

fünf Jahre vermieteten Wohnung mit einer Gesamtfläche von 129 m² (bei einem Durchschnittspreis von 54 Fr. 25 Cts. pro m²) ein Zimmer von 25 m² erst ab 30. September 1926 an die Gebr. Schelhaas zu 1000 Fr. jährlich, und die übrigen Räume von 104 m² erst ab 1. April 1927 an die Elliot Fischer, Flachsreibmaschinen A.-G. zu einem Durchschnittspreis von 58 Fr. 70 Cts. pro m² vermieten konnten. Dieser Betrag kann ihnen jedoch nicht voll zugesprochen werden. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass die Kläger die an den Vertragsabschluss vom 26./27. August 1925 sich anschliessenden Weiterungen in der Korrespondenz und die dadurch geschaffene Unsicherheit über die Rechtslage durch ihr zu wenig aktives Vorgehen und ihre zum Teil widerspruchsvolle Haltung mitverschuldet haben. Angesichts dessen erscheint es als angemessen, die Entschädigung *ex aequo et bono* auf 4000 Fr. festzusetzen. Von dieser Summe hat der Beklagte den eingeklagten Verzugszins von 5% seit 11. Mai 1927 (Datum des Friedensrichtervorstandes) zu leisten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 1927 wird der Beklagte verpflichtet, den Klägern 4000 Fr. nebst 5 % Zins seit 11. Mai 1927 zu bezahlen.

57. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Juni 1928 i. S. Lüscher gegen Bengel.

Art. 107 OR. Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Hat der Gläubiger, welcher Schadenersatz beansprucht, die Möglichkeit, von der Erfüllung der eigenen Leistung abzusehen? (vorausgesetzt dass er noch nicht geleistet hat). Austauschtheorie und Differenztheorie.

Auslegung der Erklärung über die Ausübung des Wahlrechtes nach dem vernünftigen Willen des Gläubigers.

A. — Durch notariellen Vertrag vom 10. Februar 1926 verkaufte die Klägerin Frau Lüscher dem Beklagten

Bengel die ihr gehörende Liegenschaft Untere Rebgasse 31 in Basel, in der sie bis dahin einen Damenfrisiersalon betrieben hatte. Im Kaufpreis von 105,000 Fr. war das auf 10,000 Fr. veranschlagte Geschäftsinventar der Klägerin inbegriffen. Den vor der Fertigung zu entrichtenden Kaufpreis hatte der Beklagte durch Übernahme der bestehenden Hypotheken, Errichtung einer Kaufpreishypothek und eine Barzahlung von 18,000 Fr. aufzubringen.

Da er die Mittel zur Entrichtung der Barzahlung nicht besass und die Klägerin des Geldes dringend bedurfte, um ihre Verpflichtungen aus dem Erwerb eines Geschäftes in Zürich erfüllen zu können, nahm der Beklagte bei der Schweiz. Volksbank einen Kredit von 15,000 Fr. auf; die Klägerin leistete ihm dafür Solidarbürgschaft. Am 6. August 1926 zahlte die Bank nach Abzug ihrer Spesen der Klägerin für Rechnung des Beklagten 14,436 Fr. 10 Cts. aus.

Nachdem der Beklagte am 7. August 1926 die Liegenschaft angetreten, jedoch den Restkaufpreis nicht bezahlt hatte, setzte ihm der Anwalt der Klägerin mit Schreiben vom 3. September 1926 wie folgt Nachfrist zur Erfüllung an :

« Wenn Sie auch bis zum Ablauf dieser Nachfrist (20. Sept. 1926) den vollen Rest der Barzahlung nicht leisten und die Hypotheken nicht ablösen, so wird Frau L. als Verkäuferin auf die nachträgliche Erfüllung verzichten und sofort vom Verträge zurücktreten. Sie ist alsdann genötigt, Sie für den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu belangen..... »

Am gleichen Tage teilte der Anwalt der Klägerin dem Beklagten noch mit, dass die Klägerin mit einem Dritten einen neuen Kaufvertrag über die Liegenschaft abgeschlossen habe und dieser sofort in Kraft trete, wenn der Beklagte innert der gesetzten Nachfrist die restliche Barzahlung von 3563 Fr. 90 Cts. nicht leiste.

Der Beklagte liess die Frist unbenützt verstreichen. Mit Schreiben vom 30. September teilte ihm der

Anwalt der Klägerin mit, dass diese nunmehr endgültig auf die Erfüllung verzichte und Schadenersatz verlange.

Am 5. März 1927 verfügte der Zivilgerichtspräsident, der Beklagte habe die Liegenschaft bis spätestens den 12. März mittags 12 Uhr zu verlassen. Bei Zuwiderhandlung erfolgt Strafanzeige gemäss § 52 des Strafgesetzes wegen Zuwiderhandlung gegen eine amtliche Verfügung. Die Klägerin habe die (Prosektions)-Klage gemäss § 261 innert 16 Tagen zu erheben.

Am 12. März 1927 räumte der Beklagte die Liegenschaft.

B. — Innert Frist reichte die Klägerin Klage auf Bestätigung der vorsorglichen Verfügung vom 5. März 1927 ein; sie behauptet, sie sei begründeterweise und in richtiger Form vom Kaufvertrage zurückgetreten.

C. — Der Beklagte beantragt Abweisung der Klage und widerklageweise Verurteilung der Klägerin und Widerbeklagten zur Rückerstattung der erhaltenen Anzahlung von 14,436 Fr. 10 Cts., sowie zur Zahlung einiger weiterer Beträge.

D. — Die Widerbeklagte verlangt Abweisung der Widerklage, indem sie als Schaden aus der Nichterfüllung des Vertrages verrechnungsweise geltend macht den Mindererlös der Liegenschaft von 10,000 Fr. bei deren Weiterverkauf usw.

E. — In Abänderung des erstinstanzlichen Urteils des Zivilgerichts Basel hat das Appellationsgericht unterm 26. März 1928 die Klage als gegenstandslos erklärt und die Klägerin zur Zahlung von 13,137 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5% seit 6. August 1926 an den Beklagten und Widerkläger verurteilt.

F. — Gegen das Urteil des Appellationsgerichts haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. Die Klägerin und Widerbeklagte: es sei in Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils vom 30. Dezember 1927 die Widerklage abzuweisen, soweit sie den Betrag von 2593 Fr. 35 Cts. übersteige.

2. Der Beklagte und Widerkläger:

Es sei die Klägerin zur Zahlung von 15,891 Fr., nebst Zins zu verurteilen; eventuell es sei der Klägerin nicht der im Urteil des Appellationsgerichtes zugesprochene Betrag zuzusprechen, sondern ein dem Ermessen des Gerichtes nach geringerer Betrag.

Das Bundesgericht hat die Berufung des Beklagten abgewiesen, diejenige der Klägerin dagegen gutgeheissen und, in Wiederherstellung des Urteils des Zivilgerichts vom 30. Dezember 1927, die Klägerin und Widerbeklagte zur Zahlung von 2593 Fr. 35 Cts. nebst Zins an den Beklagten und Widerkläger verurteilt.

Aus den Erwägungen:

Es fragt sich, in welchem Sinne die Klägerin mit ihrer Zuschrift vom 3. September 1926 das in Art. 107 OR vorgesehene Wahlrecht (zum voraus) ausgeübt habe: ob sie auf die nachträgliche Leistung des Beklagten verzichtet und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt habe, oder aber vom Vertrage zurückgetreten sei? Während das Zivilgericht dafür hält, dass offensichtlich ersteres zutrefte und speziell die Eröffnung im zweiten Schreiben der Klägerin vom gleichen Tage, dass im Falle der Nichterfüllung sofort ein anderer Kaufvertrag über die Liegenschaft in Kraft trete, jeden Zweifel an dem Sinne der Erklärung ausgeschlossen habe, vertritt das Appellationsgericht ebenso entschieden die gegenteilige Auffassung: aus jener zweiten Zuschrift der Klägerin folge in « unzweideutiger » Weise, dass sie bei Nichterfüllung nicht bloss auf die Leistung des Beklagten habe verzichtet, sondern auch die eigene Leistung rückgängig machen, also vom Vertrage habe zurücktreten wollen. Allein dieses Argument könnte nur dann als schlüssig betrachtet werden, wenn feststünde, dass der Gläubiger nur bei Rücktritt vom Vertrage, nicht auch im Falle des Verzichtes auf

die nachträgliche Leistung des Schuldners und der Geltendmachung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung, die Möglichkeit habe, von der Erfüllung der eigenen Leistung abzusehen. Nun gehen die Ansichten darüber, ob er in letzterem Falle gehalten sei, selbst zu erfüllen, in Doktrin und Praxis weit auseinander. Freilich kann der Gläubiger alsdann das bereits Geleistete nicht zurückfordern, da ja der Vertrag an sich aufrecht bleibt. Hat er aber noch nicht geleistet, sei es, weil Zug um Zug zu erfüllen ist, sei es weil er nach Vertrag erst später zu erfüllen hat, so wird er nach der sog. Austausch- oder Surrogationstheorie von seiner eigenen Verpflichtung nicht befreit, wenn er vom anderen Vertragsteil Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt; er kann aber, wenn seine Verpflichtung ebenfalls in Geld besteht, sie mit der Schadenersatzforderung verrechnen. Anders verhält es sich bei Zugrundelegung der Differenztheorie. Danach besteht der Schadenersatzanspruch des Gläubigers nicht im Ersatze der ursprünglichen Leistung, sondern in der Differenz des Geldwertes zwischen Leistung und Gegenleistung, da die Gegenleistung nur versprochen werde, um die Leistung zu bewirken, und bei Ausbleiben dieser letzteren dahinfalle. Nach der strengen Differenztheorie wäre sogar dem Gläubiger, der bereits geleistet hat, ein Rückforderungsrecht anzuerkennen, während nach einer mittleren Ansicht der Differenzanspruch nur gegeben ist, wenn der Gläubiger noch nicht selbst geleistet hat und vorzieht, die Leistung nicht mehr zu vollziehen. Auf welchem Boden das OR steht, ergibt sich aus dem Gesetze selber nicht, mit Ausnahme der Bestimmung des Art. 215, die im kaufmännischen Verkehr für den Verkäufer die Differenzregulierung vorsieht. Doch braucht die Frage, die von den Autoren und den Gerichten in verschiedenem Sinne beantwortet wird, hier nicht entschieden zu werden (vgl. einerseits OSER, Anm. III 26 zu OR 97 und III 2 a zu OR 107; BECKER, Anm. 22 zu OR 97; v. TUHR,

OR II S. 550 VI, 503⁶, Deutsche Jur.-Ztg. 1904 S. 759 ff.; ROSSEL, Man. I S. 159 Nr. 226; MARTIN in Zeitschr. f. Schw. R. Bd. 55 S. 111; HONEGGER, Rücktrittsrecht S. 51, welche der Austauschtheorie den Vorzug geben, andererseits GOESCHKE in Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. 60 S. 14 ff., 68 ff., 83 ff.; COMMENT, De la demeure du débiteur S. 109 und 113; BGE 50 II 20/21, Urteil des Bundesgerichts vom 2. Oktober 1924 i. S. Boldrini c. Villa, die eher für die gegenteilige Lösung angerufen werden können, ebenso Entscheid des deutschen Reichsgerichtes 50 Nr. 59). Denn jedenfalls durfte die Vorinstanz nicht schlechthin aus der Erklärung der Klägerin, dass die Liegenschaft bei Nichterfüllung durch den Beklagten anderweitig verkauft werde, auf Ausübung des Wahlrechtes im Sinne des Rücktrittes vom Vertrage schliessen, als ob die heikle Frage, ob der Gläubiger, der von dem im Verzuge befindlichen Schuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, gehalten sei, seinerseits nach wie vor zu erfüllen, als restlos abgeklärt betrachtet werden könnte.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Erklärung des Gläubigers über die Ausübung des Wahlrechtes nicht ausschliesslich nach den darin verwendeten Ausdrücken, sondern nach dem Sinne auszulegen, der ihr in Anbetracht der ganzen Sachlage und nach den besonderen Verumständungen vernünftigerweise zukommt (vgl. BGE 44 II 505, Urteil vom 2. Oktober 1924 i. S. Boldrini c. Villa). Die in der ersten Zuschrift der Klägerin vom 3. September 1926 enthaltene Erklärung ist nun in der Tat insofern widerspruchsvoll, als darin unmittelbar nacheinander von Verzicht auf nachträgliche Erfüllung und von Rücktritt vom Vertrage die Rede ist; aus dem Nachsatz, die Klägerin sei alsdann genötigt, den Beklagten « für den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu belangen », geht jedoch hervor, wie die Erklärung offenbar zu verstehen ist. Und es bieten die Akten auch

sonst keine Anhaltspunkte für die ganz unwahrscheinliche Annahme, dass die Klägerin auf Ersatz des Erfüllungserlasses habe verzichtet und sich mit dem — im Falle des Rücktrittes allein zu vergütenden — negativen Vertragsinteresse habe begnügen wollen.

58. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Juli 1928

i. S. Guggenheim und Genossen gegen Leih- und Sparkasse Diessenhofen in Liq.

Aufwertung eines einer schweiz. Bank gewährten Darlehens in Mark:

1. Örtliche Rechtsanwendung (Erw. 2).
2. Lücke im Vertrag, die vom Richter in analoger Anwendung des deutschen Aufwertungsrechtes als *lex contractus* zu ergänzen ist (Erw. 3).
3. Ausschluss der Aufwertung nach Massgabe der das sog. Bankprivileg statuierenden Ausnahmenvorschrift von § 66 Abs. 1 deutsch. Aufw.-Ges. (Erw. 4).
4. Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien (Erw. 5).

A. — Die Kläger erwarben am 4. Februar 1911 von der Leih- und Sparkasse Diessenhofen — einer im Jahre 1865 gegründeten Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 750,000 Fr. — als Gesamthänder 15 Inhaberoptionen im Nominalbetrage von total 100,000 Mk. und verpfändeten dieselben der Bank als weitere Sicherheit neben der geleisteten Solidarbürgschaft für ihr abgetretene und vermittelte Hypotheken in Bayern.

Die Beklagte machte vor dem Kriege ihre Aktivgeschäfte zu zirka $\frac{3}{4}$ in Mark und zu $\frac{1}{4}$ in Franken, während sich die Passivgeschäfte im umgekehrten Verhältnis vollzogen. Zufolge des deutschen Währungszerfalles musste sie Ende September 1919 ihre Zahlungen einstellen. Laut Bilanz per 30. September 1919 beliefen sich die Mark-Aktiven auf 5,638,238 Mk., denen 1,079,620 Markschulden gegenüberstanden, während die Franken-Passiven 6,689,221 Fr. 35 Cts. betrugten, bei bloss

1,138,273 Fr. 85 Cts. Aktiven. Am 30. Oktober 1920 schloss die Beklagte mit ihren Gläubigern einen von der Nachlassbehörde bestätigten Nachlassvertrag ab, mit einer Stundung der Forderungen für fünf Jahre, bei einer Verzinsung zu 2%, die durch den Kanton Thurgau und die Thurgauische Kantonalbank garantiert wurde. Als in der Folge, statt der erhofften Besserung, der gänzliche Zerfall der Markwährung eintrat, wurde nach Ablauf der Stundung im Oktober 1924 die Liquidation des Unternehmens beschlossen. Dabei nahmen die Liquidatoren den Standpunkt ein, dass den Markgläubigern keine Liquidationsdividende gebühre, weil die Mark wertlos geworden sei.

B. — Mit der vorliegenden, gestützt auf Art. 52 Ziff. 1 OG direkt beim Bundesgericht eingereichten Klage verlangen die Kläger Aufwertung ihrer Markforderung von 100,000 Mk. auf 40% Goldmarkwert = 40,000 RM., oder umgerechnet zum Kurse von 1,233 = 49,320 schw. Franken, und Ausrichtung der den andern Kurrentgläubigern zukommenden Liquidationsdividende auf diesem Aufwertungsbeitrage nebst 5% Zins seit 1. März 1925 für eine — den Frankengläubigern bereits bezahlte — Teildividende von 10%.

Diesen Aufwertungsanspruch begründen sie im wesentlichen unter Berufung auf die im bundesgerichtlichen Urteil i. S. Hinrichsen & C^{ie} c. Brann A.-G. vom 3. Juni 1925 (BGE 51 II 303) festgelegten Grundsätze. Hier wie dort handle es sich um ein Markdarlehen, das angesichts der völligen Entwertung der Papiermark nach richterlichem Ermessen — unter Heranziehung der deutschen Aufwertungsgesetzgebung als *lex contractus* — aufzuwerten sei. Nachdem das Bundesgericht in jenem Falle, wo das Darlehen in bereits erheblich entwerteter Mark (zirka 53% Goldmarkwert) begründet wurde, eine Aufwertung der Darlehensforderung auf 30% Goldmarkwert bewilligt habe, erscheine vorliegend ein Aufwertungssatz von 40% als gerechtfertigt, da die Obligationen von den