Urteilskopf

123 III 16

3. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Januar 1997 i.S. Erben E. gegen M. (Berufung)
Regeste (de):
Art. 107 OR. Wahlrecht des Gläubigers bei Verzug des Schuldners.

Verzug des Verkäufers nach rechtskräftiger Verurteilung des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises: Steht der Klage des Käufers die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen (E. 2)?

Bedeutung der Wahlmöglichkeiten des Gläubigers bei Verzug des Schuldners. Auslegung der Wahlerklärung. Unwiderruflichkeit der getroffenen Wahl (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 107 CO. Droit d'option du créancier en cas de demeure du débiteur.

Demeure du vendeur après condamnation passée en force de l'acheteur à payer le prix de vente: l'exception de la chose jugée s'oppose-t-elle à l'action de l'acheteur (consid. 2)?

Signification des possibilités de choix du créancier en cas de demeure du débiteur. Interprétation de l'option. Irrévocabilité du choix (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 107 CO. Diritto di opzione del creditore in caso di mora del debitore.

Mora del venditore dopo che la condanna del compratore al pagamento del prezzo è passata in giudicato: l'eccezione di cosa giudicata impedisce l'azione del compratore (consid. 2)?

Significato delle possibilità di scelta del creditore in caso di mora del debitore. Interpretazione della dichiarazione d'opzione. Irrevocabilità della scelta effettuata (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 17

BGE 123 III 16 S. 17

A.- Am 27. Januar 1990 schloss Dr.med. M. mit den Erben des verstorbenen Dr.med. E. einen Kaufvertrag über dessen gynäkologische Praxis, wobei im Kaufpreis von Fr. 70'000.– insbesondere sämtliche Krankengeschichten der Patientinnen enthalten sein sollten. In der Folge weigerte sich M., diesen Betrag zu bezahlen; er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Goodwillentschädigung zu hoch sei, weil die Karteiunterlagen grösstenteils unleserlich und zudem mit unverständlichen Aufzeichnungen versehen seien, wie er bei einer Durchsicht eines Teils der Unterlagen am 28. Januar 1990 festgestellt habe. Im März 1991 klagten die Erben E. beim Appellationshof des Kantons Bern ihre Kaufpreisforderung sowie eine Forderung aus von ihnen anstelle von M. bezahlten Mietzinsen für die Praxisräumlichkeiten ein. Der Appellationshof verpflichtete M. mit Urteil vom 7. Juli 1992, den Erben E. Fr. 70'000.– sowie Fr. 6'464.– zu bezahlen, beides nebst Zins. Auf Berufung bestätigte das Bundesgericht dieses Urteil, wobei es in seinem Entscheid vom 20. April 1993 in Übereinstimmung mit der

Vorinstanz insbesondere den Einwand verwarf, der sämtliche Krankengeschichten der Patientinnen umfassende Kaufvertrag der Parteien weise einen widerrechtlichen Inhalt auf und sei daher gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig (BGE 119 II 222 ff.). Im Anschluss an diesen Bundesgerichtsentscheid ergaben sich weitere Meinungsverschiedenheiten über die Vertragserfüllung. M. erhob Anspruch auf alle Unterlagen über die Patientinnen. Die Erben E. vertraten demgegenüber die Ansicht, nur die Namen und die Adressen seien geschuldet. Nach längerem Hin und Her verzichtete M. mit Schreiben vom 26. November 1993 auf die Leistung der Verkäufer und behielt sich die Geltendmachung von Schadenersatz vor. Die Erben E. setzten in der Folge den vom Bundesgericht zugesprochenen Betrag in Betreibung. Nachdem sie definitive Rechtsöffnung erlangt hatten, bezahlte ihnen M. mit Vergütungsaufträgen vom 21. April 1994 und vom 7. Juni 1994 den Betrag von Fr. 85'913.–. M. verlangte daraufhin erneut die bedingungslose



Herausgabe aller Patientinnenunterlagen. Die Erben E. lehnten dies wiederum ab. Mit Schreiben vom 17. Juni 1994 erklärte der Kläger deshalb den Rücktritt vom Vertrag und stellte die Rückforderung des Geleisteten sowie die Geltendmachung von Schadenersatz in der Höhe der angefallenen Prozess- und Parteikosten in Aussicht.

B.- Am 13. April 1995 klagte M. beim Appellationshof des Kantons Bern gegen die Erben E. auf Rückzahlung des Betrages von Fr. 85'913.– und auf Schadenersatz in der Höhe von Fr. 4'898.–. Mit Urteil vom 13. März 1996 schützte der Appellationshof diese Begehren.

C.- Das Bundesgericht heisst die Berufung der Beklagten teilweise gut, hebt das Urteil des Appellationshofs auf und weist die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Wie bereits im kantonalen Verfahren erheben die Beklagten auch vor Bundesgericht die Einrede der abgeurteilten Sache und beantragen gestützt darauf - wenn auch bloss im Sinne eines Eventualstandpunktes - Nichteintreten auf die Klage. Dieser Antrag ist zulässig (vgl. Art. 40 OG in Verbindung mit Art. 22 BZP; BGE 121 III 474 E. 2 S. 477). Zu seiner Begründung führen die Beklagten an, der Streitgegenstand des vorliegenden zweiten Prozesses sei mit jenem des ersten, mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 1993 abgeschlossenen Prozesses identisch; in beiden Verfahren gehe es um den zulässigen Kaufgegenstand, um die richtige und rechtzeitige Erfüllung durch die Verkäufer und um die Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises. a) Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, falls der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird. In anspruchsbezogene materielle Rechtskraft erwächst demzufolge allein das Sachurteil. Ein solches liegt nur vor, wenn und soweit das Gericht die Sachverhaltsvorbringen der Parteien materiellrechtlich würdigt, das heisst den geltend gemachten Anspruch inhaltlich beurteilt. Die Rechtskraftwirkung tritt nur soweit ein, als über den geltend gemachten Anspruch entschieden worden ist. Zwar erwächst der Entscheid nur in jener Form in Rechtskraft, wie er im Urteilsdispositiv zum Ausdruck kommt, doch ergibt sich dessen Tragweite vielfach erst aus den Urteilserwägungen. Im übrigen

haben die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Erwägungen eines Entscheids aber in einer anderen Streitsache keine bindende Wirkung. Die materielle Rechtskraft der Entscheidung wird objektiv begrenzt durch den Streitgegenstand. Der Begriff der Anspruchsidentität ist nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Er wird durch die Rechtsbehauptungen bestimmt, die von den im abgeschlossenen Verfahren gestellten und beurteilten Begehren erfasst werden. Der neue Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war, wenn im neuen Verfahren bloss das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird oder wenn die im ersten Prozess beurteilte Hauptfrage für Vorfragen des zweiten Prozesses von präjudizieller Bedeutung ist. Anderseits sind Rechtsbehauptungen trotz gleichen Wortlauts dann nicht identisch, wenn sie nicht auf dem gleichen Entstehungsgrund, das heisst auf denselben Tatsachen und rechtlichen Umständen beruhen (BGE 121 III 474 E. 4a S. 477 f., mit Hinweisen). b) Bei einem zweiseitigen Vertrag muss, wer den andern zur Erfüllung anhalten will, nach Art. 82 OR entweder selbst bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, er habe nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen. Nach herrschender Lehre (WEBER, Berner Kommentar, N. 199 zu Art. 82 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N. 7 zu Art. 82 OR; LEU, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 1 und 12 f. zu Art. 82 OR; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. 1974, S. 60 f.; GAUCH/ SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1995, Bd. II, N. 2229) und Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 1985, publiziert in SJ 1986, S. 382; vgl. auch BGE 111 II 463 E. 3 S. 466; ebenso bereits BGE 76 II 298 E. 3 S. 299; BGE 79 II 277 E. 2 S. 279) gibt diese Bestimmung dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf. Der Gläubiger kann sich demnach damit begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen; es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben (BGE 111 II 463 E. 3 S. 466). Wird die Einrede nicht erhoben, bildet somit die Gegenleistung nicht Streitgegenstand und wird im Urteil auch dann nicht rechtskräftig über sie entschieden, wenn sie nach dem Vertrag in Vorleistung oder Zug um Zug zu erbringen ist (vgl. SJ 1986, S. 382). Erhebt der Schuldner dagegen die Einrede, zwingt er den Gläubiger zur Beweisführung über die



Erfüllung oder das gehörige Angebot der Gegenleistung (WEBER, a.a.O., N. 216 zu Art. 82 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 198 zu Art. 82 OR; LEU, a.a.O., N. 13 zu Art. 82 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 64). Insofern wird diesfalls die Gegenleistung zum Streitgegenstand. Das Gericht hat die Gegenleistung dabei jedoch nur insoweit inhaltlich zu beurteilen, als der Nachweis ihrer Erfüllung oder ihres Angebots Voraussetzung für die Gutheissung der Klage des Gläubigers ist. Das Urteil steht daher einem neuen Prozess über die Gegenleistung nur entgegen, soweit darin deren tatsächliche Erfüllung als bewiesen oder das Angebot der Erfüllung als vertragskonform erkannt wird. c) Im vorliegenden Fall hatte der Kläger im Vorprozess als Schuldner mindestens sinngemäss die Einrede aus Art. 82 OR erhoben und gerügt, die von den Beklagten angebotenen Unterlagen seien mangelhaft gewesen. Die Einrede wurde mit der Begründung verworfen, dass dem Beklagten eine allfällige Unleserlichkeit der Krankengeschichten schon beim Vertragsschluss bekannt gewesen und dass ihm nach den Feststellungen der Vorinstanz für die Entzifferung überdies Hilfe zugesagt worden sei. Es wurde somit entschieden, dass das Angebot der Beklagten, den Vertrag ihrerseits zu erfüllen, vertragsgemäss war. Dagegen wurde im Urteil vom 20. April 1993 nicht festgestellt, die Beklagten hätten ihre Leistung tatsächlich erbracht und den Vertrag ihrerseits erfüllt. Wie der Appellationshof zutreffend festhält, bildete die eigentliche Vertragsabwicklung insoweit nicht Gegenstand des damaligen Verfahrens. Wenn der Kläger daher behauptet, die Beklagten hätten ihre - vor dem Urteil vom 20. April 1993 gehörig angebotene - Leistung nach dem Urteil dennoch verweigert, nachdem er Erfüllung verlangt habe, so stützt er seine Klage auf eine neue Tatsache. Die Vorinstanz hat die Einrede der abgeurteilten Sache zu Recht verworfen.

3. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Kläger nach dem Urteil vom 20. April 1993 mehrmals die bedingungslose Herausgabe aller Patientinnenunterlagen verlangt, was die Beklagten jedoch in dieser Form verweigert haben. Die Beklagten führen in ihrer Berufung selbst aus, dass sie bis zum Zeitpunkt des Urteils des Appellationshofs vom 7. Juli 1992 dem Kläger "die Kaufsache in ihrer Gesamtheit" angeboten hatten. Nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 1993 bildeten Vertragsgegenstand die über die Patientinnen bestehenden schriftlichen Unterlagen (Namen, Adressen, Krankengeschichten, Operationsberichte), wobei sämtliche schriftlichen Unterlagen bezüglich der Patientinnen mit der



Praxisübernahme in den Gewahrsam des Beklagten übergehen sollten. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, ist unter diesen Umständen die Ansicht der Beklagten nicht nachvollziehbar, sie hätten mit einer nachträglichen Einschränkung ihrer Leistung auf die Übergabe bloss der Namen und Adressen der Patientinnen weiterhin vertragskonforme Erfüllung angeboten. Aus der Rechtsschrift der Beklagten ist im übrigen nicht ersichtlich, welche Bundesrechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben sollte, wenn sie den Leistungsgegenstand der Beklagten im Sinne der Urteile des Appellationshofs vom 7. Juni 1992 und des Bundesgerichts vom 20. April 1993 verstand.

4. Befindet sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzug, ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR). Wird auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt, hat der Gläubiger die Wahl, entweder immer noch Erfüllung - sowie Verspätungsschaden - zu verlangen oder, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung zu verzichten. Verzichtet er auf nachträgliche Leistung, kann er entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR). a) Die Vorinstanz bejaht den Schuldnerverzug der Beklagten. Sie hält in diesem Zusammenhang fest, dass Verzug bei der Gegenleistung auch nach dem rechtskräftigen Urteil über die Preiszahlung eintreten kann, was die Beklagten zu Recht nicht als bundesrechtswidrig rügen. Die Beklagten bestreiten zwar den Zeitpunkt der Fälligkeit ihrer Leistung, stellen aber nicht in Abrede, dass die Leistung jedenfalls seit dem rechtskräftigen Urteil über die Zahlungspflicht des Klägers längst fällig war. Den Ausführungen der Beklagten ist im übrigen nicht zu entnehmen, ob und inwiefern sie die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs bestreiten wollen. Zwar trifft zu, dass der Kläger rechtskräftig zur Zahlung verurteilt war, sich seinerseits daher nicht mehr auf eine allfällige vertragliche Vorleistungspflicht der Beklagten berufen konnte und dass die Beklagten ihre Forderung auf dem Betreibungsweg vollstrecken konnten und auch vollstreckt haben. Mit ihrer Ansicht, dass sie vor der vollständigen Bezahlung des Preises durch den Kläger am 20. Juni 1994 mit ihrer eigenen Leistung gar nicht in Verzug hätten geraten können, verkennen die Beklagten jedoch, dass der Kläger, als er von ihnen Erfüllung forderte, nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil jeweils seine eigene Leistung angeboten hat und



dass in Art. 82 OR das gehörige Angebot der Erfüllung gleichgestellt wird. Dass der Kläger die Beklagten im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR zur Erfüllung gemahnt hat, ist im übrigen nicht bestritten. Die Beklagten leiten denn auch aus ihrer Behauptung, der Schuldnerverzug habe frühestens nach vollständiger Bezahlung ihrer eigenen Forderung eintreten können, rechtlich nichts ab, sondern stellen sich im Gegenteil auf den Standpunkt,

der Kläger habe die Wahlmöglichkeiten des Art. 107 Abs. 2 OR schon am 26. November 1993 und nicht erst im Juni 1994 ausgeübt.
b) Entscheidet sich der Gläubiger mit dem Verzicht auf die nachträgliche Leistung für Schadenersatz aus Nichterfüllung, so hat der Schuldner ihm den Wert der Leistung zu ersetzen, auf die der Gläubiger verzichtet hat, während dieser grundsätzlich zur Erbringung seiner eigenen Leistung verpflichtet bleibt (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 154 f.; GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N. 3052 ff.; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 379 f.). Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des sogenannten positiven oder Erfüllungs-Interesses; er ist vermögensmässig so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre (WIEGAND, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 17 zu Art. 107 OR; vgl. auch BGE 120 II 296 E. 3b S. 299). Der Vertragsrücktritt begründet dagegen ein Rückabwicklungs- oder Liquidationsverhältnis, in dessen Rahmen bereits erbrachte Leistungen in natura oder wertmässig zurückzuerstatten sind (BGE 111 II 157), so dass die Parteien nach Möglichkeit vermögensmässig so gestellt werden, wie wenn sie den Vertrag nie geschlossen hätten. Umstritten ist, ob der Gläubiger mit der Verzichtserklärung gleichzeitig seine Entscheidung zugunsten des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung oder des Vertragsrücktritts bekanntgeben muss (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O. N. 3050 f.; WIEGAND, a.a.O., N. 15 zu Art. 107 OR). Fest steht hingegen, dass die einmal getroffene Wahl als Ausübung eines Gestaltungsrechts ebenso unwiderruflich ist wie der Verzicht auf die Leistung (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 153 f.; BUCHER, a.a.O., S. 373). Für die Auslegung der Wahlerklärung ist der Vertrauensgrundsatz massgebend, sofern nicht festgestellt ist, dass die Parteien sie übereinstimmend im einen oder im anderen Sinne gemeint und verstanden haben. Die Erklärung ist daher so auszulegen, wie sie der Schuldner nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste (WIEGAND, a.a.O., N. 15 zu Art. 107 OR; BUCHER, a.a.O., S. 373 f.; vgl. auch BGE 76 II 300 E. 3 S. 306; BGE 54 II 308 S. 313).



c) Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Kläger in seinem Schreiben vom 26. November 1993 erklärt, dass er gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR auf die Gegenleistung verzichte und sich die Geltendmachung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens vorbehalte. Der Appellationshof hat diese Erklärung dahin ausgelegt, dass sich der Kläger für Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages entschieden hat. Diese Auslegung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Im angefochtenen Urteil werden keine Umstände angeführt, die nahelegen würden, die Erklärung entgegen ihrem klarem Wortlaut als Vertragsrücktritt aufzufassen. Aus den Feststellungen der Vorinstanz zu den zum Teil widersprüchlichen Standpunkten, welche die Parteien in der Zeit nach der Erklärung vom 26. November 1993 eingenommen haben, ergibt sich zwar, dass sie sich über deren Bedeutung möglicherweise nicht restlos im Klaren waren. Dass die Parteien die Erklärung tatsächlich übereinstimmend als Vertragsrücktritt aufgefasst hätten, hat der Appellationshof aber jedenfalls nicht festgestellt. Bei dieser Sachlage kann ihm keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden, wenn er die Erklärung so ausgelegt hat, wie sie die Beklagten mangels anderer Anhaltspunkte aufgrund des klaren Wortlauts nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten. In seinen weiteren Erwägungen nimmt der Appellationshof an, der Kläger habe nach der auf dem Betreibungsweg erzwungenen Bezahlung seiner eigenen Leistung auf die erklärte Wahl insofern zurückkommen können, als er, statt Schadenersatz aus der Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen, vom Vertrag habe zurücktreten können. In diesem Zusammenhang verweist die Vorinstanz auf eine Lehrmeinung, die den Gläubiger, soweit sein Schadenersatzanspruch an der Exkulpation des Schuldners scheitert (Art. 97 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 2 OR), wieder in sein Wahlrecht einsetzen, ihm also erneut die Möglichkeit des Vertragsrücktritts gewähren will (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N. 3024 ff.). Der Fall, dass der Schuldner sich exkulpieren und auf diese Weise der Schadenersatzpflicht entgehen kann, ist jedoch mit dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht vergleichbar. Bei Exkulpation des Schuldners entfällt oder reduziert sich dessen Leistungspflicht aus Gründen, auf die der Gläubiger keinen Einfluss hat; es mag deshalb als unbillig erscheinen, vom Gläubiger dennoch die volle Erbringung seiner eigenen Vertragsleistung zu verlangen. Dagegen berührt es die Leistungspflicht des Schuldners nicht, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Leistung des Gläubigers auf dem Betreibungsweg

erzwungen wird. Weshalb der Umstand, dass der Kläger seine Leistung auf Betreibung hin hat erbringen müssen, ein Rückkommen auf die getroffene Wahl erlauben soll, ist daher nicht einzusehen. Die Vorinstanz hat die bindende Wirkung der einmal erklärten Wahl verkannt, wenn sie deren Widerruf zugelassen hat. Insoweit ist die Berufung begründet. d) Der Appellationshof hat die Beklagten gemäss Art. 109 OR zur Rückleistung und zu Schadenersatz aus dem Dahinfallen des Vertrages verpflichtet und damit den Ersatzanspruch des Klägers so berechnet, als wäre er vom Vertrag zurückgetreten. Der Erklärung des Klägers vom 26. November 1993 entsprechend hätte sie den Schadenersatzanspruch nach dessen Erfüllungsinteresse bemessen müssen, wobei dem Kläger oblag, die Elemente seines Schadens nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR; BGE 120 II 296 E. 3b S. 299). Die Feststellungen der Vorinstanz erlauben nicht, den Ersatzanspruch des Klägers auf dieser Grundlage zu berechnen. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Streitsache gestützt auf Art. 64 Abs. 1 OG an die Vorinstanz zurückzuweisen.