

mesures de précaution à prendre sont celles que les circonstances exigent objectivement et que l'on peut raisonnablement imposer au patron. Ce serait sortir du cadre de l'art. 339 CO, qui a été édicté essentiellement pour le travail à l'atelier, sur les chantiers, etc., c'est-à-dire lorsqu'une surveillance est possible, que de rendre l'employeur responsable de tous les actes inconsidérés et téméraires que ses garçons livreurs pourraient commettre durant des courses où ils échappent à tout contrôle. On ne peut donc dire que « la nature de ce travail permettait équitablement d'exiger », selon les termes de l'art. 339, que le défendeur prit des mesures pour empêcher le demandeur de commettre un acte d'une imprudence aussi grave et manifeste que celui de placer sur sa tête un panier vide qui lui masquât en partie la vue. Le juge cantonal traite lui-même cette manière d'agir d'« idée saugrenue ». Il saute aux yeux qu'un jeune homme de plus de 17 ans, normalement doué, doit se rendre compte par lui-même qu'il s'expose ainsi délibérément à un grand danger. S'il le fait néanmoins, il le fait à ses risques et périls et ne saurait rendre son employeur responsable. Rien dans le dossier, contrairement à ce qui était le cas en la cause Reinhard c. Christen (RO 56 II p. 281, cf. Journ. des Trib. 1934 p. 463), ne permet d'affirmer que le défendeur aurait dû prendre des précautions spéciales pour prévenir l'acte en question, parce que le demandeur aurait fait preuve d'un esprit borné, de maladresse ou de témérité. Au contraire, il est avéré que le demandeur a suivi habituellement les recommandations réitérées de son patron d'être prudent et de ne pas rouler trop vite. Le défendeur n'avait donc aucun motif d'interdire au demandeur de se servir d'un panier dont l'usage pour le transport à bicyclette ne présente pas de danger si on roule prudemment et si le panier est suspendu au guidon ou tenu à la main ou au bras.

Dans l'espèce, la faute du demandeur a encore été aggravée par la vitesse excessive à laquelle il est descendu la rue. La collision semble dès lors due à la seule témérité du demandeur ; elle n'a en tout cas pas été causée par un

manque d'instructions ou de mesures de sécurité imputable au défendeur, lequel est seul actionné dans le présent procès.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le recours et réforme le jugement cantonal dans ce sens que le demandeur est débouté de ses conclusions et que les frais sont mis à sa charge.

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Juni 1936
i. S. Stächelin & C^{ie} gegen Meyer und Löhner.

Grundstückkauf ; Haftung für Mindermass, OR 219, beim Handel mit Bauland.

A. — Die Beklagte war Eigentümerin der nichtüberbauten Liegenschaft Sektion III, Parzelle 1598³ des Grundbuches Basel-Stadt, deren Flächeninhalt im Grundbuch mit 2590 m² angegeben war. Da die Beklagte diese Parzelle zu verkaufen wünschte, liess sie auf derselben eine Plakatafel aufstellen mit der Aufschrift : « 2590 m² Bauland zu verkaufen ».

Im Sommer 1933 traten die Kläger mit der Beklagten in Kaufsunterhandlungen, bei denen, wie dies im Handel mit Bauland üblich ist, um den Preis pro m² gefeilscht wurde. Die Beklagte verlangte anfänglich 130 Fr. pro m², während die Kläger nur 100 Fr. bezahlen wollten. Schliesslich einigten sich die Parteien auf einen Preis von 110 Fr. pro m². Ein Gesamtkaufpreis für die Liegenschaft wurde von den Parteien nicht abgemacht, sondern dieser wurde erst vom Notar, durch den die Parteien am 24. August 1933 den Kaufvertrag öffentlich beurkundeten liessen, an Hand der im Grundbuch enthaltenen Massangaben ausgerechnet und in den Kaufvertrag eingesetzt.

Nach dem Wortlaut des Vertrages wurde verkauft « die Liegenschaft Sektion III Parzelle 1598³ des Grundbuches Basel haltend 25 a 90 m², Innere Margarethenstrasse, grenzend an... ».

Über den Kaufpreis ist im Kaufvertrag gesagt: « Dieser Kaufvertrag ist abgeschlossen worden um den Preis von 110 Fr. per Quadratmeter, somit um 284,900 Fr. ».

Der Kaufpreis wurde durch Übernahme der bestehenden Hypotheken, Neuerrichtung von solchen und Barzahlung beglichen.

Da die Kläger die Liegenschaft parzellieren wollten, liessen sie im Juli 1934 durch das kantonale Vermessungsamt eine Nachmessung vornehmen. Dabei stellte sich heraus, dass die Liegenschaft statt der im Grundbuch angegebenen 2590 m² nur deren 2501,5, also 88,5 weniger, Flächeninhalt aufwies.

B. — Die Kläger belangten daher, nachdem sie auf gütlichem Wege nicht zum Ziele gelangt waren, die Beklagte mit Klage vom 29. November 1934 auf Rückerstattung der nach ihrer Ansicht zuviel bezahlten 9735 Fr. Zur Begründung der Klage machen sie geltend, dass nicht das Grundstück zu einem Gesamtpreis gekauft worden sei, sondern die im Grundbuch angegebene Anzahl von m²; da diese in Wirklichkeit geringer sei, so sei die Beklagte ungerechtfertigt bereichert um den der Anzahl der nicht vorhandenen m² entsprechenden Kaufpreis und habe diesen daher zurückzuerstatten; eventuell berufen sich die Kläger auf Irrtum.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt unter Berufung darauf, dass sie für das im Grundbuch eingetragene Mass keine Gewährleistung übernommen habe, was nach Art. 219 Abs. 2 OR für eine Haftung für das Mindermass Voraussetzung wäre.

C. — Sowohl das Bezirksgericht Arlesheim, wie das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft haben die Klage geschützt, im Wesentlichen mit der Begründung, in der Vereinbarung des Kaufpreises pro m² liege die Garantie, dass nur diejenige Anzahl m² zu bezahlen sei, die in Wirklichkeit geliefert werde; eine Berufung der Beklagten auf Art. 219 Abs. 2 OR verstosse gegen Treu und Glauben.

D. — Gegen das Urteil des Obergerichts vom 3. Dezember

1935 hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Kläger haben auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Gegenstand eines Liegenschaftskaufs kann nicht eine zum Voraus festgestellte oder erst noch festzustellende Anzahl von m² sein, sondern nur ein bestimmtes, durch näher bezeichnete Grenzen umrissenes Grundstück. Denn nur die Übertragung eines solchen, nicht diejenige einer bestimmten Anzahl von m² Landes, kann im Grundbuch eingetragen werden, was für die Gültigkeit des Geschäftes notwendig ist.

Danach kann als Kaufobjekt im vorliegenden Falle nur die Liegenschaft Parzelle 1598³ in Frage kommen. Hieran vermag nichts zu ändern, dass die Kaufverhandlungen sich, wie dies bei Bauland wohl allgemein üblich ist, ausschliesslich um den Preis pro m² drehten und von einem Gesamtpreis nie die Rede war. Selbst wenn die Parteien durch dieses Vorgehen hätten zum Ausdruck bringen wollen, dass ihre Absicht auf den Abschluss eines Kaufes über eine bestimmte Anzahl von m² zu einem bestimmten Preis pro Einheit gerichtet sei, so hätte diese Absicht wegen der Ausgestaltung, die der Grundstückkauf im schweizerischen Recht gefunden hat, nicht in die Tat umgesetzt werden können. Sollen von einem Grundstück eine bestimmte Anzahl von m² verkauft werden, so bedarf es hiezu vorerst der Parzellierung, d. h. der Schaffung eines neuen, rechtlich selbständigen Grundstücks des von den Parteien gewollten Flächeninhalts, und erst dieses bildet dann den Gegenstand des Kaufgeschäftes.

Hier haben die Parteien aber offenbar gar nicht die Absicht gehabt, eine bestimmte Anzahl von m² zu verkaufen, bzw. zu kaufen. Was die Beklagte verkaufen wollte, war die Liegenschaft Parzelle 1598³, und den allfälligen Ankauf dieser Liegenschaft hatten die Kläger ins Auge

gefasst. Der Flächeninhalt derselben spielte nur insofern eine Rolle, als beide Parteien auf Grund der Eintragung im Grundbuch von der Annahme ausgingen, die Liegenschaft halte 2590 m². Wenn auch bei den Verhandlungen lediglich vom Preis pro m² die Rede war, so liegt es auf der Hand, dass jede Partei bei jedem Angebot, das gemacht wurde, sofort mindestens den approximativen Gesamtpreis errechnete, der sich für 2590 m² ergeben würde, und hievon die Ablehnung oder Annahme des Angebotes abhängig machte. Denn für die Verkäuferin war selbstverständlich entscheidend, ob durch den Gesamtpreis die hypothekarische Belastung gedeckt und darüber hinaus noch ein von ihr als ausreichend betrachteter Gewinn erzielt werde, während für die Käufer aller Lebenserfahrung nach massgebend sein musste, ob der Gesamtpreis noch eine gewinnbringende Verwertung der Liegenschaft als möglich erscheinen lasse und ob sie in der Lage seien, die neben der Übernahme der Grundpfandschulden zur Begleichung des Kaufpreises erforderlichen Mittel aufzubringen.

2. — Die eingangs erwähnte Regelung, dass nicht eine bestimmte Anzahl von m², sondern nur ein Grundstück in seiner Individualität, Gegenstand des Liegenschafts Kaufes sein kann, ist auch der tiefere Grund dafür, dass das Gesetz in Art. 219 den Flächeninhalt als *E i g e n s c h a f t* des Kaufgegenstandes behandelt und ihn den Gewährleistungsbestimmungen unterstellt, obwohl an sich Quantitätsfehler nicht Sachmängel im Sinne von Art. 197 ff. OR sind (vgl. OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 1 zu Art. 219 OR; BECKER, Anm. 1 am Ende zu Art. 197 OR), da in der Lieferung eines geringeren als des vereinbarten Quantums nicht die Lieferung einer mangelhaften Sache, sondern eine teilweise Nichterfüllung liegt, bei der der Käufer Nachlieferung der fehlenden Stücke bezw. Mengen verlangen kann.

Wenn die Kläger daher die Rückerstattung eines Teils des von ihnen bezahlten Kaufpreises verlangen, weil der Flächeninhalt des gekauften Grundstückes geringer sei

als vereinbart, so behaupten sie damit das Fehlen einer bestimmten Eigenschaft des Kaufgegenstandes, machen also mit andern Worten einen Anspruch aus Gewährleistung, nämlich einen Preisminderungsanspruch, geltend. Entgegen der Meinung der Kläger beurteilt sich der Streitfall somit nach den in Art. 219 OR aufgestellten Grundsätzen.

3. — Art. 219 Abs. 1 OR, der mangels gegenteiliger Abrede die Haftung des Verkäufers schon eintreten lässt, sobald im Kaufvertrag ein bestimmtes Mass genannt ist, gelangt nur dort zur Anwendung, wo noch kein Grundbuch besteht und scheidet daher für den vorliegenden Fall zum vorneherein aus.

Wo ein auf amtlicher Vermessung beruhendes Grundbuch besteht, hat gemäss Art. 219 Abs. 2 der Verkäufer für Mindermass nur Ersatz zu leisten, wenn er die Gewähr hiefür ausdrücklich übernommen hat. Fehlt eine ausdrückliche Übernahme der Gewährleistung, so haftet der Verkäufer also nicht, selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass er die Unrichtigkeit des Grundbuches ebenfalls nicht gekannt hat.

Von einer ausdrücklichen Übernahme der Gewährleistung kann hier aber nicht die Rede sein, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob man für die Gültigkeit einer derartigen Zusicherung die öffentliche Beurkundung verlangen will, weil diese Frage auf die Bestimmung des Kaufpreises in der Regel doch einen gewissen Einfluss ausüben wird (so BÜRGI, Der Grundstückkauf, S. 62 in Verbindung mit S. 11), oder ob man von diesem Formerfordernis absehen will (so OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 5 zu Art. 219; ROSSEL, Manuel p. 300). Denn selbst im letzteren Falle, ja sogar bei Anerkennung der Gültigkeit einer völlig formlosen Zusicherung, könnte eine solche weder in der Aufstellung der Plakattafel mit der Massangabe, noch in der Aufnahme der letzteren in den Kaufvertrag erblickt werden. Die Massangabe auf der Tafel stellte lediglich eine als Orientierung allfälliger Kaufsinteressenten gedachte

Wiedergabe der im Grundbuch enthaltenen Masse dar, und die Erwähnung des Masses im Kaufvertrag wurde nicht durch die Beklagte veranlasst, sondern erfolgte, weil nach den Ausführungen der Vorinstanz ein Vertrag ohne diese Angabe vom Grundbuchamt gar nicht entgegengenommen worden wäre. Weder der eine noch der andere dieser beiden Umstände gestattet daher den Schluss auf einen Willen der Beklagten, eine Zusicherung auf Gewährleistung nach Art. 219 Abs. 2 abzugeben.

4. — Fehlt es aber an einer ausdrücklichen Übernahme der Gewährleistung seitens der Beklagten, so kann von ihr die Rückerstattung einer dem Mindermass entsprechenden Kaufpreisquote nicht verlangt werden. Ebenso versteht sich von selbst, dass sie auch nicht ungerechtfertigt bereichert ist und aus diesem Grunde zur Rückerstattung verpflichtet wäre; denn da sie für die in Frage stehende fehlende Eigenschaft der Kaufsache nicht haftet, so hat sie den vollen Kaufpreis zu Recht erhalten.

Die Vorinstanz empfindet dieses Resultat als stossend und bezeichnet die Berufung der Beklagten auf Art. 219 Abs. 2 als unvereinbar mit dem Grundsatz von Treu und Glauben. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb es stossender sein soll, wenn gemäss der gesetzlichen Regelung der Käufer das Risiko für eine allfällige Unrichtigkeit des Grundbuches trägt, als wenn es dem Verkäufer überbunden wird, wie dies ursprünglich im Entwurf des Bundesrates vorgesehen war (vgl. E. Art. 1263 und Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905, S. 26), dann aber auf Antrag der nationalrätlichen Kommission im entgegengesetzten Sinne geregelt wurde (vgl. StenBull 1906 S. 1326).

Die Notwendigkeit zur Annahme einer Gewährspflicht der Beklagten kann entgegen der Meinung der Vorinstanz auch nicht damit begründet werden, dass die Kläger, die von der Voraussetzung ausgingen, ein Grundstück von 2590 m² zu erhalten, den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht so abgeschlossen haben würden, sondern sich nur zur Bezahlung eines niedrigeren, dem von ihnen zuletzt angebotenen Betrag von 110 Fr. pro m² entsprechenden

Gesamtkaufpreises verstanden hätten. Denn mit ebenso grosser Berechtigung kann die Beklagte dem entgegen halten, dass sie ihrerseits bei Kenntnis des wirklichen Flächeninhaltes das Angebot von 110 Fr. pro m² als ungenügend abgelehnt hätte. Wenn die Kläger den auf Grund des wirklichen Flächeninhaltes sich ergebenden Quadratmeterpreis als zu hoch betrachteten, so hätte ihnen vielmehr als Rechtsbehelf die Berufung auf Irrtum zu Gebote gestanden. Nun haben sie allerdings in der Klage unter anderem auch geltend gemacht, sie hätten sich über die Grösse des Grundstückes geirrt, dagegen haben sie es unterlassen, die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen, nämlich die gegenseitige Rückgabe der Leistungen wegen einseitiger Unverbindlichkeit des Vertrages zu verlangen und anzubieten, sondern sie haben gegenteils einen Teil des Grundstücks weiterverkauft und damit zu erkennen gegeben, dass sie den Vertrag trotz dem geringeren Flächeninhalt der Liegenschaft immer noch als vorteilhaft genug betrachten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Obergerichtes des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Dezember 1935 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

42. Sentenza 14 maggio 1936 della II^a Sezione civile nelle cause Barloggio contro Silvio Mossi e contro Giulia Mossi e cons.

La circostanza che, per delle considerazioni d'opportunità puramente pratica, il giudice cantonale s'è pronunciato con un solo giudizio su due cause che differiscono completamente per il loro oggetto e fra cui non v'è neppure identità di parti, non