

gläubigerin mit dem Hinfall des Bürgschaftsvertrages. Diesen habe die Beklagte durch die falsche Unterzeichnung als Mitpfandgläubigerin selbständig verursacht. Eine solche Betrachtungsweise geht fehl. Es trifft zwar zu, dass die Klägerin in ihrem Irrtum über die Person der Gläubigerin durch das Verhalten des Werner Sterchi und der Beklagten bestärkt wurde. Richtig ist auch, wie schon dargelegt wurde, dass sich die Beklagte nicht über die Gültigkeit der Pfanddargabe geirrt haben würde, ja die mangelhafte Pfandbestellung hätte verhindern können, wenn sie nicht nachlässig gehandelt hätte. Aber von der Klägerin gilt das Gleiche. Es kam nur deshalb zur mangelhaften Pfandbestellung und zum gemeinsamen Irrtum über deren Gültigkeit, damit aber auch zur Anfechtbarkeit des Bürgschaftsvertrages, weil die Fehler beider Parteien zusammenwirkten. Hätte nur eine Partei mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt, so wäre der Mangel an den Tag getreten. Dazu kommt aber noch, dass die Unachtsamkeit der Beklagten bei der Unterzeichnung überhaupt nur darum Folgen haben konnte, weil die Klägerin vorher durch ihr eigenes fehlerhaftes Verhalten eine entsprechende Verumständung herbeigeführt hatte. Am Anfang der Verwirrung, die mit der Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrages endete, stand nicht die mangelnde Vorsicht der Beklagten, sondern der Irrtum der Klägerin über die Person der Gläubigerin, den die Klägerin ausschliesslich ihrem eigenen Fehler zuschreiben muss. Wer aber auf diese Weise den Fehler eines Vertragsschlusses mitverursacht, muss die sich daraus für ihn ergebenden Folgen selbst tragen. Art. 26 OR will nur denjenigen schützen, den am Mangel eines Vertrages keine Schuld trifft.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Gutheissung der Berufung und Abweisung der Anschlussberufung wird das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 7. April 1943 aufgehoben und die Klage ganz abgewiesen.

40. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Juni 1943
i. S. Louis Willen A.-G. gegen RURO A.-G.

Positive Vertragsverletzung beim zweiseitigen Vertrag.

Die vor der Fälligkeit ihrer Verpflichtung von einer Partei abgegebene Erklärung, sie werde den Vertrag nicht erfüllen, stellt eine positive Vertragsverletzung dar, auf Grund deren der Gegenpartei die Rechte aus Art. 107 ff. OR analog zustehen. Anforderungen an die Unverzüglichkeit der Wahlserklärung.

Violation positive d'un contrat bilatéral.

La partie qui déclare avant l'exigibilité de son obligation qu'elle ne l'exécutera point, viole positivement le contrat et permet à la partie adverse d'agir analogiquement selon les art. 107 et sv. CO. Exigence du choix immédiat.

Violazione positiva d'un contratto bilaterale.

La parte che, prima dell'esigibilità della sua obbligazione, dichiara che non l'adempirà, viola positivamente il contratto e dà alla controparte il diritto di agire analogicamente secondo gli art. 107 e seg. CO. Necessità della scelta immediata.

Aus dem Tatbestand :

Die Firma Louis Willen A.-G. verpflichtete sich, von der Firma RURO A.-G. während bestimmter Zeit jährlich 200 Stück eines Spezialapparates für Schönheitspflege zu beziehen. Sie nahm jedoch schon im ersten Jahr nur einen Teil ab mit der Begründung, der Apparat sei mangelhaft, und wenn die Lieferantin die Mängel nicht behebe, werde sie den Vertrieb einstellen und bei gerichtlichem Vorgehen der Lieferantin gegen sie Widerklage auf Ersatz ihrer Aufwendungen erheben. Die RURO A.-G. setzte der Willen A.-G. Nachfrist zur Abnahme an, nach deren Ablauf sie unter Berufung auf Art. 107 ff. OR vom Vertrage zurücktrat und Klage auf Ersatz des entgangenen Gewinnes erhob. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise Ersatz ihrer Aufwendungen für Reklame und Propaganda, sowie des entgangenen Gewinns.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, da die Beklagte wegen Mangelhaftigkeit des Apparates zu weiterer Abnahme nicht verpflichtet gewesen sei, und schützte die Widerklage grundsätzlich. Auf Berufung der Klägerin hin bestätigte das Obergericht Zürich das Urteil hinsichtlich der Hauptklage, wies aber die Widerklage ebenfalls ab.

Das Bundesgericht heisst die Berufung der Beklagten gut und stellt das Urteil der 1. Instanz wieder her.

Aus den Erwägungen :

4. — Die von der Berufungsbeklagten vor der Fälligkeit ihrer Verpflichtung erklärte Erfüllungsverweigerung stellte, wie die Vorinstanz zutreffend angenommen hat, eine positive Vertragsverletzung dar, nämlich eine Verletzung der allgemeinen Pflicht jeder Vertragspartei, alle Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln. Zur Gefährdung oder Vereitelung des Vertragszwecks geeignet war die zum vorneherein erklärte Erfüllungsverweigerung der Berufungsbeklagten deshalb, weil durch sie das Vertrauen des Beklagten in die Vertragstreue der Gegenpartei notgedrungen zerstört werden musste.

Im Anschluss hieran führt die Vorinstanz sodann aus, nach der Lehre von der positiven Vertragsverletzung habe der Berufungsklägerin gemäss analoger Anwendung von Art. 107/108 OR ein Rücktrittsrecht und nach Art. 109 OR ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zugestanden. Sie hat dann jedoch den Anspruch der Berufungsklägerin abgewiesen mit der Begründung, diese habe in ihren Rechtsschriften nirgends geltend gemacht, dass sie den Rücktritt erklärt habe, was zum Fundament der Widerklage gehört hätte.

Diese Argumentation der Vorinstanz beruht jedoch auf der rechtlich unzutreffenden Voraussetzung, dass die unrechtmässige Erfüllungsverweigerung der einen Vertragspartei der andern nur das Recht zum Rücktritt vom Vertrag verschaffe, während dieser auf Grund der analogen Anwendbarkeit von Art. 107 ff. OR die sämtlichen dort genannten Rechtsbehelfe zu Gebote stehen, soweit wenigstens die besonderen Verhältnisse ihre Anwendung gestatten. Die Partei, deren Vertragsgegner vorzeitig erklärt, dass er den Vertrag nicht erfüllen werde, kann daher entweder vom Vertrag zurücktreten und das negative Interesse geltend

machen, oder statt dessen auf der Erfüllung des Vertrags beharren — (aber nicht Schadenersatz wegen Verspätung verlangen, solange die Verpflichtung des Gegners noch nicht fällig ist) — oder sie kann endlich auf die Erfüllung verzichten und an ihrer Stelle Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, worunter nach allgemein anerkannter Auffassung das positive Vertragsinteresse oder Erfüllungsinteresse zu verstehen ist.

Von diesem Wahlrecht hat nun die Berufungsklägerin dadurch Gebrauch gemacht, dass sie auf die Klage der RURO A.-G. hin Widerklage erhob, mit der sie Ersatz des entgangenen Gewinns verlangte. Da der entgangene Gewinn nur im Rahmen des Erfüllungsinteresses, niemals dagegen im Rahmen des negativen Interesses gefordert werden kann, gab die Berufungsklägerin durch diese Formulierung ihres Begehrens unmissverständlich zu erkennen, dass sie auf die Erfüllung verzichten und an deren Stelle Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen wolle. Eine solche Abgabe der Wahlerklärung durch konkludentes Verhalten ist durchaus zulässig und genügend.

5. — Art. 107 OR verpflichtet den Anspruchsberechtigten, seine Wahlerklärung « unverzüglich » abzugeben. Auch diesem Erfordernis genügt die in der Erhebung der Widerklage liegende Erklärung. Zwar hatte die Berufungsklägerin schon am 11. Juli 1938 Kenntnis von der Erfüllungsverweigerung der Berufungsbeklagten. Allein da sie gemäss ihrem Schreiben vom 7. April 1938 auf die Erhebung von Gegenansprüchen verzichtet hätte, wenn die Berufungsbeklagte nicht ihrerseits ihre Drohung, den Rechtsweg zu beschreiten, in die Tat umgesetzt hätte, so durfte die Berufungsklägerin zunächst abwarten, ob die Gegenpartei wirklich Klage einreichen werde. Als dies dann mit der am 3. Oktober 1938 erfolgten Anhängigmachung der Klage beim Bezirksgericht geschah, hat die Berufungsbeklagte ihrerseits mit der Erhebung der Widerklage in dem vom Prozessrecht vorgesehenen Zeitpunkt, d. h. mit der Einreichung der Antwort auf die Hauptklage, die Wahl-

erklärung abgegeben. Diese Erklärung mit Rücksicht auf die besondern Umstände des Falles als rechtzeitig abgegeben zu betrachten, bestehen um so weniger Bedenken, als die Gefahr einer Spekulation der Berufungsklägerin mit der Entwicklung der Verhältnisse, wie Fluktuation des Marktes und dergleichen, zum vorneherein ausser Betracht fällt. Zur Abwendung dieser Gefahr vor allem wurde aber die Vorschrift in das Gesetz aufgenommen, dass die Wahlerklärung unverzüglich abgegeben werden müsse.

Unter diesen Umständen ist es daher selbstverständlich, dass die Berufungsklägerin weder vor dem Prozess eine Rücktrittserklärung abgegeben noch in den der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften die Abgabe einer solchen behauptet hat. Sie hätte sich ja dadurch in einen unvereinbaren Widerspruch mit ihrer durch die Formulierung der Widerklage bekundeten eindeutigen Willenserklärung gesetzt.

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Juni 1943 i. S. Verwaltungsgesellschaft Affida und Brupbacher gegen Schweizerisch-Amerikanische Elektrizitätsgesellschaft.

Aktienrecht.

Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, Art. 706 OR.
Anfechtbar ist auch die Verletzung eines *ungeschriebenen* Grundsatzes des Aktienrechts, z. B. des Grundsatzes der *Gleichbehandlung* aller Aktionäre.

Dieser Grundsatz verbietet nicht jede unterschiedliche Behandlung schlechthin, sondern nur eine solche, die nicht durch die Interessen der Gesamtheit der Aktionäre gerechtfertigt wird, sondern *unsachlich* ist.

Zulässigkeit einer Statutenrevision, durch die die Aktionäre einer Kategorie, die jahrelang keine Dividende erhalten hatten, auch an kleinen Gewinnen beteiligt werden, dafür aber bei grösseren Gewinnen und grösseren Liquidationsüberschüssen erheblich weniger erhalten würden als nach der bisherigen Regelung.

Société anonyme.

Contestation de décisions de l'assemblée générale, art. 706 CO.
Est aussi attaquant la violation d'un principe *non écrit*, par exemple de celui du *traitement égal* de tous les actionnaires.
Cette règle ne s'oppose pas à toute inégalité de traitement, mais seulement à celle que ne justifient point les intérêts de l'ensemble des actionnaires et qui n'est par conséquent pas fondée.
Admissibilité d'une revision statutaire assurant à une catégorie

d'actionnaires privés depuis longtemps de dividendes une participation aussi à de petits bénéfices mais réduisant sensiblement leurs parts à de gros bénéfices ou excédents de liquidation.

Società anonima.

Contestazione di deliberazioni dell'assemblea generale, art. 706 CO.
Può essere contestata anche la violazione d'un principio *non scritto*; p. es., quello della *parità di trattamento* di tutti gli azionisti.

Questo principio non vieta ogni ineguaglianza di trattamento, ma soltanto quella che non si giustifica cogli interessi della totalità degli azionisti e che è pertanto infondata.

Ammissibilità d'una revisione degli statuti che accorda ad una categoria di azionisti, la quale da lungo tempo non ha ricevuto dividendi, una partecipazione anche ad utili di poca entità, ma riduce sensibilmente le loro quote in caso di maggiori utili o di eccedenze di liquidazione.

Aus dem Tatbestand:

Die Schweizerisch - Amerikanische Elektrizitätsgesellschaft (SAEG), die trotz Jahresergebnissen von 1,5-2 Millionen Franken infolge von Bewertungsausfällen auf ihren ausländischen Beteiligungen während Jahren den Prioritätsaktionären nur selten, den Aktionären der Serien A und B nie eine Dividende hatte ausschütten können, fasste 1942 einen Sanierungs- und Statutenrevisionsbeschluss, durch den die Aktien der Serie A von Fr. 250.— auf Fr. 100.— abgeschrieben und den Prioritätsaktien im Range gleichgestellt, und die Aktien der Serie B, unter Zusammenlegung von zwei alten zu einer neuen Aktie, von Fr. 1.— auf Fr. —.50 abgeschrieben wurden. Ferner wurde die Dividendenberechtigung in der Weise geregelt, dass die Aktionäre der früheren Serie A an jedem Reingewinn beteiligt sein sollten; dagegen sollten sie bei Ausschüttung einer allfälligen Superdividende, sowie bei der Liquidation von einer allfälligen Superliquidationsquote inskünftig gleichviel erhalten, wie die B-Aktionäre, statt des Fünffachen wie bisher.

Zwei Inhaber von Aktien der Serie A fochten die Sanierungs- und Statutenrevisionsbeschlüsse an. Das Handelsgericht Zürich wies ihre Klage ab. Das Bundesgericht bestätigt dieses Urteil.