

der Berechnung der Alimentationssumme nicht in Betracht gezogen wird, kann ein Rechtsirrtum nicht erblickt werden. Bezüglich der Witwe Brühlmann nimmt der Vorderrichter an, Brühlmann, der ein Vermögen von 2400 Fr. und ein Einkommen von 1000 Fr. versteure, habe jährlich 7—800 Fr. für seine Familie verwenden können, und zwar noch während 10 Jahren; sie berücksichtigt ferner das Alter der Frau Brühlmann und den Umstand, daß sie laut ärztlichem Zeugnisse total arbeitsunfähig ist und gelangt bei Zugrundelegung dieser Faktoren und unter Berücksichtigung des bei Kapitalabfindungen üblichen Abzuges nach freiem Ermessen zur Zusprechung der Summe von 4500 Fr. Diese Berechnungsweise beruht auf richtigen Grundsätzen und kann daher nicht umgestoßen werden. Danach ist das angefochtene Urteil auch im Quantitativ zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 13./14. Juni 1898 in allen Teilen bestätigt.

II. Obligationenrecht. — Code des obligations.

66. Urteil vom 16. Juli 1898 in Sachen Dannenberg und Schaper gegen Renz.

Werkvertrag. — Kompetenz des Bundesgerichts; eidgenössisches Recht? Erfüllungsort. — Mängelrüge; Verspätung? Verwirkung durch fortgesetzten Gebrauch des Werkes? Durch letzteren wird wohl Wandlungs-, nicht aber Preisminderungs-Anspruch ausgeschlossen. — Schadensersatzanspruch des Bestellers wegen Nichterfüllung.

A. Durch Urteil vom 5. April 1898 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Die Kläger und Widerbeklagten sind schuldig, an den Beklagten und Widerkläger 2842 Fr. 65 Cts. samt Zins zu 5 %

seit 15. November 1894 zu bezahlen. Die Mehrforderung wird dagegen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei in Wiederherstellung des bezirksgerichtlichen Urteils der Beklagte zur Bezahlung von 13,150 Fr. 15 Cts. nebst Zins à 5 % seit 1. November 1894 anzuhalten und seine Widerklage abzuweisen. Eventuell werde Reduktion der Montierungskosten auf 10 % des Werklohnes und Reduktion der widerklagsweise geschätzten Entschädigung verlangt. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Berufungskläger, unter Aufrechterhaltung der klägerischerseits vor den kantonalen Instanzen gemachten Beweisangebote, diese Anträge; der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Auf die Offerte der Kläger, welche in Magdeburg eine Maschinenfabrik und Eisengießerei betreiben, bestellte der Beklagte, Ziegler Renz, bei denselben im Mai 1894, für seine Ziegelei in Männedorf, eine Dampfziegeleianlage um die Pauschalsumme von 21,500 Fr. Die zu liefernden Maschinen waren in 22 verschiedenen Posten spezifiziert. Die Montage in der Ziegelei des Beklagten übernahmen die Kläger, wogegen die Maurer- und Zimmerarbeiten dem Beklagten oblagen. Als Lieferungszeit wurden zwei bis drei Wochen festgesetzt, dagegen wurden keine Zeitfristen festgesetzt bezüglich der Montage. Als Erfüllungsort wurde Magdeburg bezeichnet. Die Zahlungen waren zu $\frac{1}{3}$ bei Einsendung der Duplikat-Frachtbriefe, zu $\frac{1}{3}$ bei der Inbetriebsetzung und zu $\frac{1}{3}$ am 1. November 1894 zu leisten. Nach Abschluß des Vertrages scheinen jedoch den Klägern Zweifel über die Zahlungsfähigkeit des Beklagten aufgetaucht zu sein. Denn schon am 26. Mai, und sodann wiederholt verlangten sie von demselben Sicherheit für die zu liefernden Maschinen, worauf der Beklagte am 25. Juni 1894 denselben eine Erklärung folgenden Inhalts ausstellte: „Laut „Offerte der Firma Dannenberg & Schaper in Magdeburg, „Deutschland, vom 23. Mai bestellte ich denselben diverse Maschinen zur Ziegelfabrikation im Gesamtbetrage von 21,500 Fr. „franko und verzollt Bahnhof Männedorf. An diesen Maschinen

„räume ich der genannten Firma das Eigentumsrecht ein, so lange, bis ich den Betrag voll bezahlt habe. Auf Wunsch der Firma „Dannenberg & Schaper verpflichte ich mich, diesen Eigentumsvorbehalt an Gerichtsstelle zur Eintragung zu beantragen.“ Am 20. Juni 1894 wurde der erste Waggon der Maschinenbestandteile an den Beklagten versandt, nachdem derselbe die erste fällige Rate des Preises von 7000 Fr. gleichen Tags bezahlt hatte. Am 12. Juli 1894 wurde sodann der Rest der Maschinenbestandteile in Magdeburg versandt, welche Sendung am 20. Juli in Stäfa (bei Männdorf) ankam. Nachdem sodann die Kläger im Juli 1894 ihre Monteure nach Männdorf zur Montierung der Ziegeleinrichtung geschickt hatten, und mit der Montierung begonnen worden war, ergaben sich Differenzen wegen der zu leistenden Sicherstellung, indem der Hauptgläubiger der auf der Ziegenschaft des Beklagten haftenden Passiven den Eigentumsvorbehalt nicht anerkennen wollte, und die Kläger durch den Notar von Männdorf die Mitteilung erhielten, der Eigentumsvorbehalt sei für alle diejenigen Maschinen bedeutungslos, die infolge Einmauerung und Verbindung mit den Gebäuden Gegenstand der bestehenden Hypotheken werden. Die Kläger verlangten daher, daß der Beklagte anderweitige Sicherheit leiste, und als dieses Begehren erfolglos war, stellten sie die Montage anfangs August wieder ein, und ließen am 10. August 1894 auf die von ihnen gelieferten Maschinen Arrest legen. Am 8. August hatte der Beklagte den Klägern durch das Gemeindeammannamt Männdorf telegraphisch anzeigen lassen, er verlange sofortige Montierung der Ziegeleianlage, ansonst von einem Andern auf ihre Rechnung und Gefahr montiert werde; ferner drohte der Beklagte mit einer Schadenersatzforderung von 500 Fr. per Tag wegen Betriebsstörung, nebst Ersatz weiterer Kosten. Der von den Klägern ausgewirkte Arrest wurde durch Urteil der Appellationskammer des Obergerichts am 29. November 1894 als unbegründet erklärt. Am 19. Oktober 1894 leiteten die Kläger beim Bezirksgerichte Meilen gegen den Beklagten Klage ein, indem sie die Rechtsbegehren stellten:

1. Der Beklagte sei schuldig zu erklären, den Klägern 14,711 Fr. 51 Cts. zu bezahlen.

2. Der Beklagte sei zu verpflichten, diesen Betrag so sicher zu

stellen, wie wenn den Klägern das Eigentum an den gelieferten Maschinen bis zur vollen Bezahlung verbliebe.

3. Die Kläger seien berechtigt zu erklären, für den Fall, als der Beklagte den schuldigen Betrag innerhalb einer ihm anzusehenden Frist weder bezahle noch gemäß Rechtsbegehren 2 sicherstelle, vom Vertrage zurückzutreten und die gelieferten Maschinen wegzunehmen.

4. Der Beklagte sei zu verpflichten, die Kläger wegen Verzugs in der Erfüllung ihm obliegender Verpflichtung und wegen Untrieben angemessen zu entschädigen.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er hauptsächlich geltend machte, die Forderung sei zum mindesten noch nicht fällig, da die Kläger ihre Leistungen noch nicht erfüllt, die Montage unterbrochen und einen Arrest auf die gelieferten Maschinen ausgewirkt hätten. Der Beklagte wisse auch noch nicht, ob richtig geliefert worden sei, da man eine Prüfung vor der Aufstellung nicht machen könne. Sodann stellte er die Widerklage: Die Kläger und Widerbeklagten seien zu verpflichten, dem Beklagten und Widerkläger 300 Fr. Schadenersatz pro Tag vom 10. August 1894 hinweg bis zum Zeitpunkt der betriebsfähigen Übergabe der bestellten Ziegeleimaschinen zu bezahlen, und die Kosten der Fertigstellung der Anlage zu ersetzen, sowie 35 Fr. Prozeßentschädigung zu bezahlen. Nach Aufhebung des Arrestes und nachdem die Hauptverhandlung in dem Zivilprozeß bereits stattgefunden hatte, wurde dem Beklagten durch Gerichtsbeschluß vom 7. März 1895 jede Veränderung an den in Männdorf liegenden, von den Klägern gelieferten Maschinen untersagt. Trotzdem ließ der Beklagte die sämtlichen Maschinen durch einen dritten fertig montieren und begann mit dem Betrieb. In zwei Prozeßeingaben vom 14. Mai und 26. Juni 1895 machte er sodann das Vorhandensein einer Reihe von Mängeln geltend, denen zufolge die von den Klägern gelieferten Maschinen unbrauchbar seien. Nach Durchführung des Beweisverfahrens hieß die erste Instanz das erste, auf Bezahlung des rückständigen Werklohnes gerichtete Rechtsbegehren der Kläger im Betrage von 13,150 Fr. 15 Cts. samt Zins zu 5 % seit 1. November 1894 gut, wies dagegen die übrigen Rechtsbegehren der Kläger, sowie auch die Widerklage ab. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte die

Appellation an das Obergericht. Unter Aufrechterhaltung seines vor 1. Instanz eingenommenen Standpunktes, daß er wegen Mängel des Werkes zur Wandelung berechtigt sei, erhob er eventuell die Einrede der Preisminderung. Am 5. April 1898 fällt hierauf die Appellationskammer, nachdem sie über die Beschaffenheit der gelieferten Maschinen, die Ursache und die Bedeutung der konstatierten Mängel, an Stelle der von der ersten Instanz eingeholten, aber ganz ungenügenden Expertise, eine neue Expertise angeordnet hatte, das eingangs Fakt. A mitgeteilte Urteil. In demselben wird ausgeführt, daß die vom Beklagten gegenüber der Forderung auf Bezahlung des Werklohnes erhobene Mängelrüge rechtzeitig stattgefunden habe, und daß eine Rückbietung des Werkes auch dadurch nicht ausgeschlossen sei, daß der Beklagte dasselbe während einer gewissen Zeit, bezw. mit Bezug auf den Dampfkessel und die Dampfmaschine in Gebrauch genommen und bis zur Stunde betrieben, sowie bei der Montierung einzelne Teile desselben verändert habe. Sodann stellt das Urteil als Ergebnis der Expertise fest: die Gesamtdisposition des von den Klägern gelieferten Werkes werde namentlich wegen der zu tiefen Lage der Sohle von den Experten als unzuweckmäßig und teilweise veraltet bezeichnet; doch entspreche dasselbe in der Hauptsache den dem Beklagten übergebenen Plänen, mit Ausnahme der Abänderungen, welche sich bei der Montierung als notwendig herausgestellt hätten. An den einzelnen Bestandteilen des Werkes werden dagegen mannigfache Mängel und Konstruktionsfehler konstatiert. Immerhin seien diese Mängel nicht derart, daß deshalb das ganze Werk als unbrauchbar bezeichnet werden könnte. Die Experten bezeichnen vielmehr als vollständig unbrauchbar nur die Ziegelmachine und den Thonschneider, nebst den dazu gehörigen Mundstücken und nachgelieferten Reserveteilen. Das damit in Verbindung stehende Walzwerk werde von ihnen als verwendbar erklärt, sofern an demselben die nötigen konstruktiven Verbesserungen vorgenommen werden, wofür ein Kostenaufwand von 240 Fr. in Anschlag gebracht werde. Die übrigen von den Experten hervorgehobenen Mängel der Konstruktion seien nach ihren Angaben bereits bei der Montierung gehoben worden, und die hierdurch verursachten Kosten in der von ihnen vorgenommenen Berechnung der Montierungskosten mitberücksichtigt, wobei die

unbrauchbaren Bestandteile durch neue ersetzt worden seien. Bezüglich der Kurbelachse der Dampfmaschine, die durch einen Wasserstoß verbogen worden sei, treffe nach den Ausführungen der Experten die Hauptschuld den Beklagten resp. dessen Angestellte, so daß die Kläger hierfür nicht aufzukommen haben. Im übrigen bezeichnen die Experten sowohl die Dampfmaschine als den Dampfkessel als brauchbar und den gegebenen Zusicherungen hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit entsprechend, wenn auch erstere nach den heutigen Anforderungen etwas schwach sei. Aus den erwähnten Feststellungen folgerte nun die Vorinstanz, daß jedenfalls von einer Rückbietung des Werkes als ganzes, wie sie vom Beklagten in erster Linie verlangt werde, nicht die Rede sein könne; wohl aber erscheine es als zulässig, daß den Klägern diejenigen Teile, welche von den Experten als unbrauchbar erklärt worden seien, zurückgeboten und daher ein verhältnismäßiger Abzug am vereinbarten Werklohne gemacht werde, nämlich die Ziegelpresse und der Thonschneider, deren Wert durch die Expertise für den Fall der Neuanschaffung auf 3250 Fr. für die Ziegelpresse, und 2817 Fr. 50 Cts. für den Thonschneider, veranschlagt werde, wozu noch die Kosten für die separat bestellten und verrechneten Mundstücke (268 Fr.) und Reserveteile (400 Fr.) hinzukommen. Nach der Expertise sei eine Trennung und Ausscheidung dieser Teile vom übrigen Werk ohne unverhältnismäßige Nachteile, allerdings mit einem Kostenaufwand von circa 600 Fr. (für das Herauspressen und Neuherstellen der Fundamente), möglich. Im weiteren haben die Kläger dem Beklagten Ersatz zu leisten für die Kosten der richtigen Instandstellung des Walzwerkes, die laut Expertise 240 Fr. betragen. Die übrigen von den Experten als notwendig bezeichneten Reparaturen und Verbesserungen seien in der Rechnung für Montierungskosten begriffen, für welche die Kläger, da die Montage ihre Sache gewesen sei, aufzukommen haben. Wenn diese Kosten, auch in dem von den Experten festgesetzten Betrage von 4280 Fr., sich höher, als gewöhnlich berechnet werde (nämlich 10 %), stellen, so finde dies doch seine natürliche Erklärung darin, daß die Montage infolge der Weigerung der Kläger durch dritte, mit dem Werk nicht näher vertraute Personen, habe ausgeführt werden müssen, und deshalb jedenfalls höher zu stehen gekommen sei, als wenn die Kläger sie durch ihre eigenen

Deute ausgeführt hätten. Übrigens sei dabei auch zu berücksichtigen, daß in den Montierungskosten eben noch die nicht unerheblichen Reparaturkosten inbegriffen seien. Demnach stelle sich die Abrechnung bezüglich der Hauptklage folgendermaßen:

Der den Klägern laut dem Vertrage zukommende Werklohn belaufe sich auf 21,500 Fr. Die weiteren von der Vorinstanz gutgeheißenen Kosten für Extraleistungen, nämlich:

Fr. 268 — für Mundstücke,

„ 400 — für Reserveteile,

„ 72 30 Reisekosten eines zweiten Monteurs, kommen in Wegfall, da die betreffenden Stücke laut Expertise unbrauchbar und die Auslagen für den Monteur nutzlos gewesen seien.

Von obiger Summe von 21,500 Fr. seien in Abzug zu bringen:

1. Die in Erwägung 6 des erstinstanzlichen Urteils genannten Gegenleistungen des Beklagten nämlich:

Fr. 7,000 — geleistete Anzahlung,

„ 1,947 15 bezahlte Frachtkosten,

„ 108 — Vorschuß an Monteur,

„ 35 — Prozeßentschädigung im Arrestverfahren, worüber unter den Parteien kein Streit mehr bestehe,

2. „ 3,250 — für die Ziegelpresse,

3. „ 2,817 50 für den Thonschneider,

4. „ 800 — für Fracht- und Zollaussagen für Neuanschaffung dieser beiden Maschinen,

5. „ 600 — für Montierungskosten dieser Maschinen,

6. „ 600 — für Änderung der Fundamente,

7. „ 240 — für Instandstellung des Walzenwerkes,

8. „ 665 — für 8 neue Mundstücke,

9. „ 4,280 — Montierungskosten (der gelieferten Maschinen).

Sa. Fr. 22,342 65, so daß sich zu Gunsten des Beklagten nach Abzug von

„ 21,500 — eine Saldoforderung ergebe von

Fr. 842 65.

Bezüglich der Widerklage kommen nach dem Gesagten, da die vom Beklagten gemachten Gegenleistungen und die Montierungskosten bereits von der Klagesumme in Abzug gebracht seien, nur noch die Schadenersatzforderung des Beklagten in Betracht, die in der Hauptsache darauf gestützt werde, daß die Kläger die Ausführung der Montierung grundlos verweigert, und den Beklagten durch Auswirkung eines Arrestes an deren Vornahme gehindert haben. Dieser Standpunkt des Beklagten sei prinzipiell begründet. Die Kläger seien zu dem bezeichneten Vorgehen wegen der Nichtleistung der geforderten Sicherheit nicht berechtigt gewesen. Offenbar seien die Parteien davon ausgegangen, daß der Eigentumsvorbehalt trotz der Montierung zulässig und rechtswirksam sei. Inwiefern diese Annahme unrichtig gewesen sei, brauche nicht erörtert zu werden, da die Kläger es unterlassen haben, gegen den die Fertigung des Vorbehaltes ablehnenden Notar den Beschwerdeweg zu betreten. Die Entscheidung hätte wohl lediglich davon abgehangen, ob die betreffenden Maschinen nach ihrer Montierung als Theile oder als Zubehör der Liegenschaft gemäß §§ 49 und 50 des privatrechtlichen Gesetzbuches zu betrachten gewesen wären. Dafür, daß der Beklagte sich bei Ausstellung dieses Vorbehaltes nicht ebensovohl im guten Glauben befunden habe, wie die Kläger, liege nichts genügendes vor. Bezüglich des Quantitativen der Schadenersatzforderung des Beklagten sei davon auszugehen, daß die Montierung bei richtiger Ausführung bis etwas nach Mitte August 1894 hätte vollendet werden und das Werk dem Betriebe übergeben werden können. Daß Umstände, welche dem Beklagten zur Last fallen, wie mangelhafte bauliche Vorbereitungen, die Montierung gehindert hätten, sei in keiner Weise dargethan, oder genügend zum Beweise verstellt worden. Demgemäß hätte der Beklagte noch circa 1½ Monate (bis Anfangs Oktober, mit welchem Zeitpunkte die Saison für den Ziegeleibetrieb laut Expertise zu Ende gehe) mit den Maschinen arbeiten können. Der hierbei zu erzielende und in Rechnung zu bringende Nettogewinn werde von den Experten auf rund 50 Fr. per Tag berechnet, was für die erste Betriebszeit jedenfalls genügen dürfte. Sege man demnach für den Herbst 1894 einen Ausfall von circa 40 Arbeitstagen zu Grunde, so ergebe sich für diese Zeitperiode

eine Schadenersatzsumme von rund 2000 Fr., auf welche der Beklagte Anspruch zu machen berechtigt sei. Dagegen rechtfertigte es sich, die Schadenersatzforderung für die spätere Zeit (seit Wiederbeginn der Betriebsaison) nicht mehr zu berücksichtigen; da der Beklagte seit Mitte Februar die Montierung selber in Angriff genommen habe, so dürfe angenommen werden, daß er dieselbe auch bis zum Beginn der Betriebsaison hätte vollenden können.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitfrage ist nicht bestritten, und auch unbestreitbar vorhanden. Daß in dem Vertrag, auf welchen die Klage sich gründet, Magdeburg als Erfüllungsort bezeichnet ist, steht der Anwendbarkeit des eidg. Rechts nichts entgegen. Denn einerseits befindet sich diese Bestimmung im Widerspruch mit dem übrigen Inhalt des Vertrages, wonach die Kläger die bestellte Anlage in Männedorf, dem Wohnorte des Beklagten, abzuliefern, und daselbst zu montieren hatten, so daß demnach der Erfüllungsort für sie nicht ihr eigener Wohnort, Magdeburg, sondern der in der Schweiz gelegene Wohnort des Beklagten war. Andererseits haben sich beide Parteien im Prozesse ausschließlich auf das schweizerische Recht berufen, und dadurch anerkannt, daß sie für die Entscheidung der streitigen Fragen dieses Recht von Anfang an als maßgebend betrachteten. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts hat aber der Richter, soweit es die der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts anbelangt, dasjenige örtliche Recht zur Anwendung zu bringen, welches die Parteien beim Vertragschlusse als maßgebend erachtet haben (s. bundesger. Entsch., Amtl. Samml., Bd. XVI, S. 795, E. 3).

3. Nachdem sich die Kläger bei dem Entscheide der ersten Instanz beruhigt haben, durch welchen ihre Rechtsbegehren 2 bis und mit 4 abgewiesen worden sind, bleibt von der Hauptklage lediglich die mit dem ersten Rechtsbegehren gestellte Forderung aufrecht, und zwar in dem von der ersten Instanz gutgeheißenen Betrage von 13,150 Fr. 15 Cts, nebst Zins zu 5 % seit 1. November 1894. Dieses erste Rechtsbegehren stellt sich rechtlich als Erfüllungsklage aus Werkvertrag dar. Denn die Kläger fordern damit vom Beklagten die Vergütung, welcher dieser durch

den Vertrag vom Mai 1894 für die Lieferung des von den Klägern übernommenen Werkes zu leisten sich verpflichtet hat, soweit dieser Verpflichtung nicht bereits durch die im Urteil der ersten Instanz näher bezeichneten Leistungen des Beklagten ein Genüge gethan ist. Darüber, daß jener Vertrag sich als Werkvertrag qualifiziert, gehen beide Parteien einig und kann auch ein begründeter Zweifel nicht obwalten. Die durch denselben bezweckte Leistung der Kläger bestand nicht etwa in der Lieferung einer bereits fertigen Sache, noch erschöpfte sie sich in der Leistung einer für den Beklagten auszuführenden Arbeit, so daß es sich weder um einen Kauf noch um einen Dienstvertrag handeln kann; sondern sie sollte in der Herstellung eines näher bestimmten Arbeitsproduktes, in der Fertigstellung eines Werkes bestehen, gegen Vergütung des vertraglich vereinbarten Lohnes. Auf das zwischen den Parteien durch den genannten Vertrag begründete Rechtsverhältnis finden daher die besondern Bestimmungen des zwölften Titels des Obligationenrechts, über den Werkvertrag, Anwendung.

4. Die Einrede der mangelnden Fälligkeit der klägerischen Forderung ist von der Vorinstanz mit dem Hinweis darauf zurückgewiesen worden, daß die Montage (wenn auch durch den Beklagten selbst) thatsächlich vorgenommen worden sei, und das Werk demnach als vollständig abgeliefert erscheine. Da der Beklagte gegen das Urteil der Vorinstanz die Berufung nicht ergriffen, und auch heute die Fälligkeit der Forderung (mit Recht) eventuell nicht mehr bestritten hat, so braucht auf diese Einrede nicht mehr eingetreten zu werden.

5. In zweiter Linie hat der Beklagte die Pflicht zur Bezahlung des geforderten Werklohnes aus dem Grunde bestritten, weil das Werk an Mängeln leide, die es für ihn unbrauchbar machen, weshalb ihm das Recht zustehe, dasselbe den Klägern zurückzubieten. Eventuell fordert er wegen dieser Mängel einen dem Mindervert entsprechenden Abzug am vereinbarten Werklohn. Die Berücksichtigung dieser Einrede hat nach Art. 375 und 361 O.-R. zur Voraussetzung, daß das Werk nach der Ablieferung vom Besteller, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich war, auf dessen Beschaffenheit hin geprüft, und der Unternehmer

von den zu Tage getretenen Mängeln in Kenntnis gesetzt worden sei, soweit es nicht Mängel betrifft, die bei ordnungsmäßiger Prüfung nicht erkennbar, oder die vom Unternehmer arglistig verschwiegen worden waren. Daß es sich hier um derartige verborgene, oder arglistig verschwiegene Mängel handle, ist jedoch in casu nicht behauptet worden. Fragt es sich zunächst, wann die Ablieferung des Werkes stattgefunden habe, so kann darüber kein Zweifel bestehen, daß dieselbe erst mit dem Zeitpunkte als geschehen betrachtet werden kann, wo die Montierung durch den Beklagten beendet war, indem eben zur Fertigstellung des von den Klägern übernommenen Werkes auch die, ihnen nach dem Vertrage obliegende Montierung gehörte. Wenn die Kläger hiegegen einwenden, sie seien ihrer Verpflichtung zur Montierung dadurch enthoben worden, daß der Beklagte die ihnen versprochene Sicherheit nicht geleistet habe, also seinerseits bereits mit der Vertragsverletzung im Verzuge gewesen sei, so erscheint dieser Standpunkt, soweit er die Hauptklage betrifft, als völlig verfehlt. Denn der Umstand, daß der Beklagte, wie die Kläger behaupten, seinerseits mit der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen im Verzuge war, ändert daran, daß die Montage den Klägern oblag, und der Vertrag ihrerseits daher erst mit Fertigstellung derselben erfüllt wurde, nichts. Ob aber die behauptete Nichterfüllung seitens des Beklagten die Kläger von der Verpflichtung, ihrerseits zu erfüllen, befreit habe, kommt hier deswegen nicht in Frage, weil es sich nicht um eine Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung des Vertrages, sondern um die Erfüllungsklage handelt, und diese notwendig voraussetzt, daß die Kläger ihrerseits erfüllt haben. Davon, daß etwa der Beklagte durch die Nichtleistung der Sicherheit den Klägern die weitere Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen verunmöglicht habe, kann keine Rede sein, und es ist dies auch nicht behauptet worden. Wollten daher die Kläger aus der Nichterfüllung der fraglichen Verpflichtung des Beklagten für sich das Recht herleiten, von ihren weiteren vertraglichen Leistungen abzustehen, so konnte dies nur in dem Sinne geschehen, daß sie damit den Vertrag als aufgelöst betrachteten; von diesem Standpunkte aus blieb ihnen aber nur die Rücknahme des bereits Geleisteten und die Forderung auf Schadenersatz wegen Nichterfül-

lung übrig, während selbstverständlich von der Erfüllungsklage alsdann nicht mehr die Rede sein konnte. Die Hauptklage setzt somit notwendig voraus, daß die Kläger die vom Beklagten ausgeführte Montierung als die an ihrer Stelle bewirkte Fertigstellung des Werkes anerkennen, wonach denn kein Zweifel mehr darüber bestehen kann, daß die Frist zur Bemängelung erst von der Beendigung der Montierung an zu laufen begann. Die Mängelanzeige erfolgte nun unbestrittenermaßen erst durch die Prozeßeingaben des Beklagten vom 14. Mai und 26. Juni 1895. Wann die Montierung fertig erstellt wurde, ist nach den Akten nicht genau feststellbar. Begonnen wurde damit im Februar 1895. Über deren Beendigung enthält das Urteil der Vorinstanz keine Feststellung und die erste Instanz erklärt nur, daß sie jedenfalls erst nach dem Monat März erfolgte. Wird jedoch im Zusammenhang mit dieser letztern Thatsache in Betracht gezogen, daß laut der für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz auch nach der Montierung noch eine gewisse Zeit dazu erforderlich war, um die gelieferten Maschinen in Betrieb zu setzen, und dabei allfällige Mängel derselben zu konstatieren, so erscheint es nicht als rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanz die in den beiden genannten Prozeßeingaben erstattete Mängelanzeige als rechtzeitig erfolgt angesehen hat. In Hinsicht auf die erforderliche Bestimmtheit und Vollständigkeit ist gegen die Anzeige nichts einzuwenden, und es haben sich denn auch die Kläger in dieser Richtung zu keiner Bemerkung veranlaßt gesehen.

6. Muß sich weiter fragen, ob nicht in casu die dem Besteller nach Art. 358 D.-R. zustehenden Rechte deshalb verwirkt seien, weil der Beklagte, wie nach den Feststellungen der kantonalen Instanzen nicht bestritten werden kann, die Maschinen, wenigstens teilweise, fortgesetzt in Gebrauch hatte, so ist zu bemerken: So lange der Betrieb des gelieferten Werkes zur Prüfung seiner vertragsmäßigen Beschaffenheit erforderlich ist, kann in diesem Betrieb selbstverständlich eine Genehmigung nicht erblickt werden. Nachdem aber die Mängel zu Tage getreten sind, muß der Besteller sich darüber klar sein, ob das Werk für ihn überhaupt brauchbar sei oder nicht, und er wegen der Mängel genötigt sei, dasselbe dem Unternehmer zurückzubieten, oder ob zu seiner Schadloshal-

tung ein entsprechender Lohnabzug hinreiche. Setzt er den Gebrauch trotz der konstatierten Mängel fort, so muß grundsätzlich darin der Verzicht erblickt werden, daselbe dem Unternehmer zurückzuweisen; denn der Besteller darf nicht selbst über daselbe verfügen, wenn er es dem Unternehmer zur Verfügung stellen will. Dagegen liegt kein genügender Grund dafür vor, in dem fernern Gebrauch ohne weiteres auch die Erklärung zu erblicken, daß der Besteller das mangelhafte Werk, dessen Mängel er dem Unternehmer rechtzeitig und in gehöriger Form angezeigt hat, als vertragsgemäß geliefert anerkennen wolle. Soweit ihm also, auch wenn er das gelieferte Werk behält, ein Anspruch wegen Mängel desselben gegen den Unternehmer zusteht, verwirkt er denselben durch die weitere Verfügung über daselbe nicht, und bleibt danach in casu dem Beklagten, trotz des konstatierten Gebrauchs, zwar nicht der Wandlungs-, wohl aber der Preisminderungsanspruch, bezw. die Forderung auf einen entsprechenden Abzug am Werklohn unbenommen. Wenn nun auch nicht nachgewiesen ist, daß der Beklagte über sämtliche Maschinen weiter verfügt habe, so ist dennoch, nach dem Gesagten, der Wandlungsanspruch bezüglich aller ausgeschlossen; denn das Werk ist, nach dem Vertrage, unzweifelhaft als einheitliches Ganzes aufzufassen, wie schon die Vereinbarung der Vergütung in Form einer Pauschalsumme beweist, und läßt sich daher die Rückbietung bloß einzelner Teile, weil dieselben ohne Schwierigkeit aus der gesamten Anlage leicht auszuscheiden seien, nicht rechtfertigen. Es ist demnach lediglich zu prüfen, ob und in welchem Umfange wegen der geltend gemachten Mängel ein Abzug am Werklohn, und eventuell ein Anspruch auf Schadenersatz begründet sei.

7. Als mangelhaft erweist sich das gelieferte Werk nach den auf die Expertise sich gründenden Feststellungen der Vorinstanz, welche, weil rein tatsächlicher Natur und mit den Akten nicht im Widerspruch, für das Bundesgericht verbindlich sind, zunächst bezüglich der Ziegelpresse und des Thonschneiders, samt den dazu gelieferten Mundstücken und Reserveteilen. In welchem Umfange ein Minderwert der gesamten Anlage aus den bei diesen Teilen konstatierten Mängeln resultiere, ist den Feststellungen der Vorinstanz mit Sicherheit nicht zu entnehmen, da eben die Vorinstanz

die Rückbietung derselben für zulässig erachtet, und von diesem Standpunkt aus die Kläger einfach zur Bezahlung der Neuanschaffung und neuen Montierung der betreffenden Teile verpflichtet hat. Die Vorinstanz erklärt zwar, daß der Minderwert des ganzen Werkes mit Rücksicht auf die Mängel dieser Bestandteile wohl annähernd deren Erstellungs- resp. Neuanschaffungswerte gleichkommen würde, allein eine bestimmte Feststellung kann hierin nicht erblickt werden, und es ist daher die Sache zur Vornahme dieser Feststellung und neuer Beurteilung auf Grund derselben an die Vorinstanz zurückzuweisen. In Beziehung auf das Walzwerk sodann ist den Ausführungen der Experten lediglich zu entnehmen, daß daselbe nicht zweckmäßig konstruiert sei; daß daselbe für den Beklagten nicht verwendbar sei, behaupten die Experten nicht, und es kann auf Grund der Expertise der Beweis nicht als geleistet betrachtet werden, daß es sich hier wirklich um solche Mängel handle, für welche der Unternehmer nach Art. 358 O.-R. aufzukommen hat. Der Lohnabzug von 240 Fr., welchen die Vorinstanz hier gemacht hat, erscheint demnach nicht genügend gerechtfertigt.

8. Was endlich die Montierungskosten betrifft, so ist der Vorinstanz darin beizupflichten, daß dieselben grundsätzlich den Klägern zur Last fallen; denn die Montierung lag laut Vertrag den Klägern ob; wenn sie daher vom Beklagten die Erfüllung des Vertrages verlangen, müssen sie nach dem bereits oben Gesagten die Vornahme der Montierung durch den Beklagten, nachdem sie selbst dieselbe nicht bewirkt hatten, gegen sich gelten lassen, und haben deshalb für den dafür erforderlichen Aufwand einen entsprechenden Abzug an dem in Bausch und Bogen vereinbarten Werklohn sich gefallen zu lassen. Nun erklären die Experten, es sei üblich, die Gesamtmontagekosten bei großer Entfernung von der Fabrik mit 10 % der Gesamtsumme anzusetzen, wonach die Kosten der Montage in casu auf 2150 Fr. gekommen wären, einen Betrag, von dem die Experten finden, er sei hoch genug und hätte nicht überschritten werden dürfen. Wenn nun zwar zu berücksichtigen ist, daß in der vom Beklagten diesfalls gestellten Forderung von 4280 Fr. die nicht unerheblichen Reparaturkosten inbegriffen sind, und ferner mit der Vorinstanz in Betracht gezo-

gen wird, daß die Montage infolge der Weigerung der Kläger durch dritte, mit dem Werke nicht näher vertraute Personen ausgeführt werden mußte, so erscheint die Differenz gegenüber dem von den Experten als gerechtfertigt erklärten Kostenbetrag immerhin so groß, daß die Kläger nicht zum Ersatz des vollen, vom Beklagten unter diesem Titel geforderten Betrages verpflichtet werden können, und ist unter allen Umständen den von der Vorinstanz hervorgehobenen Momenten hinreichend Rechnung getragen, wenn dem Beklagten für Kosten der Montierung, mit Inbegriff der Reparaturkosten im Ganzen 3000 Fr. zuerkannt werden. Daß die Montierung (mit Inbegriff der Reparaturen) den Beklagten tatsächlich den geforderten Betrag von 4280 Fr. gekostet hat, kann schon deshalb nicht entscheidend in Betracht fallen, weil der Beklagte bei der Aufforderung an die Kläger, die Montierung vorzunehmen, denselben eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung dieser Verpflichtung überhaupt nicht eingeräumt hat, und auch darin inkorrekt verfahren ist, daß er sich ohne weiteres über das von der ersten Instanz erlassene Verbot, irgend welche Veränderungen an den Maschinen vorzunehmen, hinweggesetzt hat.

9. In Bezug auf die mittels der Widerklage geltend gemachten Schadenersatzforderungen des Beklagten ist das angefochtene Urteil zu bestätigen. Dieselbe gründet sich darauf, daß die Kläger die Ausführung der Montierung grundlos verweigert, und den Beklagten durch Auswirkung eines Arrestes an deren Vornahme gehindert haben. Abgesehen davon, daß die Kläger ihren Standpunkt, wonach der Beklagte nicht berechtigt gewesen wäre, die gelieferten Maschinen zu montieren, und über dieselben zu verfügen, durch Anhebung der Erfüllungsklage selbst aufgegeben haben, war ihre Weigerung, die Montierung selbst auszuführen, und die Hinderung des Beklagten, dies seinerseits zu thun, nicht begründet. Daß die notarialische Eintragung des Eigentumsvorbehaltes infolge eines Verschuldens des Beklagten unterblieben sei, ist nicht nachgewiesen; gegenteils sind beide Parteien im Prozesse übereinstimmend von der Auffassung ausgegangen, daß es sich hier um eine rechtlich unmögliche Verpflichtung des Beklagten gehandelt habe. Da ferner nach dem ursprünglichen Vertrag der Beklagte über-

Haupt zu einer Sicherheitsleistung nicht verpflichtet war, konnte die nachträgliche Einwilligung desselben dazu, eine solche in Form des Eigentumsvorbehaltes zu leisten, mangels besonderer Vereinbarung, nicht die Meinung haben, daß der Beklagte auch für den Fall, daß die versprochene Sicherheit ohne sein Verschulden nicht zu bewirken wäre, seinen Anspruch auf Vollendung des Werkes verlieren, bezw. der Vertrag für die Kläger überhaupt unverbindlich sein sollte. Da somit, wie die Kläger selbst angenommen haben, davon auszugehen ist, es sei dem Beklagten die Erwirkung des Eigentumsvorbehaltes nicht möglich gewesen, und derselbe eine anderweitige Sicherheit nicht versprochen hat, bestand für die Kläger kein rechtmäßiger Grund, von der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung abzustehen, und sind dieselben daher dem Beklagten für ihr vertragswidriges Verhalten schadenersatzpflichtig. Was die Höhe des Schadenersatzes anbelangt, so kann diesfalls einfach auf die durchaus zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird hinsichtlich der Hauptklage dahin als begründet erklärt, daß das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich aufgehoben, und die Sache zur neuen Beurteilung rücksichtlich der Minderwertseinrede an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, in dem Sinne, daß von dem Werklohn nicht in Abrechnung gezogen werden 240 Fr. für Instandstellung des Walzwerkes, und daß für Montierungskosten bloß 3000 Fr. abgezogen werden. Hinsichtlich der Widerklage wird das Urteil der Appellationskammer in dem Sinne bestätigt, daß die Kläger dem Beklagten 2000 Fr. Schadenersatz zu leisten haben.