

# **BGer 4C.282/2002 vom 10. Dezember 2002**

Bundesgericht, 2002-12-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.282\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.282_2002)

FR: TF 4C.282/2002 du 10 décembre 2002

IT: TF 4C.282/2002 del 10 dicembre 2002

## **Regeste**

Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zwischen den Parteien ist zunächst strittig, ob die Klägerin nach Art. 226h OR noch zum Rücktritt von den Kaufverträgen für die zweite und die dritte Heissprägepresse berechtigt war, nachdem sie für die entsprechenden Kaufpreisforderungen am 21. Dezember 1999 eine Betreuung eingeleitet hatte.

#### **E. 1.1**

Befindet sich der Käufer mit Teilzahlungen in Verzug, kann der Verkäufer nach Art. 226h Abs. 2 OR unter bestimmten, hier nicht umstrittenen Voraussetzungen entweder die fälligen Teilzahlungen oder den Restkaufpreis in einer einmaligen Zahlung fordern oder vom Vertrag zurücktreten. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin sei gestützt auf Art. 226h oder Art. 107 OR auch noch berechtigt gewesen, vom Vertrag zurückzutreten, nachdem sie die Beklagte für den Restkaufpreis in Verzug gesetzt und die Betreuung eingeleitet habe. Sie sei aufgrund der Eigentumsvorbehaltsabrede noch Eigentümerin der Maschinen und müsse daher gestützt auf Art. 716 ZGB vom Vertrag zurücktreten und ihr Eigentum beanspruchen können, obwohl sie zuerst den Kaufpreis gefordert habe. Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe verkannt, dass die Klägerin das ihr durch Art. 226h Abs. 2 OR eingeräumte Wahlrecht mit der Forderung des Restkaufpreises ausgeübt habe und nicht mehr darauf zurückkommen könne. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Werkvertrag, wonach die Ausübung des Gestaltungsrechts, Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zu verlangen, unwiderruflich sei, müsse in analoger Weise auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden.

#### **E. 1.2**

Die Rüge ist unbegründet. Aus Art. 226h Abs. 2 OR ist nicht zu folgern, dass der Verkäufer gegenüber dem sich mit Teilzahlungen im Verzug befindlichen Käufer ein Wahlrecht ausüben müsse, nämlich entweder die fälligen Teilzahlungen oder den Restkaufpreis zu fordern und damit auf das Recht zum Vertragsrücktritt zu verzichten oder aber vom Vertrag zurückzutreten (vgl. BGE 73 III 165 E. 2 S. 168 zum nicht mehr in Kraft stehenden Art. 226 OR, dessen Regelung in Art. 226h OR im Wesentlichen übernommen wurde [vgl. Stofer, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, Ergänzungsband 1, Basel 1966, S. 55]). Die Beklagte verkennt, dass es sich beim Recht, die Befriedigung für die Kaufpreisforderung nach Art. 226h OR zu verlangen, im Gegensatz zu den Mängelrechten beim Werkvertrag, nicht um ein Gestaltungsrecht handelt, das dem Verkäufer die Befugnis verleiht, die Rechtslage durch

einseitige Willenserklärung ohne Mitwirkung des Käufers - unwiderruflich - zu verändern (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 1528, 1581, 1611, 1835). Beim Recht, gemäss Art. 226h OR den Kaufpreis zu fordern, handelt es sich vielmehr - wie beim Recht, nach einer Nachfristansetzung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR die Erfüllung zu verlangen - um eine selbstverständliche Begleiterscheinung der Forderung. Seine Ausübung, auch mittels Betreibung, bewirkt nicht den Untergang des Rechts, nach einer (weiteren) Nachfristansetzung vom Vertrag zurückzutreten (Stauder, Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 226h OR ; Stofer, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. Aufl., Basel 1972, S. 120; vgl. auch Giger, Berner Kommentar, N. 13 zu Art. 226h OR . Zu Art. 107 OR : Wiegand, Basler Kommentar, N. 13 f. zu Art. 107 OR ; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, OR Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, N. 3021 f./3045). Das Handelsgericht hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Annahme eines Untergangs des Rücktrittsrechts durch die versuchte Einforderung des Kaufpreises auch mit dem Inhalt und Zweck des Eigentumsvorbehalts im Widerspruch stehen würde, den Verkäufer bis zur Tilgung des Kaufpreises zu schützen (vgl. BGE 73 III 165 E. 2 S. 168 f.). Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet.

## **E. 2**

Im Rahmen der Widerklage ist umstritten, ob zwischen den Parteien ein Mäklervertrag im Sinne von Art. 412 ff. OR zustande gekommen ist.

### **E. 2.1**

Durch einen Mäklervertrag erhält der Makler den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln ( Art. 412 OR ). Ein wesentlicher Punkt des Mäklervertrages im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OR ist, dass sich der Auftraggeber dazu verpflichtet hat, dem Makler eine Vergütung zu bezahlen ( BGE 124 III 481 E. 3a; Urteil 4C.66/1992 vom 29. September 1992, E. 2b, publiziert in: SJ 1993 S. 189 ff.). Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist eine gegenseitige und übereinstimmende Willenskundgebung ( Art. 1 Abs. 1 OR ), die alle vertragswesentlichen Punkte umfasst ( Art. 2 Abs. 1 OR ). Das Gesetz schreibt für die Gültigkeit des Mäklervertrages keine besondere Form vor ( Art. 11 Abs. 2 OR ). Er kann auch durch konkludentes Handeln geschlossen werden ( Art. 1 Abs. 2 OR ; BGE 72 II 84 E. 1b S. 87; Urteil vom 29. September 1992, a.a.O., E. 2b). Dies gilt auch hier, da sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen lässt, dass die Parteien im Sinne von Art. 16 OR für einen Vertragsschluss eine bestimmte Form vorbehalten hätten.

### **E. 2.2**

Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ( Art. 63 Abs. 2 OG ) ist nicht nachgewiesen, dass zwischen den Parteien vor dem 6. Mai 1999 über Provisionen überhaupt nur gesprochen wurde. Die von der Beklagten geltend gemachten, angeblich provisionsberechtigten Geschäfte wurden alle vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen. Im Weiteren habe das Beweisverfahren ergeben, dass sich beide Parteien zu jeder Zeit bewusst waren, dass bezüglich mehrerer Hauptpunkte eines Mäklervertrages ein Dissens vorlag. So seien sich die Parteien weder über die Höhe einer allfälligen Provision noch über das Inkrafttreten eines allfälligen Vertrages oder eine allfällige Rückwirkung einig gewesen. Ebenso wenig hätten sie sich über die Frage geeinigt, ob nach dem Vorschlag der Klägerin eine gegenseitige Provisionspflicht bestehen solle. Die Beklagte habe jederzeit gewusst,

dass die Klägerin jedenfalls zur Zeit nicht gewillt war, ihr eine Provision zu zahlen, und dies schon gar nicht rückwirkend.

### **E. 2.3**

Nach diesen Feststellungen haben sich die Parteien nach den am 6. Mai 1999 aufgenommenen Verhandlungen übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt. Für die Zeit ab dem 6. Mai 1999 besteht daher ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss (vgl. BGE 123 III 25 E. 2b S. 39). Für die Zeit vor diesem Datum hat die Vorinstanz weder einen positiven noch einen negativen tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillen über eine Beauftragung der Beklagten als Mäklerin festgestellt. Es ist damit nach dem Vertrauensprinzip zu prüfen, ob die Beklagte für diesen Zeitraum aus dem Verhalten der Klägerin auf den stillschweigenden Abschluss eines Mäklervertrages schliessen durfte ( BGE 126 III 119 E. 2a, 375 E. 2e/aa S. 379 f.; 114 II 250 E. 2a; 110 II 344 E. 2b S. 345, je mit Hinweisen). Ein Mäklervertrag kann konkludent zustande kommen, wenn der Auftraggeber die Tätigkeit des Mäklers, namentlich eines gewerbsmässig handelnden Mäklers, wissentlich duldet. Um den Auftraggeber vor Zudringlichkeit zu schützen, darf allerdings aus der blossen Duldung gewisser Vermittlungstätigkeiten nicht ohne weiteres auf einen Vertragswillen geschlossen werden. Erforderlich ist ein genügend bestimmtes, unmissverständliches Verhalten des Mäklers, so dass das Ausbleiben eines Widerspruchs gegen seine Tätigkeit nach Treu und Glauben nur den Schluss auf einen Geschäftswillen des Auftraggebers zulässt ( BGE 72 II 84 E. 1b S. 87; Urteil vom 29. September 1992, a.a.O., E. 2b; Gautschi, Berner Kommentar, N. 5c zu Art. 412 OR S. 117; Kramer, Berner Kommentar, N. 11 zu Art. 1 OR ; Schnyder, in: Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 568; Hofstetter, SPR VII/2, S. 126). Entsprechende Sachverhaltselemente lassen sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen. Vielmehr besteht nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz für Provisionszahlungen der von der Beklagten geforderten Art keine Branchenüblichkeit und war die Beklagte nicht als berufsmässige Mäklerin tätig. Die Vermittlungsbemühungen der Beklagten lagen sodann für die Klägerin erkennbar nicht einzig im Interesse der Klägerin, da sich die Produkte der beiden Parteien gegenseitig ergänzen. So würden Käufer einer Maschine der Klägerin für längere Zeit Folien der Beklagten verwenden und kaufen. Die Beklagte könne ihre Kunden aus eigener Erfahrung auf gute Gesamtlösungen mit Maschinen der Klägerin hinweisen. Nach diesen Umständen durfte die Beklagte das Dulden ihrer Aktivitäten durch die Klägerin nicht als stillschweigende Zustimmung zu einer entgeltlichen Mäklertätigkeit verstehen. Die Vorinstanz hat das Zustandekommen eines Mäklervertrages bundesrechtskonform verneint und die Widerklage insoweit zu Recht abgewiesen.

### **E. 3**

Im Rahmen der Widerklage ist ferner ein Betrag von Fr. 25'528.-- streitig, den die Beklagte von der Klägerin unter dem Titel "offene Rechnungen vom Juli 1999 durch Verschulden eines Mitarbeiters B. \_\_\_\_\_" verlangt.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hielt aufgrund des Beweisverfahrens dafür, dass offenbar Ersatz des aus der mangelhaften Ausführung eines Druckauftrages entstandenen Schadens geltend gemacht wird. Nach den Beweisen bestehe hinsichtlich des streitigen Geschäftes allerdings kein Vertrag zwischen den Prozessparteien, wohl aber zwischen der Beklagten und der Firma

H. \_\_\_\_\_, der die Beklagte ihre Forderungen zunächst auch präsentiert habe. Was die vorinstanzliche Feststellung über den fehlenden Vertrag zwischen den Parteien angeht, beschränkt sich die Beklagte im Wesentlichen auf die Behauptung, die Erwägungen der Vorinstanz seien mit Blick auf im kantonalen Verfahren eingereichte Belege falsch und verletzten Bundesrecht. Damit verkennt sie die Anforderungen an die Begründung der Berufungsanträge. Um diese zu erfüllen, muss der Berufungskläger kurz darlegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind ( Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ). Das hat die Beklagte versäumt, weshalb auf ihre Berufung insoweit nicht einzutreten ist. Selbst wenn auf ihre Rüge eingetreten werden könnte, wäre sie abzuweisen. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass Anhaltspunkte für einen Druckauftrag an die Klägerin fehlten. Die Beklagte sei mit dem Beweis eines Vertrages zwischen den Prozessparteien gescheitert. An diese Feststellungen ist das Bundesgericht im Berufungsverfahren gebunden, zumal die Beklagte keine Ausnahmen von der Sachverhaltsbindung im Sinne von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG geltend macht. Die Beklagte erhebt im Weiteren nicht den Vorwurf, die Vorinstanz habe das Vertrauensprinzip verletzt; eine entsprechende Verletzung wäre auch nicht zu sehen. Eine Vertragshaftung fällt damit ausser Betracht.

### **E. 3.2**

Eine ausservertragliche Haftung schloss die Vorinstanz unter anderem aus, weil keine Widerrechtlichkeit nachgewiesen sei. Die Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine "Verletzung begründeten Vertrauens" durch die Klägerin als Haftungsgrundlage verneint. Eine Vertrauenshaftung setzt unter anderem voraus, dass die eine Partei bei der anderen eine konkrete und bestimmte Erwartung erweckt und diese später in treuwidriger Weise enttäuscht (vgl. BGE 128 III 324 E. 2.2; 124 III 297 E. 6a S. 304, je mit Hinweisen). Die Beklagte weist auf ihre langjährige Zusammenarbeit mit der Klägerin bezüglich der Lösung gegenseitiger fachspezifischer Probleme hin sowie auf ihr generelles Vertrauen, dass die Spezialisten der Klägerin keine so groben Fehler wie die in Frage stehenden machten. Soweit diese Vorbringen in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz überhaupt eine Stütze finden und damit zu hören sind, hat die Beklagte damit nicht dargetan, inwiefern die Klägerin im vorliegenden Fall eine konkrete Erwartung geweckt und unter Verletzung von Treu und Glauben enttäuscht hat. Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, indem sie die Widerklage auch insoweit abgewiesen hat.

### **E. 4**

Im Rahmen des Gesamtbetrages von Fr. 34'328.-- hat die Vorinstanz der Klägerin unter anderem Fr. 28'006.-- als Nutzungsentschädigung für den Gebrauch der beiden ihr herauszugebenden Heissprägepressen zugesprochen. Diese Entschädigung hat sie auf das Datum ihres Urteils (16. Mai 2002) berechnet. Damit hat sie ihrer Anordnung Rechnung getragen, dass die Beklagte die beiden von ihr genutzten Heissprägepressen innert 15 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils auszuhändigen habe. Weil das Urteil angefochten wurde und deshalb nicht in Rechtskraft treten konnte, verlangt die Klägerin mit ihrer Berufungsantwort für die Zeit bis zum Entscheid über das Rechtsmittel eine zusätzliche Nutzungsentschädigung. Sie beantragt sinngemäss eine Änderung des Urteils, indem die Nutzungsentschädigung "neu auf den Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils festzusetzen" sei. Auf dieses Begehren kann nicht eingetreten werden. Das Bundesgericht prüft auf Berufung hin grundsätzlich bloss, ob die Vorinstanz das Bundesrecht richtig ausgelegt und auf den Sachverhalt, wie sie ihn festgestellt hat, richtig angewendet hat

(Münch, in Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel 1998, Rz 4.76). Dem von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt sind - naturgemäss - keine Elemente für eine über den Urteilstag hinausgehende Schadensberechnung zu entnehmen. Die Voraussetzungen für eine diesbezügliche Ergänzung des Sachverhalts ( Art. 64 OG ; vgl. BGE 115 II 484 E. 2a S. 485 f.) sind nicht gegeben, zumal die Klägerin weder die auf den Urteilstag bezogene Feststellung des Sachverhalts noch seine rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz beanstandet. Sie wird ihren Anspruch aussergerichtlich oder mit separater Klage geltend machen müssen.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und Entschädigungspflichtig ( Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG ). Angesichts des Streitwerts, der sich unter Berücksichtigung des Fortführungswertes der herauszugebenden Pressen und des von der Beklagten zu bezahlenden Betrages auf rund Fr. 67'000.-- beläuft, fällt es kaum ins Gewicht, dass die Klägerin mit ihrem Antrag auf Neufestsetzung der Nutzungsentschädigung nicht durchdrang, zumal darüber nicht materiell zu befinden war.

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