, die erinstanzliche Feststellung sei zu bestätigen, dass in der Vereinbarung 2011 ein verbindliches Erwerbsrecht im Sinne eines bedingten Kaufs- und Verkaufsrechts vereinbart wurde und dessen Bedingung eingetreten sei, als der Kläger der D._____ ein unwiderrufliches Kaufsrecht an seinen 2'500 B._____ -Aktien eingeräumt habe. Die Beklagten seien somit berechtigt gewesen, durch einseitige Erklärung den Kaufvertrag mit dem Kläger über dessen Aktien zum Abschluss zu bringen, was sie mit Schreiben vom 28. Februar 2019 getan

hätten. Die Beklagten hätten die B._____ -Aktien des Klägers rechtsgültig erworben und diese seien mit der Anzeige der Ausübung des Kaufsrechts in ihr Eigentum übergegangen. Der Kläger unterliege damit im Ergebnis mit seiner Klage vollumfänglich.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht im Wesentlichen, es sei das Urteil des Obergerichts vollumfänglich aufzuheben (Ziff. 1) und festzustellen, dass er Eigentümer von 125'000 unbelasteten (Ziff. 2.1) sowie von weiteren 125'000 belasteten B._____ -Namenaktien sei (Ziff. 2.2). Weiter sei die Eventualwiderklage der Beschwerdegegner abzuweisen (Ziff. 2.3). Ferner hätten die Beschwerdegegner ihm die per 24. Juni 2019 und 23. Juni 2020 ausgeschütteten Dividenden nebst Zins zu erstatten (Ziff. 2.4.1-2.4.6). Die Gerichtskosten für das kantonale Verfahren seien vollumfänglich den Beschwerdegegnern aufzuerlegen (Ziff. 2.5) und diese seien zu verpflichten, ihm eine Entschädigung für das kantonale Verfahren von insgesamt Fr. 405'932.-- zu bezahlen (Ziff. 2.6). Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziff. 3).

Die Beschwerdegegner beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (Ziff. 1a). Eventualiter - für den Fall der Gutheissung der Anträge gemäss Ziff. 2.1 und 2.2 der Beschwerde - verlangen sie im Wesentlichen, der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, seine Zustimmung zur Übertragung durch Zession der 250'000 B._____ -Namenaktien an sie zu erklären und diese Erklärung F.A._____ anzugeben, wobei die Zessionserklärung durch das Urteil ersetzt werden solle (Ziff. 1b). Subeventualiter, für den Fall, dass das Bundesgericht lediglich von einem Vorhandrecht ausgehen sollte, beantragen sie im Wesentlichen, dass die erforderliche Annahmeerklärung des Beschwerdeführers durch das Urteil zu ersetzen sei (Ziff. 1c). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert und dupliziert.

Mit Verfügung vom 23. Januar 2023 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung gewährt. Mit Präsidialverfügung vom 14. März 2023 wurde das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und die einstweilen erlassene Anordnung aufgehoben.

Erwägung 8.1

Die Erstinstanz ist davon ausgegangen, für die Übertragung des Eigentums an Fahrnis sei nach überwiegender Lehre und der (neueren) bundesgerichtlichen Rechtsprechung zusätzlich zum Verpflichtungsgeschäft und der tatsächlichen Übertragung des Besitzes auf den Erwerber (traditio) ein sogenannter dinglicher Vertrag (contrat réel) erforderlich. Daran anknüpfend rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie die Notwendigkeit eines solchen dinglichen Vertrags für den Eigentumsübergang verneint habe.

8.1.1. Gemäss Art. 967 OR bedarf es zur Übertragung von Wertpapieren zu Eigentum in allen Fällen der Übertragung des Besitzes an der Urkunde. Anwendbar sind die allgemeinen Regeln der Besitzübertragung gemäss Art. 922 ff. ZGB. Nach jenen Regeln wird im Normalfall der Besitz durch Übertragung der Urkunde übertragen, die sich in einer qualifizierten Ortsveränderung (Änderung des Gewahrsams mit Willen des Veräußerers), also in einem körperlichen Vorgang äussert. Es kann jedoch bei gegebenen Voraussetzungen die Übertragung auch ohne Übergabe des Papiers (mittels Traditionssurrogate) geschehen (BGE 98 IV 241). Art. 967 Abs. 1 OR prägt keinen besonderen wertpapierrechtlichen Begriff der Besitzübertragung, sondern enthält lediglich eine Verweisung auf die allgemeinen sachenrechtlichen Regeln.

8.1.2. Die Vorinstanz erwog, das Bundesgericht habe zur Übertragung von Fahrniseigentum in langjähriger Praxis einzig einen gültigen Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft) sowie die Übertragung des Besitzes an der Fahrnis vorausgesetzt. Auch wenn es in neueren Entscheiden den Begriff des dinglichen Vertrags erwähne, habe es am kausalen Charakter der Übereignung festgehalten, wonach der Erwerb von Fahrniseigentum von der Gültigkeit des ihm zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (*causa*) abhänge. Das Bundesgericht habe bis anhin keine differenzierte Diskussion vorgenommen, aus der sich eine Abkehr von der langjährigen auf dem kausalen Charakter beruhenden Rechtsprechung erkennen liesse und sich ergäbe, dass neben dem Verpflichtungsgeschäft und der Übergabe der Sache (*traditio*) zusätzlich ein dinglicher Vertrag zur Eigentumsübertragung erforderlich wäre. Weder hätten sich die gesetzlichen Grundlagen geändert noch habe sich die bisherige Praxis als unzulänglich erwiesen. Die Vertragsparteien hätten in Ziff. III.2.c der Vereinbarung 2011 ein Kaufsrecht vereinbart. Mit Erklärung der Beschwerdegegner vom 28. Februar 2019 sei ein Kaufvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Die Eigentumsverschaffung sei dem Fahrniskauf inhärent. Der Wille zur Eigentumsübertragung sei anhand der Regelung in Ziff. III.2.c der Vereinbarung 2011 jedenfalls klar ersichtlich. Die Vertragsparteien hätten ihren Willen, Eigentum an den B._____ -Aktien des verkaufswilligen Aktionärs auf die Erwerber zu übertragen, deutlich im Verpflichtungsgeschäft ausgedrückt, einer zusätzlichen Einigung über den Willen zur Eigentumsverschaffung habe es nicht bedurft. Zusammenfassend bedürfe die Übereignung der B._____ -Aktien neben dem Verpflichtungsgeschäft und der *traditio* keines dogmatisch selbstständigen dinglichen Vertrags über den Willen der Parteien, Eigentum an der Sache zu verschaffen.

8.1.3. Explizit erwähnt wird das Erfordernis eines dinglichen Vertrags ("un contrat réel entre le constituant et l'acquéreur") in einem publizierten Bundesgerichtsentscheid im Zusammenhang mit der Begründung eines Pfandrechts an Fahrnis.

In der Lehre ist die Frage nach dem Erfordernis eines dinglichen Vertrags zur Übertragung von Eigentum an Fahrnis umstritten.

8.1.4. Auf die Frage, ob es neben dem Verpflichtungsgeschäft und der traditio (bzw. dem Traditionssurrogat) bei der Eigentumsübertragung an Fahrnis (vorliegend an Wertpapieren) zusätzlich generell eines dinglichen Vertrags bedarf, muss hier nicht weiter eingegangen werden. Mit der Vorinstanz ist immerhin festzuhalten, dass mit der Erwähnung eines dinglichen Vertrags keine Abkehr vom Kausalitätsprinzip verbunden ist. Jedenfalls stellen auch die Befürworter eines dinglichen Vertrags nicht in Abrede, dass der dingliche Vertrag, mit dem die Vertragsparteien ihren Willen (in Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts) zur Eigentumsübertragung erklären, regelmäßig mit dem Verpflichtungsgeschäft und dessen Erfüllung zusammenfällt.

Vorliegend ist nicht ersichtlich und der Beschwerdeführer tut auch nicht dar, weshalb der Konsens über das Grundgeschäft (Vereinbarung eines bedingten Kaufs- und Verkaufsrechts in der Vereinbarung 2011) noch keine dingliche Wirkung haben soll (zur Frage der traditio bzw. des Traditionssurrogats vgl. hiernach E. 8.2). Vor diesem Hintergrund sind denn auch die vorinstanzlichen Ausführungen (vgl. hiervor E. 8.1.2) nicht zu beanstanden, mit denen sich der Beschwerdeführer im Übrigen kaum auseinandersetzt. Selbst die Erstinstanz hat ein gültiges Verfügungsgeschäft letztlich nicht aufgrund eines fehlenden dinglichen Vertrags, sondern aufgrund der nach ihrer Ansicht fehlenden Verfügungsmacht von F.A._____ verneint. Dieser Ansicht scheint im Übrigen auch der Beschwerdeführer selbst zu sein, wenn er in seiner Beschwerde ausführt, unabhängig davon, ob man im Zusammenhang mit der traditio von einem "dinglichen Vertrag" spreche, gehe es zentral um die Frage, ob F.A._____ zur Besitz- und Eigentumsübertragung betreffend die B._____ -Aktien ermächtigt gewesen sei.

BGE 142 III 746 = Pra (2018) Nr. 15, 107 («Begründung eines Pfandrechtes an Fahrnis»)

Regeste:

Fahrnispfand zur Besicherung aller bestehenden und allfälligen künftigen Forderungen; Bestimmbarkeit der besicherten Forderung (Art. 27 Abs. 2, 884 ff. ZGB; Art. 19 Abs. 2 OR). Materielle Voraussetzungen des Pfandbestellungsvertrags, insbesondere bezüglich der Bezeichnung der besicherten Forderung oder Forderungen. Erfordernis der genügenden Bestimmbarkeit allfälliger künftiger Forderungen. Entstehung des Pfandrechts und Untergang des selbigen. Übermässige Bindung. Fehlen der genügenden Bestimmbarkeit im vorliegenden Fall, da es sich um einen Befreiungsanspruch der Bank handelt, der im Zeitpunkt des Abschlusses des Pfandbestellungsvertrags nicht vorhersehbar war.

Sachverhalt

Am 18. Februar 2004 eröffnete die A. Incorporation (nachstehend: A. oder Klägerin), eine Gesellschaft mit Sitz in Panama, das Bankkonto Nr. xxx bei der Bank B.B. SA, welche am 1. April 2011 die B. SA wurde (nachstehend: Bank oder Beklagte) und deren Sitz sich in . . . (VD) befindet.

Die Parteien unterzeichneten zu diesem Zwecke eine Urkunde mit der Überschrift Kontokorrent- und Hinterlegungsvereinbarung, ein Dokument, das die «general terms and conditions» sowie die «terms and conditions of deposit» der Bank enthält.

Am gleichen Tag vertraute A. der Bank ein Vermögensverwaltungsmandat nach freiem Ermessen und ein spezifisches Verwaltungsmandat für die Anlagen in Risikofonds im Zusammenhang mit diesem Konto an.

A. unterzeichnete für das betreffende Konto auch einen allgemeinen Verpfändungs- und Abtretungsvertrag («general deed of pledge and assignment»). Die Klägerin erklärt darin, der Bank ein Pfand- und Verpfändungsrecht auf allen Wertpapieren, Sparheften und Depots einzuräumen.

Gemäss dem Wortlaut dieses Pfandvertrages erklärt A. insbesondere, der Beklagten ein Pfand- und Verpfändungsrecht zu gewähren «als Sicherheit für alle gegenwärtigen und zukünftigen Schulden und Verpflichtungen, die sich aus ihren Geschäftsbeziehungen ergeben, welche die Bank mit (A.) hat oder in Zukunft haben könnte».

Zwischen 2004 und 2006 tätigte die Bank, im Rahmen der Verwaltung des vorerwähnten Bankkontos (nachstehend: streitiges Konto) in ihrem eigenen Namen, aber auf Rechnung der Klägerin, Käufe von Anteilen von zwei Anlagefonds bei der C. Investment New York (nachstehend: Gesellschaft C.), Anteile, die sie weiterverkaufte und den Verkaufspreis dem Konto von A. gutschrieb, nach Abzug ihrer Kommission und der Stempelgebühren. Es handelt sich um die beiden folgenden Geschäftsvorgänge:

- am 15. April 2004 kaufte die Bank Anteile des Anlagefonds X. plc (nachstehend: Fonds X.) zum Preis von USD 249 302,05, verkaufte sie dann am 31. Juli 2006 weiter zum Preis von USD 301 168,60 und erzeugte dadurch einen Gewinn von USD 51 866,55;
- am 26. April 2005 kaufte die Bank Anteile des Anlagefonds Y. Ltd. (nachstehend: Fonds Y.) zum Preis von USD 49 722,40, verkaufte sie dann wieder am 3. Mai 2005 zum Preis von USD 49 086,18, woraus sich ein Verlust von USD 636,22 ergab.

Gemäss dem angefochtenen Entscheid wird nicht bestritten, dass die Bank diese Käufe in eigenem Namen, auf Rechnung der Klägerin, vornahm und dass diese nie am Entscheid betreffend diese Investitionen beteiligt war. Diese Feststellung wird von der Bank beanstandet. Ausserdem erhielt die Bank am 26. März 2004 ebenfalls auf Rechnung einer Gesellschaft D. Inc., deren wirtschaftlich Berechtigter derselbe ist wie derjenige von A., Beträge zur Rückerstattung der Anteile des Fonds X. Equity, in der Höhe von USD 512 803,03.

Der Gesamtbetrag dieser Rückerstattungen beläuft sich auf USD 862 254.

Der Konkurs der Gesellschaft C., die betrügerisch, durch Verwendung eines Schneeballsystems vorging, wurde im Dezember 2008 eröffnet.

Am 13. Juli 2009 erhob der Konkursverwalter [Trustee] der Konkursmasse der Gesellschaft C. eine Anfechtungsklage gemäss dem amerikanischen Konkursrecht, um die Rückerstattung von USD 399 Mio. zu erlangen, die angeblich von der Gesellschaft C. in den sechs Jahren vor ihrem Konkurs an den Fonds Y. transferiert worden waren und die rein fiktiven Investitionen und Gewinnen entsprechen.

Am 5. Dezember 2010 reichte der Trustee auch eine Klage (amended complaint) gegen bestimmte Bankinstitute und Anlagefonds, namentlich den Fonds X., ein, um die Rückerstattung von USD 692,3 Mio. von diesem Fonds X. zu erlangen; diese entsprechen den in den sechs Jahren vor dem Konkurs der Gesellschaft C. getätigten Rückerstattungen. Er beabsichtigt, gegen den Fonds Y. im Betrage von USD 398,7 Mio. gleich vorzugehen.

Gegen die Bank wurde bis dann vom Trustee keine Klage erhoben, sondern sie wurde von diesem nur darüber informiert, dass er gegen sie als «subsequent transferee» Klage einreichen könnte, wenn er die Rückerstattung durch den Fonds X. nicht erhalten könne.

Inzwischen, am 16. September 2010, hatte A., die durch ihren wirtschaftlich Berechtigten E. vorging, von der Bank die Rückerstattung ihrer Guthaben auf dem streitigen Konto verlangt. Am folgenden Tage kündigte dann die Bank das Kontokorrentverhältnis mit sofortiger Wirkung, teilte dann am 30. November 2010 der A. mit, dass sie auf ihren Guthaben, ausser einem Betrag von USD 100 000 als Sicherheit für ihre Kreditkarte, den Betrag von USD 812 270,36 zurück behalte, um sich gegen die Möglichkeit von «clawback» betreffend den Fonds X. abzusichern.

Am 23. November 2010 wies A. die Bank an, alle ihre Aktiven an eine andere Bank zu transferieren. Zwischen Dezember 2010 und Mai 2011 erstattete die Bank der A. Beträge von über

Fr. 3 Mio. zurück, erlaubte ihr, die ihr gehörenden Aktien zurückzuziehen, aber behielt als Sicherheit einen Betrag von USD 350 254.

Auf das Betreibungsbegehren von A. hin stellte das Betreibungsamt des Bezirks Jura-Nord Waadt am 10. Januar 2011 der Bank einen Zahlungsbefehl Nr. yyy zu, über die Beträge Fr. 965 172.81 und Fr. 312 125.–, nebst Zins zu 5 % jährlich ab dem 17. September 2010; die Bank erhob dagegen Rechtsvorschlag.

Am 7. Juni 2011 leitete A., die durch ihren wirtschaftlich Berechtigten E. vorging, bei der Kammer für vermögensrechtliche Angelegenheiten des Kantons Waadt Klage gegen die Bank ein; die Klägerin forderte die Zahlung von (I) Fr. 338 002.52 nebst Zins zu 5 % jährlich ab dem 17. September 2010, plus Zinsen zu 5 % auf bereits rückerstatteten Beträgen, von (II) Fr. 26 043.80 und von (III) USD 3241,17 nebst Zins zu 5 % jährlich ab dem 17. September 2010; sie verlangte auch (IV) Rechtsöffnung betreffend den Rechtsvorschlag (Art. 105 Abs. 2 BGG).

Die Bank beantragte (I) die Abweisung der Anträge der Klägerin, (II) es sei festzustellen, dass sie den Betrag von USD 350 254 auf dem streitigen Konto gültig gesperrt habe zur Absicherung der potentiellen Verbindlichkeiten von A. in Form von «claw back claims» des Trustee oder der Liquidatoren der Fonds X. und Y., in welche sie auf deren Rechnung investiert habe, und (III) es sei festzustellen, dass das errichtete Pfand ausserdem erlaubt, die potentiellen Verbindlichkeiten der D. Inc. zu decken in Form von «claw back claims» des Trustee oder der Liquidatoren der Fonds, in welche sie auf Rechnung dieser Gesellschaft investierte.

Auf Vorschlag des zuständigen Richters willigten die Parteien ein, das Verfahren auf die Frage zu beschränken, ob ein Pfandrecht der Bank an den Guthaben der Klägerin bestehe oder nicht. Mit «Beweis»-Anordnung vom 22. November 2012 wurde das Verfahren auf diese Frage beschränkt. Mit Zwischenentscheid vom 1. Mai 2014 erkannte die Kammer für vermögensrechtliche Angelegenheiten, dass die Beklagte ein Pfandrecht an den Guthaben der Klägerin besitze. Sie erwog, kurz gesagt, dass das Pfandrecht, das sich bei seiner Errichtung auf eine bestimmbare Forderung beziehen müsse, sich sehr wohl auf die mit dem streitigen Konto verbundene Geschäftsbeziehung beziehe, dass die eingegangene Verpflichtung ermögliche, sich eine genaue Vorstellung davon zu machen sowie das eingegangene Risiko zu schätzen, so dass das Pfandrecht sehr wohl entstanden sei. Sie erwog dann, dass dieses Recht nicht erloschen sei, als die Klägerin die Rückerstattung ihrer Guthaben verlangte, dass die zukünftige Forderung nicht im gegenwärtigen Zeitpunkt bestehen müsse, da es sich nicht darum handle, das Pfandobjekt zu verwerten, dass es der Klägerin nicht gelang, zu beweisen, dass die Forderung auf keinen Fall entstehen werde und dass, im Übrigen, das Durchlesen der Akten den Schluss erlaube, dass die Bank ernsthaft gerichtlichen Verfahren ausgesetzt sei. Schliesslich verfüge die Bank, die immer im Interesse ihres Auftraggebers handle und keinen Verlust im Rahmen ihrer Tätigkeit erleiden dürfe, über eine auf Art. 402 Abs. 1 OR oder die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 OR gestützte Forderung.

Die Klägerin legte gegen dieses Urteil Berufung ein. Mit Entscheid vom 13. Juni 2014 erklärte die Cour d'appel civile [die zivilrechtliche Berufungsabteilung] des Kantonsgerichts Waadt die Berufung als unzulässig, ein Entscheid, den das Bundesgericht mit Urteil vom 10. April 2015 aufhob; es wies die Sache zur Prüfung der Berufung an das kantonale Gericht zurück (Verfahren 4A_545/2014).

Die Cour d'appel civile entschied nach Rückweisung mit Urteil vom 3. September 2015 und wies die Berufung der Klägerin ab, soweit sie zulässig war, und bestätigte das Urteil der Kammer für vermögensrechtliche Angelegenheiten. Das kantonale Gericht anerkannte im Wesentlichen, dass die zukünftige und mögliche Forderung der Bank hinreichend bestimmt oder bestimmbar sei, da sie sich aus der mit dem streitigen Konto verbundenen Geschäftsverbindung ergebe: Das zukünftige Risiko von «claw back» müsse nicht aus dem Vertragstext hervorgehen; massgebend sei das zukünftige, sich aus den Geschäftsbeziehungen ergebende Risiko, welches die finanziellen Folgen allfälliger Gerichtsverfahren und möglicher Retrozessionen umfasse; die Klägerin habe übrigens in Anbetracht des Auftrags, den sie der Bank erteilt hatte, wissen müssen, dass die Investitionen auch in Risikofonds gemacht wurden. Ausserdem erwog das kantonale Gericht, dass die Bank gegenwärtig ernsthaft gerichtlichen Verfahren ausgesetzt sei: Klagen gegen die Fonds seien namentlich in den Vereinigten Staaten anhängig, sodass die Klagen gegen die Bank als «subsequent transferee» somit aufgeschoben seien und nur angestrengt würden, wenn die verlangten Beträge bei den Fonds nicht wiedererlangt werden könnten. Das Berufungsgericht schloss daraus, dass nicht bestimmt gesagt werden könne, dass die Forderung nicht entstehen werde.

Gegen diesen Entscheid legt die Klägerin beim Bundesgericht eine Beschwerde in Zivilsachen ein. Sie beantragt hauptsächlich, es sei festzustellen, dass die Bank kein Pfandrecht an ihren Guthaben habe und dass die Beklagte ihr die unverzügliche Zahlung des Betrages von Fr. 338 002.52 nebst Zins, des Betrages von Fr. 26 043.80 ohne Zinsen und des Betrages von USD 3241,17 nebst Zins schulde, da betreffend den Rechtsvorschlag Rechtsöffnung im entsprechenden Betrage gewährt worden sei; eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an das kantonale Gericht zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen.

Die beschwerdebeklagte Bank beantragte in formeller Hinsicht Nichteintreten auf den von der Klägerin neu vorgebrachten Sachverhalt sowie die neuen Aktenstücke 7 und 8 und in der Hauptsache Abweisung der Beschwerde.

Das kantonale Gericht bezog sich auf die Erwägungen seines Entscheids.

Die Parteien reichten noch Ausführungen ein.

Erwägung 2.1

Das Fahrnispfandrecht kann nur in einer der vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Formen begründet werden (Numerus clausus der dinglichen Rechte).

Der Erwerb (oder die Entstehung) eines Pfandrechts an beweglichen Sachen (Art. 884 ff. ZGB) oder an Forderungen und anderen Rechten (Art. 899 ff. ZGB) setzt einen Erwerbsgrund und einen Erwerbsakt voraus; der Letztere selbst besteht aus einem Verfügungsgeschäft, das heisst einem dinglichen Vertrag zwischen dem Besteller und dem Erwerber, und einem materiellen Geschäft, das heisst betreffend die beweglichen Sachen die Übertragung des Besitzes. Der Erwerbsgrund ist das Verpflichtungsgeschäft, durch welches der Besteller sich verpflichtet, dieses beschränkte dingliche Recht zu begründen, das heisst der Fahrnispfandbestellungsvertrag. Dieser Grund hat keinen Einfluss auf das dingliche Recht selbst, da er nur eine Forderung auf Begründung des dinglichen Rechts erzeugt.

Das Verfügungsgeschäft ist der dingliche Verfügungsvertrag, durch den der Besteller seinen Willen äussert, dem Pfandgläubiger die Sache oder das verpfändete Recht zu übertragen, um die sich aus dem Pfandbestellungsvertrag ergebende Pflicht zu erfüllen. Er setzt voraus, dass der Erwerbsgrund rechtlich gültig ist; das Verfügungsgeschäft ist in der Tat kausal und nicht abstrakt. Es erfordert, dass der Besteller die Verfügungsmacht über den Pfandgegenstand hat. Wenn das verpfändete Recht eine Forderung ist, die nicht in einem Wertpapier verbrieft ist, verlangt der Verfügungsvertrag die Schriftform; er fällt mit dem Verpflichtungsvertrag zusammen in dem Sinne, dass das gleiche Geschäft den Willen des Bestellers zur Begründung des Pfandrechts und das dazu erforderliche Verfügungsgeschäft ausdrückt, da eine Besitzübertragung unmöglich ist.

Das materielle Geschäft besteht in der Besitzübertragung der beweglichen Sache oder, wenn die Forderung in einem Wertpapier verbrieft ist, dieses Titels.

Das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten muss von der treuhänderischen Zession dieser Forderungen und Rechte unterschieden werden, ein mit dem Recht des Fahrnispfands verwandtes Rechtsinstitut; im ersten Falle ändert der Inhaber der Forderung oder das zur Sicherung gegebenen Rechts nicht, während im zweiten Falle die Forderung oder das zur Sicherung gegebene Recht ganz, treuhänderisch, an den Inhaber der gesicherten Forderung übergeht. Die treuhänderische Sicherungszession findet sich häufig im unternehmerischen Bereich, in welchem der Schuldner in die gesamte Zession seiner Forderungen gegen seine Kunden einwilligt.

JdT 1986 I 571 («Klappstuhl-Fall»)

Regeste:

RESPONSABILITE DU FAIT DES PRODUITS. OBLIGATIONS DU VENDEUR-IMPORTATEUR QUANT A LA QUALITE ET LA BIENFACTURE DES PRODUITS MIS EN VENTE.

-- Action en responsabilité du fait des produits contre le vendeur-importateur par le lésé -- Admission de l'action par le tribunal de première instance, puis rejet de l'action par l'instance cantonale de recours. -- Admission partielle par le TF du recours en réforme interjeté par le demandeur et renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Art. 55 CC, art. 41 et art. 55 CO.

S'agissant de la mise en vente d'un produit nouveau, le vendeur non fabricant dudit produit doit procéder à un examen des éléments apparents et aisément contrôlables de l'article en cause, du moins si celui-ci émane d'un fabricant que le vendeur ne connaît pas ou dont il a des raisons de mettre en doute la qualité de la production. Il doit organiser son travail de façon que l'examen et le contrôle justifiés par les circonstances ne puissent être omis

Sachverhalt

Le médecin-dentiste M. avait équipé son cabinet de deux chaises pliables, fabriquées en Italie et achetées chez un importateur suisse, la société S. SA, au prix de 230 fr. la pièce. L'une des deux chaises s'effondra sous le poids d'un patient, occasionnant à ce dernier des blessures à la colonne vertébrale. Le patient réclame 199000 fr. de dommages-intérêts à l'importateur suisse, avec lequel il n'était lié par aucun contrat. Le Tribunal de première instance du canton de Genève a admis le principe de l'action et alloué au demandeur un montant de 95000 fr. de dommages-intérêts. Ce jugement a été annulée par la Cour de justice de Genève, qui a rejeté l'action. Le TF a partiellement admis le recours du patient et renvoyé l'affaire à l'autorité cantonale pour nouvelle décision (rés.).

Erwägungen

La responsabilité de la défenderesse, société anonyme, doit être appréciée au regard de l'art. 55 CC, relatif à la responsabilité du fait des organes, et de l'art. 55 CO, concernant la responsabilité de l'employeur. Pour les organes, agissant comme tels, la personne morale répond de leurs actes illicites, mais sa responsabilité suppose une faute de l'organe, au sens de l'art. 41 CO. Dans le cadre de l'art. 55 CO, l'employeur répond du dommage causé par ses auxiliaires même si aucune faute ne leur est imputable, mais il a la faculté d'apporter l'une des preuves libératoires prévues par cette disposition. On ne dispose ici d'aucune indication sur la ou les personnes, organes ou employés de la défenderesse, qui ont décidé de mettre à disposition du public la chaise en cause. Quoi qu'il en soit, il s'agit de déterminer si les responsables de

la société anonyme ont pris toutes les précautions nécessaires pour éviter un dommage. On tiendra compte à cet égard du fait qu'une chaise dont l'assemblage est défectueux est de nature à mettre en danger l'intégrité corporelle de ses usagers; cette particularité impose à celui qui met à la disposition du public un tel produit l'obligation de prendre toutes les mesures propres à empêcher la réalisation de ce risque. Par ailleurs, l'employeur -- par l'intermédiaire de ses organes s'agissant d'une personne morale -- répond non seulement du choix, de l'instruction et de la surveillance de ses auxiliaires, mais aussi d'une bonne organisation du travail dans l'entreprise.

d) En l'espèce, sont déterminantes les mesures de précaution qui doivent être prises par un marchand de chaises, non producteur, quant à la bienfacture des sièges mis à la disposition du public. Un vendeur doit certes savoir ce qu'il vend. Mais on ne saurait exiger qu'il vérifie la qualité et la bienfacture de tous les produits qu'il met en circulation. S'agissant d'un produit nouveau, on peut attendre de lui qu'il procède à un examen des éléments apparents et aisément contrôlables, tout au moins pour les produits présentant certains risques et émanant d'un fabricant que le vendeur ne connaît pas ou dont il sait que la qualité de la production est sujette à caution. Dans le cas d'une chaise d'un modèle nouveau, non encore éprouvé, cet examen doit en tout cas porter sur la stabilité et la solidité des éléments porteurs. Les exigences quant à l'étendue de cet examen seront plus ou moins élevées selon la nature du commerce et la formation du vendeur. Lorsque celui-ci recourt à des auxiliaires, il devra notamment veiller, par le canal de ses organes si c'est une personne morale, à ce que le travail soit organisé de telle façon que l'examen et le contrôle justifiés par les circonstances ne puissent être omis.

BGE 121 IV 10 («Hebebühnenfall»)

Regeste:

Art. 18 und 117 StGB; Art. 1 und 3 STEG; Sorgfaltspflicht des Verkäufers eines technischen Gerätes (Hebebühne).

Der Verkäufer eines Produkts, dessen Gebrauch mit Gefahren für Leben und Gesundheit verbunden sein kann, handelt pflichtwidrig unvorsichtig, wenn er dieses nicht einer umfassenden Funktionskontrolle unterzieht und auf allenfalls versteckte Mängel prüft (E. 3a).

Sachverhalt

G. ist Geschäftsleiter der E. AG, die auf Lösungen von Transport- und Lagerproblemen spezialisiert ist. Die Gesellschaft lieferte im Herbst 1987 der Firma C. AG für deren Schreinereibetrieb eine elektrohydraulische, fahrbare Hebebühne mit Rollbahn. Diese wurde für den Transport von Kunststoffplatten zwischen dem Produktions- und dem Lagerraum eingesetzt.

Am 20. März 1990 waren F. und ein weiterer, aushilfsweise angestellter Mann damit beschäftigt, mit der Hebebühne Corian-Platten von einem Kiesplatz über einen Warenlift in den Produktionsraum zu bringen. Nachdem drei Fuhren ohne Probleme verlaufen waren, entschlossen sie sich, die Hebebühne im Lift stehen zu lassen und dort zu beladen. Nachdem sie 16 Platten mit einem Gesamtgewicht von 1030 kg aufgeladen hatten, glitt die Ladung plötzlich über die Hebebühne hinaus und stürzte gegen die noch offene Lifttüre. Dabei geriet die Hebebühne ihrerseits in Bewegung. Sie wurde leicht angehoben und gegen die hintere, geschlossene Liftwand gedrückt. Der dort zwischen Hebebühne und Liftrückwand stehende F. wurde eingeklemmt und starb noch auf der Unfallstelle an den erlittenen inneren Verletzungen.

G. wird als Geschäftsleiter der E. AG vorgeworfen, er habe ein Gerät geliefert, das für den vorgesehenen Einsatz nicht sicher gewesen sei und den anerkannten Regeln der Technik nicht entsprochen habe.

B.- Das Bezirksgericht Bremgarten verurteilte G. am 1. April 1993 wegen fahrlässiger Tötung zu einer Busse von Fr. 3'000.--. Das Obergericht, 1. Strafkammer, des Kantons Aargau wies eine dagegen gerichtete Berufung am 17. Januar 1994 ab.

C.- Der Kassationshof des Bundesgerichts hiess die dagegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde von G. mit Urteil vom 19. Juli 1994 gut und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Die staatsrechtliche Beschwerde von G. wurde als gegenstandslos abgeschrieben.

D.- Das Obergericht, 1. Strafkammer, des Kantons Aargau wies hierauf mit Urteil vom 15. September 1994 die Berufung von G. erneut ab.

E.- Dagegen erhebt G. eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Staatsanwaltschaft und das Obergericht des Kantons Aargau verzichten auf Gegenbemerkungen.

F.- Mit heutigem Urteil hat der Kassationshof die in der gleichen Sache erhobene staatsrechtliche Beschwerde von G. abgewiesen.

Das Bundesgericht weist die Nichtigkeitsbeschwerde ab,

Erwägung 3

[...] Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer zu Recht eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit vor.

Wer ein technisches Gerät wie die in Frage stehende Hebebühne anpreist und in Verkehr bringt, hat dafür zu sorgen, dass bei dessen Verwendung Leben und Gesundheit nicht gefährdet werden. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem allgemeinen Gefahrensatz sowie insbesondere aus Art. 1 und 3 des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG; SR 819.1). Ferner können die Grundsätze, die zur Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR entwickelt wurden, für die Zuweisung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Unternehmen herangezogen werden. Daraus folgt unter anderem die Pflicht des Verantwortlichen zur Schaffung einer zweckmässigen Arbeitsorganisation und einer Endkontrolle der Produkte, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann. Auch den Verkäufer eines Produkts, dessen Gebrauch mit Gefahren verbunden sein kann, trifft somit die Pflicht, dieses einer umfassenden Funktionskontrolle zu unterziehen und auf allenfalls versteckte Mängel zu prüfen. Dass es, wie der Beschwerdeführer geltend macht, zum Lieferungszeitpunkt keine spezifischen Sicherheitsnormen bezüglich der Hebebühne gab, ist deshalb nicht entscheidend.

Der Beschwerdeführer war Geschäftsführer der E. AG, welche die Hebebühne zwar nicht selber herstellte, diese aber unter eigenem Namen anbot und vertrieb. Die elektrohydraulische Hebebühne E. diente gemäss der vom Beschwerdeführer unterzeichneten Offerte "zum Ein- und Auslagern Ihrer Corian-Platten in Kassettenlager, zum Auf- und Abladen der Platten auf Lastwagen, zum Be- und Entschicken der Zuschneidemaschine" sowie zum "rationellen Plattentransport". Die Länge der zu verwendenden Corian-Platten (3700 mm) war dabei bekannt. Aus Art. 3 STEG ergab sich für den Beschwerdeführer die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die von seiner Firma gelieferte Hebebühne bei der absprachegemässen Verwendung betriebssicher war. Der Umstand, dass die E. AG die Hebebühne von einer "international anerkannten Firma in Mailand" bezogen hatte, befreite ihn nicht von dieser Verantwortung; denn die in Art.

3 STEG verankerte Sorgfaltspflicht ist gerade beim "Anpreisen und Inverkehrbringen technischer Einrichtungen und Geräte" zu beachten (Art. 1 Abs. 1 STEG).

Der Beschwerdeführer war insbesondere verpflichtet, eine Hebebühne zu liefern, bei der bis zu 800 kg schwere Plattenpakete bei der Be- und Entladung und bei der Verschiebung der Hebebühne wirkungsvoll gegen ein Abrutschen gesichert waren. Das Sachverständigengutachten, auf das die Vorinstanz abstellt, kam jedoch zum Schluss, dass die in der Hebebühne eingebaute Abrollsicherung "beim Transport von Corian-Platten der Länge 3680 mm absolut wirkungslos" war und "absolut ungenügend, es kann hier von einem Konstruktionsfehler gesprochen werden". Die E. AG habe ein Gerät geliefert, welches für den vorgesehenen Einsatz nicht sicher gewesen sei. Die technische Einrichtung habe hinsichtlich der Sicherheit den anerkannten Regeln der Technik nicht entsprochen.

Obwohl laut Offerte die Wahl der Hebebühne nach "eingehenden Platz- und Handlingstudien" erfolgte, hat sich der Beschwerdeführer nicht vergewissert, dass die Hebebühne eine genügende Abrollsicherung aufwies. Mit der nötigen Sorgfalt hätte der Beschwerdeführer die vom Gutachter kritisierten Mängel aber feststellen können und müssen, auch wenn er nur eine kaufmännische Grundausbildung besass: Wenn er die dazu notwendigen Kenntnisse nicht aufwies, hätte er einen Fachmann mit der Prüfung beauftragen müssen. Der Beschwerdeführer hat demnach die Hebebühne zu einem Zweck angeboten und geliefert, für den sie nicht genügend sicher war. Die Vorinstanz verletzt deshalb kein Bundesrecht, wenn sie eine Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Beschwerdeführer bejaht.

b) Der Beschwerdeführer hätte die Gefahr des Erfolgseintritts erkennen müssen. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens stellt eine Hebebühne, die der Beladung und Verschiebung von bis zu 800 kg schweren Plattenpaketen dient, eine schwere Gefahr für Leib und Leben dar, wenn die Ladung nicht genügend gesichert ist. Der Beschwerdeführer konnte deshalb bei der Lieferung der Hebebühne einen Erfolg, wie er hier eingetreten ist, voraussehen. Zutreffend hat daher die Vorinstanz den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen seinem sorgfaltswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Erfolg bejaht. [...]

BGE 122 III 106 («CIF-Klausel»)

Regeste:

Pflichten des Verkäufers bei Kaufverträgen mit CIF-Klausel (E. 4).

Sonderfall der Vereinbarung einer CIF-Klausel in einem Kaufvertrag über Waren, die mit der Eisenbahn transportiert werden (E. 5).

Sachverhalt

Die Firma Y. A.S. in Istanbul schloss am 1. Oktober 1990 mit der Firma O. in Vaduz und der Firma F. AG in St. Gallen einen - in türkischer Sprache abgefassten - Vertrag über den Kauf von 5'000 Personenwagen FSM 650 polnischer Herkunft. Die Fahrzeuge waren "CIF Kapikule" zu liefern (Kapikule ist ein bulgarisch-türkischer Grenzort). Für alle im Vertragstext nicht geregelten Fragen wurde auf das liechtensteinische Recht und auf die "Incoterms 1980" verwiesen. Die Firma Y. A.S. rief im Rahmen dieses Vertrags umgehend 640 Automobile ab, zum Stückpreis von US\$ 2'430.-- einschliesslich Fracht und Versicherung. Nachdem die Firma Y. A.S. bei der Schweizerischen Bankgesellschaft ein Akkreditiv über US\$ 777'600.-- gestellt hatte, veranlasste die Verkäuferschaft eine erste Lieferung von 320 Automobilen. Mit der Spedition beauftragte sie die Firma T. AG. Diese zog ihrerseits die Firma G. AG bei.

Die in Bielsko-Biala (Polen) hergestellten Fahrzeuge wurden in Tychy (Polen) auf Eisenbahnwaggons verladen. Daraufhin löste die Firma O. unter Vorlage der benötigten Dokumente das Akkreditiv bei der Schweizerischen Bankgesellschaft ein und nahm den Kaufpreis von US\$ 777'600.-- in Empfang. Der Bahntransport ging über die Tschechoslowakei, Ungarn, Jugoslawien und Bulgarien. Zur Käuferin gelangten jedoch lediglich 16 Personenwagen; die übrigen 304 wurden an eine Firma C. Ltd. in Istanbul geschickt und dort von Gläubigern dieser Firma verarrestiert. Der Fehllieferung lag offenbar ein Irrtum der Firma G. AG und der von ihr beauftragten Speditionsfirma D. in Sofia zugrunde, der dazu führte, dass die in Bulgarien ausgestellten Frachtbriefe für die betreffenden Bahnwaggons falsch adressiert wurden.

Im November 1990 stellte die Firma Y. A.S. ein weiteres Akkreditiv über US\$ 291'600.-- für eine zweite Lieferung von 120 Automobilen. Erneut wurde die Spedition der Firma T. AG übertragen, die auch diesmal die Firma G. AG einschaltete. Nach Verlad der Fahrzeuge nahm die Firma F. AG gegen Vorlage der Dokumente den Kaufpreis entgegen. Indessen trafen bei der Käuferin im Dezember 1990 nur 112 Personenwagen ein; acht Fahrzeuge wurden wiederum der Firma C. Ltd. in Istanbul zugestellt, weil der Firma D. für den betreffenden Bahnwaggon nochmals der gleiche Adressierungsfehler unterlaufen war.

Mit Klage vom 14. März 1992 erklärte die Firma Y. A.S., auf eine nachträgliche Lieferung zu verzichten, und forderte statt dessen von der Firma O. und der Firma F. AG Ersatz des ihr

entstandenen Schadens in der Höhe von US\$ 1'538'404.-- nebst Zins. Das Handelsgericht des Kantons St. Gallen wies mit Urteil vom 21. November 1994 die Klage ab.

Das Bundesgericht heisst die Berufung der Klägerin gegen diesen Entscheid teilweise gut und weist die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Erwägung 4

Die Bedeutung der CIF-Klausel ist zunächst aufgrund der von den Parteien in ihrem Vertrag für anwendbar erklärten "Incoterms 1980" zu ermitteln, d.h. aufgrund der unter dieser Bezeichnung von der Internationalen Handelskammer veröffentlichten standardisierten Lieferbedingungen. Die "Incoterms 1980" sehen vor, dass der Verkäufer beim CIF-Kauf unter anderem auf eigene Rechnung den Vertrag über die Beförderung der Ware in einem Seeschiff bis zum vereinbarten Bestimmungshafen abzuschliessen (Ziff. A.3), die Ware im Verschiffungshafen an Bord des Schiffes zu verladen (Ziff. A.4) und bis zur Verladung alle Gefahren zu tragen hat (Ziff. A.6). Im weiteren hat der Verkäufer dem Käufer unverzüglich auf eigene Kosten ein sogenanntes Konnossement, d.h. ein Warenpapier zu beschaffen, das auf die vereinbarte Ware lautet, deren Verschiffung bestätigt, den vereinbarten Bestimmungshafen nennt und mittels Indossament übertragen werden kann (Ziff. A.7). Der Käufer trägt die Warengefahr vom Zeitpunkt an, in dem die Ware die Reling des Schiffes tatsächlich überschritten hat (Ziff. B.3).

Aus diesen Bestimmungen geht zunächst hervor, dass der CIF-Vertrag grundsätzlich einen Seetransport voraussetzt. Sodann ergibt sich aus den "Incoterms", dass die CIF-Klausel beim Verkäufer eine Bringschuld bis zum Verlad und von dort eine Schickschuld bis zum Bestimmungsort begründet. Die Versendungspflicht des Verkäufers ist eine selbständige Nebenpflicht, deren Nicht- oder Schlechterfüllung, soweit die "gehörige Bewirkung" nicht mehr möglich ist, Schadenersatzansprüche des Käufers nach Art. 97 Abs. 1 OR auslöst. Zur Erfüllung seiner Versendungspflicht muss der Verkäufer unter genauer Angabe der Empfängeranschrift einen Frachtvertrag mit einem Frachtführer abschliessen. Bedient er sich zur Erfüllung dieser Pflicht eines Spediteurs, so hat er für dessen Verhalten nach Art. 101 OR einzustehen.

Zur Versendungspflicht tritt beim CIF-Vertrag die Pflicht des Verkäufers, ein Konnossement ausstellen und dem Käufer unverzüglich zukommen zu lassen. Dem Konnossement kommt bei der Vertragsabwicklung zentrale Bedeutung zu. Es dient insbesondere auch dazu, den Käufer - oder dessen Rechtsnachfolger - bei der Ankunft der Ware als deren berechtigten Empfänger auszuweisen und ihn auf diese Weise in die Lage zu versetzen, unangefochten in den Besitz der Ware zu gelangen.

C. Leistungsstörungen

BGE 123 III 16 («Gynäkologische Praxis»)

Regeste:

Art. 107 OR. Wahlrecht des Gläubigers bei Verzug des Schuldners.

Verzug des Verkäufers nach rechtskräftiger Verurteilung des Käufers zur Bezahlung des Kauf-

preises: Steht der Klage des Käufers die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen (E. 2)?

Bedeutung der Wahlmöglichkeiten des Gläubigers bei Verzug des Schuldners. Auslegung der Wahlerklärung. Unwiderruflichkeit der getroffenen Wahl (E. 4).

Sachverhalt

A.- Am 27. Januar 1990 schloss Dr.med. M. mit den Erben des verstorbenen Dr.med. E. einen Kaufvertrag über dessen gynäkologische Praxis, wobei im Kaufpreis von Fr. 70'000.-- insbesondere sämtliche Krankengeschichten der Patientinnen enthalten sein sollten. In der Folge weigerte sich M., diesen Betrag zu bezahlen; er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Goodwillentschädigung zu hoch sei, weil die Karteiunterlagen grösstenteils unleserlich und zudem mit unverständlichen Aufzeichnungen versehen seien, wie er bei einer Durchsicht eines Teils der Unterlagen am 28. Januar 1990 festgestellt habe.

Im März 1991 klagten die Erben E. beim Appellationshof des Kantons Bern ihre Kaufpreisforderung sowie eine Forderung aus von ihnen anstelle von M. bezahlten Mietzinsen für die Praxisräumlichkeiten ein. Der Appellationshof verpflichtete M. mit Urteil vom 7. Juli 1992, den Erben E. Fr. 70'000.-- sowie Fr. 6'464.-- zu bezahlen, beides nebst Zins. Auf Berufung bestätigte das Bundesgericht dieses Urteil, wobei es in seinem Entscheid vom 20. April 1993 in Übereinstimmung mit der Vorinstanz insbesondere den Einwand verwarf, der sämtliche Krankengeschichten der Patientinnen umfassende Kaufvertrag der Parteien weise einen widerrechtlichen Inhalt auf und sei daher gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig.

Im Anschluss an diesen Bundesgerichtsentscheid ergaben sich weitere Meinungsverschiedenheiten über die Vertragserfüllung. M. erhob Anspruch auf alle Unterlagen über die Patientinnen. Die Erben E. vertraten demgegenüber die Ansicht, nur die Namen und die Adressen seien geschuldet. Nach längerem Hin und Her verzichtete M. mit Schreiben vom 26. November 1993 auf die Leistung der Verkäufer und behielt sich die Geltendmachung von Schadenersatz vor. Die Erben E. setzten in der Folge den vom Bundesgericht zugesprochenen Betrag in Betreibung. Nachdem sie definitive Rechtsöffnung erlangt hatten, bezahlte ihnen M. mit Vergütungsaufträgen vom 21. April 1994 und vom 7. Juni 1994 den Betrag von Fr. 85'913.--. M. verlangte daraufhin erneut die bedingungslose Herausgabe aller Patientinnenunterlagen. Die Erben E. lehnten dies wiederum ab. Mit Schreiben vom 17. Juni 1994 erklärte der Kläger des-

halb den Rücktritt vom Vertrag und stellte die Rückforderung des Geleisteten sowie die Geltendmachung von Schadenersatz in der Höhe der angefallenen Prozess- und Parteikosten in Aussicht.

B.- Am 13. April 1995 klagte M. beim Appellationshof des Kantons Bern gegen die Erben E. auf Rückzahlung des Betrages von Fr. 85'913.-- und auf Schadenersatz in der Höhe von Fr. 4'898.--. Mit Urteil vom 13. März 1996 schützte der Appellationshof diese Begehren.

C.- Das Bundesgericht heisst die Berufung der Beklagten teilweise gut, hebt das Urteil des Appellationshofs auf und weist die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Erwägung 4

[...] Entscheidet sich der Gläubiger mit dem Verzicht auf die nachträgliche Leistung für Schadenersatz aus Nichterfüllung, so hat der Schuldner ihm den Wert der Leistung zu ersetzen, auf die der Gläubiger verzichtet hat, während dieser grundsätzlich zur Erbringung seiner eigenen Leistung verpflichtet bleibt. Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des sogenannten positiven oder Erfüllungs-Interesses; er ist vermögensmäßig so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Der Vertragsrücktritt begründet dagegen ein Rückabwicklungs- oder Liquidationsverhältnis, in dessen Rahmen bereits erbrachte Leistungen in natura oder wertmässig zurückzuerstatten sind, so dass die Parteien nach Möglichkeit vermögensmäßig so gestellt werden, wie wenn sie den Vertrag nie geschlossen hätten.

Umstritten ist, ob der Gläubiger mit der Verzichtserklärung gleichzeitig seine Entscheidung zugunsten des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung oder des Vertragsrücktritts bekanntgeben muss. Fest steht hingegen, dass die einmal getroffene Wahl als Ausübung eines Gestaltungsrechts ebenso unwiderruflich ist wie der Verzicht auf die Leistung. Für die Auslegung der Wahlerklärung ist der Vertrauensgrundsatz massgebend, sofern nicht festgestellt ist, dass die Parteien sie übereinstimmend im einen oder im anderen Sinne gemeint und verstanden haben. Die Erklärung ist daher so auszulegen, wie sie der Schuldner nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste. [...]

Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Kläger in seinem Schreiben vom 26. November 1993 erklärt, dass er gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR auf die Gegenleistung verzichte und sich die Geltendmachung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens vorbehalte. Der Appellationshof hat diese Erklärung dahin ausgelegt, dass sich der Kläger für Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages entschieden hat. Diese Auslegung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Im angefochtenen Urteil werden keine Umstände angeführt, die nahelegen würden, die Erklärung entgegen ihrem klaren Wortlaut als Vertragsrücktritt aufzufassen. Aus den Feststellungen der Vorinstanz zu den zum Teil widersprüchlichen Standpunkten, welche die Parteien in der Zeit nach der Erklärung vom 26. November 1993 eingenommen haben,

ergibt sich zwar, dass sie sich über deren Bedeutung möglicherweise nicht restlos im Klaren waren. Dass die Parteien die Erklärung tatsächlich übereinstimmend als Vertragsrücktritt aufgefasst hätten, hat der Appellationshof aber jedenfalls nicht festgestellt. Bei dieser Sachlage kann ihm keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden, wenn er die Erklärung so ausgelegt hat, wie sie die Beklagten mangels anderer Anhaltspunkte aufgrund des klaren Wortlauts nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten.

In seinen weiteren Erwägungen nimmt der Appellationshof an, der Kläger habe nach der auf dem Betreibungsweg erzwungenen Bezahlung seiner eigenen Leistung auf die erklärte Wahl insofern zurückkommen können, als er, statt Schadenersatz aus der Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen, vom Vertrag habe zurücktreten können. In diesem Zusammenhang verweist die Vorinstanz auf eine Lehrmeinung, die den Gläubiger, soweit sein Schadenersatzanspruch an der Exkulpation des Schuldners scheitert (Art. 97 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 2 OR), wieder in sein Wahlrecht einsetzen, ihm also erneut die Möglichkeit des Vertragsrücktritts gewähren will. Der Fall, dass der Schuldner sich exkulpieren und auf diese Weise der Schadenersatzpflicht entgehen kann, ist jedoch mit dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht vergleichbar. Bei Exkulpation des Schuldners entfällt oder reduziert sich dessen Leistungspflicht aus Gründen, auf die der Gläubiger keinen Einfluss hat; es mag deshalb als unbillig erscheinen, vom Gläubiger dennoch die volle Erbringung seiner eigenen Vertragsleistung zu verlangen. Dagegen berührt es die Leistungspflicht des Schuldners nicht, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Leistung des Gläubigers auf dem Betreibungsweg erzwungen wird. Weshalb der Umstand, dass der Kläger seine Leistung auf Betreibung hin hat erbringen müssen, ein Rückkommen auf die getroffene Wahl erlauben soll, ist daher nicht einzusehen. Die Vorinstanz hat die bindende Wirkung der einmal erklärten Wahl verkannt, wenn sie deren Wideruf zugelassen hat. Insoweit ist die Berufung begründet.

BGE 130 III 591 («Fälligkeit des Schadenszinses»)

Regeste:

Art. 104 und 97 ff. in Verbindung mit Art. 42 ff. OR; Verzugszins und Schadenszins.

Wird der Schaden nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des kantonal letztinstanzlichen Urteils über den vertraglichen Schadenersatzanspruch berechnet, stehen dem Geschädigten auf dem zugesprochenen Ersatzbetrag erst ab dem Tag der Fällung des Urteils Verzugszinsen zu, nicht bereits ab dem Tag der Klageeinleitung (E. 1-3). Soweit sich der Schaden bereits vor dem Urteilstag finanziell ausgewirkt hat, indem Auslagen zu tätigen oder Mindereinnahmen zu verzeichnen waren, hat der Geschädigte Anspruch auf Schadenszins auf den entsprechenden Beträgen (E. 4).

Art. 101 und 44 Abs. 1 sowie Art. 50 f. in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR; Haftungsreduktion wegen Mitverschuldens einer Hilfsperson des Geschädigten.

Zieht ein Bauherr einen Architekten als Bauherrenvertreter bei, der bei der Ausübung seiner Rechte gegenüber den ausführenden und aus Vertragsverletzung solidarisch haftenden Architekten und Ingenieuren als sein Ausübungshelfer mitwirkt, hat er sich dessen Sachkunde und Verhalten bei der Beurteilung des seinen Ersatzanspruch mindernden Selbstverschuldens anrechnen zu lassen (E. 5).

Sachverhalt

C. (Kläger) liess in den Jahren 1987/88 auf seinem Grundstück in X. ein Gewerbehaus erstellen. Das Ingenieurbüro A. AG (Beklagte 1) führte die Ingenieurarbeiten aus. Die Architektur- und Planungsarbeiten wurden der B. AG (Beklagte 2) übertragen. Als Berater des Klägers wirkte Architekt D. mit.

Ursprünglich war für den Neubau eine Stahlhallenkonstruktion vorgesehen. Dafür bestand bereits eine Baubewilligung. Der Kläger entschied sich jedoch in der Folge für eine Massivbauweise und Flachfundation. Im Herbst 1988 konnte der Bau bezogen werden. Nach Darstellung des Klägers bildeten sich kurz darauf in den Fassaden Risse, die sich in der Folge vergrössert und vermehrt hätten.

Nach erfolglosen Verhandlungen einigten sich die Parteien darauf, gemeinsam den Bauingenieur E. mit einem Gutachten zur Klärung der Ursachen der aufgetretenen Rissschäden, der Sanierungsart und der Behebungskosten zu beauftragen. Dieser erstattete sein Gutachten am 31. Oktober 1990. Die Beklagten waren mit den darin vertretenen Auffassungen nicht einverstanden.

Mit Klage vom 11. März 1992 und später modifiziertem Rechtsbegehren beantragte der Kläger dem Handelsgericht des Kantons St. Gallen, die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Fr. 1'868'600.- zuzüglich Zins zu 5 % seit 11. März 1992 zu verpflichten.

Das Handelsgericht holte im Jahre 1994 ein Gutachten der Professoren F. und G. zur Frage der Schlüssigkeit des Gutachtens E. ein. Die Gutachter kamen in ihrem Bericht vom 4. Mai 1995 und Ergänzungsbericht vom 1. Februar 1996 zum Ergebnis, dass sich das Schiedsgutachten E. als offensichtlich unrichtig erweise und dass die dort vorgeschlagene Sanierungslösung weder technisch zwingend noch wirtschaftlich vertretbar sei, weil das Gutachten von falschen Voraussetzungen ausgehe; die Risse gingen zu einem wesentlichen Teil auf die unkonventionelle Struktur des Gebäudes zurück. Mit Teilentscheid vom 27. März 1998 stellte das Handelsgericht fest, dass das Schiedsgutachten E. rechtlich nicht verbindlich sei.

Am 4. März 2002 bestimmte das Gericht den Bauingenieur H. zum Gerichtsgutachter, der seine Expertise am 6. Dezember 2002 ablieferte. Nach dessen Feststellungen führten verschiedene Ursachen zum heutigen Schadensbild, namentlich Deckendurchbiegungen, statische und konstruktive Mängel in den Außenwandkonstruktionen sowie im Unterlagsboden, Schwind- und Temperatureinwirkungen auf Außenwände und Unterlagsboden sowie Setzungen der Bodenplatte, insbesondere des Bodenplattenrandes.

Das Handelsgericht verpflichtete die Beklagten 1 und 2 mit Urteil vom 2. Dezember 2003, dem Kläger unter solidarischer Haftbarkeit den Betrag von Fr. 715'050.- nebst Zins zu 5 % seit 11. März 1992 zu bezahlen. Es kam aufgrund der Expertise H. zum Schluss, dass von Sorgfaltspflichtverletzungen beider Beklagten auszugehen sei; diese hätten die eingetretenen Baumängel in erheblichem Masse zu verantworten. Sie hafteten solidarisch für den eingetretenen Schaden, der insgesamt auf Fr. 814'000.- zu beziffern sei. Davon seien Honoraransprüche der Beklagten von Fr. 19'500.- abzuziehen, was einen Forderungsbetrag von Fr. 794'500.- ergebe. Diesen Betrag reduzierte das Gericht um 10 % auf den zugesprochenen Betrag von Fr. 715'050.-, da den Kläger ein leichtes Selbstverschulden am Schaden treffe. Dieser Betrag sei ab 11. März 1992 zu 5 % zu verzinsen, da die Beklagten gegenüber dem Kläger hinsichtlich ihrer vertraglichen Leistungen in Verzug seien.

Die Beklagten beantragen je mit eidgenössischer Berufung vom 26. Februar 2004 bzw. vom 8. März 2004, das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben, soweit die Beklagte 2 verpflichtet worden sei, den dem Kläger zugesprochenen Betrag seit 11. März 1992 zu verzinsen bzw. soweit die dem Kläger zugesprochene Forderung von der Beklagten 1 früher als ab 4. Februar 2004 (Zustellung des begründeten Handelsgerichtsurteils) zu verzinsen sei.

Der Kläger beantragt die Abweisung von beiden Berufungen und führt Anschlussberufung mit dem Antrag, das Urteil des Handelsgerichts dahingehend abzuändern, dass die Beklagten und Berufungsklägerinnen unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet werden, dem Kläger den Betrag von Fr. 794'500.- nebst Zins zu 5 % seit 11. März 1992 zu bezahlen.

Die Beklagten schliessen je auf Abweisung der Anschlussberufung.

Erwägung 3.1

Der vertragliche Schadenersatzanspruch aus Schlechterfüllung entsteht nicht schon mit der Schlechterfüllung der Schuld, sondern erst mit dem Eintritt des Schadens. Er kann folglich auch erst in diesem Zeitpunkt fällig werden. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen ist der Schaden aus den haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzungen der Beklagten im vorliegenden Fall nicht sofort entstanden. Vielmehr ist er erst nach Bezug des streitbetroffenen Gebäudes zum Vorschein gekommen und hat sich bis zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils nach und nach verschlimmert. In einem solchen Fall ist der Zeitpunkt, in dem der endgültige Schaden eintritt und demnach die entsprechende Schadenersatzforderung fällig wird, nicht leicht festzustellen. Tritt zwar bereits im Erfüllungszeitpunkt ein Schaden ein, vergrössert er sich aber in der Folge, gesteht die Rechtsprechung dem Gläubiger wahlweise das Recht zu, die Berechnung des Schadens auf den Zeitpunkt der Fällung des Urteils über die Ersatzpflicht zu verlangen, wenn auch im Regelfall auf den Erfüllungszeitpunkt abzustellen ist; damit wird ihm ermöglicht, beispielsweise Sachwertsteigerungen bis zum Urteilszeitpunkt geltend zu machen.

Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass die Vorinstanz den Schaden vorliegend in Anwendung dieser Praxis nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils berechnet hat. Dies erfolgte nach Darstellung der Beklagten aufgrund der klägerischen Beweisanträge, wird vom Kläger jedenfalls nicht beanstandet und erscheint im vorliegenden Fall auch einzig angemessen, ist nach den vorinstanzlichen Feststellungen doch davon auszugehen, dass sich der Schaden bis zur Vornahme einer Gebäudesanierung, mit welcher der Zustand der Baute stabilisiert und eine weitere Schadensentwicklung verhindert wird, laufend akzentuiert. Nachdem der erst nach und nach eintretende Schaden auf den Zeitpunkt des Urteils aufgerechnet worden ist, kann nicht von einer früheren Fälligkeit der Ersatzforderung ausgegangen werden. Entsprechend sind dem Kläger Verzugszinsen erst vom Zeitpunkt des Urteils an zuzubilligen. Erst für den Geldbetrag, der ihm zu diesem Berechnungszeitpunkt schlussendlich zugesprochen wird, ist er als Geschädigter in der Lage eines gewöhnlichen Gläubigers und kann Verzinsung wegen Verzugs des Schuldners fordern.

BGE 120 II 296 = Pra 85 (1996) Nr. 79 («Ferrari»)

Regeste:

Bürgerlicher Kauf - Nichterfüllung (Art. 107 Abs. 2 OR, Art. 191 OR, Art. 42 Abs. 2 OR).

Ist der Schadenersatzanspruch des Käufers zu berechnen, verstösst es nicht gegen Bundesrecht, wenn auf die Differenz zwischen dem bei einem Weiterverkauf erzielbaren Preis der Sache, bestimmt nach Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge, und dem zwischen den Parteien vereinbarten Preis abgestellt wird. Unerheblich ist, ob der Käufer beabsichtigt hat, die Sache weiterzuverkaufen oder nicht (E. 3).

Sachverhalt

Mit Vertrag vom 23. Juli 1987 verkaufte der Garagist X einen Ferrari F40 für Fr. 400 000.- an Y, welcher diesen, der noch nicht in seinem Besitz war, am 23. März 1988 für Fr. 520 000.- an Z weiterverkaufte. Die für Ende 1988 vorgesehene Übergabe sollte etwa vier Wochen nach der Lieferung an den Garagisten stattfinden. Z leistete eine Anzahlung von Fr. 60 000.-. Von März bis September 1989 forderte Z den Verkäufer mehrmals vergeblich auf, das Lieferdatum des Fahrzeugs mitzuteilen. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1989 verlangte der Käufer von Y, den Ferrari bis zum 3. Januar 1990 zu liefern; gemäss diesem Schreiben würde Z im Falle der Nichterfüllung auf die Leistung verzichten und Schadenersatz verlangen. Y antwortete nicht. In Wirklichkeit hatte er den F40 am 18. Mai 1989 erhalten und am gleichen Tag seinem Bruder verkauft, der ihn sechs Tage später für Fr. 600 000.- an X weiterverkaufte. X seinerseits veräusserte das Fahrzeug für Fr. 700 000.- an einen Liebhaber. Mit Klage vom 10. April 1990 verlangte Z von Y die Bezahlung von Fr. 980 000.-. Im Laufe des Verfahrens bezahlte der Beklagte dem Kläger einen Teil der Anzahlung, nämlich Fr. 41 740.20, zurück. Mit Urteil vom 7. Dezember 1993 hiess die Vorinstanz die Klage auf Schadenersatz in der Höhe von Fr. 138 259.80 gut. Das Bundesgericht weist die vom Beklagten eingereichte Berufung, soweit sie zulässig war, ab.

Erwägung 3

Kommt der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht nach, so hat er den Schaden, der dem Käufer hieraus entsteht, zu ersetzen (Art. 191 Abs. 1 OR). Diese Bestimmung ist lediglich eine Wiederholung der allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung und insbesondere von Art. 107 Abs. 2 OR: der Käufer verzichtet auf die Leistung und verlangt den Ersatz oder den Ausgleich des Erfüllungsinteresses, der dem – positiven – Interesse entspricht, die Sache zu erhalten. Grundsätzlich hat der Käufer die konkreten Elemente seines Schadens darzulegen (Art. 42 Abs. 1 OR, der aufgrund des Verweises von Art. 99 Abs. 3 OR anwendbar ist); so hat er beispielsweise nachzuweisen, dass er die Ware anderswo zu weniger guten Konditionen kaufen

musste, oder, dass ihm der Gewinn entgangen ist, den er bei einem Wiederverkauf erzielt hätte, oder sogar, dass er seinerseits seinen eigenen Käufer entschädigen musste.

Art. 191 OR unterscheidet zwei Berechnungsmethoden, die es dem Käufer erleichtern, seinen Schaden zu beweisen, indem er ihm die Möglichkeit gibt, die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preis, für den er sich einen Ersatz für die nicht gelieferte Sache in guten Treuen erworben hat, als Schaden geltend zu machen (konkrete Berechnung; Abs. 2), oder bei Waren, die einen |Markt- oder Börsenpreis haben, ohne sich den Ersatz anzuschaffen, die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Preis zur Erfüllungszeit zu verlangen (abstrakte Berechnung; Abs. 3).

Diese Methoden sind auf jeden Fall auf den Handelskauf anwendbar, d.h. auf den Verkauf einer Sache an einen Käufer, der sie mit einem Gewinn weiterverkaufen will. Hingegen ist es umstritten, ob Art. 191 Abs. 2 oder 3 OR als solcher auch beim bürgerlichen Kauf für die Berechnung des Schadens anwendbar ist. Ohne diese Frage richtig zu entscheiden, bemerkte das Bundesgericht bei anderer Gelegenheit, dass sich der Richter auch bei einem bürgerlichen Kauf auf ähnliche Kriterien wie in Art. 191 Abs. 2 und 3 OR stützen dürfe. Insbesondere verbietet das Bundesrecht nicht jede abstrakte Schadensberechnung ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 191 Abs. 3 OR; so kann der Schaden des Käufers als Ausgleich ("Tausch") berechnet werden, indem auf die Differenz zwischen dem unter den Parteien vereinbarten und dem bei einem eventuellen Weiterverkauf erzielbaren Preis, geschätzt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, abgestellt wird. In dieser Hinsicht ist es unwichtig, ob der Käufer die Ware weiterverkauft hätte oder nicht. Die versprochene Leistung hat nämlich unabhängig von einem eventuellen Weiterverkauf einen Wert für den Käufer. Mit anderen Worten besteht der Schaden – verstanden als Differenz zwischen zwei Vermögenslagen zu zwei bestimmten Zeitpunkten – sobald der Wert der verkauften Sache in dem für die Berechnung des Schadens entscheidenden Zeitpunkt den zwischen den Parteien vereinbarten Preis übersteigt; der Ersatz des Schadens bezieht sich daher auf den entgangenen Mehrwert.

BGE 104 II 198 («Analoge Schadensberechnung im kaufmännischen Verkehr»)

Regeste:

Art. 97 Abs. 1 OR. Berechnung des Schadens bei Nichterfüllung.

1. Art. 191 Abs. 2 und Abs. 3 OR verbieten dem Richter nicht, sich bei der Schadensberechnung für einen Grundstückkauf auf ähnliche Kriterien zu stützen.
2. Die blosse Verwendung objektiver Elemente macht eine Schadensberechnung zudem nicht zu einer abstrakten.

Sachverhalt

A.- Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 2. April 1971 verkaufte Gottfried Eichenberger dem Arthur Widmer in Aeugst am Albis die Parzelle Nr. 7'063, bestehend aus 7'600 m² Wiesland. Die Parteien setzten den Kaufpreis auf Fr. 326'800.- fest. Die Handänderung im Grundbuch wurde für den 31. März 1972 vorgesehen, aber nicht vorgenommen.

Am 10. Mai 1972 verkaufte Eichenberger, der später starb, die Parzelle zum Preise von Fr. 456'000.- an einen Dritten.

B.- Widmer klagte gegen die Erben Eichenberger auf Zahlung von Fr. 178'770.30 Schadeneratz nebst Zins.

Das Bezirksgericht Affoltern holte über den Wert der Parzelle ein Gutachten ein und hiess gestützt darauf die Klage im Betrage von Fr. 129'836.25 gut. Beide Parteien appellierte an das Obergericht des Kantons Zürich. Dieses erblickte den Schaden im Unterschied zwischen dem Verkehrswert der Parzelle am 10. Mai 1972 (Fr. 570'000.-) und dem mit Eichenberger am 2. April 1971 vereinbarten Kaufpreis (Fr. 326'800.-). Da die so ermittelte Ersatzforderung den eingeklagten Betrag überstieg, schützte das Obergericht die Klage durch Urteil vom 8. November 1977 in vollem Umfange.

Die Beklagten haben gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, die vom Bundesgericht abgewiesen worden ist.

Erwägung 1a und b

Das Obergericht leitet die Haftpflicht der Beklagten aus Art. 97 Abs. 1 OR ab, weil ihr Rechtsvorgänger die Erfüllung des mit dem Kläger abgeschlossenen Kaufvertrages schuldhaft verunmöglicht habe. Es fügt bei, die besondern Bestimmungen der Art. 190 und 191 OR seien vorliegend nicht direkt und wären ohnehin nur analog anwendbar, da sie den Fahrniskauf beträfen. Sie handelten zudem vom Verzug des Verkäufers im kaufmännischen Verkehr, wovon hier nicht die Rede sei. Art. 191 gelte ferner hauptsächlich für den Verkauf vertretbarer Sachen;

Liegenschaften zählten aber nicht dazu. Die Bestimmung des dem Kläger erwachsenen Schadens richte sich daher nach den allgemeinen Vorschriften der Art. 97 ff. sowie der Art. 42 und 43 OR.

Auch dagegen haben die Beklagten grundsätzlich nichts einzuwenden. Sie wollen aber klar gestellt wissen, dass Art. 191 OR sich nicht bloss hauptsächlich, sondern jedenfalls in den hier interessierenden Abs. 2 und 3 einzig auf vertretbare Sachen beziehe, weshalb diese Vorschriften auf Grundstückskäufe überhaupt nicht anwendbar seien. Die vom Obergericht angeführte Lehre ändere daran nichts; diese sei sich keineswegs darin einig, dass die abstrakte Schadensberechnung allgemein Anwendung finde. Wenn in der Lehre von "ähnlichen Kriterien" wie den in Art. 191 Abs. 2 und 3 OR für den Handelskauf genannten die Rede sei, auf welche die Schadensberechnung beim bürgerlichen Kauf gestützt werden könne, so setze eine derartige Verallgemeinerung doch einen Markt- oder Börsenpreis bzw. einen Verkäuflichkeitspreis der vertretbaren Sache voraus, woran es hier fehle. Nach den massgebenden Bestimmungen der Art. 97 ff., 42 und 43 OR habe der Kläger nicht bewiesen, dass sein Schaden die Differenz zwischen den beiden Verkaufspreisen übersteige.

b) Ob und inwieweit die Bestimmungen der Art. 190 und 191 OR als solche nur im kaufmännischen Verkehr oder allgemein anwendbar seien, ist in der Lehre umstritten. Darauf braucht hier indes nicht näher eingegangen zu werden. Das Obergericht hat den Schaden nach den Grundsätzen der Art. 97 ff. in Verbindung mit Art. 42 und 43 OR beurteilt, auf die übrigens sinngemäss Art. 191 Abs. 1 OR mit Geltung auch für den kaufmännischen Verkehr verweist. Das hindert den Richter nach der Auffassung der Vorinstanz freilich nicht, in diesem Rahmen auch Gedanken mitzuberücksichtigen, die insbesondere dem Art. 191 OR zugrunde liegen. Das ist entgegen den Einwänden der Beklagten ebenfalls nicht zu beanstanden, zumal der Richter gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nicht ziffermäßig nachweisbaren Schaden nach pflichtgemäßem Ermessen zu schätzen hat. BGE 89 II 214 steht dem nicht entgegen. Was dort über Eigenart und Preis chinesischer Rollbilder gesagt worden ist, trifft in keinem Belange zu für die Liegenschaft in einem zur Überbauung bestimmten Gebiet, um die es hier geht. Die übrigen Erwägungen jenes Entscheides, der ein kaufmännisches Geschäft betraf, sind nicht dahin zu verstehen, dass der Richter sich bei der Schadensberechnung für einen bürgerlichen Kauf nicht auf ähnliche Kriterien wie Art. 191 Abs. 2 und 3 OR stützen dürfe.

Es geht nicht an, jede an anderen objektiven Gegebenheiten orientierte Schadensberechnung mangels ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehaltes allein deshalb als unzulässig zu verwerfen, weil Art. 191 Abs. 3 OR für den Fahrniskauf eine abstrakte Berechnung eigens regelt. Anhand objektiver Kriterien kann der Schaden namentlich dort nach Art. 42 OR konkret bestimmt werden, wo solche Kriterien als Anhalt für richterliches Ermessen dienen. Das gilt insbesondere für die Ermittlung entgangenen Gewinns, die hypothetischen Charakter hat und vorab auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge ausgerichtet ist. Die blosse Verwendung objektiver Elemente

macht eine Schadensberechnung noch nicht zur abstrakten im Sinne von Art. 191 Abs. 3 OR. Das scheint auch das Obergericht andeuten zu wollen, wenn es beifügt, dass "sogenannte" abstrakte Schadensberechnungen gestützt auf allgemeine Vorschriften des Haftpflichtrechtes längst anerkannt seien.

BGE 65 II 171 («Kauf zum Zweck des Weiterverkaufs»)

Regeste:

Schadensberechnung im Falle des Verzugs des Käufers beim Handelskauf. Art. 214 und 215 OR.

Sachverhalt

L'A.-G. für Chemische Produkte et la Noba S. A. ont passé en octobre 1932 un contrat de vente par lequel cette dernière s'obligait à prendre livraison de 5000 tonnes de bitume que lui fournissait la première. Il était prévu que les livraisons s'échelonneraient sur un espace de 8 mois environ, suivant un programme que la Noba s'engageait à établir et à remettre à son cocontractant dans le courant du mois de novembre de la même année. Après avoir plusieurs fois sommé Noba S. A. de lui envoyer ce programme, l'A.-G. für Chemische Produkte finit par lui fixer un délai au 12 juin 1933 pour demander l'obligation en réel. N° 35. la livraison de la marchandise, faute de quoi elle se réservait, disait-elle, « de prendre à son choix toutes mesures prévues par le Code fédéral des obligations pour la dédommager des conséquences de la non-exécution des obligations qui lui incombaient ». Noba ne s'étant pas exécutée dans le délai fixe, l'A.-G. für Chemische Produkte lui écrivit, le 13 juin, qu'elle renonçait à lui demander de prendre livraison des marchandises, mais entendait lui réclamer la réparation intégrale du préjudice subi, et le 10 août suivant elle l'assigna en paiement de 264659 fr. 40, somme correspondant à la différence entre le prix du contrat et le prix auquel elle-même se procurait la marchandise en question. Noba S. A. a conclu à libération en contestant notamment le préjudice invoqué. Par arrêt du 27 juin 1939, la Cour de Justice civile de Genève, reformant le jugement du Tribunal de première instance qui avait debouté la demanderesse de ses conclusions, a admis la demande à concurrence de 44 466 fr. 59, somme à laquelle elle a évalué le bénéfice dont la demanderesse s'était trouvée frustrée du fait de l'inexécution du contrat. La défenderesse a recouru en réforme, en se bornant alors à discuter la question du dommage. Le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de la Cour de Justice civile.

Erwägung 2

S'il n'est pas douteux que, s'agissant d'une vente commerciale au sens de l'art. 215 CO (le bitume acheté par la défenderesse étant effectivement destiné à être revendu) et la demeure de la défenderesse entraînant d'autre part les mêmes effets juridiques que celle où elle se serait trouvée relativement au paiement du prix (cf. RO 49 11 p. 32), la demanderesse eut été parfaitement en droit de revendre le bitume et de se faire indemniser de la différence de prix des deux marchés, rien cependant ne l'y obligeait. Comme la Cour de Justice l'a déjà relevé, il est de jurisprudence constante en effet que l'art. 215 ne fait aucune obligation au vendeur,

meme en matiere commerciale, de revendre l'objet de la vente en cas de demeure de l'acheteur, pas plus du reste que l'art. 191 n'oblige l'acheteur a se remplacer en cas de demeure du vendeur. Il s'agit Ja simplement d'un droit dont il est libre d'user ou non et dont le non-exercice ne le prive aucunement de la faculte de faire etat de son dommage; selon les principes poses aux art. 107 et suiv. CO, combines eventuellement avec les art. 42 et 43 du meme code (RO 43 II 179/180 et 221 ; 49 11 33 et suiv.). Aussi bien pourra-t-il se faire que le vendeur ne trouve pas l'occasione de revendre, lorsque, par exemple, la vente porte sur un objet peu recherche, et il serait evidemment injuste qu'il ne puisse pas alors se faire indemniser du dommage qui resulte pour lui de l'inexecuition du contrat. 174 Obligationenrecht. N° 35. Il est exact, d'autre part, qu'on peut dis euter la question de savoir si le créancier qui se prevaut de la demeure du debiteur pour reclamer des dommages-interets en raison de l'inexecuition du contrat est autorise ou non, en principe, a refuser d'effectuer sa propre prestation (cf. RO 54 II 312 et suiv.). Quoi qu'il en soit au regard des art. 107 et suiv. CO, un point parait en tout cas acquis, c'est qu'il est dispense de cette obligation en matiere de vente commerciale. Cette solution ne fait aucun doute, tout d'abord, dans les cas prevus aux art. 191 al. 2 et 3 et 215 al. 1 et 2, puisque ces dispositions autorisent formellement la partie dont le contractant est en demeure a mesurer son prejudice d'apres la difference entre le prix contractuel et le prix auquel, s'il s'agit de l'acheteur, ce dernier est remplace ou, s'il s'agit du vendeur, celui auquel il a de bonne foi revendu la marchandise, et meme, lorsqu'il s'agit d'une marchandise ayant un prix courant ou cotee en bourse, a calculer le dommage d'une maniere « abstraite », par la simple comparaison du prix du contrat avec le prix courant ou le cours de la marchandise en bourse. Mais elle est egalement consacree par les dispositions des art. 190 et 214. En effet, aux termes de ces dispositions, Il est loisible a l'acheteur de « renoncer a la livraison» (art. 191) et au vendeur (dans l'hypothese du moins ou le prix doit etre paye' avant la livraison) de « se departir du contrat II (art. 214), sans perdre pour autant le droit de reclamer des dommages-interets pour cause d'inexecuition, ce qui revient a dire qu'au lieu de devoir continuer d'offrir leurs prestations, l'acheteur et le vendeur (ce dernier dans la meme hypothese) peuvent se refuser a l'effectuer et se contenter alors d'en imputer la valeur sur le montant du dommage. Il n'y a ainsi aucune raison de limiter l'application de la theorie dite de la difference (Differenztheorie) aux cas envisages aux art. 191 al. 2 et 3 et 215, d'autant moins d'ailleurs que, d'une' part, comme on l'a deja dit, les modes de calcul qu'ils prevoient n'ont rien d'obligatoire Obligationenrecht. N° 35. 175 toire, et que, d'autre part, Ils trouvent sans doute leur justification dans l'idee que soit le prix que paye l'acheteur qui se remplace, soit celui qu'encaisse le vendeur qui revend la chose a un tiers, soit enfin le prix courant de la marchandise ou le cours eote en bourse sont reputes correspondre a la valeur de la prestation du creancier.

BGE 24 II 392 («Kauf zwischen Kaufleuten»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

A. Durch Urteil vom 31. Dezember 1897 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: 1. Die Beklagtschaft sei im Sinne der Motive gehalten, die vom Kläger laut Faktur vom 10. Dezember 1896 gelieferten 300 Stück Universalöfen Nr. 3, 200 Stück Universalöfen Nr. 4, die 30 Satzringe Nr. 3, 20 Satzringe Nr. 4, ferner die 360 Stück Dochte zu 40 Sf. und 240 Stück Dochte zu 60 Sf. anzunehmen und den Fakturabtrag von 7107 deutsche Reichsmark 50 Sf., zahlbar in Mark auf Berlin, Wert fällig 10. März 1897, nebst Verzugszinsen zu 6 % von diesem Tage an zu bezahlen. 2. Die Beklagten seien mit ihren Begehren abgewiesen. B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger stellt die Anträge: 1. Die Klage sei ohne Vorbehalt gutzuheißen in der Meinung, dass der Steigerungserlös dem Beklagten an Stelle der Ware zukomme; 2. eventuell: Dass der gemäß Dispositiv I in Verbindung mit Erw. 9 in fine verrechnungsweise zu machende Abzug des Steigerungserlöses festgestellt werde auf 5182 Fr. 95 Cts., d. h. den Nettoerlös der Steigerung nach Abzug von Zoll, Fracht, Steigerungskosten u.s.w., weiter abzüglich der Depositionskosten, alles gemäß Rechnung der Gerichtskanzlei Luzern, und das auch nur für den Fall, dass auch die beim Gerichtspräsidenten von Luzern liegende Restanz von 1869 Fr. 70 Cts. dem Kläger ausgehändigt werde; ferner, dass die Zinsdifferenz (6 % Verzugszins, 2 % Depotzins) den Beklagten zur Last gelegt werde. Die Beklagten beantragen dagegen Abweisung der Klage und Verpflichtung des Klägers zur Zahlung von 250 Fr. Schadensersatz nebst Verzugszins. C. In der heutigen Verhandlung wiederholen die Parteienvertreter ihre schriftlich gestellten Anträge und tragen wechselseitig auf Abweisung der gegnerischen Berufung an

Erwägungen

In der Sache selbst ist über die erste hier vorliegende Frage: Ob das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft als Fixgeschäft anzusehen und demnach die Beklagten berechtigt gewesen seien, bei Verzug des Klägers ohne weiteres (ohne Ansetzung einer Nachfrist zur Erfüllung) vom Vertrage zurückzutreten, zu bemerken: Im kaufmännischen Verkehr — und ein solcher liegt hier unzweifelhaft vor, da beide Kontrahenten Kaufleute im Sinne des eidg. OR. (wie auch des deutschen HGB). sind — wird ein Fixgeschäft nach Art. 234 OR . dann vermutet, wenn ein bestimmter Lieferungstermin vereinbart worden ist; alsdann hat der Käufer das Recht, beim Verzug des Verkäufers entweder ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten, — wozu es keiner Anzeige an den Verkäufer bedarf — oder auf der Erfüllung zu beharren, in

welchem Falle er dies jedoch dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Termins anzuseigen hat. Nach eidg. OR . begründet also im kaufmännischen Verkehre die Vereinbarung eines bestimmten Lieferungstermines, entgegen dem deutschen HGB. Art. 357, eine Vermutung für das Vorhandensein eines Fixgeschäftes: danach liegt die Beweislast dafür dass ein bestimmter Lieferungstermin verabredet sei, demjenigen ob, der sich auf den Charakter des Geschäftes als Fixgeschäft beruft — in casu also den Beklagten, — dafür hingegen, dass trotz Beweises dieser Verabredung das Geschäft nicht als Fixgeschäft gemeint sei, dem andern Teile, hier dem Kläger.

BGE 116 II 436 = Pra 80 (1991) Nr. 41 («Verzug im kaufmännischen Verkehr»)

Regeste:

1. OR 190, 107 – 109. Wird im kaufmännischen Verkehr die Ware auf einen Termin hin nicht geliefert und mahnt der Besteller den Lieferanten, so ist der Verzug nach den normalen Regeln zu behandeln. Der unverzüglich zu erklärende Verzicht auf nachträgliche Leistung kann bereits im voraus erfolgen.

Sachverhalt

Wegen Bezahlung in natura verfügt das Schweizer Unternehmen M. S.A. (M.) über iranische Pistazien. Durch mündlichen Vertrag vom 17. September 1985 kaufte die deutsche Firma O. GmbH (O.) von der M. 500 t Pistazien. Am 22. Oktober 1985 teilte die M. der O. mit, dass sich die Lieferung der ersten 300 t, die auf Ende Oktober 1985 hätten geliefert werden sollen, wegen neuen Ausfuhrregelungen im Iran verzögere. Eine Woche später wies die O. die M. auf die Folgen der verspäteten Lieferung im Hinblick auf das Weihnachtsgeschäft hin und forderte diese noch mehrere Male auf, ihr den Liefertermin zu nennen. Am 19. Dezember 1985 trafen sich die Verwalter der beiden Firmen; die O. forderte die Erfüllung des Vertrags, während die M. neue Preise aushandeln wollte. Eine letzte Lieferfrist wurde auf den 23. Dezember 1985 angesetzt, wobei die O. erklärte, bei Nichterfüllung auf die Vertragsabwicklung zu verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Am 6. Januar 1986 erfolgte diese Verzichtserklärung und die Ankündigung der Schadenersatzforderung. Die erste Genfer Gerichtsinstanz hiess die Klage in der Höhe von Fr. 1'176'325.- gut. Die Vi urteilte neu und sprach eine Summe von 367'500 US \$ samt Zinsen zu. Das Bg weist die Berufung der M. ab.

Erwägung 1

Obwohl die Berufungsklägerin – sowie übrigens auch die beklagte Partei – die Anwendung des Schweizer Rechts für den vorliegenden Fall nicht in Frage stellt, macht sie dagegen eine Verletzung von OR 107 geltend, weil ihr keine Frist angesetzt worden sei, um ein Lieferdatum festzusetzen. Sie gibt zu, bezüglich der Festsetzung eines solchen Datums zwar im Verzug gewesen zu sein, nicht aber weil sie nicht lieferte. Indem O. am 19. Dezember 1985 eine Frist ansetzte, spätestens bis zum 23. Dezember zu liefern und nicht, um einen Liefertermin zu erhalten, habe sie Vertragsetappen übersprungen.

a) Es erübrigt sich, im Detail auf die Grundsätze bezüglich der Folgen der Nichtbeachtung eines Liefertermins im kaufmännischen Verkehr oder im normalen Verkaufsgeschäft zurückzukommen, weil dies der angefochtene Entscheid in umfassender Weise tut. Auch genügt es, daran zu erinnern, dass im kaufmännischen Verkehr bei verabredetem Liefertermin ein Fixgeschäft angenommen wird. Aufgrund von OR 190 I gerät der Verkäufer am vereinbarten Termin

nicht nur in normalen Schuldnerverzug, sondern ipso iure in einen qualifizierten Verzug i.S. von OR 107, mit der Besonderheit, dass OR 190 I eine gesetzliche Vermutung dafür begründet, dass der Käufer auf die Erfüllung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beansprucht. Statt sich den Vorteil aus dieser Vermutung des Erfüllungsverzichts zunutze zu machen, kann der Käufer die Erfüllung verlangen; er hat die jedoch nach Ablauf des Termins unverzüglich anzuzeigen. Das «Fixgeschäft» wird in diesem Fall in ein «Mahngeschäft» umgewandelt. Der Käufer verzichtet darauf, dem Termin, der im Vertrag festgelegt ist, eine zentrale Rolle zuzuweisen; OR 190 ist dann für das Geschäft nicht mehr anwendbar, sondern dieses ist den normalen Bestimmungen von OR 107 – 109 unterstellt. Verlangt der Käufer, der auf Erfüllung beharrt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung, hat er seinem Schuldner eine zusätzliche Frist anzusetzen und unverzüglich nach Ablauf dieser Frist seinen Willen zu erklären, nicht mehr am Vertrag festzuhalten und Schadenersatz zu fordern.

b) Im vorliegenden Fall bestreitet die Berufungsklägerin nicht, dass es sich um ein Geschäft handelt, das den Regeln des kaufmännischen Verkehrs unterstellt ist.

Gemäss Tatsachenfeststellungen der Vi hat der Käufer nach Ablauf des vereinbarten Termins vom 29. Oktober 1985 die Berufungsklägerin über die Folgen der verspäteten Lieferung informiert und erklärt, am Vertrag festhalten zu wollen; wie er dies bereits zuvor getan hatte, verlangt er von der Verkäuferin, das Datum der Lieferung der 300 t Pistazien zu nennen, dies mehrmals bis zum 12. Dezember 1985. Aus rechtlicher Sicht bedeutet dies nun, dass der Käufer die Erfüllung fordert und nicht vom Vorteil der Vermutung gemäss OR 190 I (Verzicht auf Erfüllung) profitieren will. Somit hat er sich den allgemeinen Bestimmungen von OR 107 – 109 unterstellt.

Im Gegensatz zu ihrer Behauptung befand sich die Verkäuferin seit Ende Oktober 1985 im Verzug, und zwar nicht nur bezüglich der Nennung eines Lieferdatums, sondern bezüglich der Lieferung; ein besonderes Tätigwerden war nicht notwendig, weil der Verzug durch blosen Fristablauf ausgelöst wurde («dies interpellat pro homine»; OR 102 II). Weil der Verzug durch blosen Fristablauf eintrat, war O. verpflichtet, M. eine zusätzliche Frist anzusetzen, damit diese die in OR 107 festgelegten Rechte wahrnehmen konnte; O. hatte nämlich ausdrücklich die Lieferung der Ware gewünscht (OR 190 II) und unterstellt sich somit OR 107 – 109. Dagegen war sie auf keine Weise verpflichtet, der X. im voraus einen neuen Liefertermin anzusetzen, oder sie durch die Festlegung eines Liefertermins in Verzug zu setzen; ein solches Vorgehen ist dem schweiz. Recht bezüglich der Folgen der Nichterfüllung fremd.

Obwohl es die Vi nicht ausdrücklich hervorhob, ging sie zu Recht davon aus, dass die O. seit Ende Oktober 1985 berechtigt gewesen wäre, der Berufungsklägerin eine angemessene Frist zur Erfüllung (OR 107) einzuräumen und nach Ablauf dieser Frist auf die Erfüllung zu verzichten und die Bezahlung von Schadenersatz zu fordern.

Schliesslich urteilte die Vi im Gegensatz zur Behauptung der Berufungsklägerin nicht im Widerspruch zu den Tatsachenfeststellungen, wenn sie davon ausging, dass nach Ablauf dieses Termins O. erklärte (wie sie es zum voraus angekündigt hatte), dass sie auf die Erfüllung des Vertrags verzichte. Sie machte nichts anderes, als das Wahlrecht von O. beim Ablauf der letzten Erfüllungsfrist, die auf den 23. Dezember 1985 angesetzt war, festzustellen und OR 107 anzuwenden.

BGE 90 II 285 («Rücktritt durch Eigentumsvorbehalt»)

Regeste:

Kaufvertrag. Stellvertretung.

Stellvertretung, Art. 32 OR. Erfordernis der Ermächtigung (Erw. 1a). Erkennbarkeit des Vertretungsverhältnisses (Erw. 1b).

Rücktritt vom Kaufvertrag, Art. 214 Abs. 3, 107 ff. OR.

Vorbehalt des Rücktrittsrechtes (Erw. 2 a).

Erfordernis sofortiger Rücktrittserklärung. Ablehnung des Einwands der Verspätung wegen Rechtsmissbrauchs (Erw. 2 b).

Auseinandersetzung nach dem Rücktritt, Art. 109 OR (Erw. 3).

Sachverhalt

A.- Die Firma L. Bresaola in Chiasso, die Kaffeemaschinen für Gastgewerbebetriebe herstellt, schloss mit Georg Weber zwei Verträge, und zwar

- am 4. April 1960 einen Vertrag über den Verkauf einer Kaffeemaschine, Modell "De Luxe", zum Preise von Fr. 7050.--,

- am 26. April 1960 einen Vertrag über den Verkauf einer Kaffeemühle, Modell "Standard", zum Preise von Fr. 1280.--.

Die Apparate waren innert 10 Tagen nach Montage zahlbar. Beide Verträge enthielten einen Eigentumsvorbehalt zugunsten des Verkäufers. Die Lieferung der Apparate hatte an das Café Domino in Kreuzlingen zu erfolgen. Die Apparate wurden am 28. April 1960 geliefert. Der Eigentumsvorbehalt wurde auf Verlangen Bresaolas am 30. August 1960 in Wil, am Wohnort Webers, eingetragen; als Weber in der Folge seinen Wohnsitz nach Thun verlegte, veranlasste Bresaola den Eintrag des Eigentumsvorbehalts in das dortige Register.

Zur Bezahlung des Kaufpreises für die beiden Maschinen aufgefordert, nahm Weber mit Erklärungen vom 11. und 22. Juni 1960 den Standpunkt ein, er habe die Kaufverträge nicht für sich abgeschlossen, sondern als Vertreter der Inhaberin des Café Domino, Frau Hollaus-Weisser, und deren Mutter Frau Weisser, welche ihrer Tochter die Mittel zur Einrichtung des Cafés zur Verfügung gestellt hatte.

Am 23. Juni 1960 stellte Bresaola für die gelieferten Maschinen Rechnung an Frau Hollaus-Weisser. Diese lehnte jedoch die Bezahlung ab mit der Begründung, Weber habe die beiden Kaufverträge nicht als ihr Stellvertreter, sondern als Selbstkäufer abgeschlossen. Für die Forderung aus dem Weiterverkauf der Maschinen an sie sei er durch Frau Weisser befriedigt worden.

Versuche Bresaolas, die Frauen Hollaus und Weisser zur Anerkennung der Kaufpreisschuld für die Maschinen zu veranlassen, verliefen erfolglos. Auch nochmalige Zahlungsaufforderungen an Weber führten zu keinem Ergebnis. Ein von Bresaola am 24. November 1960 im Besitzschutzverfahren unter Berufung auf den Eigentumsvorbehalt gegen Frau Hollaus gestelltes Begehren auf Herausgabe der gelieferten Apparate wurde von den zuständigen thurgauischen Instanzen abgewiesen.

B.- Am 30. September 1961 reichte Bresaola beim Bezirksgericht Kreuzlingen gegen Frau Weisser und Frau Hollaus Klage ein mit dem Begehren, die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten,

1. ihm eine Olympia-Kaffeemaschine Modell "De Luxe III Hydro" mit allem Zubehör im Werte von Fr. 7050.--, sowie eine Kaffeemühle Modell "Standard" mit elektrischem Motor und allem Zubehör im Werte von Fr. 1280.-- unbeschwert herauszugeben;
2. ihm für die Zeit ab 1. Mai 1960 bis zur erfolgten Herausgabe der Maschinen und Apparate pro Monat Fr. 249.90 zu bezahlen.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage.

C.- Das Bezirksgericht Kreuzlingen und das Obergericht des Kantons Thurgau, dieses mit Urteil vom 2. April 1964, wiesen die Klage ab.

D.- Gegen das Urteil des Obergerichts hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit welcher er die vor den kantonalen Instanzen gestellten Begehren erneuert.

Die Beklagten beantragen, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Erwägung 2

Der Kläger vertritt die Auffassung, der in den Kaufverträgen vereinbarte Eigentumsvorbehalt, der in den Registern der Betreibungsämter von Wil und Thun, d.h. am jeweiligen Wohnsitz des als Käufer aufgeführten Weber, eingetragen wurde, wirke kraft des Vertretungsverhältnisses auch gegenüber den Beklagten; das gegen diese gerichtete Begehren auf Herausgabe der Apparate sei daher zu schützen.

Die Vorinstanz hat das Bestehen eines solchen Herausgabeanspruches verneint, weil der Kläger sowohl das Vertretungsverhältnis als auch die Personalien und den Wohnsitz der Vertretenen gekannt habe, weshalb der Eintrag des Eigentumsvorbehalts in den Registern von Wil und Thun rechtlich unwirksam gewesen sei.

Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben; denn selbst wenn dem angefochtenen Entscheid in dieser Hinsicht beizupflichten wäre, ist auf jeden Fall das Herausgabebegehren entgegen der Auffassung der Vorinstanz aus dem Gesichtspunkte des vom Kläger ebenfalls angerufenen Art. 214 OR begründet.

a) Die Beklagten, die kraft des Vertretungsverhältnisses Partei der von Weber für sie abgeschlossenen Kaufverträge sind, haben die ihnen gelieferten Apparate nicht bezahlt, obwohl sie dazu durch Zustellung der Rechnung gemahnt wurden. Sie befinden sich deshalb im Schuldnerverzug.

Beim Kaufvertrag ist für die Folgen des Zahlungsverzugs des Käufers in Art. 214 eine Sonderregelung vorgesehen.

Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung hat der Verkäufer, wenn die Kaufsache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben ist, das Recht, ohne weiteres vom Vertrag zurückzutreten; will er von diesem Recht Gebrauch machen, so muss er dies jedoch gemäss Art. 214 Abs. 2 OR dem Käufer sofort anzeigen.

Auf den vorliegenden Fall ist indessen Art. 214 Abs. 1 entgegen der Meinung des Klägers nicht anwendbar. Denn da der Kaufpreis "innert 10 Tagen nach Montage" zu bezahlen war, lag weder ein Pränumerando- noch ein Barkauf, sondern ein Kreditgeschäft vor.

Bei einem solchen kann gemäss Art. 214 Abs. 3 OR der Verkäufer beim Verzug des Käufers vom Vertrag nur zurücktreten, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat.

Die Vorinstanz ist der Ansicht, dem Kläger sei die Berufung auf Art. 214 Abs. 3 OR verwehrt, weil es am erforderlichen Vorbehalt des Rücktrittsrechts fehle. Diese Auffassung ist unrichtig. Gemäss ständiger Rechtsprechung und Lehre hat bei Verabredung eines Eigentumsvorbehalts das einseitige Rücktrittsrecht des Verkäufers immer als miteingeschlossen zu gelten, auch wenn dies nicht besonders hervorgehoben worden ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Eigentumsvorbehalt zwar vereinbart, aber nicht eingetragen worden und darum das Eigentum an der Sache auf den Käufer übergangen ist. In diesem Falle hat der Verkäufer zwar keinen dinglichen Herausgabeanspruch, wohl aber ein obligatorisch wirkendes Recht auf Rückgabe der Kaufsache. Selbst wenn also der auf den Namen und am Wohnort Webers eingetragene Eigentumsvorbehalt gegenüber den Beklagten nicht gültig sein sollte, lag in seiner Vereinbarung doch ein wirksamer Vorbehalt des Rücktrittsrechts zugunsten des Klägers.

b) Der Kläger hat sein Rücktrittsrecht entgegen der von der Vorinstanz geschützten Auffassung der Beklagten nicht dadurch verwirkt, dass er diesen die Absicht, es auszuüben, nicht sofort nach der fruchtlos gebliebenen Zahlungsaufforderung angezeigt hat.

Im Gegensatz zu der für den Vorauszahlungs- und den Barkauf gemäss Art. 214 Abs. 1 OR in Abs. 2 angeordneten Pflicht zur sofortigen Anzeige des Rücktritts ist in Abs. 3 von einer solchen Pflicht des Verkäufers nicht die Rede. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, der Verkäufer, der sich beim Kreditkauf das Rücktrittsrecht vorbehalten hat, dürfe den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung nach seinem Belieben wählen. Der Vorbehalt des Rücktrittsrechts hat lediglich zur Folge, dass an Stelle der für den Kreditkauf grundsätzlich geltenden Sonderregelung (Ausschluss des Rücktrittsrechtes) die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Art. 107 ff. OR

anwendbar sind. Auch nach dem somit massgebenden Art. 107 Abs. 2 OR hat aber der Gläubiger, der vom Vertrag zurücktreten will, dies unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist zu erklären.

Dass der Vorbehalt des Rücktrittsrechtes im Falle des Art. 214 Abs. 3 dem Verkäufer nicht die Befugnis verleihen kann, den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung nach Gutfinden zu wählen, leuchtet auch deshalb ein, weil nicht einzusehen ist, weshalb er kraft des Vorbehaltes besser gestellt sein sollte, als es nach den allgemeinen Regeln über den Schuldnerverzug der Fall wäre. Auch auf ihn trifft, gleich wie in den Fällen von Art. 214 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, die Überlegung zu, dass es ihm verwehrt sein soll, bei der Ausübung des Rücktrittsrechts auf Kosten des säumigen Schuldners zu spekulieren.

Im vorliegenden Falle hat nun allerdings der Kläger den Rücktritt vom Vertrag erst dadurch geltend gemacht, dass er am 24. November 1960 beim Bezirksgerichtspräsidium Kreuzlingen von der Beklagten Frau Hollaus die Herausgabe der Apparate verlangte. Der Einwand der Beklagten, diese Rücktrittserklärung sei wegen Verspätung unwirksam, verstösst jedoch gegen Treu und Glauben. Denn wenn der Kläger nicht sofort gegen die Beklagten vorging, sondern zunächst nochmals von Weber Zahlung zu erhalten versuchte, tat er dies aus Entgegenkommen gegenüber den Beklagten, die den Standpunkt einnahmen, Weber habe die Apparate aus den Darlehen zu bezahlen, die er ihnen schuldete.

BGE 138 III 370 = Pra 2022 Nr. 190, 91 («Übergang der Gefahr beim Stückkauf»)

Regeste:

Kaufvertrag; Gefahrenübergang beim Sukzessivlieferungsvertrag (Art. 185 Abs. 1 OR). Beziehung zwischen der Regel "periculum est emptoris" und ihren Ausnahmen; Gesetzesauslegung unter Berücksichtigung der auf dem Spiele stehenden Interessen und dem Ziel der Norm (E. 4a-c); Anwendung des allgemeinen Prinzips im vorliegenden Fall, der die Sukzessivlieferung von Aktien einer Aktiengesellschaft betrifft, welche vor Vertragserfüllung in Konkurs gefallen ist (E. 4d).

Sachverhalt

Im Frühling 1993 planten A., C. und D., die damals für denselben Arbeitgeber als Bodenleger tätig waren, das Vorhaben, eine Gesellschaft zu gründen, um eine Unternehmung für Bodenbeläge zu betreiben. Ein Dritter, B., erklärte sich dazu bereit, das Unternehmen zu finanzieren und das Aktienkapital der zu gründenden Aktiengesellschaft, welches in 100 Namenaktien zu Fr. 1000.– gestückelt war, vollumfänglich zu liberieren. Die Gesellschaft wurde am 22. Juli 1993 unter der Firma X AG gegründet. Sie hatte vier Aktionäre, nämlich B. (97 Aktien), D. (1 Aktie), A. (1 Aktie) sowie C. (1 Aktie).| An einem unbekannten Datum unterzeichneten die vier eine «Aktionärsvereinbarung», die Folgendes vorsah:

«Herr B. verpflichtet sich, den anderen Aktionären der Gesellschaft seine Titel zum Nennwert in nachfolgendem Verhältnis zu verkaufen:

Herr D. 29 Aktien;

Herr C. 29 Aktien;

Herr A. 29 Aktien.»

Ebenso wie C. und D. unterzeichnete auch A. eine vom 1. August 1993 datierte Schuldnerkennung. Jeder von ihnen anerkannte, B. Fr. 30 000.– zu schulden, zahlbar in monatlichen Raten von Fr. 1000.– oder nach Vereinbarung. Die Parteien bestreiten nicht mehr, dass ihre Abmachung ein Sukzessivlieferungsvertrag darstellt, wobei eine Aktie pro Monat gegen Bezahlung von Fr. 1000.– zu übertragen war.

Am 17. November 1994 wurde über die X AG der Konkurs eröffnet. Am 21. Februar 1995 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt.

Am 12. Juli 1995 liess B., der im Besitze der Gesamtheit der an A. verkauften Aktien verblieben war, A. einen Zahlungsbefehl über Fr. 30 000.– nebst Zinsen zustellen. Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag.

Mit Urteil vom 25. Januar 2000 verpflichtete die Zivilkammer des Kantonsgerichts Waadt A. B. Fr. 30 000.– zuzüglich Zinsen zu bezahlen.

Das Bundesgericht weist die von A. gegen dieses Urteil erhobene Berufung ab und bestätigt den angefochtenen Entscheid.

Erwägung 4c

In diesem Zusammenhang gilt es, das Verhältnis zwischen der Regel und den Ausnahmen von Art. 185 OR zu verstehen. Art. 185 Abs. 1 OR legt eine Norm fest, welche ursprünglich für Verkäufe auf den Märkten vorgesehen war. Die Ausnahmen hatten jene Fälle zum Gegenstand, in denen die zeitliche Trennung zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft nicht im Interesse des Käufers, sondern einzig oder überwiegend in jenem des Verkäufers erfolgte. Die bis anhin anerkannten Ausnahmen scheinen alle auf dieser Linie zu liegen. Abgesehen von den in Abs. 2 und 3 von Art. 185 OR ausdrücklich geregelten Annahmen sowie den in Abs. 1 erwähnten besonderen Abreden sind dies der Doppelverkauf, die Wahlobligation mit einem dem Verkäufer zustehenden Optionsrecht (Art. 72 OR), der Verkauf einer Sache, die nicht im Besitze des Verkäufers ist, oder die gemischten Verträge, insbesondere der Verkauf eines Fahrzeugs mit Übernahme eines Gebrauchtwagens [...]. Bei all diesen Annahmen – allenfalls mit Ausnahme der gemischten Verträge, die im vorliegenden Fall nicht von Belang sind – ist der Käufer aufgrund von Umständen, die dem Verkäufer zuzurechnen sind, daran gehindert, vor der Übergabe über die verkauft Sache zu verfügen, oder er kann nicht in angemessener Weise für die Sicherheit der neu erworbenen Sache Sorge tragen [...].

BGE 133 III 257 («Mülleramazonen»)

Regeste:

Kaufvertrag; Wandelung; Schadenersatz; Art. 208 Abs. 2 und 3 OR.

Darstellung der Rechtsprechung und Lehre zur Frage, welche Schäden unter Art. 208 Abs. 2 OR fallen (E. 2.1).

Grundsätze der Auslegung von Gesetzen (E. 2.4).

Art. 208 Abs. 2 OR erfasst Schäden, welche dem Käufer durch Mängel der gelieferten Ware unmittelbar verursacht wurden. Dies ist zu bejahen, wenn der Schaden innerhalb der Kausalkette direkt durch den Mangel und nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen hervorgerufen wurde (E. 2.5).

Ein Schaden ist nicht bereits deshalb als mittelbare Folge eines Mangels zu qualifizieren, weil er sich erst beim normalen Gebrauch der Sache im Rahmen des üblichen oder vereinbarten Verwendungszwecks auswirkte (E. 3.2).

Liefert der Verkäufer dem Käufer kranke Tiere, so stellt der durch die Übertragung der Krankheit verursachte Verlust des Tierbestandes des Käufers unmittelbaren Schaden dar (E. 3.3).

Sachverhalt

A. A. mit Wohnsitz in Z. züchtet gewerbsmäßig Papageien. Mit Vertrag vom 30. Juni 2000 kaufte er von B. mit Wohnsitz in X. sechs Mülleramazonen-Papageien zum Preis von Fr. 4'800.-. Diese Papageien waren beim Verkäufer während mehreren Monaten in Quarantäne. Nach ihrer Einstellung beim Käufer erkrankten und verstarben die sechs Papageien und in der Folge fast der gesamte weitere Zuchtbestand des Käufers. Mit Schreiben vom 2. August 2000 erklärte der Käufer die Wandelung des Kaufvertrages. Die Parteien liessen bezüglich der Erkrankung der Vögel mehrere Gutachten erstellen. Diese kamen zum Ergebnis, es sei wahrscheinlich, dass einer der vom Verkäufer gelieferten Papageien mit dem Pacheco-Virus infiziert gewesen sei und die Krankheit durch den Stress der Neueinstellung zum Ausbruch gekommen sei, worauf das Virus auf den gesamten Vogelbestand des Käufers übergegriffen habe. In der Folge verlangte der Käufer vom Verkäufer die Rückerstattung des Kaufpreises und den Ersatz des durch die Krankheit der gekauften Papageien verursachten Schadens. Der Verkäufer verweigerte die Zahlung, worauf der Käufer ihn mit Zahlungsbefehl Nr. 1 des Betreibungsamtes Y. vom 11. September 2003 über Fr. 2'000'000.- nebst 5 % Zins seit 2. August 2000 betreiben liess. Der Verkäufer erhob keinen Rechtsvorschlag.

B. Am 5. November 2003 klagte der Verkäufer (nachstehend: Kläger) beim Bezirksgericht Arbon nach Art. 85a SchKG auf Feststellung, dass die vom Käufer (nachstehend: Beklagter) in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nicht bestehe und verlangte die vorläufige Einstellung der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Y.

Das Bezirksgericht ging davon aus, der Kläger habe dem Beklagten auf Grund der Wandelung des Kaufvertrages den Kaufpreis von Fr. 4'800.- zurückzuerstatten und gemäss Art. 208 Abs. 2 OR die unmittelbar mit der Vertragsrückabwicklung und der Feststellung der Schadensursache angefallenen Kosten von insgesamt Fr. 2'175.10 zu ersetzen. Mangels eines Verschuldens habe der Kläger jedoch nicht für den Mangelfolgeschaden in der Form des Verlusts des restlichen Vogelbestandes aufzukommen. Mit Urteil vom 4. März 2004 stellte das Bezirksgericht demnach fest, die in Betreibung gesetzte Forderung bestehe nur im Betrag von Fr. 6'975.10 nebst 5 % Zins seit 2. August 2000.

Am 9. August 2004 wurde über den Kläger der Konkurs ausgesprochen. Auf Berufung des Beklagten hin hob das Obergericht des Kantons Thurgau, in Unkenntnis des Konkurses des Klägers, das erstinstanzliche Urteil am 10. Februar 2005 auf und wies die Klage im Wesentlichen ab, indem es feststellte, dass die in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nebst 5 % Zins seit 2. August 2000 im Fr. 1'990'925.10 nebst 5 % Zins seit 2. August 2000 übersteigenden Betrag nicht bestehe. In diesem Umfang stellte das Obergericht die Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamts Y. ein.

C. Der Kläger er hob am 13. Mai 2005 eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts vom 10. Februar 2005 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nebst 5 % Zins seit 2. August 2000 im Fr. 6'975.10 nebst Zins zu 5 % seit 2. August 2000 übersteigenden Betrag nicht bestehe, und die Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Y. sei in diesem Umfang einzustellen. Mit Antwort vom 11. Juli 2005 schloss der Beklagte auf Abweisung der Berufung.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2005 teilte das Kantonale Konkursamt des Kantons Freiburg dem Bundesgericht mit, der Gerichtspräsident des Geyerzbezirks habe mit Urteil vom 9. August 2004 über den Kläger den Konkurs ausgesprochen und der Beklagte habe in diesem Konkurs am 11. März 2005 die in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nebst Zins eingegaben. Daraufhin wurde das Berufungsverfahren vom Bundesgericht mit Beschluss vom 18. November 2005 gemäss Art. 207 SchKG sistiert.

Mit Schreiben vom 4. August 2006 teilte das Kantonale Konkursamt des Kantons Freiburg dem Präsidenten der I. Zivilabteilung mit, der Konkurs des Klägers werde im summarischen Verfahren durchgeführt, der Kollokationsplan sei vom 30. Juni bis 20. Juli 2006 aufgelegt gewesen und die Konkursmasse wünsche, den Prozess an Stelle des Klägers weiterzuführen. Das Bundesgericht schreibt die Berufung als gegenstandslos ab, soweit damit die Aufhebung der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Y. im Fr. 6'975.10 nebst Zins zu 5 % seit 2. August 2000 übersteigenden Betrag verlangt wird. Im Übrigen weist es die Berufung ab.

Erwägung 2.5.1.

Art. 208 Abs. 2 OR geht von Schäden aus, welche dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursacht wurden. Darunter fallen vom Wortlaut her auch durch die Fehler- bzw. Mängelhaftigkeit der Ware hervorgerufene Schäden. Betreffen diese nicht die Sache selbst, sondern andere Rechtsgüter des Käufers, so wird von Mangelfolgeschäden gesprochen [...]. Ob solche Schäden als unmittelbare oder mittelbare Schäden zu qualifizieren sind, hängt davon ab, wie diese Unterscheidung verstanden wird. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet der Begriff "unmittelbar", ohne räumlichen oder zeitlichen Abstand, ohne vermittelndes Glied [...] bzw. "directement", en ligne directe, sans détour, sans intermédiaire [...]. Entsprechend geht die Lehre allgemein davon aus, die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden beziehe sich auf die Länge bzw. die "Intensität" der Kausalkette. Der unmittelbare Schaden sei innerhalb der Kausalkette direkte Folge des schädigenden Ereignisses, während mittelbarer Schaden erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen bewirkt werde [...]. Demnach ist gemäss dem Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR davon auszugehen, die Haftung des Verkäufers für die dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schäden erfasse auch durch Mängel der Ware hervorgerufene Schäden, soweit sie innerhalb der Kausalkette als direkte Folge des Mangels erscheinen.

BGE 121 II 453 («Hubstapler»)

Regeste:

Art. 71, 197-210 OR; Gattungskauf, Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Sachgewährleistung.

Beim Gattungskauf ist im Gegensatz zum Stückkauf keine individuell bestimmte Sache geschuldet (E. 3).

Die Bestimmungen über die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache in den Art. 197-210 OR kommen beim Gattungskauf nur dann zur Anwendung, wenn der Verkäufer eine Sache liefert hat, welche die vertraglich vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist (E. 4).

Sachverhalt

In einem schriftlichen Kaufvertrag vom 30. Oktober 1991 verpflichtete sich H., gegen Bezahlung von Fr. 28'000.-- innert ca. zwei Wochen einen gebrauchten Hubstapler des Typs TCM an M. zu liefern. Der Kaufgegenstand sollte gemäss der vertraglichen Umschreibung unter anderem einen Wandler, d.h. ein Automatikgetriebe, aufweisen. Am 20. November 1991 lieferte H. einen Hubstapler des vereinbarten Typs, welcher aber kein Automatik- sondern ein Handschaltgetriebe aufwies. Aus diesem Grunde verweigerte M. die Annahme des Hubstaplers und erklärte am 21. November 1991 schriftlich den Rücktritt vom Kaufvertrag. In seinem Antwortschreiben vom 26. November 1991 wies H. die Erklärung zurück und versprach eine korrekte Ersatzlieferung, welche am 2. Dezember 1991 bei M. eintraf. Dieser liess am folgenden Tag durch seinen Anwalt sinngemäss mitteilen, er verweigere die Annahme der Ersatzlieferung. In der Folge setzte H. die Kaufpreisforderung in Betreibung. M. erhob Rechtsvorschlag. Am 23. Dezember 1991 klagte H. beim Amtsgericht Solothurn-Lebern gegen M. auf Bezahlung von Fr. 28'000.-- nebst Zins zu 8% seit 10. Dezember 1991 zuzüglich der Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 76.--. Das Amtsgericht wies die Klage am 4. November 1993 ab. Es ging davon aus, M. habe aus dem Verhalten von H. schliessen dürfen, dieser sei nicht mehr Willens, den Vertrag zu erfüllen, weshalb M. gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR in Verbindung mit Art. 107 Abs. 2 OR ohne Ansetzung einer Nachfrist habe vom Kaufvertrag zurücktreten können.

H. appellierte an das Obergericht des Kantons Solothurn, welches beweismässig davon ausging, die Parteien hätten den Kaufvertrag nicht einvernehmlich aufgehoben, und H. habe stets richtige Erfüllung angeboten. Gestützt auf diesen Sachverhalt hob das Obergericht den Entscheid des Amtsgerichts mit Urteil vom 28. Juni/16. August 1994 auf und verurteilte M., den Kaufpreis von Fr. 28'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 10. Dezember 1991 sowie die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 76.-- an H. zu bezahlen.

M. ficht das Urteil des Obergerichts mit Berufung an und beantragt dem Bundesgericht, dieses aufzuheben und die Klage volumnfänglich abzuweisen.

Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägung a

Die Regelung der Sachgewährleistung in den Art. 197-210 OR bezieht sich auf Mängel der Kaufsache (vgl. Marginalie zu Art. 197 OR). Da der Begriff der Kaufsache in den Art. 197 ff. OR nicht speziell definiert wird, ist die allgemeine Umschreibung des Kaufgegenstandes gemäss Art. 184 Abs. 1 OR massgebend. Diese versteht unter dem Kaufgegenstand die geschuldete Sache (frz. la chose vendue, it. l'oggetto venduto). Da beim Stückkauf eine vertraglich individualisierte Sache geschuldet wird, stellt diese auch dann die Kaufsache dar, wenn ihr wesentliche vereinbarte Merkmale fehlen [...]. Beim Gattungskauf wird dagegen blos eine der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, weshalb eine gelieferte Sache bei dieser Art des Kaufes nur dann der Kaufsache entspricht, wenn sie die vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist (Art. 71 Abs. 1 OR). Es stellt sich daher die Frage, welcher Begriff der Gattung massgebend sei. Das Bundesgericht ist anfänglich von einem abstrakten, objektiven Gattungsbegriff ausgegangen, der dem Wesen der Sache entspricht [...], hat diesen dann insoweit eingeschränkt, als es die Verkehrsauffassung und den im Einzelfall vereinbarten Verwendungszweck berücksichtigte [...] und ist schliesslich zu einem relativen Gattungsbegriff übergegangen, welcher sich nach der konkreten Umschreibung des Kaufgegenstandes durch die Parteien richtet [...]. In der Lehre wird grundsätzlich ebenfalls von einem relativen Gattungsbegriff ausgegangen [...]. Zum Teil wird in der Literatur aber auch die Auffassung vertreten, bei der Definition der geschuldeten Gattung sei in erster Linie das Wesen oder die Natur der Sache gemäss der Verkehrsauffassung und dem Verwendungszweck massgebend, wobei es im Ergebnis gerechtfertigt sei, ein aliud erst dann anzunehmen, wenn die gelieferte Sache "krass", "ganz erheblich" oder "ganz offensichtlich" von der vertraglich umschriebenen Sache abweiche [...]. Ein abstrakter Gattungsbegriff ist aber abzulehnen, weil die Parteien den Kaufgegenstand autonom bestimmen und daher je nach der Wichtigkeit, die sie gewissen Spezifikationen beimessen, mehr oder weniger genau präzisieren können, welche Merkmale die zu liefernde Sache aufweisen muss [...]. Ein allgemeiner Begriff der Gattung ist zudem kaum justitiabel, zumal er ganz unterschiedlich eng oder weit gefasst werden kann [...].

Aus diesen Gründen ist an einem relativen Gattungsbegriff festzuhalten, welcher sich nach der Umschreibung der geschuldeten Sache im Kaufvertrag richtet, wobei dieser - wenn ein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille nicht feststeht - nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist [...]. Demgemäß stellt jede gelieferte Sache, welche nicht alle von den Parteien vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist, nicht die geschuldete, sondern eine andere Sache, ein aliud, dar. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein geliefertes Automobil anstatt des vertraglich vorgesehenen Automatikgetriebes eine gewöhnliche Schaltung aufweist [...] oder

nicht dem ausdrücklich vereinbarten Modell entspricht [...]. Keine andere, sondern eine mangelhafte Kaufsache (peius) liegt beim Gattungskauf hingegen dann vor, wenn die gelieferte Sache zwar der geschuldeten Gattung zugehört (Art. 71 Abs. 1 OR), nicht aber die vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Qualität aufweist [...]. So ist zum Beispiel ein vertragskonform spezifiziertes Automobil mangelhaft, wenn sein Motor stottert oder seine Karosserie durchgerostet ist.

Das Bundesgericht hat in einem obiter dictum in BGE 94 II 26 E. 4 S. 34 f. erkannt, beim Gattungskauf könne ein Käufer, dem eine Sache anderer Gattung geliefert wurde, nicht nur gemäss den allgemeinen Verzugsregeln, sondern auch gestützt auf Art. 206 OR vom Vertrag zurücktreten, weil diese Bestimmung von einem weiten Mängelbegriff ausgehe. Ein Teil der Lehre betrachtet eine solche alternative Anwendung der Sachgewährleistungsregeln bei der Lieferung eines aliud dann als wünschbar, wenn die konkrete Abgrenzung zur Schlechtlieferung im Einzelfall Schwierigkeiten bereite [...]. In der Literatur wird auch die Meinung vertreten, die Lieferung eines aliud solle beim Gattungskauf ausschliesslich nach der Regelung der Sachgewährleistung beurteilt werden, weil damit schwierige Abgrenzungsfragen und die Umgehung der kurzen Fristen des Sachgewährleistungsrechts vermieden werden könnten [...]. Diese Auffassungen sind aber abzulehnen, weil sich die Regelung der Sachgewährleistung gemäss der Marginalie zu Art. 197 OR auf die Kaufsache bezieht und beim Gattungskauf nur dann eine Kaufsache geliefert wird, wenn diese der vereinbarten Gattung entspricht. Dies wird dadurch bestätigt, dass Art. 206 OR, welcher gemäss seiner systematischen Stellung im Gesetz die besonderen gewährleistungsrechtlichen Folgen der Lieferung einer mangelhaften Sache beim Gattungskauf regelt [...], nur einen Anspruch auf Nachlieferung anderer währhafter Ware "derselben" Gattung vorsieht und damit voraussetzt, dass eine Sache der vereinbarten Gattung geliefert wurde. Die herrschende Lehre geht somit zu Recht davon aus, die Lieferung eines aliud stelle keinen Tatbestand der Sachgewährleistung, sondern eine Nichterfüllung dar, welche sich ausschliesslich nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug beurteile [...]. Ein Käufer, der ein aliud erhalten hat, kann demnach - wenn die Erfüllung noch möglich ist - nur nach den Verzugsregeln vom Vertrag zurücktreten, was grundsätzlich die erfolglose Ansetzung einer angemessenen Frist zur nachträglichen Erfüllung voraussetzt (Art. 107 f. OR).

BGE 88 II 410 («Fehlen zugesicherter Eigenschaften»)

Regeste:

- Grundstückkauf, Täuschung, Genehmigung; Gewährleistung. Art. 28, 31, 197 ff. OR.
1. Die Genehmigung ist auch nach erfolgter Geltendmachung der Unverbindlichkeit noch möglich (Erw. 2).
 2. Genehmigung durch Erhebung der Preisminderungsklage (Erw. 2).
 3. Haftung für zugesicherte Eigenschaften. Begriff des Minderwerts und der Zusicherung (Erw. 3).

Sachverhalt

Aus dem Tatbestand:

Frau Hulda Zubler kaufte im April 1951 von Anton Lang dessen Wohnhaus und Metzgerei in Basel zum Preis von Fr. 315'000. -. -Die mit dem Verkauf beauftragte Maklerfirma hatte der Interessentin ein "Exposé" übergeben, das u.a. die folgenden Angaben enthielt:

"Umsatz 1949/50 Fr. 170'000.-- und mehr; Mietzinseinnahmen Fr. 7300.--; gefl. selbst prüfen. Der Verkäufer ist bereit, die Differenz zwischen Verkaufspreis und Hypotheken/Anzahlung im Betrage von Fr. 90'000.-- bis 100'000.-- als Hypothek im 3. Range stehen zu lassen, was die Bonität des Geschäfts deutlich beweist... Das Geschäft ist keineswegs forciert worden, und ein jüngerer, tatkräftiger Erwerber kann den heutigen, nachweisbaren Umsatz sofort bedeutend steigern. Die grossen Zinseinnahmen ergeben eine Rendite, so dass der Erwerber mit dem Geschäftsumsatz... recht wohl arbeiten kann."

Am 12. November 1951 liess die Käuferin dem Verkäufer schreiben, er habe ihr hinsichtlich des Umsatzes und der Mietzinseinnahmen unwahre Angaben gemacht; sie fechte den Vertrag wegen Irrtums und Täuschung an; eine gütliche Erledigung könnte nur darin bestehen, dass der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis angemessen herabgesetzt werde.

In der Folge erhob Frau Zubler gegen Lang Klage mit dem Begehren, der Kaufpreis sei um Fr. 110'000. - zu mindern.

Das Bezirksgericht Arlesheim und das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft setzten in teilweiser Gutheissung der Klage den Kaufpreis um Fr. 15'000.-- herab.

Das Bundesgericht weist die auf Schutz der Klage im vollen Umfang gerichtete Berufung der Klägerin ab.

Erwägung 3

Der Verkäufer haftet dem Käufer für die zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (Art. 197 Abs. 1 OR). Fehlen sie, so kann der Käufer, wenn er den Kauf nicht rückgängig macht, Ersatz des Minderwertes der Sache fordern (Art. 205 Abs. 1 OR). Unter dem Minderwert ist der auf

das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften zurückzuführende Minderwert zu verstehen. Es fragt sich also nicht, ob und um wieviel allenfalls der Preis den objektiven Wert der Sache übersteige, sondern ob und wieviel die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft mehr wert gewesen wäre als ohne sie, und zwar dürfen nicht die objektiven Werte miteinander verglichen werden, sondern sie sind zum Kaufpreis in Beziehung zu setzen. Der geminderte Preis ist zum versprochenen in das gleiche Verhältnis zu setzen, in dem der Wert der Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft zum Wert steht, den sie mit dieser Eigenschaft hätte [...].

Nach diesen Grundsätzen haben die kantonalen Instanzen den Minderwert der Liegenschaft ermittelt. Sie gehen davon aus, der Umsatz der Metzgerei habe im Geschäftsjahr 1949/50 statt "Fr. 170'000.-- und mehr" nur rund Fr. 163'000. - erreicht und die Mietzinseinnahmen hätten am 16. April 1951 statt Fr. 7300.-- nur rund Fr. 6760.-- betragen. Soweit diese Feststellungen tatsächlicher Natur sind, binden sie das Bundesgericht, da sie weder offensichtlich auf Verschärfen beruhen noch in Verletzung bündesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sind (Art. 63 Abs. 2 OG). Die Beweiswürdigung, auf der sie beruhen, darf vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht überprüft werden. Insbesondere steht diesem nicht zu, die von der Klägerin begehrte Oberexpertise anzuordnen. Mit der Berufung kann nur geltend gemacht werden, die kantonalen Instanzen gingen von einem unrichtigen Begriff des Minderwertes aus. Was die Klägerin in dieser Hinsicht vorbringt, hält nicht stand.

a) Der Beklagte hat nicht dafür einzustehen, dass der Umsatz zwischen dem Abschluss des Geschäftsjahrs 1949/50 und dem 16. April 1951 nach der Behauptung der Klägerin zurückgegangen sein soll. Freilich müssen die zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache grundsätzlich im Zeitpunkt des Überganges von Nutzen und Gefahr vorhanden sein [...]. Dem Verkäufer steht es jedoch frei, die Eigenschaft für einen anderen Zeitpunkt oder Zeitraum zuzusichern. Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Wendung "Umsatz 1949/50 Fr. 170'000.-- und mehr" stellt nur auf das Geschäftsjahr 1949/50 ab. Der Beklagte behauptete durch sie nicht, der Umsatz sei in der Folge gleich geblieben.

BGE 91 II 353 = Pra 1966 Nr. 48, 169 («Wertangabe ist keine Zusicherung»)

Regeste:

Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache, Art. 197 OR.

Nicht schon die blosse Angabe des Verkäufers, die Sache habe einen bestimmten Wert. Körperlicher oder rechtlicher Mangel: Nicht das Fehlen des vom Verkäufer angegebenen Wertes der Sache.

Sachverhalt

Die B. S.A. kaufte von Frau G. das von dieser betriebener Damenmodegeschäft in Bellinzona. Im Kaufvertrag war der Wert der Ladeneinrichtung mit 30'000 Fr. angegeben. Da die Käuferin nachträglich geltend machte, die Einrichtung sei weniger wert, setzte die Verkäuferin den Preis dafür auf 25'000 Fr. herab. In der Folge klagte die Käuferin auf eine weitere Herabsetzung, da sich herausgestellt habe, dass die Einrichtung tatsächlich nicht 25'000 Fr. wert sei. Das Kantonsgericht Tessin wies das Herabsetzungsbegehren ab. Das Bg bestätigt.

Erwägung

Die Klägerin stützt ihr Begehren auf OR 197 ff. und verlangt unter Berufung auf OR 205 eine Herabsetzung des vereinbarten Preises. Nach OR 197 haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, daß die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Im vorliegenden Fall macht die Klägerin nicht geltend, daß die Einrichtung bezüglich der Zahl, der Art oder des Wertes der einzelnen Gegenstände, aus denen sie besteht, den von der Beklagten gemachten Zusicherungen nicht entspreche. Sie behauptet auch nicht, die Beklagte habe ihr eine Eigenschaft zugesichert, die die Sache dann nicht aufgewiesen habe. Der Verkäufer, der den zum Verkauf angebotenen Gegenständen einen bestimmten Wert zuschreibt, sichert damit nicht eine Eigenschaft i.S. von OR 197 zu.

Auch eine Überbewertung derselben rechtfertigt für sich allein kein Preisminderungsbegehren gemäß OR 205, es sei denn - was im vorliegenden Falle nicht zutrifft -, diese Überbewertung beruhe auf der Angabe bestimmter Eigenschaften, die sich dann als nicht vorhanden herausstellen. Anderseits macht die Klägerin auch nicht allfällige Mängel geltend, die den Wert der Sache erheblich mindern, und dementsprechend fehlt auch jede Angabe über die Art solcher Mängel. Der Umstand, daß eine verkauft Sache nicht den vom Verkäufer angegebenen Wert aufweist, stellt keinen körperlichen oder rechtlichen Mangel i.S. von OR 197 dar. Beim Abschluß des Kaufvertrages muß der Erwerber den Preis der Sache schätzen und ihren Wert auf

Grund seines eigenen Urteils bestimmen. Stellt er nachträglich fest, daß er sich in dieser Hinsicht geirrt und der gekauften Sache einen zu hohen Wert beigemessen hat, so kann er keine Preisminderung gemäß OR 205 verlangen. Um so weniger kann er dies, wenn er schon im Zeitpunkt des vertragsabschlusses Zweifel über die Angemessenheit des Preises gehabt hat. Die Klägerin hat sich damit einverstanden erklärt, für die Einrichtung einen Preis von 25000 Fr. zu bezahlen, ohne daß sie dabei durch die Zusicherung einer tatsächlich nicht vorhandenen Eigenschaft beeinflußt gewesen wäre; sie ist daher nicht berechtigt, das Begehr um Ersatz eines Minderwertes zu stellen, für das die vom Gesetz umschriebenen Voraussetzungen fehlen. Es ist infolgedessen unerheblich, daß ihr nachträglich Zweifel hinsichtlich des der Einrichtung zugeschriebenen Wertes von 25000 Fr. aufgestiegen sind. Ebenso ist kein Raum für die Fragen, ob die Gegenstände tatsächlich diesen Wert haben oder nicht und ob die Vi nicht wenigstens die von der Beklagten selber vorgelegte Erklärung eines gewissen S. hätte berücksichtigen müssen, wonach die Einrichtung nur 18000 Fr. wert sei. Die Rüge der Klägerin, die Vi habe infolge eines offensichtlichen Versehens die Erklärung des S. unberücksichtigt gelassen und damit ZGB 8 verletzt, ist daher gegenstandslos.

BGE 73 II 218 («Formfreiheit der Zusicherung»)

Regeste:

Haftung für zugesicherte Eigenschaften beim Liegenschaftskauf.

Rechtsnatur der Zusicherung gemäss Art. 197 OR; Haftungsvoraussetzung; Frage der grundsätzlichen Vereinbarkeit von Zusicherung und vertraglichem Haftungsausschluss, Tragweite einer allgemeinen Vertragsklausel über Wegbedingung der Gewährspflicht im konkreten Fall.

Sachverhalt

Mittels eines am 26. Februar 1942 erschienenen Zeitungsinserates suchte die Agfa-Photo-A.-G. «Lagerräume und Büros» von bestimmter Fläche und mit Warenlift zu kaufen oder zu mieten. Die Beklagten, Regina Rosine Frank-Zucker und Alice Brunschwig Zucker, offerierten durch Vermittlung des Dr. Pinkwasser die Liegenschaft Lavaterstrasse 11 in Zürich, deren Eigentümerinnen sie durch Erbschaft geworden waren. Dr. Pinkwasser legte dem Angebot eine Bewertung, eine Renditenübersicht und eine Liegenschaftsbeschreibung bei, welch letztere u. a. Angaben über die zulässigen Nutzlasten des Kellers und der verschiedenen Stockwerke enthielt. In der Folge verkauften die Beklagten die Liegenschaft an den Verwaltungsratspräsidenten der Agfa-Photo-A.-G. Dr. Lohöfer. Dieser behielt sich das Recht vor, bis zum Eigentumsübergang die gesamten Rechte und Pflichten aus dem Vertrag an eine beliebige Drittperson zu übertragen. Demgemäß trat am 23. Juni 1942 der Kläger Preibisch an die Stelle Lohöfers. Daraufhin fand gleichen Tags die Grundbuchübertragung statt. Im Vertrag ist die Stärke der Decken nicht erwähnt, jedoch unter Ziff. 2 allgemein die Gewährleistung wegbedungen. B. - Gestützt auf ein bautechnisches Gutachten erobt der Kläger am 20. November 1942 Mängelrüge, weil die Tragfähigkeit der Decken in Wirklichkeit erheblich unter den von Dr. Pinkwasser bezifferten Werten lag. Sodann belangte er die Beklagten auf Bezahlung von Fr. 26,201.05 nebst 5 % Zins seit 24. Juni 1942 als Ersatz für die zur Deckenverstärkung gemachten Aufwendungen. Die Klage wurde vom Bezirksgericht Zürich für Fr. 24,446.05, vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 28. März 1947 für Fr. 24,431.05, je nebst Zins ab 18. Juni 1943, geschützt. C. - Die Beklagten erklärten die Berufung an das Bundesgericht. Sie beantragen gänzliche Abweisung der Klage. Der Kläger schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses.

Erwägung 1

Dass bloss mündlich abgegebene Zusicherungen, sofern ihnen für den Entschluss der Gegenpartei kausale Bedeutung zukommt, auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften verbindlich sind, hat das Bundesgericht schon im BGE 63 II 79 erklärt. Beigefügt wurde in BGE 71 II 240, die Gewährspflicht für derartige Zusicherungen bestehe schlechthin, selbst wenn das

Fehlen der zugesicherten Eigenschaften nicht als rechtserheblicher Mangel erscheine. Weiter sprachen sich das letztgenannte und ein unveröffentlichtes Urteil vom 18. Dezember 1945 i. S. Bosshardt und Lieber c. Immobilien A.-G. Frauenfeld, die beide von der Vorinstanz massgeblich herangezogen wurden, über die Rechtsnatur der Zusicherung gemäss Art. 197 OR dahin aus, dass es sich nicht um einen Vertragsbestandteil handle, sondern «um eine letzten Endes auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückzuführende gesetzliche Haftung, die beim Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandes, nämlich der bestimmt umschriebenen Vorstellungäußerung oder Aussage des Verkäufers, platzgreift». Die Berufungsvorbringen der Beklagten tendieren im wesentlichen auf Wiedererwägung dieser Praxis.

a) Dazu kann vorab der Hinweis auf den Text des Art. 197 OR nicht Anlass geben. Obzwar richtig ist, dass der Wortlaut «die zugesicherten Eigenschaften», «des qualités promises», «delle qualità promesse», rein sprachlich betrachtet, eher an eine vom rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen getragener Erklärung als an eine blosse Vorstellungäußerung denken lässt, verbietet sich aus entwicklungsgeschichtlichen und rechtslogischen Überlegungen eine so restriktive Interpretation. Denn mit VON TUHR (S. 153 f.) und STAUFFER (ZBJV Bd. 80 S. 148) ist vorauszusetzen, dass die Zusicherung nach Art. 197 OR auf das dictum des römischen Rechtes zurückgeht. Und deshalb drängt sich eine möglichst analoge juristische Behandlung beider Rechtsfiguren auf, sofern nicht erkennbar der schweizerische Gesetzgeber durch die Wahl der in Art. 197 OR verwendeten Ausdrücke die von den Beklagten behauptete grundsätzliche Abweichung zum römischemrechtlichen Vorbild (Beschränkung auf das eigentliche promissum) einführen wollte. Für diese Annahme fehlt indessen jeder Anhalt. Sie dennoch zu unterstellen geht umso weniger an, als das Ergebnis, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, ein «Rückschritt gegenüber dem sonst streng formalistischen ädilizischen römischen Recht» wäre. Dem Vertrauensprinzip und den Grundsätzen von Treu und Glauben, auf denen offensichtlich die Haftung des Verkäufers für Zusicherungen beruht, wird nur die in BGE 71 II 241 adoptierte Lösung gerecht. Und erst durch sie erhält auch die in BGE 63 II 79 bekundete Auffassung eine befriedigende Begründung.

b) Ebensowenig schlüssig für den der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entgegengesetzten Prozesstandpunkt der Beklagten ist der Vergleich zwischen den Art. 197 und 198 OR. Die Gewährleistung beim Viehhandel ist, anders als die Gewährleistung im allgemeinen, von der schriftlichen Zusicherung abhängig. Das kommt keineswegs von ungefähr. Art. 198 OR regelt einen Spezialfall. Er bezweckt deutlich eine ungewöhnliche Besserstellung des Verkäufers, welche in den Bedürfnissen des Marktverkehrs und in den damit zusammenhängenden Gefahren ihre Rechtfertigung findet (vgl. BGE 70 II 51); in besonderen Verhältnissen also, die zum vornehmerein nicht für das Kaufgeschäft schlechthin zutreffen. Daher gebricht es für eine Gleichstellung, wie die Beklagten sie versuchen, schon an den tatsächlichen Voraussetzungen. Sie ist auch rechtlich nicht haltbar. Gewiss beeinflusst die Formvorschrift in Art. 198 OR

den Charakter der Zusicherung. Der Viehverkäufer, der dem Käufer beim Vertragsschluss gewisse Eigenschaften des Tieres schriftlich zusagt, kann das (es sei denn in Täuschungsabsicht) nicht wohl ohne den Willen zur Verpflichtung tun. Da letzteres aber gerade die Folge der angewandten Form ist, lässt sich daraus nichts über das Wesen der formlosen Zusicherung herleiten.

c) Unzutreffend endlich ist die Ansicht der Beklagten, es bedürfe zum Schutze von Treu und Glauben im Liegenschaftshandel keiner Haftung des Verkäufers für formlose Zusicherungen oder blosse Aussagen, weil der Käufer zur Wahrung seiner Rechte über genügend andere Behelfe (Berufung auf absichtliche Täuschung oder Irrtum) verfüge. Nach schweizerischer Rechtsauffassung steht es, ausgenommen wiederum den Viehhandel, im freien Belieben des Käufers, den Vertrag wegen eines Willensmangels anzufechten oder die Gewährleistungsklage anzubringen (BGE 70 II 50 ff. und dort genannte Präjudizien; SCHÖNENBERGER in SJZ Bd. 40 S. 305). Der Käufer kann - abgesehen davon, dass solches Vorgehen für ihn häufig vorteilhafter ist - ein beachtliches Interesse daran haben, den Vertrag trotz eines Mangels der Kaufsache oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft bestehen zu lassen und einen Ausgleich auf anderem Wege zu suchen. Ihm die Wahl zwischen Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrages oder des Gewährleistungsanspruches zu beschränken kommt dem Verkäufer nicht zu. Darum war das Angebot der Beklagten, den Kauf rückgängig zu machen, rechtlich ohne jede Bedeutung.

BGE 87 II 244 («Kausalität der Zusicherung für den Vertragsschluss»)

Regeste:

Der Verkäufer eines Hauses muss nach Art. 197 ff. OR das versprochene Volumen garantieren, wenn dieses Versprechen die Entscheidung des Käufers beeinflusst hat.

Sachverhalt

Die J. H. Kunz AG, die sich um den Verkauf einer Villa bemühte, schrieb dem Interessenten Baginski am 21. Februar 1959, das Haus weise ein Bauvolumen von ca. 2'500 m³ auf. Diese Zahl entsprach ungefähr dem sich aus den Akten der J. H. Kunz AG ergebenden Mass eines Baues, der geplant, aber nicht ausgeführt worden war. Das erstellte Haus mass nur rund 1850 m³. Nachdem Baginski es am 24. April 1959 gekauft hatte, wurde er im Sommer 1959 von Dritten über den Unterschied zwischen dem zugesicherten und dem wirklichen Rauminhalt aufgeklärt. Er klagte gegen die J. H. Kunz Ats.G. auf Ersatz des Minderwertes der Kaufsache. Gegen das die Klage abweisende Urteil des Handelgerichts des Kantons Zürich erklärte er die Berufung.

Erwägung a

Gemäss Art. 197 OR, der auf den Grundstückkauf entsprechend anwendbar ist (Art. 221 OR), haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern.

a) Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft nicht wie der körperliche oder rechtliche Mangel nur dann gewährspflichtig macht, wenn der vorausgesetzte Gebrauch der Sache aufgehoben oder erheblich gemindert ist, sondern dass der Verkäufer für die Zusicherung schlechthin einzustehen hat. Nötig ist nach der Rechtsprechung nur, dass die Zusicherung den Entschluss des Käufers, die Sache überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen zu erwerben, beeinflusst habe [...]. Das Bundesgericht lässt deshalb nicht nur körperliche und rechtliche Eigenschaften als im Sinne des Art. 197 OR zugesichert gelten, sondern auch rein wirtschaftliche, z.B. den Zinsertrag einer Liegenschaft [...], den Umsatz einer in der Liegenschaft betriebenen Gastwirtschaft [...], die Zahl der mit einem Motorwagen gefahrenen Kilometer [...].

Ähnlich verhält es sich, wenn der Verkäufer einer Liegenschaft dem Käufer erklärt, der Bau habe einen bestimmten Rauminhalt. Diese Zusicherung ist nicht zum vornherein ungeeignet, Ansprüche aus Gewährleistung entstehen zu lassen, weil sie an der Vorstellung über den körperlichen Zustand des Hauses, den der Käufer während der Vertragsverhandlungen sieht, nichts ändert. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Käufer dem Kubikinhalt nur deshalb

Bedeutung beilegt, weil er ein Gebäude von ganz bestimmtem Inhalt oder Mindestinhalt nötig hat, z.B. ein Lagerhaus, oder ob er sich durch die Angabe über den Inhalt nur aus wirtschaftlichen Überlegungen zum Kauf bestimmen lässt, besonders weil er den Preis im Hinblick auf den Rauminhalt für vorteilhaft hält. Dieser Fall ist unter dem Gesichtspunkt des Art. 197 OR nicht grundsätzlich anders zu behandeln als etwa die Zusicherung eines bestimmten Mietertrages, an dem der Käufer die Tragbarkeit des verlangten Preises ermisst.

BGE 109 II 25 («Ungültige Freizeichnung»)

Regeste:

Es ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob eine Eigenschaftsangabe als Zusicherung zu gelten hat oder unter eine Freizeichnungsklausel fällt (Präzisierung der Rechtsprechung).

Sachverhalt

[...]

Erwägung 4

Der Beklagte beruft sich auf seine Freizeichnung in Ziffer 4 des Formularvertrages, mit der er die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche (Wandelung und Minderung) sowie den Ersatz eines aus der mangelhaften Lieferung irgendwie entstandenen Schadens ausgeschlossen habe. In einem unveröffentlichten Entscheid vom 18. Dezember 1945 [...] erachtete das Bundesgericht eine Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften als unzulässig, weil man nicht gleichzeitig die Garantie für eine zugesicherte bestimmte Eigenschaft übernehmen und die daraus entstehenden Rechtsfolgen aufheben könne, indem man die Gewährleistung wegbedinge. In BGE 73 II 224 /25 wurde diese Möglichkeit dagegen bejaht, aber beigefügt, dass die Freizeichnung unmissverständlich zum Ausdruck kommen müsse; eine gänzlich unspezifizierte Klausel genüge nicht. Die Tragweite einer allgemeinen Haftungsbefreiungsabrede sei unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben aufgrund des gegebenen Sachverhalts und des gesamten Verhaltens der Parteien zu ermitteln [...]. Diese Abrede ist als Ausnahmeregelung gegenüber der gesetzlichen Ordnung einschränkend auszulegen [...].

Die beiden Auffassungen widersprechen sich nicht: Äussert sich der Verkäufer gegenüber dem Käufer über die Beschaffenheit der Kaufsache in einer Art und Weise, die den üblichen Beschrieb des Kaufgegenstandes irgendwie erweitert, so ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob die Eigenschaftsangabe als Zusicherung zu gelten hat oder unter eine Freizeichnungsklausel fällt. Das eine schliesst das andere aus. Im vorliegenden Fall war es für die Klägerin wichtig, vom Beklagten als branchenkundigem Autoverkäufer den genauen Kilometerstand zu erfahren. Der Beklagte hatte nach Treu und Glauben damit zu rechnen, die Klägerin vertraue auf seine Auskunft. Folglich kann er sich heute nicht mehr auf die allgemeine Freizeichnungsklausel des Formularvertrages berufen; dazu hätte er der Klägerin unmissverständlich erklären müssen, er wolle sich bei seinen Angaben nicht behaften lassen, eine Zusicherung also nicht geben, womit der Klägerin klar gewesen wäre, dass sie das Risiko eines von der Erklärung abweichenden Kilometerstandes trage.

BGE 122 III 426 («Abgrenzung der Zusicherung von der Garantie»)

Regeste:

Kaufvertrag; Garantie des Verkäufers für die Kaufsache; Verjährung des Garantieanspruchs. Rechtliche Bedeutung einer Garantie; Abgrenzung zwischen Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR und selbständiger Garantie, für welche die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR gilt (E. 4 und 5).

Sachverhalt

Am 9. Juni 1987 schlossen die X. AG und Heinz L. als Verkäufer mit Bruno B., Jürg B. sowie Andreas und Ulrich L. einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über zwei Grundstücke (GB Nr. 273 und Nr. 280) zum Gesamtpreis von Fr. 1'380'000.--. Der Kaufvertrag wurde am gleichen Tag im Grundbuch eingetragen. In Ziffer 2 der "Besonderen Bestimmungen" des Vertrags wird festgehalten:

"Jede Gewährspflicht für die Kaufsobjekte wird, soweit gesetzlich zulässig, wegbedungen." Ziffer 7 dieser Bestimmungen lautet sodann wie folgt: "Die beiden Grundstücke liegen in der Bauzone (W 2) bzw. ein Teil von GB Nr. 273 in der Landwirtschaftszone.

Die Verkäufer garantieren den Käufern die Überbaubarkeit der beiden Grundstücke. Sollte dies nicht der Fall sein, verpflichten sich die Verkäufer, die Grundstücke zu den gleichen Konditionen zurückzukaufen. Die Käufer verpflichten sich ihrerseits, der Baugesetzgebung entsprechende Baugesuche bis am 1.11.1987 einzureichen. Sollte diese Verpflichtung nicht eingehalten werden, fällt die Garantie der Verkäufer dahin."

Am 27. Oktober 1987 wurde ein Baugesuch eingereicht. Nachdem bis Ende Oktober 1992 keine Baubewilligung erteilt worden war, erhoben die Käufer nach erfolglosem Aussöhnungsversuch vom 17. Dezember 1992 am 2. Juni 1993 beim Appellationshof des Kantons Bern Klage gegen die X. AG. Sie stellten die - am 3. März 1994 modifizierten - Rechtsbegehren, die Beklagte zu verurteilen, 1/2 Miteigentum an den Grundstücken zurückzukaufen und ihnen dafür Fr. 680'000.-- nebst 8 1/2% Zins seit 9. Juni 1987 zu bezahlen, sowie die Beklagte zur Zahlung von Schadenersatz in gerichtlich zu bestimmender Höhe zu verurteilen; zudem sei der Grundbuchverwalter von Y. anzuweisen die Beklagte gegen Vorlage des Ausweises über die erfolgte Zahlung der Beträge gemäss den vorangehenden Rechtsbegehren im Grundbuch als Miteigentümerin zu 1/2 Anteil an den Grundstücken einzutragen. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und er hob die Einrede der Verjährung.

Der Appellationshof beschränkte am 16. März 1995 das Verfahren auf die Frage der Verjährung und wies mit Urteil vom 24. August 1995 die Klage in Gutheissung der Verjährungseinrede ab.

Gegen dieses Urteil erhoben die Kläger Berufung. Das Bundesgericht heisst die Berufung teilweise gut, hebt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

Erwägung 4

Die Auslegung der Vorinstanz beruht auf dem grundsätzlich zutreffenden Ansatzpunkt, dass eine vertragliche Garantie des Verkäufers für die Kaufsache verschiedene inhaltliche Bedeutungen haben kann [...]. Im vorliegenden Fall ist von Interesse, dass die Garantie den Sinn einer Zusicherung bestimmter tatsächlicher oder rechtlicher Eigenschaften der Kaufsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder des Gefahrübergangs haben kann (Art. 197 Abs. 1 OR), und zwar auch dann, wenn die Überbaubarkeit eines Grundstücks garantiert wird [...]. Fragwürdig ist indessen die Annahme der Vorinstanz, eine unbefristete Garantie habe stets die Bedeutung einer gewährleistungsrechtlichen Eigenschaftszusicherung. Das lässt sich nicht aus der aufgeführten Lehre ableiten und leuchtet auch nicht ein. Der von der Vorinstanz zitierte Autor klassifiziert die Bedeutung der verschiedenen Garantien zwar hauptsächlich nach dem Kriterium der Befristung [...]. Er weist aber darauf hin, dass die Garantie eine andere Bedeutung haben kann, so wenn sie einen eigentlichen Garantievertrag darstellt, was hier von Interesse ist, oder wenn sie als Anerkennung einer Verpflichtung des Verkäufers zur Nachbesserung von Sachmängeln zu verstehen ist [...].

Die Abgrenzung zwischen Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR und selbständiger Garantie ist nach schweizerischer Lehre danach vorzunehmen, ob der Verkäufer eine gegenwärtig bestehende Eigenschaft der Kaufsache oder einen zukünftigen Erfolg verspricht, der über die vertragsgemäße Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht [...]. Diese Auffassung entspricht der deutschen Lehre, wo auch die künftige Baureife oder Bebaubarkeit eines Grundstücks als Gegenstand eines selbständigen Garantievertrags erwähnt wird [...]. In der deutschen Doktrin wird sodann eine Dreiteilung in Zusicherung, selbständige und unselbständige Garantie vorgenommen, wobei letztere, die auch als Haltbarkeitsgarantie bezeichnet wird, sich von der selbständigen dadurch unterscheidet, dass sie sich auf das Versprechen des Verkäufers beschränkt, die Mängelhaftung auch dann zu übernehmen, wenn die Mängel innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Gefahrübergang auftreten und nicht auf unsorgfältige Handhabung seitens des Käufers zurückgehen [...].

In diesem Zusammenhang ist im übrigen festzuhalten, dass BGE 102 II 97 ff., auf den die Vorinstanz wesentlich abstützen will, nicht einschlägig ist, da es im damals beurteilten Fall eindeutig um die Zusicherung einer gegenwärtig bestehenden Eigenschaft der Kaufsache ging und sich das Bundesgericht dort zur Abgrenzung zwischen Zusicherung und selbständigem Garantievertrags nicht geäussert hat.

BGer 4A_383/2016 («Gefahr muss bei Gefahrenübergang im Keim vorhanden sein»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

Am 20. Dezember 2005 unterzeichnete die X._____ SA (Beklagte) in V._____ (VD) als Bauherrin mit der A._____ AG als Unternehmerin einen Generalunternehmervertrag, der den Bau von fünf Gebäuden mit 52 Wohnungen und einem unterirdischen Parkplatz mit 46 Plätzen in der Gemeinde W._____ (VD) zum Gegenstand hat, die als Lose für Stockwerkeigentum (PPE) gebildet werden sollen, die sogenannte Residenz "T._____".

Am 23. Dezember 2005 erteilte die Stadtverwaltung von W._____ eine Baugenehmigung. Es wurde festgestellt, dass diese Genehmigung kein Verbot in Bezug auf das Bewohnen der Galerien im Dachgeschoss der Wohnungen enthielt; die Versicherungsanstalt für Feuer und Naturgewalten des Kantons Waadt (im Folgenden: ECA) hatte jedoch als besondere Bedingung für die Erteilung der Baugenehmigung festgelegt, dass die Verglasungen der gegenüberliegenden Fassaden, die weniger als fünf Meter voneinander entfernt sind, fest (d.h. nicht zu öffnen) und feuerfest sein müssen. Die im Dachgeschoss geplanten Galerien der Maisonette-Wohnungen waren von dieser Bedingung betroffen.

[...]

Mit Klage vom 1. März 2010 eröffnete der Kläger Z._____ eine Klage gegen die Beklagte X._____ SA vor dem Zivilgericht des Waadtländer Kantonsgesprichts (Cour civile du Tribunal cantonal vaudois). Er verlangte, dass die Nichtigkeit des Immobilienverkaufs vom 18. März 2009 festgestellt werde (I), dass die Beklagte ihm die Zahlung der Summe von 795'000 Fr. zuzüglich Zinsen zu 5% pro Jahr ab dem 18. März 2009 schulde (II) und dass das Grundbuchamt angewiesen werde, sobald die Beklagte die in Ziffer II festgelegte Summe in Kapital und Zinsen bezahlt habe, ihn als Eigentümer des Grundstücks Nr. 12 des Gebäudes A und des Parkplatzes Nr. 39 zu löschen, wobei die Beklagte wieder als Einzeleigentümerin der genannten Grundstücke eingetragen werden müsse. Der Beklagte beantragte seine Entlassung.

Ein gerichtliches Gutachten wurde dem Architekten E._____ in Auftrag gegeben. In seinem Bericht vom 24. Januar 2014 stellte der Experte fest, dass die tatsächliche Wohnfläche der an den Kläger verkauften Wohnung 122,4 m² (statt 157,6 m²) betrug. Diese hätte zum Preis von 551'412 Fr. statt 710'00 Fr. ohne den Parkplatz verkauft werden müssen, was einen Verlust von 158'588 Fr. bedeutete. Gemäss dem Experten ist die Wohnung ohne Berücksichtigung des oben erwähnten Verlustes kaum wiederverkäuflich.

Mit Urteil vom 11. März 2015 entschied das Zivilgericht, dass die Beklagte dem Kläger den Betrag von 158'588 Fr. zuzüglich Zinsen von 5% pro Jahr ab dem 3. Oktober 2009 zahlen

muss. Auf die Berufung der Beklagten, in der sie ihre Befreiungsanträge wieder aufnahm, wies die Zivilberufungsinstanz des Waadtländer Kantonsgerichts diese mit Urteil vom 2. März 2016 ab, wodurch das angefochtene Urteil bestätigt wurde.

Erwägung 3.3

Der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs beim Kauf bestimmt die Anwendung der in Art. 197 ff. OR verankerten Regeln über die Mängelgewährleistung, die es dem Käufer insbesondere ermöglichen, eine Minderung des Kaufpreises zu verlangen. Die Gewährleistung für Mängel beim Kauf kann nämlich nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Mangel, wenn auch nur im Keim, bereits zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bestand. Tritt die Verschlechterung der verkauften Sache hingegen nach dem Gefahrübergang ein, selbst wenn sie zum Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft führt, stellt sie keinen Mangel dar, was bedeutet, dass der Käufer, abgesehen von Ausnahmen, die sich aus besonderen Umständen ergeben, weiterhin den gesamten Preis schuldet, wie weiter unten erläutert wird. Der Verkäufer ist nämlich nicht verpflichtet, die Sache in dem versprochenen oder erwarteten Zustand zu halten, es sei denn, er hat sich vertraglich dazu verpflichtet. In diesem Fall haftet der Verkäufer nach Art. 197 ff. OR auch für Mängel, die nacheinander aufgetreten sind.

Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs liegt beim Käufer, wenn er die Sache angenommen hat [...].

Nach Art. 185 Abs. 1 OR gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Erwerber über ("periculum est emptoris"), es sei denn, es liegen besondere Umstände oder Vereinbarungen vor, die eine Ausnahme zulassen.

Art. 220 OR enthält eine besondere Regel für den Übergang von Nutzen und Gefahr beim Verkauf von Immobilien. Wenn die Parteien einen Termin für die Inbesitznahme der verkauften Immobilie vereinbart haben, wird nach dieser Norm vermutet, dass Nutzen und Gefahr mit dem Eintritt des Termins auf den Käufer übergehen. Die Vereinbarung der Parteien wird in der Regel in den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag aufgenommen, kann aber auch durch schlüssige Urkunden erfolgen [...]. Haben die Parteien weder einen Termin für die Besitzübertragung vereinbart noch den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs durch eine besondere Vereinbarung geregelt, ist Art. 185 OR anwendbar, so dass Nutzen und Gefahr mit dem Vertragschluss auf den Käufer übergehen.

BGE 70 II 48 = Pra 1944 Nr. 49, 133 («Anspruch aus Delikt oder Irrtum»)

Regeste:

Beim Viehhandel besteht keine Konkurrenz des Gewährleistungsanspruches wegen Mängeln mit dem Anspruch auf Anfechtung des Vertrages wegen Grundlagenirrtum und auf Schadenersatz wegen unrichtiger Erfüllung; OR 197-203, 24 IV, 41, 97

Sachverhalt

Der Beklagte R kaufte vom Kläger D. junge Schweine für 1700 Fr. ohne schriftliche Gewährleistung. Wenige Tage nachher erkrankten die Tiere an Schweinepest, die auf die übrigen Schweine des Beklagten übergriffen, so dass der ganze Bestand von 280 Stück abgetan und zum Teil verscharrt werden musste. Auf die Bezahlung des Kaufpreises belangt, beantragte R. Abweisung der Klage wegen Unverbindlichkeit des Vertrages zufolge Grundlagenirrtums und verlangte widerklageweise rund 24'000 Fr. Schadenersatz von D. Die 1. Instanz (Bezirksgericht Glâne) wies Klage und Widerklage ab. Das Kantonsgericht Freiburg hiess die Klage gut und wies die Widerklage ab. Das Bg bestätigt.

Erwägung 1

1) Der Beklagte beruft sich, um der Pflicht zur Bezahlung der gekauften Schweine zu entgehen, ausschliesslich auf OR 24 IV und behauptet, beim Abschluss des Vertrages einem wesentlichen Irrtum zum Opfer gefallen zu sein. Es ist somit davon auszugehen, dass der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber nicht schriftlich verpflichtet hat, ihm Gewähr zu leisten für Krankheiten, mit denen die verkauften Schweine behaftet sein könnten, sowie dass er ihn nicht absichtlich getäuscht hat. Hieraus ergibt sich, dass die Klage, unter Vorbehalt der Widerklagegebegehrten Irrtum über die Grundlage des Vertrages (OR 24 IV) nichtstatthaft ist.

Das Bg hat die spezielle Frage, die sich im vorliegenden Prozess stellt, noch nie zu entscheiden gehabt. Seine Rechtsprechung bezieht sich auf den Kauf im allgemeinen. Dabei hat es durchgehends anerkannt, dass die einseitige Unverbindlichkeit wegen Grundlagenirrtums und die Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache wahlweise geltend gemacht werden können [...].

Im Schrifttum dagegen werden voneinander abweichende Auffassungen vertreten über die Möglichkeit und die Beschaffenheit der Konkurrenz des Gewährleistungsanspruches und des Anspruches auf Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums. Für die Rechtsprechung der kant. Gerichte gilt dasselbe [...].

Gewisse Autoren und Gerichte machen keinen Unterschied zwischen dem Kauf im allgemeinen und dem Viehhandel. Sie gewähren im einen wie im andern Falle dem Käufer das Wahlrecht. Diejenigen, welche das Wahlrecht beim allgemeinen Kauf verneinen, tun dies a fortiori auch beim Viehhandel.

Dieser Ausschluss ergibt sich in der Tat aus der für den Viehhandel geltenden Spezialregelung. Besondere Umstände und Gründe stehen der grosszügigen Lösung entgegen, zu der sich das Bg beim gewöhnlichen Fahrniskauf bekannt hat, welche Rechtsprechung durch den vorliegenden Entscheid unberührt gelassen wird.

Die strengen Vorschriften von OR 198 und 202 beschränken für den Viehhandel die dem Käufer im allgemeinen gemäss OR 197, 199, 200, 201 und 203 zu Gebote stehende Gewährleistung; sie räumen dem Verkäufer eine Vorzugsstellung ein. Das ist aber vom Gesetzgeber so gewollt. Insbesondere die Vorschrift, dass der Verkäufer, abgesehen vom Falle der absichtlichen Täuschung der Gegenpartei, nur Gewähr zu leisten hat, wenn er sich dazu schriftlich verpflichtet hat, soll dazu dienen, bei einem so häufig vorkommenden Geschäft wie dem Viehverkauf Meinungsverschiedenheiten und Prozesse zu verhüten, deren Kosten und Dauer in keinem Verhältnis zum Kaufpreis stehen

Man könnte vielleicht versucht sein, diese Spezialregelung als für den Käufer sehr hart zu empfinden; indes darf man den ganz bestimmten Zweck nicht aus dem Auge verlieren, den das Gesetz erstrebt. Diesem würde es zuwiderlaufen und die der Gewährleistungspflicht auferlegten Einschränkungen praktisch illusorisch machen, wollte man dem Käufer gestatten, sich auf Irrtum zu berufen, wenn die Gewährleistung nicht schriftlich zugesichert oder der Gewährleistungsanspruch nicht gemäss den gesetzlichen Vorschriften geltend gemacht worden ist. Denn die Bestimmungen über die Gewährleistung beim Viehverkauf sind für den Käufer unter allen Umständen strenger als diejenigen über die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums. Da zudem für den Käufer eines Stückes Vieh der Anwendungsbereich von OR 198 sich kaum weiter erstreckt als derjenige von OR 24 IV (weil das Fehlen einer Krankheit fast immer eine wesentliche Grundlage des Vertrages darstellen dürfte), so wird sich der Käufer beim Fehlen einer schriftlichen Garantie immer auf die Unverbindlichkeit des Vertrages aus OR 244 berufen. Und der Käufer von Vieh würde im Gegensatz zu dem, was er bei einem andern Kauf zu tun versucht wäre, zur Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums nicht nur Zuflucht nehmen beim Fehlen einer schriftlichen Zusicherung, oder wenn sich nachträglich eine Krankheit zeigt, sondern von vornehmerein und immer. Diesen Gründen kommt ein derartiges Gewicht zu, dass selbst jemand, der im allgemeinen für die Konkurrenz der beiden Ansprüche nach Wahl des Berechtigten eintritt, sich der Überzeugung nicht verschliessen kann, dass beim Viehhandel die Spezialvorschriften für die Gewährleistung wegen Mängeln ausschliesslich anwendbar sind.

In der Praxis des Viehhandels kümmert man sich allerdings wenig um die Vorschriften von OR 198 und schliesst die Verträge ohne schriftliche Gewährleistung ab. Und der Richter hat sich ohne Zweifel schon oft gefragt, ob es nicht am Platze wäre, den Käufer auch bei bloss mündlich gegebener Gewährleistung zu schützen [...]. Allein hieraus folgt nicht, dass das Bg die gesetzliche Regelung und deren klaren Zweck ausser Acht lassen dürfe, nicht dem vom Gesetz vorgeschriebenen Weg folgen und sich die Garantie schriftlich geben lassen will, muss das dadurch geschaffene Risiko auf sich nehmen: Er hat keinerlei Ursache, sich zu beklagen, wenn diese Unterlassung für ihn zur Quelle eines Schadens wird.

Im Anwendungsbereich von OR 198 finden die allgemeinen Grundsätze über den Irrtum beim Vertragsschuss infolgedessen keine Anwendung, und wenn Mangel keine der Vorschriften von OR 198 und 202 keine Gewährleistungsvorschriften Verkäufers besteht, so ist auch die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums ausgeschlossen. Dieser Rechtsbehelf steht nur insoweit zu Gebote, als der Irrtum sich auf Umstände bezieht, auf die sich die Gewährleistung nicht erstrecken kann. Die Klage des Verkäufers muss daher geschützt werden.

BGE 72 II 267 («Vertrauensprinzip bei der Freizeichnung»)

Regeste:

Kauf, Gewährleistung für Sachmängel.

Tragweite des vertraglichen Ausschlusses der Gewährspflicht.

Sachverhalt

Der Kläger Darani erwarb von der Beklagten, der Trachsel A.-G., einen gebrauchten, auf Holzgas umgebauten Lastwagen. Gemäss den auf dem verwendeten Vertragsformular aufgedruckten allgemeinen Bedingungen ist beim Verkauf von Occasionswagen jede Garantie ausgeschlossen.

Der Kläger erhielt die Bewilligung zur Inbetriebnahme des Wagens nicht, weil der Rechtsvorgänger der Verkäuferin seinerzeit den Umbau ohne die erforderliche Bewilligung vorgenommen hatte und überdies der eingebaute Generator den Vorschriften nicht entsprach.

Die Klage des Käufers auf Ersatz des ihm daraus erwachsenden Schadens wird in Bestätigung des Urteils des luzernischen Obergerichts abgewiesen

Erwägungen

Der Kläger vertritt die Auffassung, nach einer Usanz im Automobilhandel und nach ständiger Praxis beziehe sich der Ausschluss jeglicher Garantie nur auf gewöhnliche Mängel, mit deren Vorhandensein beim Kauf eines Occasionswagens in der Regel zu rechnen sei, nicht dagegen auf solche, deren Möglichkeit der Käufer nicht anzunehmen brauche.

Die Frage des Vorhandenseins einer Usanz ist Tatfrage; nachdem sie von der Vorinstanz verneint worden ist, kann das Bundesgericht nicht zu einem andern Ergebnis kommen.

Die vom Kläger behauptete "ständige Praxis" sodann besteht in Wirklichkeit nicht. Der Kläger beruft sich für seine gegenteilige Einstellung vorab auf BGE 60 II 444. In jenem Falle hatte das Zürcher Obergericht festgestellt, dass durch die Formel "Nachwährschaft wird wegbedungen", die auf die Zeit der ersten Fassung des privatrechtlichen Gesetzbuches zurückgehe, im zürcherischen Grundstücksverkehr der Verkäufer sich vor der Haftung für die damals noch zahlreichen, nirgends eingetragenen und darum oft ihm selbst unbekannten dinglichen Rechte habe schützen wollen. Seither werde die Klausel von den Urkundsbeamten übungsgemäss weiter verwendet, wobei sich die Parteien in den wenigsten Fällen über die Bedeutung Rechenschaft gäben. Unter diesen Umständen dürfe der Klausel nicht der weitgehende, jede Gewährspflicht ausschliessende Sinn beigelegt werden, den sie nach dem Wortlaut haben könnte. "Vielmehr kann sie nur gelten für gewöhnliche Mängel, mit deren Vorhandensein beim Kaufabschluss wenigstens einigermassen zu rechnen ist, und nicht für solche der vorliegen-

den Art (Verstoss gegen Bauvorschriften), an deren Möglichkeit der Käufer auch bei gründlicher Überlegung nicht zu denken braucht. Es verstösst geradezu gegen Treu und Glauben, wenn sich der Beklagte auf diese allgemeine, zufällig in den Vertrag hineingekommene Formel beruft, um sich der Haftung für die vorliegenden Mängel der Kaufsache zu entziehen."

Aus diesen Hinweisen erhellt ohne weiteres, dass in BGE 60 II 444 kein allgemein gültiges Prinzip aufgestellt, sondern vielmehr in ganz ausgesprochener Weise ein Sonderfall beurteilt werden wollte. Es geht daher entgegen der Auffassung des Klägers nicht an, daraus ableiten zu wollen, dass sich ganz generell der Ausschluss jeglicher Haftung nur auf gewöhnliche Mängel, mit denen natürlicherweise zu rechnen war, beziehen könne. Vielmehr ist dem Grundsatze nach davon auszugehen, dass es keine Voraussetzung für den Haftungsausschluss ist, dass die Parteien alle die Mängel, die in Betracht kommen könnten, sich als möglicherweise vorliegend vorgestellt hatten. Im übrigen ist dann unter Berücksichtigung des ganzen Zusammenhangs, insbesondere des gesamten Verhaltens der Parteien sowie des wirtschaftlichen Zweckes des Rechtsgeschäftes zu ermitteln, wie die Beteiligten ihre Erklärungen nach allgemeinen, im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschenden Anschauungen zu verstehen berechtigt waren [...].

Im vorliegenden Falle kann nun nicht zweifelhaft sein, dass sich der Verkäufer ganz generell gegenüber Haftbarmachungen für ihm nicht bekannte Mängel schützen wollte. Zu diesem gehört daher auch die Inanspruchnahme für einen Mangel, der auf eine Nichtbeachtung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift durch einen Vorbesitzer zurückzuführen ist. Darin liegt keineswegs etwa eine ausdehnende Interpretation der Ausschlussklausel, die als solche, weil seitens des Käufers der Verzicht auf ein Recht in Frage steht, unzulässig wäre. Vielmehr wird bei solcher Auslegung den gesamten Umständen in billiger Weise Rechnung getragen und eine angemessene Interessensabwägung vorgenommen. Allerdings wird, wer einen Occasionswagen kauft, regelmässig damit rechnen dürfen, dass der Wagen gefahren werden könne und gefahren werden dürfe (in diesem Sinne kann dem in der ZBJV 72 S. 255 publizierten Entschied des bernischen Handelsgerichtes beigeplichtet werden). Wenn indessen vorbehaltlos jede Garantie ausgeschlossen wird, so ist es Sache des Käufers, darzutun, dass der geltend gemachte Mangel ganz ausserhalb dessen stand, womit vernünftigerweise gerechnet wurde. Dieser Beweis ist hier nicht erbracht worden und kann nicht erbracht werden. Nachdem einmal gesetzliche Bestimmungen über die Bewilligung des Umbaues auf Holzgas erlassen worden waren, musste der Käufer mit ihnen rechnen, und er kann daher nicht geltend machen, er habe sich nicht vorstellen können, dass sich der Garantieausschluss auch auf sie beziehen könnte. Richtig ist, dass es sich dann anders verhalten würde, wenn die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft oder eines bestimmten Zustandes gegeben worden wäre. Allein davon kann hier keine Rede sein. "Auf Holzgas Rotag umgebaut" war der Wagen, aber eben nur mangelhaft.

Auch die Mitteilung, der Wagen könne gefahren werden, enthält keine Zusicherung, sondern nur den Hinweis auf die Möglichkeit einer Probefahrt.

BGE 66 II 137 («Freizeichnung – Arglist der Verkäuferin»)

Regeste:

Liegenschaftskauf; Haftung für Mängel. Mangel bestehend im Fehlen einer Entwässerungsanlage und darauf zurückzuführender Feuchtigkeit. Erkennbarkeit des Mangels, Art. 200 OR, liegt nur vor, wenn sich der Käufer über die volle Bedeutung des Mangels Rechenschaft geben kann; keine Prillungspflicht des Käufers i. S. von Art. 201 OR. Arglistige Verschweigung liegt in der Nichtbekanntgabe des Umstandes, dass die Feuchtigkeit des Hauses auf ungenügende Entwässerung zurückzuführen ist. Berechnung des Minderwertes.

Sachverhalt

Die Beklagte Frau Frieda Höner erwarb im Sommer 1934 von Baumeister Hugo Müller ein kleines Einfamilienhaus in Bonstetten (Zürich) mit Flachdachkonstruktion zum Preise von Fr. 36,500.-. Bald zeigte sich im Hause erhebliche Feuchtigkeit. Frau Höner liess Ursache und Umfang des Mangels durch den Kreisschätzer Brugger feststellen und klagte gegen Baumeister Müller beim Bezirksgericht Affoltern auf Wandelung des Kaufes, eventuell auf Minderung des Kaufpreises um Fr. 12,000.- Durch Vergleich vom 7. November 1935 erreichte sie eine Herabsetzung des Kaufpreises um Fr. 5000.-, wogegen sie sich gegenüber dem Ersteller Müller verpflichtete, die notwendigen Reparaturen unverzüglich vornehmen zu lassen, «um weitere Schädigungen des Hauses zu verhindern 1. Die Vornahme dieser Ausbesserungen unterblieb aber. Im Juli 1936 trat der Kläger Perk mit der Beklagten Frau Höner und deren Sohn in Unterhandlungen wegen des Kaufes der Liegenschaft. Er besichtigte zusammen mit seiner Frau das Haus. Durch Vertrag vom 28. September 1936 erwarb er von Frau Höner das Anwesen zum Preise von Fr. 35,000.- Gemäss den weiteren Bestimmungen des Kaufvertrages wurde die Nachwährschaft wegbedungen. Die Eigentumsübertragung erfolgte am 15. März 1937 und der Antritt der Liegenschaft durch den Kläger einige Wochen später. B. :- Im Herbst 1937 erhob der Kläger gegen die Beklagte Klage mit dem Begehr, der Kaufvertrag vom 28. September 1936 sei wegen arglistiger Verschweigung von Mängeln als anfechtbar zu erklären und die Beklagte habe als Preisminderung Fr. 9000.- nebst 5% Zins seit 15. März 1937 zu bezahlen. Zur Begründung seiner Klage machte der Kläger geltend, im Herbst 1937 seien schwerwiegende Schäden am ganzen Hause augenfällig geworden, insbesondere eine unerträgliche und gesundheitsschädliche Feuchtigkeit. Diese gehe im wesentlichen zurück auf eine mangelhafte Entwässerung und Kanalisation des Grundstückes und auf unfachgemäss Erstellung des Flachdaches. Da ihm diese Mängel bei den Kaufsunterhandlungen verheimlicht worden seien, sei die Verspätung der im Herbst 1937 erfolgten Anzeige rechtlich bedeutungslos. Die Kosten für die Hebung der Fehler und für Umrübe seien zusammen mit dem erheblichen Minderwert des Hauses auf mindestens Fr. 9000.- zu veranschlagen. O. - Die Beklagte

beantragt Abweisung der Klage. Sie bestritt das Vorliegen einer Täuschung. Der Kläger sei über den Prozess mit Baumeister Müller orientiert gewesen. Die von ihm gerügten Mängel habe er vor dem Kauf selbst gesehen oder er hätte sie ohne weiteres wahrnehmen können. Der Kläger habe notwendige Reparaturen ausdrücklich auf eigene Rechnung übernommen; und deshalb sei der ursprünglich auf Fr. 37,700.- vorgesehene Kaufpreis auf Fr. 35,000.- herabgesetzt worden. D. - Das Bezirksgericht Zürich hiess nach einem einlässlichen Beweisverfahren die Klage im vollen Umfange gut. E. - Mit Urteil vom 22. Dezember 1939 wies das Obergericht Zürich die Klage im vollen Umfange ab, weil die gerügten Mängel dem Kläger vor dem Vertragsschluss bekannt oder doch erkennbar gewesen seien; eine arglistige Verschweigung derselben sei daher ausgeschlossen. F. - Mit der vorliegenden Berufung erneuert der Kläger sein Begehrum Gutheissung der Klage gemäss den vor der I. Instanz gestellten Begehren. Die Beklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides. Das Bundesgericht heisst die Berufung gut.

Erwägung 5

Gemäss den vorstehend entwickelten Grundsätzen traf also den Kläger keine Pflicht, zur Besichtigung des Hauses Fachleute zuzuziehen. Auch nach der Ansicht des Obergerichtes blieben aber ohne fachmännische Abklärung Wesen und Umfang der inneren Mängel für den Laien nur in vermutungsweisen und unbestimmten Umrissen erkennbar, was zur Anwendung von Art. 200 keinesfalls genügt. Der Kläger ist Werkzeugmacher und befasst sich nicht gewerblich mit Hauskaufen. Es handelt sich um den einmaligen Erwerb eines Häuschens für sich und seine Familie. Bei diesen persönlichen Voraussetzungen ist es ausgeschlossen, dass der Kläger sich lediglich auf Grund der Besichtigung habe Rechenschaft geben können über die wahre Bedeutung und Tragweite der Mängel im beschriebenen Sinn, selbst wenn Fehler in der Abdichtung der Fundamente und der Ableitung des Grundwassers ihm « irgendwie »orschwebten. Zur Erkennbarkeit im Sinne von Art. 200 OR hätte für den Kläger die Möglichkeit gehört, aus der Feuchtigkeit im Keller und in den oberen Geschossen auf das vollständige Fehlen einer richtigen Drainage und der Kanalisation zu schliessen, die primitive und liederliche Ausführung des gesamten Unterbaues, insbesondere die schlechte Qualität des Betons und des Turmmauerwerks wahrzunehmen, den stark gesundheitsschädlichen Zustand des Hauses und damit dessen Unbewohnbarkeit zu erkennen, und endlich sich eine Vorstellung darüber zu machen, dass die gehörige Trockenlegung und Instandstellung unaufschiebbar seien dass sie ca. Fr. 6000., d. h. einen Sechstel des Kaufpreis kosten und dass einzelne schwere Mängel überhaupt nicht heilbar seien. Zum mindesten hätte sich der Kläger in grossen Zügen über diese äusserst weit gehenden Auswirkungen der Feuchtigkeit eine klare Vorstellung machen können. müssen. Dass der Kläger die Möglichkeit zu dieser Einsicht gehabt habe, nimmt die Vorinstanz selbst nicht an, und nach den Umständen und seinen persönlichen

Verhältnissen ist sie auszuschliessen. Waren aber die in der fehlenden Entwässerung und der Ausführung des Unterbaues überhaupt liegenden Mängel dem Kläger nicht erkennbar, so ist der Berufung der Beklagten auf Art. 200 OR der Boden entzogen. Selbst wenn die Erkennbarkeit zu bejahen wäre, so wäre es übrigens sehr fraglich, ob die Verkäuferin, welche diesen Mangel arglistig verschwiegen hatte - wie im Folgenden darzulegen sein wird -, dem Kläger die Einrede aus Art. 200 Abs. 2 OR entgegenhalten könnte. Die erwähnte Bestimmung beruht auf dem Grundgedanken, der Käufer habe hinsichtlich der erkennbaren Mängel die Kaufsache genehmigt und auf seine Rechte aus diesen Mängeln verzichtet. Genehmigung oder Verzicht auch bei nur erkennbaren Mängeln zu vermuten, steht aber demjenigen Verkäufer, der um die Mängel sicher weiß und sie verschweigt, nicht an. Der nur fahrlässigen Ausserachtlassung der Diligenzpflicht des Käufers steht das dolose Verhalten in der Person des Verkäufers gegenüber, das keinen Schutz verdient, vielmehr die auf die blosse Fahrlässigkeit der Gegenpartei gegründete Einrede rechtlich ausschliesst.

BGE 131 III 145 («Prüfung und Rüge beim Grundstückkauf»)

Regeste:

Art. 200, 201 und 203 OR; Grundstückkaufvertrag; Gewährleistung des Verkäufers für die Mängel eines Hauses.

Übersicht über die Voraussetzungen, unter denen ein Verkäufer haftbar wird (E. 3).

Mängel, die dem Käufer beim Kauf bekannt sind (E. 6).

Prüfungs- und Rügepflicht, falls der Erwerber das Haus vor der Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch in Besitz nimmt (E. 7).

Absichtliche Täuschung durch den Verkäufer (E. 8).

Sachverhalt

[...]

Erwägung XX

[...]

BGE 107 II 172 («Entdeckung eines Mangels»)

Regeste:

Art. 370 Abs. 3 OR. Mängelrüge.

1. Treten an einem Werk nachträglich Mängel auf, so hat der Besteller sie dem Unternehmer unverzüglich nach der Entdeckung anzuseigen und durch Tatsachen zu belegen; er ist für beides gemäss Art. 8 ZGB beweispflichtig (E. 1).
2. Umstände, unter denen der Einwand des Unternehmers, die Mängelrüge sei zu spät erhoben worden, nicht gegen Treu und Glauben verstösst (E. 2).

Sachverhalt

Gischig liess 1976/77 sein Schweisswerk an der Baslerstrasse in Zürich durch einen "Werkstatt-Zwischenbau" erweitern. Die Fröhlich Flachdach AG schaltete einen Unterakkordanten ein, der im Sommer 1977 das Flachdach des Baues isolierte. Die Rechnung dafür wurde bezahlt. Eine andere Firma brachte auf der Isolation eine Betonplatte an. Nach etwa zwei Monaten soll Mitte Oktober 1977 das Wasser in Strömen von der neuen Decke geflossen sein. Gischig will daraufhin alle am Bau beteiligt gewesenen Firmen sofort verständigt haben. Am 4. November fand in Anwesenheit von Leuten dieser Firmen ein Augenschein statt, und am 10. November 1977 erhob Gischig bei der Fröhlich Flachdach AG schriftlich Mängelrüge. Zeier wurde als Experte mit Abklärungen beauftragt; umstritten ist, ob der Auftrag auch von der Firma Fröhlich oder von Gischig allein erteilt worden ist.

B.- Im Juni 1979 klagte Gischig gegen die Fröhlich Flachdach AG auf Zahlung von Fr. 106'212.85 Schadenersatz nebst 5% Zins seit 31. Januar 1978. Die Forderung setzte sich aus Auslagen und Aufwendungen für das undichte Dach, aus Experten- und vorprozessualen Anwaltskosten sowie weiteren Auslagen zusammen.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage am 8. Dezember 1980 ab.

Erwägung 1

Der Kläger lässt diese Ausführungen des Handelsgerichts nicht gelten; er vermag dessen Vorhalt, seine Darstellung des Sachverhalts sei lückenhaft, aber nicht zu widerlegen.

a) Es geht um nachträglich aufgetretene Mängel eines zuvor abgelieferten und abgenommenen Werkes. Für solche Mängel schreibt Art. 370 Abs. 3 OR vor, dass der Besteller sie sofort nach Entdeckung anzeigen muss, andernfalls das Werk auch insoweit als genehmigt gilt. Eine analoge Regelung findet sich in Art. 201 OR für den Käufer.

Die Anzeige der Mängel ist an keine besondere Form gebunden. Inhaltlich muss die Rüge sachgerecht substanziert sein, zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer

haftbar machen will [...]. Zeitlich ist die Rüge unverzüglich nach Entdeckung der Mängel anzubringen [...]. Entdeckt ist ein Mangel mit dessen zweifelsfreier Feststellung [...]. Das Erfordernis des Art. 201 OR, wonach der Käufer dem Verkäufer "sofort Anzeige machen" muss, ist nach der im neueren Schrifttum von CAVIN und GIGER vertretenen Auffassung streng zu befolgen. Ältere Kommentare zum Werkvertragsrecht verfahren mit dem Besteller dagegen weniger streng [...]. GAUCH gesteht ihm ebenfalls eine kurze Erklärungsfrist zu (N. 762). GAUTSCHI hält die Gerichtspraxis unter Hinweis auf BGE 76 II 224 /5 und BGE 47 II 216 eher für large [...]; er findet, mit dem Sinn des Gewährleistungsrechts sei kaum vereinbar, dass der Besteller sich erst Gewissheit über Bedeutung und Tragweite später entdeckter Mängel verschaffen dürfe, bevor er rüge. Die jüngere Rechtsprechung scheint zur gleichen Auffassung zu neigen.

Publizierte Entscheide gibt es dazu freilich nicht. In einem unveröffentlichten Urteil vom 26. April 1966 i.S. Kellver AG gegen Gebr. Iten führte das Bundesgericht zu Art. 367 OR insbesondere aus, der Besteller brauche nicht den Eingang eines Gutachtens abzuwarten, um eine Mängelrüge zu erheben; er sei nicht gehalten, das Werk durch Sachverständige begutachten zu lassen, sondern erfülle seine Prüfungspflicht, wenn er es mit der ihm selber zumutbaren Aufmerksamkeit untersuche [...]; es genüge, die Mängel insoweit zu nennen und zu beschreiben, als der Besteller sie durch seine pflichtgemäße Untersuchung erkannt habe; folgerichtig dürfe deshalb von ihm verlangt werden, dass er die Mängelrüge erhebe, sobald er sie in dieser Weise genügend substanzieren könne.

Will der Besteller aus Art. 370 Abs. 3 OR Rechte ableiten, so hat nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB er die Rechtzeitigkeit der Rüge darzutun [...]. Dazu gehört auch der Beweis, wann der gerügte Mangel für ihn erkennbar geworden ist, wie und wem er ihn mitgeteilt hat.

BGer 4C.152/2003 («Genehmigungsfiktion»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

A.a Die Klägerin befasst sich mit der Entwicklung und Verwertung von Hightech-Produkten für Industrie und Handel. Die Beklagte vertreibt Geräte zur Versetzung von Leitungswasser mit Kohlensäure zwecks Herstellung von Sprudelwasser.

Am 15. Dezember 1999 ersuchte die Beklagte die Firma "A._____ GmbH" in Hamburg um eine Offerte für die Lieferung von B._____ -Geräten mit "normalem ½-Gasgewinde". Die Anfrage wurde an die Klägerin als Vertreiberin dieser Produkte in der Schweiz weitergeleitet.

Am 23. Dezember 1999 bestellte die Beklagte bei der Klägerin 10'000 Stück B._____ -Geräte mit "½-Gasgewinde". Am 27. Dezember 1999 verlangte sie eine Vorablieferung von 100 Geräten zu Demonstrationszwecken. Bereits am 29. Dezember 1999 annullierte sie diese Bestellung, bestellte aber wiederum 10'000 Stück B._____ -Geräte "mit Gewindeanschluss", im Gegensatz zur ersten Bestellung jedoch ohne Verpackung und Gebrauchsanweisung. Gleichzeitig verlangte sie eine Vorablieferung von 100 Stück mit Klipp-Adapter zu Promotionszwecken.

Im Zusammenhang mit der Bedruckung der Geräte stellte die Klägerin der Beklagten im Frühjahr 2000 zwei Mustergeräte zur Verfügung, worauf diese am 5. April 2000 die Druckfreigabe erteilte. Zusätzlich bestellte sie im April 2000 9'000 zu den Geräten passende Pet-Flaschen.

A.b Die Lieferung der Geräte und der Pet-Flaschen erfolgte im Juni 2000 gegen Rechnungsstellung über insgesamt DM 484'223.--. Die Beklagte leistete am 28. Juli 2000 eine Teilzahlung von DM 242'112.50.

Am 9. August 2000 rügte die Beklagte als Mangel, dass die Aufnahmehalterung für das Gewinde zu viel Abstand zum Gehäuse aufweise, weshalb das Gewinde beim Eindrehen des Zylinders beschädigt werde. Am 27. September, 5. und 12. Oktober rügte sie diesen Mangel erneut. Ausserdem teilte sie der Klägerin mit, dass von den Abnehmern der Geräte Mängel des Karbonisierungsstabs geltend gemacht würden. Die Klägerin bestritt die Beanstandungen und lehnte in der Folge den Vorschlag der Beklagten ab, die Geräte auf ihre Kosten nachbessern zu lassen. Alsdann nahm die Beklagte die Geräte aus ihrem Sortiment und bot am 5. September 2001 deren Rückgabe an.

B.

Mit Klage vom 1. Februar 2002 belangte die Klägerin die Beklagte vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau auf Bezahlung von Fr. 195'839.55 nebst Zins zu 5% seit 1. Dezember

2000, d.h. auf den in Schweizer Franken konvertierten ungetilgten hälftigen Kaufpreis nebst Zins und Betreibungskosten.

Mit Urteil vom 10. April 2003 wies das Handelsgericht die Klage ab. Es erwog, vertrauenstheoretisch sei Vertragsgegenstand der Kauf von 10'000 Stück B._____ -Geräten mit ½-Gasgewinde gewesen. Geliefert worden seien jedoch Geräte mit einer anderen Gewinde-Spezifizierung. Diese Falschlieferung stelle ein aliud dar. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, eine andere als die vereinbarte Gattung der Geräte anzunehmen und könne daher der Kaufpreisforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR) entgegensetzen (E. 4). Die Einrede setze indessen voraus, dass die Beklagte die gelieferten Geräte zurückzugeben in der Lage sei. Indessen habe sie von den 10'000 gelieferten Geräten bereits deren 5'311 an eigene Kunden weiterverkauft. Für diese Teilmenge schulde sie vorbehältlich von Gewährleistungsansprüchen den Kaufpreis (E. 5). Das Handelsgericht bejahte sodann auch Gewährleistungsansprüche der Beklagten wegen Gebrauchsmängeln der gelieferten Geräte. Es hielt fest, von den an eigene Kunden ausgelieferten 5'311 Geräten habe die Beklagte deren 1'268, d.h. bei nahe einen Viertel wegen anderweitiger Mängel, insbesondere des Karbonisierungsstabs (1'078 Geräte), zurücknehmen müssen. Sie sei daher zur Wandelung des Kaufvertrags über diese Geräte befugt. Zufolge der hohen Ausfallquote sei ihr zudem auch die Annahme der sich noch in ihrem Besitze befindlichen 4'689 Geräte nicht zumutbar, weshalb sie - im Sinne eines Alternativstandpunkts zur Falschlieferung - auch darüber die Wandelung des Kaufvertrags beanspruchen könne (E. 6). So oder anders schulde sie daher den Kaufpreis für insgesamt 5'957 Geräte nicht, was bei einem Stückpreis von DM 41.48 einen Gesamtbetrag von DM 247'096.36 ausmache. Dieser übersteige die eingeklagte Kaufpreisforderung von DM 242'110.50, welche demzufolge nicht geschuldet sei (E. 7).

C.

Die Klägerin führt eidgenössische Berufung mit dem Hauptantrag, die Beklagte in Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 195'839.55 nebst Zins zu bezahlen.

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung. Das Handelsgericht hat keine Gegenbemerkungen angebracht.

Erwägung 3

Die Klägerin wendet weiter ein, die Beklagte habe ihre Gewährleistungsrechte auch durch Genehmigung der Kaufsache verwirkt.

3.1 Eine solche Verwirkung erblickt die Klägerin einmal im Weiterverkauf von 5'311 Geräten. Sie beruft sich auf eine Kommentarstelle [...] und mit dieser auf einen Entscheid des deutschen

Reichsgerichts aus dem Jahre 1908 (RGZ 68 S. 370), welches in der unbeanstandeten, bestimmungsgemäßen Verwendung von mehr als der Hälfte der gelieferten Ware eine Genehmigungsverfügung erblickte.

Der Einwand ist unbehelflich. Eine Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung der Kaufsache tritt nur ein, wenn der Käufer entweder eine ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung in diesem Sinne abgibt, oder wenn er durch Verletzung der Prüfungs- oder Rügeobliegenheiten die Genehmigung fingiert eintreten lässt (Art. 201 Abs. 2 OR). Genehmigung eines mangelhaften Werkes durch Willenserklärung, d.h. durch die Äusserung des Käufers, den gelieferten Gegenstand als vertragsgemäss gelten zu lassen [...], setzt Kenntnis vom Mangel voraus, ausser der Käufer verzichte schlechthin auf allfällige Gewährleistungsansprüche. Dies gilt im Allgemeinen auch für die bestimmungsgemässe Verwendung der Ware, so weit diese als konkludente Genehmigungserklärung verstanden werden kann. Der Weiterverkauf einer mit einem unbekannten, versteckten Mangel behafteten Kaufsache zeitigt diese Genehmigungswirkung dagegen nicht.

Die von der Beklagten zitierte Kommentarstelle und die darin erwähnte Entscheidung des deutschen Reichsgerichts besagen nichts anderes. Dort wird bloss die Auffassung vertreten, die unbesehen bestimmungsgemässe Verwendung eines namhaften Teils der gelieferten Ware verletze die Prüfungsobliegenheit des Käufers und fingiere damit die Genehmigung der Ware. Die Prüfungsobliegenheit nach Art. 201 Abs. 1 OR bezieht sich indessen nur auf offene, d.h. bei Abnahme der Ware erkennbare Mängel. Die nicht vertragskonformen Karbonisierungsstäbe der hier zu beurteilenden Lieferung aber waren nach dem Gesagten mit einem verdeckten Mangel der Kaufsache behaftet, wofür eine Prüfungsobliegenheit nicht besteht. Der Weiterverkauf der nicht als mangelhaft erkennbaren Geräte fingierte daher keine Genehmigung der Kaufsache und schloss die hier bejahten Mängelrechte der Beklagten nicht aus.

Dass die Beklagte auch erkannt mangelhafte Geräte verkauft hätte, ist den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht zu entnehmen. Der dahерige Einwand der Klägerin beruht deshalb auf einem für das Bundesgericht unbeachtlichen Sachverhalt und ist nicht zu hören.

3.2 Eine Verwirkung der Mängelrechte erblickt die Klägerin weiter in einer schriftlichen Anerkennung der Kaufpreisschuld durch die Beklagte, räumt aber selbst ein, dass diese Verwirkung nur die nicht vertragskonformen Gewinde betrifft. Da der Wandelungsanspruch der Beklagten hier aus anderen Mängeln bejaht wird, bleibt der Verwirkungseinwand daher unbeachtlich.

BGer 4C.387/2005 («Arglistiges Abhalten des Käufers von der Rüge»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

Mit Vertrag vom 4. Dezember 2001 verkaufte Y._____ (Beklagter und Berufungsbeklagter) alle 100 Inhaberaktien der A._____ SA, zu einem Preis von Fr. 1'250'000.-- an die B._____ AG, welche in der Folge in C._____ AG in Liquidation umfirmierte und ihren Sitz nach D._____ verlegte. Ebenfalls am 4. Dezember 2001 schlossen die Parteien des Kaufvertrags eine "Dritte Zusatzvereinbarung", wonach die Käuferin Warenzeichenanmeldungen und das Copyright an allen bestehenden Produktkonzepten zum Preis von Fr. 600'000.-- erwarb. Nach Ziffer 2 dieser Zusatzvereinbarung sollte die Zahlung in monatlichen Raten à Fr. 20'000.-- erfolgen, erstmals am 1. März 2002. Die Bezahlung sollte durch die Käuferin gesichert werden mit einer Bürgschaft von X._____ (Kläger und Berufungskläger) über die Gesamtsumme. In der öffentlich beurkundeten Solidarbürgschaft vom 13. Dezember 2001 verbürgte sich der Kläger als Solidarbürge für die Bezahlung der Forderung aus der dritten Zusatzvereinbarung bis zum Höchstbetrag von Fr. 600'000.-- Ausserdem verpflichtete er sich zur Bezahlung der gesamten Restschuld innert 10 Tagen für den Fall, dass die Hauptschuldnerin mit einer Teilzahlung in Verzug geraten sollte.

B.

Die erste Teilzahlungsrate aus der dritten Zusatzvereinbarung zum Kaufvertrag vom 4. Dezember 2001 mit Fälligkeit am 1. März 2002 wurde von der Hauptschuldnerin nicht beglichen. Der Beklagte setzte darauf die Bürgschaftsforderung von Fr. 600'000.-- gegen den Kläger in Betreibung, wogegen dieser Rechtsvorschlag er hob. Mit Verfügung vom 6. Januar 2003 er teilte der Kantonsgerichtspräsident Zug dem Beklagten in der Betreibung Nr. ____1/2002 des Betreibungsamtes Zug provisorische Rechtsöffnung für Fr. 600'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 13. März 2002. Der Rechtsöffnungsrichter hielt die Einwendungen des Klägers gegen Bestand und Höhe der Hauptschuld für nicht glaubhaft gemacht; er liess offen, ob die vom Kläger geltend gemachten Mängel aller Wahrscheinlichkeit nach vorlägen, da der Kläger bzw. die Hauptschuldnerin die behaupteten Mängel nicht rechtzeitig gerügt habe. Der Kläger er hob am 27. Januar 2003 beim Kantonsgericht Zug fristgerecht Aberkennungsklage. Das Kantonsgericht des Kantons Zug wies die Klage mit Urteil vom 6. Mai 2004 ab.

C.

Mit Urteil vom 27. September 2005 wies das Obergericht des Kantons Zug die dagegen erhobene Berufung des Klägers ab und bestätigte das Urteil des Kantonsgerichts vom 6. Mai 2004.

Das Obergericht stellte zunächst fest, dass das formgültige Zustandekommen der Solidarbürgschaft vom 13. Dezember 2001 unbestritten sei. Die Einreden des Klägers gegen die Hauptschuld erachtete das Obergericht für unbegründet. Es ging zunächst davon aus, dass dem Kläger Einreden gegen den Aktienkaufvertrag über Fr. 1'250'000.-- nicht zuständen, da die verbürgte Schuld aus der Zusatzvereinbarung nicht akzessorisch sei; außerdem erwog das Gericht, dass die Behauptung, der Kaufvertrag und die Zusatzvereinbarung seien vom Beklagten nicht erfüllt worden, prozessual unzulässig und eventuell wegen Vorleistungspflicht der Käuferin ohnehin unbegründet sei. Die behauptete absichtliche Täuschung hielt das Gericht zufolge Genehmigung für unerheblich und verwarf sodann die Verrechnungseinrede mit der Begründung, ein allfälliger Minderungsanspruch - den der Kläger zu Verrechnung stellen könnte - bestehe nicht, weil die Mängelrüge zu spät erhoben worden sei.

D.

Gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug hat der Kläger sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch eidgenössische Berufung eingereicht. In der Berufung stellt er die Anträge, das angefochtene Urteil vom 27. September 2005 sei aufzuheben; es sei festzustellen, dass die beim Betreibungsamt Zug mit der Nr. ____1/2002 in Betreibung gesetzte Forderung über Fr. 600'000.-- samt Zins nicht bestehe; eventhalter sei das Verfahren zu neuem Entscheid nach durchgeföhrtem Beweisverfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er rügt zunächst, die Vorinstanz habe sich in bundesrechtswidriger Weise nicht mit der Frage befasst, ob der Bürgschaftsvertrag zu Folge der berechtigten Geltendmachung eines Willensmangels für den Bürgen unverbindlich sei; als Verletzung von Art. 203 OR rügt er sodann, dass die Vorinstanz bei Anwendbarkeit dieser Bestimmung eine Beschränkung der Gewährleistung wegen verspäteter Mängelrüge annehme; als Verletzung von Art. 8 ZGB rügt er schliesslich, dass seine Beweisanträge zu den Behauptungen der vom Beklagten unterlassenen Abschreibungen, der nicht periodengerechten Verbuchungen der Gewinne sowie der vom Beklagten wider besseres Wissen abgegebenen Zusicherungen des Eigentums an den Produktionsmitteln nicht abgenommen worden seien.

E.

Der Beklagte beantragt in der Antwort, es sei die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. Außerdem stellt er das Begehren, der Kläger sei zu verpflichten, die Parteientschädigung zugunsten des Beklagten sicherzustellen.

Erwägung 4

Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe Art. 197 ff. OR (insbesondere Art. 203 OR) verletzt, indem sie die von ihm zur Verrechnung gestellte Forderung aus einem Minderungsanspruch der Hauptschuldnerin abwies.

4.1 Nach Art. 201 Abs. 1 OR soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen. Versäumt dieses der Käufer, so gilt die gekaufte Sache gemäss Art. 201 Abs. 2 OR als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren. Nach Art. 203 OR findet allerdings bei einer absichtlichen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nicht statt. Der arglistig täuschende Verkäufer verdient keinen besonderen Rechtsschutz, weshalb er sowohl bei den Voraussetzungen der Sachgewährleistung wie bei der Haftung strenger als der redliche Verkäufer behandelt wird. Der arglistig täuschende Verkäufer verliert sämtliche Vorteile, die ihm die Sachgewährleistungsregeln einräumen, während der Käufer seine Wahlmöglichkeiten behält [...]. Die Täuschung beschränkt sich nicht auf den Fall, dass der Verkäufer den Käufer durch Täuschung an der rechtzeitigen Untersuchung und Rüge gehindert hat [...]. Bei einer absichtlichen Täuschung über Mängel oder Eigenschaften tritt vielmehr die Fiktion der Genehmigung trotz unterlassener Prüfung und Anzeige nicht ein [...].

BGE 67 II 132 («Ansprüche aus Delikt bei geheimen Mängeln»)

Regeste:

Der Käufer, der die Sache nicht prüft und allfällige Mängel nicht rügt (Art. 201 Abs. 1 OR), verliert nicht nur den vertraglichen, sondern auch den Deliktsanspruch, ausgenommen beim Vorliegen geheimer Mängel (Art. 201 Abs. 2), beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften (Art. 210 Abs. 1) und bei absichtlicher Täuschung durch den Verkäufer (Art. 210 Abs. 3).

Sachverhalt

[...]

Erwägung XX

[...]

BGE 90 II 86 («Konkurrenz Ansprüche aus Gewährleistung und unerlaubter Handlung»)

Regeste:

Kauf, Haftung aus unerlaubter Handlung.

Konkurrenz der Ansprüche aus Gewährleistung und unerlaubter Handlung, Voraussetzungen.

Art. 197 ff., 41 OR (Erw. 1, 2).

Haftung der Kollektivgesellschaft für unerlaubte Handlung eines Gesellschafters? Art. 567 Abs. 3 OR (Erw. 3 a).

Haftung des Geschäftsherrn für Hilfsperson? Anforderungen an den Entlastungsbeweis. Art. 55 OR (Erw. 3 b-d).

Sachverhalt

Der Kläger Breu, der in Teufen ein Restaurant betreibt, kaufte im Mai 1960 bei der Beklagten, der Kollektivgesellschaft H. Oberländer's Erben, Apparatebau, Romanshorn, einen von dieser hergestellten elektrischen Backapparat "FRITOUT". Diese Apparate sind mit einem Thermostat ausgestattet, der die Wärme des Oels automatisch reguliert. Bei der Erreichung der eingestellten Temperatur wird der Strom unterbrochen, wobei eine rot leuchtende Kontroll-Lampe erlischt. Der Thermostat sorgt auch dafür, dass die zulässige Maximaltemperatur des Oels von 2000 C. nicht überschritten wird.

Am 11. Juli 1961 brach in der Hotelküche des Klägers ein Brand aus, der an Gebäude und Mobiliar erheblichen Schaden anrichtete. Nach den polizeilichen Feststellungen war der Brandausbruch darauf zurückzuführen, dass die automatische Temperaturregelung des Backapparates nicht funktionierte, weil der Thermostat unvollständig eingebaut, nämlich der Temperaturfühler nicht in das dafür bestimmte, die Pfanne umfassende Kupferrohr eingeführt worden war.

B.- Die vom Kläger gegen die Beklagte erhobene Klage auf Ersatz des von der Brandversicherung nicht gedeckten Schadens von ca. Fr. 20'000.-- nebst Zins wurde vom Bezirksgericht Arbon und vom Obergericht des Kantons Thurgau abgewiesen.

C.- Gegen das obergerichtliche Urteil vom 19. November 1963 erklärte der Kläger die Berufung mit dem Antrag auf Schutz seiner im kantonalen Verfahren gestellten Begehren, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

Erwägung 2

Nach der Auffassung des Klägers soll jedoch die Beklagte ihm auf Grund der Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung, Art. 41 ff. OR, zum Ersatz seines Schadens verpflichtet sein.

Gemäss ständiger Rechtsprechung stehen nun zwar dem Käufer, dem durch die Lieferung einer mit Mängeln behafteten Sache ein Schaden erwachsen ist, nicht nur die vertraglichen Ansprüche aus Art. 97 ff. und Art. 197 ff. OR zu Gebote, sondern er kann sich unter bestimmten Voraussetzungen auch auf die Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) berufen. Für das Bestehen einer solchen Anspruchskonkurrenz ist in erster Linie erforderlich, dass die dem Verkäufer zur Last fallende Vertragsverletzung zugleich einen Verstoss gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung darstellt, indem sie Leib und Leben oder andere Rechtsgüter des Käufers oder Dritter unnötig gefährdet [...]. Diese erste Voraussetzung wäre hier zweifellos erfüllt: Der durch den Mangel der Kaufsache ausgelöste Brand schädigte den Kläger an seinem Eigentum und war geeignet, ihn oder Dritte persönlich zu gefährden.

Die Vorinstanz hat jedoch eine Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung unter Hinweis auf BGE 67 II 132 ff. abgelehnt. Nach dem genannten Entscheid verliert der Käufer, der die Mängelrüge versäumt hat, nicht nur den vertraglichen, sondern (abgesehen von gewissen, hier nach der Ansicht der Vorinstanz nicht gegebenen Ausnahmefällen) auch den Deliktsanspruch.

Der Kläger wendet mit der Berufung ein, der erwähnte Entscheid treffe auf den vorliegenden Fall nicht zu; denn der unvollständige Einbau des Thermostaten bedeute entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht einen offenkundigen, sondern einen geheimen Mangel, und das Vorliegen eines solchen stelle einen der in BGE 67 II 132 vorbehaltenen Ausnahmefälle dar.

Wie es sich damit verhält, kann jedoch dahingestellt bleiben, und ebenso braucht nicht geprüft zu werden, ob überhaupt an der im genannten Entscheid vertretenen Rechtsauffassung festgehalten werden könnte. Denn ein Anspruch des Klägers aus ausservertraglicher Haftung der Beklagten ist ohnehin aus den im folgenden dargelegten Gründen zu verneinen.

BGE 133 III 335 («Verschuldensunabhängigkeit der Verjährung»)

Regeste:

Kaufvertrag; Schadenersatz; Verjährung; Alternativität der Ansprüche aus Sachgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung; Art. 97 ff., 197 ff. OR.

Aus einem Mangel der Kaufsache kann der Käufer neben Sachgewährleistungs- alternativ auch allgemeine vertragliche Schadenersatzansprüche ableiten. Die Alternativität dieser Ansprüche wird insoweit eingeschränkt, als in beiden Fällen die gewährleistungsrechtliche Regelung der Verjährung und der Untersuchungs- und Anzeigeobliegenheiten des Käufers zur Anwendung kommt (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2).

Sachverhalt

Am 13. August 1999 kaufte die A. AG (Käuferin) bei der B.X. AG (Verkäuferin) als "Z.-Glas" bezeichnetes Brandschutzglas. Die Verkäuferin bestellte das Glas bei der C. AG in Bern, welche es im Jahr 1999 direkt der Käuferin lieferte, die es in die Fassade der Bank D. einbaute. Im Dezember 2001 meldete diese Bank der Käuferin, dass auf dem Glas in Abständen von ca. 2 cm Flecken entstanden seien. Nachdem feststand, dass diese auf Fehler bei der Produktion des Glases in der Floatglashütte in F. (F) zurückzuführen waren, lieferte die Verkäuferin der Käuferin neues Z.-Glas. Die Käuferin baute dieses an Stelle des alten Glases in die Fassade der Bank D. ein und verlangte von der Verkäuferin mit Rechnung vom 25. März 2002 den Ersatz der Umglassungskosten von Fr. 15'480.- (ohne Mehrwertsteuer).

Die C. Holding AG hatte mit der E. Versicherungsgesellschaft, Bern, eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen, welche auch die Haftung der C. AG, Bern, einschloss. Das versicherte Risiko wurde mit "Verarbeitung, Vertrieb und Montage von Glas aller Art" umschrieben. Gemäss Art. 7 lit. d der Allgemeinen Versicherungsbedingungen waren vertraglich übernommene - über die gesetzliche Haftung hinausgehende - Ansprüche nicht versichert.

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 19. Juni 2003 übertrug die C. AG den Geschäftsbereich Brandschutz und alle Rechte und Forderungen aus bestehenden Rechtsverhältnissen betreffend diesen Bereich auf die B.Y. AG mit Sitz in Bern. Diese übernahm mit Fusionsvertrag vom 19. Juni 2003 zudem die Verkäuferin.

B. Am 31. Januar 2005 klagte die B.Y. AG beim Gerichtspräsidenten 7 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen gegen die E. Versicherungsgesellschaft auf Zahlung von Fr. 15'480.- nebst Zins zu 5 % seit Klageeinreichung. Zur Begründung der Klage führte die Klägerin insbesondere an, die C. AG sei bezüglich ihrer Haftung für Umglassungskosten der Käuferin bei der Beklagten versichert gewesen, weshalb diese dafür aufzukommen habe. Die Forderung der C. AG gegenüber der Beklagten sei mit Vertrag vom 19. Juni 2003 auf die Klägerin übergegangen.

Mit Urteil vom 4. November 2005 wies der Gerichtspräsident 7 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen die Klage ab. Dagegen appellierte die Klägerin an das Obergericht des Kantons Bern, welches die Appellation mit Urteil vom 13. Juni 2006 abwies.

C. Die Klägerin erhebt eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. Juni 2006 sei aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägung 2.2 und 2.4.4

2.2 Die Klägerin anerkennt, dass ihre Ansprüche aus Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) bei Anwendbarkeit der einjährigen Frist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR verjährt sind. Sie ersucht jedoch das Bundesgericht, seine Praxis dahingehend abzuändern, dass es nunmehr die Untersuchungs- und Anzeigeobliegenheiten nach Art. 201 Abs. 1 OR und die Verjährung nach Art. 210 Abs. 1 OR nicht auf Schadenersatzforderungen anwendet, welche dem Käufer gestützt auf die allgemeine Vertragshaftung zustehen. Zur Begründung führt die Klägerin zusammengefasst an, der vom Bundesgericht anerkannte Grundsatz, dass sich der Käufer neben der Haftung aus Sachgewährleistung alternativ auch auf die allgemeine vertragliche Haftung berufen könne, sei nicht durch die Anwendung der kurzen gewährleistungsrechtlichen Rüge- und Verjährungsfristen wieder einzuschränken. Vielmehr seien die beiden alternativ anwendbaren Normenkomplexe dem wahlberechtigten Käufer integral zur Verfügung zu stellen, weil zwischen den Normen der beiden Komplexe ein ausgleichendes Verhältnis von Vor- und Nachteilen für den Käufer bzw. Gläubiger bestehe. So habe das Bundesgericht in BGE 82 II 411 S. 422 f. anerkannt, dass die in der Rügepflicht und in der kurzen Verjährung liegende Beschränkung lediglich das Gegenstück zu der weitgehenden Begünstigung sei, die dem Käufer durch das Gewährleistungsrecht eingeräumt werde. Daraus folge, dass bei der allgemeinen Vertragshaftung, wo dem Käufer die Begünstigung des Gewährleistungsrechts durch eine Kausalhaftung des Verkäufers und die Wahlmöglichkeit zwischen Wandelung und Minderung nicht gewährt werde, das "Gegenstück", nämlich die kurze Verjährung, entfalle. Der Verkäufer bedürfe nur bezüglich der verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche, nicht jedoch bezüglich der allgemeinen verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüche des Schutzes durch kurze Fristen. Dass auf Schadenersatzansprüche Art. 210 Abs. 1 OR nicht anwendbar sei, ergebe sich auch daraus, dass diese Bestimmung gemäss ihrem Wortlaut nur Klagen "auf Gewährleistung" wegen Mängel der Sache erfasse. Demnach komme im vorliegenden Fall die ordentliche zehnjährige Verjährung zur Anwendung, welche nicht eingetreten sei.

2.4.4 Im gleichen Sinne hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Anfechtung eines Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtums ausgeführt, die in der Rügepflicht und in der kurzen

Verjährung liegende Beschränkung sei lediglich das Gegenstück zu der weitgehenden Begünstigung, die dem Käufer durch das Gewährleistungsrecht eingeräumt werde [...]. Daran kann jedoch nicht festgehalten werden, soweit damit ausgesagt wird, der Zweck der erwähnten Bestimmungen erschöpfe sich im betreffenden Interessenausgleich. Vielmehr ist gemäss der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts davon auszugehen, die kurze Verjährung gemäss Art. 210 OR bezwecke zudem, im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit bald nach der Ablieferung eine klare Rechtslage zu schaffen [...]. Auch in der Lehre wird angenommen, nach Ablauf der kaufrechtlichen Verjährungsfrist solle der Verkäufer im Sinne des allgemeinen Verkehrsschutzgedankens davon ausgehen können, dass es mit der erfolgten Lieferung sein Bewenden hat und er das Geschäft endgültig "abbuchen" kann [...]. Dieser Zweck des Verkehrsschutzes würde unterlaufen, wenn der Käufer aus Mängeln der gelieferten Sache Schadenersatzansprüche ableiten könnte, ohne die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR einzuhalten zu müssen. Diese Bestimmung muss daher gemäss ihrem Zweck als vorrangige Spezialnorm qualifiziert werden, welche alle aus der mangelhaften Lieferung abgeleiteten vertraglichen Schadenersatzansprüche erfasst [...]. Damit wird eine Harmonisierung mit dem Werkvertragsrecht erreicht, das die Schadenersatzansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes in Art. 368 OR abschliessend regelt [...] und vorsieht, dass diese Ansprüche gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers verjähren (Art. 371 Abs. 1 OR). Demnach verjähren auch beim Werkvertrag alle aus Mängeln beweglicher Werke abgeleiteten Schadenersatzansprüche nach Art. 210 OR, was dem Gleichbehandlungsprinzip entspricht [...]. Auch bezüglich der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten gemäss Art. 201 OR ist von einem Vorrang gegenüber den Regeln des allgemeinen Teils auszugehen. Dies ist insbesondere daraus abzuleiten, dass nach Art. 201 Abs. 2 und 3 OR die Sache hinsichtlich der Mängel, welche nicht rechtzeitig angezeigt wurden, als genehmigt gilt. Aus dieser Genehmigungsfiktion ist zu schliessen, dass vertragliche Ansprüche aus nicht rechtzeitig angezeigten Mängeln verwirkt sind, soweit keine absichtliche Täuschung des Käufers durch den Verkäufer im Sinne von Art. 203 OR vorliegt [...]. Nach dem Gesagten fehlen für die von der Klägerin beantragte Praxisänderung sachliche Gründe, weshalb die bisherige Rechtsprechung zu bestätigen ist. Das Obergericht hat daher bundesrechtskonform erkannt, allfällige vertragliche Schadenersatzansprüche der Klägerin aus Lieferung mangelhaften Glases durch die C. AG seien verjährt.

BGE 102 II 97 = Pra 1976 Nr. 182, 439 («Sinn und Zweck der kurzen Verjährungsfrist»)

Regeste:

Verjährung der Gewährleistungsklage wegen Mängel der verkauften Sache, Art. 210 OR.
Art. 210 Abs. 1 OR am Ende. Der Käufer, der sich auf diese Bestimmung beruft, muss nachweisen, dass der Verkäufer ihm die Ausübung der Gewährleistungsklage über die einjährige Frist seit der Lieferung gestatten wollte; es genügt nicht, dass der Verkäufer eine Eigenschaft zugesichert hat, die nicht vom Zeitablauf abhängt oder welche die Identität der Sache selber bestimmt (Änderung der Rechtsprechung; Erw. 2b und c).

Sachverhalt

A.- Der Briefmarkenhändler Henry Behar setzte sich am 5. Februar 1970 mit Jean Weber, einem Sammler von Schweizer Briefmarken, in Verbindung und bot ihm vier Brieffragmente mit je einer grauen 40-Rp-Marke "Helvetia assise", Ausgabe 1881, gestempelt, an. Er selbst hatte diese Fragmente von einem anderen Briefmarkenhändler erworben, mit Echtheitsbestätigungen, die von Werner Liniger, damals höherer Angestellter bei der PTT und offizieller Experte der International Association of Philatelic Experts, ausgestellt worden waren. Er schickte Weber die Fragmente mit der Bemerkung, es handele sich um "ein außergewöhnliches Ensemble, sowohl in Bezug auf seine Seltenheit als auch auf seine Qualität". Er übermittelte ihm auch die Echtheitsbescheinigungen. Nach Rücksprache mit Weber bestätigte Liniger diese Bestätigungen und erklärte, dass die Ware einwandfrei sei und die Stempel aus der Zeit stammten. In einem Telefongespräch am 4. März 1970 einigten sich Behar und Weber auf den Verkauf der vier Fragmente zum Preis von 16'000 Fr. Weber zahlte diesen Betrag zwischen März und Mai 1970.

Kurz darauf äußerten zwei Experten Zweifel an der Echtheit der Fragmente, insbesondere der Entwertungen. Weber informierte Behar darüber und erklärte, dass er die Stücke zurückgeben und den gezahlten Preis zurückfordern würde, falls sich die Fälschung als wahr herausstellen sollte. Am 9. November 1971 erklärte er, er habe Beweise dafür, dass die Stempel gefälscht oder zumindest nicht zeitgenössisch seien, und übermittelte kurz darauf die Zertifikate, auf die er sich berief. Später legte er Behar noch vier Gutachten vor, denen zufolge der Stempel und das Siegel nachträglich auf die Fragmente aufgebracht worden waren und diese somit gefälscht waren. Behar weigerte sich jedoch, den Preis von 16'000 Fr. zurückzuzahlen.

B.- Weber eröffnete am 12. Februar 1973 eine Klage gegen Behar auf Zahlung von 16'000 Fr. mit Zinsen.

Die Untersuchung beschränkte sich auf die Frage der Verjährung sowie des Rechtsmissbrauchs, diesen Klagegrund geltend zu machen.

Mit Urteil vom 21. Oktober 1975 wies der Zivilgerichtshof des Waadtländer Kantonsgerichts die Klage ab.

C.- Der Kläger erhebt beim Bundesgericht Reformbeschwerde und beantragt, die Verjährungs-einrede abzuweisen und die Sache zur Entscheidung in der Sache an die kantonale Behörde zurückzuweisen.

Erwägung b

Der Anspruch auf Gewährleistung für Mängel an der verkauften Sache verjährt ein Jahr nach der Lieferung an den Käufer (Art. 210 Abs. 1 OR). Es gibt jedoch zwei Ausnahmen von dieser Regel: wenn der Verkäufer seine Garantie für einen längeren Zeitraum zugesagt hat ("es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat"; Art. 210 Abs. 1 in fine), und wenn der Verkäufer den Käufer nachweislich absichtlich in die Irre geführt hat (Art. 210 Abs. 3). Letzteres ist hier nicht der Fall: Das angefochtene Urteil stellt souverän fest, dass "nichts darauf hindeutet, dass der Beklagte den Kläger absichtlich in die Irre geführt hat, und der Kläger hat dies auch nicht behauptet", und der Kläger beruft sich in der Bundesinstanz auch nicht auf Vorsatz.

Die erste Ausnahme bezieht sich auf den Fall, dass der Verkäufer ausdrücklich oder still-schweigend seinen Willen bekundet hat, die Haftung für Mängel der Sache für einen längeren Zeitraum zu übernehmen. Art. 210 Abs. 1 in fine OR betrifft die Klage auf Gewährleistung und setzt ein Versprechen des Verkäufers voraus, das sich auf die Ausübung der Rechte bezieht, die das Gesetz dem Käufer einräumt, der eine mangelhafte Sache erhält. Das Versprechen einer Eigenschaft an sich hat keine Auswirkungen auf die Dauer der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche; es ist Sache des Käufers, festzustellen, ob und inwieweit die Parteien diese Frist verlängern wollten [...].

Im Urteil BGE 56 II 430, das den Verkauf eines Gemäldes betraf, das als Werk des Malers Léopold Robert garantiert wurde, befand das Bundesgericht, dass Art. 210 Abs. 1 in fine OR nach dem Sinn auszulegen sei, den die Parteien der Garantie in gutem Glauben unter Berücksichtigung der Natur der Sache geben konnten. Die Echtheitsgarantie bezieht sich nicht auf eine Eigenschaft, die nur für eine mehr oder weniger lange Zeit bestehen soll und die durch den Zeitablauf beeinträchtigt werden kann. Der Käufer kann sich daher bis zum Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist auf sie berufen. Das Bundesgericht bezieht sich auf diesen Präzedenzfall im Urteil BGE 94 II 36 f., in dem es um den Verkauf eines Kraftfahrzeugs ging, dessen Baujahr garantiert worden war. In Anbetracht der besonderen Bedeutung, die die Parteien dieser Spezifikation beigemessen haben, die sich auf eine wesentliche Eigenschaft bezieht, die die Identität der verkauften Sache selbst bestimmt, lässt es in Anwendung von Art. 210 Abs. 1 in fine OR zu, dass eine solche Garantie bedeutet, dass der Käufer sich jederzeit bis zum Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist von zehn Jahren darauf berufen kann.

Diese Auslegung von Art. 210 Abs. 1 in fine OR muss aufgegeben werden. Sie geht über den Sinn dieser Bestimmung hinaus, die eine Ausnahme von der jährlichen Verjährung der Gewährleistungsansprüche nur für den Fall vorsieht, dass der Verkäufer sich verpflichtet hat, für eine längere Zeit für die gesetzlichen Folgen von Mängeln oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der verkauften Sache zu haften. Alle Fälle, in denen der Verkäufer eine Eigenschaft garantiert, die nicht vom Zeitablauf abhängt oder die die Identität der Sache selbst bestimmt, mit diesem Fall gleichzusetzen, würde im Übrigen dazu führen, dass Art. 210 Abs. 1 OR ausgehöhlt würde. In Verbindung mit der Pflicht, den Zustand der empfangenen Sache unverzüglich zu prüfen, soll die einjährige Verjährungsfrist im Interesse der Transaktionssicherheit so schnell wie möglich nach der Lieferung Klarheit schaffen. Eine derart extensive Auslegung der Ausnahmebestimmung von Art. 210 Abs. 1 in fine OR würde diesem Zweck zuwiderlaufen. Die Gründe, die dazu führen, dem gutgläubigen Verkäufer die Möglichkeit zu nehmen, sich auf die einjährige Verjährungsfrist (Art. 210 Abs. 3) zu berufen, gelten jedoch nicht für den bösgläubigen Verkäufer, selbst wenn er formell eine wesentliche Eigenschaft der Sache garantiert hat. Der Vorbehalt von Art. 210 Abs. 1 in fine OR ist daher nur dann anzuwenden, wenn feststeht, dass der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit einräumen wollte, seine Rechte aus dem Vorhandensein von Mängeln oder dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft länger als ein Jahr geltend zu machen.

BGer 4C.60/2002 («vertragliches Liquidationsverhältnis»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

Im Frühjahr 1996 bestellte die X._____ GmbH (Klägerin) einen Abbruchausleger bei A._____ (Beklagter). Die von diesem gewährte Garantiefrist für Material und Konstruktion betrug ein Jahr. Am 12. Juni 1996 wurde der Abbruchausleger verspätet geliefert. In der Folge machte die Klägerin geltend, dieser sei mangelhaft. Am 7. November 1996 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, welche unter anderem vorsah, dass der Beklagte den Kaufgegenstand gegen Rückerstattung der geleisteten Anzahlung von DM 80'000.-- zurücknehme. Der Beklagte verpflichtete sich zudem, "für sämtliche Kosten, die aufgrund der Lieferverzögerung sowie der mangelhaften Lieferung entstanden sind, aufzukommen". Die genaue Bezifferung dieser Kosten fehlte. Die Klägerin erklärte in der Vereinbarung lediglich, dass "nur die tatsächlich geleisteten Kosten berechnet werden".

Am 6. Oktober 1997 liess die Klägerin dem Beklagten mittels Betreibungsbegehren den Zahlungsbefehl über die auf der erwähnten Vereinbarung basierende Summe von DM 179'156.75 zustellen. Am 25. Februar 1998 fand vor dem Gerichtskreis VIII Bern-Laupen ein Aussöhnungsversuch statt. Die Klägerin reichte innerhalb der sechsmonatigen Frist nicht Klage ein. Am 3. März 1999 liess die Klägerin dem Beklagten mittels Betreibungsbegehren den Zahlungsbefehl über die in der Vereinbarung festgesetzte Summe von DM 80'000.-- betreffend die Rückerstattung der von der Klägerin geleisteten Kaufpreisanzahlung zustellen. Die Rückerstattung der verzinsten Anzahlungssumme von insgesamt DM 90'000.-- sowie die Rückgabe des Abbruchauslegers erfolgten am 30. Juli 1999, nachdem die Klägerin am 6. April 1999 ein Rechtsöffnungsverfahren eingeleitet hatte. Der Beklagte bezahlte den ihm in Rechnung gestellten Betrag von DM 179'156.75 als Schadenersatz für Mietkosten für eine Ersatzmaschine sowie für Reparaturen am Abbruchausleger nicht. Am 28. Januar 2000 ersuchte die Klägerin um Vorladung zu einem erneuten Aussöhnungsversuch. Dieser fand am 29. März 2000 statt und verlief fruchtlos.

B.

Mit Klage vom 27. September 2000 beim Handelsgericht des Kantons Berns verlangte die Klägerin, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr DM 179'156.75, eventuell 90'605.50, subeventuell SFr. 149'268.85, nebst Zins, zu zahlen. Ferner beantragte die Klägerin die Beseitigung des Rechtsvorschlags und die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung.

Mit Urteil vom 30. Oktober 2001 wies das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage infolge Eintritts der Verjährung ab.

C.

Die Klägerin hat gegen das kantonale Urteil Berufung eingelegt. Sie beantragt dem Bundesgericht, ihn aufzuheben und die Sache zur weiteren materiellen Beurteilung der Klage an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägung 1.3

Im Fall der Wandelung muss der Käufer nach Art. 208 Abs. 1 OR dem Verkäufer die Sache nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen zurückgeben. Der Verkäufer hat gemäss Art. 208 Abs. 2 OR nebst Aufwendungs- und Schadenersatz den gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten.

Als Anerkennung einer Forderung gilt jedes Verhalten des Schuldners, das vom Gläubiger nach Treu und Glauben im Verkehr als Bestätigung der rechtlichen Verpflichtung aufgefasst werden darf. Die Anerkennung muss sich nicht auf einen bestimmten Betrag beziehen und setzt keinen auf Unterbrechung der Verjährung gerichteten Willen voraus [...]. Die Vereinbarung vom 7. November 1996, in der nichts anderes als eine Durchführung der Wandelung (analog Art. 208 OR) bestätigt wird, konnte von der Klägerin in guten Treuen als Schuldnerkennung seitens des Beklagten verstanden werden. Diese Schuldnerkennung begründete jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, entgegen der Auffassung der Klägerin nicht die in Art. 137 Abs. 2 OR vorgesehene neue zehnjährige Frist, da die Forderung nicht der Höhe nach anerkannt wurde [...]. Durch die Schuldnerkennung wurde lediglich gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR die Verjährung unterbrochen. Die neue Verjährungsfrist, die mit der Unterbrechung zu laufen begann, betrug wiederum ein Jahr. Dem steht auch die inhaltliche Umgestaltung des Vertrages durch die Wandelung [...] nicht entgegen [...].

BGer 4C.57/2005 («Zins auf Kaufpreis»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

Mit Vertrag vom 14. Juni 2001 verkaufte die Z._____ AG (Beklagte) A.X._____ (Klägerin) einen Mercedes Benz CL 600 für Fr. 205'000.--, den sie am 6. September 2001 der Klägerin übergab. In der Folge zeigten sich verschiedene Mängel, welche die Beklagte zumindest teilweise behob. Das für die Streitsache zentrale Problem bildete indessen der zu hohe Stromverbrauch des Wagens im Ruhezustand. Im Januar 2002 reichte der Strom nicht aus, um den Motor zu starten, nachdem der Wagen zuvor drei Wochen nicht gefahren worden war. Der Wagen wurde zur Beklagten verbracht, funktionierte aber trotz deren Reparaturversuchs nicht zuverlässig und erreichte keine genügenden Standzeiten. Ab Ende April bildete derselbe Mangel erneut Gegenstand von Gesprächen und Abklärungen. Am 24. Juni 2002 holte die Beklagte das Fahrzeug zur Reparatur ab, und die Parteien vereinbarten eine gemeinsame Abnahme am 12. Juli 2002. Diese ergab, dass der Mangel immer noch nicht behoben war. Darauf erklärte die Klägerin, sie fechte den Kaufvertrag vom 14. Juni 2001 wegen absichtlicher Täuschung, eventuell wegen Grundlagenirrtums an und berufe sich im Eventualstandpunkt auf Wandelung. Mit Schreiben vom 13. Juli 2002 bestätigte die Klägerin die am Vortag mündlich abgegebene Erklärung. Hierauf teilte die Beklagte der Klägerin am 15. Juli 2002 mit, sie habe über das Wochenende die Quelle, welche einen zu hohen Ruhestromverbrauch verursache, gefunden und eliminiert, indem sie das entsprechende Steuergerät ersetzt habe. Sie halte das einwandfrei hergestellte Fahrzeug ab Mittwoch, 17. Juli 2002, der Klägerin zur Abholung bereit. Die Klägerin hielt jedoch an ihrem Standpunkt fest. Zur Schadenminderung verkauft die Beklagte den Wagen im Einvernehmen mit der Klägerin und schrieb dieser den erzielten Verkaufserlös von Fr. 148'000.-- gut.

B.

Am 21. Oktober 2002 belangte die Klägerin die Beklagte vor Bezirksgericht Kreuzlingen auf Zahlung von Fr. 56'416.40 zuzüglich 5 % Zins vom 11. September 2001 bis 10. Oktober 2002 auf Fr. 204'416.40 und ab 11. Oktober 2002 auf Fr. 56'416.40. Sie verlangte damit den Kaufpreis von Fr. 205'000.-- zuzüglich Auslagen, Versicherungsprämie, Gebühren und Verkehrssteuer und liess sich eine Nutzungsentschädigung von Fr. -.65 für jeden gefahrenen Kilometer (insgesamt Fr. 2'186.60) und die Akontozahlung von Fr. 148'000.-- anrechnen. Das Bezirksgericht Kreuzlingen wies die Klage ab. Auf Berufung der Klägerin schützte das Obergericht des Kantons Thurgau dagegen die Klage im Umfang von Fr. 55'096.40 nebst 5 % Zins auf Fr.

203'096.40 für die Zeit vom 11. September 2001 bis 10. Oktober 2002 sowie auf Fr. 55'096.40 ab 11. Oktober 2002.

C.

Die Beklagte hat das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 1. Juli 2004 mit Berufung beim Bundesgericht angefochten. Sie beantragt die Abweisung der Klage, eventuell die Rückweisung der Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht des Kantons Thurgau, subeventuell die Gutheissung der Klage im Betrage vom Fr. 50'386.80 nebst 5 % Zins seit 11. Oktober 2002 sowie 5 % Zins auf Fr. 198'386.80 für die Zeit vom 13. Juli 2002 bis zum 10. Oktober 2002. Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung und auf Bestätigung des angefochtenen Urteils, eventuell auf Rückweisung der Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens.

Erwägung 1.3

Dem angefochtenen Urteil ist auch nicht zu entnehmen, dass sich die Beklagte im kantonalen Verfahren für den Eventualfall der Zulässigkeit der Wandelung zum Zinsenlauf geäussert hätte, und sie erhebt in dieser Hinsicht keine substanziierte Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG, die dem Bundesgericht eine Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen des Sachgerichts erlauben würde [...]. Sie legt auch nicht dar, weshalb das Obergericht bei Gutheissung der Klage den von der Klägerin verlangten Zins als nicht zugestanden hätte betrachten müssen. Auf die diesbezüglichen Vorbringen in der Berufung und den Subeventualantrag ist daher nicht einzutreten. Im Übrigen wäre die Rüge auch unbegründet, sind doch im Rahmen der Rückabwicklung eines Kaufvertrages Zinsen ab dem Tag der tatsächlichen Geldübergabe geschuldet [...].

BGE 114 II 239 («Rechtsnatur der Wandelung»)

Regeste:

Partei- und Prozessfähigkeit sowie Aktivlegitimation der Stockwerkeigentümergemeinschaft im Prozess über Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Bauteilen (Art. 712l Abs. 2 ZGB).

Stellungnahme zur Kritik an BGE 111 II 458 Nr. 88 und Bestätigung dieser Rechtsprechung.

Sachverhalt

A.- Hans-Rudolf D. und Hans St., die sich zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen hatten, erstellten im Jahre 1973 in Möhlin zwei Mehrfamilienhäuser mit insgesamt 22 Wohnungen und einer Autoeinstellhalle. Anschliessend verkauften sie die in Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude, wobei in den Kaufverträgen festgehalten wurde, die Verkäufer leisteten Garantie gemäss SIA, ausgenommen Schwund-, Setz- und Konstruktionsrisse. In den folgenden Jahren rügten die Käufer der Eigentumswohnungen verschiedene Mängel insbesondere an gemeinschaftlichen Bauteilen, über deren Behebung sie sich mit den Verkäufern teilweise nicht einigen konnten.

B.- Im April 1983 er hob die Stockwerkeigentümergemeinschaft S. beim Bezirksgericht Rheinfelden Klage gegen D. und St. Die Klägerin machte vor allem Ansprüche auf Ersatz des Minderwertes geltend und verlangte die Zahlung von rund Fr. 409'000.-- nebst Zins. Das Bezirksgericht hiess die Klage mit Urteil vom 23. April 1986 für Fr. 252'799.60 nebst Zins gut.

Auf Appellation der Beklagten und Anschlussappellation der Klägerin hob das Obergericht des Kantons Aargau am 30. Oktober 1987 das Urteil des Bezirksgerichts auf und verpflichtete die Beklagten zur Zahlung von Fr. 302'705.45 nebst 5% Zins auf Fr. 296'949.85 ab 9. September 1980 und auf Fr. 5'755.60 ab 11. Dezember 1978.

C.- Die Beklagten haben gegen das Urteil des Obergerichts Berufung und staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV eingelegt. Mit der vorliegenden Berufung stellen sie die Anträge, dieses Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei, eventuell die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt, auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen.

Erwägung 5aa

Die Wandelungs- und die Minderungsrechte sind als Gestaltungsrechte nicht abtretbar; es können einzig die Forderungen auf ganze oder teilweise Rückerstattung der geleisteten Vergütung zediert werden [...]. Der Durchsetzung dieser Forderungen durch die einzelnen Stockwerkeigentümer stehen aber keine unüberwindlichen Hindernisse entgegen. Ein einheitliches Vorgehen mit bloss einer klägerischen Prozesspartei mag im allgemeinen wohl ökonomischer

sein; doch vermag dies allein eine Gesetzeskorrektur über Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht zu rechtfertigen. Eine notwendige Streitgenossenschaft der einzelnen Stockwerkeigentümer, deren Aktivitäten durch renitente Miteigentümer blockiert werden könnte, besteht nicht; die Durchsetzung der einzelnen Ansprüche in formeller Streitgenossenschaft oder durch die Gemeinschaft als rechtsgeschäftliche Zessionarin ist ohne weiteres möglich und regelmässig ohne besondere Schwierigkeiten auch realisierbar. Dabei ist wiederum zu beachten, dass einzelne Stockwerkeigentümer mit ihrer Weigerung zum gemeinsamen Vorgehen die Rechte der andern nicht zu schmälern vermögen.

BGE 89 II 239 («Minderung 1»)

Regeste:

Auftrag an eine Bank zur Führung eines Kontokorrents.

Pflicht der Bank, bei ungenauer Bezeichnung des Empfängers einer bei ihr eingehenden Zahlung sorgfältig zu prüfen, für welchen ihrer Kunden diese bestimmt ist; Folgen der Verletzung dieser Pflicht (Erw. 4).

Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR). Schadenersatzforderung der Erwerber aller Aktien einer Aktiengesellschaft gegen eine Bank, die der Aktiengesellschaft bewusst eine ungerechtfertigte Gutschrift erteilt und so zur Täuschung der Erwerber der Aktien über deren Wert beigetragen hat (Erw. 5-11).

- Haftung für absichtliche und fahrlässige Ädigung. Gemeinsame Haftung der Bank und der Verkäufer der Aktien (Art. 50, 51 OR). Anspruch auf Schadenersatz wegen Täuschung trotz Genehmigung des Vertrags (Art. 31 Abs. 3 OR). (Erw. 6).

- Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang (Erw. 7).

- Haftung der Bank, einer Aktiengesellschaft, für den Schaden aus unerlaubten Handlungen ihrer Organe (Art. 718 Abs. 3 OR); Zurechnung des Wissens und Willens des Vizedirektors mit Kollektivunterschrift, der die Erteilung der ungerechtfertigten Gutschrift veranlasst hat (Erw. 8).

- Absicht oder Fahrlässigkeit? (Erw. 9, 10).

- Festsetzung des Schadens (Art. 42 OR); Anwendung der relativen Berechnungsmethode (Erw. 11).

Sachverhalt

Die am 18. Februar 1958 gegründete Inro Corsetry Ltd. (AG) in Zürich, welche den Geschäftsbetrieb der Inro GmbH (Handel mit Miederwaren usw.) fortsetzte, hatte bei der Michelis Bank AG u.a. ein Frankenkonto inne. Auf diesem wurde ihr am 27. Juni 1960 ein Betrag von Fr. 51 675.-- gutgeschrieben. Gemäss Gutschriftsanzeige handelte es sich dabei um den "Gegenwert von DM 50 000.-- à 103.35, Vergütung von Deutsche Effecten- und Wechselbank, Frankfurt, wegen T.E.E. Lau." Theodor E.E. Lau war damals Aktionär und Prokurist der Inro Corsetry Ltd. Nach Vollzug dieser Gutschrift wies das Konto einen Saldo zugunsten der Bank von Fr. 46 939.60 auf.

Neben dem Frankenkonto unterhielt die Inro Corsetry Ltd. bei der Michelis Bank AG ein DM-Konto. Nachdem ihr die Bank am 30. Januar 1960 auf diesem Konto den Betrag von DM 77 851.-- gutgeschrieben hatte, war dieses Konto ausgeglichen.

B.- Am 8. Juli 1960 vergütete die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank in München der Michelis Bank AG im Auftrag von E. Mengin in Bozen zugunsten der "Firma Inro, Zürich 1" DM 888.10 zwecks Zahlung von Rechnungen vom 9. und 31. Mai 1960. Die Michelis Bank AG

schrieb den Gegenwert von Fr. 918.30 der Inro GmbH gut. Die an diese gerichtete Gutschriftsanzeige gelangte in den Besitz der Inro Corsetry Ltd., die den Geschäftssitz in den gleichen Räumen hatte wie die Inro GmbH. Da die Inro Corsetry Ltd. die erwähnten Rechnungen ausgestellt hatte, verbuchte sie den eingegangenen Betrag zu ihren Gunsten.

C.- Im August 1960 erwarb Rechtsanwalt Dr. D. in Chur zuhanden einer neuen Aktionärgruppe sämtliche Aktien der Inro-Corsetry Ltd. (100 Inhaberaktien im Nennwert von je Fr. 1000.--). 60 Stück kaufte er von Theo Niederberger, damals Vizedirektor der Michelis Bank AG, 4 Stück von B. und 36 Stück von Lau. Der Kaufpreis betrug insgesamt Fr. 64 000.--. Dem Kauf lag eine Bilanz der Inro Corsetry Ltd. per 30. Juni 1960 zugrunde, worin die Verbindlichkeiten gegenüber der Michelis Bank AG mit dem Betrag aufgeführt waren, der sich bei Berücksichtigung der erwähnten Gutschriften von Fr. 51 675.-- und DM 77 851.-- ergab. Lau wurde vom neuen Verwaltungsrat als Geschäftsführer angestellt.

D.- Nachdem Niederberger im Herbst 1960 wegen Vermögensdelikten verhaftet worden war, stornierte die Michelis Bank AG am 31. Oktober 1960 die der Inro Corsetry Ltd. am 27. Juni 1960 erteilte Gutschrift von Fr. 51 675.--. An die Stelle eines Saldos zugunsten dieser Firma von Fr. 1342.55 (Kontostand am 28. Oktober 1960) trat deshalb ein Saldo zu ihren Lasten von Fr. 50 332.45, der sich bis zum 18. Januar 1961 auf Fr. 43 516.45, verminderte.

Am 21. Dezember 1960 richtete die Inro Corsetry Ltd., für welche Lau und ein Verwaltungsratsmitglied zeichneten, an die Michelis Bank AG ein Schreiben, worin sie erklärte, der Betrag von Fr. 51 675. - sei ihr "irrtümlicherweise gutgebracht" worden, und von der Rückbelastung dieses Betrages Kenntnis nahm.

Am 31. Januar 1961 wurde Lau von der Inro Corsetry Ltd. fristlos entlassen, was er als gerechtfertigt anerkannte. In der Folge wurde gegen ihn eine Strafuntersuchung wegen Veruntreuung und Betrugs eröffnet.

Am 7. Februar 1961 ersuchte die Michelis Bank AG die Inro Corsetry Ltd. unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 21. Dezember 1960, den Soll-Saldo ihres Kontos, der sich am 17. März 1961 mit den Zinsen auf Fr. 44 092.-- belaufen werde, bis zu diesem Termin zu tilgen. Zudem stornierte sie am 15. Februar 1961 die der Inro Corsetry Ltd. Am 30. Januar 1960 erteilte Gutschrift von DM 77 851.--, weil sie ohne Rechtsgrund und daher irrtümlich erfolgt sei. Mit dem Gegenwert von Fr. 80 692.55 belastete sie die Inro Corsetry Ltd. auf dem Frankenkonto.

E.- Mit Klage vom 8. Mai 1961 belangte die Michelis Bank AG die Inro Corsetry Ltd. unter Vorbehalt weiterer Ansprüche auf Zahlung von Fr. 44 092.-- nebst 5% Zins seit 17. März 1961. Sie machte geltend, die Gutschrift vom 27. Juni 1960 von Fr. 51 675.-- sei irrtümlich erfolgt, was die Beklagte im Schreiben vom 21. Dezember 1960 anerkannt habe; die Beklagte habe auf diese Gutschrift keinen Anspruch gehabt.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage (1.) auf Zahlung von Fr. 10 547.75 und (2.) auf Feststellung, dass die Parteien mit der Zahlung dieses Betrags per

Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt seien. Sie bezeichnete die Stornierung der Gutschriften von Fr. 51 675.-- und DM 77 851.-- als ungerechtfertigt, verlangte, dass ihr der von Mengin am 8. Juli 1960 vergütete Betrag von Fr. 918.30 gutgeschrieben werde, und gelangte so unter Einbezug einiger nicht streitiger Posten zu einem Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 10 547.75. Für den Fall, dass es bei der Stornierung der erwähnten Gutschriften bleiben sollte, machte sie verrechnungsweise einen an sie abgetretenen Schadenersatzanspruch der Erwerber ihrer Aktien in Höhe der zurückbelasteten Beträge geltend.

F.- Das Handelsgericht des Kantons Zürich nahm an, der Betrag von Fr. 51 675.-- sei der Beklagten mit Recht zurückbelastet worden (während über den Posten von DM 77 851.-- = Fr. 80 692.55 im vorliegenden Prozess nicht entschieden werden könne); der aus dieser Rückbelastung sich ergebende Saldo zugunsten der Klägerin in Höhe der Hauptklageforderung von Fr. 44 092.-- vermindere sich um den Betrag von Fr. 918.30 (Vergütung Mengin), auf dessen Gutschrift die Beklagte Anspruch habe, und um den Betrag von Fr. 25 000.--, in welchem die von der Beklagten zur Verrechnung gestellte Schadenersatzforderung begründet sei. Demgemäß hat das Handelsgericht mit Urteil vom 13. September 1962 die Hauptklage für den Betrag von Fr. 18 173.70 nebst Zins geschützt und die Widerklage abgewiesen.

G.- Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Die Klägerin verlangt die Zusprechung von Fr. 44 092. -; die Beklagte beantragt, die Hauptklage sei vollständig abzuweisen und das Widerklagebegehren auf Zahlung von Fr. 10 547.75 zu schützen.

Das Bundesgericht weist die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.

Erwägung 11

Hat die Klägerin durch die ungerechtfertigte Gutschriftsanzeige vom 27. Juni 1960 in schuldhafter Weise die Aktienkäufer irregeführt (oder in schuldhafter Weise zu der von den Verkäufern begangenen Täuschung beigetragen), so fragt sich, welcher Schaden den Aktienkäufern hieraus entstanden sei.

Die Vorinstanz hat angenommen, der Schaden liege in der von ihr auf Fr. 25 000.-- geschätzten Differenz zwischen dem von den Käufern bezahlten Preis und dem Betrag, den sie vermutlich dafür bezahlt hätten, wenn ihnen bekannt gewesen wäre, dass die Schulden der Beklagten gegenüber der Klägerin den in der Bilanz angegebenen Betrag um Fr. 51 675.-- überstiegen. Diese Art der Schadenermittlung ist abzulehnen. Der Schaden darf nicht auf Grund von Vermutungen geschätzt werden, wenn er sich errechnen lässt. Dies trifft hier zu. Im Falle, dass ein durch Täuschung über die Vermögenslage einer Aktiengesellschaft geschädigter Aktienkäufer den Kauf nicht rückgängig macht, sondern Schadenersatz in Höhe Deswegen der

Täuschung zuviel bezahlten Kaufpreisbetrags verlangt, wie es hier (vgl. Erw. 6) zulässigerweise geschieht, ist der Schaden gleich zu bestimmen wie der Minderwert einer Kaufsache im Falle der Preisminderung wegen eines Sachmangels. Hiefür ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die sog. relative Berechnungsmethode massgebend (BGE 81 II 209 Erw. 3). Im vorliegenden Falle entspricht der Schaden (s) also der Differenz zwischen dem für die Aktien bezahlten Preis (p) und dem Betrag, der sich ergibt, wenn dieser Preis soweit herabgesetzt wird, dass er sich zum herabgesetzten Preise (x) gleich verhält wie im Zeitpunkt des Kaufs der objektive Wert der Aktien bei Gültigkeit der Gutschrift von Fr. 51 675.-- (wg) zum objektiven Wert der Aktien bei Ungültigkeit dieser Gutschrift (wu). Es gilt also:

$$p : x = wg : wu ; x = p \cdot wuwg ; s = p - x.$$

Bei der (nötigenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen vorzunehmenden) Bestimmung des Aktienwerts ist zu berücksichtigen, dass die Aktien zwecks Fortführung des Geschäftsbetriebs, nicht zum Zwecke der Liquidation des Unternehmens gekauft wurden. Nach diesen Richtlinien ist der den Aktienkäufern bzw. der Beklagten als ihrer Zessionarin zu ersetzende Schaden neu zu bestimmen, wenn die Haftbarkeit der Klägerin grundsätzlich zu bejahen ist.

Die angeführte Formel ist auf jeden Fall dann anwendbar, wenn der objektive Wert, der den Aktien im Falle der Gültigkeit der Gutschrift von Fr. 51 657.-- zugekommen wäre, den eben genannten Betrag erreicht oder übersteigt. Ist dies nicht der Fall, so kann sich fragen, wie weit die Bezahlung eines zu hohen Kaufpreises noch als Folge der Irreführung durch die erwähnte Gutschrift gelten könne. Diese Frage stellt sich namentlich, wenn die Aktien zur Zeit des Kaufs unter allen Umständen, also auch unter der Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit der Gutschrift von Fr. 51 675.--, objektiv wertlos waren. In diesem Falle kann ein den Käufern infolge Irreführung durch die falsche Gutschrift entstandener Schaden höchstens daraus abgeleitet werden, dass die neuen Mittel, welche die Aktienkäufer der Beklagten zugeführt haben oder noch zuführen müssen, teilweise zur Zahlung der ihnen verheimlichten Schuld statt zur Erziehung eines Geschäftsertrags verwendet werden müssen.

Wird die Behauptung der Klägerin, dass die Aktien auf jeden Fall wertlos gewesen seien, zu treffendenfalls im Rahmen der Schadensermittlung berücksichtigt, so kann die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob die Käufer für den geltend gemachten Schaden gemäss Art. 44 OR (Mitverschulden) wegen Erwerbs einer überschuldeten Aktiengesellschaft selber einzustehen haben, auf sich beruhen bleiben.

BGE 81 II 207 («Minderung 2»)

Regeste:

Liegenschaftskauf, Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften, OR Art. 197, 205 Abs. 1. Mietzinsertrag als Eigenschaft der Kaufsache; Kausalität der Zusicherung (Erw. 1). Preisminderung, Berechnung des Minderwertes bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (Erw. 3, 4).

Sachverhalt

A.- Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 6. September 1952 kaufte Arthur Bollinger von Fritz Ryser das Wohn- und Geschäftshaus Baselstrasse 72 in Luzern zum Preise von Fr. 137'000.--. In den besonderen Bestimmungen wurde der Übergang von Nutzen und Gefahr auf den 1. Oktober 1952 festgesetzt und ausserdem verabredet:

unter Ziff. 3a: "Für die Kaufsache wird keine Nachwährschaft geleistet."

unter Ziff. 5: "Der Käufer hat von den bestehenden Mietverträgen Einsicht genommen, dieselben werden dem Käufer überbunden."

Als dann der Erwerber gestützt auf die Verfügung der Eidg. Preiskontrollstelle über Mietzinse für Immobilien vom 30. August 1950 eine Mietzinserhöhung vornehmen wollte, zeigte es sich, dass der frühere Hauseigentümer verschiedentlich ohne behördliche Genehmigung Mietzinsen verlangt und bezogen hatte, welche die kantonale Preiskontrollstelle in einem Schreiben vom 13. Januar 1953 als übersetzt bezeichnete. Daraufhin liess der Käufer am 21. Januar 1953 dem Verkäufer mitteilen, dass, wenn die Preiskontrolle eine namhafte Herabsetzung der Zinsen anordnen sollte, er sich "als absichtlich getäuschter Vertragspartner vom Geschäft zurückziehen, d.h. den Rücktritt vom Vertrage wegen absichtlicher Täuschung" erklären würde, und dass, wenn "eine nicht sehr bedeutende Reduktion der Erträge" erfolge, er sich ein Begehren um Ermässigung der Kaufsumme vorbehalte. Mittels Verfügung vom 8. Mai 1953 setzte die Preiskontrollstelle die zulässigen Mietzinsen für Wohnungen und sonstige Räumlichkeiten im Hause Baselstrasse 72 auf insgesamt Fr. 7140. - pro Jahr fest.

B.- Im August 1953 klagte Bollinger gegen Ryser auf Bezahlung von Fr. 27'400.-- für Minderwert der Liegenschaft und Fr. 162.20 als Schadenersatz. Die Gerichte des Kantons Luzern schützten beide Forderungen, das Amtsgericht Luzern-Land nebst Zins ab 23. Juli 1953, das Obergericht durch Urteil vom 9. Juni 1954 mit Zins seit 1. Oktober 1952.

C.- Der Beklagte legte Berufung an das Bundesgericht ein. Er beantragt gänzliche Abweisung der Klage, eventuell ihre Gutheissung nur im Umfange von Fr. 19'591.--. Der Kläger schliesst auf Bestätigung des kantonalen Entscheides.

Erwägung 3

Abschliessend wird mit der Berufung die Minderwertsberechnung der Vorinstanz beanstandet.

a) Darüber, wie der Minderwert zu bestimmen sei, schreibt das OR nichts vor. Nach alter schweizerischer Rechtsprechung und Lehre, welche auf das gemeine Recht zurückgeht, ist er nach der relativen Berechnungsweise zu ermitteln, d.h. der Kaufpreis ist auf denjenigen Betrag herabzusetzen, der - im Zeitpunkte des Vertragsschlusses - dem Verhältnis zwischen dem objektiven Wert der Sache ohne Mängel bzw. mit den zugesicherten Eigenschaften und ihrem objektiven Wert im tatsächlichen Zustand entspricht. Die Formel fußt auf der Erfahrung, dass der Kaufpreis häufig über oder unter dem objektiven Sachwert liegt; sie will das vertragsmässige Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erhalten [...].

b) Darum ist, zumindest als allgemeine Regel, jene Berechnungsart abzulehnen, die nach dem Unterschied im Werte der als mängelfrei gedachten und der mit Mängeln behafteten Sache, also nach der absoluten Wertdifferenz forscht. Sie ist freilich beim Viehkauf in Art. 11 Abs. 3 der VO betreffend die Gewährleistung im Viehhandel vorgeschrieben und führt dort oft zu richtigen, mitunter aber auch zu stossenden Ergebnissen [...]. Auf alle Kaufverträge lässt sich das Verfahren aus dem genannten Grunde nicht übertragen. Ebensowenig ist eine dritte [...] Methode zu billigen, die den zu erstattenden Minderwert in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Werte der mangelhaften Sache sieht. Sie hat zur Folge, dass eine Minderung nie Platz greifen kann, wo trotz Mängelhaftigkeit oder Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der objektive Wert der Sache den Kaufpreis erreicht. Das verträgt sich nicht mit dem Wortlaute und dem Sinne des Gesetzes, welches dem Käufer wegen jeden Mangels, der den Wert oder die Brauchbarkeit der Sache beeinträchtigt, und wegen jeden Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft den Gewährleistungsanspruch gibt.

c) Bei einem dem vorliegenden analogen Tatbestande hatte sich der unveröffentlichte BGE vom 18. Dezember 1945 i.S. Bosshardt und Lieber c. Immobilien A.-G., ausser mit der soeben erörterten absoluten, noch mit einer anderen Minderwertsberechnung zu befassen. Sie besteht darin, dass die aus den zugesicherten Mietzinseinnahmen sich ergebende Bruttorendite des Kaufpreises festgestellt und der Zinausfall zu diesem Prozentsatze kapitalisiert wird. Das Bundesgericht bezeichnete sie als unzulässig, weil mit der Zusicherung einer zur Zeit des Kaufes erhältlichen Mietzinssumme nicht für die Zukunft der nämliche Ertrag garantiert werde. Es bekannte sich grundsätzlich zur relativen Berechnungsweise, liess es dabei jedoch nicht bewenden, sondern fügte bei:

"Allein auch diese verhältnismässige Herabsetzung, die bei der gewöhnlichen Mängelhaftung ihre Berechtigung hat und dem Umstand gerecht wird, dass die fehlende Preiswürdigkeit keinen Mangel im Sinne des Gesetzes darstellt, vermag nicht zu befriedigen in Fällen, wo die Haftung für zugesicherte Eigenschaften in Frage steht. Denn auch wenn eine solche Zusicherung nicht einer Garantieübernahme gleichgesetzt werden darf, so muss sie doch eine qualifizierte Haftung des Verkäufers begründen, die weiter reicht als die blosse Mängelhaftung im

allgemeinen... Dies ist deshalb geboten, weil der Verkäufer durch seine Zusicherung das Vertrauen des Käufers geweckt und durch die Bekräftigung, dass die Kaufsache bestimmte Eigenschaften aufweise, auf den Entschluss des Käufers bestimmend eingewirkt hat. Es rechtfertigt sich daher, in Abweichung von der relativen Berechnungsmethode als Minderwert die Differenz zwischen dem Vertragspreis und demjenigen Betrag, den der Käufer in Kenntnis des wahren Sachverhaltes ausgelegt hätte, zuzusprechen."

An dieser Auffassung kann nicht festgehalten werden. Sie befürwortet, genau besehen, nur eine Abart der als untauglich verworfenen absoluten Berechnungsmethoden. Zudem läuft sie auf eine verschiedene Ordnung der Gewährspflicht für Wert- oder Gebrauchsmängel und für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften des Kaufsgegenstandes hinaus. Hiefür ist weder ein Rückhalt im Gesetze noch ein sachliches Bedürfnis zu finden.

BGE 117 II 550 («Minderung Zeitpunkt»)

Regeste:

Kauf eines Einfamilienhauses. Umfang und Zeitpunkt der Entstehung des Minderungsanspruchs (Art. 205 Abs. 1 OR).

1. Zeitpunkt der Berechnung des Minderwerts ist nach SIA-Norm 118 die Ingebrauchnahme des Werkes (E. 4b/bb). Die bis zur Ermittlung des Minderwerts eingetretene Teuerung geht nicht zu Lasten des Unternehmers; Teuerungskosten sind auch kein Mangelfolgeschaden (E. 4b/cc).

2. Beginn der Zinspflicht hinsichtlich des zurückzuerstattenden Kaufpreises (E. 4c).

Sachverhalt

A.- Am 13. Mai 1983 verkaufte die X. Immobilien AG mit öffentlich beurkundetem Vertrag H. und P. S. ein in Hünenberg (ZG) gelegenes Einfamilienhaus zum Preis von Fr. 625'000.--. Unter Ziff. II/2 des Kaufvertrages wurde u.a. vereinbart: "Betreffend Gewährleistung und Garantieabnahme gelten die Bestimmungen des SIA und im übrigen diejenigen des Obligationenrechts."

In den Jahren 1984 und 1985 zeigten die Käufer der Verkäuferin verschiedene Mängel an und forderten sie auf, diese zu beheben. Da die X. Immobilien AG den Aufforderungen zur Nachbesserung nicht nachkam, machten sie Minderung geltend.

B.- Am 18. Mai 1987 klagten H. und P. S. beim Kantonsgericht des Kantons Zug auf Zahlung von Fr. 34'275.35 als Minderwert nebst 5% Zins seit 8. September 1986. Mit Urteil vom 17. Januar 1990 schützte das Kantonsgericht die Klage im Umfang von Fr. 19'219.40 nebst 5% Zins seit 18. Mai 1987, umfassend Nachbesserungskosten von Fr. 16'850.--, Bauteuerungskosten von Fr. 1'169.40 sowie Fr. 1'200.-- für die Umtriebe der Kläger im Zusammenhang mit der Mängelsanierung (Koordinationskosten).

Eine von der X. Immobilien AG eingereichte Berufung hiess das Obergericht des Kantons Zug am 21. Mai 1991 lediglich im Kostenpunkt gut.

C.- Die von der X. Immobilien AG erhobene eidgenössische Berufung heisst das Bundesgericht teilweise gut.

Erwägung 4b

In BGE 111 II 162, auf den sich die Vorinstanz stützt, war u.a. wie auch vorliegend streitig, ob der Minderwert den Kosten für die Sanierung des Mangels entspreche. Hier ist darüber hinaus zu entscheiden, ob Kosten der Bauteuerung vom Minderungsanspruch umfasst werden.

aa) Unhaltbar ist der Einwand der Beklagten, es seien den Klägern keine Sanierungskosten und somit kein wirtschaftlicher Nachteil entstanden, weil sie die Mängel noch nicht hätten beseitigen lassen. Mit der Minderungsklage nach Art. 205 Abs. 1 OR soll durch die verhältnismässige Herabsetzung des Preises das gestörte Gleichgewicht der Leistungen wiederhergestellt werden [...]. Dieser Ausgleich kann durch eine Herabsetzung des Preises oder Rückforderung des zuviel bezahlten Preises erreicht werden. Ob der Käufer sich mit der nicht ganz einwandfreien Sache zufriedengibt oder mit dem zurückerhaltenen Betrag die vorhandenen Mängel dennoch beheben lässt, steht in seinem Belieben. Selbstverständlich geht es aber auch bei der Gutheissung eines Minderungsanspruchs um den Ausgleich eines wirtschaftlichen Nachteils.

bb) Die Auffassung des Obergerichts und der Beklagten, dass für die Berechnung des Minderwerts der Zeitpunkt des Gefahrübergangs massgebend sei, ist richtig [...]. Nach SIA-Norm 118, der sich die Parteien unterworfen haben, ist dies der Zeitpunkt, an dem die Abnahme des Werkes durch Vollendungsanzeige oder Ingebrauchnahme des Werkes eingeleitet wird [...]. Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanzen wurde am 11. Mai 1983 eine gemeinsame Prüfung des Hauses vorgenommen. Zwei Tage später wurde der Kaufvertrag abgeschlossen; der Antritt der Liegenschaft mit Nutzen und Schaden erfolgte am 15. Mai 1983. Dieses Datum, welches mit dem Bezug des Hauses übereinstimmt, ist nach den SIA-Normen der für die Bestimmung des Minderungsanspruchs massgebliche Zeitpunkt.

cc) Die kantonalen Gerichte haben den Klägern Bauteuerungskosten vom 1. April 1988 bis 1. Oktober 1989 zugesprochen. In BGE 45 II 661 lehnte das Bundesgericht einen für sechs Jahre seit der Übernahme eines Hotels geltend gemachten Teuerungszuschlag von 60% ab, weil für den Verkäufer keine Nachbesserungspflicht bestanden habe und diesen die Tatsache, dass der Käufer wegen des Streites über das Bestehen eines Preisminderungsanspruchs die Verbesserung hinausgeschoben habe, nicht berühren könne (S. 662). Heute ist nicht anders zu entscheiden. Teuerungskosten haben somit nichts mit der Bestimmung des Preisminderungsanspruchs zu tun - es sei denn, die Parteien hätten einen Teuerungsausgleich vereinbart [...] -, sondern mit der Konkretisierung des Nachbesserungsanspruchs. Nur dann, wenn die Kläger auf der Nachbesserung beharrt hätten, ginge eine zwischenzeitlich eingetretene Teuerung zu Lasten des Unternehmers [...]. Der Vorwurf der Beklagten, die Vorinstanz habe die Rechtsfolgen der Minderung mit denjenigen der Nachbesserung vermischt, trifft somit zu. Anders entscheiden hiesse, dass die seit der Fälligkeit einer Forderung eingetretene Teuerung in jedem Falle zu berücksichtigen wäre.

Es bleibt zu prüfen, ob die Teuerungskosten als Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts geltend gemacht werden können. Das Bundesgericht hat es in BGE 100 II 32 abgelehnt, dass sich der Besteller eines mangelhaften Werkes alternativ auf die Rechtsbehelfe des Art. 368 OR (Wandelung, Minderung, Nachbesserung und Ersatz

des Mangelfolgeschadens) und die allgemeine Schadenersatzklage des Art. 97 OR berufen kann. Gemäss Art. 171 Abs. 1 der SIA-Norm 118 hat der Bauherr kein Recht, Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR anstelle der Mängelrechte nach Art. 169 geltend zu machen. Diese Regelung, der sich die Parteien unterworfen haben, steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 368 OR [...]. Es ist dem Besteller nach Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 aber nicht verwehrt, neben und ausser den Rechten nach Art. 169 SIA-Norm 118 Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 und 97 ff. OR zu verlangen. Darunter fällt etwa der Ersatz des Mangelfolgeschadens, der dem Bauherrn trotz tadelloser Nachbesserung, trotz Minderung oder Rücktritt verbleibt [...]. Teuerungskosten sind aber bei geltend gemachter Minderung weder ein Mangelfolgeschaden noch ein "anderer Schaden" [...], für den der Unternehmer bei gegebenen Voraussetzungen einzustehen hat.

BGE 94 II 26 = Pra 1968, Nr. 145, 513 («Falsches Herstellungsjahr»)

Regeste:

Automobilkauf. Lieferung eines Wagens, der nicht das ausdrücklich vereinbarte Herstellungsjahr hat. Keine Unverbindlichkeit des Vertrages wegen Irrtum (E. 1). Erfüllung bei Kauf einer nur der Gattung bestimmten Sache (E. 2). Mahnung, Anforderungen (E. 3). Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts (E. 4).

Sachverhalt

Louise v.P. schloss Ende Dezember 1963 mit dem Autohändler C. in Lugano einen Kaufvertrag über die Lieferung eines Wagens Jaguar Mk X, Modell 1964. Der Wagen wurde im März 1964 geliefert. Die Käuferin war vom Funktionieren des Fahrzeuges nicht befriedigt. Sie liess es im Juli 1965 durch eine Garage in Zürich und einen Sachverständigen prüfen, wobei sich herausstellte, dass sein Herstellungsjahr nicht 1964, sondern 1963 war. Die Klage der Käuferin auf Rücknahme des Wagens und Rückerstattung des Kaufpreises von 33'000 Fr. wurde vom Appellg Tessin geschützt. Das Bg bestätigt.

Erwägung 4

4. Im vorliegenden Falle käme man auch noch auf einem andern Wege, nämlich auf demjenigen von OR 206, zum gleichen Ergebnis. Nach dieser Vorschrift, die sich auf den Kauf vertretbarer Sachen bezieht, hat der Käufer beim Bestehen einer Gewährleistungspflicht wegen Mängeln die Wahl, entweder die Wandelungs- oder die Minderungsklage anzustellen oder andere währhafte Ware derselben Gattung zu verlangen.

a) OR 206 betrifft gemäß seinem Wortlaut den Kauf vertretbarer Sachen, nicht denjenigen von Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind. Von Tuhr/Siegwart, OR § 8 N.7, und ebenso Oser/ Schönenberger, OR 206 N.2 weisen jedoch darauf hin, daß der Ausdruck «vertretbare Sachen» ungenau sei; ebenso Becker, OR 206 N.1, der die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Kauf nur der Gattung nach bestimmter Sachen ohne weiteres annimmt. In der Tat besteht kein Grund, die Tragweite von OR 206 auf vertretbare Sachen zu beschränken, während doch die Unzukämmlichkeit, die die Bestimmung zu beheben bezweckt, auch bei allen Kaufgeschäften über nur der Gattung nach bestimmte Sachen in gleicher Weise zutrifft. Wie übrigens v. Tuhr/Siegwart (a.a.O.) zutreffend bemerken, ist die erwähnte Bestimmung nicht anwendbar, wenn der Kaufvertrag sich auf den gesamten Vorrat einer bestimmten vertretbaren Sache bezieht [...]. Für die Anwendbarkeit von OR 206 ist demnach nicht entscheidend, dass der Verkauf sich auf eine vertretbare Sache bezieht, sondern maßgebend ist, dass Kaufgegenstand nicht eine individuell bestimmte Sache ist...

Die oben dargelegten Erwägungen gestatten daher, in OR 206 eine weitgefaßte Vorschrift zu erblicken, die sowohl anwendbar ist, wenn der gelieferte Gegenstand mit Mängeln im Sinne von OR 197 behaftet ist, als auch, wenn er einer andern «Gattung» angehört.

b) Fasst man den Begriff des Mangels gemäß der erwähnten Bestimmung in diesem weiten Sinne auf, so war die Klägerin im vorliegenden Falle berechtigt, sofort vom Vertrag zurückzutreten, da sie ja Mängel-rüge erhoben hatte, sobald sie sichere Kenntnis vom Mangel erlangt hatte.

Nach dem ebenfalls anwendbaren OR 205 II kann sich allerdings der Richter auf die Minderrung des Vertragspreises beschränken, wenn er findet, dass die Umstände die verlangte Auflösung des Vertrages nicht rechtfertigen. Im vorliegenden Fall sind jedoch die Voraussetzungen dafür, an Stelle der Auflösung des Vertrags auf eine solche Preisminderung zu erkennen, nicht erfüllt, und es sind keine Umstände ersichtlich, die den Rücktritt als ungerechtfertigt erscheinen lassen würden. Denn einerseits liegt die spezielle Zusicherung des Beklagten vor, der gelieferte Wagen sei ein solcher des Modells 1961, und anderseits steht fest, dass die Klägerin auf den Erwerb gerade dieses Modells, mit Ausschluss insbesondere desjenigen von 1963, Gewicht legte. Mit Recht hat die Vi diesen Umstand hervorgehoben und nachdrücklich auf die Pflicht des Richters hingewiesen, für die Einhaltung der Vertragspflichten und die Korrektheit in den geschäftlichen Beziehungen besorgt zu sein. Es steht übrigens fest, dass die Parteien die Lieferung eines Modells 1964 als wesentliches Element angesehen haben, für dessen Vorliegen der Verkäufer in aller Form Garantie geleistet hat. Man geriete daher in vollen Widerspruch mit der Vereinbarung der Parteien, wenn man heute gemäß dem Begehr des Beklagten die erwähnte Spezifikation als bloße Modalität von untergeordneter Bedeutung betrachten wollte, mit der Folge, dass in der Lieferung eines Wagens eines Modells 1963 an Stelle eines solchen des Modells 1964 nur ein leichter Mangel zu erblicken wäre, der sich mit einer bloßen Preisminderung hinlänglich ausgleichen ließe. Es ist schließlich nicht außer Acht zu lassen, dass die Klägerin einer absichtlichen Täuschung zum Opfer gefallen ist, und dass der Beklagte, selbst wenn er gutgläubig gewesen sein sollte, hinsichtlich der von ihm gegebenen formellen Zusicherungen nicht die erforderliche Sorgfalt hat walten lassen.

Insbesondere hat er gelogen, als er am 3. Dezember 1963 dem Anwalt der Klägerin schrieb, er habe die Bestellung direkt der Fabrik übermittelt, so dass die Klägerin mit Sicherheit ein Modell 1964 erhalte.

•Unter diesen Umständen muss der Klägerin das Recht zuerkannt werden, die Auflösung des Vertrags zu verlangen, ohne Rücksicht darauf, dass sie den Wagen mehr als ein Jahr lang benutzt hat und sich das Modell 1964 von demjenigen vom 1963 offenbar nicht durch umwälzende Änderungen unterscheidet.

c) Nach OR 210 I verjähren die Ansprüche aus OR 205 ff. in der Regel mit dem Ablauf eines Jahres nach der Ablieferung der Sache an den Käufer.

Der Beklagte wirft der Vi vor, sie habe nicht berücksichtigt, daß die Anzeige der Klägerin verspätet erfolgt sei, und er leitet daraus ab, das Klagebegehren hätte wegen Verjährung abgewiesen werden müssen.

Diese Ansicht ist jedoch unbegründet.

Nach den Feststellungen der Vi ist nämlich die Einrede der Verjährung nicht im Rahmen des kontradiktatorischen gerichtlichen Verfahrens erhoben worden, sondern erst in der Schlußverhandlung, so daß sie nach den Vorschriften des tess. Prozeßrechts verspätet gewesen sei. Sie hat daher die Berücksichtigung dieser Einrede abgelehnt. In diesem Punkte kann das Urteil vom Bg als Berufungsinstanz nicht überprüft werden, da ihm die Anwendung von Vorschriften des kant. Rechts entzogen ist (BGE 80 III 52 E.2).

Unhaltbar ist auch der Standpunkt des Beklagten, die Einrede hatte nach dem Bundesrecht von Amtes wegen berücksichtigt werden müssen.

Wie aus seinem Wortlaut deutlich hervorgeht, sieht OR 210 eine Verjährung, nicht eine Anspruchsverwirkung vor [...]. Nach OR 142 darf aber der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen, sondern diese muss in den Formen und in dem Stadium des Verfahrens geltend gemacht werden, die das kant. Prozessrecht dafür vorschreibt.

Gemäß OR 210 lit. f. ist übrigens von der einjährigen Verjährungsfrist abzusehen, wenn der Verkäufer ausdrücklich eine Haftung für längere Zeit übernommen hat. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte der Klägerin eine formelle Zusicherung in bezug auf das Herstellungsjahr des gelieferten Wagens abgegeben. Er hat in einem Schreiben vom Dezember 1963 die Lieferung eines Wagens des Modells 1964 zugesichert. Angesichts der besonderen Umstände des Falles und der Wichtigkeit, welche die Parteien dieser näheren Umschreibung beimaßen, betrifft diese Zusicherung nicht irgendein beliebiges Merkmal, das der Kaufgegenstand nach der Behauptung des Verkäufers aufweist, sondern vielmehr eine wesentliche Eigenschaft, die geradezu die Identität der Sache um-schreibt. Eine derartige Garantieerklärung hat im Hinblick auf ihren Gegenstand und den mit ihr angestrebten Zweck zur Folge, daß der Erwerber sich bis zum Ablauf der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist jederzeit auf sie berufen kann. In diesem Sinne hat das Bg übrigens bereits einmal entschieden in einem Falle, in welchem der Verkäufer die Echtheit eines Gemäldes zugesichert hatte [...]. Nach dem Gesagten ist der Anspruch der Klägerin, die Auflösung des Vertrages gemäß OR 206 verlangen zu können, nicht infolge Verjährung erloschen.

BGer 4C.395/2001 = Pra 2003 Nr. 107 585 («Nachlieferung bei Hol-Schickschuld»)

Regeste:

Anforderungen an die Substantiierung der Mängelrüge gemäss Art. 201 OR. Es genügt nicht, wenn der Käufer allgemein seine Unzufriedenheit äussert; er muss die Mängel konkret benennen.

Sachverhalt

A. (Kläger) und die X AG (Beklagte) stehen seit 1995 in geschäftlichen Beziehungen. Am 22. November 1998 bot der Kläger der Beklagten eine Partie Ahorn-Rundhölzer zum Kauf an, und es kam zu einem Vertragsabschluss, wonach die Beklagte Holz in gleicher Qualität und zu gleichen Preisen wie bei der vorangegangenen Lieferung kaufe. Die Ahorn-Rundhölzer wurden im Oktober und November 1998 geschlagen, vom Gemeindeförster vermessen, klassiert und in Holzmasslisten aufgenommen. Die Lieferung an die Beklagte erfolgte am 6., 7. und 21. Januar 1999. Am 12. Januar 1999 stellte der Kläger für die beiden ersten Lieferungen und am 22. Januar 1999 für die dritte Lieferung Rechnung im Gesamtbetrag von Fr. 13 496.45 (Fr. 250.–/m³ für Rundhölzer bis 29 cm Durchmesser und Fr. 300.–/m³ für Rundhölzer ab 30 cm Durchmesser). Zusammen mit den Lieferscheinen erhielt die Beklagte jeweils eine Liste mit quantitativen Angaben der gelieferten Rundhölzer.

Am 22. Januar 1999 erhob die Beklagte schriftlich «Mängelrüge» mit folgendem Wortlaut: «Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass die Ahorn-Lieferungen aus der Gemeinde B. (Transport durch C.) qualitativ weit unter früheren Lieferungen liegt. Viele Stämme weisen lediglich Emballage-Qualität auf und können auch von uns nicht mehr verarbeitet werden. Wir stellen Ihnen daher das Holz wieder zur Verfügung. Es liegt auf der Sägerei D. Gerne erwarten wir Ihre Stellungnahme».

Sowohl die Beklagte als auch der Kläger liessen das Holz von der schweizerischen Handelsbörse begutachten. In der von der Beklagten in Auftrag gegebenen Expertise vom 30. März 1999 hielt der Gutachter der Schweizerischen Handelsbörse, T., fest, dass die Ahorn-Rundholz-Partie rein qualitativ einen schlechten Eindruck mache und die Klassierung durch den Förster zu Unrecht am oberen Ende der Skala erfolgte. Eine nicht umfassende Nachmessung habe starke Massdifferenzen ergeben, die Partie käme auf höchstens Fr. 132.– je m³ zu stehen. Als Kompromiss schlug dieser Gutachter eine Einigung auf der genannten Preisbasis vor. Mit Verfügung vom 27. April 1999 bewilligte das Vizegerichtspräsidium Weinfelden auf Gesuch der Beklagten den Notverkauf, der Anfang Juni 1999 erfolgte und einen Erlös von Fr. 4692.40 erbrachte.

Am 1. Juli 1999 stellte der Kläger beim Bezirksgericht Steckborn das Begehren, die Beklagte sei zur Zahlung von Fr. 13 496.45 nebst Zins, zuzüglich Umtriebsentschädigung und Zahlungsbefehlkosten zu verpflichten; der Rechtsvorschlag in der entsprechenden Betreibung sei aufzuheben. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage mit der Begründung, sie habe Wandelung erklärt; der Kaufvertrag sei rückabzuwickeln und der Kläger zu verpflichten, die weiteren Schäden zu tragen, unter Anrechnung des ihm zustehenden Erlöses aus dem Notverkauf.

Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 26. Oktober/8. November 2000 ab. Es kam zum Schluss, dass der Kaufvertrag aufgrund der vorliegenden Mängel rückabzuwickeln sei. Auf Berufung des Klägers hiess das Obergericht die Klage mit Urteil vom 10. Juli 2001 im Betrag von Fr. 13 496.45 nebst Zins gut und beseitigte den Rechtsvorschlag in der Betreibung in diesem Umfang. Es kam zum Schluss, die Mängelrüge der Beklagten sei zu wenig substantiiert und daher nicht rechtsgenügend. Somit seien die Voraussetzungen für eine Wandelung bzw. Minderung nicht gegeben und es könne offen bleiben, ob die Ahorn-Lieferung mangelhaft war oder nicht.

Gegen diesen Entscheid hat die Beklagte am 10. Dezember 2001 beim Bundesgericht Berufung erhoben. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventhalter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung, eventhalter sei die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 9447.50 zuzüglich Zins zu verurteilen.

Erwägung 2.3

Die Beklagte hat in ihrer Mängelrüge vom 22. Januar 1999 erklärt, die Ahorn-Lieferung liege qualitativ weit unter früheren Lieferungen, viele Stämme wiesen lediglich Emballage-Qualität auf und könnten daher von ihr nicht mehr verarbeitet werden. Damit beanstandete sie in keiner Weise das Mass des gelieferten Holzes. Der Preis richtete sich gemäss der Parteivereinbarung nicht nach der Holzqualität, sondern nach der Stammdicke. Die Mängelrüge betraf daher auch nicht die Einreichung in die vertraglich vereinbarten Preisklassen. Die Beklagte bemängelte die Qualität des gelieferten Holzes und beanstandete damit dessen Beschaffenheit. Dass der Kläger über den Inhalt der Rüge im Unklaren sein konnte, ist aufgrund der Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht anzunehmen. Der Kläger beanstandete zwar in dem von der Vorinstanz erwähnten Zitat die «pauschalen» Gründe, aus denen die Beklagte die Holzlieferrung zurückwies, bezeichnete diese Gründe gleichzeitig jedoch als «subjektiv» und «von uns nicht akzeptierbar». Dies bedeutet nicht, dass er die Begründung nicht verstand. Die Beklagte begnügte sich auch nicht damit, die Beschaffenheit generell zu kritisieren, sondern erklärte, die Qualität des gelieferten Holzes liege weit unter derjenigen früherer Lieferungen und viele Stämme könnten von ihr nicht mehr verarbeitet werden, weil sie lediglich noch Emballage-

Qualität aufwiesen. Da die Parteien vereinbart hatten, Kaufgegenstand solle Holz in der gleichen Qualität wie bei der vorangehenden Lieferung sein, genügt die Anzeige, dass diese Qualität nicht erreicht worden sei. Es mag sein, dass der Kläger aus einer detaillierten Beanstandung jedes einzelnen Stammes im Vergleich zur Holzmassliste gewisse zusätzliche Informationen hätte erhalten können. Namentlich wenn mit der herrschenden Lehre angenommen wird, der Verkäufer könne sich i.S.v. Art. 206 Abs. 2 OR angesichts der modernen Transportmittel auch bei einem Distanzkauf durch sofortige Nachlieferung währhafter Gattungsware von jedem anderen Anspruch der Käuferin| befreien [...], wäre die genaue Angabe der Anzahl und Qualität der nachzuliefernden Stämme oder des nachzuliefernden Holzmasses nützlich gewesen. Angesichts des Ausmasses der Holzlieferung von 54 Stämmen und 42,9 m³ war der Beklagten jedoch nicht zuzumuten, bereits für die Anzeige der Mängel eine derart umfassende Bestandesaufnahme vorzunehmen, wie sie die Vorinstanz aufgrund der Aufstellung für den Notverkauf offenbar befürwortet hat. Der Verkäufer konnte aus der Anzeige ersehen, dass das gelieferte Holz von der Käuferin als derart minderwertig im Vergleich zur früheren Lieferung beanstandet werde, dass sie dieses zum allergrössten Teil nicht verarbeiten könne. Dies genügt den Anforderungen an die Substantiierung der Anzeige. Wenn sich der Kläger i.S.v. Art. 206 Abs. 2 OR durch Lieferung währhaften Holzes hätte befreien wollen, wäre es ihm bei dieser Anzeige möglich gewesen, der Beklagten Nachlieferung anzubieten. In ihrer Mängelrügen lehnte die Beklagte die Abnahme der Ware ab und stellte die gesamte Lieferung dem Kläger zur Abholung bereit. Der Kläger konnte, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, schon aus der Anzeige ersehen, dass die Beklagte die Mängel als schwerwiegend erachtete und musste daher mit der Wandelung rechnen – sofern nicht überhaupt anzunehmen ist, dass die Beklagte bereits mit der Mängelrügen Wandelung erklärte. Schliesslich kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie anzunehmen scheint, der Verkäufer müsse aufgrund der Mängelanzeige die materielle Begründetheit der Rügen prüfen können. Die Anzeige hat lediglich die Wahrnehmung der Käuferin zu vermitteln. Wenn ihr der Verkäufer nicht glaubt, sind Beweismassnahmen vorzukehren. Dies wurde dem Verkäufer mit der Mängelrügen der Käuferin vom 22. Januar 1999 ermöglicht.

BGE 91 II 344 («Nachbesserung nur bei Abrede»)

Regeste:

Kaufvertrag über ein Motorfahrzeug.

Auslegung einer Garantieklausel, Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts (Erw. 1).

Garantiezusage, Begriff (Erw. 2 a).

Verhältnis der Garantiezusage zu den Gewährleistungsansprüchen. Anforderungen an den Ausschluss der letzteren (Erw. 2 b-d).

Rechtslage beim Nebeneinanderbestehen von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen (Erw. 2 e).

Rechtslage bei Wegbedingung der Gewährleistung (Erw. 3).

Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung auf den Nachbesserungsanspruch (Erw. 3 a).

Nachfrist, Angemessenheit; Folgen zu kurz bemessener Nachfrist (Erw. 3 b).

Verzug mit Teilleistung, Folgen (Erw. 3 c).

Gattungs- oder Spezieskauf? (Erw. 4).

Wandelung oder Minderung? (Erw. 5).

Sachverhalt

A.- Der Kläger Hans Laubscher kaufte mit Vertrag vom 3. April 1964 von der Beklagten, der Auto-Handelsfirma Fratelli Ambrosoli in Zürich, ein fabrikneues Auto, Marke Rambler, Modell Classic, rot, zum Preis von Fr. 19 700.--. Diesen beglich er durch Barzahlung von Fr. 10 000.-- und Übergabe eines gebrauchten Autos, das die Beklagte zu Fr. 9700.-- an Zahlung nahm. Ziffer 3 der auf dem Vertragsformular wiedergegebenen "Allgemeinen Verkaufsbedingungen" lautete:

"Garantie. Die Verkäuferin leistet für neue Fahrzeuge volle Fabrikgarantie laut spezieller Garantiepolice; weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen ..."

Eine Garantiepolice wurde dem Kläger jedoch nicht ausgehändigt.

Der Wagen wurde am 9. April 1964 dem Kläger übergeben, der ihn jedoch schon am folgenden Tage zurückbrachte und verschiedene Mängel rügte, so namentlich, dass der Motor im Leerlauf nicht rund drehe und auch sonst ruckartig laufe. Da es der Beklagten nicht gelang, die Störungen zu beheben, brachte der Kläger den Wagen am 14. und 27. April 1964 neuerdings zurück. Am 29. April schrieb er der Beklagten, falls das Fahrzeug bis am Abend des gleichen Tages nicht einwandfrei fahrbereit sei, werde er es ihr zur Verfügung stellen. Die Beklagte antwortete, es wäre zweckmäßig, wenn der Wagen etwas gefahren würde, bis der Fabrikinspektor aus Frankfurt nach Zürich komme, um ihn zu prüfen. Diese Prüfung fand am 11. Mai 1964 statt, führte aber nicht zur Aufdeckung der Störungsursache. Der Kläger teilte daher am

15. Mai der Beklagten mit, er trete vom Kaufvertrag zurück und verlange die Rückerstattung des Kaufpreises. Die Beklagte lehnte sofort nach Empfang dieses Schreibens die Rückgängigmachung des Kaufes unter Hinweis auf die im Vertrag vorgesehene Fabrikgarantie ab; sie bemerkte, sie habe für die Instandstellung des Fahrzeugs den Fabrik-Service-Ingenieur aufgeboten; die schrittweise Eliminierung der Störungsursachen werde aber einige Zeit in Anspruch nehmen. Der Kläger hielt jedoch mit Schreiben seines Anwaltes vom 20. Mai 1964 am Rücktritt vom Vertrag fest. Ebenfalls am 20. Mai teilte die Beklagte dem Kläger mit, die Mängel am Fahrzeug seien nun vollständig behoben. Es hatte sich nämlich herausgestellt, dass der Wagen statt mit einer Nockenwelle des Modells 1964 mit einer solchen des Modells 1962 ausgestattet worden war, die andere Ventilzeiten aufwies. Der Kläger weigerte sich jedoch, den Wagen zu übernehmen.

B.- Mit Klage vom 29. Mai/3. November 1964 forderte der Kläger von der Beklagten die Bezahlung von Fr. 20 000.-- nebst Verzugszins seit 21. Mai 1964; in der Replik setzte er seine Forderung auf Fr. 19 700.-- nebst Zins herab.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Sie machte geltend, durch Ziffer 3 des Kaufvertrags sei ihre Gewährleistungspflicht auf die Fabrikgarantie beschränkt und im übrigen ausgeschlossen worden. Aber auch ohne eine solche Aufhebung der Gewährpflicht stünde dem Kläger weder ein Wandelungsnoch ein Rücktrittsrecht zu, da der Mangel durch die Einsetzung der richtigen Nockenwelle behoben worden sei. - Im weiteren erhob die Beklagte Widerklage auf Feststellung, dass ihr der Kläger ab 1. Juli 1964 für die Unterbringung des Fahrzeugs bis zu dessen Abholung eine Entschädigung von Fr. 4.- pro Tag zu bezahlen habe.

C.- Das Bezirksgericht Zürich wies mit Urteil vom 9. März 1965 die Klage ab und schützte die Widerklage, jedoch unter Herabsetzung der geschuldeten Entschädigung auf Fr. 2.- pro Tag. Es nahm an, die Garantieklausel schliesse eine Wandelung des Kaufvertrages aus; dem Kläger stehe lediglich der Anspruch auf Nachbesserung (Reparatur oder Instandstellung) der Sache durch die Beklagte zu; diesen habe die Beklagte erfüllt.

D.- Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schützte mit Urteil vom 25. Mai 1965 die Klage und wies die Widerklage ab. Es kam zum Schlusse, nach der streitigen Garantieklausel habe der Kläger nicht endgültig, sondern nur vorläufig auf das Recht zur Wandelung verzichtet, in dem Sinn, dass dem Verkäufer zunächst Gelegenheit geboten werden müsse, allfällige Mängel der Sache zu beheben. Dieser vorläufige Verzicht falle aber dahin, wenn dem Käufer ein weiteres Zuwarten nach Treu und Glauben nicht zuzumuten sei. Da der Kläger der Beklagten den Wagen bis zum 15. Mai 1964 viermal erfolglos zur Behebung der Mängel überlassen habe, sei er zur Wandlung des Vertrags berechtigt gewesen; denn infolge ihrer Mängel habe der Kaufsache die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch gefehlt. Die Ansetzung einer Nachfrist sei nicht nötig gewesen. Eine Ersatzlieferung komme nicht in Betracht.

E.- Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Sie beantragt, die Klage sei abzuweisen und die Widerklage in dem von der ersten Instanz geschützten Umfang gutzuheissen; eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung der Widerklage an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte wirft der Vorinstanz Verletzung der Art. 197, 199, 205 und 206 OR vor; sie habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Bestimmungen von Art. 197 OR über die Gewährleistung gemäss Art. 199 dispositiver Natur seien und dass im vorliegenden Falle die Gewährspflicht der Verkäuferin durch die vertragliche Garantieklausel ausgeschlossen worden sei. Die Annahme der Vorinstanz eines bloss vorläufigen Verzichts auf Wandelung verletze daher Bundesrecht. Weiter wendet sich die Beklagte gegen die Auffassung der Vorinstanz, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, eine Nachfrist zur Behebung der Mängel anzusetzen; eine solche wäre nicht nutzlos gewesen, da die Beklagte ihre Pflicht zur Nachbesserung ausdrücklich anerkannt und erfüllt habe. Schliesslich macht die Beklagte geltend, Gegenstand des Vertrags sei eine vertretbare Sache, so dass der Kläger die Lieferung eines andern Fahrzeugs des gleichen Modells hätte fordern müssen; das habe die Vorinstanz zu Unrecht verneint.

Der Kläger beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Erwägung 2a

Die Garantieklausel ist eine Nebenklausel des Kaufvertrages. Mit der Garantiezusage verpflichtet sich der Verkäufer in der Regel zur Realerfüllung in dem Sinne, dass der Käufer Anspruch auf Behebung allfälliger Mängel oder Herstellung zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache haben soll. Ein solcher Nachbesserungsanspruch stünde dem Käufer auf Grund der gesetzlichen Gewährleistungsregeln nicht zu; diese geben ihm nur Anspruch auf Wandelung und allenfalls auf Schadenersatz oder auf Minderung des Kaufpreises (Art. 205, 208 OR). Die Garantie bezweckt somit regelmässig eine Besserstellung des Käufers gegenüber der gesetzlichen Ordnung [...]. Eine Garantiezusage des Verkäufers ist daher im allgemeinen geeignet, auf jeden Fall beim nicht juristisch gebildeten Käufer, den Eindruck zu erwecken, besser gestellt zu sein, als er es ohne eine solche wäre.

Die gesetzliche Gewährleistungsordnung ist allerdings dispositiven Rechts. Sie kann (abgesehen vom Falle der Arglist des Verkäufers; Art. 199 OR) vertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Das muss aber als Ausnahme von der gesetzlichen Regelung im Vertrag klar zum Ausdruck kommen. Solche Vereinbarungen sind daher im Zweifel einschränkend auszulegen [...]. Das gilt in besonderem Masse, wenn die ganze oder teilweise Wegbedingung der Gewährspflicht im Zusammenhang mit einer Garantiezusage erfolgt, die nach dem oben Ausgeführten ihrer Natur nach eine Besserstellung des Käufers bedeutet.

BGE 47 II 82 («Kursverlust als Mangel»)

Regeste:

Kauf. Wandelung. Pflicht zur Rückerstattung des Kaufpreises. Unter den Begriff des durch die Lieferung fehlerhafter Ware «unmittelbar» verursachten Schadens im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR kann auch ein Kursverlust fallen.

Sachverhalt

A. - Der Kläger Kaltenmark. bestellte im September 1918 bei dem Beklagten Hausheer 104 Stück japanischen Crepe-Stoffes. Die Ware wurde vom Beklagten aus Japan importiert, und dem Kläger am 3. und 22. April 1919 fakturiert. Die Zahlung erfolgte laut Vereinbarung. In französischen Franken, nachdem der Kläger sich schon am 9. Oktober 1918 behufs Eröffnung des vom Beklagten ausbedungenen Akkreditivs bei der Schweizerischen Bankgesellschaft Deckung in dieser Währung beschafft hatte. Die Ware wurde sofort nach ihrer Ablieferung, im Juli 1919, vom Kläger beanstandet. Die Folge (davon war, dass der Beklagte bei 84 Stück einen Preisnachlass von 15 % gewährte; ferner verpflichtete er sich, 16 Stück, die nach seiner eigenen Zugabe bezüglich Farbe und Dessen dem Vertrag nicht entsprachen, und 4 Stück, welche erhebliche Webfehler und Löcher aufwiesen, zurückzunehmen. Die entsprechenden Beträge (Preisnachlass, plus Kaufpreis für die 20 Stück) hat der Beklagte dann am 22. Februar 1920 dem Kläger in französischen Franken zurückerstattet.

,B. - Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger Vergütung des Kursverlustes, den er nach seinen Angaben dadurch erlitten hat, dass er sich s. Z. den Kaufpreis zum Kurse von 86,75 beschafft hatte, während im Zeitpunkt der Rückzahlung des Kaufpreises für die 20 Stück Crepe der französische Kurs auf 45,5 gefallen war. Die Differenz macht den eingeklagten Betrag von 2004 Fr. 08 Cts . aus, welcher vom Kläger als Teil des Wandelungsanspruches, nämlich als «unmittelbarer») Schaden im Sinne von Art. 208 OR, bezeichnet wird.

C. - Der Beklagte bestreitet in erster Linie, dass die beanstandeten 20 Stück Crepe derart vertragswidrig geliefert worden seien, dass dem Kläger hieraus ein Wandelungsanspruch erwachsen sei; er behauptet, die Rücknahme dieses Teils der Sendung sei lediglich deshalb erfolgt, weil man sich mit Rücksicht auf die Liquidation des klägerischen Geschäfts über die Aufhebung des Kaufvertrages frei verständigt habe. Ferner bestreitet der Beklagte, dass es sich im vorliegenden Fall um die Geltendmachung von « unmittelbarem» Schaden handeln würde; die Geltendmachung eines mittelbaren Schadens aber erfordere nach Art. 208 Abs. 3 OR den Nachweis eines Verschuldens, welcher nicht erbracht werden könnte.

D. - Durch Urteil vom 20. September 1920 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich, nach vorgenommener persönlicher Befragung der Parteien, die Klage gutgeheissen, und demgemäß den Beklagten verpflichtet, dem Kläger 2004 Fr. 08 Cts. nebst 6 % Zins seit 3. Februar 1920 zu bezahlen.

E. - Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

F. - Der Kläger hat Abweisung der Berufung beantragt.

Erwägung 2

Da nach dieser Vorschrift der Verkäufer, abgesehen von der Rückerstattung des Kaufpreises samt Zinsen, dem Käufer den Schaden zu ersetzen hat, der ihm durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist, hängt das Schicksal der Klage und der Berufung davon ab, ob der eingeklagte Kursverlust als ein solcher unmittelbarer Schaden zu betrachten sei. Auch dies bestreitet der Beklagte zu Unrecht. Sein Hauptargument, der frühere Zustand sei dadurch wiederhergestellt worden, dass der Kläger so viel französische Franken zurück erhalten habe, als er einbezahlt hatte, und es sei ihm deshalb ein Schaden gar nicht erwachsen, erweist sich bei näherer Betrachtung als trügerisch. Denn der Kläger hat französische Franken zu einem Kurswert von 45,5 zurück erhalten, während er zur Leistung des Bankakkreditivs solche zum Kurse von 86,75 hatte anschaffen müssen. Diese Aufwendung wurde, was entscheidend ist, im Hinblick und im Vertrauen auf vollständige und richtige Erfüllung des Vertrags gemacht; hätte der Kläger gewusst, dass die Bestellung nur zum Teil vertragsgemäß ausgeführt und infolgedessen nur ein Teil des Kaufpreises fällig würde, so hätte er weniger französische Franken zu erwerben brauchen, und der Kursverlust wäre nicht eingetreten. Die Einwendung, der Kläger habe den Zeitpunkt, in dem er sich Deckung in französischer Währung verschaffte, ganz selbständig und willkürlich gewählt, scheitert daran, dass er damals, und nicht später, dem Beklagten den vorgeschriebenen Bankkredit von 24,000 Fr. in französischer Währung (entsprechend dem Wert der zu liefernden Waren) eröffnen lassen musste. Aber auch mit dem Hinweis darauf, dass, er möglicherweise französisches Geld bereits besessen habe, ist nichts gewonnen, da ja der Kläger laut ausdrücklicher und für das Bundesgericht verbindlicher Feststellung der Vorinstanz nachgewiesen hat, dass er die 24,000 Fr. französischer Währung zum Kurse von 86,75 von der Schweizerischen Bankgesellschaft erworben hat, um damit seine Verpflichtungen gegenüber dem Beklagten zu erfüllen. Deshalb ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der ganze eingeklagte Kursverlust vom Zeitpunkt der Leistung des Akkreditivs bis zur Rückvergütung des Kaufpreises als dem Kläger verursachter, unmittelbarer Schaden im Sinne 'von Art. 208 Abs. 2 OR aufzufassen.

BGE 79 II 376 = Pra 1954, Nr. 103, 35 («Anspruch auf entgangenen Gewinn»)

Regeste:

Kauf, Wandelung. Kein Anspruch des Käufers auf den entgangenen Gewinn im Rahmen von OR 208 II. Begriff der nach OR 208 II zu ersetzenen Prozesskosten.

Sachverhalt

[...]

Erwägung 3-5

3.) Bei Rückgängigmachung des Kaufes hat der Verkäufer dem Käufer außer dem bezahlten Preis die Prozesskosten und Verwendungen zu ersetzen; überdies ist er gehalten, ihm den durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schaden zu vergüten (OR 208 II). Er ist verpflichtet, den weiteren Schaden zu ersetzen, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (OR 208 III).

Diese Bestimmungen waren im wesentlichen schon in aOR 241 und 253 enthalten. Die dort getroffene Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden entsprach damals der allgemeinen Regelung der Folgen der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten. Gleich wie im gemeinen Recht bestimmte aOR 116 nämlich, dass der vom Schuldner zu leistende Schadenersatz auf jeden Fall den Schaden umfasse, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung vorhergesehen werden konnte; weitergehender Schadenersatz konnte nur bei Absicht oder grobem Verschulden zugesprochen werden. Bei der Anwendung von aOR 253 hat das Bg diese Bestimmung im Lichte von aOR 116 ausgelegt und erklärt, dass unter dem unmittelbaren Schaden derjenige zu verstehen sei, den der Verkäufer nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als unmittelbare Folge der mangelhaften Erfüllung habe voraussehen können. Dies sei aber der Fall hinsichtlich des entgangenen Gewinns bei einem Käufer, der eine Sache mit Wissen seines Vertragsgegners zum Zwecke des Wiederverkaufs erworben habe [...].

Unter Berufung auf diese Rechtsprechung fordert im vorliegenden Fall die Klägerin Ersatz des Gewinnes, der ihr infolge der Rückgängigmachung des Vertrages entgangen ist.

Die heute geltenden allgemeinen Bestimmungen über die Nichterfüllung der Verträge kennen jedoch den auf die Voraussehbarkeit gegründeten Begriff des unmittelbaren Schadens nicht mehr. Der Schuldner haftet für jedes Verschulden und hat jeden Schaden zu ersetzen, der mit diesem einen adäquaten Kausalzusammenhang aufweist (OR 97ff.).

Die Merkmale, welche die allgemeinen Bestimmungen von aOR 110 ff. für die Auslegung des Ausdrucks «unmittelbarer Schaden» darboten, bestehen also nicht mehr. Zudem lassen sich

gegen die unter der Herrschaft des aOR entwickelte Rechtsprechung gewichtige Einwände erheben.

Das ihr zugrunde liegende Kriterium ermangelt der Bestimmtheit und gibt Anlass zu allzu subtilen Unterscheidungen [...]. Anderseits kann, wenn es sich beim Käufer um einen Kaufmann handelt, immer vorausgesehen werden, dass die Rückgängigmachung des Vertrages für ihn einen Gewinnausfall zur Folge haben wird; er könnte also nach der genannten Rechtsprechung auf Grund von OR 208 II Ersatz des entgangenen Gewinns verlangen, während ein Privater hierauf nur bei Verschulden des Verkäufers Anspruch hätte. Damit würde den Kaufleuten eine Vorzugsstellung eingeräumt, die sich kaum rechtfertigen ließe. Aus all diesen Gründen erscheint es als geboten, die von der Berufungsklägerin angerufene Rechtsprechung einer Überprüfung zu unterziehen.

Verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen von OR 97 ff. erweisen sich die Vorschriften von OR 195 und 208 als Ausnahmebestimmungen. Während im allgemeinen der Schuldner, der seine Verpflichtungen nicht oder nicht richtig erfüllt, für den Schaden nur bei Verschulden haftet, sehen OR 195 und 208 eine Kausalhaftung vor: Der Verkäufer muß, ob ihm nun ein Verschulden zur Last falle oder nicht, dem Käufer den ihm unmittelbar verursachten Schaden ersetzen. Da diese Bestimmungen einen Einbruch in die allgemeinen Grundsätze des OR darstellen, müssen sie einschränkend ausgelegt werden, und es ist daher am Platz, sie nur auf solchen Schaden Anwendung finden zu lassen, bei dem es sich rechtfertigt, ihn dem Verkäufer zur Last zu legen, selbst wenn diesen keinerlei Verschulden trifft. Nun muss der Verkäufer aber wissen, was er verkauft.

Liefert er eine Sache, die ihm nicht gehört oder die mit Währschaftsmängeln behaftet ist, so erscheint es als billig, daß er auch ohne ein Verschulden seinerseits dem Käufer für die gemachten Aufwendungen und den durch den Vertrag erlittenen positiven Schaden einzustehen hat. Dagegen kann der Käufer nichts weiteres verlangen als die Wiederherstellung des Zustandes, in dem er sich befände, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Es ginge zu ihm einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes zu gewähren und ihm so die Realisierung eines Gewinnes zu ermöglichen auf Kosten eines Vertragsgegners, der ohne die Ausnahmebestimmungen von OR 195 und 208 sich durch den Nachweis fehlenden Verschuldens von jeder Haftung befreien könnte. Das führt zum Schlusse, dass der Käufer auf Grund von OR 195 I und 208 II lediglich Ersatz seines positiven Schadens (*damnum emergens*) beanspruchen kann. Entgangenen Gewinn dagegen kann er nur gestützt auf OR 195 II und 208 III geltend machen, d. h. wenn der Verkäufer nicht zu beweisen vermag, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. Das ist denn auch die in der Doktrin vorherrschende Meinung [...]

(5.) Die Berufung behauptet zu Unrecht, dass die VJ OR 200 II verletzt habe mit der Abweisung des Begehrens auf Zusprache einer Prozessentschädigung von 3000 Fr.

Wohl schreibt die genannte Bestimmung vor, dass der Verkäufer bei Rückgängigmachung des Vertrages dem Käufer gleich wie bei vollständiger Entwehrung (OR 195) seine Prozesskosten zu ersetzen habe. Aber im einen wie im andern Falle handelt es sich um die Kosten früherer Prozesse, die der Käufer gegen Dritte zu führen gezwungen war, wie z.B. im Falle der Entwehrung gegen den Drittansprecher oder im Falle von zur Wandelung führenden Gewährsmängeln* gegen den Dritten, an den er die Ware weiterverkauft hatte.

Dagegen bezieht sich OR 208 II, gleich wie OR 195 13 nicht auf die Kosten des Prozesses zwischen Verkäufer und Käufer selbst. Diese Frage entscheidet sich, wie bei jedem andern Rechtsstreit, nach den Vorschriften des kant. Prozessrechts.

BGE 107 II 161 («Gewährsvoraussetzungen»)

Regeste:

Grundstückkauf, Wegbedingung der Gewährleistung.

1. Anwendung einer Klausel, mit der die Gewährspflicht für Sachmängel aufgehoben wird, auf aussergewöhnliche Mängel (E. 6).
2. Natur der Schadenersatzklage aus Sachmängeln (E. 7a).
3. Verhältnis von Art. 100 Abs. 1 OR zu Art. 199 OR (E. 7b/c).
4. Eine Haftungsbeschränkungsabrede ist auch bei der Haftung aus Art. 41 ff. OR, bei der Werkhaftung sowie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag zu beachten (E. 8).

Sachverhalt

A.- Die Kilintra AG kaufte mit Vertrag vom 23. Januar 1976 von den Erben S. zwei Parzellen mit insgesamt 10'607 m² Bauland zum Pauschalpreis von Fr. 3 Mio. Zugleich übernahm die Käuferin die Vorleistungen der Verkäufer für die bereits bewilligte Arealüberbauung. Ziffer 5 der weiteren Vertragsbestimmungen lautete wie folgt:

"Die Gewährspflicht der Verkäufer für Sachmängel an den Kaufobjekten wird aufgehoben. Die Parteien sind über die Bedeutung dieser Bestimmung orientiert."

Die Eigentumsübertragung erfolgte am 16. September 1976. Bei den Aushubarbeiten wurde am 18. März 1977 im Aushubmaterial Heizöl entdeckt. Es ergab sich, dass während Jahren Tausende von Litern aus einer defekten Verbindungsleitung zu früher betriebenen Gewächshäusern ausgeflossen sein mussten. Auf Grund der Gewässerschutzbestimmungen ordneten die kantonalen Instanzen vorerst die Abfuhr des Aushubmaterials in eine staatliche Ölerde-Deponie und später die Erstellung eines speziellen Entwässerungssystems an.

B.- Die Käuferin klagte im Juni 1978 gegen die Verkäufer auf Zahlung von Schadenersatz im Betrage von Fr. 164'263.55 nebst Zins, unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Im Verlauf des Verfahrens erhöhte sie den Klagebetrag bis auf Fr. 369'238.70.

Das Bezirksgericht Meilen wies die Klage ab, weil die Gewährleistung vertraglich wegbedungen sei und für eine ausservertragliche Haftung gemäss Art. 58 OR kein Raum bleibe. Zudem habe die Klägerin die Sache durch Unterlassung rechtzeitiger Prüfung genehmigt.

Auf Appellation der Klägerin hob das Obergericht des Kantons Zürich diesen Entscheid mit einem Vorurteil von 15. April 1980 auf. Es stellte fest, dass die Beklagten für den Minderwert der Kaufsache und für den der Klägerin durch die Rettungsmassnahmen gegen Gewässerverschmutzung erwachsenen weiteren Schaden haften. Zur Durchführung des Beweisverfahrens über das Quantitativ und zur neuen Entscheidung wurde die Sache an das Bezirksgericht zurückgewiesen.

Eine von den Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde war teilweise erfolgreich, indem das Kassationsgericht am 28. November 1980 die Feststellung des Obergerichts aufhob, gemäss der die Beklagten für den Minderwert der Kaufsache hafteten. Im übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie einzutreten war.

C.- Gegen das Vorurteil des Obergerichts haben die Beklagten zudem Berufung eingelegt mit dem Antrag, es aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägung 7

Gegenstand der Klage ist gemäss Präzisierung des Kassationsgerichts ausschliesslich die Forderung auf Ersatz der Sanierungskosten. Das Obergericht geht zutreffend und unwidersprochen davon aus, dass eine derartige Schadenersatzklage wegen Mängeln einer Kaufsache zulässig ist, obschon sie nur in Art. 208 OR bei der Wandelung ausdrücklich erwähnt ist.

a) Das Bundesgericht betrachtet die Schadenersatzklage aus Sachmängeln als Anwendungsfall von Art. 97 Abs. 1 OR und gesteht daher dem Verkäufer wie in Art. 208 Abs. 3 OR den Exkulpationsbeweis zu [...]. Demgegenüber befürworten die herrschende Lehre und die Klägerin eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR und damit eine dem übrigen Gewährleistungsrecht entsprechende Kausalhaftung des Verkäufers, soweit es um unmittelbaren Schaden geht [...]. Es besteht indes kein Anlass, die Rechtsprechung grundsätzlich zu überdenken. Das Bundesgericht unterwirft nämlich die Schadenersatzklage aus Sachmängeln gleichwohl weitgehend den besonderen kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln, namentlich in bezug auf Prüfung der Sache, Mängelrüge und Verjährung [...]. Im gleichen Sinn rechtfertigt es sich, aus der Wegbedingung der Sachgewährleistung auch auf die Wegbedingung von Schadenersatzansprüchen aus Sachmängeln zu schliessen [...].

b) Weil das Obergericht die Anwendung der Vertragsklausel auf den eingetretenen Ölschaden überhaupt ablehnt, prüft es diese nicht unter dem Gesichtspunkt von Art. 100 Abs. 1 OR, gemäss dem die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nicht im voraus wegbedungen werden kann. Es behält aber grundsätzlich diese Bestimmung vor und nimmt in anderem Zusammenhang grobe Fahrlässigkeit an.

In der neueren Lehre wird die Auffassung vertreten, Art. 100 Abs. 1 OR gelte für Freizeichnungsklauseln bei Kauf neben Art. 199 OR [...]. Eine gegenteilige herrschende Lehre tritt für einen Ausschluss des Art. 100 OR durch die Spezialnorm von Art. 199 OR ein [...]. Ebenso hat das Bundesgericht bisher jeweils nur Art. 199 OR angewandt, freilich ohne Art. 100 Abs. 1 OR ausdrücklich auszuschliessen [...]. Daran ist jedenfalls unter den gegebenen Umständen festzuhalten. Es handelt sich hier nicht darum, dass der Verkäufer nach Wegbedingung der Gewährleistung absichtlich oder grobfahrlässig den Mangel herbeiführt und dadurch den Kauf-

vertrag verletzt. Vielmehr geht es um einen Mangel, den die Beklagten lange vor dem Vertragsschluss durch ungenügenden Unterhalt der Liegenschaft verschuldet haben sollen. Eine Verletzung des Kaufvertrages mit der Klägerin lag darin noch nicht. Kaufrechtlich von Belang war nur, ob die Beklagten der Klägerin diesen Mangel arglistig verschwiegen hatten, was nicht zutrifft. Selbst wenn sie, wie die Vorinstanz andeutet, bei gebotener Aufmerksamkeit hätten Verdacht schöpfen und diesen dann bei den Vertragsverhandlungen hätten offenbaren müssen, ist das nach Art. 199 OR unerheblich.

c) Auf diese Fragen kommt nichts an, wenn im Gegensatz zum angefochtenen Urteil eine grobe Fahrlässigkeit verneint wird. Diese soll nach Meinung des Obergerichts darin liegen, dass die Beklagten die Ölleitung von 1966 bis 1973 unter dem Druck des Heizöls im Haupttank beliessen, obschon die Gewächshäuser nicht mehr in Betrieb waren. Die Beklagten hätten pflichtwidrig weder die Zuleitung abgestellt noch die Leitung überwacht. Die dem Vorwurf zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen sind erfolglos beim Kassationsgericht angefochten worden und können auf Berufung hin nicht überprüft werden. Rechtsfrage ist dagegen, ob sich daraus eine grobe Fahrlässigkeit ergibt. Eine solche ist zu bejahen, wenn elementare Vorsichtspflichten missachtet wurden, die sich unter den gegebenen Umständen jedem vernünftigen Menschen aufdrängen mussten [...]. Der Betrieb der Gewächshäuser wurde 1966 eingestellt. Ob das als Dauerlösung oder als Provisorium gedacht war, ist nicht bekannt, zumal die Gewächshäuser noch während Jahren stehen blieben. Es wäre gleichwohl richtig und vorsichtig gewesen, die Verbindungsleitung zu entleeren. Wurde diese Leitung vergessen, so unterblieb natürlich auch ihre Kontrolle. Ungeklärt sind die personellen Gründe der Unterlassung, etwa der Hinweis der Beklagten darauf, dass der 1966 verstorbene Erblasser die Heizungsanlage gewartet hatte. Obwohl im Rahmen von Art. 100 Abs. 1 OR die Klägerin für das Verschulden der Beklagten beweispflichtig sein dürfte, konnte die Vorinstanz angesichts der Sorgfalt, die im Umgang mit Ölheizungsanlagen angebracht ist, durchaus eine Fahrlässigkeit seitens der Beklagten annehmen. Diese ist indes nicht als grob im Sinne der Umschreibung der Rechtsprechung zu bezeichnen.

Damit entfällt Art. 100 Abs. 1 OR von vornherein und unbekümmert darum, ob die Bestimmung neben Art. 199 OR überhaupt anwendbar ist.

BGer 4C.300/2006 («Konkurrenz Irrtum und Mangel»)

Regeste:

[...]

Sachverhalt

A.

Am 13. August 1999 kaufte die A._____ AG (Käuferin) bei der B.X._____ AG (Verkäuferin) als "Z._____ -Glas" bezeichnetes Brandschutzglas. Die Verkäuferin bestellte das Glas bei der C._____ AG in Bern, welche es im Jahr 1999 direkt der Käuferin lieferte, die es in die Fassade der Bank D._____ einbaute. Im Dezember 2001 meldete diese Bank der Käuferin, dass auf dem Glas in Abständen von ca. 2 cm Flecken entstanden seien. Nachdem feststand, dass diese auf Fehler bei der Produktion des Glases in der Floatglashütte in F._____ (F) zurückzuführen waren, lieferte die Verkäuferin der Käuferin neues Z._____ -Glas. Die Käuferin baute dieses an Stelle des alten Glases in die Fassade der Bank D._____ ein und verlangte von der Verkäuferin mit Rechnung vom 25. März 2002 den Ersatz der Umglassungskosten von Fr. 15'480.-- (ohne Mehrwertsteuer).

Die C._____ Holding AG hatte mit der E._____ Versicherungsgesellschaft, Bern, eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen, welche auch die Haftung der C._____ AG, Bern, einschloss. Das versicherte Risiko wurde mit "Verarbeitung, Vertrieb und Montage von Glas aller Art" umschrieben. Gemäss Art. 7 lit. d der Allgemeinen Versicherungsbedingungen waren vertraglich übernommene - über die gesetzliche Haftung hinausgehende - Ansprüche nicht versichert.

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 19. Juni 2003 übertrug die C._____ AG den Geschäftsbereich Brandschutz und alle Rechte und Forderungen aus bestehenden Rechtsverhältnissen betreffend diesen Bereich auf die B.Y._____ AG mit Sitz in Bern. Diese übernahm mit Fusionsvertrag vom 19. Juni 2003 zudem die Verkäuferin.

B.

Am 31. Januar 2005 klagte die B.Y._____ AG beim Gerichtspräsidenten 7 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen gegen die E._____ Versicherungsgesellschaft auf Zahlung von Fr. 15'480.-- nebst Zins zu 5 % seit Klageeinreichung. Zur Begründung der Klage führte die Klägerin insbesondere an, die C._____ AG sei bezüglich ihrer Haftung für Umglassungskosten der Käuferin bei der Beklagten versichert gewesen, weshalb diese dafür aufzukommen habe. Die Forderung der C._____ AG gegenüber der Beklagten sei mit Vertrag vom 19. Juni 2003 auf die Klägerin übergegangen.

Mit Urteil vom 4. November 2005 wies der Gerichtspräsident 7 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen die Klage ab. Dagegen appellierte die Klägerin an das Obergericht des Kantons Bern (Appellationshof, 2. Zivilkammer), welches die Appellation mit Urteil vom 13. Juni 2006 abwies. C.

Die Klägerin erhebt eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. Juni 2006 sei aufzuheben und die Klage gutzuheissen.

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägung 5.1 und 5.3

Das Obergericht nahm an, eine fristgerechte Irrtumsanfechtung durch die Käuferin sei weder behauptet noch bewiesen. Zudem habe die erste Instanz in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Gattungskauf die Irrtumsanfechtung nur erfolgversprechend sei, wenn die gesamte Gattung mangelhaft sei, sich also der Irrtum auf die Eigenschaft der ganzen Gattung beziehe. Davon könne hier keine Rede sein, weshalb nicht ein Irrtum bei Vertragsschluss, sondern nur eine mangelhafte Leistung vorliege.

Wird eine bloss der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so muss der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte. Demnach kann beim Gattungskauf die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden [...]. Das Obergericht hat daher zutreffend angenommen, die mangelhafte Lieferung habe keinen Grundlagenirrtum begründen können.

BGE 126 III 59 = Pra. 89 Nr. 117, 692 («Freizeichnung schliesst Irrtum aus»)

Regeste:

Fahrnisverkauf und teilweise Wegbedingung der Gewährleistung für die Zeit bevor das Verkaufsobjekt in den Besitz der Verkäuferin gelangt war (Art. 199 ff. OR). Tatsächlich war die infrage stehende Vase des bekannten Glasbläsers Gallé unbekannterweise früher nach Entdeckung eines Sprungs am Vasenhals um 2,6 cm verkürzt worden. Diese Veränderung erfolgte sehr sorgfältig und war auch für einen Experten schwer festzustellen. Der Verkäufer wusste dies nicht und handelte in gutem Glauben. Die teilweise Wegbedingung der Gewährleistung ist gültig, denn sie war offensichtlich gerade für eine solche Möglichkeit vorgesehen (E. 3 und 4). Direkte und indirekte Vertretung (Art. 32 ff. OR). Spezialfall der direkten Vertretung, wenn der Verkäufer dem Käufer offenbart, er handle im Auftrag eines ihm bekannten Dritten, ohne aber diesen Dritten dem Käufer bekannt zu geben. Der Verkäufer kassierte zwar den von ihm vertretenen vorgeschriebenen Kaufpreis und übergab den Verkaufsgegenstand, jedoch mischte er sich ansonsten in keiner Weise in das Verkaufsgeschäft ein und er führte auch keinerlei Verkaufsverhandlungen. Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht grundsätzlich an den von der Vorinstanz festgestellten Tatbestand gebunden, nicht aber an die davon abgeleiteten rechtlichen Überlegungen (E. 2 a).

Sachverhalt

A. a) Frau B. betreibt eine Kunst- und Antiquitätengalerie mit Spezialisierung auf neue Kunstgegenstände und Deco Kunst. Sie wird insbesondere als Kennerin der Werke des berühmten Glasbläsers Emile Gallé angesehen.

Anfang November 1990 kontaktierte ein Kunsthändler Frau B. und informierte sie, dass die Galerie Z. im Besitz einer Vase von Gallé sei und den Auftrag habe, diese mit einer Kommission von Fr. 10 000.– zu verkaufen. Es handelt sich um ein Stück in schwarz und blau mit Mühlstein geformt und durchsichtig; die Vase in Höhe von etwa 42 cm stamme aus der Serie der vom Künstler im Jahr 1903 geschaffenen sogenannten «vases de tristesse». Wenige Tage vor ihrem Tod am 7. Mai 1990 habe Frau S. diese Vase ihrer Schwester Frau D. ausgehändigt in der Meinung, die Vase solle verkauft werden und der Verkaufserlös solle für die Erziehungs-kosten ihrer damals noch minderjährigen Söhne Y. und C. S. Verwendung finden.

Mitte November 1990 begab sich Frau B. mit zwei ihrer Mitarbeiter in die Galerie Z. und untersuchte sehr genau die infrage stehende Vase mit Hilfe einer Quarzlampe. Ein Verantwortlicher der Galerie Z. informierte Frau B., dass keinerlei schriftliche Unterlagen betreffend die Herkunft oder Echtheit der Vase ausgehändigt worden seien, und er machte nachdrücklich den Vorschlag, die Vase einem Experten zu unterbreiten; Frau B. hat diesen Vorschlag abgelehnt, da sie sich selbst in Bezug auf die Vasen Gallés als Expertin betrachtete.

Am 29. November 1990 beauftragte Frau D. die Galerie Z. schriftlich, die Vase zum Preis von Fr. 400 000.– zu verkaufen und erklärte, dass es sich um eine garantiert echte Vase handle, welche während ihres Besitzes weder beschädigt noch repariert worden sei. Gleichentags übergab Frau D. noch eine schriftliche Bescheinigung mit namentlich folgender schriftlicher Erklärung [ins Deutsche übersetzt]: «Ich garantiere, dass diese Vase authentisch ist und sich in perfektem Zustand befindet, sie wurde nicht gestohlen oder in Pfand gegeben und ausser mir hat niemand Rechte auf diese Vase.»

Am 4. Dezember 1990 besuchte Frau B. neuerdings die Galerie Z. und untersuchte die Vase noch einmal sorgfältig mit Hilfe einer Quarzlampe. Anschliessend diskutierte sie die Modalitäten des abzuschliessenden Kaufvertrags, namentlich den Wortlaut der Gewährleistung für Mängel mit einem Verantwortlichen der Galerie, bevor sie den von einem Mitarbeiter der Galerie unter dem Datum vom 4. Dezember 1990 maschinengeschriebenen Vertrag unterzeichnete. Gemäss diesem Vertrag verkauft die Galerie Z. eine «vase de tristesse» von Gallé im Auftrag und auf Rechnung eines der Galerie Z. bekannten Klienten. Der Vertrag stellte fest, die Vase befände sich in einem Zustand ohne Mängel und der Verkauf erfolgte «vendu ferme tel qu'examiné»; der Verkäufer bestätigte ausserdem, dass die Vase während seines Besitzes weder beschädigt noch repariert worden sei, aber jegliche Gewährleistung für die Zeit vor seinem Besitz ausgeschlossen werde [«toute garantie antérieure étant exclue»]. Der Preis von Fr. 400 000.– war in zwei Raten zu begleichen.

Frau B. hat beide Raten bezahlt und am 4. Februar 1991 übergab Frau D. der Galerie Z. eine Quittung für die Auszahlung von Fr. 315 000.– als zweite |Rate (nach Abzug der Kommission von Fr. 10 000.– für die Galerie Z.). Gemäss dem Wunsch ihrer verstorbenen Schwester hat Frau D. den Kauferlös für die Erziehungskosten ihrer beiden Neffen verwendet.

b) Gleich nach der Besitznahme der Vase am 31. Januar 1991 hat sich Frau B. um den Verkauf der Vase bemüht, fand aber keinen Käufer; ein Interessent stellte aufgrund einer Fotografie fest, dass die Vase am oberen Rand geändert worden war. Mit Brief vom 5. Juli 1991 avisierte Frau B. die Galerie Z., dass die Vase wahrscheinlich einen wichtigen versteckten Mangel aufweise, und dass sie deshalb eine Expertise einholen wolle, um diesen Mangel im Detail beschreiben zu können.

Am 20. August 1991 berichtete A., Autor eines Nachschlagewerkes über die Werke von Gallé, der Käuferin Frau B., dass er zum Schluss gelangt sei, die Vase stamme ursprünglich von Galle und sollte 1984 in den Versteigerungen von Christie's zum Verkauf gelangen, sei aber zurückgezogen worden, nachdem ein Dritter auf einen Sprung von etwa 1,5 cm in der Höhe des Flaschenhalses hingewiesen habe; daraufhin wurde die Vase um 2,6 cm verkürzt, um den Sprung zu eliminieren, was den Gesamteindruck durch Veränderung der Darstellungen und der Farben verändert hat. Nach Meinung des Experten A. wird der Wert der Vase durch diese Änderungen wesentlich beeinflusst, denn das ursprüngliche Konzept des Künstlers wird nicht

mehr respektiert. Die durchgeführte Verkürzung beeinträchtigt die Harmonie des Werkes in Bezug auf das Gleichgewicht der Formen. Nach Meinung des Experten A. wäre der Wert der ursprünglichen Vase selbst mit dem Sprung höher gewesen.

Mit Schreiben vom 4. September 1991 an die Galerie Z. hat Frau B. den Kaufvertrag vom 4. Dezember 1990 aufgrund von Art. 2 ZGB, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 199 OR wegen Arglist und wesentlichem Irrtum und allenfalls auch wegen Mängeln des Verkaufsgegenstandes für nichtig erklärt; die Galerie Z. wurde in Verzug gesetzt, der Frau B. Fr. 400 000.– gegen Rückgabe der Vase zurückzuzahlen.

Mit Brief vom 30. Januar 1992 bestätigte Frau B. der Frau D. ihre Nichtigerklärung des Kaufvertrages vom 4. Dezember 1990 wegen eines wesentlichen Irrtums.

B. Frau B. hat gegen Frau D. Betreibungen eingeleitet und am 3. Dezember 1993 gegen sie Klage auf Bezahlung von Fr. 400 000.– plus 5% Zins ab 1. Dezember 1990 gegen Rückgabe der Vase erhoben.

Die Beklagte widersprach der Klage und machte Verjährung geltend.

Im Laufe des Verfahrens wurde eine Expertise angeordnet. Daraus ergibt sich, dass die streitige Vase ohne Mängel wohl einen Wert von Fr. 400 000.– haben könnte. Aber im Hinblick auf den jetzigen Zustand der Vase könne man nur von Resten einer Gallé-Vase sprechen, ohne Wert auf dem Kunstmarkt. Falls sich jedoch ein Interessent finde, wäre der Preis etwa Fr. 20 000.– Ohne auf die bestehende sehr spezielle Dokumentation abzustellen, wäre es äusserst schwierig, abzuklären, ob eine Vase von Gallé abgeändert wurde oder nicht; dies gälte insbesondere für die komplexeren Werke des Künstlers, zu denen auch die streitige Vase gehört; bei diesen komplexeren Werken gibt es selbst für einen versierten Kenner in Bezug auf das-selbe Modell oft wichtige und unerwartete Varianten. Nach Meinung des Experten konnte die für die Entdeckung eventueller Sprünge nützliche Untersuchung mit der Quarzlampe jedenfalls nicht die Änderung der Vasenform aufdecken, zumal die Restaurationsarbeiten besonders sorgfältig durchgeführt worden sind und sich keinerlei Hinweise auf die ursprüngliche Erscheinungsform feststellen liessen.

Mit Urteil vom 27. Mai 1998 hat die Zivilabteilung des waadtländischen Kantonsgerichts die Klage abgewiesen. Die kantonale Instanz hat zuerst die Rechtslage unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistungsansprüche aufgrund der Mängelrüge geprüft. Das Gericht bejahte die Verjährung und kam zum Schluss, dass sich Frau B. im Falle einer gültigen Unterbrechung der Verjährung die Beschreibung der Gewährleistung im Vertrag vom 4. Dezember 1990 entgegenhalten lassen müsste, denn die Beklagte hatte im guten Glauben keine Kenntnis des bestehenden Mangels und man kann ihr keinerlei Arglist vorwerfen. Nachdem das Kantonsgericht festgestellt hatte, dass die Klägerin nicht mehr Arglist der Gegenpartei geltend machte, kam es zum Schluss, die Käuferin sei im Moment des Kaufabschlusses einem wesentlichen Irrtum zum Opfer gefallen; denn in Hinblick auf den Wert des Werkes und den Ruhm des

Künstlers war das Fehlen irgendwelcher Veränderungen seit Erschaffung der Vase subjektiv und objektiv die Grundlage des Kaufvertrages. Trotzdem konnte die Klägerin sich nicht auf den Grundlagenirrtum berufen, denn durch die im Vertrag aufgenommene Wegbedingung der Gewährleistung übernahm sie das Risiko einer eventuellen Beschädigung oder Reparatur in der Zeit bevor die Vase in den Besitz der Beklagten gelangte.

C. Frau B. erklärt gegen dieses Urteil des Kantonsgerichts Berufung ans Bundesgericht, und sie wiederholt die vor der kantonalen Instanz vorgebrachten Anträge.

Das Bundesgericht weist die Berufung ab und bestätigt das angefochtene Urteil.

Die Beklage beantragt Abweisung der Berufung.

Erwägung 3

Der Ausgang des vorliegenden Falles hängt davon ab, welche Tragweite der Wegbedingung der Gewährleistung im Kaufvertrag vom 4. Dezember 1990 zukommt. Dort heisst es: «toute garantie antérieure étant exclue» [d. h. alle Gewährleistung für die Zeit vor dem Besitz der Beklagten oder der Galerie Z. ist ausgeschlossen].

Der vertragliche Ausschluss der Gewährleistung für bestimmte Mängel des Verkaufsgegenstandes – vorausgesetzt er ist gemäss Art. 199 OR zulässig – hindert den Käufer an der Geltendmachung gewisser Gewährleistungsrechte gemäss der normalen gesetzlichen Regelung (Art. 197 ff. OR). Gemäss der lange etablierten Rechtsprechung [...] und Doktrin [...] übernimmt ein Käufer, welcher einen Kaufvertrag mit einer solchen Klausel abschliesst, das Risiko, dass der Kaufsache gewisse Eigenschaften fehlen; dafür hat er keine Garantie erhalten, und nach der Regel von Treu und Glauben kann er diese Eigenschaften nicht mehr als ein notwendiges Element des Kaufvertrages betrachten und einen Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend machen. Auf diese Rechtsprechung ist nicht zurückzukommen, sonst würden sämtliche Wegbedingungen von Gewährleistungsansprüchen praktisch wertlos und der Käufer könnte solchen| Wegbedingungen immer ausweichen [...].

In Bezug auf die Wegbedingung der Gewährleistung im vorliegenden Fall ergibt sich, dass die Berufungsklägerin weder die spezifischen Rechte gemäss Art. 205 bis 209 OR geltend machen kann, noch eine Nichtigerklärung des Kaufvertrags wegen eines wesentlichen Irrtums.

Ungeachtet der Meinung der Berufungsklägerin kommt ein Irrtum in der Sache (error in corpore; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR) im vorliegenden Fall nicht in Betracht, denn die von ihr gekaufte Vase war gemäss den Spezifikationen im Kaufvertrag ein authentisches Werk von Gallé aus der Serie «vases de tristesse». Nur ein Irrtum in Bezug auf die Identität des Kaufgegenstands kann als Irrtum in der Sache gelten (z. B. Lieferung eines aliud an den Käufer), aber keinesfalls gewisse Qualitätsunterschiede oder Eigenschaften eines individualisierten Gegenstandes [...].

BGE 100 II 24 («Stärkeres Drittrecht»)

Regeste:

Teilweise Entwehrung.

1. Art. 192 Abs. 1 OR. Gewährleistungspflicht des Verkäufers, der sich als Alleineigentümer einer Parzelle ausgibt.
2. Art. 193 Abs. 1 und 2 OR. Ein gerichtlicher Vergleich, den der Käufer mit dem Dritten abschliesst, ist kein Prozessergebnis im Sinne dieser Bestimmungen.
3. Art. 194 Abs. 1 OR. Pflichten des Käufers, der das Recht des Dritten während eines hängigen Prozesses anerkennt.

Sachverhalt

Holzer verkaufte am 22. März 1965 die Grundstücke Fol. 17 Nr. 74 und 75 in Zenhäusern an Margaretha Fux. Das erste Grundstück bestand aus einem Anteil Haus, das zweite aus insgesamt 211 m² Platz und Garten, für deren Mass der Verkäufer die Gewährleistung übernahm. Moritz Clausen war Miteigentümer des Hauses Nr. 74. Er beanspruchte einen Teil der Parzelle Nr. 75 für sich und klagte im Juni 1966 auf Feststellung seines Anspruches und Eintragung im Grundbuch. Margaretha Fux widersetzte sich der Klage und liess dem Holzer im September 1966 den Streit verkünden. Holzer beteiligte sich nicht am Verfahren. Dieses endete am 20. Juni 1969 mit einem gerichtlichen Vergleich.

"Das Gericht und die Parteien" stellten darin fest, dass die Erben Moritz Clausen Miteigentümer der Parzelle Nr. 75 sind (Ziff. 1 des Vergleiches). Auf Vorschlag des Gerichtes legten die Parteien die Miteigentumsanteile an dieser Parzelle im Verhältnis zu jenen am Hause Nr. 74 fest. Danach gehörten 3/6 der Parzelle Nr. 75 den Erben Moritz Clausen, 1/6 den Erben Josef Clausen und 2/6 der Margaretha Fux (Ziff. 2). Das Gericht stellte ferner fest, dass Margaretha Fux gestützt auf den Kaufvertrag vom 22. März 1965 für ein Mindermass von 4/6 der gekauften Parzelle Nr. 75 auf Holzer zurückgreifen kann (Ziff. 3). Gemäss Ziff. 4 des Vergleiches sodann verkaufte Margaretha Fux ihre Anteile an den Grundstücken Nr. 74 und 75 für Fr. 28 000.-- an einen Erben des Moritz Clausen; spätestens am 3. November 1969 sollte der Kaufpreis bezahlt und der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen werden. Der Entscheid über die Prozesskosten wurde dem Gericht überlassen, das den Prozess als durch Vergleich erledigt abschrieb (Ziff. 5 und 6).

B.- Am 1. September 1970 klagte Margaretha Fux gegen Holzer auf Zahlung von 10 160.30 nebst Zins. Sie berief sich auf den angeführten Vergleich und die Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

Der Beklagte liess weder das eine noch das andere gegen sich gelten.

Durch Urteil vom 23. März 1973 verpflichtete das Kantonsgericht Wallis den Beklagten, der Klägerin wegen Entwehrung von 141 m² Fr. 7050.-- sowie für Kosten aus dem ersten Prozess Fr. 2568.90 zu bezahlen, beides nebst 5% Zins seit verschiedenen Verfalldaten.

Das Kantonsgericht nahm an, der Beklagte habe die 211 m² umfassende Parzelle Nr. 75 als Alleineigentum verkauft, folglich für die teilweise Entwehrung nach Art. 192 ff. OR Gewähr zu leisten.

C.- Der Beklagte hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Er beantragt, es aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Erwägung 1a und b

a) Über die Rechtsverhältnisse zur Zeit des Verkaufes, um die es hier geht, ist der angeführten Vertragsbestimmung indes nichts zu entnehmen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Beklagte damals nach seinen eigenen Zusagen Alleineigentümer der Parzelle Nr. 75 zu sein glaubte und beim Verkauf als solcher auftrat. Das Kantonsgericht hält ihm denn auch entgegen, Margaretha Fux habe im ersten Prozess Ansprüche Dritter mit allem Nachdruck bestritten, weil der Beklagte ihr Alleineigentum zugesichert habe. Die Vorinstanz stellt ferner gestützt auf seine Zeugenaussage im ersten Verfahren fest, er habe die Parzelle als Alleineigentum betrachtet.

Diese Feststellungen über den Willen der Vertragsschliessenden sind für das Bundesgericht verbindlich, denn sie beruhen nicht auf Auslegung des Vertrages, sondern namentlich auf der Würdigung der Beweisergebnisse der beiden Verfahren. Was der Beklagte dagegen in der Berufung vorbringt, ist unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung und daher nicht zu hören [...].

b) Mit Recht kritisiert der Beklagte dagegen die Auffassung der Vorinstanz, er müsse den zwischen den Parteien des ersten Prozesses vereinbarten Vergleich gemäss Art. 193 Abs. 2 OR gegen sich gelten lassen. Das Kantonsgericht übersieht, dass Art. 194 Abs. 1 OR gerade für Fälle, in denen der Käufer es nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung kommen lässt, eine besondere Regel aufstellt. Diese ist auch anwendbar, wenn ein Prozess schon teilweise durchgeführt worden ist [...], die Parteien dann aber, sei es von sich aus, sei es auf Anregung oder unter Mitwirkung des Gerichtes, einen Vergleich abschliessen. Auch durch einen gerichtlichen Vergleich wollen die Parteien den Prozess beenden, verzichten also auf eine richterliche Entscheidung [...].

Das Kantonsgericht wendet freilich ein, durch die Beweiserhebungen und seine Mitwirkung bei den Vergleichsverhandlungen habe es den wesentlichen Inhalt eines zu fällenden Urteils praktisch schon im Vergleich bestimmt, weshalb diesem "der Charakter von Endgültigkeit und Unanfechtbarkeit" zukomme, der Vergleich also wie ein Urteil behandelt werden müsse. Einem

Urteil ist der gerichtliche Vergleich jedoch nur in der Vollstreckbarkeit gleichgestellt [...]. Dass ein Gericht zur Einigung der Parteien beiträgt und ihnen bei der Regelung materiellrechtlicher Beziehungen in einem Prozessvergleich behilflich ist, macht diesen nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung. Der grundlegende Unterschied, auf den in BGE 60 II 58 hingewiesen worden ist, bleibt vielmehr auch in solchen Fällen bestehen. Daran ändert auch nichts, dass hier nicht nur die Parteivertreter, sondern auch die Mitglieder des Gerichtes den Vergleich mitunterzeichnet haben; dieser lässt sich so oder anders nicht in ein Urteil umdeuten.

BGE 110 II 239 = Pra (1984) Nr. 241, 73 («Lizenz als Drittrecht»)

Regeste:

Kauf eines nichtigen Patentes. Auswirkung auf die Gültigkeit des Vertrages.

1. Die Nichtigkeit eines Patentes kann einredeweise geltend gemacht werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Berechtigung zur Einrede (E. 1c).
2. Die Erklärung der Nichtigkeit eines verkauften Patentes bleibt ohne Auswirkung auf die Gültigkeit des Kaufvertrages, führt aber zur Haftung des Verkäufers nach den Regeln über die Entwehrung (analoge Anwendung von Art. 192 OR).

Hat sich der Verkäufer zur Gewähr für den Bestand des Patentes verpflichtet, so haftet er gemäss den Bestimmungen über die Nichterfüllung des Vertrages (Art. 97 ff. OR) und Art. 195 und 196 OR (E. 1d).

Sachverhalt

Am 20. Oktober 1975 ersuchte die X SA um ein Schweizer Patent für einen Apparat zur Messung der Rillen von Kugellagern. Das Patent wurden am 31. Mai 1977 erteilt. Im Frühling 1976 wurde ein Prototyp des Apparats dem Y gezeigt, der sich anbot, an dessen Verbesserung zu arbeiten, was er in der Folge auch tat. Mit Vertrag vom 27. Oktober/15. November 1976 kaufte Y von der X SA den Prototyp, das Patent und die Fabrikations- und Vertriebsrechte für die ganze Welt. Im September 1979 setzte die X den Kaufpreis in Betreibung und erhielt Rechtsöffnung, worauf Y auf Aberkennung klagte. Nach einem im Prozess eingeholten Gutachten ist das verkaufte Patent wegen mangelnder Erfindungshöhe nichtig. Mit Urteil vom 27. Juni 1983 wies das Kantonsgericht der Waadt die Aberkennungsklage ab und verpflichtete Y zur Zahlung des Kaufpreises. Das Bundesgericht bestätigt.

Erwägung 1e

Die Auswirkungen der Patentnichtigkeit auf einen solchen Kaufvertrag sind streitig und durch Lehre und Rechtsprechung wenig klar umschrieben, weil keine der allenfalls anwendbaren Gesetzesvorschriften den Besonderheiten des Patentes völlig gerecht wird. Ohne wirklich Stellung zu nehmen, erwähnen manche Autoren die Möglichkeit, diesfalls die Bestimmungen über den Vertrag mit unmöglichem Inhalt (OR 20), über die Nichterfüllung (OR 97ff., 119), über die Gewähr bei der Forderungsabtretung (OR 171), über die Rechtsgewähr beim Kauf (OR 192) anzuwenden, und sie denken auch an die Anwendung der Vorschriften über die Willensmängel (OR 23 ff.; [...]). Die Anwendung der Vorschriften über die Mängelhaftung wird einhellig abgelehnt [...]. Andere Autoren befürworten die Anwendung der Bestimmungen über die Gewährspflicht bei der Entwehrung, OR 192 [...], wobei sie manchmal die Vorschriften über die Gewähr bei der Forderungsabtretung, OR 171, heranziehen [...].

Das Bundesgericht nimmt an, die Nichtigerklärung eines Patents habe nicht die Nichtigkeit des Kaufs dieses Patents zur Folge, es handle sich um einen Fall der Entwehrung, obwohl bei Nichtigerklärung z. B. wegen fehlender Neuheit oder Erfindungshöhe kein Dritter ein besseres Recht i.S. von OR 192 geltend macht [...]. Es hat freilich eingeräumt, dass im allgemeinen OR 192 auf den Kauf einer «ab ovo» nicht existierenden Sache keine Anwendung finden kann; eine Ausnahme muss aber nach OR 171 beim Forderungskauf gemacht werden, und nichts steht einer analogen Anwendung dieser Vorschrift auf den Patentkauf entgegen [...].

Obschon beim Patent ein eigentlicher Fall von Entwehrung nur dann vorliegt, wenn der Verkäufer nicht der wirkliche Inhaber des Patentes ist, tragen doch die Bestimmungen über die Gewährspflicht bei der Entwehrung den Besonderheiten des Patentes am besten Rechnung, und zwar auch dann, wenn dieses wegen mangelnder Neuheit oder Erfindungshöhe nichtig erklärt wird. Es sind diese Vorschriften, welche am besten ermöglichen, einerseits die ev. Schutzwirkung und den Nutzen eines Patentes bis zu seiner Nichtigerklärung und anderseits das dem Patentkauf inhärente Risiko zu berücksichtigen. Die bisherige Stellungnahme des Bundesgerichts ist daher zu bestätigen.

Aus der Anwendung von OR 192 ergeben sich unterschiedliche Konsequenzen, je nachdem ob der Verkäufer für den Bestand des Patentes, seine besonderen Eigenschaften und das mit ihm verbundene Exklusivrecht die Gewähr übernommen hat oder nicht. Im Fall der ausdrücklichen oder sich aus den Umständen ergebenden Gewähr haftet der Verkäufer nach den Regeln über die Nichterfüllung der Verträge (OR 97 ff.) und OR 195 und 196 [...]. Hat der Verkäufer weder ausdrücklich noch stillschweigend eine vertragliche Gewähr übernommen, und sind beide Teile gutgläubig, haftet der Verkäufer jedenfalls dafür, dass Dritte nicht ein besseres oder konkurrierendes Recht am gleichen Patent geltend machen können [...]. Dagegen gehören die übrigen Mängel, insb. die Nichtigkeit wegen mangelnder Neuheit oder Erfindungshöhe, zu den Risiken, die beide Parteien auf sich nehmen müssen und die in der Regel beim Abschluss eines Patentkaufvertrages in Betracht gezogen werden [...]. Mit ihnen muss der Käufer rechnen [...]. Die Vorstellungen der Parteien bei Vertragsabschluss umfassen im allgemeinen auch eine ev. Nichtigkeit und die Parteien tragen dannzumal den einem Patent inhärenten Risiken und Ungewissheiten bei der Festsetzung des Kaufpreises Rechnung. Mit dem Abschluss eines Kaufvertrages erklärt sich der Käufer damit einverstanden, das Patent auf eigene Gefahr zu übernehmen, und es ist billig, dass er alsdann auch das Risiko der Nichtigkeit trägt, wenn er sich nicht durch eine Klausel des Vertrages die Garantie des Verkäufers sichert [...]. Der Patentkäufer befindet sich daher in derselben Lage wie der Käufer, der bei Vertragsabschluss die Gefahr der Entwehrung kennt, und er ist gleich zu behandeln, d. h. es kommt ihm keine Gewähr des Verkäufers zugut, wenn sie nicht ausdrücklich zugesagt ist (OR 192 II). Vorbehalten bleiben die aus der «culpa in contrahendo» sich ergebenden Konsequenzen, wenn der Verkäufer dem Käufer Mängel des Patentes absichtlich verheimlicht hat [...].

Vorliegend hat die Verkäuferin keine Gewähr übernommen, und der Käufer übrigens auch keine verlangt. Es liegt auch nichts dafür vor, dass sie sich aus den Umständen ergeben würde, oder dass die Verkäuferin wissentlich Mängel des Patents verheimlicht hätte. Ganz im Gegenteil war Y, der die streitige Erfindung schon anwendete, bevor er sie kaufte, durch seine Mitarbeit an der Verbesserung und Vervollkommnung des Prototyps über die Merkmale der Erfindung ebenso gut unterrichtet wie die X SA. Durch den Kauf des Patents und der Nutzungsrechte hat X die damit verknüpften Risiken übernommen. Da zudem erst ein Patentgesuch vorlag, musste sich der Käufer bewusst sein, dass ihm hinsichtlich Bestand und Gültigkeit des Patents keine Zusicherung gegeben worden war. Er ist daher zu behandeln wie ein Käufer, der das Risiko der Nichtigkeit bei Vertragsabschluss kennt, und es ist festzustellen, dass die X SA gemäss OR 192 II von jeder Gewährspflicht befreit ist.

Die ev. Patentnichtigkeit ist daher ohne Einfluss auf die Gültigkeit des Kaufvertrags ... Die Vi hat zu Recht, wenn auch aus irrgen Erwägungen, die Einwendung der Patentnichtigkeit ungeprüft gelassen.

BGE 109 II 319 («Konkurrenzen Gewährleistung II»)

Regeste:

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 und 192 ff. OR. Kauf eines gestohlenen Personenwagens; Entwehrung, Grundlagenirrtum.

1. Der Käufer kann sich auch bei rechtlich mangelhafter Erfüllung entweder auf Gewährleistung oder auf einen Willensmangel berufen (E. 2).
2. Möglichkeit einer Entwehrung in einem internationalen Schuldverhältnis; anwendbares Recht (E. 3).
3. Der Irrtum darüber, dass ein gekaufter Wagen aus einem Diebstahl stammt, ist wesentlich (E. 4a); er kann vom Käufer selbst dann geltend gemacht werden, wenn der Verkäufer ebenfalls gutgläubig gewesen ist und der Bestohlene sich nicht meldet (E. 4b). Genehmigung des Vertrages durch Gebrauch des Wagens? (E. 4c)

Sachverhalt

A.- Der Elektro-Mechaniker Gabrieli verkaufte am 20. Juni 1978 dem Kaufmann Kaczynski einen Personenwagen BMW 633 CSI aus dem Jahre 1977, der bereits etwa 39'000 km gefahren und angeblich unfallfrei war. Der Käufer zahlte Fr. 15'000.-- und gab zudem einen Personenwagen Volvo aus dem gleichen Jahr, der rund 10'000 km aufwies, an Zahlung.

Der BMW war am 9. Februar 1978 aus Italien eingeführt und dem Garagisten Paro in Bellinzona verkauft worden. Innert zwei Wochen war der Wagen sodann nacheinander von den Autohändlern Zimmermann, Schumacher und Hess und schliesslich am 28. Februar von Gabrieli gekauft worden, wobei der Preis von Fr. 26'700.-- auf Fr. 33'000.-- gestiegen war. Im Rahmen einer Strafuntersuchung der Tessiner Staatsanwaltschaft wegen organisierten Diebstahls von Personenwagen, die in verschiedenen Städten Italiens gestohlen und hernach mit gefälschten Fahrgestellnummern und Papieren in die Schweiz eingeführt worden waren, stellte die Polizei fest, dass auch der BMW 633 CSI dazu gehörte und die italienische Versicherungsgesellschaft ANIA den Eigentümer des Wagens am 21. Dezember 1977 wegen Diebstahls teilweise entschädigt hatte.

Kaczynski erfuhr Ende Oktober 1978, dass der von ihm gekaufte BMW aus einem Diebstahl stammte. Mit Schreiben vom 10. November liess er Gabrieli wissen, dass er den Kaufvertrag wegen Willensmängel für ungültig halte, Fr. 31'500.-- als Kaufpreis zurückverlange und den Wagen zur Verfügung stelle. Gabrieli antwortete ihm am 1. Dezember 1978, dass er den Wagen gutgläubig erworben habe und daher selbst im Falle eines Diebstahls geschützt sei.

B.- Im Juni 1979 klagte Kaczynski gegen Gabrieli auf Zahlung von Fr. 31'500.-- nebst 5% Zins seit 20. November 1978 gegen Rückgabe des BMW, eventuell auf Zahlung von Fr. 25'000.--

nebst Zins und gegenseitige Rückgabe der Fahrzeuge. Der Beklagte verkündete dem Autohändler Hess den Streit. Das tat daraufhin auch jeder der drei Autohändler gegenüber seinem Vorgänger.

Durch Urteil vom 18. Dezember 1981 verpflichtete das Bezirksgericht Dielsdorf den Beklagten, dem Kläger gegen Herausgabe des BMW 633 CSI Fr. 30'475.-- nebst 5% Zins seit 20. Dezember 1978 zu bezahlen.

Auf Appellation des Beklagten wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage am 9. Juli 1982 dagegen ab.

Der Kläger beschwerte sich beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, das am 26. November 1982 das Urteil des Obergerichts aufhob und die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückwies.

Am 18. März 1983 entschied das Obergericht erneut im gleichen Sinn. Es fand, die nachträgliche Entdeckung des Klägers, ein gestohlenes Fahrzeug gekauft zu haben, lasse sich nicht als Grundlagenirrtum ausgeben, weil er den Wagen gutgläubig erworben habe und nicht entschädigungslos zurückgeben müsse.

C.- Der Kläger hat gegen das neue Urteil des Obergerichts Berufung eingelegt mit den Anträgen, es aufzuheben und sein Rechtsbegehrungen gutzuheissen.

Die Berufung wird vom Bundesgericht dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen wird.

Erwägung 2

2. Nach ständiger Rechtsprechung hat der Käufer bei sachlich mangelhafter Erfüllung durch den Verkäufer insbesondere die Wahl, ob er gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 ff. OR anfechten will [...]. Die Möglichkeit einer Wahl ist auch gerechtfertigt, wenn es um rechtlich mangelhafte Erfüllung gemäss Art. 192 ff. OR geht [...]. Sie drängt sich diesfalls sogar auf, da der Käufer die Entwehrung durch den rechtmässigen Eigentümer abwarten, folglich die damit verbundenen Nachteile während unbestimmter Zeit auf sich nehmen müsste, wenn er sich trotz eines Willensmangels nur auf rechtlich mangelhafte Erfüllung berufen könnte.

Davon gehen auch die Vorinstanzen aus. Sie halten die Voraussetzungen einer Gewährleistung nach Art. 192 OR vorliegend aber nicht für erfüllt, weil der bestohlene Eigentümer sein Recht bisher nicht geltend gemacht, die Gefahr der Entwehrung sich also nicht verwirklicht habe. Dazu komme, dass gemäss Art. 934 Abs. 2 ZGB eine gestohlene Sache einem Händler und jedem späteren gutgläubigen Erwerber nur gegen Vergütung des Preises abgefordert

werden dürfe. Fragen könne sich daher bloss, ob der Kläger sich über die Herkunft des Wagens sowie über das Verfügungsrecht und die Möglichkeit des Verkäufers, ihm Eigentum am gekauften Fahrzeug zu verschaffen, im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geirrt habe.

Das Bezirksgericht bejaht die Frage, das Obergericht verneint sie dagegen, weil der Kläger weder den Kaufpreis noch den technischen Zustand des Fahrzeugs beanstandet, den Wagen für sich erworben habe und ihn seinem Verwendungszweck entsprechend ohne Einschränkung habe benützen und sogar veräussern können, selbst wenn er erst nach Ablauf von fünf Jahren vorbehaltlos Eigentümer werde (Art. 934 Abs. 1 ZGB); damit sei für beide Parteien die von ihnen als wesentlich vorausgesetzte Vertragsgrundlage vorhanden gewesen. Dem Kläger unter diesen Umständen einen Grundlagenirrtum zubilligen, hiesse den Zweck der gesetzlichen Bestimmung erkennen und die Rechtssicherheit gefährden [...].

Der Beklagte ist ebenfalls der Auffassung, von einem objektiv wesentlichen Grundlagenirrtum könne keine Rede sein, zumal der Verkauf nun über fünf Jahre zurückliege und daher nicht mehr mit Ansprüchen aus Art. 934 Abs. 1 ZGB zu rechnen sei. Der Kläger hingegen beharrt darauf, dass er den Wagen bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nie gekauft hätte, ihn nach Aufdeckung des Irrtums aber nicht mehr habe verkaufen dürfen, ohne sich selber einer Täuschung schuldig zu machen; massgebend seien die gemeinsamen Vorstellungen der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses, nicht die seither sich vermindernde Gefahr einer Entwehrung.

D. Grundstückkauf

BGE 112 II 330 («Beurkundungspflicht»)

Regeste:

Art. 216 OR, Art. 2 ZGB. Grundstückkauf, Formmangel, Rechtsmissbrauch.

1. Die öffentliche Beurkundung eines Grundstückkaufes erfordert nach Bundesrecht, dass in der Urkunde auch das Vertretungsverhältnis richtig angegeben wird, wenn ein Dritter für eine Partei handelt (E. 1).
2. Berufung auf einen Formmangel, nachdem der Vertrag beidseitig freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden ist. Offengelassen, ob Formungültigkeit zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages führt und der Mangel stets von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (E. 2)
3. Umstände, unter denen die Berufung auf den Formmangel, insbesondere wegen dessen Art, sich als missbräuchlich erweist (E. 3).

Sachverhalt

A.- Am 21. Dezember 1981 beurkundete Notar X. einen Vertrag über 835 m² Bauland in der Gemeinde Riom-Parsonz, das die Genossenschaft M. zum Preise von Fr. 120'000.-- an Frau N. verkaufte. Für die Genossenschaft handelte ihr Vorstand, der laut Vertrag durch A. vertreten war. Dazu kam ein Dienstbarkeitsvertrag über ein Durchfahrtsrecht, für das die Käuferin Fr. 20'000.-- zu bezahlen hatte. Frau N. bezahlte die beiden Beträge und wurde als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Die "Feinerschliessung" des Baulandes sollte gemäss Vertrag zusammen mit anderen Grund-eigentümern bis spätestens im Herbst 1982 erfolgen. Da sie sich verzögerte und auch nach zwei Jahren noch nicht ausgeführt war, erklärte Frau N. am 19. Januar 1984 den Rücktritt vom Vertrag, dem sich die Genossenschaft widersetzte.

B.- Am 2. Juli 1984 klagte Frau N. beim Bezirksgericht Plessur gegen die Genossenschaft M. auf Feststellung, dass der Kaufvertrag wegen Rücktritts bzw. Nichteintritts einer Bedingung dahingefallen sei; sie verlangte ferner, dass die Beklagte ihr gegen Rückübertragung des Eigentums die bezahlten Fr. 140'000.-- nebst Zins Zug um Zug zurückzuerstatten habe.

Das Bezirksgericht hiess die Klage am 19. April 1985 gut, da die Klägerin zu Recht wegen Verzugs der Beklagten zurückgetreten sei. Die Beklagte appellierte an das Kantonsgericht von Graubünden, das die Klage am 11. November 1985 ebenfalls schützte, aber fand, dass der Kaufvertrag wegen Verstosses gegen Vorschriften über die öffentliche Beurkundung nichtig sei.

C.- Die Beklagte hat gegen das Urteil des Kantonsgerichts Berufung und wegen Verletzung von Art. 4 BV auch staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Mit der Berufung beantragt sie, das Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Das Bundesgericht heisst die Berufung dahin gut, dass es das angefochtene Urteil aufhebt und die Sache zur Prüfung der Frage, wie es sich mit dem Rücktritt der Klägerin nach Art. 107 f. OR verhält, an das Kantonsgericht zurückweist.

Erwägung 3a

Nach dem angefochtenen Urteil hat die Klägerin die Mängel der Beurkundung weder beim Abschluss noch bei der Erfüllung des Vertrages erkannt, sich darüber also geirrt. Die gegen teiligen Behauptungen der Beklagten sind als Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht zu hören [...]. Es steht ferner fest, dass die Klägerin am 19. Januar 1984 den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat, weil das Grundstück nicht, wie vereinbart, bis spätestens Herbst 1982 erschlossen worden ist. Mit der Klage sodann wollte sie vorweg festgestellt wissen, dass der Kaufvertrag infolge Rücktritts bzw. Nichteintritts einer Bedingung dahingefallen sei. Erst im kantonalen Rechtsmittelverfahren berief sie sich auch auf Nichtigkeit des Kaufs wegen fehlerhafter Beurkundung, obschon der Vertrag längst beidseitig erfüllt worden war. Eine missbräuchliche Rechtsausübung ist nach Auffassung des Kantonsgerichts gleichwohl zu verneinen, weil die Beurkundung nicht nur gegen Übereilung schütze und eine fachmännische Beratung garantiere, sondern auch Klarheit über das Rechtsgeschäft schaffe und damit der Beweissicherung und der Rechtssicherheit diene.

a) Es trifft zu, dass das Gesetz mit der öffentlichen Beurkundung solche Zwecke verfolgt, ins besondere die Parteien schützen und auch allgemeinen Interessen dienen will [...]. Schutz vor Übereilung und Beweissicherung fallen aber kaum mehr ins Gewicht, wenn wie hier eine öffentliche Beurkundung tatsächlich stattgefunden hat; dass diese einen genügenden Grundbuchausweis ergab, zeigt die erfolgte Eintragung; die Rechtssicherheit verlangt schliesslich eher, dass der Eintrag aufrechterhalten wird. Deshalb darf angenommen werden, dass der Schutz- und Sicherungszweck der Beurkundung mit der beidseitigen Erfüllung des Vertrages entfällt. Selbst wenn diese Folge nicht leichthin einer Heilung des Formmangels gleichzusetzen ist, darf ihre Bedeutung bei der Frage, ob in der Berufung auf den Mangel eine zweckwidrige Rechtsausübung zu erblicken ist, nicht verkannt werden.

Unter welchen Umständen diese Frage zu bejahen ist, kann der Rechtsprechung allerdings nicht mit Sicherheit entnommen werden, da sie sich dazu sehr unterschiedlich, ja widersprüchlich äussert. So wurde die Berufung auf den Formmangel wiederholt als zweckwidrig und missbräuchlich erklärt, weil eine Partei damit z.B. die Wertsteigerung des Grundstücks auf Kosten der Gegenpartei ausnützen oder sich vertraglichen Gewährleistungspflichten entziehen wollte [...]. Es ist aber auch entschieden worden, dass es nicht Sache der den Mangel anrufenden Partei sei, ein schutzwürdiges Interesse darzutun [...]; selbst spekulative Beweggründe machten ihr Vorgehen nicht missbräuchlich [...]; es sei auch zulässig, dass die Partei sich vom

Vertrag wegen Sachmängeln oder deshalb lossagen wolle, weil sie ihn sonst für unvorteilhaft halte [....].

BGE 140 III 200 = Pra 103 (2014) Nr. 102 («Konventionalstrafe»)

Regeste:

Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 163 Abs. 2 und Art. 216 Abs. 2 OR; Vorvertrag zu einem Grundstückkauf, Formmangel, Rechtsmissbrauch, culpa in contrahendo und Konventionalstrafe.

Wer sich aufgrund eines Formmangels eines nicht erfüllten Vorvertrags zu einem Grundstückkauf auf die Nichtigkeit dieses Vorvertrags beruft, handelt nicht rechtsmissbräuchlich (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 4).

Eine Konventionalstrafe, mit welcher das durch eine culpa in contrahendo entstehende negative Interesse entschädigt werden soll, kann in einem in einfacher Schriftform abgefassten Vorvertrag zu einem Grundstückkauf gültig vereinbart werden (E. 5).

Sachverhalt

Mit einer Vereinbarung vom 17. Juli 2009, die den Titel «Absichtserklärung» trug, verpflichtete sich die B. SA gegenüber A., auf ihrem Grundstück in der Gemeinde Mezzovica-Vira ein Stockwerkeigentum zu begründen und ihm zum Preis von Fr. 500 000.– Miteigentumsquoten für die Nutzung einer bestimmten Fläche in einer Gewerbeliegenschaft zu verkaufen, die gebaut werden sollte; A. verpflichtete sich zum Kauf. Die Parteien erklärten, es sei ihnen bekannt, dass gemäss Art. 216 OR auch für Vorverträge die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben sei; sie vereinbarten, den notariellen Kaufvertrag bis spätestens 30. September 2009 zu unterzeichnen, und setzten eine Konventionalstrafe von Fr. 100 000.– fest für den Fall, dass eine von ihnen ihren Verpflichtungen nicht nachkäme.

Die B. SA begründete das Stockwerkeigentum nicht und verkaufte das Grundstück an Dritte. A. verlangte daher die Zahlung der Konventionalstrafe, und auf die Weigerung der B. SA hin liess er ihr am 15. Juni 2010 einen Zahlungsbefehl über Fr. 100 000.– zustellen. Die Betriebene erhob Rechtsvorschlag.

Am 14. September 2010 leitete A. beim Bezirksgericht Lugano das Zivil-verfahren ein mit dem Begehr, die B. SA sei dazu zu verurteilen, ihm |Fr. 100 000.– zu zahlen, der Rechtsvorschlag sei aufzuheben und ihm sei definitive Rechtsöffnung zu gewähren. Die Beklagte bestritt die Forderung und machte unter anderem Nichtigkeit des Vertrages wegen Formmangels geltend. Das Bezirksgericht hiess mit Urteil vom 11. Januar 2012 die Klage vollumfänglich gut, stufte den Vertrag vom 17. Juli 2009 als Vorvertrag ein und urteilte, die Beklagte begehe einen Rechtsmissbrauch, wenn sie den Formmangel geltend mache.

Am 19. Juli 2013 stiess die zweite Zivilabteilung des Tessiner Appellationsgerichts, an das die Beklagte den Fall weitergezogen hatte, das Urteil des Bezirksgerichts um: Sie wies die Klage ab und erlegte dem Kläger die Gerichtskosten beider kantonalen Instanzen und eine Parteient-schädigung auf.

A. gelangt am 3. September 2013 mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er verlangt, dass der kantonale Entscheid aufzuheben sei, und in der Hauptsache, dass das Urteil des Bezirksgerichts zu bestätigen sei, dass die Beklagte dazu verurteilt werde, ihm Fr. 100 000.– zu zahlen, dass der Rechtsvorschlag gegen die Betreibung aufzuheben und definitive Rechtsöffnung zu gewähren sei, dies alles unter Entschädigungs- und Kostenfolge zu Lasten der Gegenpartei; eventualiter, dass die Akten an die kantonale Instanz zurückgegeben werden mit der Aufforderung, sie solle auch in Bezug auf die «Vertrauenshaftung» urteilen. Die Beklagte beantragt Abweisung der Beschwerde. Beide Parteien haben ihre Position in einer Replik bzw. Duplik präzisiert.

Die kantonale Behörde hat nicht Stellung genommen.

Das Bundesgericht hat mündlich über die Beschwerde beraten (Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG).

Erwägung 5.3

Das kantonale Appellationsgericht stellte zwar fest, es sei den Parteien bekannt gewesen, dass sie den Vorvertrag öffentlich beurkunden lassen mussten, es beschränkte sich im Übrigen jedoch auf den Hinweis, dass dieser eine Konventionalstrafe von Fr. 100 000.– vorsah, falls eine der Vertragsparteien den eingegangenen Verpflichtungen nicht nachkäme. Es ging nicht weiter auf den Inhalt der Klausel und die Gründe für ihre Einfügung in den Vertrag ein, sondern erklärte sie für richtig wie den ganzen Vertrag. Die letztgenannte Feststellung ist allerdings richtig, wenn die Parteien mit dieser Klausel die Hauptverpflichtung bekräftigen wollten, deren Abschluss die Form der öffentlichen Urkunde erfordert [...]. In einem solchen Fall würde die Konventionalstrafe nämlich ein widerrechtliches Versprechen bekräftigen (Art. 163 Abs. 2 OR). Hingegen ist sie gültig, wenn sie einzig den Zweck hat, das sogenannte negative Interesse abzugelten [...]. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass im Bereich von Konventionalstrafen oder Pauschalvergütungen zur Abgeltung des negativen Interesses das Bundesgericht schon häufig ihre Wirksamkeit in einem anderen Bereich bestätigt hat, in welchem sie scheinbar einer zwingenden Rechtsnorm widersprachen, die einer Partei das Recht einräumt, von einem Vertrag zurückzutreten: Nach konstanter Rechtsprechung werden sie ungeachtet des Wortlauts von Art. 404 Abs. 1 OR als gültig eingestuft, wenn sie vereinbart wurden, um den Schaden infolge des unzeitigen Widerrufs eines Auftrags auszugleichen [...]. Das schliesst jedoch nicht die Pflicht des Gerichts aus, eine übermäßig hohe Konventionalstrafe herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR).

BGE 112 II 107 («Simulation»)

Regeste:

Berufung; Zivilrechtsstreitigkeit (Art. 44 OG).

Berufung im Streit über die in einer Erschliessungsvereinbarung vorgesehene Übertragung von Grundeigentum an öffentlichen Wegparzellen (E. 1).

Eigentumsübertragung an öffentlichen Sachen.

- Die Vereinbarung betreffend Übertragung von Grundeigentum an öffentlichen Wegparzellen, welche der Erschliessung im Rahmen einer Baubewilligung dient, bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 ZGB) (E. 2).

- Rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel seitens der sich der Eigentumsübertragung widersetzen Einwohnergemeinde, nachdem die Erschliessungsvereinbarung zur Hauptsache erfüllt worden ist (Art. 2 Abs. 2 ZGB) (E. 3).

Sachverhalt

Am 5. Dezember 1973 erteilte der Gemeinderat Kaiseraugst dem Studienkonsortium Kernkraftwerk Kaiseraugst (heute Kernkraftwerk Kaiseraugst AG) die baupolizeiliche Bewilligung für die Erstellung eines Kernkraftwerks im Schützenhölzli. Die rund 100 Seiten umfassende Baubewilligung enthält ausführliche Bestimmungen über die Erschliessung des Baugeländes. Danach hatte die Gemeinde als Bauherrin neue Gemeindestrassen zu erstellen, die von der Bauherrschaft zu bezahlen waren. Diese hatte überdies die entsprechenden Landflächen unentgeltlich an die Einwohnergemeinde, die Ortsgemeinde bzw. den Kanton abzutreten. Die Einwohnergemeinde erklärte ihrerseits, die im Kraftwerkareal liegenden Anteile von zwei Wegparzellen unentgeltlich einzuwerfen.

Am 17. Januar 1975 genehmigte die Einwohnergemeindeversammlung Kaiseraugst die entsprechenden Strassenausbauprojekte und den erforderlichen Kredit von Fr. 3 Mio., der zulasten des Kernkraftwerks ging. In der Folge wurden die vier Strassen erstellt und von der Kernkraftwerk AG bezahlt. Der Verkehr benutzt schon seit Jahren die neuen Strassen, nicht mehr die ehemaligen Flurwege. Die Kernkraftwerk Kaiseraugst AG bemüht sich seither um den Vollzug der Landabtretungen gemäss Baubewilligung und unterzeichnete entsprechende Verträge. Der Gemeinderat Kaiseraugst behielt dagegen die Zustimmung der Einwohnergemeindeversammlung vor, die schliesslich am 27. Januar 1982 verweigert wurde.

B.- Am 27. Oktober 1982 erhob die Kernkraftwerk Kaiseraugst AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau gegen die Einwohnergemeinde Kaiseraugst Klage. Sie beantragte, es sei der Beschluss der Gemeindeversammlung vom 27. Januar 1982 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, das Eigentum an den beiden ehemaligen Wegparzellen an die Klägerin zu übertragen, wobei dem Gemeinderat Frist zur Unterzeichnung der Verträge anzusetzen sei.

In einem Zwischenentscheid vom 9. September 1983 erklärte das Verwaltungsgericht sich zuständig, die Klage zu beurteilen. Es hielt fest, die Erschliessungsvereinbarung bilde Teil der Baubewilligung und sei ein öffentlichrechtlicher Vertrag, dessen Beurteilung ihm als einzige Instanz zufalle.

Mit Urteil vom 3. Juli 1985 hiess das Verwaltungsgericht die Klage gut und verpflichtete die Einwohnergemeinde, das Eigentum an den Parzellen Nr. 573 (11,27 a) und Nr. 401 (ca. 12 a) an die Klägerin zu übertragen; der Gemeinderat wurde verpflichtet, die entsprechenden Verträge innert zwei Monaten zu unterschreiben. Auf das Begehr, es sei der Beschluss der Gemeindeversammlung vom 27. Januar 1982 aufzuheben, trat das Verwaltungsgericht nicht ein.

C.- Auf Berufung der Beklagten bestätigt das Bundesgericht das verwaltungsgerichtliche Urteil.

Erwägung 3

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts kann sich die Beklagte nicht auf diesen Formmangel berufen, weil das rechtsmissbräuchlich wäre. Es widerspreche offensichtlich Treu und Glauben und sei ein widersprüchliches Verhalten, wenn sie heute auf einem Formfehler beharre, nachdem sie die praktisch vollständige Erfüllung des Vertrags durch die Klägerin freiwillig und irrtumsfrei akzeptiert habe und die verlegten Gemeinestrassen bereits seit rund zehn Jahren von der Öffentlichkeit benutzt würden. Überdies komme dem primären Zweck der Formvorschrift, dem Schutz vor übereiltem Vertragsschluss, vorliegend keine Bedeutung zu, weil eine Behörde wisse, was sie tue.

a) Die Beklagte widerspricht, weil nach der Rechtsprechung die Missbrauchseinrede entfalle, wenn der Vertrag noch nicht beiderseits erfüllt sei. Weil das Landabtretungsversprechen der Beklagten überhaupt nicht vollzogen worden sei, könne die Berufung auf Rechtsmissbrauch nicht durchdringen, auch wenn die Klägerin bereits erhebliche Leistungen erbracht habe. Nach Ansicht der Klägerin hat das Verwaltungsgericht auch insoweit kantonales öffentliches Recht angewandt, das der Überprüfung auf Berufung hin entzogen sei.

b) Da entgegen der Ansicht der Klägerin Art. 657 Abs. 1 ZGB auf die streitige Erschliessungsvereinbarung anwendbar ist, beurteilt sich auch die Frage der missbräuchlichen Geltendmachung des Formmangels unmittelbar nach Art. 2 Abs. 2 ZGB, unbekümmert wie das Verwaltungsgericht seinerseits diesen Hinweis verstanden hat.

Ob in diesem Sinn ein Rechtsmissbrauch gegeben sei, hat der Richter nicht nach starren Regeln, sondern unter Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu entscheiden [...]. Die Rechtsprechung misst dabei der freiwilligen Erfüllung des mangelhaften Vertrags durch die Parteien besondere Bedeutung zu; so gehe es nicht an, auf dem Umweg über die Missbrauchseinrede die Erfüllung des fehlerhaften Vertrags zu erwirken [...]. Das Bundesgericht

lehnt indes auch diesbezüglich eine starre Regel ab und verlangt die Würdigung aller Umstände unter Berücksichtigung von Rechtsempfinden, Rechtsethik und Rechtssicherheit [...]. In Abweichung von früheren Entscheiden hat es schliesslich erkannt, dass sich die Missbrauchseinrede auch dann rechtfertigen könne, wenn ein Vertrag nicht ganz, sondern nur annähernd oder zur Hauptsache erfüllt sei [...].

c) Die Beklagte macht zutreffend geltend, dass sie bisher ihr Landabtretungsversprechen weder ganz noch zur Hauptsache, sondern überhaupt nicht erfüllt hat. Indes lässt sich die Landabtretungsvereinbarung unmöglich von den übrigen Erschliessungsvereinbarungen der Baubewilligung trennen. Danach sollten die dem Bauvorhaben hinderlichen öffentlichen Wege über das Baugelände aufgehoben und anderweitig durch neu zu erstellende Gemeindestrassen ersetzt werden. Folgerichtig sollte die neue Strassenfläche an das Gemeinwesen, das alte Weggebiet an die Bauherrschaft übergehen, wobei das wie meist in solchen Fällen aus praktischen Gründen erst nach Bauausführung vollzogen werden sollte. Gemäss Erschliessungsvereinbarung oblag die Ausführung der Strassenbauarbeiten der Beklagten, jedoch auf Kosten der Bauherrschaft; diesem Vorgehen hat die zuständige Einwohnergemeindeversammlung am 17. Januar 1975 durch Genehmigung der Strassenprojekte und Krediterteilung zugestimmt. Die Beklagte hat die Arbeiten ausgeführt und diese sind mit rund Fr. 5 Mio. von der Klägerin bezahlt worden. Damit ist diese Erschliessungsvereinbarung, mit Ausnahme der Landabtretungen, praktisch vollständig erfüllt; das neue Strassennetz ist schon seit etwa zehn Jahren dem öffentlichen Verkehr übergeben worden.

Bei diesem Sachverhalt, der verbindlich festgestellt und auch unangefochten ist, hiesse es aufgrund formalistischer Beurteilung nach starrer Regel entscheiden, wenn ein Rechtsmissbrauch allein deshalb verneint würde, weil die Beklagte sich bisher erfolgreich der Erfüllung ihres Abtretungsversprechens widersetzt hat. Es muss gegenteils berücksichtigt werden, dass sie selbst durch die Ausführung der Erschliessungsarbeiten, genau wie die Klägerin durch deren Bezahlung, die Erschliessungsvereinbarung zur Hauptsache erfüllt hat. Die Beklagte setzt sich mit der Ablehnung der vereinbarten Landabtretung in klaren Widerspruch zu ihrem eigenen bisherigen Verhalten, nach welchem die Klägerin auf die Vertragstreue der Beklagten vertrauen durfte und deshalb auch die namhaften Zahlungen geleistet hat. Ein solches Vorgehen ist als missbräuchlich zu verwerfen.

d) Soweit die Beklagte das Fehlen einer öffentlichen Beurkundung geltend macht, erweist sich die Berufung mithin als unbegründet.

BGE 85 II 474 («Vorkaufsrecht»)

Regeste:

Im Grundbuch vorgemerkt limitiertes Vorkaufsrecht (Art. 681 ZGB).

Voraussetzungen seiner Ausübung.

Kann der Abschluss eines Baurechtsvertrags über die belastete Liegenschaft einen Vorkaufsfall bilden? Anwendung von Art. 156 OR.

Zusprechung des Eigentums an den Vorkaufsberechtigten (Art. 665 und Art. 963 Abs. 2 ZGB).

Lösung des nach der Vormerkung des Vorkaufsrechts eingetragenen Baurechts (Art. 959 Abs. 2 ZGB).

Sachverhalt

A.- Frau Witwe Lina Nigg-Küttel, geb. 1878, war Eigentümerin der am Ufer des Vierwaldstättersees in Gersau gelegenen Grundstücke Nr. 378 ("Neuhaus im Altweg", Wohnhaus und Badehaus samt Garten und Umgelände) und Nr. 70 ("Ziegelhütte im Thal", offener Platz mit Schiffshütte) im Ausmass von zusammen ungefähr 1180 m². Mit letzwilliger Verfügung vom 24. Februar 1954 bestimmte sie u.a., dieser Grundbesitz solle zum "Übernahmepreis" von Fr. 17'000.-- ins Eigentum ihres in Amerika wohnhaften Bruders Alois (genannt Louis) Küttel-Camenzind übergehen mit der Auflage:

"Meinem Neffen, Hr. Josef Müller-Waldis, Sattler, Gandli, Gersau ist ein Vorkaufsrecht in Bezug auf beide vorgenannten Liegenschaften Nr. 70 und Nr. 378 GB Gersau zum Preise von Fr. 17'000.-- für beide Grundstücke und im Verkaufsfalle eines Grundstücks allein zum Preise von Fr. 5000. - für das Grundstück Nr. 70 und Fr. 12'000. - für das Grundstück Nr. 378 einzuräumen und im Grundbuch von Gersau vorzumerken, für den Fall, dass der Liegenschaftseigentümer beide oder eine der beiden Liegenschaften innert 10 Jahren an einen Dritten verkaufen sollte. Der Liegenschaftseigentümer ist überdies pflichtig, dieses Vorkaufsrecht auf jeweilen 10 weitere Jahre auf den Ablauf der erstmaligen Frist hin zu erneuern und im Grundbuch eintragen zu lassen."

Nachdem Frau Nigg am 26. Juli 1954 gestorben war, wurde Alois Küttel gemäss diesem Testament, das unangefochten blieb, als Eigentümer der beiden Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Ebenso wurde das Vorkaufsrecht zugunsten von Josef Müller vorgemerkt. Alois Küttel liess die Liegenschaften durch Dr. Josef Camenzind in Gersau verwalten.

B.- Im Vorsommer 1957 kam Alois Küttel zu einem Besuch nach Gersau. Wie das Kantonsgericht Schwyz auf Grund von Zeugenaussagen festgestellt hat, erklärte er dem Bauunternehmer Anton Thaddey, der sich für die beiden Grundstücke interessierte, er beabsichtigte, diese an den Meistbietenden zu verkaufen. Als Thaddey ihm daraufhin einen Kaufpreis von Fr. 50'000.-

- anbot und sagte, er wolle sich bei Josef Müller persönlich um die Ablösung des Vorkaufsrechts bemühen, lehnte Alois Küttel dieses Angebot ab mit dem Bemerken, der Sägereibesitzer Karl Rigert (Pächter des Grundstückes Nr. 70) habe ihm Fr. 70'000.-- offeriert.

Bei den Verhandlungen, die Alois Küttel in der Folge mit Josef Müller führte, bot Küttel diesem als Entschädigung für die Ablösung des Vorkaufsrechts zunächst Fr. 2000.-- und schliesslich Fr. 4000.-- an. Rechtsanwalt Dr. Alphons Auf der Maur, der Müller bei der letzten Besprechung vom 8. Juni 1957 vertrat, erwiderte Küttel, gegen ein so geringes Entgelt sei sein Klient nicht zum Verzicht auf das Vorkaufsrecht bereit. Küttel war darob aufgebracht, und sowohl er wie auch sein Liegenschaftenverwalter erklärten Dr. Auf der Maur laut Feststellung des Kantonsgerichtes dem Sinne nach, man werde schon Mittel und Wege finden, um die Liegenschaften unter Ausschaltung des Vorkaufsrechts doch noch auf Rigert übertragen zu können.

C.- Am 8. Juli 1957 schlossen Alois Küttel und Karl Rigert mit öffentlicher Beurkundung den folgenden "Vertrag über die Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechtes in Bezug auf die Liegenschaften Ziegelhütte im Thal Nr. 70 und Neuhaus im Altweg Nr. 378":
"I.

Der Liegenschaftseigentümer räumt zulasten seiner beiden vorgenannten Liegenschaften in Gersau dem Berechtigten ein selbständiges und dauerndes Baurecht im Sinne von Art. 779 ZGB gemäss den nachbezeichneten Bestimmungen ein:

1. Dieses Baurecht bezieht sich einzeln auf jedes der vorgenannten Grundstücke im ganzen Umfange desselben und ist im Grundbuch Nr. 70 und 378 als Dienstbarkeit einzutragen.

Das Baurecht besteht in bezug auf jedes einzelne der beiden Grundstücke:

a) Aus dem Recht, Bauten aller Art zu erstellen, beizubehalten, zu unterhalten und bestimmungsgemäss zu benutzen, jedoch unter Einhaltung der gesetzlichen privat- und öffentlich-rechtlichen Bau- und Grenzabstandsvorschriften.

b) Aus dem Recht, die bereits bestehenden Bauten und Bauwerke zu unterhalten, zu benutzen, umzubauen oder zu entfernen.

c) Aus dem Recht, den noch nicht überbauten Grund und Boden dieser Liegenschaften, soweit und solange er nicht überbaut wird, für andere Zwecke zu benützen, jedoch unter Vorbehalt und Einhaltung des auf diesen unverbauten Liegenschaftsteilen (Gartenlandstücke) lastenden Verbotes der Holzablagerungen. ..

d) Aus dem Recht, zugunsten der Grundstücke Nr. 70 und 378 Grenzregulierungen mit den Nachbargrundstücken vorzunehmen

und eventuell Strandboden oder kleine Landparzellen ab den Nachbargrundstücken zur Arrondierung der vorgenannten baurechtsbelasteten Grundstücke zuzukaufen und den Liegenschaftseigentümer beim Abschluss der erforderlichen notariellen Verurkundung und der grundbuchlichen Regelung dieser Rechtsgeschäfte rechtsgültig zu vertreten.

Diese Vollmacht des Alois Küttel an Carl Rigert ist an keinen Vorbehalt geknüpft.

Sämtliche Kosten und Auslagen für die Erstellung und den Unterhalt der Bauten, Bauwerke, Leitungen, Umgebungsarbeiten, Grenzregulierungen, Landzukäufe und Strandbodenerwerb etc. gehen zulasten des Baurechtsberechtigten.

2. Dieses Baurecht ist vererblich und veräußerlich. Dasselbe hat am 1. Juli 1957 begonnen und dauert 80 Jahre, das ist bis 1. Juli 2037.

3. Das Baurecht wird auf den baurechtsbelasteten Liegenschaften Nr. 70 und 378 im Range ohne Vorgang an Pfandrechten, jedoch auf die laut Grundbuch bestehenden Dienstbarkeiten, Grundlasten und Vormerkungen nachfolgend, errichtet, d.h. im Nachgang insbesondere auf. ... das Vorkaufsrecht. ... Der Bauberechtigte erklärt, dass ihm der jetzige Grundbuchbestand der Liegenschaften Nr. 70 und 378 bekannt ist und dass er von demselben Kenntnis genommen hat.

4. Der bauliche, teils baufällige und reparaturbedürftige Zustand der Gebäulichkeiten und der baulichen Anlagen ist dem Bauberechtigten bekannt. Er übernimmt dieselben zur baurechtlichen Benutzung in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit befinden und unter Wegbedingung jeder Garantie und Nachwährschaft des baurechtsbelasteten Liegenschaftseigentümers.

5. Dieses Baurecht ist im Sinne von Art. 779 Abs. 3 ZGB als Grundstück in das Grundbuch Gersau neu aufzunehmen. Die Baurechtsgrundstücke können vom Berechtigten in beliebiger Höhe hypothekarisch belastet werden.

Der Liegenschaftseigentümer verpflichtet sich, während der Dauer dieses Baurechts die baurechtsbelasteten Liegenschaften nicht hypothekarisch zu belasten und auf denselben keine Dienstbarkeiten, Grundlasten oder neue gesetzliche Beschränkungen des Grundeigentums zugunsten von Drittpersonen einzuräumen.

6. Mit dem Abschluss dieses Baurechtsvertrages fällt der mit dem Berechtigten bestehende Pachtvertrag vom 17. November 1956 um die Liegenschaft "Ziegelhütte beim Thal" Nr. 70 dahin, gegen Bezahlung des Pachtzinses bis und mit 30. Juni 1957.

Der Bauberechtigte hat die bestehenden Mietverhältnisse auf der Liegenschaft Nr. 378 "Neubau im Altweg", laut den bestehenden Mietverträgen, mit Mietzinsgenuss ab 1. Juli 1957, zu übernehmen und auszuhalten.

7. Die ab den dienstbarkeitsbelasteten Liegenschaften zu entrichtenden Steuern und öffentlichen Abgaben, wie Kochherdsteuer, Wasserzinsen, Kehrichtabfuhrgebühren, Strombezugskosten und die Feuerassekuranzprämien etc. sind per 30. Juni 1957 gegenseitig abzurechnen und die betreffenden Saldi bar zu vergüten.

Diese vorgenannten Steuern und Abgaben sind vom 1. Januar 1958 an vom Bauberechtigten selbst und zu seinen Lasten zu bezahlen. Sollten diese Abgaben jedoch vom Liegenschaftseigentümer erhoben werden und von ihm bezahlt werden müssen, hat ihm der Bauberechtigte diese Auslagen, auf jeweilige Rechnungsstellung hin, sofort bar rückzuvergüten.

Der Liegenschaftseigentümer hat jedoch die noch ausstehenden Rechnungen für die vor diesem Vertrag von ihm ausgeführten oder teils noch in Ausführung begriffenen Bauarbeiten auf der Liegenschaft Nr. 378 (Abänderung der Abortanlage etc.) noch selbst zu bezahlen.

8. Bei Wegfall oder Beendigung dieses Baurechtes infolge Zeitablauf hat der Liegenschaftseigentümer dem Baurechtsinhaber 80% (achtzig Prozent) des dannzumaligen mittleren Verkehrswertes der auf diesen Liegenschaften Nr. 70 und 378 dann bestehenden Bauten und Bauwerke rückzuvergüten. Können sich die Vertragsparteien bzw. ihre Rechtsnachfolger über die Höhe dieser Rückvergütung nicht einigen, so ist dieselbe durch eine unparteiische fachmännische Schatzung im Einverständnis beider Vertragsparteien oder dann eventuell gerichtlich festzusetzen.

II.

Für die Bestellung, Einräumung und Ausübung des unter Ziffer I vorgenannten dauernden und selbständigen Baurechts haben der Bauberechtigte bzw. dessen Rechtsnachfolger dem jeweiligen Eigentümer der dienstbarkeitsbelasteten Liegenschaften Nr. 70 und 378 jährlich Fr. 2000. - bar zu bezahlen und zwar im voraus, je auf 1. Juli eines jeden Jahres, erstmals auf den 1. Juli 1957, ohne grundpfändliche Sicherstellung auf den Baurechtsgrundstücken.

III.

Der Bauberechtigte übernimmt die Vertretung des Liegenschaftseigentümers in bezug auf alle Ansprüche irgendwelcher Art, welche von Drittpersonen oder öffentlichrechtlichen Instanzen und Organen in bezug auf die Bewirtschaftung dieser Liegenschaften etc. geltend gemacht werden sollten. Insbesondere hat er, bei allfälliger Geltendmachung dieser vorgenannten Ansprüche Dritter, in solche Prozesse als Hauptintervent im Sinne von § 84 der schwyz. Zivilprozessordnung einzutreten und dabei diese Ansprüche als Vertreter des Liegenschaftseigentümers oder als Hauptintervent gültig oder rechtlich auf sein eigenes Risiko auszutragen und alle dabei entstehenden Kosten und finanziellen Folgen an Stelle des Liegenschaftseigentümers selbst zu tragen und zu bezahlen, damit dem jeweiligen Liegenschaftseigentümer keinerlei Schaden oder andere Nachteile daraus erwachsen.

IV.

Die Kosten und Gebühren für die Abfassung und die öffentliche Verurkundung dieses Baurechtsvertrages, sowie die grundbuchliche Regelung in Ausführung desselben, bezahlen beide Vertragsparteien je hälftig. Die weiteren notariellen Kosten in bezug auf die neuen Baurechtsgrundstücke hat jedoch der Bauberechtigte allein zu bezahlen. Dieser bezahlt auch die Handänderungssteuer.

V.

Auf Grund dieses Vertrages sind einzutragen:

1. Im GB Nr. 70 Gersau

Selbständiges und dauerndes Baurecht zulasten GB Nr. 70 und zugunsten Carl Rigert-Lagler, geb. 1895.

Dauer bis: 1. Juli 2037

Baurechtsgrundstück GB Nr. 589 Gersau.

2. Im GB Nr. 378 Gersau

Selbständiges und dauerndes Baurecht zulasten GB Nr. 378 und zugunsten Carl Rigert-Lagler, geb. 1895.

Dauer bis: 1. Juli 2037

Baurechtsgrundstück GB Nr. 590 Gersau.

Es werden hiermit als Grundstücke im Sinne Art. 655 ZGB aufgenommen:

a) a) Grundbuch Nr. 589 Gersau

Eigentümer: Carl Rigert-Lagler, geb. 1895,.. .

Selbständiges und dauerndes Baurecht im Umfang der ganzen Liegenschaft GB Nr. 70 auf eine Dauer bis 1. Juli 2037.

b) b) Grundbuch Nr. 590 Gersau

Eigentümer: Carl Rigert-Lagler, geb. 1895,.. .

Selbständiges und dauerndes Baurecht im Umfang der ganzen Liegenschaft GB Nr. 378 auf eine Dauer bis 1. Juli 2037.

Es erfolgen keine weiteren Aufnahmen und Eintragungen im Grundbuch. .."

Entsprechend diesem Vertrag trug das Grundbuchamt Gersau die Baurechte als Dienstbarkeiten zu Lasten der Grundstücke Nr. 70 und 378 ein und nahm sie als Grundstücke im Sinne von Art. 655 Ziff. 2 ZGB ins Grundbuch auf. Dem Vorkaufsberechtigten Josef Müller zeigte es den Abschluss des Baurechtsvertrags nicht an, weil es annahm, er bilde keinen Vorkaufsfall. Im Laufe des Monats Juli 1957 kehrte Alois Küttel nach Amerika zurück, wo er kurz darauf starb. Sein einziger Erbe ist sein Sohn Louis Küttel.

Der in Ziffer II dieses Vertrags vorgesehene jährliche Baurechtszins wurde zugestandenermassen noch vor der Rückreise Alois Küttels nach Amerika auf dessen Wunsch durch Zahlung einer Kapitalsumme abgelöst.

D.- Am 5. Oktober 1957 nahm Dr. Auf der Maur im Auftrage Josef Müllers, dem Gerüchte über einen Vertrag zwischen Alois Küttel und Karl Rigert zu Ohren gekommen waren, ins Grundbuch Einsicht. So erhielt Müller Kenntnis vom Baurechtsvertrag vom 8. Juli 1957. Mit Schreiben vom 4. November 1957 teilte Dr. Auf der Maur Louis Küttel im Auftrag Müllers mit, dieser mache sein Vorkaufsrecht geltend; beim Vertrag vom 8. Juli 1957 handle es sich um einen verkappten Kaufvertrag; man habe das Vorkaufsrecht umgehen wollen; des Vorgehen Alois Küttels verstösse gegen Treu und Glauben. Karl Rigert erhielt eine Kopie dieses Schreibens. Da Louis Küttel sich nicht bereit fand, die Liegenschaften wie verlangt zu den im Testament

festgesetzten Bedingungen auf Müller zu übertragen, und Rigert seinerseits jede "Einmischung" Müllers ablehnte, erwirkte dieser zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Vorkaufsrecht eine Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Ziff. 1 ZGB und leitete am 24. März 1958 gegen Louis Küttel und Karl Rigert Klage ein mit der "Rechtsfrage":

"Ist nicht gerichtlich zu erkennen:

1.- Der zwischen Alois Küttel sel. und dem Zweitbeklagten am 8. Juli 1957 abgeschlossene Baurechtsvertrag betreffend die Liegenschaften Nr. 70 und 378 des Grundbuchs Gersau stelle einen Grundstückkaufsvertrag bezüglich der erwähnten Liegenschaften dar.

2.- Die vom damaligen klägerischen Vertreter am 4. November 1957 an den Erstbeklagten abgegebene Erklärung über die Ausübung des dem Kläger zustehenden Vorkaufsrechtes sei daher wirksam und es sei deshalb gerichtlich

a) die Löschung der im Sinne des Baurechtsvertrages und in dessen Zusammenhang erfolgten Eintragungen im Grundbuch, insbesondere auch die Aufhebung der eröffneten Baurechts-Grundstücke Nr. 589 und 590 des Grundbuchs Gersau anzurufen, und b) das Eigentum an den Liegenschaften GB Nr. 70 und 378 Gersau an den Kläger zuzusprechen.

3.- Eventuell: Es sei der zwischen Alois Küttel sel. und dem Zweitbeklagten abgeschlossene Vertrag nichtig und daher samt allen darauf bezüglichen Eintragungen im Grundbuch Gersau zu löschen."

In Übereinstimmung mit dem Bezirksgerichte Gersau hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz mit Urteil vom 16. März 1959 die Klage abgewiesen.

E.- Mit der vorliegenden Berufung an das Bundesgericht beantragt der Kläger:

"1. - Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die klägerische Rechtsfrage gutzuheissen.

2.- Eventuell sei der Fall an die Vorinstanz zur Ergänzung des Ratbestandes und zu neuer Beurteilung zurückzuweisen."

Die Beklagten schliessen auf Abweisung der Berufung.

Erwägung 4c

Ein weiteres Indiz für die erwähnte Absicht und zugleich ein weiterer Schritt zu ihrer Verwirklichung liegt schliesslich in der Tatsache, dass Rigert den jährlichen Baurechtszins, der seiner wirtschaftlichen Bestimmung nach den Kaufpreis vertrat, auf Wunsch Alois Küttels kurz nach dem Vertragsabschluss durch eine Kapitalzahlung abgelöst hat, deren Höhe von den Beklagten verschwiegen (und von der Vorinstanz nicht ermittelt) worden ist.

Die Vertragsparteien haben demnach mit dem Abschluss des Baurechtsvertrags einen Schleichweg beschritten, um das Vorkaufsrecht des Klägers zu umgehen. Es handelte sich für sie anders als für die Parteien in dem von der Vorinstanz angeführten Falle BGE 79 II 79 ff. nicht einfach darum, von mehreren Wegen, auf denen nach dem Gesetz ein bestimmtes, an

sich erlaubtes Ziel erreicht werden kann, denjenigen zu wählen, der ihnen am besten zusagte. Ihr Vorgehen kennzeichnet sich vielmehr dadurch, dass sie einzig zum Zweck, den Kläger an der Ausübung seines Vorkaufsrechts zu hindern, anstelle des ihrem wirtschaftlichen Ziel am besten entsprechenden Kaufvertrags einen andern Vertrag abschlossen, der sie ihr Ziel zwar nicht ganz, aber doch nahezu erreichen liess. Ein solches Vorgehen widerspricht klarerweise Treu und Glauben. Die zivilrechtliche Sanktion dieses Verstosses kann nicht wie bei gewissen andern Umgehungsgeschäften [...] einfach darin bestehen, dass der in Frage stehende Akt als ungültig erklärt wird, sondern die sachlich richtige Folge des Vorgehens von Alois Küttel und Rigert liegt darin, dass der Vorkaufsfall als eingetreten erachtet und dem Kläger demgemäß die Ausübung des Vorkaufsrechts gestattet wird, obwohl die Liegenschaften dem Beklagten Rigert nicht kaufweise übertragen, sondern nur zur Ausübung eines (allerdings sehr weitgehenden) Baurechts überlassen wurden. Diese Lösung entspricht Art. 156 OR, wonach eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Lässt sich doch das durch die Begründung eines Vorkaufsrechts geschaffene Rechtsverhältnis mindestens in diesem Zusammenhang zwanglos als eine Kaufobligation auffassen, die unter der Bedingung wirksam wird, dass der Vorkaufsfall eintritt und der Berechtigte daraufhin die Ausübungserklärung abgibt [...].

Zu Unrecht behaupten die Beklagten, der vorliegende Fall gleiche dem Falle BGE 82 II 378 ff., wo entschieden worden war, die Begründung des von den damaligen Beklagten und ihren Miteigentümern errichteten Baurechts erlaube der Klägerin nicht, den Gewinnanteil zu beanspruchen, den sie sich beim Verkauf ihres Miteigentumsanteils an die Beklagten für den Fall eines Weiterverkaufs der Liegenschaft ausbedungen hatte. Im Falle BGE 82 II 378 ff. bestanden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Eigentümer die Liegenschaft eigentlich lieber verkauft hätten und nur deshalb statt eines Kaufvertrags einen Baurechtsvertrag abschlossen, weil sie der Klägerin ihren Gewinnanteil vorenthalten wollten. Vielmehr kam es damals vor allem deshalb nicht zu einem Verkauf, weil die Eigentümer den Baugrund nicht veräussern, sondern als Sachwert und insbesondere als Quelle einer dem jeweiligen Stand der Lebenskosten angepassten Rente in ihrem Vermögen behalten wollten. Der damalige und der heutige Fall unterscheiden sich daher in entscheidenden Punkten. Den Beklagten im Falle BGE 82 II 378 ff. konnte nicht vorgeworfen werden, den Eintritt der Bedingung, von welcher der Gewinnanteilsanspruch der Klägerin abhing, wider Treu und Glauben verhindert zu haben.

BGE 129 III 264 = Pra 92 (2003) Nr. 176 («Bedingter Grundstückkauf»)

Regeste:

Bedingter Grundstückkauf; Verjährung des Bereicherungsanspruchs (Art. 217 Abs. 1, 67 Abs. 1 OR). Ein mit einem Kaufsrecht verbundener Vorvertrag zu einem Kauf wurde vorliegend als bedingter Grundstückkauf qualifiziert (E. 3 .2.1). Leistungen, die aufgrund eines suspensiv bedingten Vertrages erbracht wurden, sind nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten, wenn die Bedingung nicht eingetreten ist (E. 3 .2.2). Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Käufer von seinem Rückerstattungsanspruch Kenntnis erhalten hat (E. 4).

Sachverhalt

Mit öffentlicher Urkunde vom 3. Juni 1991, welche mit «Kaufsrecht und Vorvertrag betreffend Kauf» betitelt war, übertrug A. den Eheleuten B. ein abtretbares Kaufsrecht betreffend einen Stockwerkeigentumsanteil an einem in Freiburg gelegenen Grundstück. Die Eheleute B. willigten ein und versprachen diesen Anteil zu kaufen. Der Preis für das Kaufsrecht betrug Fr. 370 000.–, wovon eine Rate von Fr. 5000.– per 1. Juli 1991, eine Rate von Fr. 32 000.– per 31. Januar 1992 sowie der Restbetrag am Ausübungstag des Kaufsrechts zu bezahlen war. Gemäss Vorvertrag war das Kaufsrecht unwiderruflich und bis zum 1. August 1992 befristet, wobei es für die vereinbarte Dauer im Grundbuch vorgemerkt wurde. Weiter wurde vereinbart, dass die Besitzübertragung sowie der Übergang von Nutzen und Gefahr am Ausübungstag des Kaufsrechts erfolgen sollten. In der Zwischenzeit vermietete A. den Eheleuten B. die dem fraglichen Stockwerkeigentumsanteil entsprechende Wohnung für einen monatlichen Mietzins von Fr. 2100.–. Ausserdem ersuchte A. bereits das Grundbuchamt Freiburg, die Kaufsrechtsberechtigten| als neue Eigentümer des besagten Stockwerkeigentumsanteils im Grundbuch einzutragen, und zwar unter der dreifachen Bedingung, dass sie den Nachweis erbringen, das Kaufsrecht innert Frist ausgeübt zu haben, die Gesamtheit des Kaufpreises bezahlt zu haben sowie um Eintragung als neue Eigentümer des Stockwerkeigentumsanteils ersucht zu haben. Die Dauer des Kaufsrechts sowie des Vorvertrages vom 3. Juni 1991 wurde ein erstes Mal bis zum 31. Dezember 1992 und sodann ein zweites Mal bis zum 30. August 1993 verlängert, und zwar gegen Ratenzahlungen, die bei Ausübung des Kaufsrechts auf den Grundstückpreis anzurechnen waren.

Per 30. August 1993 beliefen sich die Raten, welche die Eheleute B. A. gezahlt hatten, auf Fr. 52 000.–.

Nach diesem Datum verhandelten die Parteien über den Verkauf des Stockwerkeigentumsanteils, und zwar zu Bedingungen, die es noch festzulegen galt und die von den am 3. Juni 1991

festgelegten abweichen konnten. Die Parteien erzielten jedoch keine Einigung. Während dieser Verhandlungen setzten die Eheleute B. ihre Ratenzahlungen an A. fort; diese beliefen sich vom 6. September 1993 bis zum 9. Februar 1995 auf insgesamt Fr. 20 800.–.

Am 12. März 1996 liessen die Eheleute B. A. einen Zahlungsbefehl über Fr. 72 800.– zustellen; dieser Betrag entsprach der Gesamtheit der an A. gezahlten Raten. A. erhob Rechtsvorschlag. Am 7. Dezember 1998 erhoben die Eheleute B. vor dem Zivilgericht des Saanebezirkes gegen A. Klage auf Rückzahlung der geleisteten Ratenzahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 72 800.–. Denselben Anspruch hatten sie bereits am 14. April 1997 widerklageweise geltend gemacht, nachdem A. gegen sie am 15. November 1996 vor dem Mietgericht desselben Bezirkes Leistungsklage erhoben hatte. Dieser Prozess wurde mit gerichtlichem Vergleich vom 8. Oktober 1998 beendet. Darin wurde den Eheleuten B. eine Frist von zwei Monaten angesetzt, um den besagten Anspruch vor dem zuständigen Gericht geltend zu machen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie machte unter anderem geltend, der Anspruch der Eheleute B. sei zufolge Art. 67 Abs. 1 OR verjährt.

Mit Urteil vom 13. November 2000 wies das Zivilgericht des Saanebezirkes die Klage mit der Begründung ab, die von den Klägern geleisteten Zahlungen beruhten auf einem gültigen Rechtsgrund, nämlich dem Kaufsrecht. Dies schliesse eine Rückforderung der geleisteten Zahlungen aus, obwohl der geplante Kauf schliesslich nicht zustande gekommen sei.

Die I. Kammer des Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts Freiburg hiess die Berufung der Kläger mit Urteil vom 3. Oktober 2002 teilweise gut und verurteilte die Beklagte, den Klägern Fr. 51 043.– nebst 5 % Zins seit 14. April 1997 zu bezahlen. Dieser Betrag entspricht den von den Klägern bis zum 30. August 1993 gezahlten Raten (Fr. 52 000.–), wovon eine Verrechnungsforderung von Fr. 957.– in Abzug zu bringen war. Im Gegensatz zur ersten Instanz vertrat das Kantonsgericht die Auffassung, das Kaufsrecht vermöge aufgrund der Tatsache, dass es unentgeltlich eingeräumt worden sei, den klägerischen Anspruch auf Rückerstattung der an die Beklagte geleisteten Raten nicht zu begründen. Für die Zeitspanne vom 3. Juni 1991 bis zum 30. August 1993 beruhe dieser Anspruch auf dem Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung (Ausübung des Kaufsrechts vor Ablauf der Verlängerung), an welche der unrichtigerweise als Vorvertrag bezeichnete Grundstückkaufvertrag vom 3. Juni 1991 geknüpft gewesen sei. Mit Bezug auf die nachfolgende Zeitspanne habe der Grund für die von der Klägerin geleisteten Zahlungen im erhofften Kauf bestanden, zu dem es schliesslich nicht gekommen sei. Die zwei Zeitspannen seien hinsichtlich der Verjährung zu unterscheiden: Bei den Raten, die vor dem 30. August 1993 geleistet worden seien, begründe der Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung des Grundstückkaufvertrages vom 3. Juni 1991 einen vertraglichen Rückforderungsanspruch, was zur Anwendung von Art. 127 OR führe, wobei die zehnjährige Verjährungsfrist, die seit dem 30. August 1993 laufe, noch nicht eingetreten sei. Demgegenüber

seien die späteren Raten im Hinblick auf einen Rechtsgrund (Grundstückkauf) geleistet worden, der sich schliesslich nicht verwirklicht habe. Das Rückforderungsrecht beruhe in diesem Fall auf ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 Abs. 2 OR) und verjähre folglich innert einem Jahr ab dem Tag, an dem die verletzte Partei davon Kenntnis erlangt habe, d.h. im vorliegenden Fall ab dem 12. März 1996. Daher sei der entsprechende Anspruch verjährt.

Die Beklagte gelangt mit eidgenössischer Berufung ans Bundesgericht. Sie macht namentlich eine Verletzung von Art. 67 OR geltend und beantragt die vollumfängliche Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht heisst die Berufung gut und ändert den angefochtenen Entscheid dahingehend ab, dass die von den Eheleuten B. erhobene Leistungsklage vollumfänglich abgewiesen wird.

Erwägung 3.2.1

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Vorvertrag, der bereits alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrages enthält, diesem gleichzusetzen. Daher ist der Vorvertrag zum Abschluss eines Kaufvertrages grundsätzlich einem Kaufvertrag gleichzusetzen, vorausgesetzt, der Kaufvertrag untersteht denselben Bedingungen wie der Vorvertrag [...]. Ausserdem ist es möglich, einen Grundstückkaufvertrag, der aufschiebend bedingt sein kann (Art. 217 Abs. 1 OR), mit einem im Grundbuch vorgemerkt Kaufsrecht zu verbinden [...]. Dabei handelt es sich um ein bedingtes Erwerbsrecht, das einer potestativen aufschiebenden Bedingung unterliegt, nämlich der Ausübung des Kaufsrechts [...]; dieses ist wie ein bedingter Kauf zu behandeln [...].

Vorliegend ergibt sich aus dem einleitenden Text der wichtigsten Bestimmungen der Vertragsurkunde vom 3. Juni 1991, dass die an diesem Datum getroffene Vereinbarung bereits alle wesentlichen Punkte des beabsichtigten Grundstückkaufes beinhaltet. Hinzu kommt folgender Umstand: Da der Träger des Kaufsrechts nicht mit dessen Ausübung ipso facto Eigentümer des Grundstückes wird, sondern erst nachdem der Veräußerer beim Grundbuchamt um Eintragung des Eigentumsübergangs ersucht hat [...], hat die Beklagte bereits in der besagten Urkunde die Eintragung des Eigentumsübergangs beantragt, sofern drei Bedingungen eingetreten sind. Unter diesem Vorbehalt sollte der Eigentumsübergang somit ohne späteres Tätigwerden des Grundstückeigentümers vollzogen werden können. Dieser Umstand bestätigt zusätzlich, dass es sich beim Vorvertrag zum Abschluss eines Kaufvertrages vom 3. Juni 1991 in Wirklichkeit um einen Grundstückkaufvertrag handelte.

Dass dieser Kauf unter einer Bedingung abgeschlossen wurde, bedarf keiner langen Erklärungen. Zudem hat die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass die Parteien diesbezüglich den übereinstimmenden wirklichen Willen hatten, die Wirkungen des Vertrages vom 3. Juni 1991 bis zur Ausübung des Kaufsrechtes, längstens aber bis zum vereinbarten Termin (31. August

[recte: Dezember; vgl. Sachverhalt] 1992) bzw. bis zu dessen Verlängerung (30. August 1993) aufzuschieben. Der Grund für die im besagten Vertrag vorgesehene Bedingung geht implizit aus anderen vorinstanzlichen Feststellungen hervor: Es ging darum, den Klägern zu ermöglichen, Geld zur Bezahlung des Restkaufpreises zu beschaffen oder – sollte ihnen dies nicht gelingen – auf den Erwerb des Stockwerkeigentumsanteils zu verzichten. Bei der vereinbarten Bedingung handelt es sich um eine aufschiebende i.S.v. Art. 151 bis 153 OR. Das Gesetz erlaubt für Grundstückskäufe übrigens ohnehin nur aufschiebende Bedingungen [...].

BGE 81 II 138 («Gewährleistung nach Art. 219 OR»)

Regeste:

Liegenschaftskauf, Gewährleistung.

Haftung für Mindermass beim Verkauf von Bauland, Art. 219 Abs. 2 OR. Gewährspflicht des Verkäufers auch ohne ausdrückliche Haftungsübernahme, wenn er die Unrichtigkeit des im Grundbuch angegebenen Masses gekannt und den Käufer darüber absichtlich getäuscht hat (Erw. 3 u. 4).

Die Verjährungsfrist für diesen Gewährleistungsanspruch beträgt 10 Jahre (Erw. 5).

Berechnung des Minderwerts (Erw. 6.)

Sachverhalt

A.- Mit Vertrag vom 23. Januar 1946 verkaufte Schwerzmann an die Baugenossenschaft Urania das Grundstück Nr. 467 an der Baarerstrasse in Zug zum Preise von Fr. 105'000.--. Im Kaufvertrag wurde gestützt auf den Grundbuchplan, der den Kaufverhandlungen zu Grunde gelegen hatte, ein Flächenmass von 2112 m² angegeben.

Im Jahre 1949 stellte sich heraus, dass Schwerzmann schon 1938 vom Grundstück Nr. 467 einen Streifen von 170 m² an den Kanton Zug verkauft hatte, der das Land zur Erstellung eines Trottoirs zu verwenden beabsichtigte. Dieser Kauf war zwar im Kaufregister eingetragen worden, dagegen unterblieb die Nachführung im Vermessungswerk. Im Zeitpunkt des Kaufvertrags mit der "Urania" war das Trottoir noch nicht erstellt.

B.- Da die "Urania" somit weniger als die im Kaufvertrag angegebenen 2112 m² Boden erhalten hatte, verlangte sie mit Klage vom 7. Dezember 1951 unter Berufung auf die Vorschriften über die Gewährleistung beim Kauf von Schwerzmann Minderung des Kaufpreises um den Betrag von Fr. 9301.-- nebst Zins.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, da die Voraussetzungen für eine Gewährspflicht nicht gegeben seien und ein allfälliger Anspruch der Klägerin zudem verjährt wäre.

C.- Das Kantonsgericht Zug wies mit Urteil vom 2./23. Juli 1952 die Klage mit der Begründung ab, der Gewährleistungsanspruch der Klägerin sei gemäss Art. 210 Abs. 1 OR verjährt, und der Nachweis einer absichtlichen Täuschung der Klägerin durch den Beklagten, die nach Art. 210 Abs. 3 OR eine Verlängerung der Verjährungsfrist bewirken würde, sei nicht erbracht.

Das Obergericht Zug hob diesen Entscheid mit Urteil vom 19. Mai/24. Juni 1953 auf. Es nahm an, der Verkäufer habe die Käuferin absichtlich getäuscht, verwarf demzufolge die Verjährungsrede des Beklagten und wies die Sache an die erste Instanz zurück.

Daraufhin schützte das Kantonsgericht die Klage mit Urteil vom 21./22. Oktober 1953 im Betrage von Fr. 5717.80 nebst Zins.

Die vom Beklagten hiegegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 13. Juli/3. August 1954 unter Bestätigung des angefochtenen Entscheides abgewiesen.

D - Mit der vorliegenden Berufung stellt der Beklagte das Begehren, es sei in Aufhebung des obergerichtlichen Zwischenentscheides vom 19. Mai/24. Juni 1953 und des Endentscheides vom 13. Juli/3. August 1954 die Klage abzuweisen, eventuell die Sache zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Berufungsbeklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Erwägung 3 und 4

Da nach den Ausführungen der Vorinstanz im Kanton Zug gemäss § 91 EG zum ZGB dem Eintrag eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrages im Kaufregister Grundbuchwirkung zu kommt, und in der Stadtgemeinde Zug das amtliche Vermessungswerk vollständig durchgeführt ist, gelangt hinsichtlich der Frage der Gewährleistungspflicht des Verkäufers für das Mass Art. 219 Abs. 2 OR zur Anwendung [...] Danach hat der Verkäufer dem Käufer für Mindermass grundsätzlich nur Ersatz zu leisten, wenn er die Gewährleistung dafür ausdrücklich übernommen hat. Fehlt eine ausdrückliche Haftungsübernahme, so entfällt somit eine Ersatzpflicht des Verkäufers, selbst wenn das verkauft Grundstück nicht das im Grundbuch und im Kaufvertrag angegebene Flächenmass aufweisen sollte.

Diese Regelung, die auf der Erwägung beruht, dass sich beide Parteien auf die amtliche Vermessung sollen verlassen können, gilt aber nach der Rechtsprechung [...] selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass der Verkäufer die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gekannt hat. Er kann sich daher einem Gewährleistungsanspruch nicht unter Berufung auf Art. 219 Abs. 2 OR entziehen, wenn er die Unrichtigkeit des Grundbucheintrags gekannt und den Käufer über den Flächeninhalt des Grundstücks absichtlich getäuscht hat. Das liegt in der Linie des Gesetzes, das bei absichtlicher Täuschung auch die vertragliche Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht (Art. 199), die Beschränkung wegen versäumter Anzeige (Art. 203) und die kurze einjährige Klageverjährung (Art. 210 Abs. 3 OR) ausschliesst. Fallen aber nach diesen Bestimmungen, die auch auf den Grundstückkauf entsprechend anwendbar sind (Art. 221), bei Täuschung im allgemeinen vorgesehene Beschränkungen der Gewährspflicht dahin, so ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde im Falle des Art. 219 Abs. 2 OR die Geltendmachung der absichtlichen Täuschung (mangels ausdrücklicher Übernahme der Gewährleistung) ausgeschlossen sein sollte. Reicht doch selbst die Grundbuchwirkung sogar Dritten gegenüber nicht weiter als ihr guter Glaube (ZGB Art. 973 und 975 Abs. 2). Würde man den Massen, welche im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung unrichtig angegeben sind, selbst bei bösem Glauben des Eingetragenen unbedingte Geltung zuerkennen, so erhielte damit der Eingetragene geradezu einen Freibrief für absichtliche Täuschungen. Das

wäre unvereinbar mit einem Rechtssystem, das hinsichtlich der Ausübung von Rechten und der Erfüllung von Rechtspflichten von den Grundsätzen von Treu und Glauben getragen ist. Im vorliegenden Falle hat die Vorinstanz angenommen, dass der Beklagte die Klägerin über das Flächenmass absichtlich getäuscht habe. Der Beklagte bestreitet dies auch in der Berufung noch. Allein zu Unrecht. Nach den Feststellungen der Vorinstanz wusste er, dass er 1938 einen Streifen Land an den Kanton verkauft hatte. Ebenso ersah er aus der im Grundbuchauszug angegebenen m²-Zahl und aus dem Grundbuchplan, dass der Landverkauf von 1938 in diesen beiden Urkunden nicht berücksichtigt worden war. Diese Tatsache verschwieg er der Klägerin bei der Besichtigung des Grundstücks. Der Irrtum, in dem die Klägerin sich infolgedessen hinsichtlich des Flächenmasses des Grundstücks befand, war, wie die Vorinstanz weiter festgestellt hat, für den Willensentschluss der Klägerin, den Vertrag zum vereinbarten Preis abzuschliessen, von entscheidender Bedeutung. Alle diese Feststellungen der Vorinstanz sind tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich (Art. 63 Abs. 2 OG). Was der Beklagte in der Berufungsschrift vorbringt zur Begründung seines Standpunktes, dass die Vorinstanz ihm zu Unrecht absichtliche Täuschung zur Last lege, ist als blosse Kritik an der Beweiswürdigung, auf Grund deren die Vorinstanz zu den oben erwähnten Feststellungen gelangt ist, nicht zu hören. Ebenso geht die Behauptung des Beklagten fehl, es liege eine Verletzung von Art. 8 ZGB vor, weil der von der Klägerin zu leistende Beweis der Täuschung nicht erbracht sei, solange ernsthafte Gründe gegen eine solche sprechen. Denn die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin für den bösen Glauben des Beklagten hinsichtlich des in Grundbuchauszug und Plankopie angegebenen Flächenmasses beweispflichtig sei. Sie hat aber diesen Beweis auf Grund einer vom Bundesgericht nicht nachprüfbarer Beweiswürdigung als erbracht angesehen.

Dass die Vorinstanz von einem rechtlich unzutreffenden Begriff der Täuschung ausgegangen sei, indem sie aus den oben wiedergegebenen Tatsachen den Rechtsschluss auf das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung zog, behauptet der Beklagte mit Recht nicht. Diese rechtliche Folgerung drängt sich in der Tat auf. Die Gewährspflicht des Beklagten ist deshalb grundsätzlich zu bejahen.

E. CISG

BGE 138 III 601 («Sachlicher Anwendungsbereich CISG»)

Regeste:

UN-Kaufrecht (CISG), Art. 51 CISG; teilweise Aufhebung des Vertrages; Vertragswidrigkeit der Ware; Verjährung; Beweislast.

Das Recht des Käufers, den Vertrag gemäss Art. 51 Abs. 1 CISG hinsichtlich eines Teils der gelieferten Waren aufzuheben, setzt voraus, dass dieser Teil eine eigenständige wirtschaftliche Einheit bildet. Dies trifft bezüglich funktionsnotwendiger Bestandteile einer als Einheit verkauften Produktionsanlage nicht zu. Fehlen einer Anlage solche Bestandteile, ist sie vertragswidrig (E. 7.1-7.4).

Untersteht die im CISG nicht geregelte Verjährung dem Schweizer Recht, verjähren Ansprüche aus vertragswidriger Lieferung nach Art. 210 OR. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung kann der Käufer verjährte Ansprüche aus einer Vertragswidrigkeit noch einredeweise geltend machen, wenn er diese dem Verkäufer gemäss Art. 39 CISG angezeigt hat (E. 7.5-7.7).

Der Käufer hat nach der vorbehaltlosen Übernahme der Ware deren Vertragswidrigkeit nachzuweisen, soweit er daraus Rechte ableitet. Diese Beweislastverteilung gilt auch bezüglich der von ihm geltend gemachten Unvollständigkeit einer Lieferung (E. 8.1-8.5).

Sachverhalt

A. Am 14. April 1997 schloss die X. AG (Verkäuferin) mit Sitz in A./ZG mit der Y. Tbk (Käuferin), einer in Jakarta domizilierten Aktiengesellschaft indonesischen Rechts, einen Vertrag (nachstehend: Agreement), der von J., Verwaltungsratspräsident der Verkäuferin, und von K., Verwaltungsratspräsident der Käuferin, unterzeichnet wurde. Das Agreement hatte den Verkauf der kompletten Spinnerei Q., bestehend aus den im Schätzungsbericht von L. vom 30. Juni 1995 aufgeführten Gegenständen, sowie den Ventilatoren und dem Klimaanlagesystem, so weit es sich vernünftigerweise entfernen liess, und deren Wiederaufbau in Indonesien zum Gegenstand. Der Kaufpreis betrug Fr. 17'300'000.-, zahlbar in Raten von 5, 10, 75 und 10 %. Am gleichen Tag unterzeichnete J. einen von ihm handschriftlich verfassten Zusatz zum Agreement, der namentlich vorsah, dass vom offiziellen Kaufpreis von Fr. 17'300'000.- der Verkäuferin Fr. 10'300'000.- und der Käuferin Fr. 7'000'000.- zustehen soll.

Nachdem die Käuferin die erste Kaufpreisrate von Fr. 865'000.- bezahlt hatte, veranlasste die Verkäuferin gestützt auf den Zusatz zum Agreement am 24. April 1997 die Überweisung von Fr. 350'000.- auf das Konto von K. bei der Bank R. in Frankfurt am Main. Nach Erhalt der zweiten Kaufpreisrate in der Höhe von Fr. 1'730'000.- schrieb sie K. am 10. Juni 1997 weitere Fr. 700'000.- gut.

Zur Tilgung der dritten Kaufpreisrate von Fr. 12'957'000.- hatte die Käuferin bei der Bank S. Jakarta ein Akkreditiv eröffnen lassen, das von der Verkäuferin am 10. Juni, 26. Juni und 13. Juli 1998 unter Vorlage der erforderlichen Verschiffungsdokumente in Anspruch genommen wurde.

Mit Zessionsvereinbarung vom 5. Juni 1998 trat die Käuferin ihre Rechte und Pflichten aus dem Agreement an die W. (Zessionarin) ab. Diese liess im August 1998 die Verkäuferin hinsichtlich der dritten Kaufpreiszahlung unter Berufung auf die im Zusatz zum Agreement statuierte Rückzahlungsverpflichtung über Fr. 5'250'000.- nebst Zins betreiben, wogegen die Verkäuferin Rechtsvorschlag erhob. Ein Gesuch der Zessionarin um provisorische Rechtsöffnung hat das Kantonsgerichtspräsidium Zug am 24. Juni 1999 und auf Beschwerde hin die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug am 17. Dezember 1999 abgewiesen.

- B. Mit Klage vom 16. November 2001 stellte die Zessionarin dem Kantonsgericht Zug in Ziff. 1 die Begehren, die Verkäuferin (Beklagte) auf Zahlung von
- (a-d) Fr. 5'250'000.- nebst Zins als teilweise Rückerstattung der dritten Kaufpreisrate gemäss dem Zusatz zum Agreement,
 - (e) Fr. 2'319'148.20 nebst Zins als Ersatz der Summe von USD 1'345'862.-, welche die Klägerin zur Ersatzbeschaffung der in einer Auflistung ("Details of Shortages") genannten nicht gelieferten Vertragsgegenstände habe aufwenden müssen,
 - (f) Fr. 10'340.20 nebst Zins als Entschädigung für den Arbeitsaufwand von 120 Stunden zur Beschaffung der nicht gelieferten Bestandteile,
 - (g) Fr. 5'629'544.95 nebst Zins als Verzögerungsschaden für die Zeit zwischen November 1998 und Juni 1999 und
 - (h) Fr. 863'196.40 nebst Zins als Ersatz des Verzögerungsschadens für die Zeit von Juli bis 31. Dezember 1999 zu verpflichten.

Die Verkäuferin (Beklagte) beantragte die Abweisung der Klage. Zur Begründung brachte sie namentlich vor, die Forderung gemäss Ziff. 1 lit. a-d betreffe eine rechtswidrige und damit verjährte Schwarzgeldzahlung an K. Die Forderungen gemäss Ziff. 1 lit. e-h seien gemäss Art. 210 OR verjährt. Sodann stellte die Beklagte den eingeklagten Forderungen verschiedene Gegenforderungen zur Verrechnung gegenüber, namentlich die noch ausstehende Kaufpreisrate von Fr. 1'730'000.-.

Beide Parteien verkündeten den T. Versicherungen, nunmehr Z., den Streit, die mit Verfügung des Referenten vom 23. Januar 2002 als Nebeninterventientin zugelassen wurde.

Im Sommer 2003 gingen die Rechte und Pflichten der Zessionarin infolge ihrer Fusion mit der Käuferin auf diese über, welche damit als Klägerin in den Prozess eintrat.

Das Kantonsgericht kam zum Ergebnis, die Beklagte schulde der Klägerin aus dem Zusatz zum Agreement die Rückerstattung des sich auf Fr. 5'250'000.- belaufenden Anteils der dritten Kaufpreisrate nebst Zins. Da die Beklagte nicht habe beweisen können, dass sie sämtliche

geschuldeten Anlageteile geliefert habe, sei davon auszugehen, die Lieferung sei gemäss den Angaben der Klägerin unvollständig gewesen. Diese habe die von ihr behaupteten Dekungskäufe nicht nachgewiesen, weshalb ihr Schadenersatzanspruch gemäss Art. 76 CISG nach dem gutachtlich auf Fr. 655'146.- festgesetzten Marktpreis der nicht gelieferten Teile zu bestimmen sei. Allerdings habe sich die Klägerin einen Zinsanspruch der Beklagten von Fr. 64'208.35 sowie die noch ausstehende Nettokaufpreisforderung von Fr. 1'030'000.- nebst Zins anrechnen zu lassen. Entsprechend verpflichtete das Kantonsgericht die Beklagte mit Urteil vom 14. Dezember 2009, der Klägerin Fr. 5'250'000.- nebst Zins zu 5 % auf Fr. 2'059'130.70 seit 10. Juni 1998, auf Fr. 1'458'831.65 seit 26. Juni 1998 und auf Fr. 1'705'037.65 seit 13. Juli 1998, abzüglich Fr. 64'208.35 und abzüglich Fr. 374'854.- (Fr. 1'030'000.- minus Fr. 655'146.-) nebst Zins zu 5 % seit 24. Januar 2000 zu bezahlen. Das Obergericht des Kantons Zug wies eine dagegen gerichtete Berufung am 8. November 2011 ab.

C. Die Beklagte (Beschwerdeführerin) erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 8. November 2011 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen.

Die Klägerin (Beschwerdegegnerin) schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, eventuell auf Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung an die Vorrinstanz. Das Obergericht beantragt, die Beschwerde abzuweisen.

Die Beschwerdeführerin hat eine Replik und die Beschwerdegegnerin eine Duplik eingereicht. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Erwägung 7.1 und 7.5

7.1 Gemäss Art. 49 Abs. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf [...] kann der Käufer die Aufhebung des Vertrages erklären, (a) wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt oder (b) wenn im Falle der Nichtlieferung der Verkäufer die Ware nicht innerhalb der vom Käufer nach Art. 47 Abs. 1 gesetzten Nachfrist liefert oder wenn er erklärt, dass er nicht innerhalb der so gesetzten Frist liefern wird.

Art. 51 CISG mit dem Titel "Teilweise Nichterfüllung" lautet in der deutschen Übersetzung:
"1 Liefert der Verkäufer nur einen Teil der Ware oder ist nur ein Teil der gelieferten Ware vertragsgemäss, so gelten für den Teil, der fehlt oder der nicht vertragsgemäss ist, die Artikel 46-50.
2 Der Käufer kann nur dann die Aufhebung des gesamten Vertrages erklären, wenn die unvollständige oder nicht vertragsgemässie Lieferung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt."

Art. 51 CISG soll klarstellen, dass sich bei teilweiser Nicht- oder teilweise mangelhafter Erfüllung die allgemeinen Rechtsbehelfe des Käufers, darunter das Recht auf Vertragsaufhebung gemäss Art. 49 CISG, grundsätzlich auf den fehlenden oder nicht vertragsgemässen Teil beschränken und damit eine Teilaufhebung des Vertrages möglich ist [...]. Die herrschende Lehre geht davon aus, die Anwendung von Art. 51 CISG und damit die Möglichkeit der Teilaufhebung setze voraus, dass ein Kaufvertrag mehrere Waren erfasse, die je eine eigenständige wirtschaftliche Einheit bilden. Dies treffe nicht zu, wenn eine Maschine oder eine Produktionsanlage als eine aus verschiedenen Bestandteilen zusammengesetzte einheitliche Sachgesamtheit verkauft werde [...]. Zum Teil wird jedoch unter Berufung auf den Schiedsspruch Nr. 7660 der Internationalen Handelskammer vom 23. August 1994 [...] die Meinung vertreten, etwas anderes gelte, wenn der fehlende Teil der Maschine oder Anlage ohne Weiteres austauschbar sei [...].

7.5 Da das CISG die Verjährung nicht regelt, richtet sich diese vorliegend nach Schweizer Recht [...], das für die Verjährung von Ansprüchen wegen mangelhafter bzw. nicht vertragsgemässer Warenlieferung eine Verjährungsfrist von einem Jahr ab Ablieferung der Sache an den Käufer vorsieht (Art. 210 Abs. 1 OR) und bestimmt, dass die Einrede des Käufers wegen vorhandener Mängel bestehen bleibt, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist (Art. 210 Abs. 2 OR). Nach dieser Regelung kann der Käufer bei der Anwendbarkeit des CISG verjahrte Ansprüche aus einer Vertragsverletzung noch einredeweise geltend machen, wenn er diese dem Verkäufer gemäss Art. 39 CISG angezeigt hat [...].

BGE 145 III 383 («Konkludente Abwahl CISG»)

Regeste:

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 4 Bst. a des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG); Berufung auf Grundlagenirrtum bei Anwendbarkeit des CISG?

Das CISG enthält abschliessende Rechtsbehelfe für den Fall der mangelhaften Kaufsache, weshalb - im Gegensatz zur Rechtslage nach innerstaatlichem Recht - die alternative Berufung auf Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bei Anwendbarkeit des CISG ausgeschlossen ist (E. 5).

Sachverhalt

Die A. (Käuferin, Beschwerdeführerin) ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Basel, die bei der B. d.d. (Verkäuferin, Beschwerdegegnerin 1) mit Sitz in U., Slowenien und ihrer schweizerischen Tochtergesellschaft der B. (Schweiz) AG (Verkäuferin, Beschwerdegegnerin 2) während Jahren diverse elektronische Drehstromzähler bestellte bzw. einkaufte.

Nachdem die Verkäuferin 1 die Käuferin über die Möglichkeit von Haarbildungen und daraus resultierenden Messfehlern (sog. "Whiskers"-Problem) bei einem gewissen Typ der Drehstromzähler informiert hatte, erklärte die Käuferin gegenüber den Verkäuferinnen, sie erachte sämtliche Verträge betreffend Lieferung von Stromzählern zufolge Irrtums für unverbindlich und forderte diese auf, den Kaufpreis zuzüglich Zinsen gegen Herausgabe der Stromzähler rückzuerstatten. Die Verkäuferinnen kamen der Aufforderung nicht nach.

Das Zivilgericht Basel-Stadt hiess die Klage der Käuferin mehrheitlich gut, da es zum Schluss kam, die Kaufverträge seien aufgrund Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR) ex tunc unwirksam.

Das mit Berufung angerufene Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt ging hingegen davon aus, auf den Vertrag sei das CISG anwendbar, welches die Berufung auf Grundlagenirrtum verdränge und wies die Klage ab.

Das Bundesgericht bestätigt den Entscheid des Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt und weist die Beschwerde ab.

Erwägung 5.3

5.3 Der Vorbehalt zugunsten internen Rechts nach Art. 4 CISG gilt nur, wenn das Übereinkommen die Angelegenheit nicht ausdrücklich selbst regelt. Der Begriff "ausdrücklich" ("expressly", "disposition expresse") bedeutet in diesem Zusammenhang nicht etwa, dass das Übereinkommen allfällige Abweichungen jeweils als solche bezeichnen muss, sondern es

reicht, wenn es für einen Sachverhalt eine abschliessende Regelung bereithält [...]. Vor diesem Hintergrund ist durch eine Interpretation der Normen des CISG nach der erfassten Regelungsmaterie zu fragen [...]. Entscheidend ist, ob eine Sachfrage von den Verfassern des Übereinkommens gesehen und mit einer zumindest "funktional äquivalenten" Lösung geregelt wurde [...]. Dass das Übereinkommen innerhalb seines ermittelten Regelungsbereichs konkurrierende Bestimmungen des internen Rechts verdrängt, setzt dabei zusätzlich voraus, dass es für die jeweilige Sachfrage exklusiven Geltungsanspruch erhebt. Dies ist fast durchwegs der Fall [...].

5.3.1 Die rechtliche Behandlung von Willensmängeln und deren Folgen wird grundsätzlich vom CISG nicht geregelt und richtet sich daher soweit nach dem vom internationalen Privatrecht berufenen Recht, als das CISG nicht bezüglich bestimmter Aspekte eine "funktional äquivalente" Regelung bereithält [...]. So enthält das Übereinkommen insbesondere keine Bestimmungen zu Willensmängeln, die auf Erklärungshandlungen oder schuldhafter Irreführung beruhen, namentlich Drohung oder Täuschung [...]. Dagegen enthält das CISG mit seinen Normierungen betreffend die vertragliche Beschaffenheit der Kaufsache, welche auch den Kenntnisstand des Käufers berücksichtigen, eine dem Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) funktionale äquivalente Regelung [...]. Namentlich ist bereits dem Marginale des Abschnitts II (Art. 35 ff. CISG) zu entnehmen, dass das Übereinkommen verschiedene Bestimmungen zur "Vertragsmässigkeit der Ware" bereit hält, wobei eine Haftung des Verkäufers insbesondere ausgeschlossen wird, wenn der Käufer bei Vertragsabschluss die Vertragswidrigkeit der Ware kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte (Art. 35 Abs. 3 CISG). Abschnitt III (Art. 45 ff. CISG) statuiert sodann die Rechte des Käufers im Falle der Vertragsverletzung durch den Verkäufer; in Bezug auf eine nicht vertragsgemässen oder unvollständige Lieferung ist die Aufhebung des gesamten Vertrags nur vorgesehen, wenn diese eine "wesentliche Vertragsverletzung" darstellt (Art. 51 Abs. 2 CISG).

Da sich das Übereinkommen nach dem vorstehend Gesagten nicht zu Irrtümern äussert, die auf Erklärungshandlungen beruhen, um insoweit einen Rückgriff auf internes Recht zu ermöglichen, hingegen eine dem Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) funktionale äquivalente Regelung enthält, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten aus der bisherigen Rechtsprechung zu Willensmängeln unter dem CISG ableiten, wonach die Berufung auf einen Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR auch bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des CISG zulässig ist [...].

5.3.2 Sodann spricht nichts für die Annahme, dass das CISG ausnahmsweise keine exklusive Geltung beansprucht und betreffend den im Übereinkommen abschliessend geregelten Lebenssachverhalt der nicht vertragsgemässen Beschaffenheit einer gelieferten Sache parallel die Berufung auf innerstaatliche Rechtsbehelfe zulässt. Insbesondere ist kein zwingendes

rechtspolitisches Bedürfnis erkennbar, das die konkurrierende Anfechtung nach innerstaatlichem Recht fordern würde [...]. Demgegenüber sieht das CISG eine Vertragsaufhebung im Interesse der effizienten Streitbeilegung zu Recht nur als ultima ratio vor [...]. Denn im für den internationalen Handel typischen Überseeverkehr ist die Vertragsaufhebung wegen der Notwendigkeit des Rücktransports der Ware bzw. der Einlagerung und anderweitigen Veräusserung für die Verkäuferin ausserordentlich belastend [...]. Ein Rückgriff am Übereinkommen vorbei auf Bestimmungen internen Rechts zur Anfechtung der Gültigkeit zufolge Irrtums betreffend Eigenschaften der Kaufsache würde diesen im CISG vorgenommenen Interessenausgleich stören und die angestrebte Vereinheitlichung der Anspruchsgrundlagen untergraben [...]. Deshalb ist davon auszugehen, dass das CISG insoweit ausschliessende und internes Recht ausschliessende Geltung beansprucht [...].

5.3.3 Entgegen dem, was den wenig differenzierten Ausführungen in der Botschaft vom 11. Januar 1989 betreffend das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf [...] und der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung [...] allenfalls entnommen werden könnte, verbietet sich damit der Rückgriff auf interne Normen zur Gültigkeitsanfechtung, soweit es sich um Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts handelt. Daran ändert auch nichts, dass es der Käuferin nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung möglich ist, sich alternativ zu den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen (Art. 197 ff. OR) auf Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) zu berufen [...]. Denn insoweit die Beschwerdeführerin aus der Rechtsprechung zum OR einen Widerspruch abzuleiten versucht, übergeht sie, dass das Übereinkommen nach Art. 7 Abs. 1 CISG autonom auszulegen ist, womit nationalrechtliche dogmatische Kategorien und Terminologien untauglich sind [...]. Die anzustrebende weltweit einheitliche Anwendung setzt ein rechtsvergleichendes Vorgehen sowie die Bereitschaft voraus, einer bestimmten Auslegung, die sich in einer dominierenden Anzahl von Staaten etabliert hat, gegenüber seiner eigenen Anschauung den Vorzug zu geben [...]. Aus diesem Grund ist auch der von der Beschwerdeführerin erwähnte Entscheid des Obersten Gerichtshofs Österreichs zur Alternativität der Rechtsbehelfe nicht einschlägig, zumal er ebenfalls zum unvereinheitlichten österreichischen Recht erging [...].

Sodann mag zutreffen, dass die von der Vorinstanz zitierten Entscheide aus Ländern stammen, welche die Alternativität der Rechtsbehelfe auch unter innerstaatlichem Recht nicht zu lassen [...]. Ebenso auffällig ist indessen, dass der Rechtsstandpunkt der Beschwerdeführerin nahezu ausschliesslich von Autoren vertreten wird, deren Rechtsprechung zum unvereinheitlichten Recht - wie etwa die österreichische oder schweizerische Praxis - das Nebeneinander vom kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht und Vertragsanfechtung wegen Irrtum zulässt [...]. Hinzu kommt, dass es sich hierbei soweit ersichtlich einzig um ältere Lehrmeinungen handelt [...]. Demgegenüber vertritt nicht nur die herrschende internationale Lehre, sondern vermehrt

auch die schweizerische den Ansatz der exklusiven Anwendung des CISG, soweit es um Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit der Kaufsache geht. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gehören dazu nicht nur die Autoren, welche die bунdesgerichtliche Praxis zur Alternativität der Rechtsbehelfe kritisieren [...].

