

eine Verteilung des Schadens nach dem in Erwägung 4 ausgeführten richtig. Und was die Art und Weise der Verteilung anbelangt, so mag es einerseits hart erscheinen, den Kläger, den nur ein leichtes Verschulden, die Außerachtlassung der äußersten Sorgfalt, trifft, mit mehr als 50 % des Schadens zu belasten; aber auf der andern Seite ist zu berücksichtigen, daß der Beklagte nur auf Grund der Kausalhaftung in Anspruch genommen werden kann, und daß nun hier, wo der Beklagte nicht einmal am Orte, in dem das schadensstiftende Werk sich befindet, wohnt, eine gewisse Milde ihm gegenüber nicht unangemessen erscheint. Das vorinstanzliche Urteil ist daher auch mit Bezug auf das Maß zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

In Abweisung beider Berufungen wird das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 11. Juni 1903 in allen Teilen bestätigt.

### 83. Urteil vom 12. Dezember 1903

in Sachen **Maschinenfabrik St. Georgen, Gottfried v. Süßkind**,  
Bekl. u. Ver.-Kl., gegen **Stücheli**, Kl. u. Anschl.-Ver.-Kl.

**Werkvertrag.** — Ein Recht des Unternehmers zur Vornahme unentgeltlicher Verbesserungen existiert nicht. Art. 358 Abs. 2 O.-R. — Mängelrüge; Preisminderungs-, bzw. Conventionalstraf-Anspruch. Ermässigung der Conventionalstrafe, Art. 182 O.-R. Grundsätze hierüber.

A. Mit Urteil vom 25. Juli/27. August 1903 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen, in Aufhebung eines die Klage zur Zeit abweisenden Urteils des Bezirksgerichtes Tablat, über die Rechtsfrage:

Ist nicht gerichtlich zu erkennen, die Beklagte habe die klägerische Forderung im Betrage von 19,388 Fr. nebst 5 % Zinsen seit 13. Mai 1902 anzuerkennen und zu bezahlen?

und die Gegenrechtsfrage:

Ist nicht die Klage im Sinne des Anhanges abzuweisen?

erkannt:

Die Klage ist im Betrage von netto 12,000 Fr. nebst 5 % Zinsen seit 13. Mai 1902 geschützt, im übrigen abgewiesen.

Aus dem Anhang zur Gegenrechtsfrage ist folgendes Anerbieten hervorzuheben:

„Die Beklagte offeriert folgende Leistungen:

„1. Änderung der Tourenzahl im Sinne von Ziff. 2 des Gutachtens Prasil (66,9 %).

„2. Verbesserung der Schieberkonstruktion (1,8 % bzw. 68,7 %).“

Die entsprechenden Stellen in der Rechtsantwort der Beklagten vom 21. Mai 1902 lauten:

„Der Beklagte erklärt sich aus freien Stücken zu folgenden Leistungen bereit:

„1. Änderung der Tourenzahl im Sinne des Gutachtens Prasil.

„2. Verbesserung der Schieberkonstruktion im Sinne desselben Gutachtens.

„3. Der Beklagte erneuert noch einmal seine Offerte vom 13. Dezember 1901“ (Einsetzen einer Francissturbinen in den bestehenden Turbinenkessel).

B. Gegen das vorstehende Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und beantragt:

1. Es sei die Beklagte im Sinne des Anhangs zur Gegenrechtsfrage zu den beantragten und von der Expertise vorgeschlagenen Änderungen und Verbesserungen an der streitigen Turbine berechtigt zu erklären;

2. eventuell sei die vom Kantonsgericht zugesprochene Summe erheblich und zwar um mindestens 6000 Fr. zu reduzieren.

C. Der Kläger hat rechtzeitig die Anschlußberufung erklärt, mit dem Rechtsbegehren:

Es sei in teilweiser Abänderung des Vorbescheides des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 20. Januar 1903 und des Haupturteils vom 25. Juli 1903 die klägerische Forderung im Betrage von 19,388 Fr. nebst 5 % Zinsen seit 13. Mai 1902 im vollen Umfange zu schützen, unter Abweisung der Rechtsbegehren der Beklagten und Berufungsklägerin.

D. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien ihre Anträge mündlich begründet.

Der Vertreter der Beklagten hat beantragt, es sei die Beklagte auch zur unentgeltlichen Ausführung des von den gerichtlichen Experten vorgeschlagenen Umbaues der Turbinenanlage zuzulassen; hiezu sei die Beklagte von Anfang an erbötig gewesen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der vorliegende Rechtsstreit beruht auf folgendem Tatbestande:

a. Mit Vertrag vom 10./16. November 1899 bestellte der Kläger bei der Beklagten eine zum Betriebe seiner Mühle in Mörlikon bestimmte, in Rosenthal zu errichtende Überdruck-Turbinenanlage mit Transmission im Kostenvoranschlage von circa 16,500 Fr. unter folgenden im Vertrage festgesetzten Bedingungen:

1. Die Turbine ist für folgende Daten zu konstruieren: Minimalwassermenge 500 Sekundenliter; Maximalwassermenge 1000 Sekundenliter; Bruttogefälle 12,5 Meter.

2. Garantie: „Bei halber Beaufschlagung, d. h. bei einem Wasserquantum von mindestens 500 Sekundenliter ein Nutzeffekt von 78 %, für Solidität, tadellosen Gang und ebensolche Ausführung des Ganzen, sechs Monate vom Tage der ersten Inangabelegung an gerechnet. Sollte während dieser Garantiezeit irgend ein gelieferter Teil sich wegen mangelhafter Konstruktion oder Materialfehler als unbrauchbar erweisen, so verpflichtet sich die Maschinenfabrik St. Georgen, denselben schnellstens zu reparieren oder durch einen neuen unentgeltlich zu ersetzen u. s. w. Wird bei den vorgeschriebenen Verhältnissen der garantierte Nutzeffekt von 78 % nicht erreicht, so vergütet die Maschinenfabrik St. Georgen jedes fehlende Prozent mit eintausend Franken.“

3. Lieferzeit: Mit der Montierung soll 4 Monate nach Unterzeichnung des Vertrages begonnen werden.

Bei den dem Vertragsabschlusse vorangegangenen Unterhandlungen war ursprünglich von einer Francissturbine die Rede gewesen.

b. Die Erstellung der Anlage erfolgte erst im Frühjahr, die Inbetriebsetzung im Sommer 1900.

Die Konstruktion und Montierung der Anlage stellte sich bald

als mangelhaft heraus. Im Einverständnis beider Parteien führte die Beklagte eine Reihe von Reparaturen aus. Infolge dieses und anderer Umstände konnte die Bremsprobe erst im Oktober 1901 erfolgen. Dieselbe, durch Professor Brasil vorgenommen, ergab einen Nutzeffekt von bloß 53,8 %. In seinem Gutachten vom 8. Dezember 1901 erklärt Professor Brasil u. a. folgendes:

1) Für die Beurteilung des Garantiemantoss ist bei dem Umstande, daß es bloß einer Umwechslung der Riemenscheibe am Generator bedarf, um auf richtige Tourenzahl zu kommen, der höchst erreichbare Wirkungsgrad in Berechnung zu ziehen, also etwa 66,9 % entsprechend 15 Zellen Beaufschlagung.

2) Ebenso ist es billig, eine noch weiter erreichbare Erhöhung des Wirkungsgrades durch Verbesserung der Schieberkonstruktion, bezw. deren Dichtigkeit zu berücksichtigen; bei 15 offenen, also 12 geschlossenen Zellen könnte die Verbesserung im Maximum circa 12 Sekundenliter Wasserersparnis und somit eine Maximaler-

höhung des Wirkungsgrades um  $\frac{12 \cdot 100}{643} = 1,8 \%$  ergeben, so

daß schließlich mit einem erreichbaren Wirkungsgrad von

$$66,9 + 1,8 = 68,7 \%$$

bei 15 offenen Zellen (der Wirkungsgrad gemessen an der horizontalen Welle) zu rechnen wäre.

3) Mit Rücksicht jedoch auf das Bedürfnis einer rationellen Anlage insbesondere bei kleinem Wasserkonsum, damit der Weiber rationell ausgenützt werden kann, scheint ein Vergleich auf Basis des Einbaues einer neuen Turbine, bei der die Wahl des Systems obigem Bedürfnis in richtiger Weise angepaßt wird, angezeigt.

c. Am 11. Dezember 1901 schrieb der Kläger an die Beklagte: „Ich bin im Besitze des Gutachtens nebst der dazu gehörigen Akten betreffend der Bremsprobe der von Ihnen gelieferten Turbine. Nachdem das Resultat derselben mit den Vertragsbestimmungen nicht im Einklang steht, gewärtige ich Ihre bezügl. Vorschläge innert kürzester Frist.“

In der Folge kam es zu keiner Einigung.

2. Der Kläger beruft sich auf das von Professor Brasil berechnete, 24,2 % betragende Manko an Nutzeffekt, bestreitet dagegen jegliches Recht der Beklagten zur Vornahme der im Gutachten

angeregten Verbesserungen. Seine Rechnung stellt sich wie folgt:

24,2 % Manko an Nutzeffekt, laut Vertrag zu 1000 Fr. per Prozent . . . . .	Fr. 24,200 —
Unerkannte Gegenforderung . . . . .	„ 4,811 65
Saldo zu Gunsten des Klägers . . . . .	Fr. 19,388 35

Die Beklagte bestreitet, daß der Nutzeffekt nur 53,8 % betrage und bemängelt die Art und Weise, wie Professor Brasil denselben berechnet. Dagegen ist sie erbötig, eine Anzahl Verbesserungen unentgeltlich auszuführen (vgl. Fakt. A und C hievon). Eventuell verlangt sie eine bedeutende Reduktion der Konventionalstrafe.

Die vom Kantonsgericht bestellten gerichtlichen Experten erklären, die halbe Beaufschlagung lasse sich bei dem vorhandenen 27 Zellen zählenden Leitrad überhaupt nicht herstellen; es müsse daher bei der Ermittlung des Nutzeffektes die der halben Beaufschlagung zunächst liegende Zahl von 15 Zellen als Grundlage dienen. Sodann wird der Sinn des folgenden im Vertrage enthaltenen Satzes erörtert: „Der Bremsapparat soll auf die horizontale Vorgelegwelle im Turbinenhaus befestigt werden und das Gewicht des Bremsapparates für den Reibungsverlust in Rechnung gezogen werden.“ Die Experten gelangen dabei aus technischen Gründen zu dem Schlusse, daß der Nutzeffekt zwar am Vorgelege zu messen, dagegen auf die vertikale Turbinenwelle zu beziehen sei. Was schließlich die bei der Messung zu beobachtende Geschwindigkeit bzw. die Tourenzahl des Vorgeleges betreffe, so müsse angenommen werden, daß die Garantieziffer sich auf die in den Plänen angegebene Tourenzahl von 241,4 beziehe.

Unter Beobachtung dieser Grundsätze berechnen die Experten den Nutzeffekt auf 60 % und den Kraftverlust bei einer Wassermenge von 750 Sekundenliter auf 14 HP, was einen Geldwert von circa 35,000 Fr. darstelle, bemerken aber, daß bei einer mit einem Kostenaufwande von nur 150 Fr. zu bewirkenden Reduktion der Tourenzahl auf 200 der Nutzeffekt auf 65,1 % erhöht und der Kraftverlust auf 10 HP (was einer Summe von 25,000 Fr. entspreche) reduziert werden könnte.

Nun liege aber, wird weiter ausgeführt, die Möglichkeit vor, die Anlage mit einem bedeutend geringeren Kostenaufwand in den vertragsmäßigen Zustand zu setzen. Zwar sei der von der Beklagten gemachte Vorschlag, in den bestehenden Turbinenkessel eine

Francisturbine einzubauen, mit Rücksicht auf den vorhandenen Näderbetrieb praktisch nicht durchführbar. Dagegen sei der garantierte Nutzeffekt dadurch zu erreichen, daß man die bestehende Turbine vollständig abbreche und an die bestehende Leitung eine Francisturbine mit horizontaler Ase anbaue. Die Kosten derselben, betriebsfähig aufgestellt, würden sich mit Einrechnung der Bauarbeiten auf rund 8000 Fr. belaufen, wovon noch der Gegenwert der jetzigen Turbine (zu Alteisenpreisen) in Abzug zu bringen wäre. Der Grundfehler der ganzen Anlage bestehe darin, daß nicht von Anfang an eine Francisturbine gewählt worden sei.

Was die durch die wiederholten Abänderungen an der Turbine verursachten Betriebsstörungen betreffe, so werde, da während der Stillstände der Turbinenanlage in Rosenthal die Dampfreserve in Mörikon in Anspruch genommen worden sei, der entstandene Schaden durch die Mehrkosten der Dampfreserve ausgedrückt. Dies ergebe für 23 1/2 Tage 1880 Fr.

Endlich hätte noch ein weiterer Schaden in Betracht kommen können, wenn nämlich infolge der geringeren Kraftleistung der Rosenthaler Turbine die Dampfreserve in Mörikon fortwährend hätte in Anspruch genommen werden müssen. Es schein indessen, daß seit Erstellung der Anlage in Rosenthal diese Dampfreserve wenig mehr in Funktion getreten sei. Ein Schaden in dieser Richtung sei auch vom Kläger nicht behauptet worden, und der Umfang desselben ließe sich zudem nur an Hand der Betriebsbücher des Klägers bestimmen.

3. . . . .

Die Vorinstanzen gehen mit Recht davon aus, daß das dem Prozesse zu Grunde liegende Rechtsverhältnis dasjenige des Werkvertrages ist. Ebenso ist den Vorinstanzen darin beizupflichten, daß das von der Beklagten gelieferte Werk die vertraglich zugesicherten Eigenschaften nicht besitzt. Die Beklagte hat letzteres übrigens nicht bestritten, beansprucht dagegen grundsätzlich das Recht zur Vornahme von Verbesserungen, d. h. sie bestreitet den Anspruch des Klägers auf Preisminderung bzw. auf Bezug der Konventionalstrafe und bietet ihrerseits die unentgeltliche Vornahme von Verbesserungen an. Hierauf bezieht sich das erste Berufungsbegehren der Hauptberufungspartei.

Muß somit in erster Linie untersucht werden, ob der Beklagten

das Recht zustehe, selber die Fehler des Werkes zu verbessern, so ist zunächst zu bemerken, daß Art. 358 Abs. 2 D.-R. sogar bei „minder erheblichen Mängeln oder Abweichungen vom Vertrage“ über ein solches Recht des Unternehmers nicht nur nichts bestimmt, sondern geradezu dem Besteller die Wahl gibt, entweder einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Akkordpreise zu machen, oder aber, sofern dies dem Unternehmer nicht übermäßige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz zu verlangen (vgl. Hafners Kommentar, Art. 358 Noten 3 b und 5). In casu ist nun allerdings die Vornahme von Reparaturen während eines Zeitraumes von sechs Monaten nach der ersten Inangabelegung im Vertrage vorgesehen. Diese Frist von sechs Monaten ist indessen längst abgelaufen, und außerdem fällt in Betracht, daß die von der Beklagten angebotenen, im Anhang zur Gegenrechtsfrage angeführten und auch vom Privatexperten Professor Prajil empfohlenen Verbesserungen (Reduktion der Tourenzahl auf 200, Verbesserung der Schieberkonstruktion) nach dem hier allein maßgebenden Gutachten der gerichtlichen Experten nicht geeignet wären, die Mängel der gelieferten Turbinenanlage vollständig zu heben. Insbesondere könnte nach den Experten der gegenwärtig 60 % betragende Nutzeffekt durch die Reduktion der Tourenzahl immerhin nur auf 65,1 % gebracht, der garantierte Nutzeffekt von 78 % also nicht sichergestellt werden. Dasselbe gilt nach der gerichtlichen Expertise von dem Einbau einer Francisturbine in den bestehenden Turbinenkessel, einer Verbesserung, die ebenfalls in dem angeführten Privatgutachten angeregt und von der Beklagten mit Schreiben vom 13. Dezember 1901, sowie in der Klagebeantwortung vom 21. Mai 1902 angeboten worden ist (vgl. Fakt. A hievor). Was aber das Begehren um Zulassung zur unentgeltlichen Ausführung des von den gerichtlichen Experten vorgeschlagenen Umbaues der ganzen Anlage betrifft (vgl. Fakt. D hievor), so kann auf dasselbe schon aus dem Grunde nicht eingetreten werden, weil, entgegen der heute aufgestellten Behauptung der Beklagten, aus den Akten nicht ersichtlich ist, daß ein diesbezügliches Anerbieten schon vor den kantonalen Instanzen erfolgt sei. (Vgl. im übrigen Entsch.

d. Bundesger., Amtl. Samml., Bd. XX, S. 647 Erw. 4; Bd. XXIV, 2, S. 415 Erw. 5.)

4. Im weitern könnte die Frage aufgeworfen werden, ob der Kläger, gestützt auf Art. 358 Abs. 1 D.-R., das Werk zurückzubieten berechtigt sei. Die Klagpartei hat jedoch diesen Anspruch nicht geltend gemacht, und es wäre auch in dem Gebrauche der Anlage ein Verzicht auf denselben zu erblicken.

Dagegen liegt in dem Gebrauche, wenigstens in concreto, nachdem die Mängel rechtzeitig und in gehöriger Form gerügt worden waren (vgl. sub 1 c hievor), kein Verzicht des Klägers auf den ihm nach Art. 358 Abs. 2 zustehenden Preisminderungsanspruch bezw. auf die laut Vertrag denselben ersetzende Forderung der Konventionalstrafe. Wie nämlich die Vorinstanz zutreffend ausführt, trägt die hier in Betracht fallende Vertragsbestimmung zweifellos den Charakter der Konventionalstrafe. Diese Strafe ist vom Standpunkte des Art. 17 D.-R. nicht zu beanstanden, sondern der Richter hat nur gemäß Art. 182 darüber zu entscheiden, ob die Strafe zu dem zu schützenden Interesse bezw. zu dem dem Gläubiger wirklich erwachsenen Schaden in einem offenbaren Mißverhältnis stehe. Ist dies der Fall, so ist die Konventionalstrafe zu ermäßigen, andernfalls ist sie zuzusprechen.

5. Fragt es sich somit, ob in casu die Konventionalstrafe übermäßig sei oder nicht, so ist einerseits davon auszugehen, daß deren Höhe bei der durch die gerichtlichen Experten berechneten Minderleistung von 18 % laut Vertrag 18,000 Fr. betragen würde, und andererseits ist der dem Kläger in Tat und Wahrheit erwachsene Schaden bezw. das Erfüllungsinteresse desselben zu bestimmen.

Was nun diesen letztern Punkt betrifft, so erklären die Experten, daß der garantierte Nutzeffekt nur durch Abbruch der gelieferten Überdruckturbine und Anbau einer Francisturbine an die bestehende Leitung erreicht, aber durch dieses Mittel vollständig erreicht werden könnte. Die Kosten der neuen Turbine würden sich mit Einrechnung der Bauarbeiten auf rund 8000 Fr. belaufen, wovon noch der Gegenwert der jetzigen Turbine (zu Alteisenpreisen) in Abzug zu bringen wäre.

Zu der auf diese Weise festzusetzenden direkten Schädigung tritt nun aber der durch die wiederholten Betriebsstörungen verursachte

indirekte Schaden. Es ist unbestritten, daß während der Stillstände der Turbine die Dampfreserve des Klägers in Mörikon in Anspruch genommen worden ist, so daß, wie die Experten ausführen, der auf die Betriebsstörungen zurückzuführende Schaden durch die Mehrkosten der Dampfreserve ausgedrückt wird. Diese Mehrkosten werden zu 80 Fr. per Tag berechnet, was für die 23 1/2 Tage, während welcher der Betrieb infolge der Reparaturen eingestellt werden mußte, 1880 Fr. ausmacht.

Die weitere Frage, ob dem Kläger auch insofern ein Schaden erwachsen sei, als er seit der Inbetriebsetzung der mangelhaften Turbinenanlage nur 60 statt 78 % Nutzeffekt erzielt, d. h. 14 HP weniger zur Verfügung gehabt habe, ist zu verneinen. Denn auf Ersatz dieses anscheinend verloren gegangenen Wertes hat der Kläger selbstverständlich nur dann einen Anspruch, wenn er für die fehlenden 14 HP eine Verwendung hatte, d. h. wenn er sie sich tatsächlich anderweitig hat verschaffen müssen, oder trotz Bedarf nicht hat verschaffen können. Dies ist nun aber durchaus nicht der Fall, denn die Experten konstatieren, und die Beklagte hat nicht bestritten, daß seit Erstellung der Anlage in Rosenthal die Dampfreserve des Klägers in Mörikon „wenig mehr“, d. h. offenbar nur während der Reparaturen der Turbinenanlage in Funktion getreten ist, und der Kläger hat demgegenüber weder geltend gemacht, daß er sich auf andere Weise Kraft verschafft habe, noch daß die Deckung seines an Hand der Geschäftsbücher zu schätzenden Kraftbedürfnisses überhaupt unmöglich gewesen sei.

6. Kann somit von einem dem Kläger infolge Verlustes von 14 HP entstandenen Schaden keine Rede sein, so ist andererseits zu beachten, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um die Ausrechnung einer genau dem strikte nachgewiesenen Vermögensschaden entsprechenden Summe, sondern vorerst lediglich um eine Vergleichen der 18,000 Fr. betragenden Konventionalstrafe mit dem annähernd zu schätzenden Erfüllungsinteresse des Klägers handelt. Es sind deshalb als in den Bereich der durch die Konventionalstrafe zu schützenden Interessen fallend eine Reihe von Momenten zu berücksichtigen, die bei einer eigentlichen Schadenerfaz- oder Preisminderungsklage nicht ohne weiteres und zum Teil überhaupt nicht von Einfluß sein könnten. So vor allem das Interesse des Klägers, bei einem allfälligen Prozesse des

stritten Schadensnachweises enthoben zu sein; so auch sein Interesse, die Beklagte durch eine empfindliche Konventionalstrafe zur befriedigenden Vertragsleistung anzuspornen; ferner das Interesse am Besitze einer tadellosen Fabrikanlage, nicht minder an der Vermeidung von Widerwärtigkeiten und Inkonvenienzen aller Art, wie sie sich bei der Mangelhaftigkeit eines Werkes und bei Betriebsstörungen erfahrungsgemäß immer einstellen und ziffermäßig kaum nachweisbar sind; sodann, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, das in Geld schwer zu schätzende Interesse des Fabrikherrn an der Hebung der Arbeitslust im allgemeinen u. s. w.

Die Berücksichtigung all dieser mehr oder minder materiellen Erfüllungsinteressen führt zu der Erkenntnis, daß in casu eine Konventionalstrafe, welche den nachgewiesenen Vermögensschaden (vgl. Erwägung 5 hievon) um bloß einige Tausend Franken übersteigen würde, nicht als übermäßig zu bezeichnen wäre. Dagegen ist letzteres nun allerdings der Fall bei der nach den Bestimmungen des Vertrags auf 18,000 Fr. zu berechnenden Summe, welche dem Kläger zuzusprechen wäre, wenn die in Rede stehende Pönalstipulation in vollem Umfange geschützt würde. Denn eine Vertragsstrafe erscheint jedenfalls dann als übermäßig, wenn sie zu dem zu schützenden Interesse in einem derartigen Mißverhältnis steht, daß gesagt werden muß, der Schuldner habe sich beim Vertragsabschluß über die Höhe der Strafe offenbar keine Rechenschaft gegeben, ansonst er den Vertrag nicht würde unterzeichnet haben. Solche an das Verhältnis bei wesentlichem Irrtum über den Umfang der versprochenen Leistung (vgl. Art. 19 Ziff. 4 D.-R.) erinnernde Umstände haben nun aber in casu unzweifelhaft obgewaltet. Ist es nämlich überhaupt schon bei Festsetzung einer Konventionalstrafe in Prozenten statt in Form einer zum voraus bestimmten Summe besonders häufig, daß sich die Parteien über die Tragweite der Strafstipulation nicht genügend Rechenschaft geben, so erscheint ein solcher Irrtum im vorliegenden Falle als ganz besonders naheliegend. Nach dem Gutachten der gerichtlichen Experten ist nämlich der Grundfehler der ganzen Anlage darin zu erblicken, daß nicht von Anfang an eine Francisturbine statt einer Überdruckturbine eingebaut wurde. Nun steht aber fest, daß ursprünglich in der Tat von einer Francisturbine die Rede gewesen war, und es ist sicher, daß die Beklagte einen

Nutzeffekt von 78 %, mit tausend Franken Strafe für jedes fehlende Prozent, nicht garantiert haben würde, wenn sie sich darüber Rechenschaft gegeben hätte, daß für die Rosenthaler Verhältnisse mit einer Überdruckturbine bedeutend weniger Nutzeffekt zu erreichen war, als mit einer Francisturbine. Dazu kommt, daß in casu die Konventionalstrafe, welche doch nach der Meinung der Parteien in erster Linie ein Ersatz für den Mindervwert der Anlage infolge geringern Nutzeffektes sein sollte, den Betrag des Aufordpreises für das ganze Werk um 1000 bis 2000 Franken übersteigt. Es ist aber kaum anzunehmen, die Beklagte habe sogar für den Fall eines bedeutenden Mankos an Nutzeffekt nicht nur auf jeglichen Werklohn verzichtet, sondern außerdem noch eine Selbleistung versprechen wollen.

7. Erscheint nach dem Gesagten die in casu sich ergebende Konventionalstrafe von 18,000 Fr. in der Tat als übermäßig, und hat daher die in Art. 182 D.-R. vorgesehene Ermäßigung derselben stattzufinden, so kann es sich anderseits nicht darum handeln, daß der Richter deshalb von der vertraglichen Regelung des Verhältnisses überhaupt absehe und einfach den ziffermäßig nachgewiesenen Schaden zuspreche. Vielmehr ist von der der Willensäußerung der Parteien entsprechenden Summe auszugehen und dieselbe lediglich auf denjenigen Betrag herabzusetzen, der, wenn er im Vertrage stipuliert wäre, zwar als das gesamte Erfüllungszinteresse reichlich deckend, nicht aber als übermäßig zu bezeichnen wäre. In Berücksichtigung sämtlicher in den vorstehenden Erwägungen gekennzeichneten Umstände des konkreten Falles erscheint es als angemessen, diesen Betrag auf circa 15,000 Fr. anzusetzen, so daß sich nach Abzug der anerkannten Gegenforderung von 4811 Fr. 65 Cts. ein auf 10,000 Fr. abzurundender Saldo zu Gunsten des Klägers ergibt. Von dieser Summe sind schließlich die an sich nicht bestrittenen Kapitalzinsen zu berechnen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

In teilweiser Gutheißung der Berufung der Beklagten wird die von der Beklagten an den Kläger zu bezahlende Summe auf 10,000 Fr. nebst 5 % Zinsen seit 13. Mai 1902 festgesetzt.

84. Arrêt du 12 décembre 1903, dans la cause  
Rod, déf., rec., contre Kirchner & C<sup>ie</sup>, dem., int.

Action en revendication, basée sur un **pactum reservati domini** stipulé dans un contrat de vente. — Obligation du vendeur de restituer les acomptes reçus; nature juridique du pactum reservati domini.

Les nommés Tapernoux et Duc, établis précédemment à Saint-Aubin (Neuchâtel), se décidèrent à construire à Yverdon une usine importante de scierie mécanique sur un terrain acquis par eux. Pour la fourniture des machines, ils s'adressèrent à la maison demanderesse, E. Kirchner & C<sup>ie</sup>, à Leipzig, dont le représentant en Suisse était l'ingénieur Gunther, établi à Genève, puis à Zurich.

A la suite de négociations préliminaires, et par contrat du 9 septembre 1897, Tapernoux et Duc commandèrent aux demandeurs diverses machines du prix total de 26 500 fr., lequel, à teneur du contrat était payable comme suit: « la moitié sera garantie par la banque Crédit Yverdonnois, à partir de la confirmation du présent contrat et payé en espèces à la mise en marche, — un quart, six mois après la mise en marche, par une traite acceptée, remise au monteur, à la pose. Le solde restera déposé entre les mains du Crédit yverdonnois et payé en espèces à la fin de la garantie, c'est-à-dire douze mois après la mise en marche. »

L'art. 5 des conditions générales de livraison, imprimées et faisant partie intégrante du contrat, est conçu, *in fine*, en ces termes:

« Les machines et autres objets de livraison (même ceux commandés ultérieurement), restent notre propriété exclusive (*du vendeur*) jusqu'à ce que le solde du prix d'achat nous soit réglé en espèces; après réception de ce solde, le droit de propriété de l'objet de livraison est reconnu à l'acheteur. Si un paiement était arriéré de plus de quatre semaines, nous (*les vendeurs*) serions en droit de reprendre l'objet livré sans plus de façons. »