

der Bauten, um die es sich bei der einzutragenden Dienstbarkeit handelt; das Vorprojekt, dessen Höhe massgebend sein soll, ist nicht durch beidseitige Unterschrift oder sonstwie durch Aufnahme in den Vertrag zu einem Bestandteil der Beurkundung gemacht worden. Der Grundbuchführer müsste es daher ablehnen, einen Vertrag solchen Inhalts einzutragen und es kann deshalb auch der Richter einen solchen Eintrag nicht verfügen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage abgewiesen.

68. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1918
i. S. Goll & C^{ie} gegen Brühwiler und Leutenegger.

Art. 922 ff. 933 ZGB, 185 OR. Verkauf einer fremden, vom Verkäufer auf einem gemieteten offenen Platze gelagerten Sache auf eigenen Namen. Besitzübergang auf den Käufer? Wegnahme durch einen Dritten, dem sie in der Zwischenzeit vom Eigentümer selbst veräussert worden ist. Bestreitung der Pflicht zur Rückerstattung des Kaufpreises durch den verkaufenden Nichteigentümer, weil die Gefahr mit dem Kaufabschluss auf den Käufer übergegangen sei.

A. — Die Beklagte Firma Goll & C^{ie} hatte im Frühjahr 1916 von den Gebr. Minotti, Holzhändlern in Carasso-Bellinzona eine Partie Nussbaumholz (ungefähr 36 Tonnen) gekauft, nach Empfang aber wegen nicht vertragsgemässer Beschaffenheit den Verkäufern zur Verfügung gestellt. Diese anerkannten die Begründetheit der Beanstandung und ermächtigten die Käuferin mit Erklärung vom Mai 1916, die Ware für sie bestmöglich zu veräussern. Bis dahin lagerte die Beklagte das Holz auf einem den Erben Schumacher in Luzern gehörenden, mit Geleiseanschluss versehenen Platze, den sie hiez zu gemietet hatte. Da die Bundesbahnen Wagen nur auf Verlangen der Eigentümer des Anschlussgeleises stellen, war für den

Abtransport mit der Bahn deren Einwilligung, bezw. diejenige ihres Vertreters Architekt Schumacher notwendig. Am 2. August 1916 verkaufte Walter Gelpke als Bevollmächtigter der Beklagten und in deren Namen das Holz an die heutigen Kläger Brühwiler und Leutenegger um 13 Fr. 50 Cts. « per Quintale ». An den Kaufpreis wurden 500 Fr. sofort anbezahlt: der Rest sollte am 15. August 1916 fällig werden. Für den Fall, dass er bis dahin nicht beglichen werde, behielt sich, so heisst es im Vertrag, die Verkäuferin « das Eigentumsrecht » am Holze vor. Massgebend für die Abrechnung sollte das bei der Verladung sich ergebende bahnamtliche Gewicht sein. Am 1. September 1916 entrichteten die Kläger, von der Beklagten durch Schreiben vom 22. August 1916 unter Androhung des Vertragsrücktrittes in Verzug gesetzt, als ungefähren Rest der Kaufsumme an Gelpke 4500 Fr. Die rechtliche Natur dieser Leistung — ob eigentliche Kaufpreiszahlung oder blosser « Garantiesumme » (Depositum) — ist unter den Parteien streitig. Nachdem am 30. September 1916 eine erste Teilsendung an die Kläger abgerollt war, bemerkten diese anfangs Oktober bei einer Anwesenheit in Luzern, dass von dem noch verbleibenden Holze durch eine Drittperson auf einen Bahnwagen verladen werde. Sie stellten deshalb den Teilhaber der Beklagten Karl Goll zur Rede, wer das angeordnet habe. Goll erwiderte, er wisse es nicht und wolle sich erkundigen, ohne seine Erlaubnis dürfe niemand etwas vom Platze wegnehmen: er versprach durch seinen Anwalt dafür zu sorgen, dass der Wagen nicht anderswohin komme, die Kläger, so sagte er, hätten damit nichts zu tun. Am folgenden Tage teilte er ihnen dann aber mit, dass sein Anwalt den Abtransport nicht habe verhindern können. Auf die Frage, wie es sich unter diesen Umständen mit den bezahlten 5000 Fr. verhalte, soll er gesagt haben, die erhielten die Kläger natürlich zurück. Vor Gericht unter Eid darüber vernommen, erklärte er zunächst: « Nein, nicht in vorbehaltsloser Form. » Erst auf die Aufforde-

zung, sich bestimmt auszusprechen, antwortete er schlechthin mit « Nein ».

Am 7. Oktober 1916 schrieben darauf die Kläger der Beklagten, sie hätten alles auf dem Platze liegende Holz zu einem Einheitspreise gekauft und seien nicht gesonnen, eine Teillieferung anzunehmen, zumal dieselbe nur das minderwertige Dolderholz enthalte, während die hochwertigen Stämme in Luzern zurückgeblieben seien; nachdem die Beklagte ausser Stande sei den Rest zu liefern, stellten sie ihr deshalb den empfangenen Wagen zur Verfügung, gäben ihn aber erst heraus, wenn sie für den Schaden aus der Nichtlieferung, den sie auf 2160 Fr. bezifferten, gedeckt seien; ausserdem gewärtigten sie sofortige Rückgabe der 5000 Fr. Die Beklagte erwiderte zunächst am 10. Oktober 1916, dass ihr die Lieferung der beiden weiteren Wagen durch Umstände, wofür sie keine Verantwortung trage, unmöglich geworden sei, indem « ihr dieselben widerrechtlich und heimlich entzogen worden seien »: sie lehne deshalb die gestellte Schadenersatzforderung ab und proponiere den Klägern, den empfangenen Wagen unter angemessener Reduktion des Preises zu behalten, wogegen sie ihnen den Ueberschuss der Anzahlung über die entsprechende Summe selbstverständlich zurückvergüten würde, in der Meinung, dass damit der Vertrag aufgehoben und die Sache endgiltig erledigt wäre. Mit Schreiben vom 14. Oktober kam sie dann aber darauf zurück und lehnte alle und jede Ansprüche der Kläger mit der Begründung ab, dass im massgebenden Zeitpunkt bereits jene und nicht mehr sie Besitzer und Eigentümer des Holzes gewesen seien. Wenn ihnen davon etwas entwendet worden sei, hätten sie sich demnach dafür an die Urheber, Gebr. Minotti zu halten. Sie, die Beklagte treffe daran keine Schuld, da sie von den Genannten Verkaufsvollmacht gehabt und ihnen auch seiner Zeit von der geschehenen Veräusserung an die Kläger Mitteilung gemacht habe. Der Brief vom 10. Oktober sei als in diesem Sinne berichtet zu betrachten.

Bei den eingezogenen Erkundigungen hatte sich nämlich herausgestellt, dass Gebr. Minotti nach dem Vertrage zwischen den Klägern und der Beklagten das Holz durch Vermittlung eines gewissen Pellegrini direkt an Spenglermeister Schmid in Luzern verkauft hatten, der vom Vertreter der Erben Schumacher, Architekt Schumacher, den zur Abfuhr nötigen Schein zu Händen der Bundesbahnen erhalten und es seinerseits an seinen Käufer in Wasen (Bern) versandt hatte.

Im gegenwärtigen Prozesse verlangen deshalb die Kläger von der Beklagten Rückerstattung der am 2. August und 1. September 1916 bezahlten 500 Fr. und 4500 Fr. aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung, bezw. der Nichterfüllung des Kaufvertrages. Die Beklagte anerkennt hievon einen Betrag von 84 Fr. 05 Cts. entsprechend der Differenz zwischen dem effektiven Kaufpreis, berechnet auf Grund des Ankunfts gewichts in Luzern — auf das mangels Möglichkeit der Ermittlung des Verladegewichts dort abgestellt werden müsse, — und den empfangenen 5000 Fr. Im übrigen beantragt sie Abweisung der Klage, indem sie an der in ihrem Schreiben vom 14. Oktober 1916 vertretenen Auffassung festhält, wonach zur Zeit der Wegnahme des Holzes durch Schmid bezw. die Gebr. Minotti der Kaufvertrag mit den Klägern bereits durch Uebertragung des Besitzes erfüllt gewesen wäre. Auch wenn dies nicht der Fall wäre, könnte sie für den Verlust nicht verantwortlich gemacht werden, weil die Gefahr der Sache beim Kaufe gemäss Art. 185 OR mit dem Abschlusse und unabhängig vom Besitzstand an den Erwerber übergehe. Der behauptete Besitzwechsel soll sich dabei, abgesehen von anderen Gründen, namentlich auch daraus ergeben, dass die Kläger sich einverstanden erklärt hätten, wegen ihres Annahmeverzuges vom 15. August 1916 an die Platzmiete zu übernehmen, wodurch sie mit dem Besitze des Platzes selbst auch denjenigen am Holze erworben hätten.

B. — Durch Urteil vom 23. Mai 1918 hat das Ober-

gericht des Kantons Luzern II. Kammer die Klage im vollen Umfange gutgeheissen und die Kosten der Beklagten überbunden.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten, womit sie das Begehren auf Abweisung der Klageforderung, soweit sie die anerkannten 84 Fr. 05 Cts. übersteigt, erneuert. Die Kläger haben Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Entscheidend für das Schicksal der Klage ist, ob die Kläger am 3. Oktober 1916, als die Wegnahme des Restes des verkauften Holzes durch Spenglermeister Schmid erfolgte, bereits dessen Besitzer waren oder nicht. Wenn ja, so hätten sie, weil sie nach der Sachlage die Beklagte in gutem Glauben als zur Verfügung über den Kaufgegenstand berechtigt ansehen durften, mit der Uebertragung des Besitzes auch das Eigentum daran erworben, obwohl es der Veräussererin selbst nicht zustand (Art. 714, 933 ZGB). Die Folgen eines nachher eingetretenen Verlustes würden deshalb ausschliesslich sie treffen und vermöchten die Beklagte nicht zu berühren. Da sie mit der Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache ihre Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage erfüllt hätte, könnte sie auch die vereinbarte Gegenleistung, den Kaufpreis beanspruchen.

2. — Wird geprüft, ob eine solche Besitzübertragung wirklich stattgefunden habe, so ist dies mit der Vorinstanz zu verneinen. Nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien steht fest, dass die Beklagte das streitige Holz nicht etwa den Erben Schumacher — als Lagerhaltern — für sie zur Aufbewahrung übergeben, sondern umgekehrt von jenen deren Platz gemietet hatte, um es darauf selbst zu lagern. Als Mieterin des Platzes hatte aber auch sie und nur sie, nicht der Platzeigentümer den Besitz an den darauf verwahrten Sachen. Dass es für deren Abtransport mit der Bahn der Erlaubnis der Erben

Schumacher bedurfte, weil die Bahnverwaltung Aufträge zur Abfuhr nur von den Eigentümern des Verbindungsgeleises entgegennimmt, ist unerheblich, weil dadurch noch keine Verfügungsmacht dieser über die Objekte selbst begründet wurde, wie sie eine solche denn auch tatsächlich nie beansprucht haben. Da eine Besitzesübertragung durch Anweisung im Sinne von Art. 924 ZGB unter diesen Umständen ausgeschlossen war, weil es dafür an der notwendigen Voraussetzung, nämlich einem Besitzverhältnis auf Seite der Angewiesenen, der Erben Schumacher fehlte, eine eigentliche körperliche Uebergabe nicht behauptet ist und auch ein Besitzwechsel durch Konstitut, d. h. eine Vereinbarung, wonach die Sache auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses einstweilen noch in der Verfügung der Beklagten geblieben wäre, nicht in Betracht fällt, kann es sich demnach nur fragen, ob nicht, wie die Beklagte behauptet, der Besitzübergang sich dadurch vollzogen habe, dass mit Wirkung vom 15. August 1916, d. h. vom vertraglichen Termin für die Abnahme der Ware an, die Kläger die Miete des Platzes übernahmen. Der Beweis dafür, dass ein derartiger Eintritt der Kläger in den Mietvertrag stattgefunden habe, hätte der Beklagten obgelegen. Er hat indessen nicht erbracht werden können. Aus dem Zeugnis des Architekten Schumacher ergibt sich allerdings, dass die Beklagte ihn — wann steht nicht genau fest — von der Veräusserung des Holzes an die Kläger mit dem Bemerkten unterrichtete, dass künftig sie für die Miete aufzukommen hätten. Irgendwelche Aussagen oder Handlungen der Kläger, wodurch sie auch ihrerseits den Willen kundgegeben hätten, von nun an die Pflichten des Mieters gegenüber den Erben Schumacher zu übernehmen, sind nicht nachgewiesen. Der Annahmeverzug, in dem sie sich seit 16. August 1916 befanden, konnte sie höchstens verpflichten, der Beklagten die Kosten der weiteren Lagerung bis zur effektiven Abnahme zu ersetzen, keineswegs aber einen Uebergang des Mietverhältnisses mit den

Eigentümern des Lagerplatzes selbst auf sie bewirken. Es könnte deshalb auch einer allfälligen Zusicherung ihrerseits, der Beklagten für die Platzmiete aufzukommen, nur die Bedeutung der Anerkennung jener Verzugsfolge und nicht der von der Beklagten geltend gemachte Sinn beigelegt werden. Dass sie aber je etwas darüber Hinausgehendes erklärt hätten, vermochte die Beklagte selbst nicht zu behaupten, geschweige denn darzutun. Unbestrittenemassen haben denn auch die Erben Schumacher, trotz der Anzeige der Beklagten, in der Folge ihr für die Platzmiete Rechnung gestellt und damit zu erkennen gegeben, dass sie nach wie vor sie und nicht die Kläger als Gegenkontrahenten betrachteten.

An dieser Rechtslage würde auch dann nichts geändert, wenn man annähme, die Verhältnisse der Lagerung seien so gewesen, dass es für die Erlangung der Verfügung über die Sache eines besonderen Uebertragungsaktes überhaupt nicht bedurft hätte, weil auch ohne solchen dem Zugriff der Kläger auf jene kein Hindernis entgegengestanden hätte. Auch in diesem Falle, d. h. bei der Voraussetzung, dass es sich um sogenannte « frei lagernde » Sachen im Sinne von Art. 722 Abs. 2 ZGB gehandelt habe, könnte die blosse Möglichkeit des Zugriffs — die sogenannte Besitzlage — allein zum Besitzübergang nicht ausreichen, sondern wäre hiezu ausserdem eine darauf gerichtete Willenseinigung der Parteien, eine Erklärung der Beklagten, wodurch sie den Willen zur Preisgabe der Verfügung zu Gunsten der Kläger geäussert hätte, nötig. Und zwar müsste diese Erklärung den Klägern gegenüber abgegeben worden sein: Aeusserungen gegenüber Dritten, wie den Erben Schumacher, können dabei nicht in Betracht fallen. An diesem Erfordernis fehlt es aber wiederum. Dass die Beklagte sich in dieser Beziehung nicht auf die Bestimmung des Vertrages berufen kann, wonach die Bezahlung und Abnahme des Holzes bis zum 15. August 1916 erfolgen sollte, d. h. darin nicht etwa zugleich eine Einigung über den Besitzübergang lag, zeigt

schon ihr eigenes Schreiben vom 22. August 1916, womit sie den Klägern androhte, bei weiterer Säumnis in der Entrichtung des Kaufpreises anderweitig über die Ware zu verfügen. Und der Annahme, dass eine derartige Einigung später, nach der Bezahlung der Kaufsumme stattgefunden habe, insbesondere dem Versuche, aus der Zustimmung der Beklagten zur Abfuhr der Teillieferung vom 30. September eine konkludente Aeusserung des Besitzaufgabewillens auch für den Rest der Ware herzuleiten, steht zwingend die Art entgegen, in der die Parteien auf die Verladung desselben durch einen Dritten, Schmid, reagierten. Nicht nur haben die Kläger es damals als selbstverständlich erachtet, dass sie, um die Wegnahme zu verhindern, sich an die Beklagte wenden müssten, woraus hervorgeht, dass sie immer noch diese und nicht sich selbst als Besitzer ansahen. Auch das Verhalten der Beklagten, bezw. ihres Teilhabers Karl Goll ist nur unter der Voraussetzung verständlich, dass sie diese Auffassung teilte. Wäre die Beklagte schon damals der Ansicht gewesen, dass das weitere Schicksal der Ware sie nicht mehr berühre, weil sie ihre Verpflichtungen aus dem Kaufe bereits durch Uebergabe derselben erfüllt habe, so hätte sie keine Veranlassung gehabt, irgendwelche Schritte zur Verhinderung des Abtransportes zu tun, sondern hätte die Kläger darauf verwiesen, selbst das Nötige vorzunehmen. Dass sie jene Schritte nicht etwa nur aus Gefälligkeit, als Geschäftsführerin der Kläger, sondern in eigenem Interesse, zur Wahrung ihrer Rechte an der Sache unternahm, ergibt sich zwingend aus der Aeusserung des Karl Goll, ohne seine Einwilligung dürfe niemand einen Wagen auf den Platz hinstellen, in Verbindung mit der späteren Aeusserung im Briefe vom 10. Oktober 1916, das Holz sei « ihr » — also nicht etwa den Klägern — « widerrechtlich und heimlich » entwendet worden. Wenn die Beklagte später, als ihr die rechtlichen Konsequenzen dieses Zugeständnisses bewusst wurden, einen anderen Standpunkt vertrat, so können dadurch die Erklärungen,

die sie vorher unbeeinflusst von solchen Erwägungen abgegeben hatte, nicht alteriert werden. Aus dem gleichen Grunde kann auf die allfälligen Bemerkungen des früheren Anwaltes der Kläger, Rebsamen bei seiner Anwesenheit in Luzern nichts ankommen, weil sie mit der Haltung, die die Kläger selbst von Anfang eingenommen, im Widerspruch stünden und nicht feststeht, wie weit er überhaupt in der Sache orientiert war.

Hatte die Beklagte den Klägern den Kaufgegenstand noch nicht übergeben und ist sie ferner, wie sie eventuell nicht bestreitet, in der Unmöglichkeit, ihn noch zu liefern, so folgt daraus aber ohne weiteres auch ihre Pflicht zur Rückerstattung der ohne Grund empfangenen Gegenleistung, des Kaufpreises und ist deshalb die Klage mit der Vorinstanz gutzuheissen.

3. — Zu Unrecht glaubt die Beklagte dieser Folge mit dem Hinweise darauf begegnen zu können, dass nach Art. 185 OR die Gefahr der Sache mit dem Kaufabschlusse und unabhängig von der Tradition auf den Klägern geruht habe. Der in der angeführten Gesetzesbestimmung übernommene gemeinrechtliche Grundsatz « *periculum est emptoris* » bezieht sich nur auf den zufälligen Untergang oder Verlust der Sache in der Zeit zwischen dem Abschlusse und dem Vollzuge des Kaufes, nicht auf einen Verlust, der auf ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers, d. h. auf von ihm zu vertretende Umstände zurückzuführen ist. Hier hat man es aber mit einem Falle der letzteren Art zu tun. Denn der Grund des Entzuges des Kaufobjektes liegt nicht etwa, wie die Beklagte behaupten will, in einem von einem Dritten verübten « Diebstahl », sondern darin, dass sie in ihrer Stellung als blosser unselbständige Besitzerin des Holzes mit ihrem Besitzrechtsanspruch gegenüber einem dritten Besitzer, der seine Stellung als solcher aus einem mit dem Eigentümer selbst abgeschlossenen Veräusserungsgeschäft herleitete, nicht durchzudringen vermochte. Wer eine fremde Sache in eigenem Namen verkauft, kann sich aber nicht auf

Art. 185 OR berufen, wenn er sie nachträglich infolge einer anderweitigen Verfügung des Eigentümers nicht zu liefern vermag, sondern hat die Unmöglichkeit der Erfüllung, in der er sich befindet, ausschliesslich seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Dass der Verlust nicht eingetreten wäre, wenn die Kläger die Ware rechtzeitig abgenommen hätten, vermag daran nichts zu ändern, weil der Annahmeverzug des Käufers den Verkäufer nicht von der Verpflichtung entbindet, jenem das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern I. Kammer vom 23. Mai 1918 bestätigt.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

69. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. September 1918

i. S. Strohhandelsgesellschaft, Klägerin
gegen Hollstein, Beklagte.

Schuldnerverzug zufolge Nichtleistung eines Akkreditivs. — Art. 214, Abs. 2 OR. Sofortige Rücktrittserklärung: wenn sie nach der ersten Mahnung zur Erfüllung versäumt wurde, kann der Verkäufer neuerdings mahnen und dann die Erklärung abgeben. Betreibung « auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung » ist Rücktrittserklärung.

A. — Die Klägerin, die Strohhandelsgesellschaft in Bern, hatte an die Beklagtschaft, das Delikatessenhaus Hollstein in Weissenfels an der Saale, 5 Wagen Orangen in Körben und 3 Wagen in Kisten verpackt verkauft. Bezüglich dieser Kistenorangen kam das Geschäft nicht