

von einer Beeinflussung des Beklagten durch Irrtum oder Täuschung kann nach den konkreten Verhältnissen keine Rede sein, ganz abgesehen davon, dass das Anfechtungsrecht hinsichtlich solcher Willensmängel zufolge Nichtabgabe einer Ablehnungserklärung nach Art. 31 OR längst verwirkt wäre. Und die Berufung auf Art. 41 und 62 ff. OR endlich scheitert an dem Umstande, dass es sich um eine vertragliche Leistung handelt. Somit erweisen sich beide Berufungen als unbegründet.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Beide Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 12. Januar 1922 wird bestätigt.

**38. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Mai 1922**

**i. S. Gerster gegen Schopfer.**

*Abtretung einer durch Arbeitsleistung zahlbaren Pfandforderung. Wegfall der Möglichkeit, dem Schuldner die betreffenden Arbeiten zu verschaffen. Ergänzung des Parteiwillens. Umwandlung der Forderung in eine Barforderung.*

A. — Mit Kaufvertrag vom 12. Juli 1910 verkaufte Architekt Oelhafen in Basel dem Beklagten, Spenglermeister Gerster, eine in Basel gelegene Liegenschaft und verpflichtete sich, darauf ein Wohnhaus zu erstellen. Zur Tilgung des Kaufpreises wurde u. a. auch eine II. Hypothek im Betrage von 18,500 Fr. errichtet. Hinsichtlich dieser Hypothek enthält der Kaufvertrag folgende Klausel: «Die Rückzahlung dieses Kapitals erfolgt durch successive Verrechnung von jeweilen 20 % der vom Schuldner für Rechnung des Kreditors zu liefernden Spenglerarbeiten.» In der Folge verpfändete Oelhafen

den Pfandtitel der Handwerker-Bank in Basel, die ihn ihrerseits, da sie für ihre Forderung nicht befriedigt wurde, verwerten liess. Auf der öffentlichen Versteigerung erwarb ihn am 27. März 1917 der Kläger, Baumeister Schopfer. Bis September 1917 tilgte der Beklagte die Pfandforderung durch Ausführung von Spenglerarbeiten und Verrechnung der vertraglich vorgesehenen 20 % des jeweiligen Werklohnes bis auf 11,589 Fr. 60 Cts.

Im Oktober 1916, also noch bevor er Eigentümer der Pfandforderung geworden war, hatte der Kläger den Beklagten aufgefordert, für ihn Spenglerarbeiten auszuführen. Der Beklagte war jedoch weder hierauf, noch auf einen Vorschlag der Handwerkerbank eingetreten, die Spenglerarbeiten für eine von ihr zu errichtende Entstaubungsanlage gegen Anrechnung von 20 % des Werklohnes auf die streitige Hypothek auszuführen. Im September 1918 endlich schlug der Kläger durch Vermittlung von Architekt Dinser dem Beklagten die Uebernahme von Reparaturarbeiten an einem Hause an der Grenzacherstrasse vor. Der Beklagte lehnte jedoch auch diese Arbeiten ab, angeblich, weil ihm die nötigen Rohmaterialien fehlten. Nach Ablauf einer ihm zur Uebernahme dieser Arbeiten angesetzten Nachfrist kündigte schliesslich der Kläger dem Beklagten am 7. Dezember 1918 die Forderung zur Barrückzahlung auf den 15. März 1919 und erhob, als die Zahlung nicht erfolgte, die vorliegende Klage auf Zahlung von 11,589 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 4 % seit 1. September 1917 und zu 5 % seit 15. März 1919. Eventuell verlangte er Zahlung dieses Betrages an die Handwerkerbank.

Er machte geltend, infolge der Ersteigerung der Hypothekarobligation sei er gegenüber dem Beklagten forderungsberechtigt geworden und zwar gehe sein Anspruch grundsätzlich auf Barzahlung. Eventuell habe der Beklagte durch die Weigerung, Spenglerarbeiten zu übernehmen, seine Vertragspflichten verletzt und ihm, Kläger, damit das Recht gegeben, von der Verrechnungs-

verpflichtung zurückzutreten. Jedenfalls aber hafte der Beklagte für den Restbetrag der Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und stellte eventuell, da er für Oelhafen eine Bürgschaft bezahlt habe, eine Forderung von 1609 Fr. 90 Cts. und ferner einen Anspruch aus entgangenem Gewinn zur Verrechnung.

B. — Mit Urteil vom 14. Februar 1922 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt :

« Die Hypothekarobligation des Emil Gerster-Wicky zu Gunsten des Klägers d.d. 27. August 1910 wird auf 8000 Fr. herabgesetzt.

» Der Beklagte hat diese Forderung zu 4 % jährlich jeweils auf den 1. September und zwar seit 1. September 1917 zu verzinsen.

» Die Bestimmung des Titels : « Die Rückzahlung dieses Kapitals erfolgt durch successive Verrechnung von jeweilen 20 % der vom Schuldner für Rechnung des Kreditors zu liefernden Spenglerarbeiten » wird aufgehoben. Die Rückzahlung erfolgt in Jahresraten von 1000 Fr., zahlbar jeweils auf den Zinstag, erstmals am 1. September 1922.

» Kommt der Beklagte mit einer Teilzahlung in Verzug, so ist der Kläger berechtigt, die ganze Forderung auf vierzehn Tage zur Rückzahlung zu kündigen.

» Im übrigen bleibt die Hypothek unverändert. »

C. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Beklagten mit der dieser gänzliche Abweisung der Klage, eventuell Reduktion des dem Kläger zugesprochenen Betrages, eventuell Rückweisung der Akten zur Beweisergänzung beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Obschon durch die streitige Hypothekarobligation dem Gläubiger Oelhafen nicht eine gewöhnliche Geldforderung, sondern nur eine Forderung auf Tilgung

der Schuld durch Arbeitsleistung eingeräumt wurde, war diese Forderung dennoch grundsätzlich abtretbar. Es handelt sich dabei nicht um Leistungen, die nur Oelhafen hätte entgegennehmen können und andererseits hatte auch der Schuldner kein Interesse, nur gerade an Oelhafen zu leisten. Dagegen kam als Gläubiger von vornherein nur eine Person in Frage, die in der Lage war, Spenglerarbeiten in grösserem Umfange zu vergeben. Wenn daher die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht feststellt, dem Kläger sei es nicht mehr oder doch nur noch in beschränktem Umfange möglich, dem Beklagten solche Arbeiten zu verschaffen, so darf daraus, wie das Appellationsgericht getan hat, in der Tat gefolgert werden, die Vertragserfüllung sei in der Weise, wie sie bei Begründung der Hypothekarobligation unter den damaligen Vertragsparteien abgemacht worden ist, nicht mehr möglich.

Frägt es sich, welche Folgen sich aus dieser Unmöglichkeit, die Erfüllung in der ursprünglich vorgesehenen Weise vorzunehmen, ergeben, so ist die Vorinstanz davon ausgegangen, nur die besondere Erfüllungsart sei unmöglich geworden, eine Befreiung des Schuldners könne daraus nicht abgeleitet werden, weil die Parteien, wenn sie an diese Eventualität gedacht hätten, sie sicherlich, nicht im Sinne der Befreiung des Schuldners geregelt hätten ; es liege eine Lücke in der Parteivereinbarung vor, die der Richter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auszufüllen habe. Die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Ergänzung des Vertrages, haben die Parteien vor der Berufungsinstanz ausdrücklich anerkannt. Es kann sich daher für das Bundesgericht nurmehr darum handeln, zu überprüfen, ob die vom Appellationsgericht vorgenommene Ergänzung des Parteiwillens den Grundsätzen von Treu und Glauben wirklich entspricht.

Diese Frage ist zunächst ohne weiteres zu bejahen, soweit das Appellationsgericht annimmt, die Parteien hätten, wenn sie an den Fall der Unmöglichkeit der

Sachleistung gedacht hätten, neben ihr eine Pflicht zu einer Geldleistung statuiert. Sodann muss davon ausgegangen werden, es wäre dabei jedenfalls eine Geldleistung festgesetzt worden, die den Beklagten in ungefähr gleicher Weise belastet hätte, wie die Sachleistung. Auch in dieser Beziehung gibt nun aber das angefochtene Urteil zu keinerlei Aussetzungen Anlass.

Wenn der Beklagte geltend macht, das Appellationsgericht habe zu Unrecht angenommen, er habe es, als der Kläger ihm Spenglerarbeiten habe zuweisen wollen, am guten Willen, sie zu übernehmen, fehlen lassen, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, dass effektiv das vorinstanzliche Urteil bei der Festsetzung der Verpflichtung des Beklagten hierauf nicht abstellte. Es hat diese Tatsache zwar im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage, ob eine Sachleistung noch tunlich sei, erwähnt, im übrigen aber im Sinne des oben aufgestellten Grundsatzes rein objektiv festgestellt, was für eine Geldleistung der ursprünglich vorgesehenen Sachleistung des Beklagten entspreche.

Ebensowenig ist der Vorwurf begründet, die Vorinstanz hätte die Vertragsabrede der Parteien im Sinne der Befreiung des Beklagten ergänzen sollen, weil er aus der Ausführung der ihm versprochenen Arbeiten, einen den Forderungsbetrag übersteigenden Gewinn hätte machen können. Die Vorinstanz hat die in dieser Hinsicht angebrachten Beweise nicht abgenommen, weil sie mit Recht annahm, für die Berechnung dieses Gewinnes fehle es an jeglicher sicheren Grundlage. Die ursprünglichen Vertragsparteien haben in der Tat weder über die Art der Arbeit noch über die in Betracht kommenden Preise Abmachungen getroffen und ferner haben sich die Verhältnisse im Baugewerbe seither derart geändert, dass die Frage, unter welchen Bedingungen dem Beklagten die Ausführung der Arbeiten übertragen worden wäre, und was er dabei verdient hätte, nicht mit auch nur annähernder Sicherheit festgestellt werden könnte. Dagegen hat die Vorinstanz immerhin *ex æquo et bono*

dem Beklagten aus diesem Gesichtspunkt ca. 3500 Fr. gutgeschrieben. Nach konstanter Praxis kann das Bundesgericht von der Entscheidung derartiger Ermessensfragen nur abgehen, wenn dafür zwingende Gründe sprechen, insbesondere, wenn offensichtliche Versehen der Vorinstanz vorliegen. Dies trifft im vorliegenden Falle nicht zu, weshalb es bei dem vorinstanzlichen Urteil in dieser Hinsicht sein Bewenden haben muss.

Endlich hat die Vorinstanz die besonderen Grundlagen des streitigen Anspruches auch insofern zutreffend gewürdigt, als sie eine Zahlung in Raten anordnete. Damit ist in angemessener Weise dem Umstande Rechnung getragen, dass auch bei Erfüllung der Obligation auf die ursprünglich vorgesehene Weise nur eine sukzessive Schuldtilgung in Frage gekommen wäre.

2. — Hinsichtlich der zur Verrechnung gestellten Bürgschaftsforderung geht das angefochtene Urteil von der Annahme aus, die Verpfändung der Hypothekarobligation sei erfolgt, bevor die Gegenforderung zur Entstehung gelangt sei, weshalb die Verrechnung als unzulässig erscheine. Demgegenüber hat sich der Beklagte im Berufungsverfahren auf den Standpunkt gestellt, aus den Akten gehe nicht hervor, wann die Verpfändung stattgefunden habe, die Feststellung des Appellationsgerichtes sei daher aktenwidrig. Dabei übersieht jedoch der Beklagte, dass er für die Voraussetzungen der Verrechnung beweispflichtig ist. Auf die Verrechnungseinrede hätte daher nur eingetreten werden können, wenn er nicht nur die Aktenwidrigkeit der vorinstanzlichen Annahme, sondern ferner dargetan oder zum Beweis verstellte hätte, dass effektiv die Verpfändung nach Entstehung der Gegenforderung perfekt geworden sei.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 14. Februar 1922 bestätigt.