

## BGE 29 II 45

Bundesgericht (BGE), 1902-10-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_29\\_II\\_45](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_29_II_45)

FR: ATF 29 II 45

IT: DTF 29 II 45

### Volltext

7. Urteil vom 17. Januar 1903 in Sachen Mertz, Kl. u. Ber.=Kl., gegen Gerber, Bekl. u. Ber.=Bekl. Werkvertrag über eine Dampfmaschine mit Kondensator. Irrtum über benötigtes Wasserquantum; Verweigerung der Annahme seitens des Bestellers; Erfüllungsklage des Unternehmers. — Zugesicherte Eigenschaften? (Art. 358 O.-R.). — Abschluss durch Stellvertreter? — Behauptetes Nichtzustandekommen des Vertrages wegen Mangels der Einigung über einen Hauptpunkt (Art. 1 O.-R.). — Wesentlicher Irrtum: Irrtum über Eigenschaften, Art. 19 Ziff. 3 O.-R. Abweisung der Klage wegen Mangels einer vorausgesetzten Eigenschaft, Art. 358 O.-R. A. Durch Urteil vom 28. Oktober 1902 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Klage abgewiesen. B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrage: In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei die Klage gutzuheissen, eventuell die Sache zur Aktenvervollständigung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. C. Der Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Der Beklagte Dr. Gerber bestellte für seine Molkerei am 14. Mai 1901 bei dem Kläger, der in Basel eine Maschinenfabrik betreibt, eine sogenannte Tandem=Compound=Dampfmaschine mit Kondensator, 10 effektive Pferdekraft leistend, zu 3300 Fr. (wovon laut Kostenvoranschlag 2800 Fr. für die Maschine und 500 Fr. für den Kondensator berechnet sind), zahlbar ½ bei Versandt des Hauptmaterials, ½ drei Monate nach Montierung, Rest sechs Monate nach Faktura, Montage=Kosten extra. Diese Bestellung vermittelte der Bruder des Klägers, E. H. Mertz, der

in Zürich ein technisches Bureau führte. Am 15. Mai 1901 acceptierte der Kläger die Bestellung brieflich. Vor der Bestellung hatte der Beklagte zu wissen verlangt, welches Wasserquantum in der Stunde für den Betrieb des Kondensators nötig sei. Der im Bureau des Beklagten anwesende Vermittler E. H. Mertz erkundigte sich telephonisch in Basel, worauf er, wie er aussagte, die Auskunft erhielt, der Wasserbedarf sei auf 220 bis 250 Liter in der Stunde anzuschlagen. Am Telephon des Beklagten hatte auch noch dessen Prokurist Grieder gehört; nach seiner Aussage lautete die Frage des E. H. Mertz: „Wie viel Wasser braucht die Maschine zur Kondensation?“, die Antwort: „250 bis 300 Liter.“ Nach Mitteilung dieser telephonischen Auskunft entschloß sich der Beklagte zur Bestellung. Die schriftliche Festsetzung des Vertragsinhaltes enthält keine Bestimmungen über den Wasserbedarf. Als die Maschine geliefert war (31. August 1901), stellte sich heraus, daß die telephonierte Angabe sich nicht auf die gesamte Kraftleistung der Maschine, sondern nur auf eine Pferdekraft als Einheit bezog, und daß die ganze Maschine das zehnfache des Wasserquantums, welches E. H. Mertz und Grieder am Telephon gehört hatten, benötigte. Der Beklagte verweigerte die Montierung und stellte die Maschine dem Kläger auf Grund dieser Tatsache im Verlaufe der folgenden Unterhandlungen, bei denen ein Ingenieur des Klägers nach Zürich gereist war, zur Verfügung. Der Kläger nahm den Standpunkt ein,

die — durch seinen Angestellten Vorlisch übermittelte — Auskunft über den Wasserbedarf habe sich bezogen auf indizierte Pferdekraft und Stunde und habe auch so gelautet (was von Vortisch im Prozesse als Zeuge bestätigt wurde). Da eine Einigung nicht zu Stande kam, leitete der Klä- ger im Februar 1902 beim Bezirksgericht Zürich Klage ein mit den Rechtsbegehren: 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, an den Kläger 2273 Fr. 60 Cts (2200 Fr. an die Maschine, 40 Fr. 10 Cts. für den Monteur, 33 Fr. 50 Cts. für den Ingenieur des Klägers) nebst Zins zu 5 % seit 6. Dezember 1901 zu bezahlen; 2. Es sei gerichtlich festzustellen, daß der Beklagte ver- pflichtet sei, dem Kläger am 28 Februar 1902 weitere 1100 Fr. zu bezahlen. Der Beklagte, der Abweisung der Klage bean- trage, erhob die Einrede, daß der Maschine die vom Angestellten Vortisch und dem Agenten E. H. Mertz hinsichtlich des für den Kondensator benötigten Wasserverbrauchs zugesicherte Eigenschaft fehle. Das tatsächlich benötigte Wasserquantum bekomme er von der städtischen Wasserversorgung gar nicht; wollte er sich ander- weitig behelfen, so hätte er eine einmalige Mehrausgabe von 300 Fr. und jährliche Mehrausgaben von je 800 Fr. zu machen. Übrigens sei mangels des Konsenses über einen Hauptpunkt des Vertrages (Wasserbedarf des Kondensators) der Vertrag gar nicht zu Stande gekommen. Der Kläger anerkannte zwar die vom Beklagten geschilderten Unzukömmlichkeiten, bestritt aber vor den kantonalen Instanzen, die streitige Zusicherung gegeben zu haben, und nahm auch im Prozesse den Standpunkt ein, sein Angestell- ter Vortisch habe telephonierte, daß der Kondensator 220—300 Liter per Stunde und per indizierte Pferdekraft brauche. Jedenfalls aber habe der Beklagte schon aus den ihm vor Abschluß des Vertrages vorgelegten Zeichnungen, welche die Dimensionen der Wasser- röhren enthielten, sehen müssen, daß die Maschine im ganzen das zehnfache des von E. H. Mertz und dem Beklagten angenomme- nen Wasserquantums bedürfe. Weiter eventuell stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, der Beklagte habe die Maschine ohne den Kondensator zu behalten und zu bezahlen, wobei aber der Kläger einen höheren durch Expertise zu bestimmenden Preis, als wie im Kostenvoranschlag berechnet worden sei, verlange, weil die Maschine allein (ohne Kondensator) nach Vertrag nur 8 Pferde- kräfte zu leisten hatte, während sie tatsächlich 10 Pferdekräfte liefere. Vor zweiter Instanz erhob sodann der Kläger für den Fall, daß das Begehren des Beklagten um Wandelung ganz oder auch nur mit Bezug auf den Kondensator geschützt werden sollte, einen Schadenersatzanspruch, den er auf Art. 50 O.=R. stützte, und für dessen Höhe er auf Expertise abstellte. 2. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen. Das Bezirksgericht Zürich (IV. Abteilung) gieng hiebei davon aus, der Beklagte dürfe die Annahme der Maschine auf Grund des Art. 358 O.=R. verweigern, weil die zugesicherte wesentliche Eigenschaft hinsichtlich des Wasserverbrauchs fehle. Die zweite Instanz dagegen ist zur Abweisung der Klage gelangt aus dem Gesichtspunkte des wesentlichen Irrtums, im Sinne des Art. 19

Ziff. 3 O.=R. Dabei haben beide Vorinstanzen auf Grund der für das Bundesgericht verbindlichen Beweiswürdigung festgestellt, daß dem Beklagten vor dem endgültigen Vertragsabschluß mitge- teilt worden ist, der zu der bestellten Dampfmaschine gehörende Kondensator brauche 220—250 (oder 250—300) Liter in der Stunde und daß sowohl der Beklagte als auch der Agent E. H. Mertz diese Mitteilung so verstanden haben, daß sich jener Wasserbedarf auf die gesamte Kraftleistung der bestellten Maschine und nicht etwa bloß auf eine Pferdekraft beziehe. Das eventuelle Schadenersatzbegehren des Klägers hat die zweite Instanz als prozessualisch verspätet vorgebracht abgewiesen. 3. Mit der Vorinstanz ist zunächst anzunehmen, daß es sich beim streitigen Vertrage um einen Werkvertrag und nicht um einen Kauf handelt: Gegenstand des Vertrages war die Herstel-

lung einer mehr oder weniger individuellen Sache, gegen eine Vergütung, der wesentlich der Charakter des Arbeitslohnes kommt. Der Kläger klagt auf Erfüllung dieses Werkvertrages. Nach der vom Bundesgericht nicht zu überprüfenden, weil auf reiner Beweiswürdigung beruhenden tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz (s. Erwägung 2) steht nun fest, daß der Kläger eine Maschine mit einem Kondensator, der 2500—3000 Liter per Stunde (250—300 Liter per Pferdekraft) verbraucht, geliefert hat, während der Beklagte einen solchen, der 250—300 Liter pro Stunde im ganzen benötigte, zu bestellen und zu erhalten glaubte, und es fragt sich, ob der Beklagte auf Grund dieser Tatsache die Annahme und Bezahlung der Maschine verweigern kann, also mit Recht die Erfüllung ablehnt. Hiebei sind der Reihe nach die verschiedenen vom Beklagten eingenommenen Standpunkte einer Prüfung zu unterziehen. 4. Auch in seiner Berufungsschrift vertritt der Beklagte in erster Linie die Auffassung, es habe sich um die vertragliche Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft gehandelt und der Mangel dieser zugesicherten Eigenschaft berechtige ihn zum Rücktritt vom Vertrag. Nun hat aber die Vorinstanz auf Grund der Beweiswürdigung angenommen, jedenfalls habe der Kläger selber eine bezügliche Zusicherung nicht erteilt, sein Angestellter Vortisch aber habe sie so gegeben, wie sie von E. H. Mertz und Grieder verstanden wurde. Nach dieser, für das Bundesgericht wiederum verbindlichen tatsächlichen Feststellung und tatsächlichen Annahme der Vorinstanz ist der Schluß: der Kläger habe die Handlungen und Äußerungen seines Angestellten Vortisch nicht in der Weise zu vertreten, daß er jede Erklärung des letztern gegen sich gelten lassen müßte, durchaus zutreffend. Vortisch ist als einfacher Angestellter des Klägers zu betrachten, als solcher hat er Vertretungsbefugnis nur, soweit sie ihm vertraglich eingeräumt ist; mit Bezug auf den vorliegend fraglichen Punkt ist das nun nicht der Fall. Mit Recht hat die Vorinstanz sodann weiterhin ausgeführt, auch von einer Vertretung des Klägers durch E. H. Mertz könne nicht gesprochen werden: in der Tat ergeben die Akten, daß E. H. Mertz nicht als Vertreter des Klägers, sondern lediglich als Vermittler gehandelt hat, und daß der Vertragsabschluß zwischen den Parteien direkt stattgefunden hat. Danach aber konnte E. H. Mertz ohne besondere Vollmacht oder nachträgliche Ratifikation kein den Kläger verpflichtendes Rechtsgeschäft abschließen, somit auch keine bindende Erklärung über die Modalität eines abgeschlossenen Rechtsgeschäftes abgeben. 5. Damit fällt auch der weitere Standpunkt des Beklagten: der streitige Vertrag sei deshalb gar nicht zu Stande gekommen, weil mit Bezug auf einen Hauptpunkt (den Wasserbedarf des Kondensators) eine übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Parteien nicht vorliege, dahin. Denn wenn, wie dargetan, der Kläger mit Bezug auf den Wasserbedarf eine verbindliche Erklärung überhaupt nicht abgegeben hat, so kann dieselbe auch nicht einen Bestandteil des Vertrages bilden, und somit von einem Dissens über einen Hauptpunkt des Vertrages nicht die Rede sein. 6. Dagegen unterliegt keinem Zweifel, daß der Beklagte sich beim Vertragsabschlusse in einem Irrtum befand, nämlich in einem Irrtum hinsichtlich des für den Kondensator benötigten Wasserquantums, und es kann sich nur fragen, ob dieser Irrtum mit der Vorinstanz als wesentlicher zu bezeichnen und der Vertrag daher für den Beklagten als unverbindlich zu erklären sei. Die Vorinstanz ist zu ihrer Auffassung dadurch gestützt. Ziff. 3 O.=N. analog auf den vorliegenden Fall, daß sie Art. 19 hat; ihre Ausführung gipfelt darin: genden Fall angewendet

die Frage des Wasserbedarfes sei für den Beklagten ein sehr wesentlicher und wichtiger Punkt gewesen. Es handle sich um den Irrtum über eine Eigenschaft der Vertrags Sache, die nicht etwa bloß subjektiv für den Beklagten, sondern objektiv, im Verkehr, wesentlich sei. Eine analoge Anwendung des Art. 19 Ziff. 3 O.=R. sei gerade auf solche Fälle zulässig, in

denen dem irrenden Teile Umstände verborgen geblieben seien, die dem Geschäfte eine ganz andere als die vorausgesetzte wirtschaftliche Bedeutung verleihen, ohne daß die Sache zufolge jener Umstände geradezu zu einer andern Gattung zu rechnen wäre. Hierüber ist zu bemerken: Wäre unter „wesentlichem Irrtum, der das Rechtsgeschäft für den Irrenden unverbindlich macht, jeder Irrtum zu verstehen, ohne dessen Vorhandensein der Irrende nachgewiesenermaßen das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen haben würde, wie eine objektive Würdigung der Sachlage ergäbe, so könnte wohl nicht zweifelhaft sein, daß im vorliegenden Falle von einem wesentlichen Irrtum gesprochen werden müßte; denn es ist zweifellos, daß der Beklagte die Dampfmaschine nicht bestellt hätte, wenn ihm der wirkliche Wasserbedarf bekannt gewesen wäre, und es muß gewiß auch der Vorinstanz darin beigetreten werden, daß der Irrtum nicht bloß subjektiv, vom Standpunkte des Beklagten aus, sondern auch objektiv, im Verkehre, ein erheblicher war. Allein damit ist die Frage, ob nach den positiven Bestimmungen des eidg. Obl.=Rechts ein wesentlicher Irrtum angenommen werden könne, noch nicht gelöst. Das Obligationenrecht zählt in seinen Art. 19—21 einige spezielle Fälle von Irrtum auf, die es ausdrücklich als wesentlich, bezw. nicht wesentlich, angesehen wissen will; an Hand dieser positiven Bestimmungen ist im Einzelfalle zu entscheiden, ob ein Irrtum ein wesentlicher sei oder nicht. Dabei ist einerseits festzuhalten, daß der Irrtum im Beweggrund laut ausdrücklicher Bestimmung des Art. 21 der Regel nach nicht als wesentlicher Irrtum anzusehen ist, und andererseits muß ein Irrtum, der nicht unter einen der in Art. 19 als wesentlich aufgezählten Fälle subsumiert werden kann, derart sein, daß er den dort speziell geregelten Fällen vom Standpunkte des Verkehrslebens aus gleich steht. Endlich ist zu beachten, daß sich das schweizerische Obligationenrecht bei der Regelung des Irrtums im wesentlichen auf dem Boden der gemeinrechtlichen Theorie befindet, so daß dessen Auslegung vorab diese zu verwenden ist. Im vorliegenden Falle handelt es sich nun um den Irrtum über eine Eigenschaft der Sache (des Werkes), und zwar bei einer Speciesobligation. Ein solcher Irrtum ist in der Regel ein Irrtum im Beweggrund also gemäß Art. 21 O.=R. ein nicht wesentlicher Irrtum. Da gegen ist der Irrtum über Eigenschaften gemäß Art. 19 Ziff. eod. dann als wesentlich zu betrachten, „wenn die irrig vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, daß dieselbe, je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehre zu einer ganz verschiedenen Gattung oder Art von „Gütern gerechnet wird.“ Daß diese Voraussetzung hier zutreff kann auch die Vorinstanz nicht behaupten; sie muß vielmehr zum Hilfsmittel einer „analogen“ Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall greifen, und zieht zudem eine Bestimmung heran, die sich allerdings im deutschen B.=G.=B. findet (§ 119 Abs. 2), die aber im Systeme des schweizerischen Obligationenrechts, wie es im Anschlusse an die gemeinrechtliche Theorie und Praxis geregelt und auszulegen ist, keinen Boden findet. Denn mit der in Art. 19 Ziff. 3 gegebenen Aufzählung ist erschöpfend geregelt, wann der Irrtum über Eigenschaften der Sache wesentlich sein soll, trotz der an sich nicht erschöpfenden Aufzählung des Art. 19. Das folgt aus zwei Erwägungen: Ist nämlich, wie ausgeführt, der Irrtum über eine Eigenschaft der Sache regelmäßig als Irrtum im Beweggrund anzusehen, so bildet Art. 19 Ziff. 3 eine Ausnahme von der Regel, daß ein derartiger Irrtum nicht wesentlich sei; als Ausnahmebestimmung aber ist er nicht ausdehnend auszulegen. Zudem regelt die mehrgenannte Bestimmung ganz im Anschlusse an die gemeinrechtliche Theorie den Irrtum über Eigenschaften der Sache; d. h. sie will festsetzen, wann ein derartiger Irrtum überhaupt als wesentlicher angesehen werden soll. (Vgl. u. a.: v. Tuhr in Zeitschr. für schweizerisches Recht, N. F., Bd. XV, S. 313 ff.; Regelsberger, Pand. I, S. 524; Zittelmann,

Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 355.) Zum mindesten müßte nach dem oben gesagten der hier vorliegende Irrtum dem in Art. 19 Ziff. 3 geregelten und als wesentlich bezeichneten gleichkommen, um ebenfalls als wesentlich anerkannt

zu werden; das trifft aber eben nicht zu. Die nicht erschöpfende Aufzählung des Art. 19, die durch das Wort „insbesondere“ eingeleitet wird, stellt nicht jeden Irrtum den dort aufgezählten Fällen gleich, sondern setzt voraus, daß ein Irrtum wesentlich sei, das heißt den speziell aufgezählten Fällen nach Art und Stärke, nach seiner Bedeutung für das Verkehrsleben, gleichstehe. 7. Kann sonach auch die vom Beklagten erhobene Einrede des Irrtums nicht geschützt werden, so ist trotzdem damit das Schicksal des Prozesses noch nicht zu seinen Ungunsten entschieden. Der Beklagte hat sich nämlich (wenn auch namentlich, um die Wandlung wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft zu begründen) auch auf Art. 358 O.=R. gestützt, und es rechtfertigt sich nun, von dieser Bestimmung im vorliegenden Falle Gebrauch zu machen. Denn es steht außer Zweifel, daß das Werk (die Dampfmaschine) infolge des zehnfach größeren Wasserverbrauches, als den der Beklagte vorausgesetzt hat, für den Beklagten geradezu unbrauchbar ist, oder daß ihm wenigstens die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Zwar erscheint auf den ersten Blick fraglich, ob von einem Mangel des Werkes im Sinne des Art. 358 gesprochen werden könne. Dieses Bedenken wird indessen gehoben durch die Erwägung, daß dieses Werk, wie jedes andere, zu einem vorausgesetzten Gebrauche tauglich sein soll, und daß nun die objektive Untauglichkeit zu diesem Gebrauche eben als Mangel im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung angesehen werden muß. Auf Grund dieser Bestimmung ist daher die Wandlungseinrede des Beklagten zu schützen. 8. Daß der Beklagte nicht zur Abnahme der Maschine allein, ohne den Kondensator, verpflichtet werden kann, ist von der Vorinstanz mit Recht ausgeführt worden; ihre — von einem andern Standpunkte aus gewonnenen — Ausführungen treffen auch vom Standpunkte des Art. 358 aus vollkommen zu. Der Beklagte hat eine Maschine mit Kondensator bestellt und kann nun, nachdem der Kläger diese Bestellung angenommen hat, nicht dazu verhalten werden, ein ganz anderes Vertragsobjekt, noch dazu zu höherem Preise, anzunehmen. 9. Was endlich die Schadenersatzforderung des Beklagten betrifft, so kann darauf schon deshalb nicht eingetreten werden, weil die Vorinstanz sie aus prozessualen Gründen, die vom Bundesgerichte nicht zu überprüfen sind, abgewiesen hat, ganz abgesehen davon, daß die Klage nach der hier gegebenen Begründung nicht vom Standpunkte des Irrtums aus abgewiesen wird. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Oktober 1902 in allen Teilen bestätigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.