[AZA 1/2]
4C.216/2000/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

11. Dezember 2000

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Leu, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler und
Gerichtsschreiber Gelzer.

In Sachen
E+F Immobiliare SA, 6592 S. Antonino, Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Kuster, Bahnhofstrasse 24, Postfach 4764, 8022 Zürich,

gegen
Erika T a u f e r - Gautschi, Imbisbühlerstrasse 3, 8049 Zürich, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin Irene Buchschacher, Walchestrasse 17, 8006 Zürich,

betreffend
Kaufrechtsvertrag; Nachfrist, hat sich ergeben:

A.- Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 31. Mai 1988 räumte Jakob Taufer bezüglich seiner Liegenschaft am Widumweg 4 in Zürich Thomas Frey bis zum 31. Mai 1993 ein Kaufrecht ein. Gemäss dem Kaufrechtsvertrag hatte Thomas Frey bei dessen Abschluss eine Anzahlung von Fr. 30'000.– an den Kaufpreis zu leisten (Ziff. I./4), der insgesamt Fr. 1'030'000.– betrug (Ziff. II.). Weiter bestimmte der Vertrag, dass innert 14 Tagen nach Abgabe der Ausübungserklärung die Eigentumsübertragung zu erfolgen habe (Ziff. I./3), bei welcher der Verkäufer die Versicherungspolicen der bestehenden Schaden- und Haftpflichtversicherungen zu übergeben und den ungefähren Betrag der Grundstückgewinnsteuer an das Steueramt der Stadt Zürich einzubezahlen habe, nachdem er diesen Betrag habe errechnen lassen (Weitere Bestimmungen/Ziff. 5 und 6).

Nach der Beurkundung des Kaufrechtsvertrages äusserte Thomas Frey die Absicht, das Kaufrecht in jedem Falle auszuüben, worauf ihn Jakob Taufer um eine zusätzliche Anzahlung an den Kaufpreis von Fr. 100'000.– bat. Thomas Frey kam dieser Bitte nach und bezahlte die verlangte Summe noch am selben Tag in bar an Jakob Taufer aus, welcher eine entsprechende Quittung mit dem Vermerk "akonto Kaufsrecht" ausstellte.

Am 16. Oktober 1990 verstarb Jakob Taufer. Er hinterliess als Erben seine Ehefrau, Erika Taufer-Gautschi sowie zwei Kinder aus erster Ehe, Irène Bürki-Taufer und René Taufer.

Am 31. Mai 1993 übte Thomas Frey das Kaufrecht aus und teilte den Erben von Jakob Taufer mit, er erwarte ihren baldigen Terminvorschlag für den Vollzug der Eigentumsübertragung.
Darauf erfolgte keine Reaktion, weshalb Thomas Frey mit Schreiben vom 9. Juni 1993 an Irène Bürki-Taufer und René Taufer gelangte und diese erneut aufforderte, ihm einen baldigen Terminvorschlag zu unterbreiten, bzw. ihm in den nächsten Tagen den Termin für den Vollzug der Eigentumsübertragung mitzuteilen. Mit Brief vom 3. August 1993 an Irène Bürki-Taufer bemängelte Thomas Frey, dass die Erben, welche sich spätestens seit dem 14. Juni 1993 in Verzug befänden, ihm noch immer keinen Termin für die Eigentumsübertragung offeriert hätten. Dieses Schreiben ist auch René Taufer, nicht jedoch Erika Taufer-Gautschi zugegangen.

Mit Schreiben vom 30. September 1993 machte Thomas Frey unter Bezugnahme auf Ziffer I./3 des Kauf-

vertrages geltend, die Erben befänden sich spätestens seit dem 14. Juni 1993 in Verzug und setzte ihnen eine Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR, wobei er sie aufforderte, am Mittwoch, den 6. Oktober 1993, 15.00 Uhr auf dem Notariat Höngg-Zürich die Eigentumsübertragung vorzunehmen. Weiter führte Thomas Frey an, er erkläre für den Fall, dass die Eigentumsübertragung bis zu oder an diesem Termin nicht erfolge, bereits heute den Rücktritt vom Kaufvertrag im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR und fordere gemäss Art. 109 Abs. 2 OR Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens.

Am 6. Oktober 1997 fanden sich Erika Taufer-Gautschi und Irène Bürki-Taufer auf dem Notariat Höngg-Zürich ein, ohne jedoch Abklärungen über die Grundstückgewinnsteuer vorgenommen zu haben oder Versicherungspolicen mitzubringen.
René Taufer ist nicht auf dem Notariat erschienen. Daraufhin erklärte Thomas Frey mit Schreiben vom 8. Oktober 1993 gegenüber allen Erben gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR den Rücktritt vom Kaufrechtsvertrag, wobei er auf das Ausbleiben von René Taufer, das Fehlen der Erbenbescheinigung, der Versicherungspolicen sowie der Errechnung der Grundstückgewinnsteuer verwies.

Am 12. Oktober 1998 trat Thomas Frey seine Rechte gegenüber den Erben von Jakob Taufer an die E+F Immobiliare SA ab.

B.- Am 5. März 1999 klagte die E+F Immobiliare SA beim Bezirksgericht Zürich gegen Erika Taufer-Gautschi (nachstehend:
Erstbeklagte) und Irène Bürki-Taufer (nachstehend:
Zweitbeklagte) auf Zahlung von Fr. 303'289. 30 zuzüglich Zinsen.
Damit forderte die Klägerin die Rückleistung der von Thomas Frey für den Kaufrechtsvertrag mit Jakob Taufer bereits erbrachten Zahlungen sowie Ersatz für die beim Abschluss dieses Vertrages und im Hinblick auf den Erwerb der Liegenschaft getätigten Aufwendungen.

Die Erstbeklagte reichte innert der ihr gesetzten Frist keine Klageantwort ein, worauf das Bezirksgericht ihr mit Beschluss vom 18. Mai 1999 eine zweite nicht erstreckbare Vernehmlassungsfrist von zehn Tagen ansetzte. Da die Erstbeklagte auch diese Frist unbenutzt verstreichen liess, ging das Bezirksgericht davon aus, sie anerkenne die tatsächlichen Klagegründe und verzichte auf Einreden. Das Bezirksgericht erachtete die Streitsache daher gegenüber der Erstbeklagten als spruchreif und hiess ihr gegenüber die Klage mit Teilurteil vom 30. Juni 1999 gut und verpflichtete sie, der Klägerin Fr. 303'289. 30 nebst 5 % Zins seit 1. Januar 1993 bis 9. November 1998 auf Fr. 100'000.–, seit
1. Januar 1993 auf Fr. 93'267.–, seit 1. November 1993 auf Fr. 27'500.– und seit 1. Dezember 1993 auf Fr. 8'500.– zu bezahlen.

Am 9. Juli 1999 zog die Klägerin die Klage unter Vorbehalt der Wiedereinbringung gegenüber der Zweitbeklagten zurück, worauf das Bezirksgericht das Verfahren gegen sie mit Beschluss vom 15. September 1999 abschrieb.

Auf Berufung der Erstbeklagten (nachstehend: Beklagte) hin hob das Obergericht des Kantons Zürich am 26. Mai 2000 das Urteil des Bezirksgerichts vom 30. Juni 1999 auf und wies die Klage ab.

C.- Mit eidgenössischer Berufung beantragt die Klägerin, es sei das Urteil des Obergerichts vom 26. Mai 2000 aufzuheben und die Klage gemäss dem erstinstanzlichen Urteil gutzuheissen; eventualiter sei die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Beklagte bringt in ihrer Berufungsantwort die Einwendung der fehlenden Passivlegitimation vor, welche vorweg zu prüfen ist. Zur Begründung führt die Beklagte aus, das Obergericht sei zu Unrecht von einer

solidarischen Haftung der Erben gemäss Art. 603 ZGB ausgegangen, weil es verkannt habe, dass der Kaufrechtsvertrag erst nach dem Erbfall mit dem Eintritt der potestativen Bedingung der Ausübung des Kaufrechts wirksam geworden sei. Vertragspartner von Thomas Frey sei daher nicht Jakob Taufer sondern die Erbengemeinschaft gewesen, weshalb der Kaufrechtsvertrag ein von dieser abgeschlossenes Rechtsgeschäft darstelle. Die Erben bildeten daher bezüglich Forderungen aus dem Kaufrechtsvertrag eine notwendige Streitgenossenschaft, weshalb die Klägerin alle Erben hätte einklagen müssen.

a) Gemäss Art. 603 Abs. 1 ZGB werden die Erben für Schulden des Erblassers solidarisch haftbar. Unter Schulden des Erblassers im Sinne dieser Bestimmung sind insbesondere Erbschaftsschulden, das heisst alle nicht höchstpersönlichen Schulden des Erblassers zu verstehen (Schaufelberger, Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 603 ZGB). Darunter fallen auch Schulden des Erblassers aus von ihm abgeschlossenen zweiseitigen Verträgen (vgl. Picenoni, Berner Kommentar, N. 7 zu Art. 603 ZGB).

b) Der Kaufrechtsvertrag stellt entgegen der Annahme der Beklagten ein von Jakob Taufer abgeschlossenes Rechtsgeschäft dar, zumal er dieses ausgehandelt und unterzeichnet hat. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass es seine Wirkung teilweise erst nach seinem Tode mit dem Eintritt der Potestativbedingung entfaltete, weil die Erbengemeinschaft auf den Eintritt dieser Bedingung keinen Einfluss hatte. Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ist daher als eine Erbschaftsschuld zu qualifizieren, welche eine Gesamthandschuld der Erben bildete. Die Schadenersatzpflicht aus der Nichterfüllung dieser Gesamthandschuld entstand demgegenüber originär bei den Erben, welche die Erfüllung verweigerten, weshalb insoweit keine Erbschaftsschuld vorliegt. Dies ändert indessen nichts an der solidarischen Haftung der Erben. Diese leitet sich jedoch nicht aus Art. 603 Abs. 1 ZGB, sondern aus Art. 50 in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR ab (BGE 115 II 42 E. 1b; vgl. bezüglich der solidarischen Haftung der Gesamtschuldner bei Ausfall der Leistung ferner: Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. , S. 504; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 7. Aufl. , S. 351 f.
Rz. 3807). Die Passivlegitimation der Beklagten ist daher zu bejahen.

2.- Das Obergericht ging davon aus, Thomas Frey sei nicht berechtigt gewesen, vom Kaufrechtsvertrag gemäss Art. 107 OR zurückzutreten. Ein solcher Vertragsrücktritt hätte vorausgesetzt, dass sich die Beklagte im Zeitpunkt der Nachfristansetzung in Verzug befunden hätte. Dies sei nicht der Fall gewesen, weil sie bis zum Schreiben vom 30. September 1993 nicht gemahnt worden sei und darin eine Frist bis zum 6. Oktober 1993 gesetzt worden sei, weshalb der Verzug der Beklagten erst nach Ablauf dieser Frist eingetreten sei. Da die Voraussetzungen eines Vertragsrücktritts ohne Nachfristansetzung gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR nicht gegeben seien, habe Thomas Frey nach Ablauf der bis zum 6. Oktober 1993 gesetzten Frist nicht ohne eine weitere Fristansetzung vom Vertrag zurücktreten können.

Die Klägerin rügt, diese Auffassung verletze Art. 102 Abs. 1 OR und Art. 107 Abs. 1 OR.

a) Gemäss Art. 107 Abs. 1 OR ist der Gläubiger bei zweiseitigen Verträgen berechtigt, dem Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen, wenn dieser sich in Verzug befindet. Der Schuldnerverzug braucht nicht bereits vor der Ansetzung der Nachfrist zu bestehen.
Vielmehr genügt nach Lehre und Rechtsprechung, dass der Schuldner mit der Fristansetzung in Verzug gerät, was dadurch bewirkt wird, dass die Ansetzung einer First gemäss Art. 107 Abs. 1 OR eine Mahnung beinhaltet (BGE 103 II 104 E. 1a; bestätigt in einem Entscheid des Bundesgerichts vom 5. Mai 1994, abgedruckt in: in SJ 1994 S. 729 ff. E. 3c S. 737; Weber, Berner Kommentar, N. 81 zu Art. 102 mit weiteren Hinweisen).

b) In seinem Schreiben vom 30. September 1993 hat Thomas Frey den Erben von Jakob Taufer ausdrücklich eine Frist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt und zudem angegeben, dass sie sich seit dem 14. Juni 1994 in Verzug befänden. Dieses Schreiben beinhaltet damit eine Mahnung, weshalb die Voraussetzung des Verzugs bei der Nachfristansetzung entgegen der Annahme des Obergerichts erfüllt war.

3.- Die Beklagte wendet in ihrer Berufungsantwort ein, die Nachfristansetzung habe die erforderliche Klarheit vermissen lassen, weil darin lediglich die Eigentumsübertragung, nicht jedoch die Erfüllung der einzelnen zu

beachtenden Modalitäten, wie die Berechnung des mutmasslichen Betrages der Grundstückgewinnsteuer sowie deren Überweisung an das Steueramt der Stadt Zürich, verlangt worden sei. Dieser Einwand ist unbegründet. Die Nachfristansetzung war auch ohne die Nennung der einzelnen Übertragungsmodalitäten hinreichend klar, da diese dem Kaufrechtsvertrag ohne weiteres entnommen werden konnten.

4.- Weiter macht die Beklagte geltend, die gesetzte Nachfrist sei unangemessen kurz gewesen.

a) Nach Rechtsprechung und Lehre hat sich der Schuldner, dem eine objektiv als zu kurz erscheinende Frist angesetzt wird, beim Vertragsgegner zu verwahren und ihn um eine Verlängerung der Frist anzugehen, ansonsten anzunehmen ist, er sei mit der ihm gesetzten Frist einverstanden (BGE 116 II 436 E. 2a S. 440 f.; 105 II 28 E. 3b S. 34; Weber, Berner Kommentar, N. 78 zu Art. 107 OR, je mit weiteren Hinweisen).

b) Im vorliegenden Fall haben weder die Erben, welche am vorgeschlagenen Termin erschienen, noch René Taufer um eine zusätzliche Nachfrist ersucht, woraus zu schliessen ist, dass die Erben mit der Frist einverstanden waren. Es braucht daher nicht geprüft zu werden, ob die Frist objektiv angemessen war.
5.- Als letzten Einwand gegen die Zulässigkeit des Vertragsrücktritts von Thomas Frey bringt die Beklagte vor, dieser habe seinerseits nicht die korrekte Vertragserfüllung angeboten, weil er zu Unrecht bestritten habe, dass die Barzahlung von Fr. 100'000.– an Jakob Taufer "Schwarzgeld" gewesen sei, welches zusätzlich zum verurkundeten Kaufpreis geleistet worden sei. Die Beklagte kann jedoch mit dieser Sachverhaltsdarstellung nicht gehört werden, weil sie damit den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz widerspricht, wonach die am Tag der Beurkundung übergebenen Fr. 100'000.– als zusätzliche Anzahlung an den Kaufpreis geleistet wurden.
Diese Feststellungen sind für das Bundesgericht verbindlich, zumal die Beklagte keine Ausnahme gemäss Art. 63 Abs. 2 OG geltend macht. Thomas Frey war demnach während der Frist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR bereit, den noch ausstehenden Restkaufpreis zu bezahlen.

6.- a) Aus dem Gesagten folgt, dass die von Thomas Frey am 30. September 1993 erklärte Nachfristsetzung gemäss Art. 107 Abs. 1 OR rechtsgültig erfolgte, weshalb er gemäss seiner bereits damals abgegebenen Erklärung gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten konnte, nachdem die Erben von Jakob Taufer die Eigentumsübertragung bis zum gesetzten Termin nicht vorgenommen hatten.

b) Bezüglich des von der Klägerin aus dem Dahinfallen des Kaufrechtsvertrages geltend gemachten Schadens fehlen im angefochtenen Urteil tatsächliche Feststellungen. Die Streitsache ist demnach zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).

7.- Nach dem Gesagten wird bloss dem Eventualantrag der Klägerin stattgegeben. Dennoch ist sie als obsiegende Partei zu betrachten, weil sie mit ihrem Rechtsstandpunkt durchgedrungen und auch bezüglich der von der Vorinstanz festzustellenden Höhe des Schadenersatzes mit einem Obsiegen der Klägerin zu rechnen ist. Die Beklagte wird daher für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 26. Mai 2000 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 6'500.– wird der Beklagten auferlegt.

3.- Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 8'000.– zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Dezember 2000

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: