

Abrufes zugleich in Schuldnerverzug und der Verkäufer kann den entgangenen Gewinn als Schadenersatz gemäss Art. 107 Abs. 2 OR verlangen.

Selbst wenn man aber eine Aufforderung der Klägerin grundsätzlich hätte verlangen wollen, müsste im vorliegenden Fall immerhin gesagt werden, dass eine solche Aufforderung nutzlos gewesen wäre. Der Grundsatz des Art. 108 Ziff. 1 lässt sich hier analog anwenden. Es geht aus dem Verhalten der Beklagten, d. h. aus ihrem Brief vom 11. Juli 1932 hervor, dass sie auch bei einer Aufforderung nicht abgerufen hätte. Sie kann sich deshalb heute nicht darauf berufen, dass die Klägerin nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, nicht einfach zuzusehen.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man mit der Vorinstanz annimmt, die Beklagte habe sich durch Nichtvornahme des Abrufes und namentlich durch die Verwendung anderwärts bezogener oder selbst hergestellter Steine einer sogenannten positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht, sodass dann Schadenersatz auf Grund von Art. 97 OR zuzusprechen wäre. Den Ausführungen des Handelsgerichtes darüber, dass die Beklagte ein Verschulden treffe, ist ohne Weiteres beizupflichten.

Die Beklagte kann also mit Fug nicht geltend machen, dass sie nur in Annahme- und zugleich Schuldnerverzug geraten wäre, wenn die Klägerin sie aufgefordert hätte, abzurufen und wenn die Klägerin nicht einfach zugesehen hätte. Die Einwendung der Beklagten kann denn auch, richtig verstanden, nur dahin lauten, dass aus der Unterlassung des Abrufes durch sie einerseits und dem Schweigen der Klägerin andererseits eine stillschweigende Aufhebung des Vertrages gefolgert werden müsse. Im deutschen Schrifttum wird angenommen, dass eine solche Aufhebung denkbar, ja unter Umständen nach Treu und Glauben anzunehmen sei (vgl. STAUB N. 5 zu § 359, S. 366 und 369). Allein im vorliegenden Fall sprechen die Umstände keineswegs für die Aufhebung imfolge Willensüberein-

stimmung. Erstens hat die Klägerin nicht übermässig lange zugewartet, auch wenn man in Betracht zieht, dass die Schlackensteine bei den Bauten der Beklagten während einer verhältnismässig frühen Etappe benötigt wurden. Zweitens hat sie kein Verhalten an den Tag gelegt, aus dem geschlossen werden müsste, dass sie erst nachträglich ihre Meinung wider geändert und Abnahme verlangt hätte. Schliesslich aber ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Beklagte immerhin im Jahre 1931 eine geringe Menge abgerufen hat, wodurch die Annahme einer stillschweigenden Vertragsauflösung ausgeschlossen wird.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 11. April 1933 wird bestätigt.

#### 45. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 26 septembre 1933 dans la cause Borgeaud contre Dame Cattin-Nardini.

*Vente immobilière. Défaut de la chose vendue.* Art. 221 et 201 CO. L'obligation de signaler les défauts constatés se rapporte aux défauts qui justifieraient, au besoin, l'ouverture d'une action rédhibitoire ou en réduction du prix, et la constatation envisagée par le législateur et celle qui se double d'une appréciation compétente de l'importance des défauts et de leurs conséquences.

L'acheteur n'est tenu de s'adresser à un expert que lorsqu'il y a lieu de supposer que les imperfections constatées sont l'indice d'un défaut d'une certaine gravité.

A. — En 1925, Victor Borgeaud fit construire par l'entrepreneur Baudrocco un bâtiment à Renens, pour le prix forfaitaire de 22 900 fr. Il fit en outre exécuter divers travaux de clôture, nivellement, etc. pour la somme de 930 fr.

Borgeaud loua l'immeuble d'abord à deux locataires, pendant une année, puis à Joseph Tschopp, pendant trois ans.

Au mois de septembre 1929, Dame Félicitée Cattin-Nardini entra en pourparlers avec Borgeaud au sujet de l'achat de la maison. Avant de passer l'acte de vente, elle la visita avec son mari, plusieurs fois. Lors d'une visite, le fils du locataire montra au mari une fente à un mur au sous-sol et aux colonnes du porche d'entrée.

Le 10 octobre 1929, Dame Cattin acheta l'immeuble pour le prix de 30 000 fr., payé 21 000 fr. comptant et 9000 fr. par une obligation hypothécaire en second rang sur la maison vendue.

Les époux Cattin s'installèrent immédiatement dans le bâtiment. Le 27 février 1930, l'architecte Hoguer examina la construction. Dans une lettre du 5 mars 1930, il constate plusieurs défauts (fondations insuffisantes, fentes, décollement du parpaing et du porche, etc.) qui, à son avis, s'aggraveront et risquent de compromettre la stabilité de la maison si on ne procède pas à des réfections coûteuses. L'architecte ajoute : « Des traces de rhabillage de fentes assez récentes démontrent que l'origine des fentes s'est révélée sans doute peu après l'achèvement de la construction ».

Le 9 avril 1930, Dame Cattin requit une expertise hors procès qui fut confiée à l'architecte Dessaulles. Dans ses rapports du 4 décembre 1930 et 2 avril 1931, l'expert fit des constatations semblables à celles de l'architecte Hoguer : fentes, décollements, insuffisance des fondations. Il estime qu'un « camouflage » du « rustique » a été fait avant la vente et que les travaux de consolidation nécessaires coûteraient environ 2500 fr.

Entre temps, l'entrepreneur Baudrocco avait été déclaré en faillite. Borgeaud intervint pour une créance de 5000 fr. à titre de dommages-intérêts, en raison des défauts de construction du bâtiment construit par le failli et vendu à Dame Cattin. L'intervenant reçut un dividende de 320 fr. et un acte de défaut de biens pour le surplus.

B. — Par exploit du 15 mai 1931, Dame Cattin a intenté action contre Borgeaud et contre un sieur Dusserre, avec

lequel elle avait passé l'acte de vente, parce qu'il était propriétaire du terrain sur lequel Borgeaud avait construit et pour lequel il n'était qu'au bénéfice d'une promesse de vente.

La demanderesse a exercé principalement l'action rédhibitoire et subsidiairement l'action en réduction de prix (10 000 fr.), prévues à l'art. 205 CO. Elle réclamait en outre 1200 fr. de dommages-intérêts, ainsi que les frais d'expertise.

Le défendeur a conclu au rejet de la demande.

C. — Par jugement du 29 mars 1933, après avoir fait procéder à une expertise, la Cour civile vaudoise a prononcé :

« I. Les conclusions de la demanderesse sont admises en ce sens que Victor Borgeaud est reconnu débiteur de Dame Félicitée Cattin et qu'il doit lui faire immédiat paiement des sommes suivantes :

- a) 2290 fr. avec intérêt à 5 % dès le 15 mai 1931 ;
- b) 213 fr. 20 avec intérêt à 5 % dès le 10 juin 1931 ;
- c) 300 fr. avec intérêt à 5 % dès le 15 mai 1931.

» II. Les conclusions libératoires de Victor Borgeaud sont écartées dans la mesure qui précède.

» III. Les conclusions libératoires de Henri Dusserre sont admises.

» IV. Toutes autres et plus amples conclusions des parties sont écartées.

» V. Le défendeur Victor Borgeaud gardera ses propres frais et paiera en outre le tiers des frais que la demanderesse a faits contre lui.

» VI. Les frais et dépens de la demanderesse et ceux du défendeur Henri Dusserre sont compensés. »

La Cour a rejeté l'action rédhibitoire, tout en remarquant que cette demande ne pouvait être dirigée que contre Dusserre, seul signataire de l'acte de vente. Elle a en revanche admis l'action en réduction de prix, mais seulement contre Borgeaud, « la demanderesse ayant traité avec lui seul l'achat de la maison et admis elle-même que seul

Borgeaud pouvait être tenu pour responsable des défauts du bâtiment vendu ».

D. — Le défendeur Borgeaud a recouru contre ce jugement au Tribunal fédéral. Il a repris ses conclusions libératoires.

L'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation du prononcé attaqué.

*Considérant en droit :*

La demanderesse s'étant inclinée devant le jugement de la Cour civile, seule la réduction du prix est encore litigieuse.

Le juge cantonal, se ralliant à l'avis de l'expert Longchamp commis par elle, admet que la demanderesse s'est conformée à l'art. 201 CO et a signalé à temps les défauts (fissures) constatés dans le bâtiment ; car si, à la vérité, ils existaient et étaient visibles déjà avant la vente du 10 octobre 1929, leur importance ne pouvait être reconnue que par une « personne habituée aux travaux du bâtiment » ; la demanderesse n'ayant pas cette expérience, n'a pu porter ce jugement ni se rendre compte du coût des travaux de remise en état et de consolidation.

Cette manière de voir est juste et saine. Le défendeur objecte en vain que l'art. 201 ne distingue pas entre la constatation des défauts de la chose et leur importance, en particulier quant aux frais de réparation. A son sens, il suffit, pour qu'il y ait acceptation de la chose, que l'acheteur ait pu en constater les défauts, argumentation formaliste qui s'attache trop à la lettre de l'art. 201 et en méconnaît l'esprit. Les défauts que l'acheteur doit signaler, ce ne sont pas tous les défauts quelconques, même minimes et sans portée, ce sont les défauts dont la gravité est assez grande pour justifier l'ouverture d'une action réhibitoire ou tout au moins en réduction du prix (RO 46 II p. 61, consid. 3). La réhibition ou la réduction supposent que l'objet vendu a des défauts qui diminuent d'une façon notable sa valeur ou son utilité pour l'usage convenu. Il ne

sert à rien de signaler en application de l'art. 201 des défauts qui ne permettraient ni de résoudre le contrat ni d'exiger une diminution du prix. La constatation envisagée par le législateur, c'est celle qui se double d'une appréciation compétente de l'importance des défauts et de leurs conséquences. Les fissures qui apparaissent dans une construction peuvent être simplement superficielles ; elles se rencontrent dans nombre de bâtiments, notamment dans les constructions à bon marché, sans en compromettre la solidité. D'autres, et c'est d'elles qu'il s'agit, sont l'indice de vices graves de l'ouvrage, tels que l'insuffisance des fondations, des décollements de murs, etc. Or, pour s'en rendre compte, il faut posséder des connaissances techniques qui faisaient défaut à la demanderesse.

Le défendeur lui reproche de ne pas avoir procédé ou fait procéder par un homme compétent à un examen approfondi. Il invoque les arrêts *Grobéty c. Pégaitaz* (RO 46 II, p. 62) et *Rinaldi c. Boéchat* (RO 52 II, p. 148.). Mais ces décisions ne constituent pas des précédents pour la présente affaire. Il s'agissait alors d'automobiles usagées achetées d'occasion, qui avaient eu des pannes dès le début et pour lesquelles on devait s'attendre à de l'usure. Les circonstances sont tout autres en l'espèce. La maison achetée en 1929 était presque neuve ; elle avait été construite en 1925. On ne devait donc pas s'attendre à des défauts, notamment pas à des défauts graves. Il se peut que dans les constructions nouvelles des fissures apparaissent fréquemment après un court laps de temps. Mais elles n'intéressent en règle générale que la surface, le crépissage, et n'ont alors pas grande importance. Il serait excessif, en pareil cas, d'exiger que l'acheteur s'adresse aussitôt à un homme de l'art et fasse l'avance — peut-être inutile — de frais d'expertise, sous peine de perdre l'une ou l'autre des actions prévues par l'art. 205 CO.

La Cour civile a dès lors bien appliqué l'article 201, et son jugement n'étant pas attaqué sur d'autres points, en

particulier pas quant au chiffre de la réduction opérée, il y a lieu de le confirmer.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

#### IV. PROZESSRECHT

##### PROCÉDURE

#### 46. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. September 1933 i. S. Kantonbank von Bern und Konsorten gegen Schweiz. Eidgenossenchaft.

Berufung an das Bundesgericht, Art. 56 f. OG.

Der Streit darüber, ob der Gläubiger einer öffentlichrechtlichen Forderung (i. e. eidgenössische Kriegssteuer) ohne Nachteil für seine Forderung davon absehen kann, sie ins öffentliche Inventar über den Nachlass des Pflichtigen anzumelden, ist keine Zivilrechtsstreitigkeit. Das gilt auch dann, wenn sich der Streit um die Kollokation dieser Forderung im später ausgebrochenen Nachlasskonkurs dreht.

A. — Am 29. Mai 1929 starb Alfred Goenner; als einzige Erbin hinterliess er eine noch minderjährige Tochter Anna Helene. Der für diese bestellte Vormund verlangte die Aufnahme eines öffentlichen Inventars. Innert der Eingabefrist meldete die Steuerverwaltung von Basel-Stadt « vorsorglicher Weise unsere Steuerforderung bei Ihnen an, deren ganze Höhe zu bestimmen wir aber erst bei der Zustellung Ihres Inventars in der Lage sein werden ». Auf Grund des Inventars wurde die Erbschaft angetreten. Nachträglich stellte es sich aber heraus, dass die Erbschaft infolge von Bürgschaften des Erblassers überschuldet war; der Vormund gab daher am 11. Mai 1931 namens der Erbin eine Insolvenzerklärung ab, die zur Konkursöffnung führte. Unterdessen hatte

die Steuerverwaltung von Basel-Stadt dem Vormund am 2. Oktober 1930 mitgeteilt, dass sie insgesamt 3545 Fr. an kantonalen Steuern und 37,558 Fr. 85 Cts. an eidgenössischen Kriegssteuern zu fordern habe. Der Vormund zog diese Verfügung nicht weiter, stellte aber ein Gesuch um einen Steuererlass mit Rücksicht auf die ungünstige Lage des Nachlasses; dieses Gesuch blieb indessen nach Ausbruch des Konkurses unerledigt.

B. — Im Konkurs meldete die eidgenössische Kriegsteuerverwaltung eine Forderung von total 37,949 Fr. 80 Cts. an, welche von der Konkursverwaltung voll zugelassen wurde.

Mit der vorliegenden Klage verlangten die Klägerinnen, ebenfalls im Konkurs zugelassene Gläubiger, Wegweisung der Forderung der Beklagten aus dem Kollokationsplan, weil sie seinerzeit nicht ins öffentliche Inventar angemeldet worden sei; denn der — übrigens nicht einmal von der Beklagten selbst erklärte — blosser Vorbehalt von Steuerforderungen könne nicht als genügende Anmeldung im Sinne von Art. 580 f. ZGB anerkannt werden.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und bemerkte dazu ausdrücklich, sie anerkenne die Zuständigkeit der Zivilgerichte für diese Kollokationsklage « nur soweit, als die Kläger gegenüber der rechtskräftigen Kriegsteuerverfügung behaupten wollen, dass eine Haftung der Erbin für die Kriegssteuerforderung nicht eingetreten sei wegen Nichtanmeldung bzw. Nichtaufnahme im öffentlichen Inventar », nicht aber mit Bezug auf die Rechtskraft der Steuerverfügung.

C. — Mit Urteil vom 9. Januar 1933 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt den Entscheid der ersten Instanz bestätigt, durch welchen die Klage abgewiesen worden war. Das Appellationsgericht erklärt, nach den Bestimmungen des Kriegssteuerbeschlusses bestehe die Steuerpflicht eines Erben, der unter öffentlichem Inventar angenommen habe, unabhängig von einer vorherigen Anmeldung der Steuerforderung ins Inventar.