

die Klägerin zu bezahlende Betrag von 9499 Fr. 13 Cts. nebst 5 % Zins seit 11. Dezember 1911 auf 8694 Fr. 38 Cts. nebst Depositenzins von 1070 Fr. 25 Cts. seit 29. Juli 1912 und 5 % Zins von 7624 Fr. 13 Cts. seit 11. Dezember 1911 reduziert wird.

Die Anschlußberufung wird abgewiesen und im übrigen das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 30. April 1913 bestätigt.

**101. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1913**  
in Sachen **Reutemann, Bfll., Widerkl. u. Ver.-Kl., gegen**  
**Huggenberger, Kl., Widerbkl. u. Ver.-Bfll.**

*Kauf mit Umtauschklausel. Auslegung. — Erfordernisse für das Zustandekommen eines Vertrages. Vertrauensheorie.*

A. — Durch Urteil vom 1. April 1913 hat das SG des Kantons Zürich erkannt:

„1. Der Beklagte ist schuldig an den Kläger Fr. 1200 nebst Zins zu 6 % seit 16. Januar 1913 zu zahlen; die Mehrforderung und die Widerklage werden verworfen.

„2. und 3. (Kosten).“

B. — Gegen dieses Urteil, das den Parteien am 5. Juni 1913 zugestellt wurde, hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das BG erklärt, mit den Anträgen:

„1. Es sei die Hauptklage abzuweisen, eventuellst nur im Betrage von Fr. 900 zu schätzen.

„2. Es sei in Gutheißung der Widerklage der Widerbeklagte zu verpflichten:

„a) auf Grund des unterm 2. November 1911 mit dem Widerkläger abgeschlossenen Vertrages den restanzlichen Kaufpreis für das Orchestrion mit Fr. 2000 zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zinsen ab 9. August 1912 von Fr. 1050 und ab 4. März 1913 von Fr. 950;

„b) an den Widerkläger ab März 1912 ein Lagergeld von Fr. 10 per Monat bis zur Wegnahme des Orchestrions, sowie weitere Fr. 66 zu bezahlen.

„3. (Kosten).“

C. — In seiner Antwort hat der Kläger und Widerbeklagte beantragt, es sei die Berufung zu verwerfen und das Urteil des SG in vollem Umfange zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Parteien schlossen am 2. November 1911 einen schriftlichen Kaufvertrag über ein Orchestrion ab. Der Vertrag wurde in der Wirtschaft, die der Kläger damals in Zürich betrieb, in Gegenwart eines Alfred Stüßi unterzeichnet. Der Kaufpreis wurde auf 3500 Fr. festgesetzt, wovon 1200 Fr. bei Übernahme und der Rest in monatlichen Raten von 150 Fr. zahlbar. Das rückständige Kapital sollte zu 5 % verzinst werden. Bei unpünktlicher Bezahlung der Raten konnte der Beklagte das Orchestrion zurücknehmen und einen monatlichen Mietzins von 150 Fr. berechnen, gegen Rückerstattung der bisher geleisteten Zahlungen an den Käufer. Die Transportkosten sollten zu dessen Lasten gehen. Endlich enthält der Vertrag folgenden Nachsatz: „Herrn Huggenberger steht das Recht zu, das Orchestrion innert 6 Monaten bei Reutemann gegen ein elektrisches Klavier umzutauschen.“

Dieser Vertrag war im Magazin des Beklagten mündlich vereinbart worden, wobei dem Kläger u. A. ein gebrauchtes elektrisches Klavier zum Occasionspreis von 1400 Fr. vorgewiesen wurde. Der Kläger leistete die Anzahlung von 1200 Fr. und bezahlte zwei Monatsraten, also zusammen 1500 Fr. Anfangs Januar 1912 entschied er sich, das Café Union in St. Gallen zu übernehmen, in dem er das Orchestrion nicht wohl verwenden konnte. Er führte daher mit dem Beklagten oder dessen Prokuristen Keiler ein telephonisches Gespräch; der Inhalt dieses Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Am 9. Januar 1912 schrieb der Beklagte an den Kläger unter Bezugnahme auf die telephonische Anfrage, er solle zur Besprechung der Sache gelegentlich bei ihm vorbeikommen; er fügte bei: „Unser Vertrag ist nicht in der Meinung abgeschlossen worden, daß er von Ihrer Seite kündbar sei. Dagegen haben sie das Recht, ein elektrisches Piano zu beziehen.“ Es fanden dann verschiedene Unterredungen statt, über deren Inhalt die Darstellungen der Parteien wesentlich auseinandergehen. Mit Brief vom 29. Februar 1912 teilte der Beklagte dem Kläger mit, er sei bereit, das Orchestrion bei sich einzulagern (was tat-

sächlich erfolgte), in der Meinung, daß der Kaufvertrag bestehen bleibe. Die weiteren Vergleichsunterhandlungen der Parteien, in deren Verlauf der Kläger die Lieferung eines gewöhnlichen Klaviers statt eines automatischen Instruments verlangte, führten zu keinem Ergebnis. Am 28. August 1912 setzte der Vertreter des Klägers dem Beklagten eine Frist von 6 Tagen an, um „ein der Vereinbarung entsprechendes elektrisches Klavier à zirka Fr. 1400“ dem Kläger zur Verfügung zu stellen, ansonst dieser den Vertrag als aufgelöst betrachten und seine Leistungen zurückfordern würde. Der Beklagte ließ diese Frist unbenutzt ablaufen, worauf der Kläger ihn auf Rückzahlung der geleisteten 1500 Fr. nebst Zins belangte. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verlangte widerklagsweise Bezahlung der Kaufpreisrestanz von 2000 Fr., nebst 5 % Zins von 1050 Fr. ab 9. August 1912 (Zahlungsbefehl für die bis dahin verfallenen Raten) und von 950 Fr. ab 4. März 1913 (Datum der Widerklage); ferner fordert er mit der Widerklage 66 Fr. für Stimmungen, Transporte und Reparaturen am Orchestrion und 10 Fr. Lagergeld per Monat ab März 1912. Das zürcherische SG hat die Klage im Betrage von 1200 Fr. geschützt und die Widerklage abgewiesen.

2. — Die Vorinstanz erklärt den Hauptstandpunkt des Klägers, daß er kraft der Umtauschklausel berechtigt gewesen sei, dem Beklagten das Orchestrion wieder zur Verfügung zu stellen und dafür die Lieferung eines elektrischen Klaviers zum Preise von zirka 1400 Fr. zu verlangen, auf Grund der Akten, „speziell auch der Aussagen der Zeugen Keiler und Stüßi“ als unhaltbar. Sie führt aber aus, daß der Wille des Klägers sich nur auf einen solchen Vertrag gerichtet habe, und zieht daraus die Konsequenz, daß der ganze Vertragsabschluß mangels einer Einigung über alle essentiellen Punkte als unwirksam erklärt werden müsse. Von diesem Standpunkt aus, den der Kläger in der Hauptverhandlung ganz eventuell eingenommen hatte, hat die Vorinstanz die Klage auf Rückzahlung der vom Kläger an den Beklagten geleisteten Zahlungen gutgeheißen, immerhin unter Abzug dessen, was der Kläger durch Benutzung des Orchestrions während ungefähr vier Monaten gewonnen habe.

Dieser Auffassung kann nicht beigeprstet werden. Was die

Vorinstanz über den innern Willen des Klägers ausführt, ist zwar als tatsächliche Feststellung für das BG bindend. Rechtsirrtümlich ist aber der rechtliche Schluß, den sie daraus zieht, daß nämlich mangels Einigung über die essentiellen Punkte ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen sei. Nach der Vertrauens- theorie, zu der sich das BG schon unter der Herrschaft des alten OR bekannt hat (das in casu noch Anwendung findet), hat derjenige, welcher eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben hat, zu ihr zu stehen, so wie sie der Gegenkontrahent nach gemeinem Sprachgebrauch auffassen konnte und mußte (BGE 32 II 386 E. 4; 34 II 528; Oser, Komm. zu Art. 1 rev. OR S. 19 ff.). Maßgebend ist also der Wortlaut des Vertrages als der übereinstimmend erklärte Willensinhalt; Nichtübereinstimmung zwischen innerem Willen und Erklärung auf Seiten des Klägers konnte nur eine Anfechtung des Vertrages wegen wesentlichen Irrtums oder eines sonstigen Willensmangels im Sinne von Art. 18 ff. aOR begründen. Diesen Standpunkt hat aber der Kläger im Prozeß in keiner Weise eingenommen. So wie die vom Beklagten abge- sagte Nachtragsklausel über den Umtausch lautet — „Herrn Huggen- berger steht das Recht zu, das Orchestrion innert 6 Monaten „bei Deutemann gegen ein elektrisches Klavier zu tauschen“ — und in Ermangelung näherer Angaben über Beschaffenheit und Preis des elektrischen Klaviers mußte der Kläger sie mit dem Beklagten dahin auffassen: er war berechtigt, innert 6 Monaten das Orchestrion, den eigentlichen Gegenstand des Kaufes, gegen ein elektrisches Klavier umzutauschen, und der Beklagte war verpflichtet, den Umtausch zu vollziehen, sofern die Parteien sich des Näheren über Objekt und Preis einigen konnten. Eine weitergehende Ver- pflichtung hat der Beklagte durch die streitige Klausel nicht ein- gegangen; insbesondere war er nicht gehalten, das Orchestrion gegen ein gebrauchtes elektrisches Klavier zu reduzierten Preise umzutauschen, wie der Kläger behauptet. Freilich hat der Zeuge Stüßi ausgesagt, es sei abgemacht worden, der Kläger könne das Orchestrion an ein elektrisches Klavier, ein Occasionsinstrument, zum Preise von zirka 1500 Fr. innert einer bestimmten Frist um- tauschen. Die Vorinstanz hat die Aussagen Stüßis ausdrücklich in Betracht gezogen, ohne indessen — wenigstens in objektiver

Sinnsicht — darauf abzustellen. Diese Beweiswürdigung entzieht sich der Nachprüfung durch das BG. Daß nun die Parteien innert der festgesetzten Frist sich über ein bestimmtes elektrisches Klavier als Tauschobjekt nicht einigen konnten, steht fest. Folglich ist die Umtauschklausel gegenstandslos geworden und es hat beim Verkauf des Orchestrions sein Bewenden.

Der Kläger hat eingewendet, die Umtauschklausel habe keinen Zweck gehabt, wenn ihm damit nicht eine Garantie für die Möglichkeit des Umtausches bei rechtzeitigem Verlangen geboten wurde. Dieser Einwand hält nicht Stich. Die Aufnahme jener Klausel bedeutete ohnehin ein Entgegenkommen des Beklagten, da auch ein neues elektrisches Klavier erheblich billiger ist als das verkaufte Orchestrion. Und es muß der Kläger die Umtauschklausel so gelten lassen, wie sie tatsächlich lautet und wie er sie nach dem Gesagten schlechterdings auffassen mußte. Zudem konnte der Beklagte die Garantie dafür, daß er dem Kläger im gegebenen Moment ein gebrauchtes elektrisches Klavier liefern könne, nicht übernehmen, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, da er über solche Instrumente nicht immer verfügte; ein neues elektrisches Klavier stand dem Kläger jederzeit zur Verfügung, wenn er den normalen Preis dafür bezahlen wollte. Unbegründet ist ferner der Einwand, der Beklagte habe sich geweigert, zu der „die Effektuierung des Umtausches bedingenden Einigung“ Hand zu bieten. Für die Wichtigkeit dieser Behauptung liegt nichts vor. Zu Unrecht beruft sich der Kläger auf Art. 157 neu OR (alt 176); danach gilt eine Bedingung als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert wurde. Abgesehen davon, daß der Kläger diese Einrede erst vor BG erhoben hat, ist zu sagen, daß er den Umtausch des Orchestrions gegen ein Occasionsinstrument oder ein gewöhnliches Klavier verlangte (nach der Darstellung des Beklagten überhaupt nur letzteres). Hierzu war aber der Beklagte nicht verpflichtet. Schon deshalb fällt die Ansetzung der Nachfrist an den Beklagten zur Lieferung eines „der Vereinbarung entsprechenden elektrischen Klaviers à zirka Fr. 1400“ außer Betracht. Daß der Beklagte die Frist unbenuzt ablaufen ließ, ist rechtlich unerheblich.

3. — Hieraus ergibt sich die Unbegründetheit der Hauptklage

und die grundsätzliche Begründetheit der Widerklage. Der Kläger hat dem Beklagten die Kaufpreisrestanz von 2000 Fr. nebst den eingeklagten Zinsen zu bezahlen, wogegen dieser jenem das Orchestrion zurückzuerstatten hat. Die weitere Forderung von 66 Fr. ist ebenfalls begründet: die Transportkosten fallen laut Vertrag dem Kläger als Käufer auf; die Stimmungen und Reparaturen wurden vom Beklagten im Interesse des Klägers besorgt und sind somit von diesem zu bezahlen. Unbegründet ist dagegen der Anspruch des Beklagten auf ein Lagergeld von 10 Fr. per Monat, da ja die Kaufpreisrestanz vom Kläger zu verzinsen ist; die Parteien haben denn auch ein besonderes Lagergeld nicht vereinbart.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, daß das Urteil des BG des Kantons Zürich vom 1. April 1913 aufgehoben, die Hauptklage abgewiesen und in Gutheißung der Widerklage der Kläger verpflichtet wird, an den Beklagten zu bezahlen 2000 Fr. Kaufpreisrestanz für das Orchestrion nebst 5 % Zins von 1050 Fr. ab 9. August 1912 und von 950 Fr. ab 4. März 1913, sowie 66 Fr. für Stimmungen, Transport und Reparaturen. Die Mehrforderung des Widerklägers (Lagergeld) wird abgewiesen.

#### 102. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1913 in Sachen Wüst, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Genossenschaft zürcherischer Ziegeleibesitzer, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Verpflichtung eines Genossenschafters zur Bezahlung einer Konventionalstrafe wegen Offerten und Warenlieferungen unter den Genossenschaftsbedingungen. Die Höhe der Konventionalstrafe hängt in erster Linie von der Parteivereinbarung ab. Für die Entscheidung der Frage, ob die Konventionalstrafe als übermäßig hoch (Art. 163 OR) zu bezeichnen sei, ist entscheidend das Verhältnis der Busse zu dem zu schützenden Interesse.*

A. — Laut Vertrag vom 23. November 1911 verpflichtete sich der Beklagte, sich den Genossenschaftsbeschlüssen der Klägerin in