

prudence. Tout en reconnaissant les avantages pratiques de cette solution, VON TUHR (loc. cit.) voudrait, il est vrai, excepter le cas du vendeur et de l'entrepreneur qui réclament le prix de la marchandise ou de l'ouvrage, pour la raison que, selon les art. 213 et 372 CO, leur droit au prix de la marchandise ou de l'ouvrage n'est exigible qu'au moment de la livraison. Le Tribunal fédéral ne saurait partager cette opinion. Ces articles ne sont qu'une application du principe de l'exécution simultanée des obligations engendrées par les contrats synallagmatiques, ils n'ajoutent donc rien à la règle posée à l'art. 82 CO et l'on ne voit d'ailleurs pas la raison pour laquelle le vendeur et l'entrepreneur seraient à cet égard assujettis à un régime différent. Il faut donc admettre avec le Tribunal cantonal que rien n'obligeait l'intimée, en l'espèce, à alléguer que le recourant avait reçu la machine qu'il avait achetée et que le Tribunal n'avait pas à soulever d'office la question de savoir si tel était ou non le cas. Le contrat signé par le recourant portait d'ailleurs qu'elle était en sa possession et il n'eût dépendu que de lui d'affirmer le contraire dans les formes légales.

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Oktober 1950
i. S. Buss gegen Montres Arisa A.-G.

Nichterfüllung eines Vertrages, Folgen, Art. 107-109 OR.

Rechtsstellung des Gläubigers, der trotz Möglichkeit zum Vorgehen nach Art. 108 OR dem Schuldner eine Nachfrist ansetzt (Erw. 1).

Einfluss der Erfüllungsverweigerung seitens des Schuldners auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Wahlerklärung des Gläubigers nach Art. 107 Abs. 2 OR (Erw. 2).

Auslegung der Wahlerklärung des Gläubigers (Erw. 3).

Inexécution d'un contrat, conséquences, art. 107-109 CO.

Situation juridique du créancier qui, malgré la possibilité de procéder conformément à l'art. 108 CO, fixe au débiteur un délai supplémentaire (consid. 1).

Refus d'exécution de la part du débiteur; influence de ce refus sur le point de savoir si le créancier a déclaré à temps son choix entre les possibilités que lui offre l'art. 107 al. 2 CO (consid. 2).

Interprétation de la déclaration du créancier (consid. 3).

Inadempnienza d'un contratto, conseguenze (art. 107-109 CO).

Posizione giuridica del creditore che, nonostante la possibilità di procedere in conformità dell'art. 108 CO, fissa al debitore un termine supplementare (consid. 1).

Rifiuto dell'adempimento da parte del debitore; influsso di questo rifiuto sul punto di sapere se il creditore ha dichiarato tempestivamente la sua scelta tra le possibilità che gli offre l'art. 107 cp. 2 CO (consid. 2).

Interpretazione della dichiarazione del creditore (consid. 3).

A. — Die Beklagte, die Firma Montres Arisa A.-G. in Biel, verpflichtete sich gemäss Auftragsbestätigung vom 17. November 1947, dem Kläger Buss 5000 Roskopfhren zum Stückpreis von Fr. 19.50 zu liefern, und zwar sollten ab Februar 1948 monatlich 1000 Stück abgeliefert werden. Der Besteller hatte eine Bargarantie von Fr. 1000.— zu leisten; er erlegte diesen Betrag am 1. Dezember 1947.

Die Beklagte kam ihrer Lieferpflicht nicht nach, obwohl sie vom Kläger wiederholt und dringlich dazu aufgefordert wurde. Am 1. Juni 1948 schrieb sie dem Kläger, da ihr Fabrikant nicht liefern könne, habe sie die Bestellung annulliert. Der Kläger antwortete am 3. Juni, er nehme diese Annullation nicht an und räume der Beklagten eine letzte Lieferfrist bis 10. Juni für die ersten 1000 Stück ein, mit nachfolgenden regelmässigen monatlichen Lieferungen von 1000 Stück. Bei Nichterfüllung dieser Bedingungen würde er «entweder 1. vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz verlangen oder 2. auf späterer Erfüllung des Vertrages beharren nebst Schadenersatz.»

Die Beklagte liess die ihr angesetzte Frist bis zum 10. Juni unbenutzt verstreichen. Am 26. Juni 1948 schrieb der Kläger daher der Beklagten:

«... Sie haben die Ihnen gesetzte Frist zur Lieferung der 5000 wasserdichten Roskopfhren ignoriert, weshalb ich vom Vertrag zurücktrete und folgende Schadenersatzforderung stelle, für deren Begleichung ich Ihnen eine Zahlungsfrist bis 3. Juli 1948 einräume:

Fr. 1,000.— als Rückzahlung meiner s.Zt. geleisteten Bargarantie,
Fr. 1,000.— 3 % Zinsen hierauf, Spesen und Umtriebe zuzufolge Ihrer Nichtlieferung,

Fr. 5,000.— Verdienstaussfall,

Fr. 20,000.— Schadenersatzforderung meines Kunden,

Fr. 27,000.— total.»

B. — Da die Beklagte dieser Zahlungsaufforderung nicht nachkam und auf die vom Kläger Anfangs 1949 eingeleitete Betreibung Rechtsvorschlag erhob, reichte der Kläger gegen die Beklagte Klage ein auf Bezahlung von Fr. 14,500.—, allenfalls eines gerichtlich zu bestimmenden Betrages, nebst 5 % Zins seit 4. Juli 1948.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

C. — Das Handelsgericht des Kantons Bern wies die Klage mit Urteil vom 27. April 1950 ab. Die Begründung dieses Entscheides geht im wesentlichen dahin, der Kläger habe nach Ablauf der an sich gültig angesetzten Nachfrist am 10. Juni 1948 nicht unverzüglich die Wahlerklärung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR abgegeben. Sein Schreiben vom 26. Juni 1948 (gleichgültig ob es als Verzicht auf Realerfüllung und Forderung auf das Erfüllungsinteresse aufgefasst werde oder als Rücktritt im Sinne von Art. 109 OR) sei verspätet gewesen. Mangels einer rechtsgültigen Verzichtserklärung auf die Vertragserfüllung sei die Schadenersatzklage daher unbegründet.

Ob die Annullierungserklärung der Beklagten vom 1. Juni 1948 den Kläger berechtigt hätte, gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR ohne Ansetzung einer Nachfrist auf Realerfüllung zu verzichten, liess das Handelsgericht aus zwei Gründen offen: Einmal deshalb, weil der Kläger von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, sondern gegenteils am 3. Juni der Beklagten Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt habe; hiedurch habe er das Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR unwiderruflich ausgeübt, und zwar im Sinne des Festhaltens an der Vertragsleistung. Sodann deshalb, weil die Erklärung vom 26. Juni auch bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 108 Ziff. 1 OR verspätet gewesen wäre; denn auch wenn von einer Fristansetzung Umgang genommen werden könne, müsse der Verzicht auf Realerfüllung oder der Rücktritt unverzüglich erklärt werden.

D. — Mit der Berufung verlangt der Kläger die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Gutheissung der

Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung.

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Es kann in der Tat dahingestellt bleiben, ob der Kläger angesichts der Annullierungserklärung der Beklagten vom 1. Juni 1948 gestützt auf Art. 108 Ziff. 1 OR ohne Nachfristansetzung vom Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR hätte Gebrauch machen können. Denn der Kläger hat diese Möglichkeit tatsächlich nicht beansprucht. Er setzte vielmehr am 3. Juni der Beklagten eine — durchaus angemessene — Nachfrist bis zum 10. Juni 1948, mit der Androhung, im Falle des Ausbleibens der Lieferung eine der in Art. 107 Abs. 2 OR aufgezählten Befugnisse auszuüben. Dieses Vorgehen war statthaft. Der Gläubiger ist im Falle des Art. 108 OR wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet, von der Ansetzung einer Nachfrist abzusehen. Macht er von der Möglichkeit zum Vorgehen nach Art. 108 OR keinen Gebrauch, sondern zieht er es vor, dem Schuldner zunächst eine Nachfrist anzusetzen, obwohl er hiezu nicht verpflichtet wäre, so liegt darin entgegen der Meinung der Vorinstanz keine Ausübung des Wahlrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR im Sinne des Festhaltens an der Vertragsleistung. Der Gläubiger kann vielmehr in diesem Falle gleich wie dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 108 OR nicht gegeben sind und daher die Ansetzung einer Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR erforderlich ist, mit der Entscheidung im Sinne des Art. 107 Abs. 2 OR zuwarten bis zum Ablauf der Nachfrist. Diese Lösung drängt sich schon aus folgender Überlegung auf: Das Gesetz will dem Gläubiger beim Vorliegen eines der in Art. 108 OR aufgezählten besonderen Umstände eine Vorzugsstellung einräumen, indem es ihn von der für den Regelfall vorgesehenen Pflicht zur Ansetzung einer Nachfrist befreit. Verzichtet der Gläubiger darauf,

von der ihm zu Gebote stehenden Vergünstigung Gebrauch zu machen, und gibt er dem Schuldner aus Entgegenkommen nochmals Gelegenheit, seiner Erfüllungspflicht zu genügen, so kann dieser Verzicht nicht die Folge haben, dass der Gläubiger nun schlechter gestellt ist, als er es im Regelfalle wäre. Das ist um so selbstverständlicher, als der Gläubiger nach ständiger Rechtsprechung und Lehre sogar nach Ablauf der Nachfrist sich nicht sofort zu entscheiden braucht, sondern erneut, sogar mehrmals, Nachfrist ansetzen kann, mit der Folge, dass ihm nach fruchtlosem Ablauf jeder Nachfrist wiederum das Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR zusteht (BGE 43 II 355, 44 II 411). Der Kläger hatte somit nach Ablauf der Nachfrist am 10. Juni 1948 neuerdings das Recht, sich für eine der in Art. 107 Abs. 2 OR aufgeführten drei Möglichkeiten zu entscheiden.

Bei dieser Rechtslage kann sich die Frage überhaupt nicht stellen, ob die vom Kläger am 26. Juni abgegebene Erklärung, auf die von der Beklagten am 1. Juni ausgesprochene Annullierung bezogen, verspätet gewesen sei.

2. — Die Beklagte hat dem Kläger entgegengehalten, er habe mit seinem Schreiben vom 26. Juni 1948 sein Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR nicht rechtsgültig ausgeübt, weil die Wahlerklärung nicht unverzüglich nach Ablauf der am 10. Juni zu Ende gegangenen Nachfrist erfolgt sei; die Vorinstanz hat diese Einrede geschützt. Dieser Entscheid ist rechtlich nicht haltbar.

Mit ihrem Schreiben vom 1. Juni 1948 hatte sich die Beklagte bestimmt geweigert, den Vertrag zu erfüllen. Sie hat diese Weigerung in der Folge noch dadurch bestätigt, dass sie auch innert der ihr gesetzten Nachfrist bis zum 10. Juni nicht erfüllte. Infolge dieses Verhaltens der Beklagten war dem Kläger die Möglichkeit genommen, Erfüllung zu verlangen. Er hatte praktisch gar nicht mehr die Wahl zwischen Erfüllung und Verzicht auf Erfüllung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 48 II 224, 54 II 32) setzt das Erfordernis der unverzüglichen

Erklärung des Verzichtes auf Realerfüllung aber voraus, dass dem Gläubiger die Wahl zwischen den ihm vom Gesetz gebotenen Rechtsbehelfen offen stehe. Fällt einer von diesen nach den Umständen ausser Betracht und kommt infolgedessen der Entschliessung des Gläubigers praktisch keine Bedeutung zu, so kann daraus, dass er die Wahl nicht unverzüglich bekannt gibt, keine Einrede gegen ihn abgeleitet werden. Das trifft insbesondere dann zu, wenn der Schuldner die bestimmte Erklärung abgegeben hat, die Erfüllung zu verweigern. Dann darf er nicht nachträglich den Standpunkt einnehmen, der Gläubiger sei mangels sofortiger Ausübung des Wahlrechtes auf den von vorneherein aussichtslosen Weg der Erfüllungsklage angewiesen. Eine solch widerspruchsvolle Haltung berechtigt den Gläubiger, die Einrede der Verspätung durch den Schuldner als gegen die gute Treue verstossend zurückzuweisen.

Von dieser Rechtsprechung abzuweichen, besteht kein Anlass. Danach muss aber der vorliegende Fall, mindestens dem Grundsatz nach, im Sinne der Berufung entschieden werden. Angesichts des Verhaltens der Beklagten verstösst die von ihr erhobene Einrede des verspäteten Verzichtes des Klägers auf Realerfüllung zweifellos gegen Treu und Glauben und ist daher nicht zu hören. Dass der Kläger nicht sofort nach dem Ablauf der Nachfrist auf die nachträgliche Leistung verzichtete, sondern damit 16 Tage zuwartete, ist deshalb belanglos. Anders verhielte es sich allerdings, wenn der Kläger mit diesem Zuwarten beabsichtigt hätte, die Marktlage zu Ungunsten der Beklagten auszubeuten. Damit hätte er seinerseits gegen das Gebot der guten Treue verstossen, da ihm die Vertragsbrüchigkeit der Beklagten nicht das Recht verschafft hätte, auf ihrem Rücken mit den Schwankungen des Marktes zu spekulieren (BGE 43 II 356, 69 II 246). Für eine solche Absicht des Klägers liegt aber nichts vor. Er hatte kurz nach dem Vertragsschluss mit der Beklagten die bestellte Ware im vollen Umfang an die Firma Teh-

Hu Sunfuh in Hong-Kong weiterverkauft zum Preise von Fr. 20.50 das Stück. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern er überhaupt eine ihm günstigere Schadensrechnung aufstellen könnte, als er dies unmittelbar nach dem 10. Juni 1948 hätte tun können.

3. — War die Erklärung des Klägers vom 26. Juni 1948, mit der er auch nach der Meinung der Vorinstanz sicher auf nachträgliche Realerfüllung durch die Beklagte verzichtete, nicht verspätet, so muss im weiteren die von der Vorinstanz offen gelassene Frage entschieden werden, ob der Kläger damit Schadenersatz wegen Nichterfüllung (das positive Vertragsinteresse) verlangte, oder ob er sich damit für den Rücktritt vom Vertrag im Sinne von Art. 109 OR und für Geltendmachung des negativen Interesses entschied.

Im Schreiben vom 26. Juni erklärte der Kläger, er « trete vom Vertrag zurück », und im gleichen Satze legte er seine Schadenersatzbegehren dar. Wie jede rechtsgeschäftliche Erklärung muss auch die hier in Frage stehende nach ihrem wirklichen Sinn und aus der gesamten Sachlage heraus verstanden werden; vor allem darf man einen juristischen Laien nicht allzustreng beim Wortlaut behaften. Was der Kläger in Wirklichkeit sagen wollte, ergibt sich unmissverständlich aus der von ihm gleichzeitig mit der Wahlerklärung getroffenen Umschreibung seiner Schadenersatzansprüche. Er machte nämlich u. a. Fr. 5000.— für Verdienstausfall geltend. Der entgangene Gewinn kann aber nur im Rahmen des Erfüllungsinteresses gefordert werden, niemals dagegen unter dem Gesichtspunkt des negativen Interesses (69 II 245 Erw. 4). Danach steht ausser Zweifel, dass der Kläger trotz der von ihm gebrauchten Wendung, er trete vom Vertrag zurück, nicht den Rücktritt im Sinne von Art. 107 Abs. 2/Art. 109 OR zu erklären beabsichtigte, sondern, wie auch der Beklagten erkennbar sein musste, einfach den Verzicht auf deren Leistung aussprechen wollte.

4. — Ist somit die Klage grundsätzlich begründet,

so muss die Sache zur Festsetzung der dem Kläger zustehenden Schadenersatzansprüche an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 27. April 1950 wird aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung der Klageforderung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

44. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1950
i. S. Moser A.-G. gegen Konkursmasse Hans Finger & Co. A.-G.

Art. 753 Ziff. 2 OR (Gründerhaftung).
Anwendung dieser Bestimmung im Falle einer verdeckten, kurzfristigen Darlehensgewährung zu Gründungszwecken.
Gründerbegriff.

Ob eine für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister massgebende Bescheinigung richtig oder unrichtig ist, beurteilt sich nicht nach formellen, sondern nach materiellen Gesichtspunkten.

Art. 753 ch. 2 CO (responsabilité des fondateurs).
Application de cette disposition dans le cas d'un prêt à court terme, accordé pour la forme en vue de la fondation.
Notion de fondateur.

Pour décider si une attestation dont dépend l'inscription de la société sur le registre du commerce est exacte ou inexacte, il faut considérer non la forme, mais le fond.

Art. 753, cifra 2 CO (responsabilità dei promotori).
Applicazione di questo disposto nel caso di un mutuo a breve scadenza accordato « pro forma » in vista della costituzione della società.

Nozione di promotore.
Per decidere se un'attestazione da cui dipende l'iscrizione della società nel registro di commercio sia esatta o no, non devesi considerare la forma, ma la sostanza.

A. — Seit dem 30. April 1945 war im Handelsregister des Kantons Zürich die Kommanditgesellschaft Hans Finger & Co. eingetragen, mit Hans Finger-Moser als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und seiner Ehefrau Elsa Finger-Moser als Kommanditärin.

B. — Am 20. März 1947 wurde in Zürich (neben der fortbestehenden Kommanditgesellschaft) die Hans Finger