

responsabilité dont la Confédération pourrait être chargée à un titre quelconque et notamment de celle qui découle de l'art. 58 CO (cf. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 1939, N°s 72 et surtout 73). La question, cependant, peut rester ouverte, en l'espèce; même si l'on admettait cette exclusion d'une manière générale, elle ne serait pas justifiée dans les cas où, comme dans la présente espèce, les installations permanentes ne servaient pas effectivement et directement à leur destination spéciale lors de l'accident et où, de plus, aucun risque spécifiquement militaire n'a joué de rôle comme facteur causal du dommage. Ainsi, la responsabilité de la Confédération serait peut-être totalement exclue dans le cas où une mine, prévue pour détruire un ouvrage et chargée pour prévenir une attaque possible, ferait explosion fortuitement et causerait des dommages, ou encore dans le cas où des barrages antichars provoqueraient un accident à un moment où ils seraient en usage et serviraient effectivement à barrer un passage quelconque. Mais on ne voit pas, en revanche, comment on pourrait justifier l'exclusion totale de la responsabilité incombant à la Confédération dans un cas où la chambre de mine qui a provoqué un dommage n'était pas chargée et où, par surcroît, aucune des particularités qui ont joué un rôle comme cause de l'accident n'était nécessitée ou justifiée par des besoins militaires (v. ci-dessus, consid. 2). Dans un tel cas, on ne saurait écarter, en principe, l'application de l'art. 58 CO; selon la jurisprudence constante suivie en ces matières, la Confédération répondra éventuellement comme maître de l'ouvrage, car les installations militaires qui ont causé le dommage, bien qu'ayant le caractère de mesures prises pour assurer la sécurité du pays, ne se distinguent pas des installations habituelles créées pour les besoins civils et construites sur les routes et passages ouverts à la circulation publique.

Le bien-fondé de cette solution apparaît clairement si l'on considère que les constructions exécutées en vue de

la défense nationale et telles que les barrages antichars et les chambres de mines continueront d'exister en grand nombre après la fin du service actif et l'abrogation de l'ACF du 29 mars 1940. Supposé que la responsabilité de la Confédération soit totalement exclue dès lors que le dommage a été causé par une mesure militaire prise pour assurer la sécurité du pays, celui qui, après la fin du service actif, subirait un dommage causé par une chambre de mine, par exemple, ne pourrait actionner la Confédération, alors même que les particularités essentiellement militaires de l'ouvrage n'auraient joué aucun rôle dans l'accident. Une telle solution serait tout particulièrement choquante. Le problème, au surplus, se présentait de même pour les constructions analogues qui existaient déjà avant la mobilisation pour le service actif.

17. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. April 1943 i. S. Migros A.-G. gegen Andalpin A.-G.

Art. 119 OR. Teilunmöglichkeit. Ist es beim Gattungskauf unmöglich geworden, die Ware in der vereinbarten Qualität zu liefern, so wird der Schuldner nur insofern befreit, als er die Ware bloss in der noch möglichen geringern Qualität der gleichen Gattung zu liefern hat.

Art. 119 CO. Impossibilité partielle de la prestation. Si, dans une vente de choses déterminées par leur genre, il n'est plus possible de livrer la qualité stipulée, le débiteur n'est libéré de son obligation qu'en ce sens qu'il n'est plus tenu de fournir que la qualité inférieure encore existante dans le genre convenu.

Art. 119 CO. Impossibilità parziale della prestazione. Se, nel caso di una vendita di cose determinate dal loro genere, non è più possibile di fornire la qualità pattuita, il debitore è liberato dalla sua obbligazione nel senso che è semplicemente tenuto a fornire la qualità inferiore ancora esistente nello stesso genere.

A. — Die Beklagte, die Migros A.-G. in Zürich, kaufte am 25. Juni 1941 von der Klägerin, der Andalpin A.-G. in Zürich, 1000 Kisten zu je 10 Büchsen Aprikosenmark « Extra », Marke « La Torrentina », zum Preise von Fr. 43.50 pro Kiste, franko spanische Grenze. Sie liess

durch eine Bank das für die Bezahlung vereinbarte Akkreditiv über Fr. 43,500.— eröffnen

Am 18. Juli 1941 teilte die Andalpin A.-G. der Migros A.-G. mit, sie könne ihr einen ursprünglich nicht für sie bestimmten Wagen mit 200 Kisten Aprikosenmark liefern. Die Beklagte war damit einverstanden, diese 200 Kisten auf die gekauften 1000 anzurechnen; dagegen sollten sie nicht aus dem Akkreditiv, sondern beim Eintreffen in der Schweiz gesondert bezahlt werden. In der Folge lieferte die Andalpin A.-G. nur diese 200 Kisten und stellte hiefür im Betrag von Fr. 8700.— Rechnung.

Die Migros A.-G. widersetzte sich der Zahlung. Sie berief sich auf Art. 82 OR und stellte sich auf den Standpunkt, die Andalpin A.-G. könne erst nach Lieferung von 1000 Kisten Zahlung verlangen.

Die Andalpin A.-G. behauptete dagegen, die 200 Kisten auf Grund eines selbständigen Vertrages geliefert zu haben. Überdies sei es wegen des Ausfuhrverbotes der spanischen Behörden objektiv unmöglich geworden, 800 Kisten Aprikosenmark in Blechbüchsen zu liefern.

B. — Mit der am 23. Juni 1942 eingereichten Klage verlangte die Andalpin A.-G. von der Migros A.-G. die Bezahlung von Fr. 8700.— nebst Zins zu 5 % seit 1. September 1941.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hiess die Klage mit Urteil vom 23. Juni 1942 in vollem Umfang gut. Es verwarf zwar die Auffassung der Klägerin, wonach es sich bei den 200 gelieferten Kisten um ein selbständiges Geschäft gehandelt habe, kam aber zum Ergebnis, die Klägerin sei nicht mehr verpflichtet, die restlichen 800 Kisten zu liefern, da dies ohne ihr Verschulden unmöglich geworden sei. Erkundigungen hätten nämlich ergeben, dass in Spanien für Aprikosenmark in Blechbüchsen spätestens seit August 1941 keine Ausfuhrbewilligung mehr erteilt worden sei. Ob es der Klägerin allenfalls möglich gewesen wäre, eine Ausfuhrbewilligung für Aprikosenmark in Holzfässchen zu erhalten, sei unerheblich,

da nur zu beurteilen sei, ob für die Klägerin die objektive Unmöglichkeit bestehe, Aprikosenmark in Blechbüchsen auszuführen. Da dies der Fall sei, könne die Beklagte die Erfüllung nicht mehr verlangen und demgemäss auch die Zahlung für die vollzogene Teillieferung nicht zurückbehalten. Ob die Beklagte Schadenersatz fordern könnte, sei nicht zu prüfen, da sie in dieser Hinsicht kein Begehren gestellt habe.

C. — Gegen dieses Urteil erklärte die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag, die Klage sei schlechthin oder zur Zeit abzuweisen. Eventuell sei die Sache zur Abnahme weiterer Beweise und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Vorinstanz nahm mit zutreffenden Erwägungen an, bei der Lieferung der 200 Kisten Aprikosenmark habe es sich nicht um ein selbständiges Geschäft gehandelt. Die Klägerin bringt gegen diese Annahme im Berufungsverfahren nichts vor. Streitig ist somit einzig, ob die Lieferung der weiteren 800 Kisten im Sinne von Art. 119 OR unmöglich geworden ist.

Die Beklagte führt an, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht geprüft, ob es möglich sei, Aprikosenmark in Holzfässchen aus Spanien auszuführen. Sie wäre bereit, die gehandelte Ware in dieser Verpackung entgegenzunehmen. Die Art der Verpackung sei beim streitigen Kauf nicht wesentlich gewesen. Die Lieferung der Ware in Holzfässchen hätte die Leistungspflicht der Klägerin nicht übermässig erschwert.

Die Klägerin wendet ein, es handle sich um einen Kauf nach Muster. Sie habe keineswegs Aprikosenmark schlechthin verkauft, sondern eine bestimmte Marke, « La Torrentina », in Blechbüchsen von 5 kg brutto. Diese Ware zu liefern sei objektiv unmöglich. Die Beklagte habe sich übrigens erst nach dem ausserordentlichen Preisan-

stieg bereit erklärt, die Lieferung in Holzfässchen entgegenzunehmen.

2. — Als die Vorinstanz ihr Urteil fällte, war in Spanien jedenfalls die Ausfuhr von Aprikosenmark in Blechbüchsen verboten. Diese Feststellung der Vorinstanz ist tatsächlicher Natur und für das Bundesgericht verbindlich. Davon zu unterscheiden ist die Rechtsfrage, ob diese Tatsache für sich schon ausreicht, um eine gänzliche Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR anzunehmen. Dies ist zu verneinen.

Wenn es bei einem Gattungskauf möglich ist, die verkaufte Ware zwar nicht in der vereinbarten, aber in einer schlechtern Qualität zu liefern, besteht nur eine teilweise Unmöglichkeit. Der Schuldner wird von der Leistungspflicht nur insofern befreit, als er die Ware bloss in der noch möglichen geringern Qualität zu liefern hat; bei gegenseitigen Schuldverhältnissen wird dabei die Gegenleistung entsprechend gemindert. Dieser Sachverhalt — und nicht eine gänzliche Unmöglichkeit — liegt vor, wenn die Darstellung der Beklagten zutrifft und Aprikosenmark noch in Holzfässchen aus Spanien ausgeführt werden kann. Da sich Aprikosenmark in Holzfässchen weniger gut hält, kommt die schlechtere Packung einer schlechtern Qualität gleich.

Die Annahme einer Teilunmöglichkeit setzt allerdings voraus, dass die Ware in der noch lieferbaren schlechtern Qualität die gleiche Sache darstellt wie die Ware in der vereinbarten Qualität. Der Unterschied in der Qualität darf also nicht gerade einen Unterschied in der Gattung begründen. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach den Grundsätzen, die für die Mängelrüge im Kaufrecht gelten. Darnach ist für den Gattungsbegriff vorab die natürliche Beschaffenheit der Ware massgebend. Früchte der gleichen natürlichen Art gehören in der Regel auch rechtlich zur gleichen Gattung, ohne Rücksicht auf Sorte und Marke. Die Grenzen der Gattung können allerdings eingeengt werden durch die Verkehrsauffassung und den im Einzel-

fall vereinbarten Verwendungszweck. Das letztere trifft z. B. zu, wenn jemand ausdrücklich Wintersaaterbsen bestellt und Sommersaaterbsen erhält mit der Folge, dass diese in der Saat den Winterfrost nicht überdauern; in einem solchen Ausnahmefall können die beiden Sorten derselben Frucht als verschiedene Warengattungen aufgefasst werden (vgl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes Bd. 24, S. 404 ff.).

Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, ob die Vorinstanz der Ansicht war, Aprikosenmark in Holzfässchen sei eine andere Sache als Aprikosenmark in Blechbüchsen. War dies die Ansicht der Vorinstanz, so ist das Bundesgericht daran nicht gebunden, da der Rechtsbegriff der Gattung auszulegen ist. Selbst wenn sich die Ansicht der Vorinstanz auf eine allgemeine Verkehrsauffassung stützen sollte, könnte sie das Bundesgericht überprüfen, da Verkehrsauffassungen — im Gegensatz zur Verkehrssitte — Erfahrungssätze darstellen und nicht zum Tatbestand des Einzelfalles gehören.

Im vorliegenden Fall besteht der Unterschied zwischen der bestellten und der allenfalls noch lieferbaren Ware abgesehen von der Marke einzig in der verschiedenen Packung, die auch eine schlechtere Qualität zur Folge haben kann. Es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, dass gerade diese Unterschiede Kennzeichen verschiedener Gattungen darstellen. Vielmehr ist der Regelfall anzunehmen, dass es sich, da in beiden Fällen die gleiche Frucht in Frage steht, auch rechtlich um die gleiche Gattung handelt. Die angeführten Unterschiede sind wohl geeignet, dem Käufer unter Umständen einen Preisminderungs- oder Wandlungsanspruch zu verschaffen. Sie reichen aber nicht aus, um die Sache zu einer andern zu machen.

3. — Wenn es demnach möglich sein sollte, Aprikosenmark in Holzfässchen aus Spanien auszuführen, so läge keine den Schuldner ganz befreiende Unmöglichkeit, sondern nur eine Teilunmöglichkeit vor. Die Vorinstanz hat daher diese Ausfuhrmöglichkeit zu Unrecht nicht

geprüft. Die Sache muss an sie zurückgewiesen werden, damit sie dies nachhole. Dabei wird sich gleichzeitig die Frage stellen, ob sich die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere die Preise, seit dem Kaufabschluss nicht so tiefgreifend geändert haben, dass die allenfalls noch mögliche Leistung der Klägerin nunmehr — wirtschaftlich gesehen — als eine inhaltlich völlig andere erscheinen würde (BGE 47 II 314 und 391, 48 II 215 und 242).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 23. Juni 1942 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

18. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. März 1943

i. S. Leuppi gegen Rüttimann.

Rechtsmissbräuchliche Erhebung einer Verjährungseinrede, Art. 2 ZGB.

Rechtsmissbrauch ist von Amteswegen zu berücksichtigen.

Rechtsmissbräuchlich ist die Verjährungseinrede nur, wenn das Verhalten des Schuldners, durch das sich der Gläubiger von der rechtzeitigen Geltendmachung seines Anspruchs hat abhalten lassen, seiner Art nach geeignet war, diesen Erfolg herbeizuführen.

Abus du moyen tiré de la prescription, art. 2 CC.

Le juge redresse d'office l'abus du droit.

Le moyen de la prescription n'est abusif que lorsque le comportement du débiteur, en raison duquel le créancier n'a pas exercé son droit à temps, était en soi propre à produire ce résultat.

Abuso dell'eccezione di prescrizione, art. 2 CC.

Il giudice deve tener conto d'ufficio dell'abuso di diritto.

L'eccezione di prescrizione è abusiva soltanto se l'atteggiamento del debitore, a motivo del quale il creditore non ha fatto valere a tempo il suo diritto, era in sé atto a produrre questo risultato.

Aus dem Tatbestand :

Der Kläger Rüttimann machte auf Grund eines formungültigen Kaufvorvertrages über eine Liegenschaft dem Beklagten Leuppi im Mai 1939 eine Anzahlung an den Kaufpreis, die er in der Folge wiederholt, letztmals im

Mai 1940, zurückverlangte. Leuppi anerkannte die Schuld, erklärte sich aber zur Rückgabe des Geldes ausser Stande, da er es nicht mehr besitze. Im Juni 1941 betrieb Rüttimann den Leuppi auf Rückgabe des Geldes; Leuppi erhob Rechtsvorschlag, worauf Rüttimann Klage einreichte. Der Beklagte erhob die Einrede der Verjährung.

Das Bezirksgericht Muri und das Obergericht des Kantons Aargau nahmen an, dass der Bereicherungsanspruch des Klägers auf Rückgabe der Anzahlung an sich zwar verjährt sei, wiesen aber die vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede als rechtsmissbräuchlich zurück.

Das Bundesgericht heisst die Berufung des Beklagten gut und schützt die Einrede der Verjährung auf Grund der folgenden

Erwägung :

4. — Die Vorinstanz hat die Verjährungseinrede des Beklagten als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen.

Zu Unrecht glaubt der Beklagte dem entgegenhalten zu können, dass der Kläger das Vorliegen eines Rechtsmissbrauches gar nicht behauptet habe. Denn abgesehen davon, dass sich der Kläger tatsächlich auf Art. 2 Abs. 2 ZGB berufen hat (Kant. Dossier S. 45 unten), wäre ein allfälliger Rechtsmissbrauch von Amteswegen zu berücksichtigen, da Art. 2 Abs. 2 ZGB um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden ist (BGE 38 II 463, 40 II 344).

Als rechtsmissbräuchlich bezeichnet die Vorinstanz die Erhebung der Verjährungseinrede durch den Beklagten deshalb, weil er durch seine wiederholten Zahlungsverprechen beim Kläger den Glauben erweckt habe, dass ein gerichtliches Vorgehen nicht nötig sei.

Nun ist allerdings richtig, dass nach der in Rechtsprechung und Schrifttum sowohl zum schweizerischen wie auch zum deutschen Recht allgemein anerkannten Auffassung die Einrede der Verjährung schon dann als gegen Treu und Glauben verstossend zu betrachten ist, wenn der Schuldner durch sein Verhalten beim Gläubiger die Mei-