

Baugrundstück in erkennbarer Weise zum Nachteil der Bauhandwerker überlastet hat, ist es bedeutungslos, wenn den Bauhandwerkern, wie die Beklagte weiter einwendet, bekannt gewesen sein sollte, dass die Banken nie bis zur vollen Höhe der Bausumme Vorschüsse gewähren, und dass aus den hier bewilligten 70 % auch die Sachlieferungen zu decken waren, weil sonst überhaupt nicht hätte gebaut werden können. Selbst wenn dies die Bauhandwerker gewusst haben und bei der Übernahme der Arbeit der Meinung gewesen sein sollten, dass die Sachlieferungen ihren eigenen Bauforderungen vorgehen, wäre dies rechtlich ohne Bedeutung. Denn es läge hierin ein teilweiser Verzicht auf ihr Vorrecht, der nach Art. 837 Abs. 2 ZGB unverbindlich wäre. Darum ist es auch unerheblich, ob die Holzlieferungen der Gebrüder Kästli überhaupt nur gegen Barzahlungen zu erlangen waren und die Bauhandwerker dies wussten oder nicht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Hauptberufung und Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 12. Mai 1927 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT
DROIT DES OBLIGATIONS

81. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. November 1927
i. S. Diener gegen Müller-Kiefer.

K a u f. Anfechtung durch den Käufer wegen Übervorteilung (Art. 21 OR) und absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR). Keine Rechtskraft des Urteils im Aberkennungsprozess über eine Teilforderung für die Hauptfrage der Verbindlichkeit des Vertrages.

A. — Die Beklagte, Witwe A. Müller-Kiefer, suchte nach dem Tode ihres Mannes die Buchhandlung, die er in Luzern geführt hatte, zu verkaufen. Als Kauflihaber trat u. a. der Kläger Diener, damals Sprachlehrer an der Handelsschule St. Gallen, auf. Aus einem von der Tochter der Beklagten am 20. April 1920 an den Kläger gerichteten Briefe ist folgendes hervorzuheben: «..... Ich bin gerne bereit, Ihnen einige Angaben über unser Geschäft zu machen. Den Gesamtkaufpreis haben wir auf ca. 105,000 Fr. angesetzt. Wir kamen auf genannte Summe, indem wir den Lagerbestand des Detailgeschäftes auf 60,000 Fr. schätzten und das Bilderbücherlager auf 45,000 Fr. Seit einem Jahr hatte mein Vater anschliessend an das Detailgeschäft ein Bilderbüchergeschäft, wovon ein ganz bedeutendes Lager vorhanden ist von nur prima Waren, die von einem Provisionsreisenden en gros verkauft werden. Für dieses Geschäft haben wir in der ganzen Schweiz Kundenschaft..... Der Jahresumsatz des Detailgeschäftes pro 1919 war ca. 72,000 Fr., Nettogewinn ca. 24,000 Fr. Die Ladenmiete ist jährlich 6500 Fr. und für das en gros-Lager 500 Fr. Im Bilderbüchergeschäft wurden in zwei Monaten für 24,000 Fr. verkauft, hievon ist der Gewinn ganz bedeutend.»

Am 28. April 1920 wurde der Kaufvertrag schriftlich abgefasst. Dabei wurde der Kaufpreis auf 95,000 Fr. festgesetzt, bei Annahme eines Inventarwertes von 87,000 Fr., und mit der Klausel, dass wenn die Inventur einen geringeren Betrag ergeben sollte, die Differenz von der Kaufsumme in Abrechnung käme. Bei der Inventur sollte in der Weise vorgegangen werden, dass auf Papiereartikel und Bücher schweizerischer Provenienz je 40 %, auf Bücher deutscher Verleger 90 %, auf Bücher der andern ausländischen Verleger 40 % abgezogen werden. Der Kaufpreis war wie folgt zahlbar : 35,000 Fr. bei der auf den 15. Mai 1920 angesetzten Geschäftsübernahme, weitere 20,000 Fr. am 1. Juli 1920, unter der Voraussetzung, dass bis dahin eine ungefähre den gleichen Betrag erreichende Schuld der Firma Globus-A.-G. Zürich beglichen werde, der Rest in jährlichen Abzahlungen von 5000 Fr., nebst 5 % Zins. Die A.-G. Globus zahlte indessen das von der Beklagten eingesetzte Guthaben von 25,110 Fr. 60 Cts. nicht, sondern teilte dem Kläger mit, dass für 9964 Fr. 60 Cts. mehr Bücher geschickt worden seien, als sie bestellt habe. Der Kläger nahm die Mehrlieferung zurück, worauf die Globus-A.-G. dann in verschiedenen Raten die Rechnung mit 16,143 Fr. 66 Cts. bezahlte. Mit Rücksicht hierauf setzten die Parteien am 10. Juli 1920 den Kaufpreis um 5000 Fr., sowie im Hinblick auf einen Passivenüberschuss um weitere 5000 Fr., d. h. auf 85,000 Fr. herab, wobei der Lagerbestand mit 77,000 Fr. und das Mobiliar mit 8000 Fr. veranschlagt war.....

Vom Frühjahr 1921 an machte der Kläger hinsichtlich der Vertragserfüllung Schwierigkeiten. Am 15. März schrieb er der Beklagten, er könne sich, so wie die Dinge heute liegen, nicht mehr an die Bestimmungen des Vertrages für gebunden erachten, habe sich doch so manches als wesentlich anders herausgestellt, als die Beklagte ihm seinerzeit gesagt habe. Dazu komme der beispiellos schlechte Geschäftsgang.....

Im gleichen Sinne äusserte sich der Kläger in seiner einlässlichen Zuschrift vom 6. April 1921 : der Vertrag sei auf Grund unrichtiger Angaben abgeschlossen worden, er halte sich an denselben nicht mehr für gebunden ; eine Umgestaltung des Vertrages sei unerlässlich, er behalte sich vor, ihn vollständig zu annullieren.

Am 11. Mai endlich eröffnete der Kläger der Beklagten « in Bestätigung und Ergänzung seiner Schreiben vom 15. März und 6. April », dass er den Vertrag als gelöst betrachte, nachdem sich herausstelle, dass die gesamten Angaben der Beklagten, die ihn zum Ankauf des Geschäftes veranlassten, vollinhaltlich unwahr seien.....

Demzufolge verweigerte der Kläger die Bezahlung des auf den 15. Mai 1921 fälligen Kapitalbetrages von 5000 Fr., sowie des Zinses von 875 Fr. Für diese beiden Beträge nebst Zins zu 5 % seit 15. Mai 1921 leitete die Beklagte Betreibung ein ; der Kläger schlug Recht vor, worauf der Beklagten durch Entscheid des Vizepräsidenten des Amtsgerichtes Luzern-Stadt vom 18. Juni 1921 Rechtsöffnung erteilt wurde.

Der Kläger forderte die Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung, wobei er in erster Linie die Einrede der absichtlichen Täuschung durch die Beklagte erhob.

Während die kantonalen Instanzen zur Gutheissung der Klage gelangt waren, wies das Bundesgericht sie auf Berufung der Beklagten hin unterm 13. März 1923 als unbegründet ab.

B. — Hierauf focht der Kläger den Kaufvertrag vom 28. April 1920 als solchen an, indem er neuerdings beim Amtsgericht Luzern-Stadt Klage erhob mit den Rechtsbegehren :

I. Der Kaufvertrag vom 28. April 1920 sei als für den Kläger unverbindlich zu erklären und aufzuheben, eventuell sei er wegen unrichtiger Zusicherungen und Lieferung mangelhafter, den gemachten Zusicherungen nicht entsprechender Ware gemäss Art. 205 OR in allen

Teilen rückgängig zu machen, subeventuell sei er als durch Rücktritt des Klägers vom Vertrage gemäss Art. 109 OR dahingefallen zu erklären und habe daher die Beklagte dem Kläger zurückzuvorgüten :

1. Die bisher geleisteten Kaufzahlungen von 56,750 Fr., nebst Zins.

2. 9000 Fr. für nachträglich den Lieferanten bezahlte Waren nebst Zins.

3. Eine Schadenersatzsumme von 20,000 Fr. nebst Zins.

II. Eventuell :

1. Der vertragliche Kaufpreis von 85,000 Fr. sei im Sinne des Art. 205 OR wegen Minderwertes des Papiert- und Bücherlagers sowie des Mobiliars um 24,000 Fr. herabzusetzen.

2. Die Beklagte habe das Bilderbücherlager zum Übernahmepreis von 26,709 Fr. 18 Cts. zurückzunehmen und den Betrag von 26,709 Fr. 18 Cts. dem Kläger zurückzuerstatten.

3. Die Beklagte habe anzuerkennen, dass der Kläger ihr aus dem Kaufvertrag nichts mehr schuldig sei und dass sie vielmehr dem Kläger als zuviel erhaltenen Kaufpreis 22,495 Fr. 18 Cts. nebst Zins zurückzuvorgüten habe.

4. Die Beklagte habe dem Kläger ferner für nachträglich an Lieferanten bezahlte Waren den Betrag von 9000 Fr. nebst Zins zu bezahlen.

5. Die Beklagte habe dem Kläger eine Schadenersatzsumme von 20,000 Fr. nebst Zins zu bezahlen.

III. Subeventuell :

Die Beklagte habe dem Kläger eine Schadenersatzsumme von 43,000 Fr. nebst Zins zu bezahlen.

C. — Die Beklagte erhob in erster Linie die peremptorische Einrede der abgeurteilten Sache, weil das Bundesgericht schon im Aberkennungsprozesse die Betrugs-einrede des Klägers einlässlich geprüft und als unbegründet abgewiesen habe. Ferner machte die Beklagte

geltend, die eingeklagten Ansprüche seien verjährt, und beantragte, es sei die Klage « ein für allemal abzuweisen ».

Nachdem dieses Begehren rechtskräftig abgewiesen worden war, beantragte die Beklagte, die Klage sei als materiell unbegründet in allen Teilen abzuweisen.

D. — Nach Durchführung eines längeren Beweisverfahrens hat das Amtsgericht Luzern-Stadt mit Urteil vom 11. November 1926 die Klage gänzlich abgewiesen.

Das luzernische Obergericht hat dieses Urteil unterm 29. Juni 1927 bestätigt.

E. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Kläger unter Erneuerung sämtlicher Klagebegehren die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die kantonalen Instanzen führen zutreffend aus, dass der vorliegenden Klage die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegengehalten werden könne, weil in den Rechtsbegehren deutlich zum Ausdruck komme, dass sowohl Rechtsgrund, wie Prozessobjekt, verschieden seien von denjenigen des früheren Aberkennungsprozesses, der sich bloss um die Zahlungspflicht für eine Kaufpreisrate drehte. Fraglich könnte dies nur sein in bezug auf die in jenem Verfahren erhobenen Einreden der absichtlichen Täuschung und des Irrtums. Allein wenn auch im Aberkennungsprozess der Kläger geltend machte, der ganze Vertrag sei wegen Betruges oder Irrtums für ihn unverbindlich, und die verschiedenen Gerichtsinstanzen die Einreden in diesem weiteren Sinne auf ihre Begründetheit untersucht haben, so fällt doch entscheidend in Betracht, dass damals nur die in Betreibung gesetzte Forderung im Streite lag und nur darüber rechtskräftig geurteilt worden ist.

2. — Materiell steht die Frage im Vordergrund, ob der Kaufvertrag wegen Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR für den Kläger unverbindlich sei. Der Kläger hat das Anfechtungsrecht nicht etwa durch Unterlassung

der rechtzeitigen Abgabe einer Erklärung, dass er den Vertrag nicht halte, verwirkt. Eine solche Erklärung ist, wenn nicht schon in seinen Zuschriften an die Beklagte vom 15. März und 6. April 1921, so doch jedenfalls in der Mitteilung vom 11. Mai 1921 zu erblicken, welche innert Jahresfrist seit der endgültigen Festsetzung des Kaufpreises (10. Juli 1920) ergangen ist.

Nach Art. 21 OR setzt die Annahme wucherischer Übervorteilung in erster Linie ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, d. h. *in concreto* zwischen dem Kaufpreis und dem objektiven Wert des Kaufgegenstandes voraus. Nun ergibt sich aus dem Expertengutachten in überzeugender Weise, dass es an zuverlässigen Anhaltspunkten zur nachträglichen Ermittlung des Wertes der Buchhandlung im Zeitpunkt der Übernahme durch den Kläger fehlt und dass auch das durch die Parteien selbst aufgenommene Inventar, laut welchem der Gesamtwert 74,051 Fr. 75 Cts. betrage, nicht im Einzelnen auf seine Richtigkeit nachgeprüft werden kann. Wenn auch wahrscheinlich der wahre Wert des Kaufobjektes den vom Kläger zu bezahlenden Betrag von 85,000 Fr. nicht erreichte, so liegen doch keinerlei Umstände vor, die zur Annahme eines « offenkundigen », jedermann in die Augen fallenden Missverhältnisses zwischen den beiderseitigen Leistungen berechtigen würden, wie das Gesetz es zur Anfechtung wegen Übervorteilung fordert (vgl. BGE 46 II S. 60/1, OSER, Komm., Anm. III, 1 e zu OR 21). Ferner müsste die Beklagte bei Abschluss des Vertrages sich des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bewusst gewesen sein (vgl. BECKER, Anm. 8 zu OR 21; OSER, III 2 a. A.). Die Auffassung v. TUHRS (OR I S. 280 Anm. 3), dass die Parteien vom Missverhältnis nicht Kenntnis zu haben brauchen, scheidet an der Erwägung, dass es zur Übervorteilung des Gegenkontrahenten durch Ausbeutung seiner Notlage, seiner Unerfahrenheit oder seines Leichtsinnes doch offenbar

des Bewusstseins der Übervorteilungsmöglichkeiten bedarf. Nun steht fest, dass das in Frage stehende Geschäft vor dem Hinscheid des Ehemannes der Beklagten von ihm persönlich und nicht etwa von beiden Eheleuten gemeinsam geführt worden war und dass laut der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung im erstinstanzlichen Urteil auch die Tochter keinen richtigen Einblick in den Geschäftsgang hatte, sondern sich von dem am Geschäft beteiligten Edelmann beraten lassen musste. Dafür, dass die Beklagte dem Geschäft wohl einen verhältnismässig hohen, dem vereinbarten Kaufpreis sich nähernden Wert beimessen durfte, spricht auch der Umstand, dass Edelmann am Tage des Zustandekommens des Verkaufes an den Kläger sich seitens der Beklagtschaft eine Schuldanerkennung für volle 50,000 Fr. ausstellen liess und sein Gewinnanteil aus dem Bilderbüchergeschäft allein sich auf 12,500 Fr. belief. Ferner ergibt sich aus dem Expertenbericht, dass Müller-Kiefer im Juli 1918 das Bücherlager und das Bureauaterial bei der Schweizerischen Mobiliarversicherungsgesellschaft für insgesamt 86,000 Fr. versichert hatte. Berücksichtigt man weiterhin, dass der Inventarwert des Geschäftes anfangs 1919 Fr. 86,500 betrug und das gemeinsam mit dem Kläger aufgenommene Inventar einen Wert von rund 74,000 Fr. ohne das Mobiliar ergab, so kann in Übereinstimmung mit den kantonalen Instanzen der Beweis einer bewussten Übervorteilung des Klägers nicht als geleistet angesehen werden.

3. — Was die Betrugseinrede anbetrifft, so hat das Bundesgericht schon im früheren Urteil ausgeführt, dass von sämtlichen, in der Zuschrift der Tochter der Beklagten vom 20. April 1920 enthaltenen Angaben nur diejenige über den Reingewinn ernstlich in Betracht kommen könne, dass indessen bei näherer Betrachtung und insbesondere mit Rücksicht auf den richtig angegebenen Jahresumsatz von 72,000 Fr. angenommen werden müsse, es liege eine Verwechslung mit dem Brutto-

gewinn vor, welcher laut der Expertise gerade den angegebenen Betrag von 24,000 Fr. ausmachte. Es besteht umsoweniger Veranlassung, von dieser Auffassung abzugehen und eine für den Abschluss des Vertrages kausale Täuschung anzunehmen, als ja der Kläger es in der Hand hatte, die Angaben der Verkäuferin auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen, und er von dieser Möglichkeit auch tatsächlich durch die gemeinschaftliche Inventarisierung des Bücherbestandes Gebrauch gemacht hat. Der Wert des Kommissionswarenlagers, dessen Verheimlichung der Beklagten vorgeworfen wird, betrug laut Feststellung der Expertise nicht 13,000 Fr., sondern nur 3410 Fr.; abgesehen davon, dass der Kläger sich hievon selber bei der Geschäftsübernahme hätte überzeugen können, wie im erstinstanzlichen Urteil zutreffend ausgeführt wird, erscheint es nach der ganzen Sachlage nicht als wahrscheinlich, dass eine Orientierung über den Bestand dieses kleinen Kommissionslagers geeignet gewesen wäre, den Kläger vom Vertragschlusse abzuhalten.

4. — (Irrtumseinrede OR 24⁴, Sachmängel? Forderung von 9000 Fr., « Schadenersatzforderung » von 20,000 Fr. ev. 43,000 Fr.)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 29. Juni 1927 bestätigt.

**82. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1927
i. S. Badertscher gegen Mouhamed Ali Hassan.**

K o m m a n d i t g e s e l l s c h a f t, i n t e r n e s V e r h ä l t n i s z w i s c h e n K o m p l e m e n t ä r u n d K o m m a n d i t ä r. Streit über den nach Kündigung des Gesellschaftsvertrages und erfolgter Nachlassliquidation vom Komplementär an den Kommanditär zurückzuzahlenden Kommanditbetrag. Auslegung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Gewinn- und Verlustbeteiligung.

A. — Am 1. Mai 1922 schlossen die Parteien miteinander einen « Kommanditvertrag » ab, aus welchem folgende Bestimmungen hervorzuheben sind:

A r t. 1. Johann Badertscher, als Inhaber und unbeschränkt haftender Gesellschafter der Firma Badertscher & C^{te}, Automobiles in Zürich, nimmt S. H. Prinz Mouhamed Ali Hassan als Kommanditär in seine Firma auf.

A r t. 2. Die Kommanditeinlage des Prinzen Hassan beträgt 100,000 Fr. und ist für das ganze laufende Geschäftsjahr dividendenberechtigt. Die Einzahlung erfolgt bei Unterzeichnung des Vertrages.

Über diese 100,000 Fr. hinaus kann Hassan zu keiner Leistung verpflichtet werden, und es ist jede weitergehende Haftung desselben ausgeschlossen.

A r t. 3. Die laut Gesellschaftskonto per 1. Januar 1922 ausgewiesene Kapitaleinlage des Herrn J. Badertscher darf von ihm nicht durch Entnahmen verringert werden, er hat dieselbe vielmehr womöglich zu erhöhen.

A r t. 7. Das Geschäftsjahr wird jeweilen auf den 31. Dezember abgeschlossen.

Aus dem Jahres-Reingewinn, der sich nach Abzug aller Geschäftsunkosten und Verluste und nach Vornahme aller notwendigen Abschreibungen ergibt, werden zunächst die Kapitaleinlagen der Kommanditäre und sodann die des unbeschränkt haftenden Gesellschafters J. Badertscher mit 5 % verzinst. Ein etwaiger Fehl-