

orte auszuüben, nicht am Versendungsorte. Dahin ging der Inhalt des Vertrages, und hieran hat der Zahlungsverzug der Beklagten nichts geändert. Ebenso ist Klagebegehren 2 unter der Bedingung der vertraglichen Lieferung und mit dem Vorbehalte des Prüfungs- und Rückrechtes der Beklagten zuzusprechen, soweit es auf Zahlung des Kaufpreises geht. Für die von der Vorinstanz angeordnete Deponierung des Kaufpreises dagegen besteht eine gesetzliche Grundlage nicht. Auch kann das Rückrecht nicht auf 4 Wochen, sondern nur auf die gesetzliche, bezw. geschäftsübliche Frist ausgedehnt werden. Zinse können von den Klägern nicht gefordert werden, da sie sich selber im Lieferungsverzug befinden; ebensowenig ist die Beklagte zur Bezahlung der Betreibungskosten verpflichtet, weil die Kläger ihrerseits die Erfüllung nicht gehörig angeboten haben.

9. Die Widerklage ist abzuweisen. Die bloße Mahnung und Betreibung durch den Verein „Kreditreform“ stellt sich nicht als unerlaubte Handlung dar; und daß die Kläger etwas weiteres gegen die Beklagte unternommen hätten, das sich als Schimpf und Kreditbeschädigung qualifizieren würde, ist nicht bewiesen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, 20 Packen Rohtabak, Djelboef Nr. 3378, M/A A/V 2, Ballen Nr. 1152—1171, welche sich zu ihrer Verfügung bei den Klägern auf Lager befinden, zu beziehen.

2. Die Beklagte ist verpflichtet, an die Kläger 5452 Fr. 90 Cts. zu bezahlen, unter der Bedingung, daß die Kläger vertragsgemäß liefern, und unter dem Vorbehalte des Prüfungs- und Rückrechtes während der gesetzlichen oder geschäftsüblichen Frist.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.

42. Urteil vom 20. September 1901 in Sachen
Danuser gegen Schenk.

Ungerechtfertigte Bereicherung. Art. 70 ff. O.-R. — Kauf einer grundversicherten Forderung (Cession). Eidgenössisches und kantonales Recht; Art. 198 O.-R. Gegenstand der Abtretung; Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Abtretenden; Begründeterklärung des Rückforderungsanspruches.

A. Durch Urteil vom 30. April 1901 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

Dem Kläger ist sein Klagsbegehren im geforderten Hauptbetrage von 8000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 4. Februar 1899 zugesprochen, mit seiner weitergehenden Zinsforderung ist der Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: Die Klage sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert und begründet der Vertreter des Beklagten diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Klägers trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der vorliegende Prozeß beruht auf folgendem Sachverhalt: Durch Bauvertrag vom 20. Januar 1896 übertrug der Beklagte Casliß Danuser in Bern den Bauunternehmern Stettler & Jenni daselbst die Erstellung eines Wohn- und Geschäftsgebäudes nach aufgestellten Plänen und Baubeschreibung auf einem von ihm erworbenen Stück Land (Parzelle Nr. 322 Z) im Breitenrainquartier in Bern. Nach diesem Vertrage sollte das betreffende Gebäude bis zum 20. Oktober 1896 fertig erstellt sein bei einer Konventionalstrafe von 20 Fr. für jeden Tag Verspätung. Kurze Zeit hernach trat der Beklagte mit der Kollektivgesellschaft Joh. Schenk's Söhne in Bern — der Rechtsvorgängerin des heutigen Klägers — in Unterhandlungen betreffend

den Verkauf des in Arbeit stehenden Neubaus; der Kläger Friedrich Schenk — damals Teilhaber der genannten Kollektivgesellschaft — nannte dem Beklagten auf dessen Zusicherung, daß das Gebäude für die Errichtung einer Bäckerei geeignet wäre, hin den Bäckermeister Hadorn in Thun als Kauflustigen. Unter dem 20. Februar 1896 wurde dann zwischen Hadorn und dem Beklagten ein Kaufvertrag um das im Bau begriffene Gebäude nebst dazu gehöriger Parzelle und Umschwung abgeschlossen, Zins, Nutzen und Schaden hatten für den Käufer Hadorn am 1. November 1896 zu beginnen. In Art. 5 des Vertrages verpflichtete sich der Beklagte, „das im Bau begriffene Gebäude samt Gelände und Pallisadenzaun nach den von Herrn Brönnimann erstellten Plänen und nach den aufgestellten Bauvorschriften und dem Bauvertrag mit Herren Stettler & Jenni auf 1. November 1896 . . . für und fertig und in bester Qualität zu erstellen,“ speziell auch die Bäckerei einzurichten. Der Kaufpreis wurde festgesetzt auf 93,000 Fr. Hieran entrichtete Hadorn bei Verschreibung des Kaufvertrages 5000 Fr. in Bar; für die Kaufpreisrestanz von 88,000 Fr. wurden Pfandrechte auf die Liegenschaft vorbehalten, und zwar im ersten Rang für 50,000 Fr., im zweiten Range für 23,000 Fr., und im dritten Range für 15,000 Fr. Mit Bezug auf diesen letztern Betrag wurde vereinbart (Art. 4): „Die im dritten Pfandrechtsrange stehenden 15,000 Fr. „sind am 1. November 1896 von Herrn Danuser an einen „dritten Gläubiger abzutreten und sind sodann diesem vom 1. November 1896 hinweg zu vier vom Hundert jährlich zu verzinsen „und vom 1. Januar 1900 an in jährlichen Raten von 500 Fr. „erstmal 1. Januar 1901, zahlbar, jedoch kann der Gläubiger „dieses Kapital zu jeder Zeit auf sechs Monate künden. Von „Seite des Käufers, Herrn Hadorn, können diese 15,000 Fr. „zu jeder Zeit ganz oder teilweise, jedoch nicht in Beträgen von „unter 500 Fr., abbezahlt werden, auf sechsmonatliche Kündigung.“ Die Fertigstellung dieses Kaufvertrages fand am 14. Oktober 1896, die Eintragung in das Grundbuch am 20. gl. Mts. statt. Der Vertrag selbst wurde in 4 Doppeln ausgefertigt, und zwar 3 Doppel („Kaufbeile“) als Forderungstitel für die drei grundpfandversicherten Kaufpreisrestanzforderungen des Verkäufers,

fer, und eine Ausfertigung („Kaufbrief“) für den Käufer als Erwerbstitel. Die Parteien sind darüber einig, daß die Kollektivgesellschaft Joh. Schenks Söhne bei diesem Kaufvertrage interessiert war und daß der Kläger bei dessen Abschlusse als deren Vertreter mitgewirkt hat. Die im dritten Pfandrechtsrange stehende Forderung sollte von der genannten Firma gegen Cession des Titels übernommen werden; die Firma ging gegenüber dem Beklagten mit Bezug hierauf eine ausdrückliche Verpflichtung ein, worüber auch eine besondere Urkunde aufgenommen wurde, die jedoch verloren gegangen ist. Der Kläger behauptete, in dieser Urkunde habe sich der Vorbehalt gefunden, daß der Beklagte vor der Titelübernahme seinen sämtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage mit Hadorn nachkommen werde; der Beklagte hat dies bestritten, und die Vorinstanz hat die Behauptung als nicht erwiesen angenommen. Am 29. Oktober 1896 bezahlte die Kollektivgesellschaft Joh. Schenks Söhne dem Beklagten auf Rechnung des Abtretungspreises der Kaufpreisrestanzforderung von 15,000 Fr. einen Betrag von 1000 Fr., wofür ihr der Beklagte folgende Quittung ausstellte: „Herr Rudolf Hadorn, Bäckermeister in Thun schuldet dem Herrn Caspisch Danuser, Handelsmann in Bern auf der von ihm erworbenen Besitzung Nr. 13 „an der Breitenrainstraße in Bern eine vom Kaufpreis in den „dritten Pfandrechtsrang gestellte Summe von 15,000 Fr., welche „von den Herren J. Schenks Söhne, Müllermeister in Bern „gegen Cession des Titels eingelöst werden soll. Herr Danuser „anerkennt nun hiemit, von den Herren Schenk auf Rechnung „genannter Summe den Betrag von 1000 Fr. (eintausend Franken) empfangen zu haben mit der ausdrücklichen Erklärung, daß „diese Zahlung an dem Rechtsverhältnis bezüglich der von ihm „übernommenen Verpflichtung zur Vollendung des Baues durchaus nichts ändern soll und daß er die daherigen, im Kaufvertrag mit Herrn Hadorn enthaltenen Bestimmungen im vollen „Umfang anerkenne. Bern, den 29. Oktober 1896. sig. Caspisch „Danuser.“ Ferner zahlte die Gesellschaft Joh. Schenks Söhne als weitere Abschlagszahlung auf Rechnung des genannten Abtretungspreises am 15. November 1896 im Auftrage des Beklagten an die Baumernehmer Stettler & Jenni einen Betrag

von 8000 Fr., wofür sie sowohl von Stettler & Jenni, wie vom Beklagten Quittung erhielt. Am 4. Dezember 1896 schrieb Notar Tenger der Firma Joh. Schenk's Söhne im Auftrage des Beklagten, der auf Besitzung Nr. 13 Breitenrainstraße in den 3. Rang gestellte Forderungstitel von 15,000 Fr. stehe gegen Bezahlung der darauf noch restierenden 6000 Fr. zu ihrer Verfügung.

Mittels Ladung vom 19. Februar 1897 ließ sodann der heutige Beklagte die Firma Joh. Schenk's Söhne vor Friedensrichteramte Bern vorladen zur Verhandlung über das Rechtsbegehren: „Die beklagte Firma sei schuldig, dem Kläger gemäß Verpflichtung vom 20. Februar 1896 eine Summe von 15,000 Fr. samt Zins à 4% vom 1. November 1896 hinweg zu bezahlen,“ gegen die Erklärung des Beklagten (und damaligen Klägers), er sei bereit, gegen die Bezahlung der 15,000 Fr. den Forderungstitel von 15,000 Fr. der Firma Joh. Schenk's Söhne abzutreten. Da eine Vermittlung nicht zu Stande kam und der (heutige) Beklagte den Prozeß nicht durchführen wollte, setzte er der Firma Joh. Schenk's Söhne im März oder April 1897 eine letzte angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ihrer Verpflichtung an, mit der Androhung, daß er nach Ablauf der Frist über denjenigen Teil der Pfandrechtsforderung von 15,000 Fr., welchen die Firma noch nicht übernommen habe, anderweitig verfügen und einem Dritten gegen Bezahlung der 6000 Fr. abtreten werde. Da diese Aufforderung ohne Erfolg blieb, trat der Beklagte am 27. April 1897 die Summe von 6000 Fr. den Unternehmern Stettler & Jenni ab. Die Abtretungsurkunde hierüber lautet: „Herr Castisch Danuser . . . tritt hiemit den H. Stettler & Jenni . . . dieselige Summe von 6000 Fr. zum Eigentum ab, welche er nach Abzug der von den H. Joh. Schenk's Söhne . . . auf Rechnung bezahlten 9000 Fr. auf der Kaufbeile vom 20. Februar 1896, gefertigt den 14. Oktober 1896, Bern Grundbuch Nr. 199 S. 437 an Hrn. Rud. Hadorn . . . zu fordern hat, erkennend den Gegenwert empfangen zu haben. Gewähr wird keine versprochen.“ (Datum und Unterschrift.) Am 2. Juni 1897 wurde alsdann das Pfandrecht für die 9000 Fr. im Grundbuche gelöscht. Unter dem 24. Januar 1899 erließ der Kläger — als Rechtsnachfolger der am 7. März 1898

aufgelösten Kollektivgesellschaft Joh. Schenk's Söhne — an den Beklagten eine „Notifikation und Aufforderung,“ welche (nach Darlegung des Sachverhaltes) dahin ging: „Dieser Verpflichtung — nämlich zur Abtretung der Forderung von 15,000 Fr. — ist Herr Danuser bis zur Stunde nicht nachgekommen, trotzdem die Herren Schenk auf Rechnung ihrer Verpflichtung bereits 9000 Fr. an Herrn Danuser geleistet haben. Es ist selbstverständlich, daß die Herren Schenk's Söhne oder nunmehr deren Rechtsnachfolger Herr Friedrich Schenk nur verpflichtet sind, einen einwandfreien Titel zu übernehmen. Nachdem bis zur Stunde ihm ein solcher nicht übergeben wurde, sieht sich der Notifikant gezwungen, dem Notifikaten Danuser eine Frist von 10 Tagen anzusetzen, innert welcher er ihm die unterpfändlich versicherte Forderung gegen Bäckermeister Hadorn von 15,000 Fr. mit höchstens den oben angeführten Vorgängen abzutreten hat. Sollte Herr Danuser dieser Aufforderung innert der angesetzten Frist nicht nachkommen, so wird der zwischen Parteien bestehende, durch die oben erwähnte Verpflichtung begründete Vertrag aufgelöst und fordert der Notifikant das bereits Geleistete zurück. Während der angesetzten Frist steht der restanzliche Betrag von 6000 Fr. bei dem unterzeichneten Anwalt gegen Übergabe des einwandfreien Titels von 15,000 Fr. zur Verfügung des Notifikaten.“ Da der Beklagte dieser Aufforderung nicht nachkam, erhob der Kläger gegen ihn die vorliegende Klage, die das Rechtsbegehren enthält: Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger einen Betrag von 8000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 15. November 1896 zu bezahlen. Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage ange tragen. Die rechtlichen Standpunkte der Parteien, sowie die Begründung des Urteils der Vorinstanz sind, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

2. Der Kläger hat seine Klage auf folgende tatsächliche und rechtliche Grundlage gestellt: Laut der Vereinbarung des Beklagten mit Hadorn vom 20. Februar 1896 habe sich der Beklagte verpflichtet, die im dritten Pfandrechtsrange stehende Kaufpreisrestanzforderung von 15,000 Fr. der Rechtsvorgängerin des Klägers abzutreten, wogegen diese die Verpflichtung übernommen habe, den Gegenwert, d. h. die Kaufpreisrestanz, zu bezahlen.

Nun sei der Beklagte seiner Verpflichtung nicht nachgekommen, indem die Cession nicht in der Weise, wie sie vereinbart worden, stattgefunden habe. Der Kläger sei daher seinerseits, nachdem seine Aufforderung zur Erfüllung erfolglos geblieben, berechtigt gewesen, von der Vereinbarung zurückzutreten, diese einseitig aufzuheben. Daraus folge, daß der Beklagte das, was er aus dieser Vereinbarung erhalten habe, ohne rechtmäßigen Grund empfangen habe, so daß der Kläger — als Rechtsnachfolger der Firma Joh. Schenk's Söhne, aus deren Vermögen der Beklagte bereichert worden sei — zur Rückforderung berechtigt erscheine. Nach dieser Klagebegründung erweist sich der vom Kläger geltend gemachte Anspruch als Anspruch aus ungerECHtfertigter Bereicherung, so daß zur Beurteilung des Rechtsverhältnisses als Ganzes das eidgenössische Obligationenrecht, speziell Art. 70 ff., zur Anwendung gelangen. Damit ist die (übrigens vom Kläger nicht bestrittene) Kompetenz des Bundesgerichtes für den Rechtsstreit als solchen gegeben. (Vergl. Bundesger. Entsch., Bd. XXV, II, S. 871. Erw. 2, in Sachen Nordostbahn gegen Kummer.)

3. Bei der Vereinbarung vom 20. Februar 1896 nun, auf welche sich die Klage in erster Linie bezieht, handelte es sich um den Kauf einer Forderung, der vollziehbar sein sollte durch Cession der Forderung. Der Vertreter des Beklagten hat heute darzutun versucht, diese Vereinbarung sei als Anweisung aufzufassen. Dieser Ansicht kann indessen nicht beigegeben werden. Allerdings wäre auf diesem Wege ein ganz ähnlicher wirtschaftlicher Erfolg erzielt worden, wie auf dem wirklich eingeschlagenen; allein die Kontrahenten haben eben nicht diesen Weg gewählt, sondern ganz deutlich vereinbart, daß die Forderung abgetreten werden sollte gegen Vergütung. Gegenstand des Forderungskaufes und damit der Abtretung war eine grundversicherte Forderung; dies ändert indessen, trotz dem allgemeinen Wortlaute des Art. 198 O.-R., nichts daran, daß das eidgenössische Obligationenrecht zur Beurteilung der causa cessionis, sowie, sofern dies zu beurteilen wäre, für die Frage, wie weit die Gewährspflicht des Cedenten gehe, zur Anwendung kommt (vergl. Urteil des Bundesger. vom 12. Februar 1898 i. S. Frey-Wahlh gegen Krager, Amtl. Samml., Bd. XXIV, II, S. 117 f.), während allerdings die Frage der

Gültigkeit der Abtretung vom kantonalen Rechte beherrscht wird. Der Kläger macht nun geltend: Gegenstand der Abtretung sei die Abtretung einer liquiden, gegen alle Einreden seitens des Käufers Hadorn geschützten Forderung gewesen, und seiner Verpflichtung zur Abtretung einer derartigen Forderung sei der Beklagte nie nachgekommen. Die Vorinstanz ist dem Kläger in dieser Argumentation gefolgt, indem sie folgendes ausgeführt hat: Dafür, daß die Forderung in ihrem Bestande nach Fertigstellung und Übergabe des Baues und nicht etwa diejenige, die zur Zeit der Veräußerung, behaftet mit den Einreden des Schuldners Hadorn, bestand, Kaufgegenstand gewesen, sprechen folgende überwiegende Gründe: Die Thatsache, daß die Firma Joh. Schenk's Söhne sich von vornherein an dem Verkaufe des betreffenden Hauses beteiligte und daß sie ein gemeinsames Interesse mit Hadorn hatte, dem sie den Kauf durch ihre finanzielle Beihülfe ermöglichte; sodann die Vereinbarung, daß die fragliche Forderung erst auf den 1. November 1896, d. h. auf den Zeitpunkt, auf den der Verkäufer voraussichtlich seinen Verpflichtungen würde nachgekommen sein, abgetreten werden sollte. Daß der Beklagte selber diese Auffassung gehabt habe, ergebe sich aus der ersten Quittung (vom 29. Oktober 1896), wonach an seiner Verpflichtung zur Vollendung des Baues nichts geändert sein sollte; ferner daraus, daß der Beklagte thatsächlich gegen Hadorn vorgegangen sei, und aus der weiteren Thatsache, daß er mit Brief vom 3. Dezember 1896 Joh. Schenk's Söhne eingeladen habe, der Übergabe des Hauses an Hadorn beizuwohnen. Schließlich könne es nicht die Absicht der Parteien gewesen sein, den Beklagten durch die betreffende Vereinbarung günstiger zu stellen, als dies bei der Zahlung durch Hadorn der Fall gewesen wäre. Soweit in diesen Ausführungen der Vorinstanz thatsächliche Feststellungen liegen, sind dieselben nicht aktemwidrig; allein die von der Vorinstanz aus diesen Thatsachen gezogenen Schlussfolgerungen auf den Inhalt des Gewährleistungsversprechens des Beklagten und den Gegenstand der abgetretenen Forderung unterliegen einem gewichtigen Bedenken. Ein schlüssiger Beweis dafür, daß diese Gewährleistungspflicht des Beklagten (als Cedenten) weiter gegangen sei als sie nach Gesetz — Art. 192 O.-R. — war, ist

jedenfalls nicht geleistet, und es erscheint fraglich, ob die von der Vorinstanz geltend gemachten Momente das Fehlen dieses strikten Beweises zu ersetzen vermögen. Indessen braucht auf eine weitere Erörterung dieser Frage nicht eingetreten zu werden, da die Klage jedenfalls von einem andern Standpunkt aus begründet erscheint.

4. Die Vorinstanz führt nämlich gegenüber dem Einwande des Beklagten, er habe seinerseits zuerst den Kläger (bzw. dessen Rechtsvorgängerin) in Verzug gesetzt, mit der Androhung, die Forderung anderweitig abzutreten, folgendes aus: Selbst wenn der Standpunkt des Beklagten richtig wäre, daß er einfach den Titel, abgesehen davon, ob die Forderung bestritten sei, abzutreten hatte, und angenommen auch, es sei eine teilweise Erfüllung oder ein teilweiser Rücktritt zulässig gewesen, müsse die Rückforderungsklage dennoch als begründet angesehen werden, aus folgenden Gründen: Der Beklagte hätte immerhin der Firma Joh. Schenk's Söhne für die bereits bezahlten 9000 Fr. eine besondere Cession ausstellen und den Titel dieser Firma übergeben müssen. Das habe er nun nicht gethan, jedenfalls nicht in einer vollkommen wirksamen Weise insbesondere gegenüber dem Schuldner Hadorn und wie es zur Anmeldung im Grundbuch erforderlich gewesen; ja er habe nicht einmal die Ausstellung einer solchen Teil-Cession und die Herausgabe des Forderungstitels anboten, weder anfänglich noch später. Zudem sei der Beklagte wegen der am 2. Juni 1897 erfolgten Löschung des Pfandrechtes für die 9000 Fr. gar nicht mehr im Stande gewesen, dem Kläger eine grundpfandversicherte Forderung in diesem Betrage zu übertragen, und zwar sei hiebei zu bemerken, daß diese Löschung nicht ganz ohne die Schuld des Beklagten geschehen sei, indem er durch die Auslieferung des Titels mit nicht genau und klar abgefaßten Cessionen ebenfalls dazu Veranlassung geboten habe. Der Beklagte habe also in Wirklichkeit auch nicht einmal teilweise erfüllt und sich sogar in die Unmöglichkeit versetzt, es zu thun, so daß er die Gegenleistung des Klägers (bzw. dessen Rechtsvorgängerin) unter allen Umständen zurückgeben müsse.

Zu diesen Ausführungen der Vorinstanz ist folgendes zu bemerken: Vertragliche Pflicht des Beklagten war es, dem Kläger — resp. dessen Rechtsvorgängerin — eine grundpfandver-

sicherte Forderung abzutreten. Aus den Ausführungen der Vorinstanz erhellt nun, daß die Abtretung einer derartigen Forderung gar nicht mehr möglich war, weil das Pfandrecht im Grundbuch gelöscht war. Dieser Entscheid ist für das Bundesgericht verbindlich und kann von ihm nicht überprüft werden, da diese Frage vom kantonalen Rechte beherrscht wird. Daraus folgt aber unmittelbar, daß der Beklagte nicht erfüllt hat, ja nicht erfüllen konnte. Eine nur teilweise Erfüllung und eine nur teilweise Aufhebung — die der Beklagte in Anspruch nehmen will — war danach nicht statthaft. Was der Beklagte empfangen hat, muß er daher zurückgeben, wobei dahin gestellt sein kann, ob der Kläger im Verzuge gewesen sei. Denn aus letzterem Umstande würde nur folgen, daß der Beklagte schadensersatzberechtigt wäre; nun hat er aber derartige Schadensersatzansprüche im vorliegenden Prozesse nie erhoben und zur Kompensation verstellt. Aus dem angeführten Grunde muß danach die Klage jedenfalls gutgeheißen werden. Der Einwand gegenüber der Berücksichtigung dieses Standpunktes, der Kläger habe sich gar nie auf diesen Boden gestellt, hält nicht Stich. Denn die Vorinstanz hat diesen Standpunkt erörtert, er ist somit altentkundig geworden und bildet einen Bestandteil des Prozeßstoffes. Ist dieser Standpunkt aber zu berücksichtigen, so folgt daraus, wie bemerkt, die Gutheißenung der Klage und damit die Abweisung der Berufung.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern (I. Abteilung) vom 30. April 1901 in allen Teilen bestätigt.