

In meiner Gegenwart und derjenigen zweier Zeugen hat der Testator die Urkunde eigenhändig unterzeichnet. Im übrigen sind die gesetzlichen Formvorschriften eingehalten worden.

Weinfelden, den 29. Januar 1931.

(Stempel) Der Notar des Kreises Weinfelden :
(sig.) J. Forster. »

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangen der Bruder und die Söhne einer vorverstorbenen Schwester des Erblassers Ungültigerklärung des Testaments u. a. wegen Formmangel.

C. — Alle Instanzen haben die Klage abgewiesen, das Bundesgericht

aus den Gründen :

Es scheint dem Wortlaute der Formvorschriften der Art. 500 und 501 ZGB nicht zu entsprechen, dass die Urkundsperson nicht gleich nach der Datierung und der Unterzeichnung durch den Erblasser, also vor der Verurkundung der Zeugenbescheinigung, sondern erst nach dieser die Urkunde unterschrieben hat (im Anschluss an eine vom Bundesrecht nicht geforderte, aber deswegen nicht etwa verpönte Beurkundungsformel). Allein es lässt sich kein zureichender Grund dafür ersehen, dass das Gesetz diese Reihenfolge der Beurkundungshandlungen hätte ausschliessen, m. a. W. nur die im Gesetze selbst angedeutete genügen lassen wollen, weil ja die Erklärungen des Erblassers so oder anders von der Unterschrift der Urkundsperson in gleich zuverlässiger Weise gedeckt werden. Dass die « Mitwirkung der Zeugen » im Gesetze der « Mitwirkung des Beamten » nachfolgt, lässt sich zwanglos dadurch erklären, dass die bezüglichen Vorschriften je in einem Artikel zusammengefasst wurden. Wenn im Eingang des zweiten Artikels gesagt wird, die Mitwirkung der Zeugen habe « unmittelbar nach der Datierung und Unterzeichnung » stattzufinden, so wollte

damit nur das Erfordernis der unitas actus aufgestellt, m. a. W. abgelehnt werden, dass eine Mitwirkung von Zeugen erst geraume Zeit nach der Beurkundung noch genügen würde, was seinen guten Grund hat. Dagegen ist, wie gesagt, kein zureichender Grund ersichtlich, weswegen die Mitwirkung der Zeugen nicht schon vor der Unterzeichnung durch die Urkundsperson stattfinden und auch beurkundet werden dürfte, bezw. weswegen solche Antezipation der Mitwirkung der Zeugen und ihrer Beurkundung einen die Ungültigkeit des Testaments rechtfertigenden Formmangel ausmachen würde. In dem von den Klägern angezogenen Präjudiz BGE 55 II 236 ff. ist nichts Gegenteiliges ausgesprochen worden, da damals eine ganz andere als die hier streitige Frage zur Entscheidung stand und daher die Rechtserörterungen auch nur auf jene Frage zugeschnitten wurden.

III. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

37. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juni 1932 i. S. Strohschneider gegen « Autag ».

K a u f. Dem Käufer steht neben den aedilizischen Rechtsmitteln der Wandelungs- und Minderungsklage auch die allgemeine Schadenersatzklage zu, wenn den Verkäufer ein Verschulden an der mangelhaften Lieferung trifft. OR Art. 97, 208. Diese Klage ist der einjährigen, von der Ablieferung der Kaufsache an laufenden Verjährungsfrist unterworfen. OR Art. 210 Abs. 1.

A. — Am 15. November 1927 verkaufte die Beklagte, « Autag », Automobil-Handels-A.-G. in Zürich, dem Kläger, Heinrich Strohschneider in Zürich, ein Automobil, Marke Ansaldo, lieferbar unter der üblichen halbjährlichen Fabrikgarantie am 1. Januar 1928 zum Preise von

11,000 Fr.; diese Summe war in fünf Teilen zahlbar.

Schon am 9. Januar 1928 machte der Kläger schriftlich eine Reihe von Mängeln des Ansaldo-Wagens geltend, namentlich einen zu grossen Benzinverbrauch. Ähnliche Reklamationen häuften sich in den folgenden Monaten an. Der Wagen wurde durch die Beklagte wiederholt in Reparatur genommen, ohne dass es ihr aber gelungen wäre, die Mängel in einer den Kläger befriedigenden Weise zu beheben. Am 11. Dezember 1928 erklärte Stroh-schneider, er verlange Wandelung des Kaufes, Rück-erstattung des bezahlten Teiles des Kaufpreises und Schadenersatz, nachdem ihm ein Herr Meier im Namen der Beklagten erklärt habe, es sei dieser nicht möglich den Benzinverbrauch so zu regulieren, dass er sich auf das zugesicherte Mass von 12 Litern im Sommer und von 14 Litern im Winter stelle. Vom Kaufpreis waren in diesem Zeitpunkt zwei Akzepte von je 2000 Fr. und der Anrechnungswert eines Fiat-Wagens von 4000 Fr. bezahlt; eine Barzahlung von 1000 Fr. wurde durch den Kläger verweigert, ebenso die Einlösung des dritten Akzeptes von 2000 Fr. Gegen die durch die Beklagte eingeleitete Wechselbetreibung wurde dem Kläger der Rechtsvorschlag bewilligt.

Im Februar 1929 kam es zu einem ersten Prozess in dieser Kaufsangelegenheit. Die heutige Beklagte erhob damals Klage auf Bezahlung des genannten Wechsels von 2000 Fr. und von 150 Fr. für die Wechselkosten. Der heutige Kläger bestritt die Klage und erhob Wider-klage mit folgenden Rechtsbegehren:

a) Der Kauf vom 15. November 1927 sei zu wandeln und die Autag demgemäss zu verpflichten, den Ansaldo-Wagen zurückzunehmen und die an den Kaufpreis geleisteten 8000 Fr. zurückzuerstatten.

b) sie sei ferner zu verurteilen, ihm 1405 Fr. 10 Cts. als Schadenersatz wegen zu grossen Benzin- und Ölverbrau-ches, Reparaturen und Spesen, sowie wegen Nichtbenütz-barkeit des Wagens zu entrichten.

Ausserdem behielt sich der heutige Kläger eine Mehr-forderung vor.

Das Bezirksgericht Zürich hiess die Hauptklage am 20. Mai 1930 gut und wies das Wandlungsbegehren des damaligen Beklagten und Widerklägers ab, indem es auf Grund einer Expertise Christen annahm, der Mangel des zu grossen Benzinverbrauches habe sich mit dem geringen Kostenaufwand von 136 Fr. 45 Cts. inzwischen beheben lassen; immerhin gelangte es zur Guttheissung der Scha-denersatzforderung des Widerklägers im Betrage von 855 Fr. 45 Cts.

Im Appellationsverfahren bestätigte das Obergericht grundsätzlich den erstinstanzlichen Entscheid; immerhin setzte es in seinem Urteil vom 29. November 1930 die Schadenersatzforderung des heutigen Klägers auf 775 Fr. 45 Cts. herab.

B. — Am 11. Mai 1931 hat Stroh-schneider gegen die Autag die vorliegende Klage eingeleitet und das Rechts-begehren gestellt, die Beklagte sei zu verurteilen, ihm 11,895 Fr. nebst 5 % Zins seit 21. Februar 1931 zu be-zahlen. Die Forderung wird als Ersatz des direkten und indirekten Schadens begründet, der ihm wegen der Nicht-benützbarkeit des Wagens entstanden sei, soweit er im frühern Verfahren nicht eingeklagt worden sei.

C. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und Guttheissung der Widerklage auf Bezahlung der vom Kaufpreis noch ausstehenden 1000 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. Januar 1928 verlangt.

D. —

E. — Durch Urteil vom 5. November 1931 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen und die Widerklage gutgeheissen.

F. — Gegen dieses Erkenntnis hat der Kläger und Widerbeklagte rechtzeitig und in der gesetzlichen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, die Klage sei im herabgesetzten Betrag von 10,860 Fr. nebst 5 % Zins seit 21. Februar 1931 gutzu-

heissen und die Widerklage sei abzuweisen. Die noch streitige Summe von 10,860 Fr. setzt sich folgendermassen zusammen :

- | | | |
|-------|------------|---|
| a) | 7,980 Fr. | Schadenersatz wegen Unmöglichkeit des Gebrauchs des Wagens vom 1. Januar 1929 bis 17. Juni 1930 (532 Tage su 15 Fr.); |
| b) | 1,080 » | Schadenersatz für Garagemiete (18 Monate zu 60 Fr.); |
| c) | 2,500 » | Ersatz des während dieser Zeit entstandenen Minderwertes des Wagens; |
| d) | 300 » | Zinsverlust auf den beiden Akzepten von je 2000 Fr.; |
| <hr/> | | |
| | 11,860 Fr. | wovon die noch geschuldeten |
| | 1,000 » | abzuziehen seien, sodass die Beklagte zur Zahlung von |
| <hr/> | | |
| | 10,860 Fr. | zu verurteilen sei. |

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nach Art. 208 Abs. 2 OR hat der Verkäufer, wenn das Wandelungsbegehren des Käufers gutgeheissen wird, den unmittelbar durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursachten Schaden zu ersetzen, ohne dass es eines Verschuldens auf seiner Seite bedürfte. Für den weiteren Schaden hat er nach Art. 208 Abs. 3 OR nur aufzukommen, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Dagegen sieht das Gesetz in den Bestimmungen über den Kaufvertrag neben dieser Wandelungsklage nicht noch eine selbständige Schadenersatzklage des Käufers vor, und es könnte daraus der Schluss gezogen werden, der Käufer sei auf den Preisminderungsanspruch beschränkt, wenn er, wie im vorliegenden Fall vor Obergericht, das Wandelungsbegehren fallen gelassen hat. Allein das Bundesgericht hat schon unter der Herrschaft des früheren Obligationenrechtes erkannt, dass dem Käufer neben dem aedilizischen Rechts-

mittel der Wandelung auch die allgemeinen kontraktlichen Schadenersatzansprüche zustehen, sofern die Voraussetzungen hiefür vorhanden sind, d. h. sofern den Verkäufer ein Verschulden trifft (BGE 17 S. 317; 26 S. 558; vgl. auch HAFNER, Kommentar N. 8 zu Art. 254 aOR).

Wenn das Bundesgericht gefunden hat, der Käufer habe also im Falle der schuldhaften Nichterfüllung durch mangelhafte Lieferung des Verkäufers die Wahl zwischen der Klage nach Art. 208 und derjenigen nach Art. 97 ff. OR (BGE 41 II S. 736; vgl. auch OSER, Kommentar, 2. Aufl. N. 6 zu Art. 197 OR), so hat das aber nicht die Bedeutung, dass durch die Ausübung des Wahlrechtes zugunsten der Wandelung ein Schadenersatzbegehren gemäss Art. 97 konsumiert würde. Die vorliegende Klage ist also entgegen der Ansicht der Beklagten nicht deshalb unzulässig, weil der Kläger im frühern Prozess zunächst auf Wandelung geklagt hatte.

Aber auch der weitere Standpunkt der Beklagten, Schadenersatzansprüche gemäss OR Art. 97 ff. könnten nicht mit einem Preisminderungsbegehren verbunden werden, ist nicht haltbar. Es besteht kein Grund, die allgemeine Schadenersatzklage im Verhältnis zur Minderung anders zu behandeln, als im Verhältnis zur Wandelung (BGE 26 II S. 558). Es ist nicht einzusehen, warum der Käufer, der eine mangelhafte Sache behält, den Ersatz des durch die Mangelhaftigkeit entstandenen Schadens verlieren sollte (ebenso OSER, Kommentar, 2. Aufl., N. 16 zu Art. 205 OR, im Gegensatz zur ersten Auflage N.V. 2 zu Art. 205, und vor allen Dingen VON TUHR Streifzüge im revidierten Obligationenrecht, SJZ 18 S. 370). Die Behauptung der Beklagten, dass auf diese Weise dem Käufer auf doppelte Art Ersatz zugesprochen werde, einmal als Preisreduktion und sodann als Schadenersatz, trifft nicht zu; denn durch die Preisreduktion wird ein Schaden, der durch die mangelhafte Lieferung angerichtet worden ist, z. B. die Heilungskosten nach Verletzung anlässlich eines durch Materialfehler verur-

sachten Automobilunfalles, nicht gedeckt (vgl. VON TUHR a.a.O. S. 370).

Endlich kann nicht gesagt werden, dass über die noch streitigen Ersatzforderungen schon in frühern Verfahren rechtskräftig erkannt worden sei. Die damals beurteilten, zum Teil gutgeheissenen Ansprüche erstreckten sich auf eine andere Periode, als die in diesem Verfahren streitigen.

2. — Gegenüber allen Forderungen des Klägers hat die Beklagte sodann die Einrede der Verjährung erhoben. Ohne Zweifel ist diese Einrede nur dann begründet, wenn auf die Klage die einjährige Verjährungsfrist des Art. 210 Abs. 1 OR anzuwenden ist, die für Klagen auf Gewährleistung wegen Sachmängeln gilt. In dieser Frage ist der Lösung des Handelsgerichtes und seiner einlässlichen Begründung ohne weiteres beizupflichten. Es hat unter Hinweis auf seine eigenen frühern Entscheidungen (Bl.f.h.E. Bd. 16 S. 17, Bd. 17 S. 10 und BIZR Bd. 18 S. 67), unter Widerlegung einer frühern Lehrmeinung, die auf die zehnjährige Frist des Art. 127 OR abstellen wolle (HAFNER, Kommentar N. 1 zu Art. 257 aOR) und unter Berufung auf die im Schrifttum herrschende Auffassung (BECKER, Kommentar N. 6 zu Art. 210 OR, OSER, Kommentar, 2. Aufl. N. 3 zu Art. 210 OR) namentlich ausgeführt, dass unter jeder Klage, deren Gegenstand ein neben Wandelung oder Minderung zulässiger Schadenersatzanspruch sei, eine Klage auf Gewährleistung im Sinne des Art. 210 Abs. 1 OR zu verstehen sei, und dass es nicht gerechtfertigt sei, hinsichtlich der Verjährung einen Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden zu machen, auf den unmittelbaren Schaden im Sinne des Art. 208 Abs. 2 aber ohne Zweifel die einjährige Frist anzuwenden sei; ferner könne nichts daraus abgeleitet werden, dass das Gesetz bei der Wandelung in Art. 208 Abs. 3 die allgemeine Schadenersatzklage ausdrücklich erwähne, bei der Minderung aber nicht, denn der in Art. 208 Abs. 3 enthaltene Hinweis auf Art. 97 OR, der übrigens als ein Versehen der Gesetzesrevision kritisiert

worden ist (VON TUHR a.a.O. S. 370), sei formeller Natur und überflüssig gewesen. In der Tat ist die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen den beiden Klagen in Bezug auf die Verjährung für das Obligationenrecht nicht gerechtfertigt, und es ist deshalb schlechthin die Spezialbestimmung des Art. 210 Abs. 1 anzuwenden. Damit stimmt übrigens auch die deutsche Lehrmeinung und Gerichtspraxis zu § 477 BGB und § 377 HGB überein (vgl. STAUB'S Kommentar zum HGB, 12. und 13. Aufl. Bd. 4 Anm. 133 zu § 377). Nach moderner Rechtsauffassung ist wegen der Gefahr der baldigen Verdunkelung des Tatbestandes und im Interesse der Beweglichkeit des Verkehrs eine rasche Abwicklung der Handelsgeschäfte und somit eine kurze Verjährungsfrist notwendig, welche sich auf alle Rechtsfolgen der mangelhaften Lieferung bezieht. Schliesslich hat die Vorinstanz mit Recht bemerkt, dass es ein innerer Widerspruch wäre, wenn die Ansprüche wegen der Folgen der Sachmängel einer längern Verjährung unterworfen würden, als jene, die sich unmittelbar auf die Mängel selbst beziehen.

38. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 5 juillet 1932
dans la cause Hegelbach contre Reutter.

- Accident d'automobile* : 1. Faute de l'automobiliste qui dépasse une voiture de tram à l'arrêt. (Consid. 1.)
2. Faute concomitante de la victime qui surgit brusquement de derrière la voiture de tram arrêtée ? Question résolue par la négative en l'espèce (enfant de 10 ans, pressé de traverser la rue pour se rendre à l'école). (Consid. 2.)
3. Indemnité pour perte de soutien en cas de mort d'un fils âgé de dix ans ? Question résolue par la négative *in concreto*. (Consid. 4.)
4. Appréciation du tort moral en pareil cas. (Consid. 5.)
Art. 41 sq. CO, 16 CCS.

A. — Le 5 juin 1931, Georges Hegelbach, âgé de 10 ans et demi, se rendait à l'école de son quartier, à