

qu'on peut imputer le dommage subi par le demandeur. La voie ferrée n'eût-elle pas existé, que l'accident se serait quand même produit.

4. — (Frais).

Le Tribunal fédéral prononce :

Le déclinatoire soulevé par les défendeurs ainsi que les conclusions formulées par le demandeur sont rejetés comme mal fondés.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

45. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Juli 1920 i. S. Löwy gegen Heberlein & C^{ie}.

OR Art. 175 : Schuld- oder Zahlungsübernahme. — Interne Schuldübernahme. — Uebernahme der Verpflichtung, für einen andern die Rechnung eines Dritten zu zahlen. — OR Art. 172 : Zession eines Anspruchs. Dadurch Tilgung einer Forderung des Zessionars? Massgebend die *causa cessionis*.

A. — Die Firma Rau & C^{ie}, in St. Gallen, verkaufte dem Beklagten Löwy, in Wien, im Mai 1919 einen Posten Voile, nach der Auftragsbestätigung lieferbar : « Sofort an hiesige Druckereien. ...Die Druckfakturen werden von Rau & C^{ie} im Sinne eines Darlehens an Sam. Löwy verauslagt. » Am 21. Mai 1919 übergaben Rau & C^{ie} die Bedruckung im Auftrag und für Rechnung der Beklagten der Klägerin, der Firma Heberlein & C^{ie}, und verlangten in der Folge Zustellung der Druckfaktur. Am 11. Juli sandte die Klägerin an Rau & C^{ie} eine Abschrift der Faktur, das Original hatte sie dem Beklagten zugestellt.

Darauf teilten Rau & C^{ie} der Klägerin mit, sie haben Auftrag, die Faktur zu zahlen. Im gleichen Sinne schrieb der Beklagte : Die Klägerin solle die Rechnung bei Rau & C^{ie} präsentieren « da Ihnen bekannt ist, dass ich vereinbart habe in diesem Sinne ». Rau & C^{ie} zahlten jedoch nicht, sondern wiesen die Klägerin an den Beklagten, der aber mit Schreiben vom 28. Oktober seinerseits erklärte : der Druckerlohn werde wie abgemacht von der Firma Rau & C^{ie} bezahlt, die Klägerin habe sich daher an jene zu halten, er habe Rau & C^{ie} die Voile nur abgenommen unter der Bedingung, dass sie für ihn die Druckerkosten auslegen, was der Klägerin ja von Rau & C^{ie} mitgeteilt worden sei. Am 5. November übermittelte die Klägerin der Firma Rau eine Abschrift dieses Briefes des Beklagten mit dem Bemerkten, sie müsse sich unter diesen Umständen selbstverständlich an die getroffene Abmachung halten und von ihr, der Firma Rau & C^{ie}, Zahlung verlangen. Rau & C^{ie} lehnten jedoch neuerdings die Zahlung ab. Sie bestritten die Zahlungspflicht übernommen zu haben. Wenn sie dem Beklagten zugesichert haben, ihm unter gewissen Bedingungen ein Darlehen in Schweizerfranken zu gewähren, so berühre das nur ihr Verhältnis zum Beklagten, übrigens habe dieser die ihm gestellten Bedingungen nicht erfüllt. Diesen Standpunkt hielt die Firma auch dann fest, als die Klägerin ihr mitteilte, der Beklagte habe ihr eine Kopie der ihm von ihnen, Rau & C^{ie}, ausgestellten Auftragsbestätigung und einen Rechnungsauszug zugestellt aus welchen beiden Dokumenten hervorgehe, dass die Druckfaktura im Sinne eines Darlehens von Rau & C^{ie} für den Beklagten zu bezahlen sei, und dass Rau & C^{ie} auch den Beklagten für den Betrag belastet haben. Am 3. Januar 1920 erwirkte die Klägerin gegen den Beklagten einen Arrest. Am 5. Januar erhielt der Anwalt der Klägerin vom Beklagten eine Abtretungsurkunde, laut der der letztere ihr seine Ansprüche gegen Rau & C^{ie} zederte. Dieses

Dokument ist vom Anwalt der Klägerin nicht zurückgewiesen worden.

B. — Mit ihrer Klage fordert die Klägerin die mit 10,509 Fr. 85 Cts. berechneten Druckkosten nebst Zins seit 13. August 1919.

Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und behauptet, Rau & C^{ie} haben seine Schuld übernommen, und die Klägerin, der dies mitgeteilt worden sei, habe dieser Uebernahme zugestimmt. Ferner liege darin, dass der Vertreter der Klägerin die Zession vom 5. Januar entgegengenommen habe, ein Verzicht, die streitige Forderung gegen ihn, den Beklagten, geltend zu machen bevor sich die Klägerin an Rau & C^{ie} gehalten habe. Ganz eventuell handle es sich um einen Vertrag zu seinen Gunsten, im Sinne von Art. 112 OR, dem die Klägerin beigetreten sei. Auch von diesem Gesichtspunkte aus müsse sie sich mit ihrer Forderung zuerst an Rau & C^{ie} wenden.

C. — Das Handelsgericht hat die Einwendungen des Beklagten als unstichhaltig erklärt und die Klage zugesprochen. Es nimmt an, Rau & C^{ie} haben lediglich als Vertreter des Beklagten mit der Klägerin kontrahiert. Die Erklärung in der Auftragsbestätigung « die Druckfakturen werden von Rau & C^{ie}... verauslagt » könne höchstens als interne Schuldübernahme betrachtet werden. Nachträglich habe dann allerdings die Klägerin in der Korrespondenz ihre Bereitwilligkeit erklärt, die Firma Rau & C^{ie} als Schuldnerin anzunehmen, hierauf aber sei die genannte Firma nicht eingetreten. Für einen Vertrag zu Gunsten Dritter sodann liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Annahme der Zession der Ansprüche des Beklagten endlich vermöge an dem Recht der Klägerin, sich gegen den Beklagten zu wenden, deswegen nichts zu ändern, weil offenbar diese Zession nicht zahlungshalber erfolgt sei.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag

auf Abweisung der Klage. Die Klägerin hat auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Vereinbarung zwischen Rau & C^{ie} und dem Beklagten, wie sie aus der Auftragsbestätigung vom 21. Mai 1919 hervorgeht, enthält schon ihrem Wortlaute nach nicht eine Uebernahme der Schuld des Beklagten, sondern nur das Versprechen der Firma Rau & C^{ie}, den Gläubiger des Beklagten zu bezahlen. Aber nicht nur der Wortlaut, sondern auch die besonderen Umstände des Falles weisen darauf hin, dass hier nicht eine Schuldübernahme, sondern nur eine Uebernahme der Zahlung in Betracht kommt, die dem Gläubiger keinerlei Rechte gegen den Dritten einräumt (vgl. BGB § 329). Die Uebernahme der Schuld hätte für die Parteien jener Vereinbarung nur einen vernünftigen Sinn gehabt, wenn es sich um ein auf die Dauer errichtetes Schuldverhältnis gehandelt hätte. Hier aber stand in Frage eine Verpflichtung, die sofort mit der Entstehung, d. h. mit der Erstellung des Werkes, zur Zahlung fällig werden sollte. Unter solchen Umständen genügte es vollkommen, wenn Rau & C^{ie} die Zahlung der Schuld versprochen, und es bestand keine Veranlassung, vorerst noch einen Wechsel in der Person des Schuldners eintreten zu lassen. Uebrigens hat die Vorinstanz mit Recht darauf hingewiesen, dass Rau & C^{ie} in der Korrespondenz mit der Klägerin sorgfältig darauf bedacht waren, als Vertreter des Beklagten und nicht als Selbstkontrahenten aufzutreten. Sie haben also offenbar nicht beabsichtigt, sich der Klägerin gegenüber selber zu verpflichten.

Aber auch wenn man weitergehend eine Schuldübernahme in Betracht ziehen wollte, könnte es sich doch unzweifelhaft nur um eine interne Uebernahme handeln, die die Klägerin nicht zur Klage gegen den Uebernehmer legitimieren würde. Eine externe Uebernahme mit

Eintritt des Uebernehmers in das Schuldverhältnis setzt voraus einen Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer (Art. 176 OR). Im vorliegenden Falle aber wusste die Klägerin anfänglich von einer Schuldübernahme durch Rau & C^{ie} gar nichts. Aus der Aufforderung der Firma Rau & C^{ie}, die Druckfaktura an sie zu senden und aus der Mitteilung des Beklagten, Rau & C^{ie} seien beauftragt die Druckkosten zu zahlen, konnte sie auf eine solche Uebernahme nicht schliessen. Es ergab sich daraus lediglich, dass der Beklagte einen Dritten angewiesen hatte, die Rechnung für ihn zu bezahlen. Erst unterm 28. Oktober erfuhr die Klägerin vom Beklagten, was für eine Abmachung zwischen ihm und Rau & C^{ie} getroffen worden war, und noch später erst erhielt sie genaue Kenntnis von dem Inhalt dieser Abmachung. Nun könnte man allerdings in diesen letztern Mitteilungen des Beklagten an die Klägerin eine Kundgabe des Uebernahmewillens sehen, wie sie der Schuldner nach Art. 176 Abs. 2 OR vornehmen darf. Allein Art. 176 Abs. 2 setzt voraus, dass der Schuldner vom Uebernehmer zu diesem Vorgehen ermächtigt ist, und zwar ermächtigt im Zeitpunkt, in dem er dem Gläubiger die Mitteilung macht. Nach der Konstruktion, die das OR für die externe Schuldübernahme gewählt hat, ist der Schuldner im Falle des Art. 176 Abs. 2 nur der Bote, der dem Gläubiger den Antrag des Uebernehmers, die Schuld übernehmen zu wollen, überbringt. Dementsprechend kann der Drittübernehmer jederzeit den dem Boten erteilten Auftrag widerrufen und somit durch einseitigen Akt die Umwandlung der internen Schuldübernahme in eine externe verhindern. — Am 28. Oktober, als die Klägerin zum erstenmal von der Vereinbarung zwischen dem Beklagten und Rau & C^{ie} erfuhr, war aber der Schuldner zweifellos nicht berechtigt, der Klägerin einen Uebernahmeantrag von Rau & C^{ie} zu übermitteln. Rau & C^{ie} hatten damals dem Gläubiger wie dem Schuldner bereits erklärt, sie lehnen jede

Zahlungspflicht ab. Wenn also je eine Ermächtigung im Sinne von Abs. 2 des Art. 176 erfolgt sein sollte, so war sie doch unbestreitbar im massgebenden Zeitpunkt widerrufen. Dementsprechend ist es bedeutungslos, dass auf die Mitteilungen des Schuldners hin, die Gläubigerin wiederholt erklärte, sie wolle sich für die Zahlung an Rau & C^{ie} halten. Es lag kein Antrag des Uebernehmers mehr vor, den sie hätten annehmen können.

2. — Mit der Vorinstanz und aus den von ihr angeführten Gründen ist sodann der Einwand zurückzuweisen, die Klägerin könne sich nicht an den Beklagten halten, weil die zwischen ihm und Rau & C^{ie} getroffene Abmachung sich als ein Vertrag zu seinen Gunsten darstelle, dem die Klägerin beigetreten sei.

3. — Endlich steht auch die am 5. Januar 1920 erfolgte Zession der Belangung des Beklagten nicht im Wege. Allerdings muss in dem Stillschweigen des Klägers auf die Zustellung der Abtretungsurkunde eine Annahme der Abtretung gesehen werden. Massgebend aber für die Wirkung einer Zession auf die Ansprüche, die dem Zessionar seinerseits gegen den Zedenten zustehen, ist die *causa cessionis*; und wenn der Zedent behauptet, es sei mit der Zession die Tilgung oder Modifizierung eines Anspruches des Zessionars bezweckt worden, so muss er hiefür Beweis leisten. Das hat der Beklagte unterlassen. Er hat es bei der blossen Behauptung bewenden lassen, die Abtretung sei zahlungshalber erfolgt, die Klägerin dürfe sich daher erst wieder an ihn halten, wenn feststehe, dass sie vom Zessus nichts erhalten könne (OR Art. 172). Irgend ein Beweis dagegen ist für diese Parteimeinung nicht erbracht und die Umstände des Falles sprechen durchaus gegen die Auffassung des Beklagten. Die Klägerin wusste, als sie die Zessionsurkunde erhielt, dass der Zessus die Zahlung verweigern werde. Andererseits hatte sie kurz vorher gegen ihren Schuldner einen Arrest erwirkt. Dass

sie nun unter diesen Umständen es auf sich habe nehmen wollen, ihren Anspruch zunächst gegen Rau & C^{ie} geltend zu machen, d. h. gegen Rau & C^{ie} zu prozessieren, statt sich zunächst an den Beklagten zu halten und den Arrest zu prosequieren, ist ohne weiteres ausgeschlossen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. März 1920 bestätigt.

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juli 1920
i. S. Hauri und Mitbeklagte gegen Bockhorn.

Werkvertrag : Für Rücktritt nach Art. 366 OR gelten allgemeine Bestimmungen von Art. 107 bis 109 OR (Fristansetzung). — Schuldner hat sich auf Unangemessenheit der Nachfrist zu berufen und innert angesetzter Frist nach Möglichkeit zu erfüllen. — Rücktrittserklärung schon bei Fristansetzung zulässig und genügend.

A. — Die Beklagten sind Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 4655, einer ehemaligen Kiesgrube im obern Hard in Zürich. Unterm 7. u. 8. Oktober 1910 haben sie einen Vertrag mit dem Beklagten Bockhorn abgeschlossen, nach welchem sich der Beklagte zur Ausfüllung der Kiesgrube verpflichtet hat. Die Ausfüllung hatte in der Weise zu geschehen, dass vom Kiesgrubenweg aus, der gegen die Badenerstrasse führt, Schutt abgeladen werden soll. Der Beklagte war verpflichtet, « von der Seite des Kiesgrubenweges aus auf der ganzen Länge der auszufüllenden Grube das Terrain jedes Jahr in der Höhe des Weges zum mindesten 5 m vorzurücken, d. h. die Grube auf der Höhe des Weges je 5 m in der Rich-

tung gegen seine eigene Grube auszufüllen », bis die ganze Liegenschaft ausgeebnet sein würde. Hierfür und für den Unterhalt des Grubenweges hatten die Beklagten dem Kläger eine jährliche Entschädigung von 600 Fr., zahlbar je am Ende eines Jahres, zu entrichten. Der Vertrag begann am 1. Januar 1911 und sollte bis zur vollständigen Ausfüllung der Kiesgrube dauern.

Am 31. Januar 1918 stellte der Kläger den Beklagten Rechnung über seine Landausfüllung im Jahre 1917. Mit Brief vom 12. Februar 1918 lehnten die Beklagten die Bezahlung dieser Rechnung mit der Begründung ab, der Kläger sei seiner vertraglichen Verpflichtung, die Ausfüllung um wenigstens 5 m vorzurücken, nicht nachgekommen. Wenn eine Ausfüllung vorgenommen worden sei, so sei es in geringer, kaum merklicher Weise geschehen ; es werde ihm daher eine Frist bis zum 12. März 1918 angesetzt, um die Ausfüllung in vertragsgemässer Weise nachzuholen, widrigenfalls die Beklagten gezwungen sein würden, vom Verträge zurückzutreten. Mit Schreiben vom 14. Februar 1918 wies der Kläger diese Aussetzungen als unbegründet zurück. Bis dahin habe er vertragsgemäss ausgefüllt ; infolge des Krieges sei aber nicht wie in normalen Zeiten gebaut worden ; trotzdem seien im Jahre 1917 über 1000 Bennen Schutt abgeladen worden, und es werde die Zeit wieder kommen, wo der doppelte Flächeninhalt ausgefüllt werde ; die Fristansetzung werde nicht angenommen. Die Beklagten bestritten mit Brief vom 16. Februar 1918, dass der Kläger seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt habe und hielten an der Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung unter Androhung des Rücktrittes fest. Sodann behaupteten sie, der Kläger habe gemäss Vereinbarung nicht etwa Bauschutt, sondern gute Erde in die Grube zu führen. Es verstehe sich von selbst, dass der Preis von 600 Fr. nicht nur für Schuttablagerung vereinbart worden sei. Der Kläger verwahrte sich am 18. Februar gegen diese Auslegung, und am 4. April 1918