

28,000 Fr. erforderliche Geld bereit gehabt. Im übrigen bestreitet er nicht, rechtzeitig genug von der bevorstehenden Versteigerung erfahren zu haben, um sie verhindern zu können, und letzteres muß auch nach den geltenden Vorschriften (Art. 139 SchRG) angenommen werden.

4. — Hiernach besteht der eingeklagte Gewährleistungsanspruch nicht. Inwieweit dem Kläger aus der gerügten Mehrbelastung anderweitige Ansprüche entstanden sind, ist nicht zu beurteilen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Baselstadt vom 26. September 1913 in allen Teilen bestätigt.

#### 129. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1913 in Sachen Kurz, Bfll. u. Ber.-Kl., gegen Bossong, Kl. u. Ber.-Bfll.

*Der Art. 77 OG schreibt dem Bundesgericht die Aussetzung seines Entscheides für die Fälle, wo auf die Berufung nicht einzutreten ist, nicht zwingend vor. — Das Garantieversprechen betreffend Verpflichtungen des Verkäufers aus einem früheren kantonalrechtlichen Liegenschafts Kauf untersteht ausschliesslich dem eidg. Rechte. — Garantieübernahme dafür, dass der Verkäufer das verkaufte Haus auf einen bestimmten Zeitpunkt fertig erstellen und es « in genau gleicher Art », wie ein anderes Haus, « ausstatten, d. h. kein geringeres Material darin verwenden » werde. Bei verspäteter Fertigstellung ist eine Schädigung des Käufers hinsichtlich der mietweisen Ausnützung zu vermuten. Unter jene Verpflichtung zu gleicher Ausstattung kann nach dem Vertragswortlaut nicht auch die Erstellung von Mädezimmern im Dachstocke fallen.*

1. — Am 27. Oktober 1909 kam zwischen dem Beklagten Kurz und dem Baumeister August Dietschy einerseits und dem Kläger Bossong anderseits ein „Kauf- und Tauschvertrag“ über drei Liegenschaften zustande. Danach verkaufte der Kläger dem Beklagten eine Parzelle in Winterthur für 100,000 Fr. und der Beklagte dem Kläger um den gleichen Preis die Villa „Florida“ in

Zollikon. Dietschy aber verkaufte dem Kläger die Liegenschaften Neue Beckenhofstrasse Nr. 53 und 55 in Zürich IV zum Preise von 150,000 Fr. und 130,000 Fr. Hinsichtlich dieses Kaufes gibt der Vertrag zunächst die Zahlungsbedingungen näher an und bestimmt dann was folgt: „Herr Dietschy verpflichtet sich, unter „Garantie des Herrn Kurz, zum Bezug per 1. April 1910 das „Haus Neue Beckenhofstrasse 55 fertig zu stellen und dasselbe in „genau gleicher Art wie das Haus Nr. 53 auszustatten, d. h. kein „geringeres Material darin zu verwenden.“ Daran anschließend wird bestimmt, daß der Laden und das Souterrain des Hauses Nr. 55 für Bäckerei und Konditorei einzurichten sei und darin ein moderner Backofen erstellt werden müsse. — Am 30. November 1909 wurden die Häuser Nr. 53 und 55 von Dietschy dem Kläger zugefertigt.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger von Kurz Bezahlung von 80,000 Fr., später auf 64,818 Fr. 60 Cts. reduziert, nebst Zins zu 5 % seit dem 1. November 1910 verlangt. . . . Von der reduzierten Klagesumme von 64,818 Fr. 60 Cts. stehen laut den Akten und wie die Parteien auch heute erklärt haben, noch zwei Beträge von 60,000 Fr. und 2200 Fr. in Frage: Die erste Forderung wird damit begründet: Bei der Überprüfung der Renditeangaben vor dem Kaufabschlusse habe der Kläger Gewicht darauf gelegt, daß zu jeder Wohnung ein Mädchenzimmer im Dachstock gehöre. Nach der Fertigung habe sich aber herausgestellt, daß die Baubehörde im Dachstock der vom Kläger erworbenen Häuser als dem 6. Stockwerke keine Dachkammern bewillige, was der Beklagte und Dietschy, der beim Verkauf als sein Strohmann gehandelt habe, gewußt hätten. Durch diese Täuschung sei dem Kläger ein großer Schaden erwachsen, da er die Dienstubenzimmer innerhalb der Wohnung geben müsse und also je ein Zimmer weniger zur Verfügung stellen könne. Der Zinsausfall für die 10 Wohnungen mache kapitalisiert die 60,000 Fr. aus. In rechtlicher Beziehung wurde diese Forderung zunächst auf den Art. 24 und 28 Abs. 2 aOR gestützt, eventuell aber auf das im Kaufvertrag vom 27. Oktober 1909 und im zugehörigen Fertigungsakt enthaltene Garantieversprechen des Beklagten. — Mit der Forderung von 2200 Fr. verlangt der Kläger, ebenfalls unter

Berufung auf dieses Garantieverprechen, Schadenersatz, weil das Haus Nr. 55 nicht am 1. April 1910 vollendet gewesen sei.

Die Vorinstanz hat die Klage für einen Betrag von 13,450 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 22. November 1910 geschützt. Der Beklagte verlangt vor Bundesgericht deren gänzliche Abweisung.

2. — (Darlegung, daß die Art. 24 und 28 und der vorinstanzlich beigezogene Art. 50 aOR, nach der Prozeßklage außer Betracht fallen.)

3. — Damit verbleibt noch der in der Klage eingenommene Eventualstandpunkt, daß der Beklagte aus seinem in den Kaufvertrag vom 27. Oktober 1909 aufgenommenen Garantieverprechen hafte. Hierbei erhebt sich zunächst die Frage der bundesgerichtlichen Zuständigkeit.

Bereits das Kassationsgericht hat diese Frage eingehend erörtert, indem es von der Annahme ausging, der Art. 77 OG schreibe „ausdrücklich und ausnahmslos“ vor, daß das Bundesgericht als Berufungsinstanz seinen Entscheid bis nach dem der kantonalen Kassations- und Revisionsinstanz auszusprechen habe; daher müsse das zürcherische Kassationsgericht stets vor dem Erlass eines bundesgerichtlichen Entscheides die Frage prüfen, ob gegen das auch bei ihm angefochtene Urteil die Berufung zulässig und somit laut § 345 der kantonalen ZPO die Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig sei. — Diese Auslegung des Art. 77 OG hält sich aber zu streng an den Wortlaut und wird dem Sinn und Zweck der Bestimmung nicht gerecht: Der Artikel will dem Bundesgericht eine Aussetzung der Entscheidung dann nicht zwingend vorschreiben, wenn auf die Berufung wegen Formmangels nicht einzutreten ist oder wenn sie sich wegen Fehlens einer objektiven Voraussetzung, namentlich also wegen Nichtanwendbarkeit eidgenössischen Rechts, als unzulässig darstellt (vergl. Weiß, Berufung, S. 135 Ziff. 3). In solchen Fällen hat denn auch bereits bisher das Bundesgericht Berufungen von der Hand gewiesen, bevor ein Entscheid der kantonalen Kassations- oder Revisionsinstanz vorlag (vergl. US 32 II S. 566 Erw. 3). Von einer nähern Begründung dieses Standpunktes läßt sich indessen absehen, weil sachlich der Ansicht des Kassationsentscheides beizustimmen ist, daß die streitige Vertragsklausel sich ausschließlich nach Bundesrecht beurteile:

Ihrem rechtlichen Inhalt nach ist nämlich diese Klausel, soweit den Beklagten betreffend, als Garantieverprechen aufzufassen und als solches enthält sie eine selbständige, dem OR unterstehende Verpflichtung zur Gewährleistung, nicht nur ein dem Kaufvertrag inhärierendes, rein akzessorisches Haftungsverhältnis (vergl. US 24 II S. 117 und 177; 27 II S. 65). Fragen ließe sich zwar, ob bei ihrer Auslegung das kantonale Liegenschaftsrecht nicht wenigstens in einem Punkte von präjudizieller Bedeutung sei: soweit nämlich zu prüfen ist, welche Verpflichtungen der Verkäufer Dietsch übernommen hat, um daraufhin beurteilen zu können, auf was sich die Verpflichtung des Beklagten als Garanten erstreckt. Allein in Wirklichkeit handelt es sich beim streitigen Garantieverprechen doch um eine einheitliche Willenserklärung des Garanten, die von der des Verkäufers verschieden ist und sich nicht in einzelne Bestandteile trennen läßt. Eine solche selbständige und einheitliche Erklärung aber kann nicht zum Teil vom eidgenössischen und zum Teil vom kantonalen Rechte beherrscht sein, sondern ausschließlich nur vom erstern, dem das Garantieverprechen als solches untersteht.

4. — Nach dem Wortlaut der streitigen Klausel hat nun der Beklagte für zwei Verpflichtungen des Verkäufers Dietsch garantiert: nämlich für die Verpflichtung, „zum Bezuge per 1. April 1910 das Haus Neue Beckenhofstraße Nr. 55 fertigzustellen“, und für die weitere Verpflichtung, „dasselbe in genau gleicher Art wie das Haus Nr. 53 auszustatten, d. h. kein geringeres Material darin zu verwenden“.

a) Was die erste Verpflichtung und das Garantieverprechen, soweit es sich auf sie bezieht, anlangt, so stellt die Vorinstanz aktengemäß fest, daß am 1. April 1910 tatsächlich noch zur Fertigstellung des Hauses erforderliche Arbeiten rückständig gewesen seien, die in 8 bis 10 Tagen hätten beendet sein können, daß aber trotz Reklamationen des Klägers die noch vorhandenen kleinen Mängel erst im Juni 1910 gehoben gewesen seien. Auf Grund dessen und der von den Parteien nicht beanstandeten Angaben des Expertengutachtens bemißt die Vorinstanz die dem Kläger geschuldete Entschädigung auf 450 Fr., d. h. rund  $\frac{1}{12}$  der Jahreszinse, zu denen die betreffenden Wohnungen vermietet wurden. In allen diesen Be-

ziehungen handelt es sich um eine verbindliche Würdigung tatsächlicher Verhältnisse. Rechtlich zutreffend ist es im übrigen, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, daß ein gewisser Schaden des Klägers hinsichtlich der mietweisen Ausnützung der noch nicht fertiggestellten Wohnungen ohne weiteres als vorhanden anzunehmen sei, und daß der Beklagte die Bedeutungslosigkeit des Verzugs für den Kläger als Käufer hätte nachweisen sollen. In der Tat sind erfahrungsgemäß bezugsfähige Räumlichkeiten eher und vorteilhafter zu vermieten als noch unfertige und damit ist eine Schädigung im Grundsatz, soweit nicht besondere Umstände des Falles sie ausschließen, dargetan.

b) Auf den zweiten Punkt der streitigen Vertragsklausel beruft sich der Kläger hinsichtlich des Schadenersatzes, den er wegen Nichterstellung von Nægbezimmern im Dachstod einklagt. Die Klausel trafe wohl auch in dieser Beziehung auf den Beklagten als Garanten dann zu, wenn der Vertragstext lebighch aussprechen würde, daß der Käufer Dietschy das Haus Nr. 55 genau gleich wie das Haus Nr. 53 „auszustatten“ habe. Alsdann könnte man das Wort „ausstatten“ auch auf die Verhältnisse betreffend die Raumverteilung, also namentlich die Anzahl, örtliche Lage und Größe der einzelnen Zimmer und Kammern beziehen. Man bestimmen aber die Parteien noch besonders den Sinn, in dem sie das Wort verstanden wissen wollen, und zwar geben sie diesem eine engere Bedeutung durch die Beifügung, es sei damit gemeint, daß im Haus Nr. 55 „kein geringeres Material“ verwendet werden dürfe. Diese deutliche und nicht mißverständliche Willensäußerung macht es aber unmöglich, die übernommene Garantie auch auf die Erstellung von Nægbezimmern zu erstrecken, bei der es sich nur um die Raumverwendung, nicht um das zu verwendende Material handeln kann. Eine Auslegung entgegen dem, was der Passus klar und bestimmt sagt, wäre nur dann denkbar, wenn er als solcher keine Bedeutung hätte und nicht zum wirklichen Vertragsinhalte gehörte, wenn er etwa aus irgend einem Versehen in den Vertrag hineingekommen wäre. Hiesür aber fehlt jeder Anhaltspunkt. Namentlich gestattet der sonstige Vertragsinhalt keinen solchen Schluß: Der Vertrag spricht an keinem andern Orte von einer Garantie, wohl aber ordnet er unmittelbar nach der streitigen

Klausel noch besonders eine Frage der räumlichen Einrichtung des Hauses Nr. 55 — die Erstellung einer Bäckerei und Konditorei im Hause —, ohne das Garantieverprechen auch darauf auszu dehnen.

Dem Gesagten gegenüber halten auch die Gründe nicht stand, mit denen die Vorinstanz geglaubt hat, den Wortlaut des Vertrages zu Gunsten einer weitem Auslegung beiseite setzen zu können. Die Vorinstanz steht in erster Linie in Hinsicht auf verschiedene Beweisindizien als dargetan an, daß zwischen dem Kläger und Dietschy die Meinung obgewaltet habe, dieser müsse auch im Hause Nr. 55 Nægbezimmer erstellen. Allein daraus läßt sich nicht schließen, daß nun auch der Kläger und der Beklagte sich geeinigt hätten, diesen für eine solche Verpflichtung Dietschys als Garanten haften zu lassen. Der Wortlaut der Garantieklausel und der Vertragspassus betreffend die Erstellung einer Bäckerei und Konditorei sprechen nicht, wie die Vorinstanz meint, für, sondern gegen die Übernahme einer solchen Verpflichtung, ja sie schließen sie wohl geradezu aus. Wenn ferner die Vorinstanz annimmt, der Beklagte habe sich darüber Rechenschaft geben müssen, daß Dietschy dem Kläger ein Haus von bestimmter Einteilung und Verwendbarkeit habe verkaufen wollen, dessen Rentabilität von der Art und Zahl der Zimmer abhänge, so wird das richtig sein, beweist aber nicht, daß der Beklagte sich deswegen nun auch wirklich zu einer Garantieerklärung herbeigelassen habe. Eine solche Erklärung kann auch nicht deshalb als tatsächlich abgegeben gelten, weil, wie die Vorinstanz des nähern nachzuweisen versucht, Dietschy nur der Strohmann des Beklagten gewesen sei und es sich wirtschaftlich um ein Geschäft zwischen dem Kläger und dem Beklagten gehandelt habe. Rechtlich war trotzdem Dietschy und nur er der Verkäufer, was auch die Vorinstanz zugibt. Alsdann bedurfte es aber einer besondern Willenserklärung, um den Beklagten rechtlich zu binden, und für die Annahme einer solchen erforderte es zwingender artmäßiger Anhaltspunkte, aus denen hervorginge, daß jene Beifügung in der Garantieklausel, die von dem zu verwendenden Material spricht, trotz ihrem klaren Sinne nicht den wirklichen Vertragswillen wiedergebe. Solche Anhaltspunkte hat auch die Vorinstanz nicht namhaft machen können. Es spricht wohl eher gegen sie, wenn

sie auf die Erklärung des Beklagten hinweist, er habe sich um die Einrichtungen der beiden Häuser und deren Vollenbung nicht gekümmert. Umsoweniger wird es ihm dann darum zu tun gewesen sein, in dieser Beziehung als Garant einzustehen. Nach alledem muß also die Klage, was den noch streitigen, vorinstanzlich teilweise zugesprochenen Hauptposten betrifft, abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird dahin gutgeheißen, daß die Klage nur im Betrage von 450 Fr. samt Zins zu 5 % seit 22. November 1910 geschützt wird.

**130. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1913**  
in Sachen **Gysin & Maisenhölder**, Kl. u. Ber.-Kl.,  
gegen **Meyer**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

*Das aOR kennt das nunmehr in Art. 51 rev. OR ausgesprochene Prinzip, wonach bei unechter Solidarität der bezahlende Schuldner allgemein ein Rückgriffsrecht erlangen kann, noch nicht, sondern beschränkt dieses Recht auf bestimmte Tatbestände. — Art. 4 FHG: Das hier vorgesehene Rückgriffsrecht besteht nicht gegenüber den Personen, die ausserhalb des Betriebes und zum Haftpflichtigen in keinem Rechtsverhältnis stehen.*

1. — Am 19. April 1910 erlitt ein Arbeiter namens Magnol der Klägerin, des Baugeschäftes Gysin & Maisenhölder in Basel, beim Abladen von Steinen einen Unfall, dessen Ursache in einer Fahrlässigkeit des beim Beklagten, Viktor Meyer, angestellten Arbeiters Karl Sütterlin gelegen haben soll. Magnol hob gegen die Klägerin eine Haftpflichtklage an, die am 7. April 1911 zur Zuspriechung einer Entschädigung unter Vorbehalt des Nachklagerrechtes führte. Am 20. Januar 1912 reichte Magnol eine Nachklage ein und diese wurde am 20. August zweitinstanzlich vom baselstädtischen Appellationsgericht in der Höhe von 2271 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. November 1911 geschützt.

Schon während dieses Nachklageverfahrens, durch Zahlungsbefehl vom 3. Mai 1912, hatte die Klägerin gegen den Beklagten für

den Betrag, auf den die Nachklage lautete, nämlich 2908 Fr. 35 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. November 1911, Vetreibung eingeleitet und dabei als Forderungsgrund angegeben: „Regreßanspruch aus Haftung des Geschäftsherrn.“ Am 4. Januar 1913 erhob sie dann Klage gegen ihn auf Bezahlung von insgesamt 3302 Fr. 35 Cts., welche Summe sich aus folgenden Teilbeträgen zusammensetzt: 1. 2271 Fr. 25 (75 ?) Cts., gleich dem Betrage, den Magnol im Nachklageverfahren zugesprochen erhielt. 2. 106 Fr. 10 Cts., gleich dem zugesprochenen Zins. 3. 925 Fr., gleich den der Klägerin entstandenen Prozeßkosten. In rechtlicher Beziehung beruft sich die Klagebegründung hauptsächlich auf den Art. 62 aOR und spricht daneben noch von der Geltendmachung eines der Klägerin aus der Schadloshaltung Magnols entstandenen Regreßanspruches. Nach den Angaben des erstinstanzlichen Urteils scheint die Klägerin in der Folge auch auf Art. 50 aOR und auf Art. 4 FHG abgestellt zu haben.

Der Beklagte hat die Anwendbarkeit der erwähnten Gesetzesbestimmungen bestritten und geltend gemacht: der Klägerin stehe weder ein selbständiger noch ein Regreßanspruch gegen ihn zu. Allenfalls wäre ein solcher Anspruch verjährt und anspruchsberechtigt nicht die Klägerin, sondern die Versicherungsgesellschaft Rhénania, bei der jene ihre Arbeiter versichert gehabt habe.

Die Vorinstanz hat die Klage am 26. September 1913 abgewiesen.

2. — (Verzicht der Klägerin, die Klage auf die Art. 50 und 62 aOR zu gründen.)

3. — Dagegen hält die Klägerin daran fest, daß sie kraft eines Regreßanspruches vom Beklagten Ersatz der Beträge verlangen könne, die sie als Haftpflichtige dem verletzten Magnol hat entrichten müssen, und zwar stützt sie diesen Regreßanspruch einerseits auf das allgemeine OR, anderseits auf die besondern Bestimmungen des Art. 4 FHG.

In ersterer Beziehung ist zu sagen, daß das Verhältnis, in dem die Klägerin als Haftpflichtige und der Beklagte als angeblich aus Art. 62 aOR haftbarer Geschäftsherr zu einander und zum verletzten Magnol als Ersatzberechtigtem stehen, das der sog. unechten Solidarität bildet: beide sind dem Verletzten zum Schaden-