Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.152/2003 /zga

Urteil vom 29. August 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Walter,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Gerichtsschreiberin Charif Feller.

Parteien
X._____,
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans Henzen, Eisenbahnstrasse 41, Postfach 228, 9401 Rorschach,

gegen

Y._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Peter Kern, Mellingerstrasse 1, Postfach 2078, 5402 Baden.

Gegenstand
Kaufvertrag; Schlechtlieferung / Falschlieferung,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts
des Kantons Aargau vom 10. April 2003.

Sachverhalt:
A.
A.a Die Klägerin befasst sich mit der Entwicklung und Verwertung von Hightech-Produkten für Industrie und Handel. Die Beklagte vertreibt Geräte zur Versetzung von Leitungswasser mit Kohlensäure zwecks Herstellung von Sprudelwasser.
Am 15. Dezember 1999 ersuchte die Beklagte die Firma "A._____ GmbH" in Hamburg um eine Offerte für die Lieferung von B._____-Geräten mit "normalem ½-Gasgewinde". Die Anfrage wurde an die Klägerin als Vertreiberin dieser Produkte in der Schweiz weitergeleitet.
Am 23. Dezember 1999 bestellte die Beklagte bei der Klägerin 10'000 Stück B._____-Geräte mit "½-Gasgewinde". Am 27. Dezember 1999 verlangte sie eine Vorablieferung von 100 Geräten zu Demonstrationszwecken. Bereits am 29. Dezember 1999 annullierte sie diese Bestellung, bestellte aber wiederum 10'000 Stück B._____-Geräte "mit Gewindeanschluss", im Gegensatz zur ersten Bestellung jedoch ohne Verpackung und Gebrauchsanweisung. Gleichzeitig verlangte sie eine Vorablieferung von 100 Stück mit Klipp-Adapter zu Promotionszwecken.
Im Zusammenhang mit der Bedruckung der Geräte stellte die Klägerin der Beklagten im Frühjahr 2000 zwei Mustergeräte zur Verfügung, worauf diese am 5. April 2000 die Druckfreigabe erteilte. Zusätzlich bestellte sie im April 2000 9'000 zu den Geräten passende Pet-Flaschen.
A.b Die Lieferung der Geräte und der Pet-Flaschen erfolgte im Juni 2000 gegen Rechnungstellung über insgesamt DM 484'223.–. Die Beklagte leistete am 28. Juli 2000 eine Teilzahlung von DM 242'112.50.
Am 9. August 2000 rügte die Beklagte als Mangel, dass die Aufnahmehalterung für das Gewinde zu viel Abstand zum Gehäuse aufweise, weshalb das Gewinde beim Eindrehen des Zylinders beschädigt werde. Am 27.

September, 5. und 12. Oktober rügte sie diesen Mangel erneut. Ausserdem teilte sie der Klägerin mit, dass von den Abnehmern der Geräte Mängel des Karbonisierungsstabs geltend gemacht würden. Die Klägerin bestritt die Beanstandungen und lehnte in der Folge den Vorschlag der Beklagten ab, die Geräte auf ihre Kosten nachbessern zu lassen. Alsdann nahm die Beklagte die Geräte aus ihrem Sortiment und bot am 5. September 2001 deren Rückgabe an.

B.

Mit Klage vom 1. Februar 2002 belangte die Klägerin die Beklagte vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau auf Bezahlung von Fr. 195'839.55 nebst Zins zu 5% seit 1. Dezember 2000, d.h. auf den in Schweizer Franken konvertierten ungetilgten hälftigen Kaufpreis nebst Zins und Betreibungskosten.

Mit Urteil vom 10. April 2003 wies das Handelsgericht die Klage ab. Es erwog, vertrauenstheoretisch sei Vertragsgegenstand der Kauf von 10'000 Stück B._____-Geräten mit ½-Gasgewinde gewesen. Geliefert worden seien jedoch Geräte mit einer anderen Gewinde-Spezifizierung. Diese Falschlieferung stelle ein aliud dar. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, eine andere als die vereinbarte Gattung der Geräte anzunehmen und könne daher der Kaufpreisforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR) entgegensetzen (E. 4). Die Einrede setze indessen voraus, dass die Beklagte die gelieferten Geräte zurückzugeben in der Lage sei. Indessen habe sie von den 10'000 gelieferten Geräten bereits deren 5'311 an eigene Kunden weiterverkauft. Für diese Teilmenge schulde sie vorbehältlich von Gewährleistungsansprüchen den Kaufpreis (E. 5). Das Handelsgericht bejahte sodann auch Gewährleistungsansprüche der Beklagten wegen Gebrauchsmängeln der gelieferten Geräte. Es hielt fest, von den an eigene Kunden ausgelieferten 5'311 Geräten habe die Beklagte deren 1'268, d.h. beinahe einen Viertel wegen anderweitiger Mängel, insbesondere des Karbonisierungsstabs (1'078 Geräte), zurücknehmen müssen. Sie sei daher zur Wandelung des Kaufvertrags über
diese Geräte befugt. Zufolge der hohen Ausfallquote sei ihr zudem auch die Annahme der sich noch in ihrem Besitze befindlichen 4'689 Geräte nicht zumutbar, weshalb sie - im Sinne eines Alternativstandpunkts zur Falschlieferung - auch darüber die Wandelung des Kaufvertrags beanspruchen könne (E. 6). So oder anders schulde sie daher den Kaufpreis für insgesamt 5'957 Geräte nicht, was bei einem Stückpreis von DM 41.48 einen Gesamtbetrag von DM 247'096.36 ausmache. Dieser übersteige die eingeklagte Kaufpreisforderung von DM 242'110.50, welche demzufolge nicht geschuldet sei (E. 7).

C.

Die Klägerin führt eidgenössische Berufung mit dem Hauptantrag, die Beklagte in Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 195'839.55 nebst Zins zu bezahlen.

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung. Das Handelsgericht hat keine Gegenbemerkungen angebracht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob das Handelsgericht die Lieferung von Geräten mit vertragswidriger Gewinde-Spezifikation bundesrechtskonform als Falschlieferung (aliud; vgl. BGE 121 III 453) anstatt als Schlechtlieferung (gewährleistungspflichtiger Sachmangel) werten und folgerichtig die für diese Vertragsabweichung bestrittene Rechtzeitigkeit der Mängelrüge unbeurteilt lassen durfte, kann offen bleiben, wenn seine Alternativbegründung vor dem Bundesrecht stand hält, die Voraussetzungen einer Gesamtwandelung seien ohnehin wegen anderweitiger Mängel der gelieferten Geräte, namentlich der Karbonisierungsstäbe, gegeben.

2.

2.1 Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) musste die Beklagte von insgesamt 5'311 an eigene Abnehmer ausgelieferten Geräten deren 1'268 wegen Mängeln zurücknehmen, davon 1'078 wegen mangelhafter Qualität des Karbonisierungsstabs. Dessen ungenügende Gebrauchstauglichkeit habe sich erst beim fortlaufenden Gebrauch der Geräte gezeigt, weshalb nicht möglich gewesen sei, den Mangel mittels Stichproben vor Inbetriebnahme der Geräte festzustellen.

Die Annahme der Vorinstanz, im genannten Ausmass hätten die Karbonisierungsstäbe und damit die Geräte gewährspflichtige Mängel aufgewiesen, wird von der Klägerin nicht als bundesrechtswidrig ausgegeben. Damit erübrigen sich Erörterungen zum Mangelbegriff.

2.2 Sind von mehreren zusammen verkauften Sachen oder von einer verkauften Gesamtsache bloss einzelne Stücke fehlerhaft, so kann nur rücksichtlich dieser die Wandelung verlangt werden (Art. 209 Abs. 1 OR). Lassen sich jedoch die fehlerhaften Stücke von den fehlerfreien ohne erheblichen Nachteil für den Käufer oder den

Verkäufer nicht trennen, so muss die Wandelung sich auf den gesamten Kaufgegenstand erstrecken (Art. 209 Abs. 2 OR).
Das schweizerische Recht normiert demnach zur Sachgewähr für eine Sachmehrheit, wie eine im vorliegenden Fall Vertragsgegenstand bildete, den Grundsatz der Einzel- oder Teilwandelung. Die Wandelung ist nur hinsichtlich der fehlerhaften Stücke zulässig, die fehlerfreien sind abzunehmen und zu bezahlen (BGE 91 II 356 E. 2; Giger, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 209 OR; Honsell, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 209 OR; Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., 2003, Rz 768; Engel, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000, S. 45).

Gesamtwandelung ist demgegenüber ausnahmsweise zulässig, wenn die Trennung der fehlerhaften von den fehlerfreien Stücken für eine der Parteien erheblich nachteilig ist. Grundsätzliche Voraussetzung hierfür ist einerseits, dass die Trennung objektiv nachteilsbehaftet ist und anderseits, dass die verschiedenen Stücke nach dem Parteiwillen zur Zeit des Vertragsabschlusses das gleiche rechtliche Schicksal teilen sollten (Giger, a.a.O., N 10 zu Art. 209 OR). Entscheidend ist somit, dass die gesamthaft verkauften Waren zusammengehören und auch bei einer Wandelung nicht getrennt werden sollen, weil der Gesamtwert der Sachmehrheit höher ist als die Summe der aufaddierten Teilwerte (z.B. der Wert einer umfassenden Sammlung oder einer Einrichtungsgesamtheit; vgl. Honsell, a.a.O., N 2 zu Art. 209 OR). Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der hier zu beurteilenden Sachmehrheit nicht gegeben.
Das Bundesgericht hat indessen bereits zu Art. 255 aOR (Fassung vom 14. Juni 1881), welcher inhaltlich den Absätzen 1 und 2 von Art. 209 OR entsprach, erkannt, eine Gesamtwandelung könne auch dann verlangt werden, wenn dem Käufer das Aussortieren der fehlerhaften Stücke aus einer erheblichen Gesamtmenge wegen eines besonderen Zeit-, Arbeits- und Geldaufwandes nicht zumutbar sei (BGE 34 II 701 E. 3; zustimmend Giger, a.a.O., N 11 zu Art. 209 OR; Honsell, N 2 zu Art. 209 OR). An dieser Auffassung ist unter dem geltenden Recht festzuhalten. Sie entspricht der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu § 469 aBGB, welche Bestimmung inhaltlich Art. 209 OR entsprach. Auch nach deren Wortlaut war eine Gesamtwandelung nur bei zusammengehörend verkauften Sachen zulässig (§ 469 Satz 2 aBGB). Indessen wurde eine Gesamtwandelung ebenfalls zugelassen, wenn der Käufer an den fehlerfreien Stücken der teilweise mangelbehafteten Lieferung kein Interesse mehr hatte. Dies wurde namentlich angenommen, wenn ein mühevolles und zeitraubendes Aussortieren der fehlerhaften Ware notwendig gewesen wäre, das dem Käufer nicht zugemutet werden konnte (Staudinger/Honsell, 13. Aufl., N 6 zu § 469 aBGB). Zwar wurde nicht übersehen, dass die massgebende Norm von § 469
aBGB für diesen Fall eine Gesamtwandelung an sich nicht vorsah, doch wurde die Bestimmung in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) darauf mindestens analog angewandt (Soergel/Huber, Kommentar BGB, 12. Aufl., N 9 zu § 469 aBGB; MünchKomm/Westermann, 3. Aufl., N 6 zu § 469 aBGB). Nicht anders gestaltet sich die schweizerische Rechtslage.
2.3 Das Handelsgericht hat für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass knapp ein Viertel der von der Beklagten ausgelieferten Geräte auch unbesehen der falschen Gewinde-Spezifikation mangelhaft war, rund ein Fünftel wegen fehlerhaftem Karbonisierungsstab. Da dessen beeinträchtigte Gebrauchstauglichkeit nach denselben Feststellungen erst im fortdauernden Gebrauch erkennbar war, ist das Handelsgericht zu Recht von einem versteckten Mangel ausgegangen, und hat es bundesrechtskonform erkannt, dass der Beklagten bei dieser Ausfallquote eine Aussonderung der fehlerhaften Karbonisierungsstäbe und ein Weiterverkauf bloss der fehlerfreien Geräte nicht zumutbar sei (E. 6c). Nach den Feststellungen der Vorinstanz hätte eine solche Aussonderung die Inbetriebnahme der Geräte und deren Gebrauch über eine bestimmte Zeit erfordert. Ein solcher Aufwand erscheint bei einem Stückpreis der Geräte von DM 41.48 offensichtlich nicht als verhältnismässig. Zudem hätten die über einen längeren Zeitraum geprüften Geräte allenfalls gar nicht mehr als neu verkauft werden dürfen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht erkannt, dass der Beklagten ein Wandelungsrecht hinsichtlich der gesamten noch in ihrem Besitze befindlichen Liefermenge zusteht.
2.4 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihre Mängelrechte mangels rechtzeitiger Rüge verwirkt, wobei sich der Einwand im Wesentlichen auf die falsche Gewinde-Spezifikation bezieht, offenbar aber auch für die Mängel an den Karbonisierungsstäben erhoben wird.
Das Handelsgericht hält dazu fest, die Beklagte habe die Mängelrüge ihrer Abnehmer bezüglich der Karbonisierungsstäbe sofort an die Klägerin weitergeleitet und damit die Rügefrist von Art. 201 Abs. 3 OR gewahrt (E. 6b). Soweit darin eine tatsächliche Feststellung liegt, ist sie für das Bundesgericht wiederum verbindlich. Dass die Vorinstanz den Rechtsbegriff der "sofortigen Anzeige" (Art. 201 Abs. 3 OR) unrichtig ausgelegt hätte, ist

weder ersichtlich noch begründet dargetan.
3. Die Klägerin wendet weiter ein, die Beklagte habe ihre Gewährleistungsrechte auch durch Genehmigung der Kaufsache verwirkt.
3.1 Eine solche Verwirkung erblickt die Klägerin einmal im Weiterverkauf von 5'311 Geräten. Sie beruft sich auf eine Kommentarstelle (Giger, Berner Kommentar, N 55 zu Art. 201 OR) und mit dieser auf einen Entscheid des deutschen Reichsgerichts aus dem Jahre 1908 (RGZ 68 S. 370), welches in der unbeanstandeten, bestimmungsgemässen Verwendung von mehr als der Hälfte der gelieferten Ware eine Genehmigungsverfügung erblickte.
Der Einwand ist unbehelflich. Eine Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung der Kaufsache tritt nur ein, wenn der Käufer entweder eine ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung in diesem Sinne abgibt, oder wenn er durch Verletzung der Prüfungs- oder Rügeobliegenheiten die Genehmigung fingiert eintreten lässt (Art. 201 Abs. 2 OR). Genehmigung eines mangelhaften Werkes durch Willenserklärung, d.h. durch die Äusserung des Käufers, den gelieferten Gegenstand als vertragsgemäss gelten zu lassen (BGE 115 II 456 E. 4), setzt Kenntnis vom Mangel voraus, ausser der Käufer verzichte schlechthin auf allfällige Gewährleistungsansprüche. Dies gilt im Allgemeinen auch für die bestimmungsgemässe Verwendung der Ware, soweit diese als konkludente Genehmigungserklärung verstanden werden kann. Der Weiterverkauf einer mit einem unbekannten, versteckten Mangel be-hafteten Kaufsache zeitigt diese Genehmigungswirkung dagegen nicht.
Die von der Beklagten zitierte Kommentarstelle und die darin erwähnte Entscheidung des deutschen Reichsgerichts besagen nichts anderes. Dort wird bloss die Auffassung vertreten, die unbesehen bestimmungsgemässe Verwendung eines namhaften Teils der gelieferten Ware verletze die Prüfungsobliegenheit des Käufers und fingiere damit die Genehmigung der Ware. Die Prüfungsobliegenheit nach Art. 201 Abs. 1 OR bezieht sich indessen nur auf offene, d.h. bei Abnahme der Ware erkennbare Mängel. Die nicht vertragskonformen Karbonisierungsstäbe der hier zu beurteilenden Lieferung aber waren nach dem Gesagten mit einem verdeckten Mangel der Kaufsache behaftet, wofür eine Prüfungsobliegenheit nicht besteht. Der Weiterverkauf der nicht als mangelhaft erkennbaren Geräte fingierte daher keine Genehmigung der Kaufsache und schloss die hier bejahten Mängelrechte der Beklagten nicht aus.
Dass die Beklagte auch erkannt mangelhafte Geräte verkauft hätte, ist den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht zu entnehmen. Der daherige Einwand der Klägerin beruht deshalb auf einem für das Bundesgericht unbeachtlichen Sachverhalt und ist nicht zu hören.
3.2 Eine Verwirkung der Mängelrechte erblickt die Klägerin weiter in einer schriftlichen Anerkennung der Kaufpreisschuld durch die Beklagte, räumt aber selbst ein, dass diese Verwirkung nur die nicht vertragskonformen Gewinde betrifft. Da der Wandelungsanspruch der Beklagten hier aus anderen Mängeln bejaht wird, bleibt der Verwirkungseinwand daher unbeachtlich.
4.
Hält demnach die eine der beiden Alternativbegründungen des Handelsgerichts vor dem Bundesrecht stand, ist der angefochtene Entscheid ohne Überprüfung der zweiten Begründung zu bestätigen und die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.- wird der Klägerin auferlegt.
3.
Die Klägerin hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.- zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 29. August 2003
Im Namen der I Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: