

99. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1916
i. S. Vallanda & Cie,
Klägerin und Widerbeklagte,
gegen Meier & Cie, Beklagte und Widerklägerin.

Zusicherungen des Erstellers einer Maschine hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit. Haftung des Erstellers für die von ihm gewählte Konstruktion und Ausführung. Wandelung und Schadenersatzforderung wegen nicht garantiemässiger Lieferung.

A. — Am 3. November 1913 teilte ein gewisser W. Huenerhoff der Klägerin, die sich mit der Herstellung von Zementplatten für Trottoir-, Boden- und Dachbelag beschäftigt, mit, dass er bereit wäre, ihr eine hydraulische Presse zur Herstellung der Platten zu liefern. Er erbat sich nähere Angaben über die Anforderungen, die die Klägerin an eine solche Presse stelle, wobei er bemerkte, dass er Spezialist sei in der Herstellung von Formen und Maschinen der Zementindustrie; tatsächlich war er weder Techniker noch Fabrikant, sondern verfolgte nur den Zweck, den Auftrag, den er von der Klägerin zu erhalten hoffte, einem Maschinenfabrikanten weiterzugeben und sich dadurch einen Mäklerlohn zu verdienen. Die Klägerin, die die Zementplatten bisher durch Giessen hergestellt hatte, antwortete dem Huenerhoff am 5. November 1913 brieflich, sie interessiere sich in der Tat für eine Presse. Zugleich erklärte sie, es müssten mit der Presse täglich mindestens 250, wenn möglich 400 Platten hergestellt werden können; dabei käme als Material $\frac{1}{3}$ Sand, $\frac{1}{3}$ gemahlene Ziegel und $\frac{1}{3}$ Schlacken in Frage, die mit Zement und einem flüssigen, wasserdichten Zusatz gemischt würden. Die Klägerin gab überdies die nötigen Masse an und verlangte Lieferung bis Ende Januar 1914. Zwei Tage später, am 7. November 1913, ersuchte Huenerhoff die Beklagte, die Firma H. M. Meier & Cie, Maschinenfabrik in Winterthur, um eine Offerte zu Händen einer

Schweizer Firma für eine Maschine zur Herstellung von Platten 750×750 ca 30 mm stark. Erforderlicher Druck ca 30-40 kg per cm^2 , also ca 200 000 kg Gesamtdruck; ausserdem gab Huenerhoff der Beklagten auch die Zusammensetzung der Mischung des Materials sowie die von der Klägerin gewünschte Garantie für eine Leistung von täglich 300-400 Platten an. Dabei beruhten die Angaben Huenerhoffs über den notwendigen Druck von ca 200 000 kg nicht etwa auf Mitteilungen der Klägerin, sondern auf blossen Erkundigungen, die Huenerhoff bei andern Zementfabriken eingezogen hatte. Zwischen dem 7. und 13. November 1913 kam es dann zwischen Huenerhoff und M. H. Meier von der beklagten Firma zu einer Unterredung, wobei Huenerhoff, ohne den Namen der Klägerin zu nennen, die an die Maschine zu stellenden Anforderungen erläuterte. Nach der Zeugenaussage des Huenerhoff soll Meier, nachdem Huenerhoff erklärt hatte, er sei nicht Techniker, gefragt haben, woher er, Huenerhoff, die technischen Angaben habe; Huenerhoff habe darauf geantwortet, es handle sich um « vorläufige Annahmen » seinerseits. Es sei dann zwischen ihnen über den Druck gesprochen worden, Meier habe bestätigt, der angenommene Druck genüge, und beigefügt, man presse sogar Eternitplatten mit keinem höheren Druck. Auf Grund dieser Besprechung unterbreitete Huenerhoff am 13. November 1913 der Klägerin einen schriftlichen Kostenvoranschlag, ohne der Klägerin den Namen Meiers bekannt zu geben. In dem Begleitschreiben schrieb er u. a.: « Die hohe Druckleistung der Pumpe von 250 000 kg Maximaldruck ist mehr als genügend und garantiert vollständig kompakte Presslinge; Tagesleistung der Presse bei zwei Mann Bedienung 300-350 Platten ». Am 19. November machte Huenerhoff persönlich einen Besuch bei der Klägerin, um ihr seine Offerte zu erläutern und zu empfehlen; dabei übergab er ihr die Zeichnung act. 175, die die projektierte Presse betrifft und von der Beklagte; angefertigt worden war; diese Zeichnung trägt den Titel

« Hydraulische Presse für Zementsteine und Platten » ; sie ist mit dem Stempel der Beklagten versehen und von dieser den « 15. November 1913 » datiert worden. Einen Tag nach dem Besuch des Huenerhoff richtete J. Rüttner, der Buchhalter der Klägerin, der zufälligerweise mit M. A. Meier bekannt war, einen Privatbrief an die Beklagte, aus welchem folgende Stelle hervorzuheben ist : « Herr » Huenerhoff machte uns gestern seine persönl. Aufwar- » tung, doch haben uns dessen Auskünfte nicht hin- » reichend überzeugen können. Er erzählte unter anderm, » dass solche Pressen schon verschiedentlich geliefert wor- » den seien, doch seien dieselben in Spanien montiert wor- » den, sodass eine Besichtigung ausgeschlossen sei. Ebenso » sprach er von einer Tagesleistung der Presse, welche » 300 Stück, was wir unbedingt verlangen, weit übertreffe, » sodass meine Herren seinen Aussagen kaum mehr Glau- » ben schenken konnten. Leider war ich im Moment abwe- » send, habe aber nicht verfehlt, nachdem ich gesehen, » dass Huenerhoff wahrscheinlich mit Ihrem Hause in » Verbindung steht, die Sache bestmöglich zu verteidigen » und den Vorschlag gemacht, mich direkt an Sie zu wen- » den, indem ich diese Gelegenheit mit Freude benütze, » Ihnen auch einmal einen kleinen Dienst zu erweisen, » sofern meiner gegenwärtigen Firma damit ebenfalls ge- » dient ist. Ich wende mich deshalb vertrauensvoll an Sie » mit der Anfrage, ob Sie Pressen für diese Plattengrösse » schon erstellt haben und ob Sie eine Tagesleistung von » 300 Stück garantieren können. Zu Ihrer Orientierung » diene Ihnen, dass die Platten aus einem Mörtel folgen- » der Mischung hergestellt werden müssen, $\frac{1}{3}$ gemahlene » Schlacken, $\frac{1}{3}$ Ziegelmehl und $\frac{1}{3}$ Sand und Cement, » die Oberfläche soll gerippt werden und zwar in Quadra- » ten von 100/100 m m. Die Form der Platte nach unten- » stehender Skizze. Gleichzeitig haben wir den Wunsch, » diese Platten in farbiger Ausführung zu fabrizieren und » denke ich bei dieser Gelegenheit an die Versuche von » Herrn Louis Streuli-Höhn, welche meines Wissens gut

» reussiert haben, wenigstens hinsichtlich Färbung. Dürfte » ich Sie vielleicht um Angabe dieser Adresse bitten, » damit ich mich mit demselben in Verbindung setzen » könnte oder wären Sie in der Lage, diese Vorrichtung » mit der Presse zu offerieren ? »

Am 24. November 1913 antwortete die Beklagte dem Rüttner u. a. : « Was nun die in Frage stehende Presse » betrifft, so haben wir bis anhin keine für Platten in » vorliegendem Format ausgeführt und muss diesbezgl. » in der Aussage des Herrn Huenerhoff ein Irrtum vor- » liegen. Dagegen wissen Sie ja selbst, dass wir auf diesem » Gebiete derartige Erfahrungen und Kenntnisse besitzen, » die es uns ohne irgendwelche Schwierigkeiten ohne wei- » teres ermöglichen, Ihrer w. Firma auch ohne dies, eine » gute, leistungsfähige und zweckentsprechend ausge- » führte Presse zu liefern. Wenn Sie also Gelegenheit haben, » unsere Offerte, die sich mit Ihrem Briefe gekreuzt hat, zu » unterstützen, so dürfen Sie dies mit bestem Gewissen und » gewiss auch nicht zum Schaden Ihrer w. Firma tun ; » die Grösse der Platte spielt im vorliegenden Falle keine » Rolle und dürfte es Sie interessieren, dass wir gegen- » wärtig in Unterhandlung mit einer Schweizerfirma sind » betr. Abänderung einer Platten-Pressen für Platten » 1000 x 2000 mm. Wir kennen auch die Pressen unseren » ausländischen Konkurrenz sehr wohl und sind über- » zeugt, dass die von uns offerierte Presse den ausländ. » Konkurrenz-Maschinen überlegen ist. Neben der mög- » lichen grossen Produktion hat unsere Presse den Vor- » teil leichter Handhabung bei einem Maximum an Be- » dienung, was für die Rentabilität von grosser Bedeutung » ist. Eine Leistung von 30 Platten können wir ohne wei- » teres garantieren d. h. per Stunde, also 300 Platten bei » zehnstündiger Arbeitszeit der Presse pro Tag. In un- » serer Offerte haben wir 400 angegeben, welche Leistung » jedenfalls noch überschritten werden wird, sobald die » Bedienungsmannschaft gehörig eingearbeitet ist. » Am gleichen Tag, an welchem Rüttner der Beklagten ge-

geschrieben hatte, hatte Huenerhoff die Beklagte besucht und ihr bei dieser Gelegenheit zum erstenmal den Namen der Klägerin als die Reflektantin für die Maschine bezeichnet. Hierauf machte die Beklagte der Klägerin sofort eine verbindliche Offerte über eine hydraulische Presse zur Herstellung von Zementplatten in der Grösse 750 × 750 × 30 mm, mit der Bemerkung, diese Presse liefere bei einem Druck von ca 40 kg per cm² 40 Platten in der Stunde, doch könne die Produktion mit eingeübter Bedienung namhaft erhöht werden. Der Preis der Maschine wurde auf 11,800 Fr., die Garantiezeit auf 12 Monate festgesetzt und im übrigen auf die « beiliegenden Lieferungsbedingungen » des Vereins Schweiz. Maschinenindustrieller hingewiesen; am Schluss versicherte die Beklagte die Klägerin bester Bedienung, indem sie schrieb: « Unsere langjährigen Erfahrungen im Pressenbau bieten Ihnen Gewähr für unsere gute zweckentsprechende Lieferung ». Daraufhin fand ein Besuch des Meier bei der Klägerin statt. Meier behauptet, es sei dabei auch von dem Druck von 40 kg per cm² gesprochen worden; der Direktor der Klägerin sei ebenfalls der Meinung gewesen, dieser Druck werde genügen. Demgegenüber bestreitet die Klägerin, dass bei dieser Zusammenkunft über den erforderlichen Druck gesprochen worden sei. Am 5. Dezember 1913 kam dann zwischen den Parteien ein « Lieferungsvertrag » zustande, laut welchem die Klägerin der Beklagten die Lieferung einer Plattenpresse für Format 750 × 750 mm mit Steuerapparat und Presspumpe nach eingereicherter Offerte vom 20. November zum Preis von 11,800 Fr. ohne Montage, im übrigen nach den Bestimmungen des Verbandes Schweiz. Maschinenindustrieller mit folgenden Abänderungen übertrug: « 1. Die Beklagte » verpflichtet sich zur Lieferung der Anlage bis längstens » 20. Februar 1914 ab Werkstatt und vergütet für jede » Woche verspäteter Lieferung eine Konventionalstrafe » von 100 Fr. 2. Die Konventionalstrafe nimmt auch dann » ihren Fortgang, wenn die Pressanlage nach erfolgter

» Montage in Folge mangelhafter Konstruktion dem Be-
 » triebe nicht übergeben werden könnte. » Die allgemeinen
 Lieferungsbedingungen, auf die der Vertrag Bezug nimmt,
 bestimmen in Ziffer 8: « Allgemeine Garantie. Der Lie-
 » ferant übernimmt auf die Dauer von höchstens 12 Mo-
 » naten die allgemeine Garantie für gutes Funktionieren
 » des Objektes, das heisst, er verpflichtet sich, alle Fehler,
 » die sich während genannter Frist nachweisbar zufolge
 » schlechten Materials oder mangelhafter Ausführung,
 » sowie wegen Konstruktionsfehlern geltend machen, so
 » rasch als möglich auf seine Kosten zu beheben. Etwa
 » ersetzte Bestandteile werden Eigentum des Lieferanten.
 » Jede weitere Haftung der Lieferanten wird ausgeschlos-
 » sen. Insbesondere werden ausgeschlossen Ansprüche des
 » Bestellers auf weitergehenden Schadenersatz irgend wel-
 » cher Art, auf Wandlung oder Minderung, Ansprüche aus
 » Beschädigungen, welche durch ungenügende Funda-
 » mente, übermässige Beanspruchung, Einfrieren, man-
 » gelhafte Bewachung oder ungeeignete Bedienung des
 » Objektes, Verwendung ungeeigneter Materialien, sowie
 » durch chemische Einflüsse und höhere Gewalt mitverur-
 » sacht wurden. » Am 8. Dezember 1913 bestätigte die
 Beklagte den empfangenen Auftrag und bemerkte in
 ihrem Schreiben, dass sich die Klägerin « mit einer Ga-
 rantie der Lieferung der Presse von 30 Platten per Stunde »
 begnügt habe. Mit Schreiben vom 9. Dezember 1913 pro-
 testierte die Klägerin hiegegen, indem sie geltend machte,
 sie habe den Lieferungsvertrag auf Grund der Offerte
 abgeschlossen, die eine Presse mit einer Mindestleistung
 von 40 Platten per Stunde vorgesehen habe, welche bei
 eingeübter Bedienung namhaft erhöht werden könne; an
 dieser Mindestleistung müsse sie festhalten. In ihrer Ant-
 wort vom 10. Dezember 1913 führte die Beklagte die
 angefochtene Stelle ihres Bestätigungsschreibens auf ein
 Missverständnis zurück und erklärte: « Wir sind deshalb
 » auch in der Lage, Ihrem Wunsche gemäss hiemit zu
 » erklären, dass wir für unsere Presse eine Mindestleistung

» von 40 Platten normaler Ausführung per Stunde über-
 » nehmen, welche sich bei entsprechender eingeübter Be-
 » dienungsmannschaft erheblich erhöhen lässt. Um wei-
 » teren Missverständnissen vorzubeugen, erwähnen wir
 » noch, dass für gefärbte Platten die Produktion entspre-
 » chend der erforderlichen Mehrarbeit kleiner ausfallen
 » wird und nehmen an, dass Sie diesbezüglich unserer
 » Auffassung sind. »

Nachdem die Presse am 6. März 1914 an die Klägerin abgeschickt worden war, teilte diese der Beklagten am 31. März 1914 mit, sie habe mit der Fabrikation der Platten noch nicht beginnen können, es sei unmöglich, schöne Platten herzustellen, ohne den Presskopf der Maschine jedesmal zu reinigen. In der Folge reklamierte die Klägerin namentlich wegen der Unmöglichkeit der Herstellung farbiger Platten, indem sie geltend machte, dass der Presskopf nicht nur den Farbüberzug, sondern teilweise die ganze Schicht mitreisse. In wiederholten Schreiben, in denen die Klägerin auf diese Verhältnisse zurückkam, behauptete sie, dass die garantierte Leistung von 400 Platten nie erreicht werden könne. Die Beklagte bestritt, dass die Maschine an Mängeln leide, machte verschiedene Vorschläge zur Abhilfe der Betriebsstörungen und stellte im Verlauf der Korrespondenz namentlich in Abrede, dass sie die Garantie dafür übernommen habe, dass mit der Presse farbige Platten hergestellt werden könnten. Am 21. Juli 1914 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe, nachdem alle Versuche mit der Maschine nutzlos geblieben seien, den Betrieb einstellen müssen. Hierauf wurde die Maschine von einem Monteur der Beklagten untersucht; dieser konnte sie aber wegen der Mobilisation nicht mehr vollständig instand setzen, worauf die Klägerin vorschlug, mit der gänzlichen Instandstellung bis nach dem Krieg zuzuwarten. Später versuchte ein Ingenieur Binkert den Streit zwischen den Parteien zu schlichten, wobei auch die Frage der Erhöhung des Druckes erörtert wurde und die Beklagte auf

eine Anfrage der Klägerin mit Brief vom 13. März 1915 erklärte, dass eine Erhöhung des Druckes auf 300 000 kg angängig sei, sie übernehme aber dafür keine Garantie. Mit Schreiben vom 30. März 1915 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie schliesse aus einer von der Beklagten am Telephon erhaltenen Antwort, sie, die Beklagte, lehne es ab, an der Presse noch irgend etwas vorzunehmen; sie (die Klägerin) werde daher gerichtlich gegen die Beklagte vorgehen.

Nach weiterer erfolgloser Korrespondenz leitete die Klägerin im Juni 1915 die vorliegende Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Beklagte ein, mit den Begehren um Wandelung des Kaufes, Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises von 9275 Fr. samt Zinsen seit der Zahlung, Schadenersatz im Betrag von 11,700 Fr. zuzüglich Zinsen von der Klageeinreichung an, sowie Leistung einer Konventionalstrafe von 100 Fr. für jede Woche seit dem 20. Februar 1914 bis zur Inbetriebsetzung einer neuen Anlage. Die Klägerin machte unter Hinweis auf ein von ihr zu den Akten gelegtes Privatgutachten geltend, dass die Maschine die von der Beklagten übernommenen Garantien nicht erfülle. Nicht nur sei die garantierte Tagesleistung nicht zu erzielen, sondern es sei überhaupt unmöglich, mit der Presse richtige, fehlerfreie Zementplatten, insbesondere farbige, herzustellen, und zwar sei diese Unmöglichkeit die Folge von Konstruktionsfehlern der Maschine. — Die Beklagte schloss auf Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise Bezahlung des noch nicht geleisteten Teils des Kaufpreises von 3061 Fr. 35 Cts. nebst Zins. Die Beklagte bestreitet, nicht vertragsgemäss erfüllt zu haben; die von ihr der Klägerin gelieferte Presse sei tadellos konstruiert gewesen und habe, wie es in der Offerte angegeben gewesen sei, einen Druck von 40 kg per cm² aufgewiesen. Es könne damit auch die im Vertrag genannte Leistung erreicht werden. Ob mit der Presse auch die Fabrikation farbiger Platten möglich sei,

sei irrelevant, da sie dafür niemals Garantie übernommen habe. Eventuell bestreitet die Beklagte ihre Schadenersatzpflicht deshalb, weil nach den Lieferungsbedingungen der Maschinenindustriellen, die im Vertrag als massgebend erklärt worden seien, eine solche Haftung nicht bestehe und weil die Beklagte jedenfalls kein Verschulden treffe.

B. — Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat über die von den Parteien aufgestellten Behauptungen betreffend die Mangelhaftigkeit der gelieferten Presse eine technische Expertise erhoben, deren Ergebnis, soweit es zur Entscheidung des Prozesses von Bedeutung ist, wie folgt zusammengefasst werden kann: Konstruktiv entspreche die Maschine den Anforderungen, die an sich an eine solche gestellt werden müssten. Auch die garantierte Tagesleistung von 400 Platten könne erreicht werden, wie die Versuche ergeben hätten. Jedoch sei keine der bei den Versuchen der Experten gepressten Platten brauchbar gewesen; entweder sei die Masse am Presskopf hängen geblieben, oder die gepressten Platten seien beim Ausstossen in Folge unrichtigen Funktionierens der Ausstossvorrichtung oder wegen ungenügender Pressung beschädigt worden. Der von der Presse erzeugte Druck von ca 43 kg per cm² sei zu gering, da er nicht im Stande sei, das Material während der Pressung unter dem Presskopf so zu verschieben, dass eine gleichmässig gepresste Masse hervorgehe. Das sog. Fliessen des Materials dürfte nur bei wesentlich grösserem Druck erfolgen. Zur Erzielung eines Druckes von 100-150 kg auf den cm², wie er in andern Fabriken gebräuchlich sei, müsste der Gesamtdruck der Presse auf 560 000-800 000 kg gesteigert werden. Nun habe die Beklagte eine Erhöhung des Druckes bloss bis auf 300 000 kg als angängig erklärt, dabei aber eine Garantie für diese Möglichkeit abgelehnt. In einem von der Vorinstanz weiterhin eingeholten Ergänzungsgutachten wird zur Vermeidung des Klebens des Pressmaterials am Presskopf Anwendung höhern Druckes empfohlen, was

aber die Presse samt Pumpe « wie solche vorliegt » nicht oder nicht in genügendem Mass erlaube.

C. — Durch Urteil vom 20. Juni 1916 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen und die Widerklage gutgeheissen. Die Vorinstanz ging davon aus, eine Garantie dafür, dass mit der Presse auch farbige Platten hätten hergestellt werden können, habe die Beklagte nicht übernommen. Das Begehren um Wandelung könne also nicht damit begründet werden, dass die Fabrikation farbiger Steine nicht möglich sei. Richtig sei zwar, dass die Presse auch zur Herstellung gewöhnlicher, nicht farbiger Platten, nicht tauglich sei. Dies ergebe sich aber aus dem zu geringen Druck der Presse von nur 30-40 kg per cm², wofür die Beklagte nicht verantwortlich sei weil sie bei der Konstruktion nicht freie Hand gehabt habe, sondern der Druck im Vertrag auf 30-40 kg per cm² festgelegt gewesen sei. Die Beklagte habe auch nicht wissen müssen, dass der mit der Presse erzielte Druck von 40 kg auf den cm² bei weitem nicht ausreichend sei, um tadellose Platten zu erzielen. Welcher Druck hiefür erforderlich sei, hänge von den Eigenschaften des zu pressenden Materials ab; dieses zu kennen sei wohl die Klägerin, nicht aber die Beklagte als Maschinenfabrikantin zensiert gewesen. Da aber der vertraglich in Aussicht genommene Druck erreicht und die Presse im übrigen, abgesehen von einigen kleinern Aussetzungen, sachgemäss gebaut sei, müsse das Begehren um Wandelung des Kaufes abgewiesen werden und damit auch der Anspruch auf Schadenersatz und Konventionalstrafe.

D. — Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei gutzuheissen und die Widerklage abzuweisen, eventuell seien die Akten zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides geschlossen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Ob der zwischen den Parteien am 5. Dezember 1913 abgeschlossene « Lieferungsvertrag » mit dem Handelsgericht als ein Kaufvertrag oder aber in Anlehnung an die bisherige Praxis des Bundesgerichts (vergl. AS 24 II S. 545 und 793, 26 II S. 584 und 29 II S. 48) als ein Werkvertrag aufzufassen sei, kann dahin gestellt bleiben, da dieser Frage für die Entscheidung des Prozesses keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Auf Grund des Lieferungsvertrages hat die Beklagte jedenfalls die Verpflichtung übernommen, der Klägerin eine Presse zu erstellen und zu liefern, mit der im Tag ungefähr 400 gewöhnliche Zementplatten (auch solche mit glatter Oberfläche) fabriziert werden können. In ihrem Brief an Huenerhoff hatte die Klägerin verlangt, dass mit der Maschine eine Tagesproduktion von 250-400 Zementplatten erzielt werden könne, worauf die Beklagte in ihrer Offerte vom 20. November 1913 der Klägerin denn auch ausdrücklich eine Leistungsfähigkeit der Presse von 40 Platten per Stunde zusicherte. Dass die Beklagte damit bewusst eine Garantie übernahm, ergibt sich mit Bestimmtheit aus ihrem unmittelbar nach Vertragsschluss an die Klägerin gerichteten Bestätigungsschreiben vom 8. Dezember 1913, worin sie den Vertrag dahin erläuterte, sie habe davon Notiz genommen, dass die Klägerin sich mit einer « Garantie » von 30 Platten pro Stunde zufrieden gebe. Ebenso antwortete die Beklagte auf den sofortigen Protest der Klägerin hin am 10. Dezember, ihre Garantie von bloss 30 Platten pro Stunde beruhe auf einem Irrtum; sie sei in der Lage, zu erklären, dass sie für ihre Presse « eine Mindestleistung von 40 Platten normaler Ausführung pro Stunde übernehme ». Der von der Beklagten vor Handelsgericht eingenommene Standpunkt, sie habe dabei nur rauhe Platten für Dach- und nicht Zementplatten für Trottoirbelag

mit glatter Oberfläche gemeint, ist unbegründet, da der von Huenerhoff an die Beklagte gerichtete Brief die von der Klägerin gemachte Angabe enthält, dass auch die Herstellung von Trottoirplatten d. h. von Platten mit glatter Oberfläche in Frage komme. Uebrigens hat M. H. Meier von der beklagten Firma vor Vertragsabschluss die Fabrikate der Klägerin in ihrem Geschäft in Bern in Augenschein genommen.

Auf Grund der tatsächlichen, auf das Expertengutachten gestützten Feststellungen der Vorinstanz steht nun fest, dass mit der gelieferten Presse überhaupt keine brauchbaren d. h. fehlerfreien Zementplatten hergestellt werden können, wenn auch an sich die Pressung von 40 Stück in der Stunde möglich sein sollte. Unter diesen Umständen entspricht die Maschine den erwähnten vertraglichen Zusicherungen nicht. Die Beklagte kann nicht etwa den Standpunkt einnehmen, sie habe nur für eine Leistungsfähigkeit der Maschine von 40 Platten per Stunde und nicht auch für die Qualität des Fabrikates Garantie übernommen. Einmal widerspräche eine solche Auslegung der vertraglichen Zusicherung den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr, da stillschweigende Voraussetzung der Garantie hinsichtlich der quantitativen Leistungsfähigkeit natürlich die Möglichkeit war, brauchbare d. h. fehlerfreie, mittleres Kaufmannsgut darstellende Ware zu fabrizieren; jedenfalls hätte der Ersteller, wenn er wirklich nur für die quantitative und nicht auch für die qualitative Leistungsfähigkeit der Presse hätte garantieren wollen, dies ausdrücklich erklären sollen. Dazu kommt, dass die Beklagte in der unmittelbar nach Vertragsschluss von ihr herbeigeführten Erörterung über die Bedeutung ihrer Zusicherung in ihrem Brief vom 10. Dezember 1913 erklärte, sie übernehme die Garantie für eine Mindestleistung von 40 Platten normaler Ausführung, worin eine ausdrückliche Zusicherung auch hinsichtlich der Qualität der zu erstellenden Ware liegt. Ist aber davon auszugehen, dass

die von der Klägerin zugesicherte Leistungsfähigkeit der Maschine nicht erreicht werden kann, so ist damit prinzipiell die Grundlage für die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche als gegeben zu betrachten.

2. — Trotzdem hat die Vorinstanz die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Fehlerhaftigkeit der produzierten Ware sei in der Hauptsache auf zu geringe Druckleistung der Maschine zurückzuführen; in dieser Beziehung sei aber der Beklagten keine freie Hand gelassen, sondern der Druck im Lieferungsvertrag bestimmt angegeben worden. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden. Grundsätzlich muss angenommen werden, dass der Ersteller einer Maschine, der dem Besteller eine bestimmte Leistungsfähigkeit derselben zugesichert hat, damit die volle Haftung für die von ihm gewählte Konstruktion und Ausführung übernimmt. Treten später an der Maschine konstruktive Mängel auf, so kann er sich nicht darauf berufen, die von ihm gewählte Konstruktion oder Ausführung beruhe auf Wünschen, Angaben, ja sogar auf Anweisungen des Bestellers, es sei denn, er habe diesen Wünschen gegenüber Verwahrung eingelegt, oder es ergebe sich aus einer vernünftigen Betrachtung, der Besteller sei davon ausgegangen, die Befolgung seiner Wünsche schliesse die Garantie aus, oder es habe sich um Angaben gehandelt, die für die zu wählende Konstruktion die tatsächliche Grundlage bilden. Dass die Klägerin hinsichtlich des nötigen Druckes der Maschine der Beklagten eine Anweisung erteilt oder auch nur einen Wunsch geäußert, oder etwa die Angabe gemacht habe, es sei nur ein Druck von 200 000 kg nötig, trifft aber nach den Akten hier nicht zu. Die Klägerin hat sich weder dem Huenerhoff noch der Beklagten gegenüber überhaupt je über die Druckverhältnisse ausgesprochen. Nach dem im faktischen Teil festgestellten Tatbestand hat Huenerhoff lediglich gestützt auf Erkundigungen, die er bei Dritten eingezogen hatte, angenommen, es genüge ein Druck von 40 bzw. 200 000 kg. Huenerhoff hat dann diese Angaben

dem Meier weitergegeben und ihm zugleich mitgeteilt, sie beruhen nur auf « vorläufigen Annahmen » seinerseits. Dass aber Meier mit der Klägerin über diese Druckverhältnisse unterhandelt habe, ist ebenfalls unerwiesen geblieben. Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin bis zum Abschluss des Lieferungsvertrages keine Pressmaschine besass, sondern bei Herstellung der Zementplatten immer das Gussverfahren praktiziert hatte, ist auch nicht wahrscheinlich, dass die Klägerin der Beklagten diesbezügliche Angaben hätte machen können. Die Beklagte hat denn auch in der heutigen Verhandlung ihre Behauptung, es sei anlässlich ihrer Zusammenkunft mit der Klägerin auch von dem Druck gesprochen worden, ausdrücklich fallen gelassen. Der Druck von 200 000 kg ist vielmehr der Klägerin von der Beklagten in ihrer Zeichnung vom 15. November und in ihrer Offerte vom 20. November vorgeschlagen worden. Dass die Klägerin sich später in einem an die Firma Gebrüder Sulzer in Winterthur gerichteten Schreiben über den Preis einer Maschine von einem Maximaldruck von 200 000 kg erkundigte, kann nicht gegen diese Auffassung ins Feld geführt werden, da sich die Klägerin dabei auf die Angaben der Beklagten in ihrem Plan vom 15. November 1913 stützte. Ist aber der Beklagten in Tat und Wahrheit von der Klägerin eine bestimmte Konstruktion nicht vorgeschrieben worden, sondern hat die Beklagte von sich aus eine Maschine mit einem bestimmten Druck offeriert und dabei zugleich eine Leistungsfähigkeit der Presse von 40 Platten normaler Ausführung in der Stunde garantiert, so lässt ihr Angebot keine andere Auslegung zu, als dass sie dafür einstehen wollte, dass die Maschine von 200 000 kg Druck die zugesicherte Leistung ergeben werde. Dieser Garantie gegenüber, die auch noch nach Bestellung der offerierten Maschine ausdrücklich bestätigt wurde, enthält die Druckangabe nur eine Beschreibung der Maschine und nicht eine die Garantie abändernde oder gar aufhebende vertragliche Einigung, so dass sich die Beklagte nicht auf den

Standpunkt stellen kann, sie sei dadurch, dass sie eine Maschine von 200 000 kg versprochen und auch tatsächlich geliefert habe, ihrer vertraglichen Verpflichtung nachgekommen. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn die Klägerin ohne weiteres erkannt hätte oder hätte erkennen müssen, dass dieser Druck für ihre Bedürfnisse nicht genüge, weil sie dann nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wären, die Beklagte auf ihr Versehen aufmerksam zu machen. Diese Voraussetzung trifft aber deshalb nicht zu, weil, wie bereits hervorgehoben worden ist, die Klägerin noch keine Erfahrungen in der Herstellung von Zementplatten mittelst Pressmaschine besass. Im Gegensatz zur Vorinstanz kann auch nicht gesagt werden, die Beklagte habe den erforderlichen Druck darum nicht kennen müssen, weil dieser von den Eigenschaften des zu pressenden Materials abhängt. Abgesehen davon, dass es angesichts der von der Beklagten übernommenen Garantie ihre Sache gewesen wäre, sich über diese für die Konstruktion der Maschine angeblich fundamentale Voraussetzung zu erkundigen, übersieht die Vorinstanz, dass sowohl dem Huenerhoff als auch der Beklagten (letzterer durch den Brief Rüttners vom 20. November 1913) die Zusammensetzung des zu verarbeitenden Materials genau angegeben worden war. Dass aber die Beklagte von den Druckverhältnissen deshalb keine Kenntnis haben können, weil der Druck nicht nur von den Eigenschaften, sondern auch von der der Beklagten gänzlich unbekannt gewesenen Mischung der zu verarbeitenden Materialien abhängt, kann nicht berücksichtigt werden, weil es sich dabei um eine zum erstenmal in der heutigen Verhandlung geltend gemachte neue und nicht bewiesene Behauptung handelt. Aus der Antwort, welche die Sachverständigen *sub* 5 auf die Expertenfrage der Beklagten gegeben haben, müsste übrigens eher auf das Gegenteil geschlossen und angenommen werden, dass der Druck von 200 000 kg überhaupt, bei Verwendung welcher

Mischung immer, zur garantiemässigen Herstellung der Zementplatten nicht genügt.

Da nun die Expertise feststellt, dass zur Herstellung eines brauchbaren Fabrikats eine Erhöhung des Drucks der Presse auf mindestens 600 000 kg Gesamtdruck nötig wäre, nach der eigenen Zugabe der Beklagten aber eine Druckerhöhung auf höchstens 300 000 kg möglich ist, steht fest, dass die Presse auch durch Abänderungen nicht in den vertragsmässigen Zustand gesetzt werden kann. Daraus folgt, dass die Klägerin die Presse zurückbieten kann und dass das auf Rücknahme der Maschine und Rückzahlung des Kaufpreises durch die Beklagte gerichtete erste Klagebegehren grundsätzlich gutzuheissen und die Widerklage abzuweisen ist. Hiegegen kann sich die Beklagte nicht auf die allgemeinen Lieferungsbedingungen des Vereins Schweiz. Maschinenindustrieller berufen. Einmal ist die in Betracht kommende Bestimmung des Art. 8 durch die im Lieferungsvertrag mit der Klägerin enthaltene Abmachung einer Konventionalstrafe von 100 Fr. für jede Woche verspäteter Ablieferung ausdrücklich abgeändert worden; sodann ist diese Bestimmung überhaupt nicht anwendbar, weil sie, wie aus ihrer Ueberschrift hervorgeht, nur die « Allgemeine Garantie » in Bezug auf Konstruktion oder Ausführung betrifft, während es sich bei der Zusicherung einer gewissen Leistungsfähigkeit der Presse (40 Platten in der Stunde) um eine besondere vertragliche Garantie handelt, für die der Lieferant unter allen Umständen zu haften hat.

3. — Mit den Rechtsbegehren 2 und 3 verlangt die Klägerin Ersatz des ihr infolge der nicht richtigen Erfüllung der Beklagten entstandenen Schadens sowie Bezahlung der vereinbarten Konventionalstrafe. Dass die Klägerin gestützt auf die allgemeinen Lieferungsbedingungen des Vereins Schweiz. Maschinenindustrieller zur Geltendmachung von Schadenersatz nicht berechtigt sei, trifft aus den oben angeführten Gründen nicht zu. Ebenso kann

nach der ganzen Sachlage das Verschulden der Beklagten an der nicht richtigen Erfüllung nicht bestritten werden, so dass das Begehren 2 grundsätzlich begründet ist. Da die Klägerin auf Grund besonderer vertraglicher Abmachung prinzipiell auch zur Geltendmachung der vereinbarten Konventionalstrafe berechtigt ist, kann daher nur fraglich sein, ob die Klägerin beide Ansprüche kumulativ oder aber nur alternativ geltend machen d. h. neben dem Ersatz des ihr durch das Verschulden der Beklagten entstandenen Schadens noch die Bezahlung der Konventionalstrafe verlangen könne, oder ob sie entweder nur den vollen, wenn auch den Betrag der Vertragsstrafe übersteigenden Schaden oder aber bloss die Konventionalstrafe zu fordern berechtigt sei. Dies kann jedoch dahin gestellt bleiben, da zur ziffermässigen Festsetzung des von der Klägerin behaupteten Schadens in den Akten jegliche Anhaltspunkte fehlen und die Sache aus diesem Grund gemäss Art. 82 Ziff. 2 OG zur Aktenverollständigung und neuen Entscheidung über die Begehren 2 und 3 an das kantonale Gericht zurückgewiesen werden muss.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 1916 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen.

100. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1915
i. S. Krankenkasse Biberist, Beklagte,
gegen Stampfli, Kläger.

Haftung einer als Genossenschaft konstituierten Krankenkasse für die Verbindlichkeiten einer von ihr unter besonderem Namen und nach Massgabe besonderer « Statuten » betriebenen, jedoch keine Rechtspersönlichkeit bezitzenden « Pensionskasse ».

A. — Die Arbeiter der Papierfabrik Biberist hatten seit Jahren eine Kranken-Unterstützungskasse. Am 16. Februar 1908 wurde den Statuten dieser Kasse ein « Nachtrag » beigefügt, dessen hier in Betracht kommende §§ 1 und 2 lauteten :

« § 1. Für ältere Arbeiter und Arbeiterinnen, welche 25 und mehr Jahre ununterbrochen in der Papierfabrik gearbeitet haben und die infolge Krankheit oder Invalidität nicht mehr fähig sind, ihre Arbeit zu verrichten, wird eine Alters- und Pensionskasse gegründet, deren rechtliche Verhältnisse durch nachstehende Bestimmungen geregelt werden. »

« § 2. Wer Anspruch auf Pension erheben will, hat von einem Vereinsarzt ein Zeugnis einzureichen, auf welches hin Vorstand und Direktion gemeinsam über die Pensionierung entscheiden. »

Am 14. Dezember 1913 konstituierte sich die Kasse als Genossenschaft unter dem Namen « Krankenkasse der Arbeiter und Arbeiterinnen der Papierfabrik Biberist ». Laut § 20 der von der Papierfabrik genehmigten Statuten gab die Fabrik der Kasse die Zusicherung, ihr « bis auf weiteres einen jährlichen Beitrag von 1000 Fr. zuzuwenden ». Nach § 52 bildeten « die angehängten Statuten der Alters- und Pensionskasse einen integrierenden Teil der Statuten der Genossenschaft ». Den Statuten der « Krankenkasse » waren in der Tat an Stelle des frühern « Nachtrags » besondere Statuten der Alters- und Pensionskasse