

hat die Vorinstanz zunächst mit Recht darauf hingewiesen, daß der Beklagte sich vor Beginn des Prozesses, wie sich insbesondere aus der bei den Akten liegenden Korrespondenz ergibt, über diesen Punkt niemals beklagt hat. Es ist daher schon aus diesem Grunde kaum anzunehmen, daß es sich hierbei um einen „unerträglichen“ Übelstand gehandelt habe, wie doch Art. 292 ausdrücklich voraussetzt. Daß bezüglich der Anwendbarkeit dieses Artikels auf die Nichterwähnung des Sodbrunnens im Mietvertrag sowie auf das Fehlen einer mündlichen oder schriftlichen Garantie eines bestimmten Wasserquantums nichts ankommt, ist bereits bemerkt worden. Dagegen ist noch zu konstatieren, einmal, daß weder dargetan noch auch nur behauptet worden ist, es sei dem Wassermangel nicht abzuhelpen gewesen, und sodann namentlich, daß es sich bei dem gerügten Wassermangel zweifellos um einen voraussehbaren Übelstand handelt. Denn selbst wenn feststände, daß bei der Berücksichtigung des Mietobjektes vor Vertragsabschluß genügend Wasser vorhanden war, so lag es doch in der Natur der Sache, daß das Wasserquantum nicht stets das gleiche bleiben, sondern je nach der Jahreszeit und den Witterungsverhältnissen bedeutend variieren werde. Insofern ist richtig, was die Vorinstanz andeutet, daß der Beklagte, wenn dieser Punkt wirklich von so großer Wichtigkeit für ihn war, wie er es im Prozesse behauptet, die Aufnahme einer bezüglichen Garantie in den Vertrag hätte verlangen müssen. Alsdann wäre er gegebenen Falles in der Lage gewesen, auf Grund von Art. 277 OR vorzugehen. Daß er es nun aber unterlassen hat, sich in dieser Weise zu sichern, berechtigt ihn selbstverständlich nicht zur Anrufung von Art. 292, dessen Voraussetzungen, wie dargetan, im vorliegenden Falle nicht erfüllt sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 9. Juli 1907 bestätigt.

87. Urteil vom 29. November 1907

in Sachen **Schuler**, Kl. u. Ber.=Kl., gegen **Oeffiker und Genossen**, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Rückbürgschaft. Rückgriff des Rückbürgen gegen die Mitbürgen des Vorbürgen. Art. 504 OR.

A. Durch Urteil vom 26. April 1907 hat das Kantonsgericht von Graubünden über die Klagebegehren:

„Die Beklagten sind pflichtig, dem Kläger den Betrag von „3557 Fr. 25 Cts., d. h. ein jeder je 1185 Fr. 75 Cts., zu bezahlen, plus Zins à 5 % seit 28. Mai 1905“

auf Appellation der Beklagten gegen das die Klage gutheißende erstinstanzliche Urteil hin erkannt:

Die Appellation wird gutgeheßen und die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Er beantragt, in Abänderung des angefochtenen Urteils sei die Klage in vollem Umfange gutzuheßen.

C. Die Beklagten haben auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Sohn des Klägers, Joseph Maria Schuler, stellte für einen Teil einer Schuld an einen gewissen Truog in Chur zwei Wechsel von je 5000 Fr. aus, die der Kläger unterzeichnete, nach Feststellung der I. Instanz als Wechselbürge, nach derjenigen der II. Instanz als Wechselacceptant. Während der erste dieser Wechsel nach Fälligkeit bezahlt wurde, wurde der zweite prolongiert und am 2. August 1894 mangels Zahlung protestiert. Am 3. August 1894 stellten nun der Kläger und sein Schwiegersohn Imhof einen Bürgschein folgenden Inhalts auf: „Die Unterzeichneten J. M. Schuler in Schwyz und Balthasar Imhof im „Biertel, Schwyz, erklären dem Herrn Tobias Fessler von Schiers „und Balthasar Nadig, Landwirt in Chur, Hinterbürge und „Zahler zu sein nach dem Formular der Graubündner Kantonalbank von Franken fünf tausend.“ (Datum und Unterschriften.)

Am 8. gleichen Monats nahm Schuler Sohn von der Graubündner Kantonalbank ein Darlehen von 5000 Fr. auf; mit diesem wurde der zweite Wechsel bezahlt. Für dieses Darlehen verbürgten sich Fessler und Nadig solidarisch, auf einem Formular der Graubündner Kantonalbank „für Bürg- und Zahlungsverpflichtung für einen Kredit in laufender Rechnung“. Am 8. Juni 1899 traten an Stelle des Nadig die heutigen Beklagten Dettiker, Latenser und Storz, in die Bürgschaft ein, wobei ein neuer Bürgschein ausgestellt wurde, auf dem Fessler und die drei Beklagten als Bürgen unterzeichneten; am 30. Juni 1900 wurde dieser zweite Bürgschein durch einen dritten, mit den nämlichen Bürgen, ersetzt. Am 23. Oktober 1902 fiel Schuler Sohn in Konkurs. Fessler bezahlte die Darlehensschuld nebst Zinsen und Provisionen am 11. November 1902 mit 5089 Fr. 10 Cts. an die Graubündner Kantonalbank. Er belangte hierauf den Kläger und Imhof als Rückbürgen auf Rückerstattung von 5000 Fr., und das Bundesgericht verurteilte die damaligen Beklagten letztinstanzlich durch Urteil vom 10. März 1905 (US 31 II Nr. 13 S. 88 ff.) zur Zahlung der Klagsumme „unter Abzug einer vom (damaligen) Kläger im Konkurse des Joseph Maria Schuler erhältlichen Konkursdividende“. Der Kläger bezahlte zufolge dieses Urteils am 16. Mai 1905 für sich und seinen Mitbürgen Imhof an Fessler den die Urteilssumme ausmachenden Betrag von 4743 Fr. 01 Cts., wofür ihm Imhof seine sämtlichen Rechts- und Forderungsansprüche gegenüber den heutigen Beklagten abtrat. Mit der vorliegenden Klage verlangt nun der Kläger von den drei Beklagten die Bezahlung von je einem Drittel dieser Summe, d. h. von jedem 1581 Fr. 75 Cts. Demgegenüber haben die Beklagten die Einwendung erhoben, der Kläger habe auf das Rückgriffsrecht verzichtet, und ein Rückgriff sei auch deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger mit der Bezahlung der Bürgschaftsschuld nicht eine fremde, sondern seine eigene Schuld, nämlich seine Schuld aus dem Wechselaccepte, bezahlt habe. Während die erste Instanz unter Verwerfung dieser Einreden zur Gutheißung der Klage gelangt ist, hat die zweite Instanz von dem Standpunkte aus die Klage abgewiesen, daß der Kläger eine eigene Schuld gezahlt habe.

2. Vorerst kann nun diese Argumentation der Vorinstanz nicht durchschlagend sein. Die Schuld, für die sich der Kläger (mit Imhof) als Rückbürge verpflichtet hat, war die Schuld des Schuler Sohn gegenüber der Graubündner Kantonalbank. Es kann daher nicht gesagt werden, daß mit der Bezahlung dieser Schuld eine Schuld des Klägers bezahlt worden sei; es ist sonach auch durchaus irrelevant, ob der Kläger den Wechsel, der für einen Teil der Schuld an Truog ausgestellt wurde, als Wechselacceptant oder als Wechselbürge unterzeichnet hat.

3. Der Kläger hat an Fessler bezahlt als dessen Rückbürge, nachdem dieser seinerseits die Hauptschuld an den Gläubiger gezahlt hat. Er macht nun geltend, er trete seinerseits an die Stelle Fesslers und könne daher auch dessen Rückgriffsrecht gegenüber den Mitbürgen — den heutigen Beklagten — ausüben; er hafte m. a. W. nur für Fesslers Anteil, einen Viertel, und könne die übrigen drei Viertel von den Mitbürgen Fesslers zurückfordern. Dieser Argumentation ist beizutreten. Nachdem der Kläger den einen der Hauptbürgen — Fessler — befriedigt hat, gehen dessen Rechte auf ihn über, und zwar sowohl die Rechte gegen den Hauptschuldner als auch die Rechte gegen die Mitbürgen, um welche letztere es sich im vorliegenden Falle handelt. Er übt dieses Rückgriffsrecht nicht als Rückbürge aus, sondern in seiner Stellung als Bürge, der den einen Mitbürgen befriedigt hat und nun in dessen Rechtsstellung eintritt. Es kann daher auch nicht entgegengehalten werden, daß der Kläger Rückbürge der Beklagten sei und daß somit das ganze Bürgschaftsverhältnis — vorbehaltlich des Rückgriffes auf den Hauptschuldner — auf ihn abgewälzt werden müsse; denn er macht eben nicht seine Rechte als Rückbürge geltend, sondern die Rechte des Fessler, den er befriedigt hat. Den drei an Stelle des Nadig tretenden Beklagten ist überdies der Kläger gar nicht Rückbürge geworden; die Rückbürgschaft bestand nur gegenüber Fessler, nicht gegenüber den Beklagten. Denn der Kläger hat nur für Fessler und Nadig Rückbürgschaft geleistet; indem nun an Stelle Nadigs, in Ersetzung des ursprünglichen Schuldscheins, die drei Beklagten traten, ohne daß die Rückbürgschaftsverpflichtung ihnen gegenüber aufgenommen wurde, wurde diese Verpflichtung im Verhältnis zu den Beklagten

nicht übernommen. Allerdings war Fessler der Graubündner Kantonalbank gegenüber solidarisch verpflichtet und auch der Kläger dem Fessler gegenüber. Aber Fessler hatte den Rückgriff auf seine Bürgen und nachdem der Kläger den Fessler befriedigt hat, gehen dessen Rückgriffsrechte auf ihn, den Kläger, über. Das ist nicht Rückgriff des Rückbürgen auf die Vorbürgen sondern Rückgriff auf die Mitbürgen des Vorbürgen, an Stelle des befriedigten Vorbürgen; dieser ist nach Art. 504 OR zulässig.

4. Daß ein Verzicht des Klägers auf den Rückgriff gegenüber den Beklagten nicht vorliegt, haben beide Vorinstanzen zutreffend dargetan, ohne daß weiteres beizufügen wäre.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt und demgemäß werden die Beklagten, in Abänderung des Urteils des Kantonsgerichts von Graubünden vom 26. April 1907, verurteilt, dem Kläger zusammen den Betrag von 3557 Fr. 25 Cts., d. h. jeder je 1185 Fr. 75 Cts., nebst Zins zu 5 % seit 28. Mai 1905, zu bezahlen.

**88. Urteil vom 30. November 1907 in Sachen
Steiner, Kl. u. I. Ver.-Kl., gegen Zini, Bekl. u. II. Ver.-Kl.**

Haftung des Tierhalters, Art. 65 OR. (Körperverletzung durch ein Pferd.) Mass der Entschädigung (Gesichtsverletzung bei 38jährigem Schuhmachermeister); Schmerzensgeld, Art. 53, 54 OR. Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen (Art. 81 OG).

A. Durch Urteil vom 3. Juli 1907 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:
„Ist der Beklagte verpflichtet, an den Kläger 4500 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. Mai 1906 zu bezahlen?“
erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger 2000 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 11. Mai 1906 zu bezahlen. Die Mehrforderung wird abgewiesen.

B. Beide Parteien haben gegen dieses Urteil rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Der Kläger beantragt: Es sei die Klage im vollen Umfange gutzuheissen.

Der Beklagte stellt dagegen den Antrag: Es sei die von der II. Instanz gesprochene Schadenersatzsumme von 2000 Fr. auf 1000 Fr. zu reduzieren.

C. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je auf Gutheissung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger, der im Jahre 1868 geborene, verheiratete Schuhmachermeister Steiner, wurde am 11. Mai 1906, nachmittags zwischen 4 und 5 Uhr, von einem Pferde des Beklagten geschlagen, als er die Turnhallenstrasse in Zürich III passierte. Es kam ihm dort der Knecht des Beklagten, Rutschmann, entgegen, ein Pferd an der Hand führend, mit dem er von der Tierarzneischule zurückkam; das Pferd schlug, als der Kläger in einer Distanz von zirka 3 1/2 M. vorbeiging, mit den Hinterbeinen aus und traf den Kläger ins Gesicht. Er erlitt einen Bruch von Ober- und Unterkiefer, unter Verlust von Zähnen, und wurde bewusstlos in das Kantonshospital verbracht. Hier blieb er bis 18. Juni 1906. Mit der vorliegenden Klage macht er den Beklagten als Halter des Pferdes, gemäß Art. 65 OR, eventuell gestützt auf Art. 62 eod., für den ihm erwachsenen Schaden verantwortlich; im Laufe des Verfahrens vor erster Instanz hat er sich eine Nachklage für die zur Zeit der Klageeinleitung noch nicht bekannten Folgen des Unfalls vorbehalten. Beide Vorinstanzen haben die Klage aus dem Gesichtspunkte der Haftung des Tierhalters gutgeheissen und dabei in tatsächlicher Beziehung festgestellt, daß das fragliche Pferd des Beklagten nicht vertraut und nicht zuverlässig war, und daß dem Beklagten dies bekannt war. Heute ist, wie aus Fakt. A und B ersichtlich, die grundsätzliche Haftbarkeit des Beklagten nicht mehr bestritten, sondern nur das Quantitativ der dem Kläger zuzusprechenden Entschädigung.

2. In dieser Beziehung hatte der Kläger vor den kantonalen Instanzen folgende Berechnung aufgestellt: